



REVISTA  
BRASILEIRA DA  
ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 2 • jul.-set. / 2016

REVISTA  
BRASILEIRA DA  
ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 2 • jul.–set. / 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. 2 • jul.-set. / 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 PÉRISSE 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 YARSELL

## 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. 2 • jul.–set. / 2016

*Coordenação*  
**FLÁVIO LUIZ YARSELL**

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.



© 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: [09-2016]  
Profissional  
Fechamento desta edição: [31.08.2016]



# REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 2 • jul.–set. / 2016

*Coordenação*

**FLÁVIO LUIZ YARSELL**

*Diretora Responsável*

**MARISA HARMS**

*Diretora de Operações de Conteúdo*

**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editores:* Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

*Assistentes Administrativo Editorial:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

*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 Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

*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, Maria Cecília Andreo e Mayara Crispim Freitas

*Capa:* Chrisley Figueiredo

*Administrativo e Produção Gráfica*

*Coordenação*

**CAIO HENRIQUE ANDRADE**

*Analista Administrativo:* Antonia Pereira

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

# SUMÁRIO

Palavra do coordenador .....	13
------------------------------	----

## DOCTRINA

### EM DEBATE

Fundamentos e tramitação do Projeto de Código Comercial <i>The Commercial Code Bill – grounds and development</i> FÁBIO ULHOA COELHO .....	19
Aspectos procedimentais do Código de Ética do Futebol Brasileiro <i>Brazilian Soccer Code of Ethics: Procedural aspects</i> CAIO CESAR VIEIRA ROCHA.....	33

### DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil <i>Some considerations on the constitutionality of the binding judicial precedent provided in the Civil Procedure Code</i> ADA PELLEGRINI GRINOVER .....	51
A causa de pedir dos recursos e nos recursos <i>The causa petendi of the appeals</i> IGOR BIMKOWSKI ROSSONI.....	65
A liberdade do juiz e o problema da requalificação jurídica da demanda <i>The judge's freedom and the problem of requalification of the suit</i> JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI .....	91
Notas sobre a exibição de documento ou coisa no novo Código de Processo Civil <i>Comments on the exhibition of documents or things in the new Code of Civil Procedure</i> MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI .....	101

**DIREITO CONSTITUCIONAL**

Garantias Constitucionais, Direito Penal e Processo Penal: considerações sobre uma época sombria

*Constitutional guarantees, penal law and penal due process: thoughts about a dark time*

EDUARDO PIZARRO CARNELÓS ..... 117

O Conselho Nacional de Justiça e os avanços do Poder Judiciário  
*The National Council of Justice and the progress of Judicial Power*

MARCELO NOBRE..... 143

**DIREITO ELEITORAL**

O registro eleitoral automático e o Novo Código de Processo Civil  
*Automatic Electoral Registration And New Code of Civil Procedure*

LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA..... 163

**DIREITO EMPRESARIAL**

A governança corporativa das companhias em recuperação judicial  
*The corporate governance of companies in judicial recovery*

FERNANDA NEVES PIVA E GUILHERME SETOGUTI..... 191

Alternativas de financiamento para *startups*: *equity crowdfunding* e títulos de dívida

*Funding alternatives for startups: equity crowdfunding and debt securities*

RAFAEL PELLEGRINI RIBEIRO E MARIANA MARTINS-COSTA FERREIRA ..... 207

**DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**

As normas fundamentais no novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho

*The fundamental rules in the New Civil Procedure Code and the labor procedure*

BRUNO FREIRE E SILVA..... 235

**DIREITO TRIBUTÁRIO**

Possibilidade de utilização da compensação no âmbito federal para os fins e efeitos do art. 138 do CTN (denúncia espontânea)

*Possibility of use of offsetting on federal level for purposes and effects of article 138 of Brazilian tax code (voluntary disclosure)*

LUIZ CARLOS FRÓES DEL FIORENTINO..... 269

**EM DESTAQUE**

A *ratio decidendi* da decisão do STF no RE 573.232 e seu impacto na jurisprudência do STJ

*The ratio decidendi of Supreme Court's decision in RE 573.232 and its impact on Superior Court's jurisprudence*

VIVIANE SIQUEIRA RODRIGUES ..... 299

**NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA..... 311**

## PALAVRA DO COORDENADOR

---

Segue a publicação da RBA, como mais uma ferramenta colocada à disposição de Advogados e demais profissionais, cuja atividade de alguma forma esteja ligada à ordem jurídica. Neste volume, mais uma vez está presente a diversidade de conteúdo: as contribuições tratam de temas atinentes a diferentes disciplinas, embora em comum tenham a preocupação com a atualidade das discussões e com as repercussões na experiência concreta do Direito. Além disso, as contribuições provêm de diferentes origens, a confirmar a vocação da Revista para ser veículo de âmbito nacional. Tal diversidade se ajusta à proposta inicial, de proporcionar relevante espaço para o debate de ideias; debate que, sem ser propriamente acadêmico, tem também o mérito de tratar de assuntos relevantes de forma abrangente e sistemática.

Ainda dentro do espírito de se dar a maior amplitude possível à divulgação dos trabalhos aqui veiculados, realizou-se o lançamento do volume precedente na cidade de Fortaleza, com calorosa acolhida dos Colegas locais. Especial agradecimento fica aqui registrado a todos eles. O sucesso da iniciativa encoraja a reedição, cada vez em local diferente, sempre a estimular o engajamento e a participação plural.

Em relação às expectativas anteriormente estabelecidas, duas faltas, a superar: a entrevista com Advogado notável não pode ser concluída a tempo e ficará para a próxima edição; a jurisprudência comentada, cujo formato incluía a publicação do inteiro teor do acórdão, também ficará para edição vindoura. De todo modo, dentre os trabalhos publicados, ao menos um deles teve o propósito de comentar recente decisão do STF.

Mais uma vez, expressa-se o agradecimento a todos quanto contribuíram, autores, integrantes do Conselho Editorial e do time de colaboradores da AASP e da Editora.

FLÁVIO LUIZ YARSELL

*Professor Titular na 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 fine, light gray grid pattern is overlaid on the right side of the image, creating a subtle texture. The overall aesthetic is clean and modern.

**Doutrina**



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.

**Em Debate**



# FUNDAMENTOS E TRAMITAÇÃO DO PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL

---

## *THE COMMERCIAL CODE BILL – GROUNDS AND DEVELOPMENT*

**FÁBIO ULHOA COELHO**

Professor Titular de Direito Comercial na PUC-SP  
ulhoa@ulhoacoelho.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Comercial/Empresarial

**RESUMO:** O principal objetivo do Projeto de Código Comercial é contribuir para o aprimoramento da proteção jurídica do investimento privado no Brasil. Os maiores beneficiados por este aprimoramento serão os consumidores e trabalhadores, porque na economia globalizada, os empresários podem investir em todo o mundo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção jurídica do investimento privado – Código Comercial – Projeto de Código Comercial brasileiro.

**ABSTRACT:** The main objective of the Commercial Code Bill is to contribute to the improvement of the legal protection of the private investment in Brazil. Consumers and workers will be the people most benefited by this improvement. We must consider that, in a globalized economy, entrepreneurs have the entire world to make their investments.

**KEYWORDS:** Legal protection of the private investment – Commercial Code – Brazilian Commercial Code Bill.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Importância da proteção jurídica do investimento privado – 3. Recoser dos valores do direito comercial: o Projeto de Código Comercial – 4. Substitutivo do Relator Geral: 4.1 Sociedade anônima; 4.2 Crise da empresa; 4.3 Novo direito societário; 4.4 Registro público de empresas; 4.5 Função social da empresa e do contrato; 4.6 Negócio jurídico empresarial; 4.7 Prazos de prescrição e decadência; 4.8 Sociedades estrangeiras; 4.9 Sociedade limitada; 4.10 Responsabilidade civil do empresário; 4.11 Contratos empresariais; 4.12 Agronegócio; 4.13 Direito marítimo – 5. Conclusão – Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

É necessário, à partida, entender-se o contexto histórico mais amplo, em que o direito italiano optou por reunir, no Código Civil, as matérias relativas ao

direito civil, comercial e do trabalho. Uma concentração meramente legislativa que admiradores chamam de “unificação do direito privado”. A formulação simplista de que ela seria indicativa do rumo da evolução do direito privado nos demais países de filiação romano-germânica vicejou, como tantas outras apressadas, na cultura jurídica brasileira. A compreensão do contexto histórico ajuda a desmistificar este quimérico entendimento sobre a solução peninsular.

Para o alemão e o italiano, tardou o processo de formação de um Estado nacional, em comparação com os demais povos europeus. Enquanto portugueses, espanhóis, ingleses, franceses, holandeses e russos já estavam organizados em Estados nacionais desde o começo da Idade Moderna, alemães e italianos ainda se dividiam, até depois da metade do século XIX, em muitas e pequenas organizações políticas (reinos, condados, ducados etc.). A Alemanha tardou a surgir por conta do equilíbrio de forças entre a Prússia e a Áustria na disputa pela hegemonia sobre o povo alemão; e a Itália, por conta dos Estados Vaticanos, a dividir a península geográfica e politicamente.

No processo de formação tardia dos Estados Nacionais no centro da Europa, os Códigos Civis cumpriram importante papel simbólico; foram elementos de afirmação da nacionalidade. Alemanha e Itália procuraram estruturas próprias para seus Códigos Civis, diferentes do *Code Civil*, contrapondo-se ao monumento Napoleônico. O BGB, em 1896, identificou-se, entre outras peculiaridades, com a inovadora divisão em parte geral e especial, enquanto o *Codice Civile*, em 1942, buscou a individualidade na concentração legislativa de todo o direito privado então conhecido. Ter um Código Civil particular, característico, específico, cumpria importante função na luta ideológica de construção da identidade nacional.<sup>1</sup> Àquele tempo, a Europa, lembre-se, era um espaço acirradamente belicoso, muito diferente da pacífica Comunidade que vemos hoje. A contraposição, o distanciamento, a negação das influências de outros povos formavam, neste cenário de confronto, a base da construção da nacionalidade.

Quando a chamada “unificação do direito privado” intentada na Itália desveste-se de sua função ideológica, historicamente pontuada, pouco resta de consistente na ideia de se reunir, num único Código, as matérias do direito civil e comercial.<sup>2</sup> As relações empresariais são dotadas de visível característica

---

1. Aprofundi o assunto em O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado. *Revista Jurídica da Presidência*. vol. 112. Brasília: Presidência da República, 2015, p. 237-255.

2. Acusou-se, com razão, o Código Reale de ser cópia servil do *Codice Civile*; na defesa do projeto, procurou-se transformar Teixeira de Freitas no grande pensador e precursor, em nível mundial, de uma teoria da unificação do direito privado. Era a tentativa

econômica não encontrada nas civis, as *externalidades*. Os contratos civis não costumam projetar efeitos econômicos para além dos contratantes, ao contrário dos empresariais, que integram extensas redes negociais. Quando o Poder Judiciário interfere na alocação de riscos de um contrato empresarial, o resultado mediato e inevitável é o aumento do preço dos produtos e serviços, pagos pelos consumidores, em razão das externalidades.

Quando o Código Reale entrou em vigor, em 2003, o direito comercial brasileiro sofreu forte golpe, a ponto de se discutir, em diversas instituições de ensino jurídico, se ainda seria o caso de manter a disciplina na grade curricular. Mas a infeliz “unificação legislativa” deve ser vista não como a causa, e, sim, como um entre vários episódios da trajetória de desvalorização do direito comercial no Brasil. Na origem desta, está a inércia dos comercialistas, até recentemente omissos em buscarem a renovação das reflexões sobre os fundamentos das normas de direito comercial, contribuindo, assim, para o esgarçar dos valores associados à disciplina.

O direito brasileiro, a partir da Constituição de 1988, passou por profunda transformação, marcada pela maior importância conferida aos princípios em toda a argumentação jurídica (petições, decisões, doutrina etc.). Mas, ao contrário dos outros ramos, o direito comercial resistiu, em demasia, aos novos parâmetros argumentativos. Nestes, confere-se centralidade aos princípios, de modo que as regras, mesmo quando positivadas, precisam ser enraizadas em preceitos normativos mais amplos, que as justifiquem e orientem sua interpretação e aplicação. A regra da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, por exemplo, apesar de constar claramente do Código Civil e da Lei das Sociedades por Ações e ser constitucionalmente válida, acabou perdendo eficácia porque não se explicam seus fundamentos últimos, encontrados no princípio constitucional da livre-iniciativa.<sup>3</sup>

A resistência dos comercialistas em aderirem à argumentação principiológica e insistirem na mera reafirmação da existência de uma regra positivada, sem desvelarem suas razões e fundamentos, deu origem à desvalorização do direito

---

de mostrar raízes brasileiras num texto flagrado como alienígena. Mas, Teixeira de Freitas não construiu nenhuma teoria em torno da unificação do direito privado. O *Esboço*, seu trabalho de reconhecida genialidade e envergadura, é o texto de um monumental Código Civil. Não chegou a ser sequer um projeto, mas, se tivesse sido convertido em lei, conviveria com o Código de Comércio. Aprofundi a questão em *Os desafios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21-22.

3. Aprofundi a questão em *Os princípios do direito comercial no Projeto de Código Comercial. Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101-116.

comercial. Teimando em falar uma linguagem arcaica, quando todo o resto do direito dava centralidade aos princípios, isolaram-se e também a disciplina. Não se limitaram, no entanto, as repercussões desta omissão ao meio acadêmico ou à produção da literatura jurídica. Na verdade, graves consequências, para a economia, advieram desta postura. A ineficácia das regras do direito comercial acarreta aumento da insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais. A decorrência imediata disto é o aumento do risco de criar uma empresa no Brasil. O prejudicado, claro, não são apenas os empresários, mas toda a sociedade brasileira.

## 2. IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO INVESTIMENTO PRIVADO

O grau de proteção jurídica do investimento privado no Brasil não interessa unicamente ao empresário brasileiro. A rigor, numa economia cada vez mais globalizada, o mundo todo se apresenta como alternativa de investimento. Em certo sentido, é-lhe indiferente se o Brasil protege ou não, e em que grau, o investimento privado, já que o empresário brasileiro pode simplesmente investir em outros países, caso considere insatisfatória a proteção jurídica existente aqui. Em consequência, a maior interessada na elevação do grau de proteção jurídica do investimento privado é a coletividade. São os trabalhadores e consumidores que mais ganham com a melhoria do ambiente de negócios no Brasil, e não tanto os empresários.

Atente-se que um país com baixo grau de proteção jurídica do investimento privado não necessariamente afugenta investidores. A questão está mais relacionada à *modulação* dos investimentos, do que à falta deles. Um país com baixo grau de proteção jurídica do investimento privado tem uma economia mais arriscada; aos riscos por assim dizer “normais” da atividade econômica (os que se encontrariam, em geral, também nos demais países) somam-se os associados à insegurança jurídica. O aumento dos riscos não causa repulsa, por si, a todo e qualquer empresário, porque há os que procuram exatamente ambientes mais arriscados como opção para os seus investimentos. Estes empresários arrojados (*risk takers*) querem investir nos países de maior risco, exatamente porque buscam ganhos excepcionais. É uma equação antiquíssima, quanto maior o risco, maior o retorno desejado. Havendo mais procura por negócios menos arriscados, a exploração destes conduz necessariamente a retornos modestos; já em relação aos negócios mais arriscados, os interessados em explorá-los são poucos e, conseqüentemente, podem projetar e alcançar retornos maiores. Pode-se ver isto como decorrência do que se conhece por lei da oferta e procura: numa metáfora, a empresa mais arriscada deve pagar mais pelo investimento, por serem poucos os investidores arrojados.

Um país com baixo grau de proteção jurídica do investimento privado acaba atraindo mais o interesse dos empresários arrojados do que dos conservadores, em vista dos riscos mais acentuados envolvidos em empreender nele. E como os arrojados procuram maiores retornos ao seu investimento, é inevitável que os produtos e serviços comercializados neste país acabem sendo mais *caros* do que os equivalentes em outras economias. O maior retorno não se obtém senão com o encarecimento dos preços dos produtos e serviços, ou seja, com a adoção de elevadas margens de risco.

A modulação do investimento provocada pelo baixo grau de proteção jurídica chega até mesmo a influenciar as decisões dos empresários conservadores estabelecidos naquela economia. Também eles veem-se forçados a adotar elevadas taxas de risco, para se preservarem da insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais.

À medida que o país consiga elevar o grau de proteção jurídica do investimento privado, tenderá a atrair o interesse também de empresários conservadores e deixará de ser tão atraente aos arrojados. A redução das margens de risco associadas à insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões judiciais possibilitará a prática de preços menores, no mercado, beneficiando, no fim da cadeia, o consumidor. Por outro lado, sendo os empresários conservadores em maior número do que os arrojados, a construção de um ambiente de negócios propício à atração do interesse daqueles levará ao aumento no número de empresas e de postos de trabalho. Compreende-se, assim, porque são os trabalhadores e consumidores brasileiros que se beneficiarão *mais* da elevação, no Brasil, do grau de proteção jurídica ao investimento privado.<sup>4</sup>

### 3. RECOSER DOS VALORES DO DIREITO COMERCIAL: O PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL

O aumento da segurança jurídica não será nunca simples decorrência da redação mais cuidadosa de novas leis. As normas jurídicas, por mais técnicas e claras, sempre comportam “interpretação”, que pode até mesmo alterar-lhe o sentido imediato. O fator primordial no aumento da previsibilidade das decisões judiciais são os valores cultivados em sociedade. Mais que isto, é a valorização dos valores, ou seja, a *ideologia*.<sup>5</sup> O aumento na segurança jurídica em

---

4. Aprofundei a questão em Legal protection of investments. *RSDE – Revista Semestral de Direito Empresarial*. vol. 14. Rio de Janeiro: Renovar, UERJ, jan.-jun./2014, p. 191-204.

5. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “Ideologia é termo equívoco, significando, ora *falsa consciência*, ora tomada de posição (filosófica, política, pessoal etc.). Em nossa

direito comercial depende, assim, fundamentalmente do recoser dos valores associados a esta disciplina, tais como o reconhecimento de que a devida proteção do investimento privado é do interesse (principalmente) da sociedade brasileira, de seus consumidores e trabalhadores; a empresa não existe sem consistente perspectiva de lucro, que é a maior motivação dos empresários; os instrumentos jurídicos de segregação dos riscos devem ser prestigiados em juízo para o regular funcionamento da economia etc.

Podem-se distinguir duas estratégias para o recoser dos valores. A primeira gira em torno da produção de teses, artigos e outros trabalhos acadêmicos, realização de Congressos, Seminários ou outros eventos, que difundam os conceitos nucleares sobre a importância da proteção jurídica do investimento privado para toda a sociedade. É estratégia de demorada maturação e frutos incertos. Na verdade, já desenvolvida com galhardia e perseverança por alguns comercialistas, há algum tempo, deve ser cada vez mais implementada e incentivada. Ao lado desta estratégia por assim dizer acadêmica, é possível uma estratégia institucional, mais célere e efetiva, consistente na edição de um novo Código Comercial.

Excepcionando-se as surgidas numa anacrônica “briga acadêmica”,<sup>6</sup> as principais questões suscitadas pelos que resistem à implementação da estratégia institucional costumam apontar três preocupações. A primeira seria o descabimento da codificação do direito comercial, por ser matéria dinâmica; um Código Comercial tenderia a “engessar” este dinamismo, argumentam. A segunda questão diz respeito ao alegado pouco tempo de vigência do Código Civil, abreviando-se a experiência da unificação antes mesmo de ela frutificar. Pela terceira batem-se os que vislumbram elevadíssimos custos na alteração legislativa proposta.

---

concepção, funcionalizamos o conceito. Admitimo-lo como conceito axiológico, isto é, a linguagem ideológica é também valorativa. Só que enquanto os valores em geral constituem prisma, critério de avaliação de ações, a valoração ideológica tem por objeto imediato os próprios valores” (*Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 155; cf., também, *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 150; e *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 187-188).

6. Conforme alertado pelo Min. João Otávio Noronha, presidente da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código Comercial no âmbito do Senado: “Nós nos encontramos em um debate enorme, em uma briga: precisamos ou não precisamos do Código Comercial? Um grupo diz que sim; outro grupo diz que não; e eu cheguei à seguinte conclusão: na realidade essa briga é muito mais acadêmica do que pragmática. Há uma briga na comunidade acadêmica” (*A necessidade de um novo Código Comercial no Brasil*. In: Conferência Nacional Dos Advogados, XXII. *Anais...* Rio de Janeiro: OAB, 2015. vol. 1, p. 407-408; de gravação sem revisão do autor, com pontuações aqui acrescidas).

São infundadas estas preocupações.

A primeira revela, na verdade, desconhecimento sobre o assunto. Afinal, o direito comercial brasileiro está codificado desde 1850 (até 2003, por um Código próprio; desde então, pelo Código Civil). São codificados também os direitos comerciais francês, espanhol, norte-americano, alemão, uruguaio, colombiano, ucraniano etc. Diferentes culturas e economias de portes variados adotam a técnica da codificação, sendo isto suficiente para mostrar o desacerto de qualquer suspeita de incompatibilidade entre esta alternativa de ordenação das normas jurídicas e a matéria correspondente.

Sobretudo, o que mostra o completo desconhecimento sobre o assunto dos que temem o “engessamento” do direito comercial é a inexistência, nos regimentos das casas legislativas, de qualquer mínima mudança na tramitação de projetos que visam alterar disposições constantes de Código ou de leis não codificadas. É rigorosamente a mesma a tramitação. Se alguma norma reclama alteração, a circunstância de ela se encontrar no Código, ou fora dele, é em tudo irrelevante. A tramitação legislativa do projeto visando alterá-la seguirá os mesmos procedimentos, nos dois casos.

A segunda preocupação é ainda mais infundada. Não há uma única voz, entre os comercialistas, elogiando o tratamento dispensado pelo Código Civil à sociedade limitada. Ninguém considera que este importantíssimo tipo societário está bem regulado nesta Codificação. Em relação aos títulos de crédito, ao contrato de agência, ao de prestação de serviços, à qualificação do nome empresarial como direito da personalidade e não como elemento do patrimônio do empresário, à disciplina das operações societárias, à definição das normas sobre associação como supletivas do direito societário, à sociedade simples, muitos criticam a solução do Código Civil, sendo pouquíssimos (ou mesmo nenhum) os que as elogiam. Se assim é, deve-se proceder à correção destes e outros equívocos, o mais célere possível.

Por fim, em relação aos custos que a alteração legislativa vai gerar, é necessário ter-se em mente que o cálculo deve compreender também os benefícios. A eliminação da obrigatoriedade da publicação em jornal-papel dos atos societários e das demonstrações contábeis, por si só, já representará um enorme benefício à economia, em termos de simplificação e barateamento da exploração da atividade empresarial.<sup>7</sup> Toda lei nova, evidentemente, gera custos relaciona-

---

7. Sobre os impactos econômicos do Projeto de Código Comercial, ver: NUNES, Marcelo Guedes. Os números do novo Código Comercial e alguns esclarecimentos adicionais sobre o impacto econômico do projeto de Código Comercial. *Novas reflexões*

dos ao conhecimento de suas disposições. Não tem sentido deixar de alterar o direito vigente em função destes custos, desconsiderando os benefícios que a nova disposição legal proporcionará aos seus destinatários.

#### 4. SUBSTITUTIVO DO RELATOR GERAL

Marco fundamental na tramitação do Projeto de Código Comercial, de autoria do Deputado Vicente Cândido, foi a apresentação, em fevereiro de 2016, do Substitutivo elaborado pelo Deputado Paes Landim, relator geral. O Substitutivo foi, posteriormente, complementado em maio e junho de 2016. Baseado nos excelentes trabalhos dos relatores parciais<sup>8</sup> e de contribuições geradas em numerosos e proveitosos encontros com empresários e comercialistas em todo o país, o Substitutivo mostrou-se sensível a algumas críticas feitas ao Projeto, surgidas no contexto do amplo debate nacional, e o aperfeiçoou, colhendo os frutos da consistente tramitação legislativa. O Deputado Laercio Oliveira, presidente da Comissão Especial, estimulou e viabilizou o debate, no adequado ritmo e com vivaz dinamismo, dentro e fora do parlamento.

Vale a pena destacar os principais aperfeiçoamentos introduzidos pelo Substitutivo.

##### 4.1 *Sociedade anônima*

As normas gerais sobre sociedade anônima previstas no Projeto original foram inteiramente suprimidas. O Substitutivo optou por reproduzir o comando dos arts. 1.088 e 1.089 do CC,<sup>9</sup> disposições com as quais se encontram confortáveis os profissionais da área, entidades empresariais e empresários. Seria, contudo, suficiente a menção à sociedade anônima no dispositivo que lista os tipos societários (art. 112), tendo em vista que a aplicação supletiva do Código seria decorrência natural e necessária da preservação da atual LSA como lei especial deste tipo societário.

---

*sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 125-132; \_\_\_\_\_. Nota sobre os estudos acerca do impacto econômico do projeto de Código Comercial da Comissão de Juristas do Senado Federal. *Novas reflexões...* cit., p. 115-124.

8. Deputado Décio Lima (Livro I), Deputado Augusto Coutinho (Livro II), Deputado Alexandre Baldy (Livro III), Deputado Antonio Balhmann (Livros IV e V), Deputado Arnaldo Faria de Sá (Livro do Direito Marítimo) e Deputado Hildo Rocha (Livro do Agronegócio).

9. Sobre as razões históricas de o Código Civil não ter disciplinado a sociedade anônima, ver: MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 26-28.

## 4.2 Crise da empresa

O Substitutivo deixou de lado a solução constante do Projeto, de separar as normas de direito material e processual da Lei 11.101/2005 (LF), para codificar as primeiras. Embora pudesse ser um tratamento mais lógico, sob o ponto de vista da sistematização da matéria comercial, esta separação mostrou-se muito questionável em termos práticos. Assim, o Substitutivo limita-se a contemplar os princípios aplicáveis à falência e recuperação (art. 9.º), alterar certas disposições muito pontuais na LF e introduzir nesta o regulamento da falência translacional (art. 792). Atende-se, deste modo, à demanda dos especialistas da área de não se fragmentar a lei.

## 4.3 Novo direito societário

Nos trabalhos de elaboração do anteprojeto de Código Comercial pela Comissão de Juristas no âmbito do Senado (convertido no PLS 487/2013), a subcomissão de direito societário<sup>10</sup> propôs uma significativa e oportuna alteração no direito societário brasileiro. Trata-se da supressão da secular e anacrônica divisão das pessoas jurídicas de fins econômicos em “civis” (simples) e “comerciais” (empresárias). As sociedades deixam de ser adjetivadas. Serão simplesmente “sociedades”.

Em relação aos tipos societários, extinguem-se as sociedades simples, as em comandita e as EIRELs (a admissibilidade da unipessoalidade na sociedade limitada é bastante para o adequado trato do tema).

Estas alterações no direito societário constantes do Projeto do Senado foram incorporadas ao da Câmara pelo Substitutivo. Com isto, avançou o processo de convergência das duas proposições, dando concretude ao objetivo de agilizar e racionalizar os debates.

## 4.4 Registro público de empresas

Polêmica solução proposta pelo Substitutivo é a integração dos órgãos de registro de pessoas jurídicas de fins econômicos no Registro Público de Empresas (RPE), pondo fim à injustificável duplicidade. Os Registros Civis de Pessoas Jurídicas, renomeados Registros de Pessoas Jurídicas (RPJ), passam a executar os atos do RPE em competição com as Juntas Comerciais. Se aprovada, os empresários individuais ou sócios das sociedades poderão livremente

---

10. Integrada pelos professores. Osmar Brina, Arnaldo Wald, Alfredo de Assis Gonçalves Neto e Uinie Caminha.

escolher entre o RPJ da comarca ou a Junta de seu Estado para levar a arquivamento os atos empresariais.

Duas medidas são previstas no Substitutivo como essenciais ao sucesso desta projetada integração. A primeira é a uniformização dos preços. Para isso, o valor a ser cobrado pelo RPJ em relação aos atos do RPE deverá ser depurado daqueles “penduricalhos” de constitucionalidade duvidosa normalmente associados aos preços dos cartórios (contribuição às associações de magistrados, por exemplo). A segunda é a previsão de uma Central Nacional do Registro de Empresas. Os interessados em obter informações constantes do RPE só precisarão buscá-las numa única e centralizada plataforma acessível via internet.

Este é um dos aspectos do Substitutivo que merece uma reflexão mais cuidadosa antes de sua incorporação.

#### 4.5 *Função social da empresa e do contrato*

O Substitutivo suprime todas as referências ao cumprimento da função social da empresa e do contrato, atendendo assim ao pleito de diversas entidades empresariais. Manteve apenas a presunção de seu cumprimento nas normas de “proteção da empresa” (art. 74).

Esta supressão foi feita, a despeito das inúmeras tentativas de mostrar o real sentido da sua previsão no Projeto. As entidades empresariais não conseguiram compreender a sutileza do assunto. Do que falo? Primeiro, da previsão da função social da propriedade (e, conseqüentemente, da empresa e do contrato) na Constituição Federal, de modo a afastar a incorreta noção de que seria uma inovação do Código Comercial; segundo, da previsão da função social da empresa na lei das sociedades por ações (desde 1976) e na LF (desde 2005), bem como a função social do contrato no Código Civil (desde 2002), sem absolutamente nenhuma insegurança para a economia, de modo a afastar o receio de que sua menção no Código Comercial poderia ocasionar os tumultos aventados pelos críticos; terceiro, não sendo o Código nem o criador da função social, tampouco a primeira lei a dela tratar, a disciplina desta matéria objetivava controlar o instituto, ou seja, dar-lhe conceito legal que impedisse as incontáveis variações doutrinárias e jurisprudenciais que gravitam em torno dele.

Esta argumentação em defesa do Projeto não surtiu efeito, malgrado os enormes esforços empreendidos perante os mais diversos auditórios. Pena. A função social da empresa e do contrato continuará um conceito demasiadamente aberto, indevidamente invocado para, por exemplo, conferir direitos não previstos em lei aos contratantes dependentes nos contratos empresariais assimétricos (distribuidores, franqueados etc.).

#### 4.6 *Negócio jurídico empresarial*

Concebido pelo Min. João Otávio de Noronha, e apresentado no transcorrer dos debates da Comissão de Juristas do Senado, que ele presidia, o consistente (“revolucionário”, arriscaria dizer) conceito de “negócio jurídico empresarial” e sua disciplina foram incorporados pelo Substitutivo (arts. 80 a 94). Assim, deve se consolidar no direito positivo a especificidade do direito comercial, mediante regras mais adequadas à atividade empresarial, como a da convalidação dos atos nulos pelo decurso do tempo, ou a admissibilidade de sua confirmação e a irretroatividade da declaração de nulidade. O conceito, esclareça-se, decorre da generalização para todo o direito comercial de reflexões suficientemente amadurecidas no campo do direito societário, acerca da invalidade das assembleias de acionistas.

#### 4.7 *Prazos de prescrição e decadência*

O Substitutivo manteve a orientação geral do Projeto de reduzir os prazos de prescrição, para conferir maior segurança jurídica às relações entre empresários. Estendeu esta orientação a outros prazos. Além disso, corrigiu a absurda ampliação dos prazos aplicáveis ao direito marítimo, provocada pela descuidada revogação da primeira parte do Código Comercial de 1850 pelo Código Reale (esquecendo-se seus autores de que também nela se encontravam algumas regras de direito marítimo).

#### 4.8 *Sociedades estrangeiras*

O Substitutivo traz importantíssima inovação no tratamento da matéria, ao eliminar a necessidade de autorização federal para funcionamento de sociedade estrangeira no Brasil. Anacronismo de tempos anteriores à globalização, a necessidade de autorização, às vezes, é contornada pelo investidor mediante a criação de uma subsidiária. Surge uma distorção. O estrangeiro que pretende começar uma pequena atuação no Brasil (uma companhia aérea interessada em oferecer um novo voo internacional de periodicidade semanal, por exemplo) não tem interesse em criar uma subsidiária, mas precisa enfrentar o complexo processo de autorização federal, atrás do decreto baixado pelo Presidente da República. A lei atual submete este empresário estrangeiro (que pretende iniciar sua presença aqui aos poucos) a providências mais demoradas e complexas das que enfrentam aqueles que já decidiram se estabelecer permanentemente. O Substitutivo em boa hora propõe a supressão deste anacrônico regime (art. 128).

#### 4.9 *Sociedade limitada*

O Substitutivo aprimora o que já foi visto, desde o início, como um dos grandes méritos do Projeto: a modernização da disciplina jurídica da sociedade limitada. Preveem-se a admissibilidade da unipessoalidade, as quotas preferenciais sem voto, a autorização para a emissão privada de debêntures, a liquidação da quota e apuração de haveres. Manteve a orientação do Projeto de simplificar e desburocratizar a limitada, eliminando as exigências injustificáveis criadas pelo Código Reale, e retornando ao espírito do Dec. 3.708/1919.

#### 4.10 *Responsabilidade civil do empresário*

O Substitutivo mantém o Projeto original, na definição de que a responsabilidade civil objetiva dos empresários depende sempre de específica previsão legal (art. 269, II), afastando a imprecisa fórmula do Código Reale, fundada na noção de risco. Sendo o risco inerente a todas as atividades empresariais, a previsão legal específica é exigência lógica indispensável para delimitar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

#### 4.11 *Contratos empresariais*

O Substitutivo preserva outro dos méritos do Projeto original ao tratar do regime próprio dos contratos entre empresários, principalmente na definição expressa da impossibilidade de se aplicar a estes negócios jurídicos o Código de Defesa do Consumidor. Corrige o conceito básico na assimetria nestes contratos, substituindo a noção de “debilidade” pela de “dependência”. Os contratos que passam a ser disciplinados na lei são os de venda direta, *trust* (contrato fiduciário) e fomento comercial (*factoring*).

#### 4.12 *Agronegócio*

O Substitutivo acrescenta alguns novos livros ao Código Comercial. O primeiro deles diz respeito ao direito do agronegócio.

A identificação que a maioria das pessoas faz entre agronegócio e produção rural não é inteiramente correta. A produção rural está no centro do agronegócio, mas este compreende um conjunto de atividades bem mais amplo. Trata-se de uma rede de negócios e contratos cujo objetivo é estabelecer certa alocação dos riscos. De um modo muito geral, esta rede possibilita que o produtor rural assuma unicamente os riscos biológicos, poupando-o dos relativos à oscilação dos preços das *commodities* no mercado global, sendo este assumido por

empresas especializadas. Assim, cada participante da rede fica com os riscos que conhece e com os quais sabe lidar.

A importância de se reservar um livro próprio para o agronegócio consiste em garantir a alocação dos riscos conforme o contratado. A preservação da rede (isto é, da distribuição dos riscos por ela realizada) atende ao interesse nacional, em vista da reconhecida importância do agronegócio na nossa economia.

#### 4.13 *Direito marítimo*

O outro livro acrescentado ao Código pelo Substitutivo trata do direito comercial marítimo. Trata das relações entre os empresários envolvidos com as atividades de transporte de mercadorias pelo mar. A quase totalidade do comércio internacional brasileiro segue por este caminho, mas o direito vigente ainda é, fundamentalmente, o do Segundo Império. Na modernização do direito comercial, é patente que o direito marítimo não poderia ficar à margem.

## 5. CONCLUSÃO

Uma das vantagens (pouco explorada pelos teóricos) do sistema de codificação é que ele possibilita, de tempos em tempos, um debate abrangente sobre os fundamentos da matéria jurídica tratada em Códigos. Acontece nas épocas em que se propõe que sejam revistos e atualizados. As paixões que o tema “Código” desperta são reflexo, na verdade, da relevância que tem esse debate para a constante renovação da área do direito em foco.

O direito comercial brasileiro passa por um vigoroso processo de revitalização, que tem sido impulsionado principalmente pelo Projeto de Código Comercial. À medida que se desenvolve a tramitação legislativa, disseminam-se conceitos, investigam-se novas soluções, buscam-se os fundamentos de regras e institutos, confere-se a atualidade e pertinência deles, exercita-se o aprimoramento da redação de dispositivos. Após o amplo e democrático debate em que tem se aprimorado o Projeto, num rico processo de construção de consenso, os ganhos esperados são os do aumento da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais, em benefício da economia brasileira e, principalmente, dos que nela trabalham, consomem, investem e vivem.

## BIBLIOGRAFIA

COELHO, Fábio Ulhoa. *Os desafios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

- \_\_\_\_\_. Legal protection of investments. *RSDE – Revista Semestral de Direito Empresarial*. vol. 14. Rio de Janeiro: Renovar, UERJ, jan.-jun./2014.
- \_\_\_\_\_. Os princípios do direito comercial no Projeto de Código Comercial. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. O Projeto de Código Comercial e a proteção jurídica do investimento privado. *Revista Jurídica da Presidência*. vol. 112. Brasília: Presidência da República. p. 237-255. 2015.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- NORONHA, João Otávio de. A necessidade de um novo Código Comercial no Brasil. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, XXII. *Anais...* Rio de Janeiro: OAB, 2015. vol. 1.
- NUNES, Marcelo Guedes. Os números do novo Código Comercial e alguns esclarecimentos adicionais sobre o impacto econômico do projeto de Código Comercial. *Novas reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. Nota sobre os estudos acerca do impacto econômico do projeto de Código Comercial da Comissão de Juristas do Senado Federal. *Novas reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Uma análise econômica do projeto para o novo código comercial brasileiro, de Luciana Yeung – *ReDE* 4/13-58 (DTR\2014\9334);
- O projeto do novo código comercial, de Fábio Ulhoa Coelho – *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo* 29/201-207 (DTR\2012\44839); e
- Breves notas: Projeto de Lei 1.572/2011, Código Comercial, de Rachel Sztajn – *ReDE* 17/15-22 (DTR\2016\22266).

# ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO CÓDIGO DE ÉTICA DO FUTEBOL BRASILEIRO

---

## *BRAZILIAN SOCCER CODE OF ETHICS: PROCEDURAL ASPECTS*

**CAIO CESAR VIEIRA ROCHA**

Doutor pela USP. Visting Scholar pela Unividades de Columbia-NY. Presidente do STJD de Futebol.  
Presidente do Tribunal de Disciplina da Conmebol. Advogado.  
caio@rochamarinho.adv.br

**ÁREA DO DIREITO:** Desportivo

**RESUMO:** Este artigo discorre a estrutura do Código de Ética do Futebol Brasileiro, evidenciando o contexto e a trajetória que ensejou sua formulação, por meio do exame de seu conteúdo, especialmente, os procedimentos que regem sua aplicação. Para tanto, analisa-se o aspecto intertemporal, a estrutura, funcionamento e organização da Comissão de Ética e as fases do processo disciplinar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Código de Ética do Futebol – Procedimento – Futebol.

**ABSTRACT:** This article presents the structure of the Brazilian Code of Ethics for Soccer, highlighting the context in wich it was created, by examining its content and its procedural rules. Therefore, it examines its efficacy, aas well as the organization, operantion and works of the Ethics Committee and the stages of the disciplinary process.

**KEYWORDS:** Code of Ethics – Procedures – Football.

**SUMÁRIO:** I. Introdução – II. Normatização da Ética no Futebol Brasileiro – III. Procedimentos em espécie: III.1 Aplicação do Código no tempo: III.2 Comissão de Ética: composição, organização e funcionamento; III.3 Das fases do processo disciplinar – IV. Conclusões – Referências bibliográficas.

## I. INTRODUÇÃO

A proposta de criação do Código de Ética do Futebol adveio da instalação pela Confederação Brasileira de Futebol do Comitê de Reformas do Futebol

Brasileiro, em 18 de fevereiro de 2016, com o objetivo de colher sugestões e propostas para um aprimoramento institucional, tanto no âmbito da gestão corporativa como também na seara técnica-desportiva. Composto por 17 dezesete membros,<sup>1</sup> o grupo conta com representantes de diversos setores ligados ao mundo do futebol, e estabeleceu, logo na sua primeira reunião, temas considerados principais para serem avaliados.

Dentre os temas em debate pelo Comitê de Reformas, elegeu-se como prioritárias as deliberações acerca de um Código de Ética, visando implementar na entidade as práticas de *compliance* e governança corporativas mais modernas e adequadas ao mundo globalizado. A coordenação do grupo de trabalho dedicado à criação do Código de Ética ficou a cargo do autor deste artigo, à época Presidente do STJ Desportiva e contou com a colaboração dos advogados Fabiano Silveira, Heleno Torres, Maurício Corrêa da Veiga, e Pierpaolo Bottinni.

O desafio de formular um Código é diferente da propositura de qualquer outro instrumento normativo. Apesar de destinado a regulamentar um objeto específico, a abrangência a que se destina exige uma coerência interna, lógica e dinâmica próprias, pois, na verdade, está se inaugurando um novo sistema com a sua fundação.<sup>2</sup>

Criar um novo paradigma sinaliza uma pequena revolução que conduz ao amadurecimento da ciência, que, no caso específico, se trata da revolução da

- 
1. Álvaro Melo, advogado especialista em esporte; Ana Paula Oliveira, diretora-secretária da Escola Nacional de Arbitragem de Futebol; André Ramos Tavares, advogado especialista em esporte; Caio César Rocha, presidente do Superior Tribunal de Justiça Desportiva; Carlos Alberto Parreira, treinador tetracampeão do mundo, em 1994; Carlos Alberto Torres, capitão do Tricampeonato Mundial, em 1970; Carlos Augusto de Barros e Silva, presidente do São Paulo Futebol Clube; Carlos Eduardo Pereira, presidente do Botafogo de Futebol e Regatas; Castellar Modesto Guimarães Neto, presidente da Federação Mineira de Futebol; Ednaldo Rodrigues Gomes, presidente da Federação Bahiana de Futebol; José Edmilson Gomes de Moraes, pentacampeão do mundo, em 2002; Leomar Quintanilha, presidente da Federação Tocantinense de Futebol; Luiz Felipe Santoro, advogado especialista em esporte; Miraildes Maciel Mota (“Formiga”), jogadora da Seleção Brasileira de Futebol; Ricardo Roberto Barreto da Rocha, tetracampeão do mundo, em 1994; Rogério Caboclo, diretor executivo de Gestão da CBF; Walter Feldman, secretário-geral da CBF.
  2. Sob o ponto de vista conceitual, não é exagerado afirmar que a criação de um Código implica o surgimento de um novo paradigma, que, na filosofia de Thomas Kuhn, significa “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, Thomas. *S. A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 13).

ciência da Ética. Não caminha à margem da realidade brasileira e mundial as formulações desenvolvidas nesse Código de Ética do Futebol, que dialogam com as novas exigências e demandas que efervescem na consciência nacional sobre padrões de conduta, cada vez mais rigorosos na administração dos negócios públicos e privados.

Inegável que os acontecimentos dos últimos tempos que noticiam práticas inadequadas no cenário do futebol mundial influenciam os gestores a buscar meios de evitar, ou ao menos dificultar, a obtenção de vantagens pessoais na condução dos caminhos do Futebol, bem como assegurar sanções para quem praticar condutas indevidas.

Para ser efetivo, o ato de legislar não pode fugir da observação fiel e concreta da realidade, sem, contudo, renunciar ao viés transformador que uma nova disposição normativa carrega, além da dimensão meramente descritiva, pois envolve um aspecto valorativo e propositivo. Daí por que o Código ousou na abordagem de diversos temas e procedimentos visando, sempre e em última instância, resguardar a credibilidade e confiança da sociedade por meio das melhores práticas de governança.

O Código de Ética possui uma estrutura dividida em seis capítulos. Ficam evidenciadas as normas de delimitação de sua abrangência, as regras de condutas impositivas e as condutas vedadas na esfera da gestão do futebol brasileiro, as hipóteses quanto à proibição de vantagens indevidas, bem como dispositivos procedimentais acerca da aplicação das sanções disciplinares, instrumentalizados por um regimento interno da Comissão de Ética, que, a despeito da relevância temática de costume reclamar um diploma autônomo, foi integrado ao Código para dar maior harmonia ao conjunto normativo.

No primeiro capítulo, o artigo inaugural evidencia o tamanho do desafio lançado. Inicialmente pensado como um Código de Ética da CBF, que teria como destinatários apenas a entidade nacional e seus colaboradores, foi consensual nas discussões do grupo de trabalho e no âmbito do Comitê de Reformas que o passo deveria ser mais amplo. Decidiu-se então propor a criação de um Código de Ética do Futebol, impondo assim a sujeição às suas disposições não apenas o corpo funcional direto da CBF, mas a totalidade de atores que participam das relações comerciais e profissionais do futebol brasileiro, entre eles, pessoas jurídicas ou físicas, especialmente dirigentes eleitos ou nomeados, de entidades de administração (Federações) ou de prática (clubes), colaboradores, atletas, treinadores, clientes, fornecedores, parceiros comerciais e árbitros.

No capítulo seguinte, o extenso rol de preceitos éticos do futebol brasileiro e diretrizes fundamentais de conduta se segue de um regramento específico

destinado a dirigentes de entidades de administração do futebol (CBF e demais Federações), dirigentes de entidades de prática desportiva de futebol (clubes), atletas, treinadores, equipe técnica e árbitros de futebol, às relações com clientes, fornecedores, parceiros e com a Administração Pública.

Foi dedicada especial atenção a situações que pudessem retratar conflito de interesses, suborno e corrupção, sempre observando os preceitos da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), assim como, num capítulo próprio, a proteção à integridade das competições, enfrentando o problema que mais cresce nos últimos tempos que é o da manipulação de resultados.

Não se deixou de lado a definição prévia do regime das medidas disciplinares, de modo a objetivar suas modalidades e racionalizar sua cominação, compatíveis com a gravidade das condutas e em respeito aos direitos e garantias de eventuais investigados.

Finalmente, no último capítulo, criou-se o complexo e eficiente regimento interno da Comissão de Ética, pautado por um sistema bicameral de julgamento, composto por uma câmara de investigação e uma de julgamento, que estipula o rito da condução dos procedimentos, uma composição isenta e autônoma de seus membros, em plena observância aos ditames de um devido processo legal.

Foi sob essas premissas e confiantes no aperfeiçoamento e moralização do futebol brasileiro que se ofereceu a minuta deste novel Código de Ética.

Traçados seus contornos gerais, cumpre evidenciar alguns aspectos procedimentais interessantes e digno de relevo. Conforme se verá, sem sombra de dúvidas, testemunha-se a inauguração de um novo ramo do Direito Desportivo.

## II. NORMATIZAÇÃO DA ÉTICA NO FUTEBOL BRASILEIRO

O art. 1.º do Código de Ética, define sua abrangência e escopo, nos seguintes termos:

Art. 1.º Este Código de Ética tem por objetivo orientar as condutas éticas nas relações profissionais e comerciais envolvendo o futebol, de forma a induzir valores positivos e fixar responsabilidades obrigando todas as entidades de prática e administração do futebol, bem como as pessoas físicas e jurídicas que com elas se relacionem, inclusive dirigentes eleitos ou nomeados, colaboradores, atletas, treinadores, clientes, fornecedores, parceiros comerciais e árbitros.

O texto normativo se propôs, assim, a orientar condutas éticas de forma a induzir valores positivos. A princípio, tal iniciativa pode trazer dúvida, dada a dificuldade e a complexidade que envolve disciplinar comportamentos éticos em torno de definições do que seriam valores positivos. Adentrar esse campo

do conhecimento torna indissociável dialogar com alguma Ciência da Filosofia, da Ontologia que entram em jogo na problematização da escolha de condutas que deverão ser estimuladas ou punidas e, em última instância, importaria a distinção do que é bom ou mau.

Os conceitos jurídicos gozam de particularidades que os distinguem em relação aos demais conceitos. Em primeiro lugar, traduzem que “uma relação da vida é olhada juridicamente de uma determinada maneira”, explica Karl Engisch.<sup>3</sup> Para o pensador, “ele funciona como hipótese legal, à qual a regra de direito (a norma jurídica), liga consequências jurídicas”.

Portanto, evadindo-se de abstrações infundáveis e idealistas sobre a natureza humana, partiu-se de uma análise concreta, segundo a filosofia de Spinoza,<sup>4</sup> que pressupõe como bem “aquilo que sabemos, com certeza, nos ser útil” e mal “aquilo que sabemos, com certeza, nos impedir que desfrutemos de algum bem”, a fim de reputar as consequências jurídicas para promover ou reprimir os comportamentos úteis ou prejudiciais ao futebol brasileiro.

### III. PROCEDIMENTOS EM ESPÉCIE

Ao lado das importantes normas de direito material, foi criada uma rigorosa e inovadora sistemática processual para instrumentalizar e garantir a eficácia dos comandos normativos enunciados pelo Código, cuja observância se mostra consentânea com todos os postulados do *due process of law*.

#### III.1 APLICAÇÃO DO CÓDIGO NO TEMPO

Em primeiro lugar, disciplinando o aspecto intertemporal, o art. 2.º preceitua o seguinte:

Art. 2.º Este Código, para fins de fixação das infrações éticas, passará a produzir todos os efeitos desde a sua aprovação pela Assembleia-Geral da CBF e, em obediência à expressa garantia constitucional, não tem caráter retroativo, vedada sua incidência e aplicação a situações fáticas e condutas pretéritas que se tenham iniciado ou praticado anteriormente à sua vigência.

Fixou-se como marco inicial de aplicação a sua aprovação na Assembleia-Geral da CBF e seu alcance ficou delimitado às condutas e fatos acontecidos a partir de então. Apesar de algumas críticas veiculadas especialmente no âmbito

3. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 23.

4. SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 267.

da imprensa desportiva, este limite não deve causar nenhuma estranheza ao mundo jurídico, visto que se trata de desdobramento de dois direitos fundamentais de matiz constitucional:

Art. 5.º (...)

XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

(...)

Estes dispositivos expressam, respectivamente, os princípios da legalidade e da anterioridade penal. Não é despidendo mencionar que, a despeito de a regulação do Código de Ética não exprimir conteúdo penal em sentido estrito, cuida-se de matéria sujeita à dogmática do Direito Sancionador,<sup>5</sup> que motiva, por si, a obediência às garantias desse jaez, porquanto pacífica a compreensão de que o devido processo legal há de ser respeitado em qualquer instância processual, pois, mais do que um conjunto de normas encadeadas, revela verdadeira cláusula de garantia material a todo litigante.

Seria sem sentido criar um Código com vistas à apuração do passado. Por melhores que fossem as intenções, seria muito próximo de um “código de exceção”.

Fundamentam, pois, essa proteção a própria ideia de Estado de Direito, sustentado no princípio liberal e nos princípios democráticos e da separação dos Poderes, compreendidos aqui como a necessidade de qualquer intervenção no âmbito das liberdades individuais exigirem lei, que por sua vez, resulta de uma decisão sobre criminalização de determinada conduta tomada por quem dispõe de legitimidade.<sup>6</sup> Na realidade do futebol brasileiro, *mutatis mutandis*, as condutas (“crimes”) e as sanções (“penas”) surgem somente com o advento do Código, aprovado pela Assembleia-Geral da CBF, instância máxima na estrutura normativa da entidade, observada a expressa vedação para atingir fatos anteriores. É decorrência lógica da necessidade de prévia tipificação e cominação legal.

As hipóteses de sanções restaram assim definidas:

Art. 23. As violações a este Código ou de quaisquer outras regras e regulamentos da CBF são passíveis de punição com uma ou mais das seguintes sanções:

---

5. Gilmar Mendes esclarece que “pena refere-se a toda e qualquer medida estatal caracterizável como reação a uma conduta culpável (direito sancionador)” (MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 546).

6. *Idem*, p. 545.

Advertência, reservada ou pública;

I – multa, de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais);

II – suspensão, por até 10 anos;

III – demissão por justa causa;

IV – proibição de acesso aos estádios, por até 10 anos;

V – proibição de participar de qualquer atividade relacionada ao futebol, por até 10 anos;

VI – trabalho comunitário.

Logo, o princípio da anterioridade impõe que as mencionadas sanções alcancem apenas os infratores que descumprirem os termos do Código de Ética a partir de sua vigência, motivo pelo qual o diploma normativo nada mais trouxe do que a adequação das garantias constitucionais para seu objeto de regulação, em plena harmonia com a Constituição Federal de 1988.

### III.2 COMISSÃO DE ÉTICA: COMPOSIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

O Capítulo V incorporou o regimento interno, originariamente idealizado como anexo, o qual, em extensão, dispõe da maior quantidade de dispositivos e ocupa substancial parte do Código de Ética. As seções iniciais se destinam a disciplinar a composição, organização e funcionamento da Comissão de Ética, órgão que será responsável por conduzir os procedimentos e julgar os casos que lhe forem submetidos.

Sua estrutura é composta por uma Câmara de Investigação e uma Câmara de Julgamento, cada qual composta por cinco membros, fundando um sistema bicameral de processamento. A principal vantagem desse formato é a desconcentração de funções investigatória e julgadora, que, em matéria de controle, poderia comprometer a imparcialidade do julgamento, vez que o órgão poderia ficar “contaminado” com o interesse acusatório.

É no âmbito da Comissão de Investigação que nascem os processos disciplinares,<sup>7</sup> uma vez constatados indícios de infrações éticas, que, após confirmados, são apreciados em definitivo pela Comissão Julgadora, competente para aplicar as sanções cabíveis.<sup>8</sup> Ambas são presididas pelo Presidente da Comissão

---

7. “Art. 42. A Câmara de Investigação examinará potenciais infrações às disposições deste Código por sua própria iniciativa ou provocação, a seu critério e de modo completamente independente.”

8. “Art. 49. A Câmara de Julgamento procederá à análise dos processos disciplinares remetidos pela Câmara de Investigação e aplicará as sanções que entender cabíveis.”

de Ética,<sup>9</sup> o qual é eleito pela maioria das duas câmaras para um mandato de dois anos, admitida uma única recondução.

A Comissão de Ética, e suas Câmaras, constituem a alma do Código de Ética do Futebol. Merece particular destaque as premissas que orientaram sua concepção, pautadas pela independência, autonomia e aptidão de seus integrantes, assim como pela racionalidade e eficiência de seus trabalhos.

A Comissão de Ética, vislumbrada como órgão de controle externo, é quem deve simbolizar e materializar os padrões éticos impostos aos atores do futebol brasileiro, considerando o papel pedagógico que suas decisões e deliberações representam enquanto instância julgadora. Por isso, foram exigidos os seguintes requisitos, positivos e negativos, para estar apto a ser indicado pelo Conselho de Administração da CBF:

Art. 58. Só poderão integrar a Comissão de Ética pessoas de reputação ilibada, postura reconhecidamente ética, sólida formação acadêmica e/ou experiência profissional comprovada em auditoria, contabilidade, finanças ou assuntos jurídicos.

Art. 59. Não podem integrar a Comissão de Ética:

I – ocupante simultaneamente de cargo ou função de direção nas entidades de administração ou prática do desporto;

II – integrante qualquer outro órgão jurisdicional;

III – quem mantenha contrato oneroso com as entidades de administração e prática do desporto nos últimos três anos;

IV – quem possua qualquer tipo de vínculo profissional remunerado com as entidades de administração e prática do desporto;

V – sócio de sociedade empresária que forneçam serviços e/ou produtos às entidades de administração e prática do desporto, ou que delas receba recursos financeiros regularmente;

VI – procurador, empresário, agente de atletas ou sócio dos que exerçam tais atividades;

VII – cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, em linha reta ou colateral, daqueles que se adequem às situações descritas nas alíneas anteriores;

VIII – quem enquadrar-se nas hipóteses de inelegibilidade previstas no artigo 23, inciso II, da Lei 9.615/1998, ou a que vier a substituí-la.

Os critérios acima transcritos visam minimizar a possibilidade de interferências externas no desempenho das funções da Comissão, evitando situações

---

9. “Art. 54. O Presidente da Comissão de Ética será eleito por maioria de votos dos membros das duas câmaras, para um mandato de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução.”

de potencial comprometimento da livre apreciação dos fatos. Não obstante, foram criadas as seguintes hipóteses de suspeição, que podem ser suscitadas de ofício (art. 63),<sup>10</sup> ou pela parte (art. 64),<sup>11</sup> a ser decidido pelo Presidente da Comissão:

Art. 62. Os membros da Comissão de Ética devem agir com imparcialidade, devendo julgar-se suspeito para participar de qualquer investigação ou julgamento caso esta seja comprometida.

Parágrafo único. O anterior aplica-se, em particular, aos seguintes casos:

I – se houver interesse direto no resultado do caso;

II – se houver parcialidade em favor ou contra uma das partes;

III – tenha expressado uma opinião sobre o seu resultado;

IV – quando o parente até segundo grau do membro é uma das partes envolvidas na controvérsia ou parte no processo;

V – possua qualquer outro interesse que poderia ser substancialmente afetado pelo resultado do processo e sua imparcialidade;

VI – se já lidou com o caso em uma função diferente.

Para reforçar sua autonomia, os integrantes da Comissão, embora indicados pelo Conselho de Administração da CBF, dispõem de mandatos de dois anos, admitida uma única recondução, adotando sistemática análoga ao funcionamento, por exemplo, dos Magistrados da Justiça Eleitoral. Interessante notar que os mandatos dos membros da Comissão de Ética serão desencontrados dos mandatos dos gestores da própria Confederação, o que assegura ainda maior autonomia.

Não estão tais membros, todavia, imunes a mecanismos de controle. Isso porque, segundo art. 66,

cabe ao Conselho de Administração da CBF, por maioria simples, destituir os membros da Comissão de Ética, assim como estabelecer o rito a ser observado no processo de destituição, caso fique caracterizada conduta ou prática que viole frontalmente os termos deste Código.

Talvez aqui exista algum ponto suscetível à crítica, pois de certa forma poderia fragilizar a autonomia e independência dos integrantes da Comissão. No entanto, algum controle haveria de existir, pois não se poderia criar um órgão

---

10. “Art. 63. O membro que se julgar suspeito deverá informar imediatamente ao presidente da Comissão de Ética.”

11. “Art. 64. As partes poderão alegar a suspeição ou impedimento de um dos membros no prazo de 5 (cinco) dias após a identificação dos motivos para a suspeição ou impedimento.”

com autoridade soberana maior do que a própria Assembleia-Geral, órgão máximo na estrutura estatutária da entidade.

Devem imperar as máximas de *responsiveness* e *accountability* igualmente para os membros da Comissão, pois sua autonomia e independência são prerrogativas que se justificam para assegurar, em última instância, o perfeito cumprimento do Código, de modo que, caso comprovado que o integrante se distanciou de suas funções, acertada a possibilidade de sua destituição. Afinal, é preciso responder: quem controla o controlador? Somente há de ser a instância máxima de que irradia e repousa a legitimidade do controle do futebol brasileiro.

### III.3 DAS FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR

Expostas as características do principal órgão responsável pela consecução do Código, cumpre evidenciar os principais aspectos do rito pelo qual se desenrolam os atos dos processos disciplinares. A fim de nortear a marcha processual, o Código não descuidou de reproduzir a deontologia principiológica dos manuais de processo, enumerando dispositivos que densificam postulados essenciais ao processo:

Art. 68. Às Partes é assegurado o contraditório e o devido processo legal.

§ 1.º As partes não serão julgadas sem antes terem tido a oportunidade de manifestação nos autos.

§ 2.º É assegurada às Partes o direito à produção de todas as provas admitidas.

§ 3.º Todas as decisões da Comissão de Ética devem ser fundamentadas.

Foram positivados os princípios do contraditório, da ampla defesa,<sup>12</sup> do devido processo legal,<sup>13</sup> da fundamentação das decisões judiciais<sup>14</sup> e, inclusive, o princípio da não surpresa,<sup>15</sup> inovação do Novo Código de Processo Civil,

---

12. CF/1988: “Art. 5.º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”.

13. CF/1988: “Art. 5.º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...)”.

14. CPC/2015: “Art. 93 (...) X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

15. CPC/2015: “Art. 9.º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (...) Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de

que, apesar do embasamento doutrinário, ganhou *status* normativo, consubstanciado no § 1.º do art. 68. Igual tutela mereceu a vedação constitucional<sup>16</sup> à produção de provas oriundas de meios ilícitos.<sup>17</sup>

Conforme mencionado anteriormente, o processo é deflagrado na Câmara de Investigação, de ofício ou por requerimento de qualquer cidadão, vedado o anonimato e firmado o compromisso com a veracidade das imputações.<sup>18</sup> O Presidente da Comissão poderá receber ou não a denúncia,<sup>19</sup> cabendo recurso em caso de indeferimento.<sup>20</sup> O recurso, nesta hipótese, seria distribuído a algum membro da Comissão de Investigação.

Recebida a denúncia, as partes investigadas serão notificadas da instauração do processo para apresentar defesa no prazo de 15 dias,<sup>21</sup> em investigação a ser conduzida por um relator, designado pelo Presidente da Comissão de Ética por critério de rodízio entre os membros da Câmara de Investigação.<sup>22</sup>

Em determinadas situações, assim exigidas para assegurar a utilidade do procedimento, a investigação pode ser iniciada em caráter sigiloso.

---

jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

16. CF/1988: Art. 5.º (...) LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (...)”.
17. “Art. 81. São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos ou que não se prestem a esclarecer os fatos investigados.”
18. “Art. 95. Todo cidadão ou pessoa jurídica poderá apresentar notícia de infração (denúncia) à Câmara de Investigação acerca de potenciais violações a este Código, devidamente fundamentada, devendo a Câmara, caso a notícia seja arquivada, dar conhecimento ao notificante para eventuais providências. § 1.º As denúncias deverão ser apresentadas por escrito, vedado o anonimato, com a devida qualificação. § 2.º Quando da apresentação da denúncia, o denunciante se compromete com a veracidade das informações veiculadas, sob as penas da lei.”
19. “Art. 96. O Presidente da Comissão poderá receber ou arquivar a denúncia em caso de inexistência de indícios de infração.”
20. “Art. 98. Se houver impugnação à decisão que determinar o arquivamento da denúncia, o Presidente da Comissão designará relator da investigação, que aceitará ou não a denúncia, em decisão irrecurável.”
21. “Art. 45. As partes investigadas serão notificadas da abertura do processo, e poderão apresentar defesa no prazo de 15 (quinze) dias.”
22. “Art. 46. A investigação será conduzida por um relator, designado pelo Presidente da Comissão de Ética por critério de rodízio entre os membros da Câmara de Investigação.”

Apesar de permitida a produção de provas na Câmara de Julgamento,<sup>23</sup> a Câmara de Investigação admite uma fase de instrução com maior profundidade e extensão,<sup>24</sup> pois, além de ser sobre ela que recai o ônus da prova,<sup>25</sup> facultase, inclusive, a contratação de terceiros para apreciar aspectos técnicos sobre os fatos investigados.<sup>26</sup>

O parágrafo único do art. 80 indica, exemplificativamente, o seguinte rol de meios de prova: documentos, declarações das partes, declarações de testemunhas, gravações de áudio e vídeo, opiniões de peritos e quaisquer outras provas relevantes ao caso. Além da inadmissão de provas ilícitas já pontuadas, o Código também possibilitou a imputação de sanções às partes que adotem condutas manifestamente protelatórias,<sup>27</sup> uma vez que, a teor do art. 36, “como regra geral, as infrações a este Código prescrevem decorridos 5 (cinco) anos contados a partir da data da ocorrência do fato”.

O Código concede ampla discricção ao relator para encerrar a fase de instrução quando considerar esgotadas as diligências relacionadas à investigação dos fatos, que, uma vez encerrada, deverá ser comunicado ao Presidente da Comissão, que designará mais dois membros da Câmara de Investigação, por critério de rodízio, para votar o relatório final, em sessão conduzida pelo Presidente da Comissão, que, na ocasião, não tem direito a voto. Caso seja deliberado pelo arquivamento da denúncia, apenas com base em novos fatos e provas é possível sua reabertura.<sup>28</sup>

Aprovado o relatório, o processo é remetido e começa a tramitar doravante na esfera da Câmara de Julgamento. Tal qual na Câmara de Investigação, o Presidente deverá designar um relator para conduzir o processo, também

---

23. “Art. 107 (...) § 2.º A parte poderá requerer a produção de novas provas perante a Câmara de Julgamento, bem como depoimento pessoal e oitiva de testemunhas, cabendo ao relator de julgamento decidir sobre o pedido de produção de provas.”

24. “Art. 102. As partes poderão requerer a produção de provas perante a Câmara de Investigação.”

25. “Art. 83. O ônus da prova acerca das violações às disposições deste Código será de responsabilidade da Câmara de Investigação.”

26. “Art. 101. Em casos complexos, o relator poderá solicitar ao Presidente da Comissão a contratação de terceiros com funções investigativas, ou empresas de auditoria.”

27. “Art. 73. Em caso de conduta protelatória, o Presidente da Comissão poderá, após advertência, impor outras medidas disciplinares, inclusive multa, ou suspender preventivamente por até 30 (trinta) dias.”

28. “Art. 48. Se o processo for arquivado, a Câmara de Investigação só poderá reabrir a investigação se novos fatos ou provas forem conhecidos.”

escolhido por rodízio,<sup>29</sup> mas, nesta fase, participará da sessão de julgamento com direito a votar por último, junto com mais um membro.<sup>30</sup> Segundo explicitado, embora seja a produção de prova típica da fase investigativa, o Código, priorizando o contraditório e a ampla defesa dos investigados, não restringiu que fossem realizadas novas diligências e esclarecimentos mesmo na fase de julgamento.<sup>31</sup>

Se o relator do processo concluir que o relatório final da Comissão de Investigação está suficientemente fundamentado e não persistir a necessidade de produção de novas provas, será designada a sessão de julgamento para tomada definitiva da decisão, que, conforme o art. 112, deverá conter como requisitos mínimos de fundamentação: (i) a composição da comissão; (ii) nomes das partes; (iii) data da decisão; (iv) resumo dos fatos; (v) fundamentos da decisão; (vi) disposições normativas invocadas e aplicadas; (vii) dispositivo da decisão; e (viii) indicação das vias recursais.

Finalmente, próprio da cultura processual brasileira e em prestígio ao duplo grau de jurisdição, há previsão legal para a interposição de medidas recursais a serem apreciadas pela Assembleia-Geral da CBF. De rigor, as decisões interlocutórias são irrecorríveis<sup>32</sup> para otimizar o andamento do processo. O prazo para manejar um pedido de revisão é de 10 dias, contados a partir da ciência das razões que motivem o pleito,<sup>33</sup> observado o prazo decadencial de um ano para sua interposição após a execução da decisão que se pretende recorrer.<sup>34</sup> A particularidade das revisões se deve à possibilidade da instauração de processo

---

29. “Art. 51. O julgamento realizar-se-á por 3 (três) membros, sendo um relator designado pelo Presidente da Comissão de Ética por critério de rodízio entre os membros da Câmara de Julgamento.”

30. “Art. 108. Não havendo mais provas a produzir, o Presidente da Comissão designará sessão de julgamento, em que convocará o relator e mais 1 (um) membro da Câmara de Julgamento, que proferirá o voto logo depois do relator de julgamento. Parágrafo único. O Presidente da Comissão de Ética conduz a sessão de julgamento, com direito a votar por último.”

31. “Art. 50. A Câmara de Julgamento poderá solicitar novas diligências à Câmara de Investigação e instruí-la a ampliar a investigação ou complementar o relatório final.”

32. “Art. 115. As decisões interlocutórias e sobre custas processuais são definitivas e irrecorríveis.”

33. “Art. 117. A solicitação de revisão deverá ser realizada pelo interessado no prazo de 10 (dez) dias após o descobrimento das razões que justifiquem a revisão, sob pena de preclusão.”

34. “Art. 118. O prazo de decadência para a apresentação de um pedido de revisão é de 1 (um) ano após a execução da decisão.”

de revisão de ofício pela Câmara de Investigação quando descobertas novas provas e fatos em benefício do investigado.<sup>35</sup>

Naturalmente, por força da cláusula arbitral constante no Estatuto da FIFA (art. 62 do Estatuto da FIFA), da decisão do recurso pela Assembleia-Geral, eventualmente caberá recurso ao CAS (Court of Arbitration for Sport), sediado em Lausanne, na Suíça.

#### IV. CONCLUSÕES

A edição do Código de Ética do Futebol Brasileiro é uma importante conquista de toda a sociedade, ainda que submeta juridicamente apenas os atores do futebol. A estreita conexão com a maneira de compreender as relações humanas que envolvem a dinâmica e o funcionamento do futebol brasileiro e os padrões de conduta exigidos pelo povo brasileiro resultou nesse novo marco civilizatório que passa a integrar o patrimônio da CBF.

A inexistência de qualquer legislação análoga na jurisdição brasileira obrigou que o Código fosse construído a partir de “um ponto zero”, que se, por um lado, dificultava a assimilação de parâmetros desejáveis, permitiu que a inovação e a ousadia propositiva ganhasse forma normativa. Atuais e reconhecidas práticas de boa governança foram incorporadas, além da definição das normas materiais que disciplinam as condutas éticas, para o procedimento pelo qual deve caminhar os processos disciplinares.

Inaugura-se uma nova era na seara do Direito Desportivo, especificamente em relação ao futebol. Sabendo da crescente importância do esporte no âmbito nacional, tanto do ponto de vista cultural, como econômico e social, é realmente incrível que um instrumento normativo deste porte não tivesse ainda sido criado. Apesar do importante passo dado, é claro que só a realidade e os acontecimentos da vida poderão impulsionar novos avanços na condução ética dos interesses do esporte. A caminhada apenas começou.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

KUHN, Thomas. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

---

35. “Art. 116. A Câmara de Investigação da Comissão de Ética poderá instaurar processo para rever uma decisão se forem descobertas provas ou fatos novos significativos em benefício do investigado, que, apesar da investigação, não poderiam ter sido produzidos anteriormente.”

---

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.  
SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

---

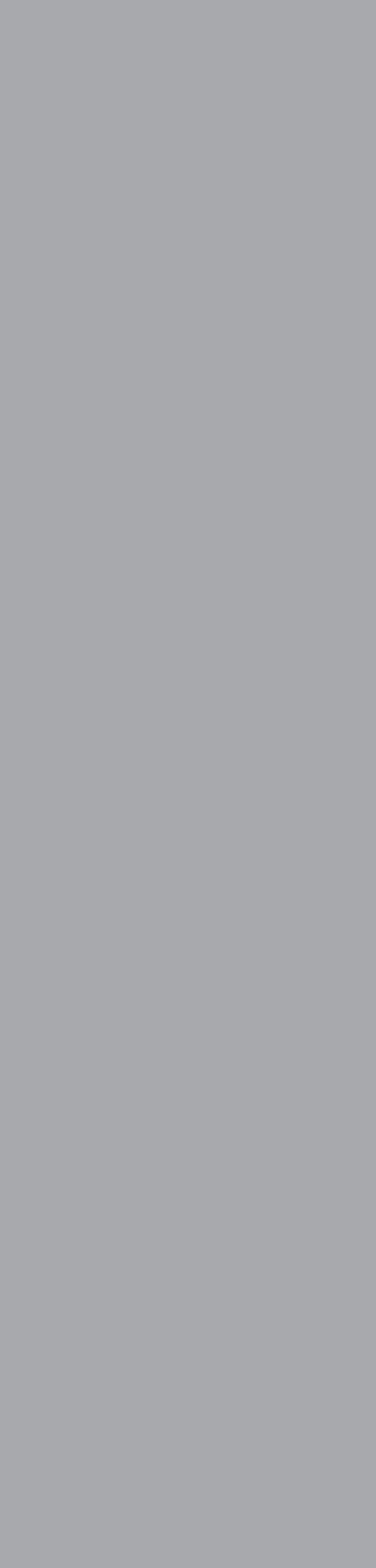
## PESQUISA DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Normas para estabilidade e sustentabilidade do futebol, de Álvaro Melo Filho – *RBDD* 19/21-38 (DTR\2011\1872).

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom left towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

**Direito  
Processual  
Civil**



# ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEDENTE VINCULANTE PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

## *SOME CONSIDERATIONS ON THE CONSTITUTIONALITY OF THE BINDING JUDICIAL PRECEDENT PROVIDED IN THE CIVIL PROCEDURE CODE*

**ADA PELLEGRINI GRINOVER**

Doutora *Honoris Causa* pela Universidade de Milão, Itália. Professora Titular do Departamento de Direito Processual na Universidade de São Paulo. Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Agraciada com o prêmio da Fundação Redenti (Bolonha, Itália) em 2007. Advogada. Procuradora de Estado aposentada. [adagrinover@gmail.com](mailto:adagrinover@gmail.com)

**ÁREA DO DIREITO:** Processual; Constitucional

**RESUMO:** O trabalho enfrenta as críticas ao precedente vinculante estabelecido pelo Código de Processo Civil, tratando do princípio da separação dos poderes, da posição da jurisprudência e das funções do Poder Judiciário no ordenamento jurídico e a aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar a eventual colisão de princípios constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judiciário – Precedente judicial vinculante – Separação de poderes – Uniformização – Jurisprudência.

**ABSTRACT:** This paper faces the criticisms of the binding judicial precedents, dealing with the principle of separation of powers, the jurisprudence and the position of the judiciary functions in the legal system and the principle of proportionality to solve the collision of constitutional principles.

**KEYWORDS:** Judiciary – Binding judicial precedent – Separations of powers – Standardization – Jurisprudence.

**SUMÁRIO:** 1. Da conveniência do efeito vinculante nos precedentes dos tribunais locais – 2. Princípios constitucionais garantidos pelo efeito vinculante – 3. Os argumentos usados para sustentar a inconstitucionalidade do efeito vinculante previsto no Código de Processo Civil de 2015 – 4. O Princípio da Separação dos Poderes e a posição do Judiciário no Estado Democrático de Direito – 5. O ordenamento jurídico: norma e jurisprudência – 6. A unidade, completude e coerência do ordenamento jurídico: a interpretação uniforme das leis federais e da Constituição Federal – 7. O princípio da proporcionalidade. A ponderação dos princípios constitucionais pelo legislador – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

## 1. DA CONVENIÊNCIA DO EFEITO VINCULANTE NOS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS LOCAIS

Com<sup>1</sup> exceção de algumas esparsas referências,<sup>2</sup> sempre que se cogitava de precedentes vinculantes, pretendia-se atribuir essa eficácia apenas aos julgados dos tribunais superiores e do STF. Não se falava na extensão do efeito vinculante também para os precedentes dos tribunais locais. Ainda que essa possa ter sido uma medida de cautela, para introduzir gradativamente o precedente vinculante no sistema normativo brasileiro, a verdade é que não mais se justifica a limitação do efeito vinculante apenas para os precedentes dos tribunais superiores.

Em verdade, a proposta de atribuição de efeito vinculante para as decisões dos tribunais locais não é recente. Ao comentar o substitutivo do deputado Aloysio Nunes Ferreira à Reforma do Poder Judiciário, Cândido Dinamarco construiu um forte argumento sobre a conveniência e até mesmo a necessidade de se atribuir eficácia vinculante também aos precedentes locais:

É uma pena que também aos tribunais locais não se estenda a autorização a sumular [com efeito vinculante]. Como os temas referentes a direito estadual e municipal não são capazes de levar os processos ao Supremo ou aos Tribunais Superiores, a última instância nessas causas é representada por aqueles. E, sabido que também nessa matéria ocorre muita repetição de teses e consequente dispersão de julgados conflitantes, seria de toda conveniência que também os tribunais locais fossem autorizados a editar súmulas vinculantes – sempre, nos limites das questões sobre as quais emitem o julgamento último.<sup>3</sup>

O argumento é de difícil refutação. Existem diversas questões locais que não contrariam leis federais ou a Constituição Federal. E tudo recomenda que a unidade do direito, a igualdade dos julgamentos, a segurança jurídica, a duração razoável do processo (propiciada pelo princípio da economia processual) sejam preservados em uma jurisprudência unitária também nas instâncias ordinárias. Principalmente se se tratar de matéria repetitiva. O risco de os tribunais locais decidirem sobre lei local atribuindo interpretação a lei federal não deve preocupar, pois havendo recurso para os tribunais superiores a matéria será por eles resolvida, constituindo precedente a ser observado.

- 
1. O presente trabalho foi originalmente escrito para compor obra coletiva em homenagem ao Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, ainda no prelo.
  2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno: efeito vinculante das decisões judiciais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. vol. 2, p. 1143.
  3. Idem, p. 1123.

## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS GARANTIDOS PELO EFEITO VINCULANTE

A projeção da eficácia vinculante dos precedentes judiciais é medida que concretiza diversos princípios constitucionais.

A doutrina – e não só a pertencente ao sistema de *common law* – já identificou que o modelo do *stare decisis* se sustenta em quatro valores essenciais para a ordem jurídica. São eles a igualdade, a segurança jurídica, a economia e a respeitabilidade ou autoridade dos julgados. Observo, ainda, que a economia leva a assegurar outro princípio constitucional garantido no nosso sistema: a duração razoável do processo.

## 3. OS ARGUMENTOS USADOS PARA SUSTENTAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO EFEITO VINCULANTE PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Desde as primeiras propostas de projeção do efeito vinculante, surgiram vozes que se opuseram. A doutrina já alertava para essa resistência, ao tempo em que fazia incontestável defesa da medida. Assim Cândido Dinamarco prosseguia (2):

Quando o Min. José Paulo Sepúlveda Pertence, então na Presidência do Supremo Tribunal Federal, ergueu a bandeira das decisões vinculantes dos Tribunais Superiores da União não faltaram todavia vozes divergentes a sustentar a inconveniência da proposta, seja em face do princípio político da separação dos Poderes do Estado, seja do postulado da independência dos juízes ou da efetividade do contraditório. Mas a angustiosa realidade do Poder Judiciário brasileiro, sobrecarregado e moroso, exige uma solução liberta de preconceitos políticos ou jurídicos radicalizadores dessas conquistas liberais. É preciso inovar com cautela e sem despreço pelos valores residentes naqueles princípios, mas com sabedoria e com a coragem suficientes para saber em que medida hão de prevalecer e como precisam ser harmonizados certos valores eventualmente conflitantes.<sup>4</sup>

Com o advento da EC 45/2004, surgiram também diversos trabalhos que sustentaram a inconstitucionalidade da própria Emenda Constitucional.<sup>5</sup>

---

4. Idem, *ibidem*.

5. Dentre outros, GUTIERREZ SOBRINHO, Emilio. A súmula vinculante e sua inconstitucionalidade. *Âmbito Jurídico*. vol. XVI. n. 118. Rio Grande, nov. 2013; COSTA, Sílvio Nazareno. A inconstitucionalidade material da Súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 39. n. 155. Brasília: Senado Federal, jul.-set./2002, p. 175-202.

Mas atualmente, já se encontra completamente consolidada a aceitação do efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas ações diretas de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes. É uma realidade que não pode ser ignorada. Decidir contra precedente vinculante do STF não apenas enseja reclamação para correção imediata do julgado, como também sujeita a autoridade administrativa a sanções civis, penais e administrativas.

Não obstante isso, costuma-se apontar alguns princípios insertos na Constituição que, aparentemente, poderiam ser violados com a aplicação do efeito vinculante. São citados, com maior frequência, o princípio de separação dos Poderes, o postulado da independência dos juízes e a garantia constitucional do contraditório. Outros, também, são mencionados, como o do livre convencimento dos juízes, o da subtração da jurisdição e o próprio princípio da legalidade.

Neste estudo – que antecipa um trabalho mais completo sobre a matéria, que está sendo elaborado em parceria com Samuel Meira Brasil – destacaremos, como resposta, apenas três tópicos: (a) a necessidade de nova leitura do princípio de separação dos poderes, no Estado democrático constitucional, com o papel nele representado pelo Judiciário; (b) a posição da lei e da jurisprudência no ordenamento jurídico; (c) a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução de eventual colisão de princípios constitucionais.

#### 4. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Como é sabido, a libertação do Estado das mãos do poder autocrático absolutista implicou uma supervalorização do Poder Legislativo. Com o advento do Estado Liberal do século XIX, o direito era dominado pelas codificações, adotando-se o modelo do sistema fechado e completo, com pouco ou nenhum espaço para a atividade interpretativa. O Estado Legalista deixava ao Poder Judiciário uma esfera muito fraca de intervenção. Este modelo identifica-se com uma justiça para a manutenção do *status quo*.<sup>6</sup>

Nesta quadra, pregava-se uma rígida separação dos poderes, em que o juiz se limitava a ser “a boca da lei”, segundo a expressão conhecida por todos.

Com o advento das reformas mundiais resultantes dos impactos da Revolução Industrial, no início do século XX, os direitos sociais tomaram fôlego e

---

6. ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011. p. 38-39.

acabaram por desenhar um perfil de Estado intervencionista, também chamado de *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social).

Nesse Estado, o principal ator era o Poder Executivo, destinado a tornar efetivas as promessas do legislador. Os marcos iniciais da mudança de perfil revelam-se nas constituições do México (1917) e na alemã de Weimar (1919).

Os catálogos de direitos instituídos nestes documentos incluíam, além dos clássicos direitos de defesa, o direito às prestações estatais, chamadas de direitos sociais. Sua judicialização era discutível; alguma doutrina, inclusive, afirmou tratar-se de “poesia constitucional”. Seja como for, os direitos sociais representavam a dimensão da igualdade, como promessa da modernidade.<sup>7</sup>

Nesse caminho histórico, insta ainda observar que a grave crise mundial gerada pela Segunda Guerra implicou grande mudança de postura dos juízes, já que o modelo reativo de justiça não conseguia impedir as graves injustiças cometidas e o Poder Executivo não implementava adequadamente as promessas do Estado Social.

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em todas as constituições os valores fundamentais da justiça e da dignidade humana foram interiorizados pelos Estados, prenunciando-se o advento da “Era das Constituições”.

Ao longo desse processo, consolidam-se as ideias em torno do controle da constitucionalidade pelos tribunais (constitucionais ou comuns) e o Judiciário assume uma posição mais ativa. Chega-se, assim, do Estado Social – que não havia conseguido concretizar os direitos sociais – ao advento do Estado Democrático Constitucional.<sup>8</sup>

O Estado Democrático Constitucional sobressai do Estado Liberal e do Estado Social, implicando superação desses modelos, com a supremacia da norma constitucional, o acolhimento do valor “participação” na formação e nos processos discursivos das decisões estatais e reconhecendo como fundamental o direito à participação.

---

7. Idem, *ibidem*.

8. Sobre a polêmica a respeito da denominação correta, salientou com precisão Luís Roberto Barroso: “A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova fase de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre as sutilezas semânticas na matéria” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização no direito. *Revista Forense*. n. 384. ano 102. Rio de Janeiro: Forense, mar.-abr./2006, p. 71-104).

No Estado Democrático de Direito, o Judiciário assume a função de controle dos outros Poderes, em relação à observância da Constituição e da efetivação dos direitos fundamentais por ela garantidos. Uma função de garantia.

E assim o conceito tradicional do princípio da separação dos Poderes, oriundo do Estado Liberal, transforma-se e tem uma nova interpretação e nela o Poder Judiciário tem, no modelo constitucional brasileiro hodierno, função de controle, equilíbrio e garantia. Não há falar de uma limitação de sua legitimidade em função de não serem seus representantes eleitos.

Sua legitimidade, oriunda diretamente da Constituição, deriva de sua imparcialidade e de sua independência em relação às forças políticas. A par desse argumento legitimador, importa anotar, novamente, que o Estado Democrático Constitucional é marcado por uma democracia de direitos, na qual a regra da maioria se submete apenas aos objetivos delimitados previamente pela Constituição, mesmo que isto importe em permanente tensão entre a regra da maioria e os direitos fundamentais. E as regras da maioria, próprias dos poderes majoritários, podem ser equilibradas pela observância dos direitos das minorias, preservados em face da independência e da imparcialidade do Judiciário.

De outra sorte, o equilíbrio entre o Poder Judiciário e os demais decorre de suas limitações materiais e jurídicas, cingidas ao direito e à técnica da argumentação jurídica, por um lado, e à falta de recursos próprios para executar suas decisões, por outro.

Em última análise, a autoridade do Judiciário está, em grande medida, atrelada à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente suas decisões, bem como, por evidente, em sua correspondência ao ordenamento jurídico.

Daí seu reconhecimento como função de garantia, voltada a colmatar, em especial, no caso brasileiro, as lacunas contingenciais, que como reconhecido na doutrina são sempre reparáveis, pois se trata de aplicar a norma constitucional: “A inefetividade contingente é sempre reparável através da intervenção do Poder Judiciário”.<sup>9</sup>

E por último cabe observar, a quem entende que o efeito vinculante só pode ser criado pela Constituição, que também seriam inconstitucionais as emendas à Constituição que o instituíram. Por outro lado, quando o argumento diz que uma emenda constitucional pode estabelecer o efeito vinculante, então ele reconhece, por consectário lógico, que o efeito vinculante não contraria a

---

9. FERRAJOLI, Luigi. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Alexandre Salim e Hermes Zaneti Jr, no prelo. Uma discussão muito mais profunda precisa ser efetuada com relação ao que o autor chama de inefetividade estrutural.

Constituição Federal. Reconhece que ele não é inconstitucional. Do contrário, nem mesmo o Poder Reformador poderia incluir o efeito vinculante na Constituição, mormente à luz do argumento de contrariedade ao princípio de separação dos poderes (art. 60, § 4.º, da CF).

## 5. O ORDENAMENTO JURÍDICO: NORMA E JURISPRUDÊNCIA

São fundamentalmente três as concepções de ordenamento jurídico. A teoria normativa, encabeçada por H. Kelsen,<sup>10</sup> que o define como um complexo ou sistema de normas jurídicas positivas gerais (leis formais) ou individuais (atos administrativos e sentenças), coordenadas<sup>11</sup> de acordo com a norma fundamental. A teoria institucional, cujo maior expoente é Santi Romano, que o identifica com a instituição, ou seja com um ente ou corpo social real e efetivo (*ubi societas ibi ius*). E finalmente a teoria da relação, exposta por A. Levi,<sup>12</sup> que o considera como sistema de relações jurídicas.

Essas concepções não se excluem reciprocamente, mas se integram, cada uma contendo algum elemento necessário para identificar o conceito de ordenamento jurídico.

Assim, para a existência do ordenamento jurídico são necessárias: (a) uma coletividade (ente ou corpo social que reconhece uma autoridade (princípio da legitimidade do poder) à qual é confiada a disciplina das relações intersubjetivas; (b) a condição de igualdade jurídica entre os membros da coletividade, no sentido de que a todos se reconheça capacidade de direito; (c) uma diversidade de interesses entre os membros da coletividade, que determina conflitos de interesses para cuja solução atua a autoridade – na qual o poder soberano se manifesta por intermédio da emanção de comandos jurídicos, seja pela via preventiva (leis) seja pela sucessiva (sentenças ou atos administrativos).

Assim, o direito objetivo, como complexo de normas escritas ou consuetudinárias, não esgota o conceito de ordenamento jurídico, o qual compreende, além das normas, o princípio de autoridade do qual as normas provêm.

No âmbito do ordenamento jurídico, o fenômeno interpretativo das normas destina-se a vivificar o efetivo alcance da norma por intermédio do processo de

---

10. KELSEN, Hans. *Lineamenti della dottrina pura del diritto*. (1934). Trad. italiana a cura di R. Treves. Torino: Einaudi, 1967); \_\_\_\_\_. *La dottrina pura del diritto*. (1960). Trad. italiana a cura di M. G. Losano. Torino: Einaudi, 1966.

11. ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1946. (1. ed. 1917-1918).

12. *Enciclopedia Treccani*. Google, Enciclopedia on line, Ordinamento Giuridico.

integração da própria norma com os princípios de justiça. Portanto, as normas jurídicas (direito objetivo) não se identificam com o ordenamento jurídico, constituindo antes um instrumento de que o ordenamento se serve para a solução de conflitos de interesses e a atribuição da certeza do direito assegurado aos membros da coletividade. Sem prejuízo de outros instrumentos, como a jurisprudência consolidada.

Pode-se afirmar, portanto, que o ordenamento jurídico contempla não só as normas, mas também a jurisprudência (e, segundo alguns, até a doutrina) desde que a autoridade das quais provenham seja reconhecida pela coletividade. Essa visão integrativa cumpre a função de assegurar a unidade e coerência do ordenamento jurídico, informado pelas exigências históricas de justiça que nascem do corpo social.

Veja-se o exemplo dado pela *Enciclopedia Treccani*:<sup>13</sup>

Si supponga, per es., una collettività organizzata attorno a un potere sovrano universalmente riconosciuto e chiamato a dirimere i concreti conflitti di interesse (diritto giurisprudenziale tipico dello *ius praetorium*). Del resto anche negli ordinamenti giuridici più evoluti si hanno di solito due sistemi di norme giuridiche spesso contrastanti, il primo improntato a una razionalità deduttiva (codificazione), il secondo a carattere empirico nascente dalle esigenze sociali contingenti (*ius civile* e *ius praetorium*).

É, sem dúvida, o caso da coletividade organizada que constitui a nação brasileira. O Poder Judiciário é um Poder não só inserido na Constituição, como também reconhecido, jurídica e socialmente, pelo povo que o utiliza para, com toda autoridade, solucionar os conflitos de interesses que surgem na sociedade, de acordo com as exigências sociais contingentes. O *ius praetorium* está, assim, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado das normas, justificando o caráter vinculante de sua jurisprudência, que colabora para a unidade e coerência do sistema, como se passa a verificar.

## 6. A UNIDADE, COMPLETEDE E COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO: A INTERPRETAÇÃO UNIFORME DAS LEIS FEDERAIS E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Assim conceituado o ordenamento jurídico, como compreensivo das normas e da jurisprudência, é preciso falar de suas características: a unidade, a integralidade e a coerência, realçadas por Norberto Bobbio.<sup>14</sup>

13. ENCICLOPEDIA TRECCANI. Google. Enciclopedia on line. Ordinamento Giuridico.

14. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Bauru: Edipro, 2011.

A unidade é baseada na norma fundamental. A norma fundamental é a norma posta pelo poder fundante da ordem jurídica e seu traço é sua imposição pelo poder legítimo e constituinte. Nesse sentido, é possível admitir a norma fundamental como a primeira de uma ordem hierárquica, constituindo o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento. Portanto, não só a exigência de unidade do ordenamento, mas também a exigência de fundamentar a validade do ordenamento determina postular a norma fundamental, a qual é, simultaneamente, o fundamento de validade e o princípio unificador das normas e jurisprudência de um ordenamento.

A completude é decorrência do princípio de que o ordenamento não oferece lacunas, pois sempre haverá nele, ainda que latente e implícita, uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito. Diversamente ocorre com a norma porque, por mais previdente e imaginativo que seja o legislador, jamais poderá cobrir todas as hipóteses que a multifária vida em sociedade oferece. Nesse caso, deverá se aplicar a técnica da integração da norma, preenchendo as lacunas de acordo com a analogia e os princípios gerais do direito.

Mas o que mais importa aqui, para efeito da defesa do precedente obrigatório, é a coerência do ordenamento jurídico. Trata-se, agora, de evitar situações de contradição no ordenamento. E essa coerência, visto o exposto no item anterior, deve ser observada entre as normas, entre as normas e a jurisprudência e entre as diversas decisões que compõem a jurisprudência.

Com relação a esse último ponto – a coerência entre as diversas decisões que compõem a jurisprudência – é de se ressaltar a importância da interpretação uniforme da Constituição e das leis.

Eis uma questão fundamental para justificar o precedente vinculante.

## 7. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PELO LEGISLADOR

Embora pretendamos demonstrar, em trabalho mais completo em elaboração, que o precedente vinculante não fere os princípios constitucionais da independência dos juízes, da separação dos poderes, do contraditório, da legalidade e do livre convencimento, passamos momentaneamente a aceitar, por absurdo, que o façam.

Mesmo assim, seria preciso contrastar esses princípios com outros, assegurados pelo precedente vinculante, indicados acima, como a certeza do direito e a segurança jurídica, a igualdade que comporta a interpretação uniforme das leis, a duração razoável do processo – tudo culminando na consistência e unidade do ordenamento jurídico.

A colisão entre princípios constitucionais resolve-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade deve ser entendida como justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. Assim, segundo a doutrina, a proporcionalidade deve levar em conta os seguintes dados: (i) adequação, ou seja, a aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos; (ii) necessidade, como exigência de limitar um direito para proteger outro, igualmente relevante; (iii) proporcionalidade estrita, como ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou seja, entre a restrição imposta (que não deve aniquilar o direito) e a vantagem conseguida, o que importa na (iv) não excessividade.<sup>15</sup>

Sob esse aspecto, vale lembrar o pensamento de Karl Larenz, para quem: “Não se trata aqui de outra coisa senão da ideia de justa medida, do ‘equilíbrio’, que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça”<sup>16</sup> (grifei).

O princípio da proporcionalidade obriga a todos os Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. A propósito lecionou José Joaquim Gomes Canotilho: “O princípio da proibição do excesso aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição”<sup>17</sup> (grifei).

Pois bem. No caso do precedente vinculante, o legislador ordinário aplicou o princípio da proporcionalidade para resolver a (aparente) colisão de princípios constitucionais supraelencados. E, na proporcionalidade estrita (ou seja, na ponderação dos valores em jogo) decidiu pela prevalência dos princípios assegurados pelo precedente vinculante. Nem se pode dizer que houve excesso na eventual restrição imposta a outros princípios, como se demonstrará em trabalho em elaboração.

Portanto, o princípio da proporcionalidade foi adequadamente aplicado pelo legislador e só resta ao intérprete observá-lo.

## 8. CONCLUSÃO

Como explicado acima, alinhamos neste escrito apenas alguns dos argumentos que podem rebater certas críticas ao precedente vinculante estabele-

---

15. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1146.

16. *Idem*, *ibidem*.

17. *Idem*, *ibidem*.

cido pelo Código de Processo Civil, sustentando sua inconstitucionalidade. Assim, enfrentamos questões como o princípio da separação dos poderes, a posição da jurisprudência e das funções do Poder Judiciário no ordenamento jurídico e a aplicação do princípio da proporcionalidade para solucionar a eventual colisão de princípios constitucionais.

A escolha destes temas responde à intenção de trazer ao debate análises e tomadas de posições que apresentem alguma novidade ou um enfoque diferente para o deslinde das questões levantadas.

Finalizando, num plano mais geral, quero lembrar que a tendência rumo ao precedente judiciário vinculante não é nova. Nelson de Sousa Sampaio apresenta uma boa resenha.<sup>18</sup> Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

E o apoio de Kelsen a respeito da função criadora do direito pelos tribunais é muito significativo: essa função, existente em todas as circunstâncias, diz ele, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa.<sup>19</sup>

O que, a meu ver, é altamente positivo.

## 9. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização no direito. *Revista Forense*. n. 384. ano 102. Rio de Janeiro: Forense. p. 71-104. mar.-abr./2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Bauru: Edipro, 2011.

---

18. SAMPAIO, Nelson de Souza. Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *Revista de Direito Público*. vol. 18. n. 75. jul.-set./1985, p. 5-20.

19. KELSEN, Hans. *Teoria do direito*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. vol. 2, p. 115-116.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COSTA, Sílvio Nazareno. A inconstitucionalidade material da Súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 39. n. 155. Brasília: Senado Federal. p. 175-202. jul.-set./2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno: efeito vinculante das decisões judiciais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. vol. 2.
- ENCICLOPEDIA TRECCANI. Google. *Enciclopedia on line*. Ordinamento Giuridico.
- FERRAJOLI, Luigi. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Alexandre Salim e Hermes Zaneti Jr., no prelo.
- GUTIERREZ SOBRINHO, Emílio. A súmula vinculante e sua inconstitucionalidade. *Âmbito Jurídico*. vol. XVI. n. 118. Rio Grande. nov. 2013.
- KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. (1960). Trad. italiana a cura di M. G. Losano. Torino: Einaudi, 1966.
- \_\_\_\_\_. *Lineamenti della dottrina pura del diritto*. (1934). Trad. italiana a cura di R. Treves. Torino: Einaudi, 1967.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do direito*. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. vol. 2.
- ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1946. (1. ed. 1917-1918).
- SAMPAIO, Nelson de Souza. Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *Revista de Direito Público*. vol. 18. n. 75. p. 5-20. jul.-set./1985.
- ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A recepção dos precedentes pelo novo código de processo civil: uma utopia ?, de Gustavo Nogueira – *RePro* 249/379-397 (DTR\2015\16586);
- Da Corte que declara o "sentido exato da lei" para a Corte que institui precedentes, de Luiz Guilherme Marinoni – *RT* 950/165-198, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 10/81-114 (DTR\2015\11105);

- Eficácia vinculante - A ênfase à *ratio decidendie* à força obrigatória dos precedentes, de Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni – *RePro* 184/9-41, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 4/863-893 (DTR\2010\341);
- Os precedentes no novo Código de Processo Civil: a valorização da *stare decisis* e o modelo de Corte Suprema brasileiro, de Rafael Calheiros Bertão – *RePro* 253/347-385 (DTR\2016\4322); e
- Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil, de Hermes Zanetti Jr. – *RePro* 235/293-349, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 10/465-526 (DTR\2015\11095).

# A CAUSA DE PEDIR DOS RECURSOS E NOS RECURSOS

---

## *THE CAUSA PETENDI OF THE APPEALS*

**IGOR BIMKOWSKI ROSSONI**

Mestre e doutorando em direito processual civil pela USP.  
Membro do IBDP e Ceapro. Advogado.  
igorrossoni@hotmail.com

### **ÁREA DO DIREITO:** Processual

**RESUMO:** O presente trabalho analisa a causa de pedir sob o viés recursal. Assim, após se identificar a causa dos recursos, é esboçado um quadro acerca da posição da jurisprudência quanto a três temas relacionados à causa de pedir sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 e as mudanças que o Código de Processo Civil de 2015 trará para a matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Recursos – Causa de pedir – *Errores in procedendo* – *Errores in iudicando* – CPC/1973 vs. CPC/2015.

**ABSTRACT:** This paper intends to analyse the causa petendi from a recursal view. So after identifying the cause of appeal, it is sketched a picture of the position of jurisprudence on three issues related to the causa petendi under the term of the CPC/1973 and the changes that CPC/2015 will bring to the matter.

**KEYWORDS:** Appeals – *Causa petendi* – *Errores in procedendo* – *Errores in iudicando* – CPC/1973 vs. CPC/2015.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Causas de pedir dos recursos: 2.1 Mérito do recurso; 2.2 Causas (de pedir) do recurso: 2.2.1 *Errores in procedendo*; 2.2.2 *Errores in iudicando* – 3. Causa de pedir nos recursos – 3.1 Vedação da alteração da causa de pedir; 3.2 Possibilidade de requalificação da causa de pedir em recurso: 3.2.1 Iniciativa: Iniciativa do tribunal e Iniciativa da parte; 3.2.2 Princípio do contraditório (não surpresa); 3.3 Devolução de causa de pedir não analisadas na sentença (art. 515, §§ 1.º e 2.º, do CPC): 3.3.1 Causa de pedir simples (cumulação de pretensões); 3.3.2 Causa de pedir composta (única pretensão); 3.3.3 Causa de pedir complexa (cumulação de pretensões) – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Conforme doutrina clássica, dentre os três elementos utilizados para a identificação da demanda, a causa de pedir é o de mais delicada utilização.<sup>1</sup> A controvérsia inicia já ao se estabelecer o seu conteúdo.<sup>2</sup> O objetivo do presente ensaio, contudo, não é ingressar na discussão entre a maior ou menor importância do elemento fático para a identificação da demanda.<sup>3</sup> Este é, sem dúvida, o pano de fundo da disputa travada entre a teoria da substanciação (*Substantiierungstheorie*) e a teoria da individuação (*Individualisierungstheorie*).

O intento do presente artigo é analisar a *causa petendi* do ponto de vista recursal, temática praticamente não enfrentada pela doutrina. Assim, em um primeiro momento, buscar-se-á identificar a causa de pedir dos recursos, vale dizer, quais são as causas dos remédios, e, posteriormente, meditar a respeito da maneira como a causa de pedir da demanda é enfrentada no julgamento dos recursos. Nesse sentido, mostra-se imprescindível analisar o posicionamento da jurisprudência brasileira sobre uma série de questões envolvendo a *causa petendi*, como a limitação de atuação das partes e dos Tribunais, a possibilidade de requalificação das alegações de fato narradas e a possibilidade de julgamento imediato do tribunal de demanda não analisada pelo juiz de primeiro grau. Isso trará subsídios para a tentativa de solucionar problemas práticos, mas, principalmente, permitirá traçar um quadro sobre a causa de pedir no âmbito recursal na vigência do CPC/1973 e as alterações que o CPC/2015 trará para a matéria.

Busca-se, portanto, contribuir cientificamente de forma a preencher parte da lacuna sobre a temática.

## 2. CAUSAS DE PEDIR DOS RECURSOS

Ninguém ignora que o emprego do conceito de causa não é exclusivo da ciência do direito. E, mesmo no âmbito jurídico, o termo causa é empregado com diferentes significados a depender do ramo do direito de que se está tratando. Conforme refere Tucci, a origem do vocábulo latino é duvidosa. Isso

---

1. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. j. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 1, p. 358. Mesmo sentido, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 29.

2. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi nas ações reivindicatórias*. *Revista de Direito Processual Civil*. vol. 6. São Paulo, jul.-dez./1962, p. 185.

3. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi...* cit., p. 93.

não impediu que concluisse que seu significado original está associado à razão que legitima o agir do demandante.<sup>4</sup>

No âmbito processual, o conceito possui significação técnica própria: expressa o fato ou conjunto de fatos narrados que serve para fundamentar a pretensão do demandante. Isso não obsta, todavia, que, ainda que de forma imprópria, possa-se falar em *causa petendi* dos recursos.<sup>5</sup> A causa (de pedir) dos recursos consubstancia-se, portanto, no ato processual que legitima a insurgência da parte por meio de remédio específico. E o ato processual que faz surgir o interesse da parte para a interposição de recurso é a decisão judicial contrária ao interesse da parte (art. 996 do CPC/2015), tomada em sentença ou em decisão interlocutória (art. 203 do CPC/2015).<sup>6</sup>

Antes de se passar à análise mais pormenorizada da *causa petendi* dos recursos, é importante fazer um esclarecimento quanto ao que é tratado nos meios de impugnação internos à relação processual, isto é, o mérito dos recursos.

## 2.1 Mérito do recurso

Da mesma forma que se pode fazer a diferenciação entre *causa petendi* da demanda e do recurso, por meio de um raciocínio análogo, é lícito distinguir entre mérito da demanda e mérito do recurso.<sup>7</sup> O mérito da demanda, segundo Dinamarco, consiste na pretensão deduzida em juízo, ao passo que o mérito do recurso pode ter conteúdo variado, a depender do que é levado pela parte ao tribunal para decidir. Desse modo, pode ocorrer que o mérito do recurso trate do mérito da demanda, mas não necessariamente.<sup>8</sup> A fim de não pairar

---

4. Idem, p. 21-22.

5. Observação análoga foi feita por Ricardo de Barros Leonel ao analisar o pedido nos recursos: LEONEL, Ricardo de Barros. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas* São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 365.

6. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 117; MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 525.

7. DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I, p. 332; também, *Capítulos de sentença*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 84; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil...* cit., p. 121.

8. DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito... cit., p. 332-333.

qualquer dúvida quanto à diferença, utiliza-se o exemplo da decisão sobre a concessão ou não de assistência judiciária a parte litigante.

Nesse caso, sendo indeferido o benefício pelo juiz, terá a parte interesse recursal para ver reformada a decisão (art. 996 do CPC/2015). O objeto da insurgência (mérito do recurso) será a eventual existência do direito ao benefício da assistência judiciária. Obviamente, não há coincidência com o mérito da demanda, pois não é possível que uma parte ingresse em juízo para solicitar tão somente a concessão do benefício da assistência judiciária.

A razão da distinção ora explicitada é demonstrar que a própria *causa petendi* da demanda pode ser o mérito do recurso. E, a depender da forma que o juízo *a quo* a analisou, a questão envolvendo a causa de pedir pode ser levada ao conhecimento do tribunal de mais de uma forma.

## 2.2 Causas (de pedir) do recurso

Feitos os esclarecimentos anteriores, pode-se afirmar que a causa dos recursos é sempre uma decisão judicial contrária ao interesse da parte, decisão esta que, sob a ótica da parte vencida, apresenta um vício de julgamento (*error in iudicando*) ou um vício na construção do processo (*error in procedendo*);<sup>9</sup> vale dizer, a causa dos recursos é a afirmação da existência de um *error in procedendo* ou um *error in iudicando* na decisão recorrida.<sup>10</sup>

O tribunal, ao realizar o juízo de admissibilidade do recurso interposto, avaliará a *causa petendi* do recurso. A efetiva existência do desacerto da decisão consiste no mérito do recurso.

Assim, de forma geral, as causas dos recursos consistem em (i) um erro de julgamento ou (ii) um erro de atividade, cada qual com consequência distinta, caso verificada. E a própria questão envolvendo a causa de pedir da demanda pode ser levada ao conhecimento do tribunal sob os dois vieses distintos, como

---

9. Sobre o vício do *error in procedendo* e *error in iudicando*: CALAMANDREI, Piero. La teoria dell'*error in iudicando* nel diritto italiano intermedio. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979. vol. 8. p. 147-244. passim; \_\_\_\_\_. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979. vol. 8. passim; \_\_\_\_\_. Sulla distinzione tra *error in iudicando* ed *error in procedendo*. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979; \_\_\_\_\_. Vizi della sentenza e mezzi di gravame. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979. vol. 8, passim.

10. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil...* cit., p. 121. Neste sentido é a jurisprudência do STJ: AgRg no REsp 1381796/RS, 1.<sup>a</sup> T., j. 24.04.2014, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 07.05.2014.

erro no julgamento da *causa postulandi* ou como erro de atividade na apreciação da *causa postulandi*.

### 2.2.1 Erros in procedendo

A teoria desenvolvida em relação aos erros de julgamento (*error in iudicando*) e aos erros de atividade (*error in procedendo*) foi inicialmente concebida, no direito romano, em paralelo com a recorribilidade das decisões, para identificar as sentenças sobre as quais se formava a coisa julgada, e, portanto, seria necessário recorrer. Conforme relata Ovídio Baptista, surgiu a

necessidade de separarem-se os eventuais vícios formais de que se pudesse ressentir o processo, em razão do não cumprimento de alguma formalidade ou ofensa a princípio de natureza procedimental (*errores in procedendo*), ou das possíveis injustiças que o magistrado pudesse cometer, não obstante a perfeita regularidade formal do procedimento (*errores in iudicando*).<sup>11</sup>

Os erros de atividade constituem, até hoje, vícios que atingem a validade da relação jurídica processual.<sup>12</sup> Por isso, a sua constatação, conforme jurisprudência brasileira, “implica a cassação da decisão para que outra seja proferida imune de vícios”.<sup>13</sup> Como requisitos para a constituição válida da relação processual, a doutrina afirma ser necessária (i) a capacidade dos sujeitos e (ii) a regularidade da sua citação. Uma vez instaurada validamente a relação processual, o motivo de nulidade pode ser verificado durante o desenvolvimento do procedimento, toda a vez em que (iii) omitido ato considerado essencial para a validade do processo, ou (iv) desrespeitada a ordem dos atos. A doutrina elenca, ainda, mais dois motivos de erros de atividade: (v) a inobservância de formalidade substancial e (vi) o excesso de poder na decisão do juiz.<sup>14</sup>

Com exceção do vício por excesso de poderes do juiz, é difícil imaginar outro exemplo de *error in procedendo* que se relacionaria com a causa de pedir da demanda. Já quando o juiz, em excesso de poder, prolata decisão em desconformidade com a causa de pedir deduzida em juízo procede-se verdadeiro vício de atividade.

11. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sobrevivência da *querela nullitatis*. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 82.

12. CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile vol. 1. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1976. vol. 6, p. 149. Esta é a orientação seguida pelo STJ: REsp 1236732/PR, 4.ª T., j. 16.06.2011, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 24.06.2011.

13. STJ, RMS 18.655/SC, 1.ª T., j. 14.11.2006, rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.08.2007, p. 286

14. CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile cit., p. 151.

No ordenamento processual brasileiro que, segundo doutrina majoritária,<sup>15</sup> adota a teoria da substanciação, é mais fácil vislumbrar o distanciamento do juízo da *causa petendi* exposta na demanda.<sup>16</sup> Isso ocorre porque o fato suficiente à realização do suporte fático de determinada norma e, portanto, ensejador de uma consequência jurídica, deve ser interpretado como uma demanda. Se a parte relatar a existência de dois fatos em si suficientes para o preenchimento de dois suportes fáticos, ainda que com finalidade única, está-se diante de duas demandas. Portanto, toda vez que o juiz, ao julgar a demanda proposta, afasta-se da causa de pedir exposta, há vício de atividade.

Assim, por exemplo, conforme já reconheceu o STJ, constitui *error in procedendo* o “acolhimento de causa de pedir outra que não a postulada pelo embarcante”.<sup>17</sup> Situação análoga ocorre quando há cumulação objetiva de demandas, também conhecida como ações concorrentes,<sup>18</sup> que visam à satisfação do mesmo interesse jurídico.<sup>19</sup> Também haveria *error in procedendo* no caso de a parte efetuar o cúmulo objetivo e o juízo, em sentença, julgar improcedente uma demanda, sem, contudo, analisar a concorrente. Conforme refere Liebman, a rejeição de uma ação não prejudica a concorrente.<sup>20</sup> Questão polêmica no âmbito do CPC/1973 e superada pelo CPC/2015, dizia respeito à possibilidade de o Tribunal julgar desde logo a demanda concorrente não apreciada em primeiro grau (art. 1.013, § 3º, II, do CPC/2015).

---

15. Contra, SILVA, Ovídio A. Baptista da. Os limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Sentença e coisa julgada. ensaios e pareceres*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1979. p. 166. Ainda no CPC de 1939, Botelho de Mesquita se colocava contrário à adoção: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Op. cit., p. 197. Adotando uma disciplina conciliadora no direito processual pátrio atual, LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 91.

16. Esclarece-se que o art. 319, III, do CPC/2015 reproduziu literalmente o art. 282, III, do CPC/1973, de forma que a tendência é, em princípio, a manutenção da orientação firmada na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

17. EDcl nos EDcl no REsp 145.587/SP, 3.ª T., j. 25.09.2000, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 13.11.2000, p. 141.

18. Sobre o assunto, amplamente: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito...* cit., vol. 1, p. 366; \_\_\_\_\_. *Identificazione delle azioni. Sulla regola ne eat iudex ultra petita partium. Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. vol. 1, p. 168-170; LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 1, p. 256.

19. Sobre a cumulação de demandas: CANOVA, Augusto Cerino. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. In: ALORIO, Enrico (coord.). *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: UTET, 1980. vol. 2. p. 228-234.

20. LIEBMAN, Enrico. Op. cit., p. 257.

Tem-se, por conseguinte, que a *causa petendi* da demanda pode ser levada ao conhecimento do tribunal sob o fundamento de que o juízo, ao apreciá-la, cometeu um erro de atividade. Tal vício acarreta, em princípio, a invalidade da decisão e, conseqüentemente, a necessidade de renovação do ato. Em resumo, o deficiente enfrentamento da causa de pedir é a razão do recurso.

### 2.2.2 Errores in iudicando

Ao lado dos vícios de atividade foram identificados, no direito romano, os vícios de julgamento (injustiças).<sup>21</sup> Estes, ao contrário dos primeiros, não acarretavam qualquer nulidade da sentença e, portanto, não abalavam a existência da decisão.<sup>22</sup> Eles consistem, até hoje, na má apreciação da questão de direito, da questão de fato, ou mesmo de ambas.<sup>23</sup>

Ao buscar sistematizar os *errores in iudicando*, Calamandrei identifica que eles podem ocorrer na premissa maior, na premissa menor ou na conclusão da decisão.<sup>24</sup> A primeira hipótese verifica-se quando a norma geral para o caso é deficientemente formulada pelo juízo; a segunda, no mais das vezes, quando há um erro sobre a apreciação de fato, e a última, quando não há correspondência entre a premissa e a consequência.

Nesse sentido, é possível verificar vícios de julgamento tanto na premissa maior quanto na premissa menor que envolva a análise da causa de pedir. Em relação à premissa menor, pode consistir o mérito do recurso na discussão sobre a comprovação da causa de pedir afirmada em juízo, ou seja, dos fatos constitutivos do direito do autor (art. 373, I, do CPC/2015). A discussão será julgada enquanto questão de fato (*quaestio facti*).

É possível também a causa de pedir ser enfrentada pelo tribunal como questão de direito (*quaestio iuris*). Isso ocorre quando se discute a qualificação jurídica dada aos fatos narrados como fundamento da demanda.<sup>25</sup> Ainda que a

21. Sobre a evolução do tratamento da sentença injusta no direito romano, principalmente em relação aos terceiros: PUGLIESE, Giovanni. Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano. *Rivista di Diritto Processuale*. 1960. passim.

22. ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1953. p. 98.

23. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil...* cit., p. 121.

24. CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile vol. 1. cit., p. 154, 157 e 159.

25. Sobre a qualificação jurídica no direito brasileiro: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia: o juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil*

doutrina<sup>26</sup> e jurisprudência<sup>27</sup> majoritária brasileira defendam que a qualificação jurídica não integra a causa de pedir, é evidente que ela será analisada como questão de direito,<sup>28</sup> pois busca-se estabelecer a norma geral a regular o caso. Nesse diapasão, ao procurar-se a regra para julgamento do caso, estar-se-ia no campo da premissa maior.

Por todo o exposto, verifica-se que a errônea compreensão da causa de pedir pode configurar a própria causa dos recursos. Esta pode apresentar-se tanto como erro de atividade, quando o juízo dela se distancia, como vícios de julgamento. Assim, concluída a primeira parte do trabalho, que consistia na análise das causas do recurso, passa-se à segunda, que tem por objetivo, aprofundar o estudo sobre a causa de pedir nos recursos.

### 3. CAUSA DE PEDIR NOS RECURSOS

Augusto Cerino Canova, quando escreveu sua importante obra *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*,<sup>29</sup> identificou, em grandes linhas, a posição dos tribunais italianos sobre uma série de pontos relacionados com a identificação de demanda. Guardadas as devidas limitações, buscar-se-á identificar a posição do STJ em relação a três temas centrais para a causa de pedir firmadas na vigência do CPC/1973: (i) a vedação da alteração da *causa petendi*; (ii) a requalificação da causa de pedir em sede recursal e (iii) a devolução ao tribunal de causa de pedir não analisada em sentença. Ademais, pontuar-se-ão as alterações que o CPC/2015 promoverá a respeito de cada um dos temas.

---

brasileiro. Dissertação (Mestrado) Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013. *passim*.

26. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil...* cit., p. 17.

27. A jurisprudência do STJ, salvo pronunciamento infrarreferido, desvincula o juiz da qualificação atribuída pela parte aos fatos narrados: AgRg no AgREsp 183.305/RJ, 2.<sup>a</sup> T., j. 24.09.2013, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 30.09.2013 No mesmo sentido: REsp 1043163/SP, 3.<sup>a</sup> T., j. 01.06.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 28.06.2010; AgRg no Ag 1122036/RJ, 3.<sup>a</sup> T., j. 21.09.2010, rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJRS), *DJe* 30.09.2010. Em sentido contrário: “É de ser reconhecido como *extra petita* o julgamento que empresta qualificação jurídica diversa aos fatos narrados pelas partes”. (AgRg no AgRg no REsp 696.079/BA, 3.<sup>a</sup> T., j. 05.11.2013, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 28.11.2013).

28. O STJ reconhece a qualificação jurídica como questão de direito: AgRg no REsp 533.852/RJ, 3.<sup>a</sup> T., j. 21.06.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 05.09.2005, p. 398; AgRg no AgREsp 357.051/PR, 6.<sup>a</sup> T., j. 04.02.2014, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 20.02.2014.

29. CANOVA, Augusto Cerino. *Op. cit.*, *passim*.

### 3.1 Vedação da alteração da causa de pedir

Como bem pontuado por Liebman,<sup>30</sup> uma das principais características do direito processual brasileiro é o acentuado sistema preclusivo.<sup>31</sup> Nesse sentido, a divisão do processo em fases implica a necessidade de tomada da providência no momento correspondente ou no período determinado; não o fazendo, perde-se a possibilidade.<sup>32</sup> Nesse particular, o CPC/2015 trouxe temperamento ao forte sistema preclusivo do CPC/1973.

Em relação à alteração da causa de pedir, havia regra expressa no art. 264, *caput*, do CPC/1973, segundo a qual “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”. Além disso, após o despacho saneador era vedada qualquer alteração, mesmo com a concordância do réu (art. 264, parágrafo único, do CPC/1973). Tal regra, juntamente com os arts. 42 e 87 do ordenamento processual instituíram o princípio da estabilidade da instância, tanto no sentido objetivo, quanto subjetivo.<sup>33</sup>

A clareza da dicção do art. 264 do CPC/1973 e sua tradição no direito brasileiro, que já no CPC/1939 possuía regra análoga, ainda que menos restritiva (arts. 157<sup>34</sup> e 181<sup>35</sup> do CPC/1939), pode explicar o entendimento jurisprudencial no sentido de aceitar a alteração da demanda apenas nas hipóteses expressamente previstas. Por isso é tão enfático o STJ ao afirmar que “na petição inicial o autor fixa o objeto e os limites da controvérsia, sendo-lhe defeso, após a citação do réu, modificar o pedido ou a causa de pedir (fato constitutivo do direito) sem o consentimento deste (CPC/1973, art. 264)”,<sup>36</sup> ou ainda, ao

---

30. Notas às: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual...* cit., vol. 3, p. 158-159.

31. Sobre a preclusão no direito processual civil brasileiro: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. *passim*.

32. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 170.

33. Sobre a origem do princípio da estabilidade da instância na *litiscontestatio* romana: SILVA, Ovídio. A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.61-68.

34. “Art. 157. Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá, formulá-lo.”

35. “Art. 181. Apresentada a contestação, o autor não poderá, sem consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação.”

36. STJ, AgRg no Ag 1001186/RS, 3.<sup>a</sup> T., j. 28.09.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 13.10.2010.

aduzir que “a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo” (art. 264, parágrafo único, do CPC/1973)”.<sup>37</sup>

Isso, todavia, não impediu a doutrina de criticar a rigidez do sistema, sugerindo, de *lege ferenda*, uma abertura maior do sistema, prestigiando a economia processual.<sup>38</sup> Não por outro motivo aduz-se que

sobrando aos autos a conveniência na alteração do mérito da causa após o saneamento à vista da pronta obtenção da solução do conflito e da economia de atos processuais e havendo consenso das pessoas e do juízo a respeito da justeza dessa modificação, não há razão para que o direito brasileiro não venha a admitir mediante reforma legislativa.<sup>39</sup>

O CPC/2015, quanto ao tema, não trouxe maiores novidades. Houve, na verdade, um aprimoramento técnico da redação do art. 264 do CPC/1973. Segundo a doutrina, “O art. 329 do CPC/2015 é o art. 264 do CPC/1973 a *contrario sensu*, na medida que delimita o que o autor pode fazer em matéria de aditamento ou alteração da petição inicial influenciado pelas vedações que este estabelece”.<sup>40</sup>

### 3.2 Possibilidade de requalificação da causa de pedir em recurso

A temática atinente à qualificação jurídica do fato ou conjunto de fatos narrados como fundamento da demanda ganhou destaque como consequência da visão publicista do fenômeno processual e do incremento dos poderes do juiz.<sup>41</sup> Ela consiste em desdobramentos das máximas *iura novit curia*<sup>42</sup> e *dami factum dabo tibi ius*.

---

37. AR 3.543/MG, 3.<sup>a</sup> Seção, j. 11.12.2013, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 19.12.2013.

38. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo...* cit., p. 143-144.

39. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 116.

40. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, et al. (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 833.

41. CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azioni... cit., p. 160. Sobre os poderes do juiz no direito brasileiro: PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2001. passim; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013. passim.

42. Sobre o sentido original do *iura novit curia* como significação de que as normas jurídicas são dispensadas de prova: SÁNCHEZ, G. O. *Iura novit curia: la vinculación del*

Neste sentido,

nada obstante incumba às partes a iniciativa da demanda e a alegação da causa de pedir e dos fatos de seu interesse, (...), o órgão jurisdicional tem a liberdade de qualificar juridicamente esses fatos e aplicar a norma jurídica que lhe pareça mais conveniente, mesmo que não suscitada pelas partes ou que seja diversa daquela por elas apontada.<sup>43</sup>

Tal faculdade encontra fundamento legal nos arts. 126, segunda parte, do CPC/1973 e 8.º do CPC/2015.

Conforme bem pontuado pela doutrina,

a possibilidade ou não de modificação da qualificação jurídica dos fatos colocados a exame na controvérsia e a amplitude possível dessa variação depende, pois, do que se entenda por conteúdo da demanda e do papel desempenhado pela questão de direito em seu âmbito (...).<sup>44</sup>

Todavia, o conteúdo da demanda varia de acordo com o ponto de vista que se analisa a relação entre o direito material e o processo.<sup>45</sup> Essa afinidade pode ser estudada sob três pontos de vista diferentes: objeto do processo (*Streitgegenstand*), ação e lide.<sup>46</sup> No direito brasileiro tradicionalmente o polo metodológico dominante é o da ação, o qual, segundo Fazzalari, é o que melhor corresponde à realidade.<sup>47</sup>

Nesse sentido, dentro da teoria da *tria eadem* (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*), elemento decisivo para a identificação do direito afirmado em juízo é a causa de pedir, pois se refere ao fato que faz surgir o direito do autor.<sup>48</sup> Na dicção de Chiovenda, a ação individua-se pelo fato e não pela norma da lei.<sup>49</sup> O conteúdo da causa de pedir, por conseguinte, é compreendido, à luz do art. 282,

---

juez a la calificación jurídica de la demanda. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 21-22. No mesmo sentido: BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Revista de Processo*. vol. 3. São Paulo: Ed. RT, jul. 1976, p. 169.

43. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 1, p. 72.

44. DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Op. cit., p. 94.

45. FAZZALARI, Elio. *Noti in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 5-6.

46. DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. Op. cit., p. 101.

47. FAZZALARI, Elio. Op. cit., p. 121.

48. LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 249; PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. *Rivista di Diritto Processuale*. 1990. p. 387.

49. CHIOVENDA, Giuseppe. *Identificazione delle azioni...* cit., p. 167.

III, do CPC/1973 (atual art. 319, III, do CPC/2015), como “o fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado”.<sup>50</sup>

A qualificação jurídica consiste, justamente, na possibilidade de análise dos fatos trazidos como fundamento da demanda, enquadrando-os dentro de um regime jurídico determinado;<sup>51</sup> isso porque é dever do juiz examinar de ofício a demanda sobre todos os possíveis aspectos jurídicos (*narra mihi factum, narro tibi ius*).<sup>52</sup> Como já adiantado, a jurisprudência e a doutrina entendem que a qualificação jurídica do pedido não compõe a causa de pedir.

O STJ entende que “a qualificação jurídica dos fatos declinada pelo autor na petição inicial não integra a *causa petendi*, visto que compete ao julgador enquadrar o fato à norma pertinente ao caso”.<sup>53</sup> E o mesmo tribunal, no julgamento do AgRg no AgREsp 183.305/RJ, afirmou que no “direito brasileiro vige a teoria da substanciação, segundo a qual o julgador somente está vinculado aos fatos, podendo atribuir-lhes a qualificação jurídica adequada, aplicando-se os brocardos *iuri novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius*”.<sup>54</sup>

A fim de explicitar a posição do STJ sobre o tema, exemplificativo é o julgamento do REsp 253.452/RJ.<sup>55</sup> No caso, a parte autora ingressou com demanda indenizatória em face de empresa de transporte, haja vista o seu atropelamento. Em primeiro grau a ação foi julgada procedente sob o fundamento de culpa concorrente do patrão; em apelo, foi sustentada a nulidade da sentença, pois ela se baseou em culpa concorrente do patrão, fundamento não levantado pela parte autora. Dado parcial provimento à apelação, apenas para exclusão de algumas verbas indenizatórias, foi interposto recurso especial. Nele se sustentou a existência de violação aos arts. 128 e 460 do CPC/1973 (correspondência aos arts. 141 e 492 do CPC/2015), pois o recorrente foi surpreendido com a procedência da demanda com base na culpa do padrão, argumento não utilizado pela parte autora.

---

50. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil...* cit., p. 17.

51. LENT, Friedrich. Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo. *Jus Rivista di Scienze Giuridiche*. 1953. p. 438.

52. CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azioni... cit., p. 167.

53. STJ, AgRg no Ag 1122036/RJ, 3.<sup>a</sup> T., j. 21.09.2010, rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJRS), *DJe* 30.09.2010; contra: AgRg no AgRg no REsp 696.079/BA, 3.<sup>a</sup> T., j. 05.11.2013, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 28.11.2013.

54. STJ, AgRg no AgREsp 183.305/RJ, 2.<sup>a</sup> T., j. 24.09.2013, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 30.09.2013.

55. STJ, REsp 253452/RJ, 4.<sup>a</sup> T., j. 03.08.2004, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 30.08.2004, p. 289.

Na vigência do CPC/1973, o STJ, ao decidir o caso, entendeu que a alusão feita a esses dois princípios referidos (a culpa presumida do patrão e a inversão do ônus da prova) não significa tenha a Julgadora modificado a causa de pedir. (...) Cuida-se aí, conforme se pode facilmente verificar, de aplicação do direito ao caso concreto. Não alteraram os decisórios proferidos nas instâncias ordinárias a causa de pedir formulada na petição inaugural. De evocar-se, nesse particular, os princípios da *mihi factum dabo tibi ius e iura novit curia*.

Verifica-se, pois, o pacífico reconhecimento de que o juiz, ao apreciar os fatos narrados que fundamentam a demanda, qualifique-os livremente. Ele não está, portanto, vinculado à qualificação jurídica atribuída pela parte ou mesmo à fundamentação trazida como razão para o acolhimento da demanda.<sup>56</sup> Esse julgado traz, contudo, duas questões relacionadas à requalificação dos fatos constitutivos do direito. Uma primeira diz quanto à iniciativa para a requalificação; uma segunda, à garantia do contraditório e a decisão surpresa.

O CPC/2015 traz sensível mudança, ao menos, para a segunda questão, qual seja, a garantia do contraditório contra a decisão surpresa. Em seu art. 10 prevê que o

o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Assim, se o CPC/2015 não traz alteração quanto à possibilidade de livre qualificação dos fatos, ao menos proíbe que sejam os fatos qualificados de determinada forma sem que às partes seja possibilitado se manifestar.

### 3.2.1 *Iniciativa: Iniciativa do tribunal e Iniciativa da parte*

Na Itália, consoante Augusto Cerino Canova, os limites para a atuação do juízo na conformação da demanda (requalificação) eram muito menores que os das partes.<sup>57</sup> No Brasil, conforme vislumbrado supra, praticamente inexistente limitação para o juízo requalificar os fatos trazidos ao seu conhecimento ao se empregar em conjunto os brocardos *iura novit curia* e *dami factum dabo tibi ius*. Mas, em relação às partes, haveria limitação?

Em princípio, quando a parte não deixa precluir a questão com a interposição de recursos, é possível a discussão acerca da qualificação jurídica. Nessa hipótese é obrigado o tribunal a examinar a controvérsia. Tanto é assim que o

---

56. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 72.

57. CANOVA, Augusto Cerino. Op. cit., p. 104-105.

STJ possui jurisprudência pacífica sobre a possibilidade de requalificação jurídica dos fatos em sede de recurso especial e afirma “a qualificação jurídica dos fatos feita pelo Tribunal *a quo* não vincula a qualificação jurídica dos mesmos fatos pelo STJ”.<sup>58</sup>

O quadro, contudo, muda de figura quando a parte busca uma inovação na qualificação jurídica ou mesmo nos fundamentos utilizados para a (im) procedência da demanda. Entendeu o TJRS que “é impossível inovar em sede recursal, não podendo a recorrente suscitar matéria que não foi aventada na petição inicial”.<sup>59</sup> No mesmo sentido o STJ considerou ilegal a tentativa do MP de, em alegações finais, alterar o enquadramento jurídico de atos praticados por agentes públicos para outros atos de improbidade (Lei 8.429/1992).<sup>60</sup>

Verifica-se, por conseguinte, que tanto no Brasil como na Itália as partes possuem um poder significativamente inferior, comparado com o órgão jurisdicional, no que diz respeito à requalificação jurídica da causa.<sup>61</sup> Enquanto ao juízo é possível, a qualquer momento, a reavaliação dos fatos narrados, às partes não é assegurado o mesmo tratamento. Tal limitação também se verifica quanto à possibilidade de trazerem novos fundamentos.

Essa nítida diferença de posição entre juiz e partes pode ser explicada ao se analisar a divisão de tarefas na condução no processo e a tendência de aumento dos poderes do órgão jurisdicional.<sup>62</sup> Com isso, conclui-se que, entre o juiz e as partes, há uma posição de assimetria não só no momento da decisão, mas também no diálogo (contraditório).<sup>63</sup>

### 3.2.2 Princípio do contraditório (não surpresa)

Além do tema relativo à iniciativa para a qualificação jurídica, a outra questão trazida pela decisão do REsp 253.452/RJ refere-se à garantia do contraditório

---

58. STJ, AgRg no REsp 533.852/RJ, 3.<sup>a</sup> T., j. 21.06.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 05.09.2005, p. 398.

59. TJRS, ApCiv 70029654811, 14.<sup>a</sup> Câmara, rel. Newton Carpes da Silva, j. 02.06.2011.

60. STJ, REsp 1196451/MG, 1.<sup>a</sup> T., j. 13.08.2013, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 30.08.2013.

61. Ainda que com finalidade diferente, o regime preclusivo também apresenta diferentes limites para as partes e para o juiz. Sobre o tema: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Op. cit., p. 181-187.

62. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual civil*. 8.<sup>a</sup> série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 66.

63. MITIDIER, Daniel. *Colaboração no processo civil...* cit., p. 102.

rio e à decisão surpresa. Já há muito se afirma que o “monopólio do Tribunal, ao aplicar a lei (*iura novit curia*) não é, absolutamente ilimitado (...)”.<sup>64</sup> A questão que se coloca é a necessidade ou não da garantia do contraditório antes da alteração do ponto de vista jurídico da causa, que engloba, não apenas a questão da requalificação dos fatos da causa, mas toda e qualquer questão decidida.<sup>65</sup> Nesse diapasão, invariavelmente, qualquer que seja a solução para a indagação deve ser feita sob o enfoque do direito fundamental ao contraditório (art. 5.º, LV, da CF).

No recurso interposto contra a decisão do TJRJ, um dos fundamentos da irresignação foi justamente a existência de decisão surpresa. Ao decidir, contudo, o STJ, ainda que de forma tangencial, entendeu inexistir qualquer violação ao contraditório afirmando que: “Na motivação do decisório, ao Juiz é facultado aplicar o direito em conformidade com o seu livre convencimento e é isto o que efetivamente ocorreu no caso em tela”.

A posição adotada pelo STJ no julgamento do caso era majoritária na jurisprudência brasileira sob a vigência do CPC/1973. No fundo, ela refletia a compreensão da garantia do contraditório ainda como um direito de legalidade procedimental (contraditório em sentido formal) e não como verdadeira garantia de justiça substancial processual (contraditório em sentido material).<sup>66</sup> Todavia, tal posicionamento negava a própria essência do processo judicial, qual seja, de ser um procedimento em contraditório, o qual hoje é plasmado pelos valores constitucionais e garantias processuais mínimas.<sup>67</sup> A garantia do contraditório é princípio estruturante do desenvolvimento processual, o qual garante a dialética do procedimento e a efetiva participação das partes na decisão final.<sup>68</sup>

A esse respeito, Alvaro de Oliveira aduz ser “inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido”, e, prosseguindo, defende que “a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente da sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no

64. BAUR, Fritz. Op. cit., p. 169.

65. CASTRO, Leonardo Prieto. El cambio del punto de vista juridico. *Revista de Derecho Procesal*. 1956. p. 14.

66. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie costituzionali” e “giusto processo”. *Revista de Processo*. vol. 90. ano 23. São Paulo: Ed. RT. p. 105. 1998.

67. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 145.

68. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 1, p. 133.

brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório”.<sup>69</sup> Ou seja, a disponibilidade da aplicação da norma ao juiz não pode redundar em arbítrio e surpresa às partes.<sup>70</sup>

As ponderações da doutrina passaram a ter influência sobre a jurisprudência pátria. Assim, ainda que de forma tímida, as cortes brasileiras passam a prestigiar o princípio do contraditório sob a sua faceta da cooperação. O TJRS, estado pioneiro no tema relativo à cooperação processual, considerou ilegal a prolatação de decisões que trouxeram surpresa às partes.

No julgamento da ApCiv 70049625080, o TJRS entendeu configurada decisão surpresa, cassando a decisão proferida, na hipótese de não realização de perícia grafodocumentoscópica já deferida pelo juiz que anteriormente conduzia o caso.<sup>71</sup>

Já a decisão da ApCiv 70051242725, do mesmo Tribunal, é emblemática ao demonstrar a alteração de perspectiva acerca do princípio do contraditório. No caso, tratava-se de “ação de reintegração de posse em que a parte consumidora asseverou, em contestação, que incorreu em situação de desemprego”. O pedido foi julgado procedente sob o fundamento de que não teria trazido aos autos qualquer documento que comprovasse o comunicado à seguradora de seu desemprego.

Ao apreciar o recurso de apelação da ré, reconheceu-se que

o fundamento adotado pelo magistrado de origem para embasar a procedência da demanda (ausência de comunicação da situação de desemprego à instituição financeira) não foi suscitado anteriormente no processo, caracterizando inequívoca decisão surpresa, procedimento inadequado à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Com isso, foi anulada a sentença, abrindo-se a possibilidade para que a parte pudesse produzir prova sobre o fundamento utilizado pelo juízo de primeiro grau para a procedência da demanda.<sup>72</sup>

---

69. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 237. Adotando o posicionamento do referido doutrinador: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa pendente*. cit., p. 221-222.

70. CASTRO, Leonardo Prieto. Op. cit., p. 262.

71. TJRS, ApCiv 70049625080, 16.<sup>a</sup> Câm. Cív., j. 09.08.2012, rel. Paulo Sérgio Scarparo.

72. TJRS, ApCiv 70051242725, 14.<sup>a</sup> Câm. Cív., j. 08.11.2012, rel. Judith dos Santos Mottecy.

Tinha-se, portanto, no âmbito dos tribunais pátrios uma posição dominante que compreendia o princípio do contraditório apenas sob seu aspecto formal. Como consequência, a efetiva participação das partes na condução do processo não era compreendida como uma garantia fundamental e, portanto, a decisão surpresa não configura violação ao contraditório. No entanto, verifica-se que alguns julgados já adotavam posição diferenciada, entendendo que

o princípio do contraditório não seja apenas formal, mas também substancial. E dessa configuração decorre a ideia de que as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão do magistrado que aborde questão de fato ou de direito que não foi previamente submetida ao contraditório.<sup>73</sup>

A posição de prestígio ao contraditório em sentido material adotada nos precedentes referidos, de vanguarda na vigência do CPC/1973, passará a ser a regra na vigência do CPC/2015. A importância e os reflexos na prestação jurisdicional que a introdução da regra do art. 10 do CPC/2015 são dificilmente mensuráveis neste momento. Apenas o distanciamento no tempo, com a possibilidade de efetiva comparação dos regimes jurídicos do CPC/1973 e CPC/2015, permitirá aferir a verdadeira importância do dispositivo para o sistema processual brasileiro como um todo. Certo é, todavia, que o contraditório está garantido para a qualificação jurídica dos fatos da causa, o que não ocorria na vigência do CPC/1973.

### 3.3 *Devolução de causa de pedir não analisadas na sentença (art. 515, §§ 1.º e 2.º, do CPC)*

Resta, por fim, tratar, mesmo que brevemente, da causa de devolução ao tribunal de causa de pedir não apreciada na sentença. Obviamente, à exceção da sentença terminativa, a qual possuiu regramento específico, a única forma de se pensar em apreciação *ex novo* pelo tribunal de *causa petendi* é na hipótese de cumulação de causas.

Por conseguinte, podem-se cogitar três possibilidades de cumulação de causas de pedir: causas de pedir simples (cumulação de pretensões); causa de pedir composta (única pretensão) e causa de pedir complexa (cumulação de pretensões). Já se adianta que a maior dificuldade será conjugar o princípio do duplo grau de jurisdição com um processo civil de resultados que garanta uma tutela efetiva e tempestiva (art. 5º, LXXVIII, da CRFB).

---

73. TJRS, ApCiv 70039049531, 4.ª Câm. Cív., j. 04.04.2012, rel. José Luiz Reis de Azambuja.

### 3.3.1 Causa de pedir simples (cumulação de pretensões)

Conceitua Tucci como causa de pedir simples quando único fato jurídico a integra, dando como exemplo a pretensão de despejo por falta de pagamento.<sup>74</sup> Há cumulação de causas de pedir simples, quando a parte autora descreve dois fatos independentes que dão azo a pretensões autônomas. Há, na realidade, a cumulação de demandas em processo único.

Pode-se imaginar a hipótese de que A e B tenham firmado dois contratos de mútuo distintos M' e M'', os quais não foram honrados por B. Não há dúvidas de que A poderia se valer de duas demandas, exigindo em cada uma o pagamento de um dos contratos. Contudo, pense-se na hipótese, mais provável, em que A ajuíza um único processo cumulando as demandas relativas aos contratos M' e M'' em face de B. E, ao sentenciar, o juiz julga procedente o pedido de A perante B para, reconhecendo o inadimplemento, condenar ao pagamento relativo ao contrato M' e silencia em relação ao contrato M''.

No caso, é certo que a sentença é *citra petita*, pois desatendeu ao princípio da congruência, julgou menos do que devia (art. 492 do CPC/2015). Existe um capítulo da sentença hígido e um viciado. Há, portanto, vício de atividade que afetaria a validade da sentença (*error in procedendo*) o que, em tese, levaria a sua anulação.

Todavia, o tribunal, ao apreciar a apelação interposta, deve anular a sentença, determinando que o juiz julgue toda a lide posta (art. 503 do CPC/2015), ou desde logo deve julgar a causa de pedir (demanda) não apreciada? Veja-se que o art. 515, *caput* e seus parágrafos, do CPC/1973, em princípio, não socorriam para a solução do exemplo dado, pois seu § 1.º tratava de “questão” e não de demanda; o § 2.º falava em fundamento e o § 3.º em extinção do processo sem julgamento do mérito, o que não ocorreu.

Ao analisar a questão, Dinamarco afirma que o pior cenário para o recorrente seria a anulação total da sentença, estendendo aos capítulos válidos as consequências de um capítulo indispensável.<sup>75</sup> Além de implicar o retorno do processo ao primeiro grau e consequente desprestígio à tempestividade da tutela jurisdicional, poderia acabar conduzindo a *reformatio in pejus* para o recorrente, que poderia ter a pretensão sobre M', julgada inicialmente procedente, desacolhida. Assim, sustentava o processualista paulista que

o próprio tribunal julgará o pedido ainda não julgado, sem provocar o julgamento pelo juiz inferior. Essa é a projeção do 3º do art. 515 do CPC (infra,

74. CRUZ E TUCCI, José Rogério. A causa petendi.. cit, p. 167.

75. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença* cit., p. 91.

n. 39), o qual, sem se preocupar com o dogma do duplo grau de jurisdição, cuida legitimamente de impelir os tribunais a oferecer soluções mais rápidas e menos burocráticas.<sup>76</sup>

Essa mitigação do duplo grau foi reconhecida ainda quando estava na Câmara o Projeto 3.476 que alterou o art. 515 do CPC/1973. A doutrina, à época, afirmou que “consciente da necessidade de imprimir maior celeridade processual, com essa resposta, o legislador deixa de se importar, ao que tudo indica, com o rigor que deve nortear a exigência do duplo grau, ao suprimir do juiz natural do demandante o julgamento sobre o *meritum causae*”.<sup>77</sup>

### 3.3.2 Causa de pedir composta (única pretensão)

Há causa de pedir composta na hipótese em que corresponda a uma pluralidade de fatos individualizados uma única pretensão. Utiliza-se Tucci do exemplo da ação de separação judicial lastreada no abandono material do cônjuge e no inadimplemento do dever de coabitação.<sup>78</sup>

Aqui, na realidade, não há que se falar em cumulação de causas de pedir. O que existe é uma pluralidade de fatos que, quando todos presentes, preenche suporte fático único. Há, portanto, apenas uma pretensão da sua reunião. Suponhamos que o autor narre como fundamento de sua pretensão a ocorrência dos fatos F', F" e F'''. O juiz, ao proferir a sentença, analisa tão somente F' e F" e nada diz quanto a F''', julgando improcedente a demanda. Ao apreciar eventual recurso, não haverá qualquer óbice ao julgamento do tribunal, permitindo-se a *revisio in facto e in iure*,<sup>79</sup> até porque toda a causa de pedir (demanda) foi analisada.

---

76. Idem, *ibidem*. Em sentido contrário: “O STJ já se manifestou no sentido de que não era possível interpretar-se extensivamente a regra contida no art. 515, § 3.º, do CPC/1973, no caso de sentença que julga o mérito da demanda, sendo que a extinção do processo sem o julgamento do mérito é requisito essencial à aplicação do referido dispositivo pelos Tribunais (...)” (REsp 877.612/MG, 3.ª T., j. 20.05.2008, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 08.10.2008).

77. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 292.

78. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi...* cit., p. 167.

79. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. São Paulo: [s.n.], 1986. p. 19.

### 3.3.3 Causa de pedir complexa (cumulação de pretensões)

Há ainda a possibilidade de se estar diante de uma causa de pedir complexa. Ela consiste na individuação de diferentes pretensões decorrentes de variedade de fatos justapostos, vale dizer, da ocorrência de fatos interligados surgirem diferentes pretensões. Mais uma vez nos valendo da lição de Tucci, verifica-se a complexidade da causa de pedir quando expõe o autor, em ação visando à cobrança de verbas de relação locatícia já extinta, que o réu, ex-inquilino, não só não realizou o pagamento dos alugueis, como danificou o imóvel.<sup>80</sup>

Na hipótese existe verdadeira cumulação de demandas, o que, em princípio, diferencia a causa de pedir complexa da simples e é a interligação entre os fatos narrados. Não obstante, trata-se de pretensões distintas e independentes.

Valendo-se do exemplo suprarreferido, caso o autor, ex-locatário, pleiteie em juízo o pagamento dos alugueis e indenização relativo aos danos no imóvel em face de réu, ex-inquilino, tem-se uma cumulação de pretensões. Se o juiz julgar procedente o pedido relativo aos alugueis e nada disser em relação à pretensão de reparação dos danos no imóvel, estar-se-á diante do mesmo problema enfrentado na causa de pedir simples. E não é porque a causa de pedir é complexa que deve ser dada outra solução.

O tribunal, ao analisar eventual recurso de apelação da parte autora, em prestígio à tempestividade da tutela jurisdicional, desde já poderia julgar o capítulo da sentença não apreciado (art. 515, § 3.º, do CPC/1973). Este não foi, todavia, o entendimento da 10ª Câm. Civ. do TJRS.

Nos dois casos julgados, entendeu o TJRS ser nula a sentença que não apreciou todas as causas de pedir, pois na modalidade complexa, a *causa petendi* apresenta fatos jurídicos independentes e distintos entre si. Na realidade, o acórdão confunde a causa de pedir complexa com a cumulação objetiva de ações, pois afirma, ao final, a “necessidade de apreciação de todas as causas passíveis de gerar o reconhecimento do ato ilícito, pois cada uma delas, por si só, seria suscetível de produzir o efeito jurídico pretendido pela parte autora”.<sup>81</sup> Ora, se os fatos são juridicamente independentes e distintos, gerando pretensões diversas,<sup>82</sup> não há como se afirmar que “cada uma delas (*causa pe-*

---

80. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi...* cit., p. 167.

81. TJRS, EDcl 70009589193, 10.ª Câm. Cív., j. 29.06.2006, rel. Paulo Antônio Kretzmann.

82. TJRS, ApCiv 70014966790, 10.ª Câm. Cív., j. 29.06.2006, rel. Paulo Antônio Kretzmann.

tendi), por si só, seria suscetível de produzir o efeito jurídico pretendido pela parte autora”.

Quanto ao tema, o CPC/2015 traz importante evolução em atenção ao direito fundamental à tutela efetiva e tempestiva. O art. 1.013, correspondente ao art. 515 do CPC/1973, em seu § 3º, passou a prever expressamente as hipóteses em que o tribunal, no exame de apelação, poderá conhecer diretamente da causa. Entre as hipóteses está, inc. II, quando “decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir” e, inc. III, “constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo”.

Vê-se, portanto, que o CPC/2015 determina, em prestígio à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, ao empregar a expressão “deve decidir”, o imediato julgamento da causa. Assim, a controvérsia existente nos tribunais quanto aos limites objetivos da devolutividade da apelação de parte de demanda não apreciada pelo juiz de primeiro grau resta superada pelo art. 1.013, § 3º, do CPC/2015.

#### 4. CONCLUSÃO

Das considerações expostas, pode-se falar não só em causa de pedir da demanda, mas causa de pedir dos recursos. Ela se consubstancia diante de uma decisão judicial contrária ao interesse do vencido a qual apresenta ou um vício de julgamento (*error in iudicando*) ou vício de atividade (*error in procedendo*). É possível ainda que a própria errônea análise da causa de pedir da demanda seja a causa do recurso, podendo-se dar azo a qualquer das modalidades dos vícios e ser analisada tanto como questão de fato (*quaestio facti*) como de direito (*quaestio juris*).

Já no que se refere à causa de pedir nos recursos, três pontos centrais foram enfrentados. Quanto à alteração da causa de pedir, verificou-se que no CPC/1973, dado o rígido sistema preclusivo somado ao princípio da eventualidade, salvo as expressas hipóteses legais (art. 264 do CPC/1973), era vedada a alteração da causa de pedir, seja em primeiro grau, seja em recurso. O CPC/2015 não trouxe maiores alterações sobre o tema.

E, de uma forma um tanto contraditória, ao mesmo tempo em que se proíbe a alteração dos contornos da lide, é amplamente permitida a (re)qualificação jurídica dos fatos narrados como fundamento da pretensão da parte, consoante os brocardos *iura novit curia* e *dami factum dabo tibi ius* (art. 126 do CPC/1973 e art. 8º do CPC/2015). Dentro dessa possibilidade, constatou-se na jurisprudência brasileira uma diferença significativa da posição do juiz e

das partes em relação à questão. Enquanto ao órgão judiciário não há qualquer impedimento de livre aplicação do direito, as partes não podem inovar em sede recursal ou buscar, a qualquer momento, qualificação jurídica diversa da sustentada anteriormente.

Já, no que diz respeito à garantia do contraditório, percebe-se que a jurisprudência brasileira na vigência do CPC/1973, de forma majoritária, não se preocupava em assegurar a efetiva participação das partes (cooperação) na delimitação das normas jurídicas a serem aplicadas ao caso. Não obstante, ainda que amplamente minoritária, já se verificava a existência de julgados que se preocupavam em assegurar a mais ampla participação dos atores processuais na construção da decisão judicial, mediante um contraditório efetivo. A introdução do art. 10 do CPC/2015, em bom momento, garantiu que o entendimento dessa corrente minoritária se torne a regra.

Por último, debruçou-se sobre as três modalidades de causas de pedir à luz do duplo grau de jurisdição. Conclui-se que, em todas as hipóteses – causa de pedir simples, composta e complexa –, a fim de prestigiar um processo civil de resultados (efetivo e tempestivo), deveria o tribunal julgar diretamente a *causa petendi* não analisada em primeiro grau (art. 515, § 3º, do CPC/1973). O novo art. 1.013, § 3º, do CPC/2015 passa a prever expressamente a possibilidade de julgamento imediato dessas demandas, pondo fim a qualquer controvérsia quanto aos limites objetivos da devolutividade da apelação.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, et al. (coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 29. ed rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Reformas processuais e poderes do juiz. Temas de direito processual civil*. 8.ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAUR, Fritz. Da importância da dicção *iura novit curia*. *Revista de Processo*. vol. 3. São Paulo: Ed. RT. p. 169. jul./1976.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Podes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. vol 1.
- CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. vol. 1. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1976. vol. 6.

- \_\_\_\_\_. La distrazione dei giudici come motivo di nullità delle sentenze. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979. vol. 8.
- \_\_\_\_\_. La teoria dell'*error in iudicando* nel diritto italiano intermedio. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979. vol. 8.
- \_\_\_\_\_. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979. vol. 8.
- \_\_\_\_\_. Sulla distinzione tra *error in iudicando* ed *error in procedendo*. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1979.
- \_\_\_\_\_. Vizi della sentenza e mezzi di gravame. *Opere giuridiche* Napoli: Morano, 1979. vol. 8.
- CANOVA, Augusto Cerino. La domanda giudiziale ed il suo contenuto. In: ALORIO, Enrico (coord.). *Commentario del Codice di Procedura Civile*. Torino: UTET, 1980. vol. 2.
- CASTRO, Leonardo Prieto. El cambio del punto de vista jurídico. *Revista de Derecho Procesal*. p. 251-263. 1956.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 3.
- \_\_\_\_\_. Identificazione delle azioni. Sulla regola *ne eat iudex ultra petita partium*. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. vol. 1.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*. São Paulo: [s.n.], 1986.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie costituzionali” e “giusto processo”. *Revista de Processo*. vol. 90. ano 23. São Paulo: Ed. RT. p. 91-150. abr.jun./1998.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- \_\_\_\_\_. O conceito de mérito em processo civil. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. t. I.
- DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia: o juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado) Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.
- FAZZALARI, Elio. *Noti in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.
- LENT, Friedrich. Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo. *Jus Rivista di Scienze Giuridiche*. p. 433-473. 1953.

- LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.
- \_\_\_\_\_. Objeto litigioso do processo e o princípio do duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (co-ord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 1.
- MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A *causa petendi* nas ações reivindicatórias. *Revista de Direito Processual Civil*. p. 183-198. jul.-dez./1962.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 1.
- ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1953.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. corrigida, atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PROTO PISANI, Andrea. Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. *Rivista di Diritto Processuale*. p. 386-419. 1990.
- PUGLIESE, Giovanni. Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano. *Rivista di Diritto Processuale*. p. 182-232. 1960.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2001.
- SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. *Iura novit curia: la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. Os limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. *Sentença e coisa julgada. Ensaios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1979.

\_\_\_\_\_. Sobrevivência da *querela nullitatis*. Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. p. 315-328. mar./1997.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A extensão da coisa julgada a causas de pedir não propostas, de Mario Vitor M. Aufiero – *RePro* 257/33-50 (DTR\2016\21704);
- Causa de pedir e teoria da relatividade do fato essencial, de Marcelo Pacheco Machado – *RePro* 237/89-113 (DTR\2014\17955); e
- Mudança da causa de pedir, de Nelson Nery Junior – *Soluções Práticas - Nery* 4/599 (DTR\2012\582).

# A LIBERDADE DO JUIZ E O PROBLEMA DA REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA DEMANDA

---

## *THE JUDGE'S FREEDOM AND THE PROBLEM OF REQUALIFICATION OF THE SUIT*

**JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI**

Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da USP. Advogado.  
joserogério@tucci.adv.br

**ÁREA DO DIREITO:** Processual

**RESUMO:** Não há vedação a que o juiz altere o fundamento legal, o dispositivo de lei ou o fundamento jurídico (requalificação jurídica da demanda), desde que seja observado o contraditório. O juiz ou o tribunal possui o dever de consulta às partes sobre a requalificação jurídica da demanda.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juiz – Fundamento jurídico – Modificação – Contraditório – Novo Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** There is no proscription to the judge to change the legal basis or the legal groundwork (legal requalification of the suit), provided that respects the adversarial principle. The judge or the Court has a duty to consult the parties about the legal requalification of the suit.

**KEYWORDS:** Judge – Legal basis – Modification – Adversarial principle – New Civil Procedure Code.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O art. 10 do NCPC – 3. *Iura novit curia*, requalificação jurídica e *ratio decidendi* – 4. Conclusão – Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Diante da redação do art. 10 do NCPC (Lei 13.105/2015), tem suscitado controvérsia a questão referente aos limites da liberdade decisória do juiz, à luz do princípio *iura novit curia*.

Como é cediço, o juiz, ao construir a *ratio decidendi* e aplicar as “normas legais” ao caso concreto, goza de absoluta liberdade, nos limites fáticos constantes do processo, para a subsunção que reputar mais ajustada.

Embora o *nomem iuris* e/ou fundamento legal porventura apontado pelo autor possa influenciar a convicção do julgador, nada obsta, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei ou mesmo em outra categoria jurídica. O juiz tem, pois, o poder-dever de examinar os fatos que lhe são submetidos nos quadrantes de todo o ordenamento jurídico – incluídos por certo os precedentes judiciais –, ainda que determinada norma ou categoria jurídica não tenha sido mencionada pelas partes.

Na verdade, o limite da liberdade do julgador encontra-se naquele ou naqueles fatos que individualizam a pretensão do autor e a exceção oposta pelo demandado, e que constituem, respectivamente, a *causa petendi* e a *causa excipiendo*: a qualificação jurídica desenhada pelo autor e secundada pelo réu nunca é definitiva e, conseqüentemente, nada impede a livre eleição dos motivos ou normas jurídicas que o órgão judicante entenda pertinentes.

Pode até mesmo suceder que no processo hermenêutico de subsunção, o juiz entenda que à situação fática narrada, de conformidade com a *lex generalis*, são aplicáveis normas especiais de regência, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, mesmo que não invocadas pelas partes. Tem-se aí verdadeira modificação da tipificação jurídica do fundamento fático exposto pelo autor.

Disso também decorre que as partes podem variar, durante as fases do procedimento, o fundamento legal que eventualmente tenha sido deduzido na petição inicial ou na contestação, sem acarretar modificação do objeto do processo.

Cumprido, portanto, reconhecer que essa orientação, sintetizada pelo velho brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*, está a revelar que, no drama do processo, a delimitação do *factum* e a individuação do *ius* correspondem, em princípio, a atividades subordinadas à iniciativa de diferentes protagonistas. Enquanto a alegação e comprovação do fato são incumbência dos litigantes, a aplicação do direito é apanágio do juiz!

Verifica-se, assim, que essa concepção é largamente consagrada não só na doutrina, mas também, nos tribunais, em especial, na jurisprudência do STJ.

Com efeito, a 4.<sup>a</sup> T., no julgamento do AgRg no REsp 870.624/SC, de relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, deixou assentado que:

Não há óbice ao reconhecimento da fraude a credores em razão da parte invocar dispositivos próprios da revogada Lei de Falências. Isso porque nas instâncias ordinárias vigoram os princípios *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, pelos quais o julgador não se adstringe ao direito invocado pela parte, podendo aplicar norma jurídica diversa para o julgamento da causa.

Em senso análogo, o mesmo órgão fracionário, ao ensejo do julgamento do REsp 1.046.497/RJ, com voto condutor do Min. João Otávio de Noronha, decidiu que:

Inexiste violação dos arts. 458 e 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido, ratificando a sentença, examina as questões havidas como necessárias ao desate da lide, com a exposição dos elementos e premissas jurídicas que ensejaram as conclusões ali firmadas. Com base nos fatos narrados pela parte na peça preambular, cabe ao magistrado atribuir a qualificação jurídica que tenha correspondência à solução do litígio diante do princípio *iura novit curia*, pelo qual se pressupõe o seu conhecimento do direito, cuja relevância reflete postulado de igual matiz: *da mihi factum dabo tibi ius*. Não há ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC[1973] se a qualificação jurídica dos fatos difere daquela apontada pelos autores recorrentes.

Exemplo didático pode ser extraído de importante precedente, da 1.<sup>a</sup> Seção do STJ, no julgamento da AR 4.446/SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon, ao reconhecer que o tribunal, circunscrito à matéria controvertida, está autorizado a alterar o fundamento da ação rescisória, nos termos sintetizados na seguinte ementa:

1. Ação rescisória ajuizada para desconstituir acórdão do STJ que, em julgamento de recurso especial, concluiu pela incidência do imposto de renda sobre verbas pagas ao requerente por mera liberalidade do empregador. 2. Apesar da ação desconstitutiva ter sido ajuizada com esteio no art. 485, V, do CPC[1973], encontra-se o magistrado autorizado a conferir à hipótese narrada pelo autor a correta qualificação jurídica aos fatos expostos na exordial (decisão rescindenda fundada em suposto erro de fato – art. 485, IX, do CPC[1973]). Princípio do *iura novit curia*. 3. Ação rescisória julgada improcedente.

Conclui-se, destarte, que, baseando-se no mesmo cenário fático, nada impede que o juiz altere o *fundamento legal*, o dispositivo da lei (de resto, *irrelevante*), ou ainda o *fundamento jurídico*, vale dizer, a tipificação jurígena que advém do fato ou dos fatos narrados. A qualificação da demanda, emergente do conjunto fático-jurídico constante dos autos, pode perfeitamente ser alterada pelo juiz. Trata-se de “requalificação jurídica” de ofício.

Importa esclarecer, de logo, que não se delinea possível, para os propósitos do presente ensaio, traçar um conceito unívoco para a expressão “requalificação jurídica”, visto que, dependendo da situação concreta, diferente será a extensão de suas implicações práticas na esfera de direito das partes.

Será suficiente conceber por “requalificação jurídica” o poder-dever que todo julgador tem de emprestar aos fatos narrados definição, categoria ou tipificação da relação jurídica diversa daquela eleita pelo autor e pelo réu, na fase postulatória da demanda.

É, pois, a partir desta ocorrência que se deve aferir a incidência ou não do art. 10 do NCPC.

## 2. O ART. 10 DO NCPC

Dentre as normas fundamentais que constam do preâmbulo do novo Código de Processo Civil, preceitua o art. 10 que:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

O enunciado desse dispositivo constitui desdobramento do anterior art. 9.º, ao vedar, com todas as letras, o denominado “fundamento-surpresa” (ou “decisão-surpresa” – *Überraschungsentscheidung*), ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício. Conexos, ainda, com a mesma *mens legislatoris*, determinam o parágrafo único do art. 493 que: “Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”; e o § 5.º do art. 921: “O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4.º e extinguir o processo”.

Fácil é verificar que estas regras estão definitivamente afinadas com a moderna ótica da ciência processual, que não admite, em hipótese alguma, a surpresa aos litigantes, decorrente de decisão escudada em ponto jurídico fundamental por eles não debatido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de em qual direção o direito subjetivo encontra-se vulnerável, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dessa forma, faz-se evidente que os litigantes terão oportunidade de defender o seu direito e, sobretudo, influir na decisão judicial. É certo que a liberdade outorgada ao tribunal, no que se refere à eleição de novo fundamento, à luz do aforismo *iura novit curia*, não dispensa a prévia manifestação das partes acerca da questão alvitada pelo juiz, em inafastável homenagem ao princípio do contraditório. Assevere-se, com prestigiosa doutrina, que este cuidado do legislador não concerne apenas ao interesse das partes, mas encontra-se também voltado ao próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer ocorrência inesperada, torna mais distante a credibilidade da sociedade na administração da justiça.

Como bem escreve Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, escudado em orientação da literatura alemã e italiana, a liberdade outorgada ao órgão julgador de eleger a norma a ser aplicada, até mesmo independentemente de sua alusão pelo interessado, não supera a necessidade de colheita de prévia oitiva das

partes sobre os novos rumos a serem impressos à solução da questão controvertida.<sup>1</sup>

Em obra específica, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas também frisa que se o juiz eleger um terceiro caminho, deverá dar oportunidade às partes, antes da sentença, para que se pronunciem sobre o novo aspecto jurídico demarcado pelo julgador.<sup>2</sup>

Aduza-se que a novel regra legal, acima transcrita, encerra, ademais, verdadeiro *dever de consulta*, impondo ao tribunal, em regime de franca cooperação, conceder às partes a oportunidade de manifestação sobre qualquer questão de fato ou de direito. O juiz, antes de se pronunciar sobre determinada matéria não debatida, ainda que seja de conhecimento *ex officio* (decadência, por exemplo), deve abrir prazo para discussão pelas partes, evitando, desse modo, seja proferida decisão calcada em “fundamento-surpresa”, circunstância que acarreta a nulidade da sentença por violação à garantia do contraditório.

Não é preciso salientar que, quando se consegue a participação no *iter* de formação de um provimento decisório daqueles que serão os seus destinatários, obtém-se evidente legitimação da tutela do direito litigioso.

### 3. *IURA NOVIT CURIA*, REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA E *RATIO DECIDENDI*

Vejamos como as coisas se passam no terreno da casuística, valendo-me, como exemplo, da possibilidade de alteração da qualificação jurídica em matéria de responsabilidade civil.

Tenha-se presente que, em certas ações, como as que versam sobre responsabilidade civil (*fundamento global*), inúmeros fatos são passíveis de individualizar uma única pretensão, o que faz surgir séria celeuma quanto à possibilidade de intercâmbio do elemento causal da demanda no curso do processo.

Todavia, é certo que em relação a tais demandas, embora existam vários fundamentos jurídicos (v.g.: culpa contratual, culpa aquiliana) aptos a identificar um único pedido, também vigora a regra que veta a alteração dos elementos fático-jurídicos depois de estabilizado o objeto do processo.

Assim, se o demandante, pretendendo indenização por perdas e danos ocorridas durante a condução da carga, é derrotado em ação fundada no contrato

---

1. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista do Advogado da AASP*. n. 40. São Paulo, 1993, p. 37.

2. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 37.

de transporte, poderá, sem dúvida, pleitear, em seguida, a mesma indenização com arrimo na culpa decorrente de ato ilícito dada a manifesta imperícia do motorista do caminhão que transportava a mercadoria.

Como já tive oportunidade de escrever,<sup>3</sup> no âmbito do processo civil brasileiro, a regra da eventualidade e a respectiva substanciação da demanda (art. 319, III, do CPC) dizem respeito exclusivamente ao *fato essencial*, ou seja, àquele delimitado pelo autor na petição inicial, de sorte que se houver outro fundamento independente, ainda que para idêntica pretensão, nova demanda poderá ser ajuizada, porque a primeira não se identifica com aquela sucessiva.

A despeito de ter sido muito debatida, nas cortes francesas, a possibilidade de coexistência, numa mesma ação, de *causae petendi* estribadas em diversas categorias de culpa, entre nós irreleva que sejam aquelas diferentes, fundando-se uma na culpa derivada de ato ilícito e outra radicando na responsabilidade contratual.

Forçoso é reconhecer, com Araken de Assis, que na “concorrência” entre responsabilidade contratual e aquiliana, dada a uniformidade do complexo de fatos, há tão somente divergência sobre o enquadramento legal, uma vez que os fatos ou configuram a primeira ou a segunda ação.<sup>4</sup>

Excelente trecho de voto de Philadelpho de Azevedo, quando ministro do Supremo Tribunal Federal, presta-se a ilustrar o assunto ora examinado:

(...) As incertezas e deficiências de técnica dos arrazoados e da sentença, em face da origem da culpa e da natureza do contrato, foram apreciadas com severidade e, talvez, em detrimento do recorrente; erros de situação do problema jurídico não devem prejudicar as partes, eis que *ius novit curia* e as ações têm a mesma forma; aliás, a noção fundamental de culpa desafia distinções e enfraquece classificações, ainda que prestigiadas por uma longa tradição, de origem diversa, sem que se possa concluir que a preferência por um desses aspectos concorrentes envolva apreciação *extra* ou *ultra petita*, a despeito dos eruditos debates travados no Tribunal recorrido (...).<sup>5</sup>

Não há se falar, pois, em modificação da demanda quando, da narração fáctica levada a cabo pelo autor, for possível ao juiz produzir qualificação diversa daquela inicialmente declinada pelo demandante. É claro que se o autor expuser os fatos que indicam a existência de culpa decorrente de ato ilícito, mas afirmar, por equívoco ou deficiência técnica, que se trata de responsabilidade

---

3. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 152 e ss.

4. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Ed. RT, 1989. p. 185.

5. AZEVEDO, Philadelpho de. *Um triênio de judicatura*. São Paulo: Max Limonad, 1955. vol. 3, p. 312.

advinda do contrato celebrado entre as partes, o magistrado deve conferir a adequada qualificação jurídica ao conjunto fático jurídico deduzido na causa.

E, assim, desde que debatida a questão sob todos os ângulos possíveis, não incide à evidência a regra do mencionado art. 10 do NCPC, visto que a requalificação jurídica da demanda não se descortina como um “fundamento-surpresa”.

Desse modo, pode ser afirmado que o juiz não só pode como deve, sem alterar os fatos expostos, imprimir o enquadramento jurídico que entender mais adequado. Daí por que, por exemplo, o tribunal poderá desprezar toda a discussão travada sobre a prova do ato culposo e, com base na responsabilidade objetiva, *sem modificar ou introduzir quaisquer fatos*, emprestar nova moldura jurídica aos mesmos, a partir do reconhecimento da culpa presumida do produtor demandado no âmbito de uma relação de consumo.

Suponha-se, por exemplo, que um demandante tenha ajuizado uma ação de natureza condenatória, pleiteando indenização com fundamento na culpa de preposto da Administração Pública, por ter agido com manifesta negligência. Todo o contraditório se desenvolve acerca de tal questão. Todavia, guiado pelos princípios que regem a responsabilidade objetiva, o juiz, desconsiderando a prova efetiva do ato ilícito, profere sentença de procedência do pedido com fundamento na culpa presumida do Estado.

Nessa hipótese, a circunstância essencial, fundamental para a substanciação da demanda visando à indenização decorrente de atuação culposa de funcionário público, consubstancia-se precisamente no nexo causal entre o dano e o ato do agente. Ainda que deduzida pelo autor a culpa desse agente, não lhe é carreado o ônus da prova quanto ao ato comissivo.

Igualmente, na situação em tela, também não se aplica o disposto no indigitado art. 10 do novo diploma processual, simplesmente porque o fundamento que lastreia a sentença não constitui surpresa alguma, mas, na verdade, mera subsunção lógica do fato essencial ao ordenamento jurídico.

O mesmo ocorrerá se, por ilustração, as partes estiverem litigando com base em determinados fatos que configuram coação, embora todo o debate encontre-se centrado na alegação de simulação. Dúvida não há de que, apesar do “rótulo” (simulação) sobre o qual contendem as partes, o tribunal possa julgar, requalificando o fundamento jurídico da demanda, reconhecendo ou não a existência de coação.

No entanto, a recíproca não é verdadeira, vale dizer, se o contraditório tiver como foco a possível existência de coação, é vedado ao juiz, sem possibilitar a manifestação das partes, proferir sentença declaratória de nulidade do negócio com fundamento na simulação, visto que diferente seria a base fática.

Assim também, se o juiz formar convencimento de que se operou a prescrição, não arguida e tampouco debatida durante toda tramitação do processo, não poderá extingui-lo, por meio de sentença de improcedência pelo reconhecimento da prescrição, sem ouvir previamente as partes envolvidas. Justifica-se a manifestação das partes, até porque poderá existir uma causa interruptiva da prescrição, não revelada pelo autor pela simples razão de não ter sido ela suscitada pelo demandado.

O mesmo se impõe quando, por exemplo, vislumbrada possível ilegitimidade de parte no momento em que, encerrada a instrução da causa, aguarda-se a prolação da sentença.

Ademais, há determinadas situações nas quais a alteração da qualificação jurídica dos fatos implica modificação do regime jurídico aplicável ao caso concreto. Não se trata aí, como se observa, de mera requalificação da demanda, mas, sim, de diferente imputação ou tipificação jurídica extraída do conjunto fático constante dos autos, que pode acarretar sérias consequências na esfera do direito material e processual das partes.

Explico-me: A empresa X ajuíza demanda de natureza ressarcitória com arrimo no art. 186 do CC. A ré Y se defende, deduzindo apenas fato modificativo das circunstâncias alegadas na petição inicial.

Ao iniciar a fase instrutória, diante das postulações das partes, o juiz se convence de que a relação é de consumo, devendo ser aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor, com todas as implicações substanciais e processuais daí decorrentes.

Não tenho receio de afirmar que, nesta hipótese, antes de prosseguir com a realização dos demais atos procedimentais, o tribunal deve propiciar a manifestação das partes nos termos do art. 10 do CPC, a evitar futura decisão nula, escudada em “fundamento-surpresa”.

E isso, porque a iniciativa *ex officio* que comporta a requalificação jurídica dos fatos deduzidos deve compatibilizar-se com as garantias processuais das partes, de modo a assegurar a imparcialidade do juiz e a plenitude do direito ao contraditório.

Como a legislação processual espanhola não contempla qualquer previsão para regrear tal situação, Guillermo Ormazábal Sánchez propõe, de *lege ferenda*, que o tribunal informe previamente às partes sobre a nova qualificação jurídica.<sup>6</sup>

---

6. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 118.

Cumpra registrar que a fonte direta de inspiração do apontado dispositivo legal do novel estatuto processual foi, com muita probabilidade, o art. 16 do CPC francês, cuja redação, introduzida em 1981, é muito semelhante àquela adotada no estatuto processual brasileiro agora em vigor.<sup>7</sup>

Anotam, a propósito, Loïc Cadiet, Jacques Normand e Soraya Amrani Mekki que, diante de um fundamento jurídico consistente não enfrentado pelos litigantes, o tribunal tem o dever de provocar um debate a respeito daquele. Tais autores chegam ainda a propor que, para um contraditório fecundo e aperfeiçoado, o ideal seria submeter à apreciação das partes um projeto de sentença, “afin de permettre un respect dynamique et informe du contradictoire”.<sup>8</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Deve ter-se presente que o processo judicial, sob a vertente axiológica, constitui instrumento de diálogo em prol da solução das controvérsias, pautando-se pelas exigências de segurança jurídica das partes e de respeito às garantias processuais.

Consideradas as premissas acima delineadas, conclui-se que é tarefa essencial da função de julgar o enquadramento jurídico dos fatos certificados no processo, a qual não se encontra circunscrita por equivocada ou imprecisa qualificação que tenha sido formulada pelas partes.

O tribunal, quando for necessário, sempre no contexto dos fatos constantes dos autos, tem o poder-dever de requalificar a demanda, firme no aforismo *iura novit curia*.

Se porventura o juiz optar por uma terceira via, baseando o seu convencimento em fundamento jurídico ou em diferente regime jurídico, que não foi objeto de debate e que possa gerar consequências relevantes, deverá, antes da prolação da sentença, suscitar a manifestação das partes.

Em suma: o art. 10 do NCPC ratifica, de forma expressa, de um lado, a liberdade da cognição e da aplicação das regras legais pelo tribunal, e, de outro, o impostergável direito de audiência dos litigantes, que serão afetados pelo

---

7. “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode, em sua decisão, valer-se de fundamentos, de justificativas ou de documentos invocados ou produzidos pelas partes sem que tenha havido um debate entre elas. Ele não pode lastrear a sua decisão em fundamentos jurídicos cognoscíveis de ofício sem que tenha convidado as partes a se manifestarem.”

8. CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010. p. 647.

resultado do processo, de modo a garantir-lhes a possibilidade de influenciar na construção da sentença.

## BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Ed. RT, 1989.
- AZEVEDO, Philadelpho de. *Um triênio de judicatura*. São Paulo: Max Limonad, 1955. vol. 3.
- CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista do Advogado da AASP*. n. 40. São Paulo. 1993.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Processo civil democrático, contraditório e novo código de processo civil, de Gustavo Henrique Schneider Nunes – *RePro* 252/15-39 (DTR\2016\204);
- *Iura novit curia* no processo civil brasileiro: Dos primórdios ao novo CPC, de Thadeu Augimeri de Goes Lima – *RePro* 251/127-158 (DTR\2016\58); e
- Observações pontuais sobre o módulo cognitivo padrão na Lei 13.105/2015 – *RePro* 250/119-132 (DTR\2015\17047).

# NOTAS SOBRE A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

## COMMENTS ON THE EXHIBITION OF DOCUMENTS OR THINGS IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

**MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONIZZI**

Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor doutor na USP. Procurador do Estado de São Paulo.  
marcelobonizio@me.com

**ÁREA DO DIREITO:** Processual, Civil

**RESUMO:** O presente estudo trata da execução das ordens judiciais que determinam a exibição de documentos ou coisas, para fins de instrução probatória.

**ABSTRACT:** This paper is about the enforcement of judicial orders of exhibition of documents or things as evidence.

**PALAVRAS-CHAVE:** Novo Código de Processo Civil – Exibição de documentos ou coisas.

**KEYWORDS:** New Civil Procedure Code – Exhibition of documents or things.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais – 2. A resposta do requerido (art. 398): 2.1 Hipóteses em que o juiz não admite a recusa da exibição (art. 399) e a consequência da admissão dos fatos como verdadeiros (art. 400) – 3. Um considerável aumento nos poderes do juiz: as hipóteses previstas no art. 400, parágrafo único, do novo CPC – 4. A ação de exibição (art. 401): 4.1 A defesa do terceiro e a fase instrutória (arts. 402 a 404); 4.2 A decisão final e sua execução (arts. 402 e 403) – Bibliografia.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em seu art. 355,<sup>1</sup> o NCPC, praticamente com a mesma redação que estava no art. 396 do CPC/1973, disciplina que “o juiz pode ordenar que a parte exiba

---

1. Também no art. 420 o novo CPC faz menção à exibição de documentos por ordem do juiz, quando se tratar de “livros empresariais e dos documentos do arquivo”. As

documento ou coisa, que se ache em seu poder”. Nesse caso, normalmente o juiz atua de ofício, conforme achar conveniente para o processo. Por exemplo, se o autor não apresenta os recibos de pagamento de determinada obrigação prevista em contrato ou o próprio bem objeto desse contrato, o juiz pode determinar que o autor as exiba em juízo, na medida em que isso for importante para o processo.

Trata-se de um instrumento de extrema utilidade para a elucidação dos fatos discutidos em juízo. Para que o juiz não incorra em excesso ou desvio de poder, a decisão que determinar a exibição precisa estar fundamentada o suficiente para demonstrar a existência de umnexo entre as questões existentes nos autos e aquilo que deve ser exibido.

Se o juiz não atuar de ofício, qualquer das partes pode requerer a ele que determine a exibição de documentos ou coisas que estejam em poder de outras partes, desde que o pedido preencha os requisitos previstos no art. 397, cuja redação é simples repetição da regra que estava no art. 355 do CPC/1973.

Esses requisitos do art. 397 servem para demonstrar ao juiz exatamente o que deve ser exibido (inc. I) e qual a finalidade dessa exibição para a elucidação dos fatos discutidos no processo (inc. II). O mais importante requisito está no inc. III, que exige a exposição dos motivos pelos quais a parte que pediu a exibição acredita que o “documento ou a coisa se acha em poder da parte contrária”.

A importância desta regra reside na proteção conferida àquele que deve exibir a coisa ou o documento, porque reduz as chances de o pedido de exibição ser mera estratégia processual. Por exemplo, se uma das partes sabe que determinado documento não está na posse da outra, mas mesmo assim formula pedido de exibição, é evidente que a intenção é a de provocar constrangimentos no processo, como se a ausência de exibição indicasse alguma culpa ou dolo.

Daí por que é preciso que o juiz avalie com rigor se há indícios de que aquilo que deve ser exibido está mesmo na posse daquele que deve promover a exibição, sempre levando em consideração a efetiva consistência da exposição das “circunstâncias” a que se refere o inc. III do art. 397.

---

regras que estão no art. 355 e seguintes já seriam suficientes para resolver todos os problemas, inclusive no campo comercial. Nessa linha, as regras do art. 420 apenas servem para esclarecer que o juiz tem poderes de determinar a exibição de documentos também no campo do direito comercial, sem nenhuma restrição aos poderes elencados no art. 355 e seguintes, ora em estudo, especialmente porque o inc. III do art. 420 dispõe que a exibição pode ocorrer “quando e como determinar a lei”.

## 2. A RESPOSTA DO REQUERIDO (ART. 398)

Não se trata, aqui, de uma contestação, mas o requerido tem o ônus da impugnação especificada, pois eventual ausência de impugnação ou a utilização de termos vagos vai gerar a preclusão dessa faculdade de impugnar e, muito provavelmente, a imposição judicial da obrigação de exhibir o documento ou a coisa.

Daí decorre a importância da impugnação em estudo, na qual o requerido deve se esforçar para demonstrar ao juiz que ao menos uma das hipóteses previstas no art. 397 não está presente, talvez dando maior ênfase àquela que está no inc. III, cuja relevância já foi ressaltada no presente estudo.

Tanto é assim que o parágrafo único do art. 398 determina que o ônus da prova é do requerente, quando o requerido afirmar que não está na posse do documento ou da coisa que deve ser exibida. Nesse caso, a prova poderá ser feita por qualquer meio, típico ou atípico, inclusive por meio de oitivas de testemunhas e até mesmo de depoimento pessoal, em audiência designada especificamente para esse fim.

Isso significa que o requerente precisa ter argumentos convincentes para afirmar que determinado documento está mesmo na posse do requerido, porque a discussão normalmente não será sobre a existência de um dever de exhibir, visto que esse dever (que decorre do dever de colaborar com a justiça) é a todos imposto, inclusive a terceiros, como se verá mais adiante. É quase certo que o requerido afirmará que o documento, no exemplo dado, não está mais na sua posse ou jamais esteve, o que, repita-se, torna relevante que o requerente apresente argumentos sólidos quanto à existência do dever de exhibir em estudo.

### 2.1 *Hipóteses em que o juiz não admite a recusa da exibição (art. 399) e a consequência da admissão dos fatos como verdadeiros (art. 400)*

As hipóteses previstas no art. 399 são importantes porque podem provocar a chamada “pena de confissão” ou de “confesso”, também chamada de “confissão ficta”, na qual o juiz admite como verdadeiros os fatos que “por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar”.

Tal consequência só pode ser imposta às partes e não a pessoas estranhas ao processo que eventualmente tenham o dever de exhibir determinada coisa ou documento, simplesmente porque essas pessoas não são partes no processo e, portanto, para elas, pouco importa que determinados fatos sejam reputados verdadeiros ou não.

Admitir que determinados fatos ocorreram é a mesma consequência prevista para o caso de revelia, mas aqui esse fenômeno ocorre tardiamente no processo, criando uma presunção relativa contra aquele que se negou a cumprir a ordem de exibição. Daí por que, ao menos em princípio, essa situação parece ser menos grave do que aquela gerada pela ausência de contestação. É que, nesse caso, a contestação já foi apresentada e, com ela, provavelmente muitos documentos foram juntados ou, eventualmente, até mesmo a chamada “prova emprestada” já foi admitida. Nesse contexto, o juiz não pode ignorar todos os elementos que já estão nos autos apenas porque aplicou a pena de confissão em virtude do descumprimento do ônus de exibir um documento ou coisa.<sup>2</sup> Conforme já foi visto, essa pena não gera presunção absoluta da existência de determinados fatos, o que significa que elementos de provas já existentes (ou que venham a existir) podem fazer desaparecer essa presunção, que é sempre relativa.<sup>3</sup>

Por outro lado, convém advertir que a jurisprudência que se formou na época do Código de Processo Civil de 1973 indicava que a afirmação de que

2. Conforme observa Humberto Theodoro Jr., “não se trata de impor o dever de fazer prova para a parte contrária, mas de exigir cumprimento do dever de veracidade e lealdade que cabe a todo litigante” (*Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1, p. 936). No sentido de que há um verdadeiro dever de exibição, v.: PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1154-1155. Na linha do novo CPC, fica reforçada a existência de um dever de colaboração (art. 6.º), mas disso não decorre que qualquer das partes tenha o dever de produzir determinada prova, até porque ninguém tem dever de produzir provas contra si mesmo, por motivos óbvios. Sobre a colaboração no processo, v. BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80-88.
3. Também precisa ser afastada a ideia de punição, que somente faria sentido se houvesse um autêntico dever de exibição. A lei permite considerar verdadeiros os fatos nessa circunstância simplesmente porque isso é uma consequência do descumprimento do ônus de exibir determinada coisa ou documento. Isso vale tanto para o autor quanto para o réu, mas não se trata de punição. Se, num mesmo processo, autor e réu são intimados a apresentar determinados documentos e ambos descumprem a determinação judicial, o juiz não poderá admitir duas presunções antagônicas a respeito do mesmo fato. Não é correto, portanto, afirmar que há um caráter punitivo nessa regra. Nesse sentido: “A consequência da negativa de exibição será apenas a admissão, como verdadeiros, dos fatos que se pretendia provar. Não se pode impor, além disso, o reconhecimento de litigância de má-fé (RT 788/290) nem multa cominatória (STJ, REsp 433.711, 3.ª T., j. 25.02.2003, rel. Min. Menezes Direito)” (cf. NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 457).

não está na posse do documento ou coisa normalmente permitia a “presunção de recusa” e sua drástica consequência, que era – e continua sendo – a imposição da confissão quanto aos fatos relacionados ao documento ou coisa, principalmente quando se tratava de “documento comum” às partes, que deveria ser guardado para apresentação em momento oportuno, ou seja, quando fosse exigido.<sup>4</sup> Nesse ponto, considerando que a redação do art. 399, III, do CPC atual é idêntica à do art. 358 do CPC/1973, pouca coisa deverá mudar na jurisprudência.

Em relação aos demais incisos do art. 399, que também possuem redação idêntica ao disposto nos incisos do art. 358 supramencionado, não há dúvidas de que existe um dever de exhibir muito intenso, ora porque existe uma obrigação legal de exhibir, como ocorre com determinados documentos comerciais por exemplo, ora porque o requerido fez menção ao documento ou à coisa durante o processo, “com o intuito de produzir prova”. Essa intenção de produzir prova precisa estar muito clara no processo para que o juiz simplesmente não admita a recusa do requerido. As menções vagas a um documento ou coisa, inseridas, às vezes, em afirmações genéricas, não devem ser levadas em consideração para esse fim. O cenário ideal para aplicação dessa regra é aquele em que o requerido afirmou claramente que determinado documento (ou coisa) existe e que, se e quando for preciso, tal documento será juntado aos autos. Em linhas gerais, portanto, quanto mais intensa e objetiva for a afirmação, mais próximo o juiz estará da aplicação dessa regra que, inclusive por ser muito drástica, deve ser interpretada com prudência, de forma restritiva.

### 3. UM CONSIDERÁVEL AUMENTO NOS PODERES DO JUIZ: AS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 400, PARÁGRAFO ÚNICO, DO NOVO CPC

Enquanto no Código de Processo Civil de 1973 o juiz estava limitado a considerar como verdadeiros os fatos, na hipótese de recusa injustificada das partes em apresentar determinado documento ou coisa, o novo Código de Processo Civil vai muito além dessas consequências, autorizando o juiz a “adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido” (art. 400, parágrafo único). Mesmo no caso da ação de exibição, que é movida contra terceiros e não contra as partes e que agora

4. “Não se admite a recusa de documento comum às partes.” (STJ, AgRg no Ag 511.849/RS, 3.<sup>a</sup> T., j. 23.09.2003, rel. Min. Nancy Andrighi). No mesmo sentido: STJ, AgRg no Ag 1128185/RS, 3.<sup>a</sup> T., j. 28.04.2009, rel. Min. Sidnei Beneti; STJ, AgRg no Ag 1200943/ES, 2.<sup>a</sup> T., j. 17.12.2009, rel. Min. Herman Benjamin.

está prevista nos arts. 401-403, o juiz passa a ter esses poderes (parágrafo único do art. 403). Na prática, apesar da redação ruim, o juiz poderá impor multas para a parte que se negar a exhibir ou expedir mandado de apreensão.

Essas novas disposições parecem sepultar a jurisprudência que se consolidou em torno da Súmula 372 do STJ, segundo a qual “na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.<sup>5</sup> De agora em diante, as multas cominatórias talvez se tornem comuns na fase instrutória dos processos em geral, desde que a ordem de exibição não seja cumprida.

Por outro lado, ao menos numa leitura superficial, a nova regra só permitiria que o juiz tivesse esses poderes quando se tratasse de exibição de “documento”, não no caso da exibição de “coisa”, embora essa opção do legislador não pareça fazer o menor sentido. Os poderes do juiz de impor multas ou de adotar outras medidas valem também para a exibição de qualquer outra coisa que não constitua um documento, não só porque não faz sentido afirmar que a opção do legislador tenha sido a de excluir essa possibilidade quando não se tratar de um documento, mas também porque a tutela específica, inclusive em sede de execução, restou consideravelmente ampliada na nova legislação processual, de forma a abranger qualquer “ordem judicial”. Aliás, as disposições contidas no art. 139, IV, confirmam a tendência de ampliar os poderes do juiz nesse mesmo sentido, embora faça referência à execução em geral.

Essas medidas mencionadas no art. 400, parágrafo único, consistem, basicamente, na possibilidade de o juiz adotar as mesmas medidas que adotaria na “tutela específica” prevista nos arts. 497-501 do NCPC, quais sejam: imposição de multas, restrição de atividades, busca e apreensão, dentre outras, visando influir psicologicamente na vontade da parte, para que ele, no caso em estudo, exhiba um determinado documento. Mas não há motivo justificável para excluir essas medidas no caso de se tratar de determinada “coisa”, inclusive porque a necessidade de colaboração prevista no art. 6.º é ampla o suficiente para dizer que em ambas as situações (coisa ou documento) o juiz contará com esses mesmos poderes. Tudo indica, enfim, que houve apenas um erro de redação no presente caso. A regra deveria se referir tanto a documento quanto à coisa, indistintamente, como, aliás, está na redação do *caput*.

---

5. Nesse sentido, v. BUENO, Cassio Scarpinella. A exibição de documento ou coisa, a Súmula 372 do STJ e o novo Código de Processo Civil. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO; Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). *A prova no processo civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 366.

Tal ampliação de poderes verificada nesse ponto não significa, necessariamente, que o novo Código de Processo Civil entenda que há um dever de exibir, mas apenas que, na linha do que já foi visto, a colaboração das partes no processo tenha adquirido uma nova dimensão atualmente, a ponto de permitir que o juiz tenha mais poderes para convencer determinada parte a exibir um documento ou uma coisa. No entanto, repita-se, não há aqui propriamente um dever de exibir, inclusive porque ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, mas sim uma necessidade de colaboração das partes que, no âmbito probatório, se traduz apenas no ônus de exibir, cujo descumprimento pode levar à imposição de multas e à admissão de determinados fatos como verdadeiros.

No que diz respeito às multas há um paradoxo criado pelo legislador. Ocorre que, não existindo um dever das partes de exibir um documento ou uma coisa,<sup>6</sup> mas apenas a necessidade de colaboração, também não faria sentido permitir que o juiz impusesse multa a quem descumprisse o ônus de exibir. A melhor interpretação que se pode extrair dessas novas regras é a de que, não obstante o paradoxo mencionado, é bom para o sistema que as ordens judiciais ganhem efetividade. Em resumo, se o juiz pode considerar verdadeiros os fatos, não há sentido em permitir que ele, de forma concomitante, também imponha multa (ou outra medida) para o caso de resistência em exibir, mas ambas as hipóteses, se proporcionais à escalada de intensidade da conduta da parte em oferecer resistência ao cumprimento da ordem de exibição e desde que levem em conta a importância da exibição da coisa ou do documento para os fins almejados, podem contribuir para a efetividade do processo.<sup>7</sup>

---

6. LA CHINA, Sergio. *Lesibizione delle prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 263. Esse autor fala, ainda, que é discutível, em termos doutrinários, aproximar a exigência de exibir determinada coisa ou documento com a obrigação de testemunhar, e que somente uma “bizarra teoria publicista potrebbe sostenere che la parte che agisce in giudizio esercita una funzione giudiziaria” (idem, p. 267). Nesse ponto, aliás, é correto dizer que a possibilidade de condução coercitiva é legítima porque imposta a terceiros, visto que a negativa das partes em prestar depoimento pessoal apenas pode criar a presunção de que os fatos afirmados pela outra parte são verdadeiros. Também aqui, na exibição de documentos ou coisas, não há sentido em permitir que o juiz aplique sanções às partes que não quiserem exibir. A única justificativa plausível, que parte do pressuposto de que não há dever algum nesse ponto, estaria na crescente necessidade de aumentar a efetividade das ordens judiciais. Se isso for verdadeiro, há outra incoerência a ser resolvida: o legislador poderia ter adotado a mesma solução para a parte que se recusa a prestar depoimento pessoal.

7. Na produção antecipada de provas (art. 381) o aumento dos poderes do juiz parece fazer mais sentido, porque a necessidade de compor um litígio ou de justificar a

## 4. A AÇÃO DE EXIBIÇÃO (ART. 401)

Na mesma linha que vinha sendo adotada pelo CPC de 1973 (art. 360), o novo Código de Processo Civil permite que o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, inicie uma ação incidental contra o terceiro que estiver na posse do documento ou da coisa que deva ser exibida, hipótese em que esse terceiro será citado para responder no prazo de 15 dias (art. 401).

Na verdade, não há propriamente um autor e nem nenhum pedido que possa provocar alguma alteração no plano do direito material, mas o sistema processual prefere dar roupagem de verdadeira ação incidental em relação a esse incidente, talvez para justificar a imposição de ordens judiciais em relação a quem não é parte no processo<sup>8</sup> e também para permitir a cobrança do valor da multa eventualmente aplicada.

### 4.1 A defesa do terceiro e a fase instrutória (arts. 402 a 404)

Também é preciso pensar na ampla defesa e no contraditório, que devem estar presentes antes que o juiz imponha ao terceiro a obrigação de exibir determinada coisa ou documento. Daí por que o prazo para o terceiro se defender é o mesmo da contestação, 15 dias (art. 401), permitindo-se, em seguida, ampla instrução probatória caso o terceiro negue a existência da obrigação de exibir ou a posse do documento ou coisa (art. 402).

A defesa do terceiro não está limitada às hipóteses previstas no art. 402, mas também é verdade que dificilmente haverá outro motivo para apresentar defesa que não corresponda à inexistência do dever de exibir ou ao fato de que ele não está na posse daquilo que deve ser exibido.

---

propositura de uma ação cria um cenário diferente daquele existente num processo em curso. Nesse caso, embora pareça precipitado falar em dever de colaboração (exibir algo), há um fundamento consistente para a imposição de multas ou de outras medidas de igual natureza: aquele que deseja a exibição de algo quer descobrir algo que “poderá” permitir a autocomposição ou evitar o início de um processo e isso não significa que a conduta de exibir será necessariamente prejudicial para quem cumprir a ordem judicial. Aliás, na produção antecipada não há como o juiz considerar como verdadeiros os fatos que alguém alegou e essa ausência de sanções parece robustecer o fundamento para imposição de multas ou de outras medidas. Mesmo assim, convém repetir, parece exagerado dizer que há um dever de colaboração no âmbito da produção antecipada.

8. Nesse caso, como observa Cassio Scarpinella Bueno, trata-se de “interessante hipótese de intervenção de terceiros não ‘identificada’ como tal pelo CPC de 2015” (*Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325).

Nessa linha, ocioso dizer que também a instrução probatória não está limitada aos casos previstos em lei, embora seja difícil imaginar que algum outro tipo de prova venha a ser necessário em situações assim, mas, em todo caso, o importante é deixar claro que o exercício do direito de defesa sempre deve ser o mais amplo possível.

Por último, convém lembrar que as disposições do art. 404 constituem hipóteses de inexigibilidade do dever de exhibir determinada coisa ou documento, cujo rol, ao contrário do que estava no art. 363 do CPC/1973, não é mais taxativo. O disposto no art. 404, VI, deixa claro que pode haver “disposição legal que justifique a recusa da exibição”, fora das hipóteses previstas nos incisos anteriores.

Teria sido melhor que a redação desses incisos tivesse passado por alguma atualização ou melhora na nova legislação, mas isso não ocorreu. Por exemplo, a redação do inc. I, que exclui o dever de exhibir se o documento ou coisa for “concernente a negócios da própria vida da família”, continua tal como era no Código de Processo Civil de 1973, mas sem deixar claro que negócios são esses. O mais razoável que é se trate de algo que possa revelar a intimidade do grupo familiar (direito à intimidade), ou que possa, de alguma forma, gerar conflitos entre os integrantes desse grupo. Em todo caso, somente diante de um caso concreto é que o juiz poderá avaliar se os impactos na “vida da família” serão intensos o suficiente para desobrigar alguém de apresentar um determinado documento.

No inc. II do art. 404, que também não passou por nenhuma atualização, há exclusão do dever de exhibir quando “sua apresentação puder violar dever de honra”, mas o inc. III repete a proteção à honra própria, de terceiro ou de parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau. Em linhas gerais, protege-se a honra da parte ou de terceiros em ambas as disposições. É preciso expor ao juiz quais são as repercussões que a exibição de determinado documento vai provocar, de modo que o juiz possa avaliar se há mesmo alguma hipótese de exclusão ou não. Em certas circunstâncias, no entanto, o juiz precisa se contentar com informações superficiais, caso contrário a garantia prevista na lei restará esvaziada. Por exemplo, se determinado documento é extremamente ofensivo aos pais de uma das partes, o juiz não precisa conhecer todos os detalhes desse documento para decidir se está presente a hipótese de exclusão ou não. Por outro lado, afirmações genéricas ou vagas, desprovidas de fundamento ou reticentes podem conforme o caso, despertar a suspeita de que a parte está utilizando alguma estratégia para deixar de cumprir a ordem de exibição. Nesse cenário, importante lembrar, somente o juiz poderá avaliar qual a melhor solução a ser aplicada, sempre tendo em mente que a proteção da honra

que as regras mencionadas destacam, embora não seja absoluta, é uma garantia constitucional (art. 5.º, X, da CF).

O sigilo profissional a que se refere o inci. IV da regra em tela abrange principalmente os profissionais liberais, como os médicos e os advogados, mas não é absoluto. Tal sigilo cede, por exemplo, quando o profissional praticar atos criminosos envolvendo esses dados, ou quando houver ordem judicial nesse sentido.<sup>9</sup>

Esse mesmo dispositivo legal inclui também a exclusão do dever de exibir quando um determinado “estado” estiver presente, como no casamento, em que um cônjuge tem o dever de guardar sigilo a respeito das informações que possui a respeito do outro.

No inc. V do art. 404 está uma regra geral de exclusão, permitindo ao juiz avaliar se há outros “motivos graves” que, segundo o “prudente arbítrio” dele, justifiquem a recusa da exibição”. De certa forma, esta poderia ser a única regra, ou seja, bastaria um único dispositivo que conferisse ao juiz tal poder e que fizesse menção à honra e o sigilo profissional para termos a plena tutela desses valores no âmbito da exibição de documentos.

A inclusão do inc. VI nesse cenário também soa desnecessária, porque sua ausência não significaria que o rol de hipóteses seria taxativo, raciocínio a que se chega, aliás, pela simples leitura do disposto no inciso anterior.

Em relação ao Código de Processo Civil de 1973, as únicas disposições que mereceram alguma atualização foram aquelas que estavam no parágrafo único do art. 363 daquele diploma legal, e agora estão no parágrafo único do art. 404. Essa regra deixa claro que pode haver uma cisão, nos documentos em geral, entre a parcela atingida por alguma das hipóteses previstas no art. 404 e a parcela do documento que não está resguardada por essa proteção. As disposições anteriores permitem a extração de uma “suma” (resumo) para ser apresentada em juízo, enquanto as disposições atuais exigem que a parcela não atingida por nenhuma das hipóteses em tela seja exibida em juízo, “para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado”. Teria sido melhor que a regra tratasse apenas da extração de uma cópia, visto que o avanço da tecnologia permitirá o uso quase que exclusivo apenas das cópias digitais, mas qualquer interpretação simples dessa regra chegará facilmente a essa conclusão. Embora a lei não diga, parece correto afirmar que a mesma

---

9. Art. 102 do Código de Ética Médica. Segundo o STF, “a obrigatoriedade do sigilo profissional do médico não tem caráter absoluto. A matéria, pela sua delicadeza, reclama diversidade de tratamento diante das particularidades de cada caso” (RE 91.218/SP, 2.ª T., j. 10.11.1981, rel. Min. Djaci Falcão).

solução deve ser dada quando se tratar de uma determinada coisa que contenha partes (parcelas) não atingidas pelas disposições do art. 404. Em ambas as hipóteses o legislador apenas valoriza a máxima do antigo direito romano: *utile per inutile non vitiatur*.

Cumprir lembrar que não deve haver nenhum constrangimento para aquele que levar o documento ou coisa em cartório para que seja extraída cópia reprográfica (ou por outro meio, se se tratar de uma coisa), caso contrário a proteção dada pelas disposições do art. 404 não serão úteis. Em certos casos, parece conveniente que apenas um reduzido número de funcionários tenha acesso ao documento do qual se pretende extrair a cópia, para preservar, o quanto for possível, tais garantias.

#### 4.2 A decisão final e sua execução (arts. 402 e 403)

O Código de Processo Civil de 1973 afirmava que o incidente de exibição seria julgado por “sentença” (art. 361, última parte),<sup>10</sup> mas o novo Código de Processo Civil prefere ficar em silêncio quanto à natureza da decisão final. Nesse ponto, convém admitir, as novas regras são tecnicamente melhores do que as anteriores. Não cabe à lei fixar conceitos: *omnia definitivo in jure civile periculosa est*.

Em prol da boa técnica processual, aliás, o novo Código de Processo Civil é claro ao disciplinar que a decisão final do incidente de exibição (seja qual for a sua natureza) está sujeita ao recurso de agravo, nos termos do disposto em seu art. 1.015, VI, que cuida especificamente dessa hipótese e não deixa dúvida de que, embora se trate de uma ação incidental, a decisão final não está sujeita ao recurso de apelação e sim ao de agravo de instrumento, que pode ter efeito suspensivo ou não (art. 1.019, I).

No caso de descumprimento da ordem de exibição, independentemente de nova intimação, o juiz mandará expedir mandado de apreensão, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 403, inclusive com a autorização para que o oficial de justiça utilize “força policial”. Além disso, graças ao novo Código de Processo Civil, agora o juiz conta com poderes ampliados para, de forma indireta, influir na vontade do terceiro, impondo multas e “outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão”, o que, conforme já foi visto supra,

---

10. CPC de 1939 classificava como “despacho” a decisão que, após ouvir o terceiro, julgava o pedido de exibição (art. 220, parágrafo único, última parte).

sepulta a corrente jurisprudencial que girava em torno da Súmula 372 do STJ, segundo a qual “na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.

O valor da multa eventualmente aplicada reverte para o exequente, segundo disposto no § 2.º do art. 537, que, no presente caso, pode não ser exatamente o autor da ação em que ocorreu o incidente de exibição, mas sim aquele que pediu a instauração desse incidente. Isso significa que, se houve requerimento de exibição formulado por qualquer das partes, cabe ao autor desse requerimento o valor que for recebido do terceiro a título de multa, mesmo que, no futuro, ele não seja o exequente.

Por outro lado, se o juiz deu início de ofício ao incidente de exibição, o valor da multa deve ser recolhido ao Estado ou à União, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 77, § 2.º, que trata do destino do valor da multa aplicada quando houver “ato atentatório à dignidade da justiça” (art. 77, IV e VI). Caso contrário, pode ocorrer que esse valor reverta para aquele que resistiu, inclusive por meio de recurso, à produção dessa prova, o que seria um verdadeiro absurdo. A outra alternativa, que seria a reversão desse valor para aquele que for vencedor na ação principal (art. 537, § 2.º), também não se mostra razoável nesse caso, não só porque esse vencedor pode ter sido contrário à realização da prova, mas também porque essa prova pode ter sido prejudicial a ele, em alguma medida, o que também constituiria um grande absurdo.

Aliás, é curioso observar que, sendo o incidente tratado como ação incidental, o resultado da ação principal não pode influir no destino das multas aplicadas. Em outras palavras, a autonomia da ação incidental de exibição, que é movida contra terceiros, permite que o destino do valor da multa aplicada nesse incidente seja indiferente ao resultado da ação principal.<sup>11</sup> Essa constatação parece reforçar a ideia de que o valor da multa deve reverter ao Estado quando o incidente for iniciado de ofício pelo juiz, caso contrário, paradoxalmente, aquele que for derrotado na ação principal, e que resistiu ou que não

---

11. O sistema processual brasileiro não prevê, nesse ponto, que as multas por descumprimento de ordem judicial revertam ao Estado em todas as hipóteses, mas somente naquelas previstas nos incisos IV e VI do art. 77 do CPC. Era assim no CPC de 1973 (art. 14, parágrafo único, última parte). Melhor seria que todas as multas tivessem esse destino, porque o Estado é a vítima do abuso processual cometido e esse valor compensaria, de alguma maneira, o prejuízo que o patrimônio público teve com a conduta da parte no processo. Sobre o tema, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do *contempt of court* brasileiro. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 158-165.

demonstrou o mínimo interesse na produção dessa prova, pode ser beneficiado com o recebimento do valor das multas.<sup>12</sup>

A execução do valor da multa se faz por meio do procedimento (fase) de cumprimento de sentença, inclusive com a possibilidade de incidir nova multa sobre o valor total da dívida, caso não ocorra o pagamento voluntário no prazo de 15 dias (§ 1.º do art. 523).

## BIBLIOGRAFIA

- BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. A exibição de documento ou coisa, a Súmula 372 do STJ e o novo Código de Processo Civil. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO; Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). *A prova no processo civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Paixão e morte do contempt of court brasileiro. O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.
- LA CHINA, Sergio. *Lesibizione delle prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1960.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação em vigor*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1.

---

12. Não obstante o raciocínio desenvolvido, ainda resta um paradoxo a ser solucionado. Se, por exemplo, o autor da ação principal foi também aquele que pediu a instauração do incidente de exibição, resta indagar a quem pertence o valor das multas no caso de improcedência do pedido inicial. Nessa hipótese deve ser aplicado o entendimento supra-adotado, ou seja, por ter sido o autor da ação incidental de exibição, é dele o valor das multas eventualmente aplicadas, visto que a autonomia desse incidente torna indiferente o resultado da ação principal para efeito de descobrirmos quem é o destinatário do valor das multas. Isso se explica, inclusive, pelo fato de que, em relação ao terceiro, pouco importa quem foi o vencedor da ação principal, pois ele sofreu a imposição de multas por não ter colaborado com a justiça, descumprindo um dever que é a todos imposto.

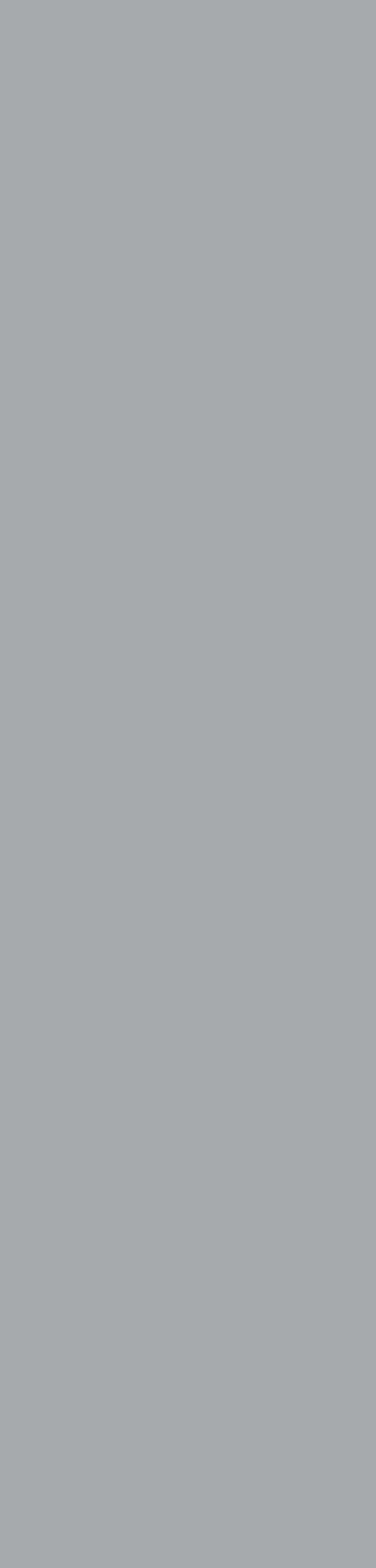
## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A fixação de multa na exibição de documento e a Lei 13.105/2015 (novo código de processo civil), de Antonio Roberto Sanches Junior – *RePro* 243/215–241 (DTR\2015\7910); e
- Exibição de documentos como instrumento para o exercício do direito à informação, de Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi e Flavia Orsi Leme Borges – *RT* 920/561–574 (DTR\2012\44668).

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom right towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

# **Direito Constitucional**



# GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE UMA ÉPOCA SOMBRIA

---

*CONSTITUTIONAL GUARANTEES, PENAL LAW AND PENAL DUE PROCESS:  
THOUGHTS ABOUT A DARK TIME*

**EDUARDO PIZARRO CARNELÓS**

Ex-Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. Advogado. [eduardo@carnelosegarcia.com.br](mailto:eduardo@carnelosegarcia.com.br)

**ÁREA DO DIREITO:** Constitucional; Penal; Processual

**RESUMO:** O artigo trata das restrições impostas às garantias constitucionais dos indivíduos em matéria penal e processual penal no Brasil. A legislação penal e processual penal sofre alterações para aumentar a carga punitiva e diminuir a possibilidade do exercício de defesa. Os tribunais, principalmente STJ e STF, que antes impunham limites aos abusos, mudaram suas orientações, e hoje também adotam uma jurisprudência restritiva aos direitos dos investigados e/ou acusados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantias constitucionais – Direito penal – Direito processual penal – Prisões temporária e preventiva – Delação premiada – Legislação punitiva – Jurisprudência restritiva.

**ABSTRACT:** This article examines restrictions imposed on individual constitutional guarantees in Brazil, specifically those concerning penal law and penal due process. Both penal legislation and penal due process legislation have in recent times been altered in order to toughen punishment and weaken the possibility of defense. Courts, mainly the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, which before had imposed limits on abuses, have since changed their orientation and nowadays have adopted a jurisprudence that restricts the rights of the investigated and the accused.

**KEYWORDS:** Constitutional guarantees – Penal law – Penal due process – Temporary and preventive detentions – Turning state's evidence – Punitive legislation – Restrictive jurisprudence.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: Como chegamos a este ponto? – 2. A prisão como ponto de partida – 3. Delação: A "justiça" que nasce da imoralidade – 4. A obstrução e o exercício da defesa – 5. O *habeas corpus* e a execução da condenação recorrível – 6. Para encerrar.

## 1. INTRODUÇÃO: COMO CHEGAMOS A ESTE PONTO?

Thus all practicing lawyers – and most others in the profession – will necessarily be imperfect, especially in the eyes of young idealists. There is no perfect justice, just as there are no absolutes in ethics. But there is perfect injustice, and we know it when we see it.<sup>1</sup>

É antigo o debate sobre o papel do direito penal e do direito processual penal na obtenção e manutenção da segurança pública e da paz social. Os que militam na área sabem que sempre houve e sempre haverá os que sustentam ser necessário maior rigor das normas penais, e menor amplitude dos direitos previstos aos investigados e/ou acusados. O mantra de ser o Brasil o país da impunidade nada tem de novo, variando apenas os alvos de quem o entoa: uns protestam contra a “impunidade” dos agentes da criminalidade violenta, que atingem com seus atos todos os setores sociais, dos mais pobres aos mais abastados, embora estes tenham muito mais e melhores condições de se protegerem da violência; outros se queixam da “impunidade” dos mais ricos, cujos crimes, mesmo quando praticados sem violência, produzem muito maior prejuízo econômico à coletividade; e há, é claro, os que veem impunidade nos dois grupos. Como solução para os problemas que enxergam, todos eles propõem a criação de mais tipos penais, adoção de penas cada vez mais severas e medidas processuais que antecipem a punição e impeçam ou dificultem o exercício da defesa.

Nós, advogados criminalistas, sempre tivemos de lidar com essas pressões por mais severas punições, e por isso também nos acostumamos a lidar com criações legislativas draconianas e juízes que adotam uma postura punitiva, agindo muitas vezes contra os preceitos legais e os cânones constitucionais.

Realmente, há muito se ouvem os gritos contra a tal “impunidade”, aponta-da como a causa maior de todos os nossos males. Houve um tempo em que se reclamava porque protagonistas de escândalos vários não haviam sido presos, e se estava ainda no início das investigações, mas já se exigia punição para aqueles cuja culpa era desde logo decretada. Diante de tais situações, vinham as propostas de alterações legislativas destinadas a extirpar o que se consideravam mazelas das legislações penal e processual penal, tidas por “permissivas”, e não faltavam ataques aos juízes que faziam cumprir as normas constitucionais e legais garantidoras do indivíduo diante do poder punitivo do Estado, cumprindo, aliás, sua mais genuína missão.<sup>2</sup>

---

1. DERSHOWITZ, Alan. *Letters to a young lawyer*. New York: Basic Books, 2005. p. 9.

2. “Ao Juiz criminal cabe a função de resguardar e proteger os direitos individuais do homem diante do poder punitivo do Estado. Este é o sentido desta decisão neste *writ*.”

As afirmações que fiz acima não são inéditas; eu já as formulei em várias outras oportunidades, assim como outros profissionais também o fizeram, com muito mais brilho do que eu. Há agora, porém, algo de diferente em relação a outros momentos vividos por nós: até algum tempo atrás, os abusos eram coarctados pelos tribunais, fossem os de Justiça estaduais, Regionais Federais, e, principalmente, STJ e STF. Já não tem sido mais assim, contudo...

Infelizmente, mesmo os magistrados mais cômicos de seu papel como garantidores dos direitos do indivíduo no processo penal têm decidido de forma diferente daquela que faziam anteriormente, e, conseqüentemente, temos assistido a graves e ruinosas alterações nos pronunciamentos judiciais relativos a matéria penal e processual penal.<sup>3</sup>

Pretendo tratar nos tópicos seguintes de algumas dessas alterações, quando, sem nenhuma pretensão acadêmica, procurarei demonstrar que o sistema de proteção às garantias constitucionais tem sofrido abalos de grande monta, com repercussões significativas nas vidas de todos quantos sejam hoje alvo da perseguição penal. Antes, porém, quero expor fatos que, estou convencido, são a raiz dessa grave situação.

A partir de 2003, com a chegada do Partido dos Trabalhadores ao governo federal, os adeptos do endurecimento do sistema penal constataram a existência de campo fértil para sua sementeira. Realmente, a despeito de haver no comando do Ministério da Justiça um brilhante advogado criminalista, que presidira a Ordem dos Advogados do Brasil e era homem reconhecidamente comprometido com a defesa das garantias individuais, os responsáveis pela

---

Impedir que o poder punitivo do Estado viole os direitos individuais do paciente.” TACrim-SP, HC 362.090/6/SP, 4.<sup>a</sup> Câ., j. 30.05.2000, rel. Juiz Marco Nahum, v.u.; publicado no *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo* n. 2172, p. 1512-j.

3. Em 2008, escrevi artigo com o título *O difícil exercício do cumprimento do dever – Advocacia Criminal e as agruras de quem rema contra a maré*, que foi publicado na edição n. 100 da *Revista do Advogado*, da Associação dos Advogados de São Paulo, e no qual eu sustentava que vivíamos sob o domínio do arbítrio, e não do Estado Democrático de Direito. Naquele texto, eu recuperei anotações que fizera oito anos antes, quando já identificava o movimento que acabaria por ser vencedor contra o sistema de garantias individuais. Apesar disso, eu apontava a resistência dos tribunais brasileiros, principalmente o STJ e o STF, que exerciam a importante missão de proteger os direitos dos alvos das “operações especiais”, e por isso eram duramente criticados por serem “lenientes” com a “impunidade”. Dizia eu, então, que, apesar das decisões que cassavam, sistematicamente, as medidas ilícitamente decretadas contra o sistema de garantias instituído pela Carta Política, estas continuavam a proliferar, como células cancerosas que se multiplicam na batalha sem tréguas para levar o corpo à morte.

área política do governo passaram a incentivar, de forma muito clara, a atuação dos órgãos policiais federais no combate ao chamado “crime do colarinho-branco”, aos contra a administração e aos demais crimes atribuíveis à elite política e econômica, como os de natureza tributária, por exemplo. Esqueceram-se, certamente, de que o criador da guilhotina também foi submetido a ela...

Não foi por acaso que naquela época apareceram as tais “operações especiais”, que, ignorando por completo as normas processuais relativas à apuração de infrações penais, passaram a nos brindar com ações espetaculosas, sempre envolvendo medidas de buscas e apreensões e prisões de pessoas que nunca nem sequer haviam suspeitado da existência de alguma investigação de que fossem alvos. Os que já atuavam então hão de se recordar de que o inquérito policial passou a ser um instrumento em desuso, pois toda a investigação, conduzida em segredo, estava consubstanciada em autos dos denominados “procedimentos criminais diversos”; o nome, ao menos, era apropriado, pois se tratava de algo totalmente diverso do contido no ordenamento jurídico...

A propaganda partidária do PT, e também a eleitoral em épocas próprias, fazia apologia das “operações especiais”, que eram exibidas como mais um dos fatos “nunca antes visto na história deste País”. Nunca antes, dizia-se, tantos ricos foram levados à cadeia, e isso era motivo para comemoração.<sup>4</sup> Com o apoio do governo – além da ampla cobertura da imprensa, quase sempre sensacionalista –, as forças da repressão foram se expandindo, e o uso das prisões temporária e preventiva passou a ser corriqueiro, assim como se tornaram recorrentes as dificuldades impostas ao alvo da investigação, a quem se negava até mesmo conhecimento da decisão que decretara a prisão. E tudo se fazia a pretexto de combater alegados crimes praticados por integrantes das camadas mais abastadas da sociedade, com apoio cada vez maior da turba, mas também de setores esclarecidos, inclusive nos meios de comunicação. Já então se viam decisões judiciais que apresentavam como “fundamento” para as medidas que decretavam a necessidade de atender à expectativa da população, olvidando-se as regras do ordenamento jurídico.

Como se fosse pouco o que se fazia contra os alvos das operações, passaram a ocorrer também invasões de escritórios de advocacia, além de ameaças veladas ou explícitas de envolvimento de defensores em investigações criminais. Afinal, quando o arbítrio vigora – e o fato de serem fruto de decisões judiciais não retira das medidas constritivas aqui referidas a qualidade de arbitrarias, porque tomadas à margem da Constituição e das leis –, o advogado passa a ser

---

4. Não faltava às ações pirotécnicas a exibição de armas e algemas, embora as pessoas presas não oferecessem resistência nem reação. Era necessário, porém, produzir imagens fortes, que mostrassem ao povo que “nunca antes neste país (...)”.

inimigo a ser combatido, principalmente se ele se dedica à defesa de suspeitos e acusados na esfera criminal.

Chegou-se a utilizar correspondência eletrônica entre cliente e advogado como fundamento para decretar a prisão preventiva daquele, sob o fundamento de que o último poderia ter também cometido crime ao orientar seu constituinte. Igualmente, já se cassou a palavra de advogado em audiências e julgamentos, assim como se lhe impediu a formulação de reperguntas, sob o pálio da impertinência a esconder o cerceamento clamoroso do exercício da defesa – os verbos estão conjugados no pretérito, mas os fatos não apenas ainda ocorrem, como se multiplicaram.

Enquanto celebravam as prisões decretadas a mancheias, e utilizavam a máquina estatal para perseguir os que não se submetiam aos seus desígnios, os próceres que geriam o governo federal se ocupavam também de outras práticas heterodoxas nas relações com o setor privado,<sup>5</sup> o que garantia a eles e aos seus aliados (na verdade, súcubos, pois nunca foram, verdadeiramente, parceiros) vasta soma de recursos para serem gastos em campanhas eleitorais e também para o enriquecimento pessoal de vários deles.

Foram tantos e tão grandes os avanços praticados contra o patrimônio público pelos gestores da máquina, que os adeptos da persecução penal sem controle foram encontrando a cada dia mais pretexto para suas ações, e aos poucos a resistência outrora exercida pelos tribunais – principalmente o STJ e o STF – foi minguando, até chegarmos aos dias atuais, em que a delação premiada tornou-se a “prova das provas”, e para obtê-la usa-se sem pruridos a prisão temporária ou a preventiva, além de se impor ao delator a condição de renunciar a todos os seus direitos constitucionais, para que não haja risco de, no futuro, algum tribunal reconhecer as tantas ilegalidades que se perpetram; o Supremo Tribunal, antes a última esperança contra o arbítrio, alterou o seu entendimento para consagrar uma espécie de trânsito em julgado da decisão condenatória antes do processamento e julgamento dos recursos especial e extraordinário, permitindo a execução da pena após a decisão de 2.º grau e com isso excluindo da Carta Política os incisos LIV e LVII de seu art. 5.º, que conferem legitimidade ao art. 283 do CPP, também tornado letra morta; a 1.ª Turma da mesma Corte “revogou” norma da Constituição para, em nome duma tal “lógica recursal”, não mais admitir *habeas corpus* contra decisão proferida em *habeas corpus* por outro tribunal, quando cabível o recurso ordinário; apesar de antigo entendimento do Supremo,

---

5. Chico Buarque classificaria tais práticas de “tenebrosas transações”, mas isso foi no tempo do regime militar...

segundo o qual é direito de investigados ou réus no mesmo caso conversarem, inclusive para tratar de estratégia defensiva, inseriu-se no ordenamento jurídico o tipo da “obstrução à investigação” criado pela Lei 12.850/2013, não se poupando nem mesmo a atuação dos advogados, que passaram também a ser alvos ao cometerem a petulância de exercer seu mister com desassombro, apontando ilegalidades e buscando meios para demonstrá-las, nestes novos e soturnos tempos, a única conduta admitida é a colaboração, ainda que não aquela premiada, eufemismo usado para não se empregar a palavra delação.

Como sempre acontece em momentos como este que vivemos, a aprovação popular ao autoritarismo penal é avassaladora. Por motivos os mais diversos, as pessoas manifestam seu apoio a todas as operações em curso, especial e principalmente a “lava jato”, que até a ortografia agride. Quem ousa formular críticas é logo apontado como inimigo do interesse público, e os membros da “força-tarefa” (ah, essa macaquice brejeira, que adora copiar os irmãos do Norte...) são considerados heróis incontestáveis, cujas opiniões devem ser acolhidas como dogma, pois lutam “contra a corrupção”. Tão imaculados alguns deles se consideram, que passam a agir como tutores de todos os Poderes, vociferando contra projetos legislativos e decisões judiciais nos quais pespegam a pecha de contrárias aos interesses do povo, caso aqueles ou estas assegurem algum direito a investigados e/ou acusados. E se alguém se opõe às manifestações dos referidos “heróis”, é logo acusado de pretender a “impunidade” e a obstrução da “operação lava jato” ou outra qualquer.

Que os leigos assim pensem, compreende-se, embora se lamente – afinal, não sabem que um dia podem vir a ser investigados e/ou acusados, e só então talvez se lembrem do verso de Herivelto Martins e Marino Pinto na música “Segredo”: “Primeiro é preciso julgar, pra depois condenar”. Que profissionais do Direito o façam, porém, é inaceitável! Admitir o estabelecimento de verdade processual sem a possibilidade do exercício de defesa efetiva é aviltar princípios comezinhos, e deveria envergonhar quem tenha frequentado os bancos acadêmicos; mais ainda, quem faça do Direito sua profissão, seja em que atividade for. Estes deveriam, pelo menos, observar a advertência de Dershowitz:

It would be a terrible tragedy if we were to surrender this noble tradition to those who are so certain about their ability to discover truth that they become impatient with the often imperfect processes of justice. It was the great judge Learned Hand who once observed that “the spirit of liberty is the spirit that is not too sure that it is right”.<sup>6</sup>

---

6. DERSHOWITZ, Alan. Op. cit., p. 50.

Aqueles que chafurdaram no dinheiro público, enquanto incentivavam o recrudescimento da repressão penal que atingia os membros das classes abastadas (nem isso é totalmente verdadeiro, porque muitas das vítimas das ações punitivas exageradas eram pessoas de classe média, mas isso também não importava aos donos do poder), constataram, tardiamente, que “pau que bate em Chico, bate em Francisco”. E agora, ao se sentirem também alvo do arbítrio que antes celebravam – embora em grau muito inferior ao que se dá com outros setores sociais, inclusive na política –, agem como convertidos ao Estado Democrático de Direito, cujas bases atacaram de todas as formas, inclusive e principalmente a apropriação da máquina pública como se fosse propriedade de seu grupo e as agressões às instituições nas quais nunca acreditaram e cujo valor nunca reconheceram.

Do legado que deixaram os afastados ocupantes do governo federal, talvez o mais deletério seja aquele de que eles, hoje, também reclamam, embora não reconheçam sua responsabilidade: o retrocesso na legislação e na jurisprudência em matéria penal e processual penal, com o comprometimento do sistema de garantias individuais e a prevalência da atuação punitiva estatal. Destrói-se muito mais fácil e rapidamente do que se reconstrói, e será árdua nossa jornada nos próximos anos. Afinal, a qualquer proposta de restabelecer alguma das garantias banidas já se ouvem os gritos histéricos dos que acusam um complô contra a “operação lava jato”, que muitos acreditam, sinceramente, ser a rendição do Brasil.

Sabemos, contudo, que não se redime um país com a supressão das garantias individuais dos investigados e/ou acusados, ainda que haja convicção generalizada de que nunca antes na história desse país houve tamanho atentado contra o patrimônio público e as instituições. Estas, no entanto, devem ser a salvaguarda dos princípios que assegurem a aplicação das leis, sem permitir que soluções alvitradas pelos donos da verdade prematura e arbitrária se imponham, porque elas, inexoravelmente, só poderão nos levar à insegurança jurídica, que nada soluciona.

Vem a pelo a singela, mas consistente lição de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, a título de prefácio a livro de Rogério Lauria Tucci, em 2002:

O processo penal consiste em instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral, não de mera liberação da coação estatal, que se ostenta na pena ou na medida de segurança. Tutela, pois, a liberdade jurídica dos inculpadados todos; sem esquecer dos condenados. Aqui, se cuida de liberdade protegida; não de simples permissão. Ao titular de direito fundamental dá-se, por isso, tutela jurídico-processual positiva, ou negativa em face do Estado (R. Alexy).

Não é só. Outra finalidade do processo penal surge na garantia da sociedade, contra a prática de atos penalmente relevantes, pelo indivíduo, em detrimento de sua estrutura. Assim, englobando a possibilidade da reparação do dano, nascente na infração penal.

Atingidas ambas as finalidades, então, exsurge adequado falar em processo penal justo e em paz pública. Só as mentalidades corrompidas sustentam a inviabilidade de tutelar a liberdade jurídica e a paz pública, no mesmo ensejo, como demonstrado necessário na obra de Tucci.<sup>7</sup>

## 2. A PRISÃO COMO PONTO DE PARTIDA

A regra em nosso sistema é a liberdade, que somente pode ser suprimida com observância do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV e LXI). É certo que se admite a prisão chamada processual, seja temporária (cuja constitucionalidade é, no mínimo, duvidosa) ou preventiva. Em ambos os casos, a lei impõe pressupostos e requisitos, mas a experiência mostra que a privação da liberdade tem sido imposta sem que se observem as exigências legais, até porque essa prisão tem servido ao propósito de impor castigo antecipadamente e obter prova dos fatos apurados, por meio da quebra da resistência psicológica – e às vezes, física – dos encarcerados sem julgamento.

No caso da prisão temporária, é comum ver-se sua decretação, sem que se indique nenhum elemento concreto que a justifique, lançando-se o genérico fundamento do inc. I (“quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”) do art. 1.º da Lei 7.960/1989, que por si só não é suficiente para autorizar a medida constritiva, pois se exige, além da combinação com o requisito do inc. III (“quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado”) nos crimes ali enumerados), que o magistrado aponte, com base em elementos dos autos, por que a prisão é imprescindível para as investigações. Prende-se porque se quer prender, para a partir da privação temporária da liberdade (muitas vezes com renovação do prazo, sem que se demonstre a extrema e comprovada necessidade de que fala o art. 2.º daquela lei) tentar convencer o preso a confessar e, de preferência, tornar-se um delator; além da prorrogação do prazo inicial, há sempre a ameaça de decretação da prisão preventiva, caso ele não colabore... E como o prazo para essa modalidade de prisão é de cinco

---

7. PITOMBO. Sérgio Marcos de Moraes A dignidade do processo penal: de Canuto Mendes a Lauria Tucci. Prefácio. In: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 8.

dias, podendo haver prorrogação por igual período, é pouco comum que se consiga ter apreciado pedido de liminar em *habeas corpus* antes de vencido o limite de tempo.

Já a prisão preventiva tem sido decretada, nos âmbitos das várias “operações especiais”, sem que estejam satisfeitos os pressupostos (haver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria), ou quando presentes somente estes, mas sem a ocorrência dos requisitos (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou asseguuração da aplicação da lei penal), todos previstos no art. 312 do CPP.

O que se vê amiúde é o alargamento do conceito de ordem pública, para nela incluir a “reposta à sociedade”, que clama por providências das autoridades diante das notícias de crimes que provocam a indignação popular. Noutras palavras, como tem decidido, reiteradamente, o TRF da 4.<sup>a</sup> Região nos *habeas corpus* impetrados contra decretos de prisões preventivas no âmbito da “operação lava jato”:

(...) A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada “Operação Lava-Jato”, os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos. (...).<sup>8</sup>

Ora, na verdade o que se faz, como o diz de forma eufemística o excerto acima, é justificar a necessidade da prisão com base na gravidade dos fatos objeto da “operação lava jato”, e para tanto se usa uma “releitura da jurisprudência até então intocada”, porque esta há muito consagrara o entendimento de que não se pode admitir a decretação de prisão preventiva com fundamento na gravidade do delito apurado ou imputado. Não trarei à colação inúmeras decisões nesse sentido, inclusive daquele mesmo Tribunal Regional, até porque o texto transcrito já admite, insofismavelmente, que ali se estabelecem “novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos”. Vejam-se apenas excertos da ementa de uma das páginas mais belas escritas na história do STF:

---

8. HC 5013669-27.2016.4.04.0000/PR, 8.<sup>a</sup> T., j. 25.05.2016, rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto. As ementas de outros julgados relativos à mesma operação também trazem o texto transcrito, que consubstancia o entendimento adotado para a definição de garantia da ordem pública.

(...) III – Garantia da ordem pública, com esteio em suposições. Mera suposição – vocábulo abundantemente utilizado no decreto prisional – de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinquindo não autorizam a medida excepcional de constrição prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstressem, cabalmente, a necessidade da prisão.

IV – Preservação da ordem econômica. No decreto prisional nada se vê a justificar a prisão cautelar do paciente, que não há de suportar esse gravame por encontrar-se em situação econômica privilegiada. As conquistas das classes subalternas, não se as produz no plano processual penal; outras são as arenas nas quais devem ser imputadas responsabilidades aos que acumulam riquezas.

Prisão preventiva como antecipação da pena. Inconstitucionalidade. A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (art. 5.º, LVII, da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo.

Estado de direito e direito de defesa. O *Estado de direito* viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranquilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranquilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do *habeas corpus*, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida.

Combate à criminalidade no estado de direito. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do art. 144 da CF, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (art. 129, I).<sup>9</sup>

---

9. HC 95.009/SP, Tribunal Pleno, j. 06.11.2008, rel. Min. Eros Grau.

A decisão da qual extrai os excertos transcritos é de 2008, mesmo ano em que escrevi o artigo já mencionado anteriormente em nota de rodapé, e no qual eu dizia que o arbítrio se instalara, mas ainda se podia contar com a ação dos tribunais, especialmente STJ e STF. Passados oito anos, chegamos à “releitura da jurisprudência até então intocada” feita pelo TRF-4.<sup>a</sup> Reg., a partir da qual se estabeleceram novos parâmetros interpretativos para a decretação da prisão preventiva, “adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos”.

Mais triste é constatar que a “releitura”, com a adoção de novos parâmetros interpretativos não é exclusividade daquela Corte, uma vez que a maioria das decisões que expressaram o novo entendimento foi mantida pelo STJ e pelo STF, o que permite afirmar, portanto, que também nas instâncias superiores se acolheu o novo e perigoso conceito de garantia da ordem pública como fundamento para a decretação de prisão preventiva, desprezando-se os sólidos argumentos do voto proferido pelo Min. Eros Grau e que estão na ementa da qual se extraíram os excertos acima.

O que era, pois, exceção – a privação cautelar da liberdade –, passou a ser regra, a depender da “operação” e dos fatos que sejam objeto dela, e independentemente de estarem os agentes, efetivamente, pondo em risco a ordem pública segundo os critérios que prevaleceram por muitos anos. Veremos a seguir como essa nova forma de decidir tem surtido efeitos sobre o uso de outro instituto: a delação premiada.

### 3. DELAÇÃO: A “JUSTIÇA” QUE NASCE DA IMORALIDADE

Na linguagem de beira de cais, delação premiada é caguetagem. Delata-se por vários motivos: satisfação econômica, castigo menor, sadismo, ódio, culpas, vingança enfim. (...)

Tais considerações servem, já se viu, de parâmetro à denominada delação recompensada, importada por nós da América do Norte. (...) Diga-se, então, que a justiça penal brasileira, referindo-se a bandido entregando o outro mediante recompensa, é agatoide. Bonito. Quando o escriba se referir a isso, no futuro, há de usar o vocábulo agatoide. É mais elegante que caguetagem. (...) Não se surpreendam, portanto, os juristas brasileiros, quanto à delação premiada. Veio de lá. Americano do norte negocia tudo, até crime. Muito impressionados com tal capacidade de transação, nossos penalistas levaram ao Congresso leis especiais fixando causas, tramitação e condições da “caguetagem”, estimulando os dois lados, ou seja, os anjos e os demônios, casamento espúrio, porque a miscigenação não pode produzir bons frutos. Dá em aleijão. (...)

A permissão a delação premiada é, realmente, extremamente imoral, na medida do perdão ofertado ao bandido, embora réu confesso entregando apenas

parte da subtração, tudo acertado na triangulação com magistrado. Muito pior fica porque a jurisdição chancela o acordo, apondo nos papéis o carimbo da legalidade.

Lembre-se episódio – ou trecho – relatando a traição praticada por Judas. Havia ali o tilintar dos trinta dinheiros. Diz com pecus, ou preço. Este antigo criminalista escreveu, cinquenta anos atrás, o roteiro de peça nunca levada a público. Chamava-se “Judas e Belzebu”. Naquela síntese, o apóstolo delator se enforca, largando as moedas no chão. Paradoxalmente, o enredo termina com o traidor enforcado, mas subindo aos céus. Deveria estar rindo. Solução profusamente. Era seu prêmio e seu castigo. A colaboração recompensada trabalha assemelhadamente: o trãnsfuga parece subir às nuvens. No fim, todos os partícipes se encontram no mesmo lugar reservado aos diversos patamares do inferno de Dante Alighieri.<sup>10</sup>

Parece insanidade afirmar-se, hoje no Brasil, que a delação premiada é imoral, e que jamais poderia ser utilizada na persecução penal. Afinal, a gritaria é geral em sentido contrário, e os poucos que se dispõem a combater o instituto, demonstrando sua imoralidade intrínseca, sua fragilidade e seus efeitos nocivos sobre o sistema penal e processual penal nem mesmo conseguem se fazer ouvir.

É certo que a confissão há muito é causa atenuante da pena, e isso nada tem a ver com a delação, porque, naquela, o ser humano sinceramente arrependido expõe seu erro, admite sua culpa, expõe-se para receber a punição devida por sua conduta criminosa. Na última, ao contrário, o que se vê é alguém tentando justificar o seu envolvimento na prática do crime, atribuindo-o a terceiros que são alvo de sua alcaguetagem. Estes, e não o próprio alcaguete são os culpados por ele ter entrado na senda do crime, ainda quando só existam evidências de crimes cometidos por ele próprio.

Em artigo sobre o tema, consignou Roberto Soares Garcia:

Um arrependido que confesse merece acolhida. Quem aponta o dedo para diminuir sua responsabilidade merece repulsa. (...)

Desfaz-se, pois, sofisma comumente invocado durante o debate: ao pregar a inadmissibilidade de prêmio à delação, não se defende ética mantida entre comparsas, mas se opõe à premiação de ato que é patife em si. E patifaria não pode servir a processo penal que, numa sociedade civilizada, precisa ser sempre virtuoso.

A delação passa de conduta repulsiva a elemento central de investigações, como se só saíssem verdades da boca do dedo-duro. Será que delator diz sem-

---

10. FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Delação premiada é assunto ríspido, não se podendo banalizá-lo. *Consultor Jurídico*. 02.06.2015. Disponível em: [<http://goo.gl/5QBpSF>].

pre tudo sobre todos os participantes do malfeito? Nunca mente para prejudicar desafeto ou omite para salvar parceiro, indicando caminhos tortuosos que desviem investigações de seu objetivo?

E se a delação se dá sob coação, por estar preso ou ameaçado de o ser? Mesmo que o delator fosse um poço de virtudes – e não o é, senão não teria participação em fatos criminosos para contar –, convém às autoridades deixarem-se guiar por ator controverso e interessado? Melhor fugir da colaboração premiada como instrumento investigatório.

Premiar malfeitor por informações que são indignas de confiança por origem maculada constitui a menos importante das razões para desestimular a delação premiada. Pior é o mau contágio que a delação premiada proporciona.

Quem olha de longe, vê autoridade de mãos dadas com criminosos, o que, convenhamos, é constrangedor. Quem vê de perto, percebe uma cada vez menos sutil mudança no proceder dos agentes públicos, que abandonam a excelência para se renderem a desvios inadmissíveis.<sup>11</sup>

Realmente, não é incomum ver-se delator que seleciona aqueles a quem pretende atingir, poupando uns e incluindo outros, inclusive forjando fatos que não ocorreram. Afinal, se o objetivo exclusivo é o de se beneficiar, evitando o cumprimento de penas ou mitigando-as, como crer na sinceridade do que diz o alcagüete?

Principalmente quando a decisão de ser um delator surge depois que o indivíduo teve reduzida todas as suas resistências psicológicas, e, em alguns casos, também físicas. O uso da prisão preventiva segundo a “releitura da jurisprudência” feita pelos tribunais, com a adoção de novos parâmetros para privar alguém de sua liberdade, tem levado à alcaguetagem até mesmo quem nunca cogitara dela. E então, pergunta-se: é de realização de justiça que se trata? Ainda que a pessoa não esteja presa quando resolve denunciar, mas saiba que pode ter sua liberdade suprimida a qualquer momento, ou, pior, ver cônjuges, genitores e descendentes levados ao cárcere, qual é a validade dessa manifestação de vontade?

O que se tem é o uso da coação estatal como instrumento de obtenção da delação, conforme, aliás, assustadoramente admitiu membro do Ministério Público Federal em ao menos dois pareceres apresentados em *habeas corpus* impetrados contra decisões que decretaram prisões preventivas no âmbito da “operação lava jato”. Sustentou então ser válida a utilização do encarceramento provisório como meio de “convencimento” do preso a aderir à prática da delação. De novo: é de justiça que se trata? É do devido processo legal que se está a cuidar?

---

11. Iscariotes e Silvérios. *Folha de S.Paulo*, 25.07.2015, p. 3.

Anote-se, ademais, que se o recebimento do “prêmio” pelo colaborador está condicionado à capacidade que ele tenha de incriminar terceiros, resulta óbvia sua condição de interessado na condenação alheia, a retirar de seu relato toda a credibilidade, o que impede, portanto, que se o tome como prova. E não se pode tomá-lo como prova, também porque é preciso que se respeite o devido processo legal, e neste são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito, como é o caso da acusação feita por confesso praticante do crime, que, normalmente depois de coação sofrida ou iminente, opta por delatar terceiros para obter perdão judicial ou diminuição de sua pena, com a submissão a regime de cumprimento mais favorável, ainda que fora dos limites legais impostos.

As críticas de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato são candentes:

Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Não se está aqui a aplaudir qualquer senso de “camaradagem” para delinquir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da *moralidade* e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da *delação premiada*, não se questiona a *motivação do delator*, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator.

*Venia concessa*, será legítimo ao Estado lançar mão de um *estímulo à deslealdade e traição* entre parceiros, para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos? Note-se que, ainda que seja possível afirmar ser mais positivo moralmente estar ao lado da apuração do delito do que de seu acobertamento, é, no mínimo, arriscado apostar em que tais informações, que são oriundas de uma *traição*, não possam ser elas mesmas traiçoeiras em seu conteúdo. Certamente aquele que é capaz de trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar, tergiversar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja.<sup>12</sup>

Não é só, porém. Sabe-se que termos de delação premiada na “operação lava jato” incluem a condição de que o delator renuncie a todos os atos de defesa, inclusive desistindo de *habeas corpus* que tenham sido impetrados e ainda

---

12. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

pendam de julgamento. Trata-se, evidentemente, de cláusulas nulas, porque derogadoras de normas garantidoras do indivíduo, irrenunciáveis, portanto.

Ao analisar o termo de delação premiada de um dos chamados réus colaboradores naquela operação, Cezar Roberto Bitencourt observa:

Pelo que vazou, foram violadas, dentre outras, as garantias fundamentais da ampla defesa, do devido processo legal, do direito ao silêncio, de não produzir prova contra si mesmo, direito de não se autoincriminar etc. Ou seja, foi imposto ao “delator” que renunciasse [pode?!] – a todos esses direitos constitucionais –, inclusive direitos de ações (afastando a jurisdição do cidadão). Afinal, desde quando as garantias fundamentais do direito de ação, do devido processo legal, da ampla defesa podem simplesmente ser renunciadas por alguém, ainda mais na imposição de uma delação premiada? Ora, se são garantias contra o poder estatal, são irrenunciáveis!<sup>13</sup>

O fato é que, de delação em delação, há quem diga acreditar (será que o crê de verdade?) que se está “passando o Brasil a limpo”. Mas que país advirá da utilização de instrumento processual marcado pela imoralidade, e que implica a agressão a tantos preceitos constitucionais?

Ao contrário do que se vê acontecer hodiernamente, não é função do processo penal buscar a qualquer custo produzir prova contra o acusado. Decidida e peremptoriamente, não é! O ensinamento de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, agora noutra texto, nos socorre, novamente:

No art. 1.º da Constituição da República temos a carta de marear do direito brasileiro. Dentre os nortes, acha-se a dignidade da pessoa humana. Mas, se ela se volta na lei – não na doutrina, na própria Lei Maior – a todos esses aspectos: o econômico, o político, o social e até o cultural; o que nos está importando, no momento, é a ordem jurídica objetivada ao processo penal. É aqui, a cada instante, ao interpretar e ao aplicar a lei do processo, que devo ver a incidência dos preceitos constitucionais iluminados pela dignidade da pessoa humana.

Não há – e isto faz um século – dúvida, no direito constitucional brasileiro, de que as bases institucionais e políticas do processo emergem na Constituição. Digo mais de um século, visto que isso está, claramente, posto na obra do Marquês de São Vicente. Ele não só tratou do direito constitucional, mas, fez a sua projeção. Fê-lo protrair-se sobre a índole do processo penal brasileiro, então nascente no Código de Processo Criminal, do Império do Brasil de 1832. A obra do Marquês de São Vicente é de 1842. Tal tendência e esse destino, e esse fadário, também desponta evidente, em 1911, na obra de João Mendes Júnior,

---

13. BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada na “lava jato” está eivada de inconstitucionalidades. *Consultor Jurídico*. 04.12.2014. Disponível em: [<http://goo.gl/M6Ppbq>].

que mostra a impossibilidade de entender o processo penal fora destas bases institucionais e políticas a que me referi. Portanto, desde logo, se espanque a ideia de que tudo isso nasceu eu 1988. Em 1988, nos deu nova configuração dos direitos individuais e suas garantias. Em 1988, nos deu a história à Constituição com princípios fundamentais a orientarem o intérprete e o aplicador; mas, a dignidade da pessoa humana aqui referida, de certo modo, já se debu-xava há um século.<sup>14</sup>

Depois de preciosas considerações relativas aos direitos individuais assegurados pelo *caput* do art. 5.º da CF a todos os indivíduos, inclusive para demonstrar que o direito penal não é “simples instrumento de controle social”, mas “mais do que isto; é um modo pelo qual se principia a tornar concretos os direitos individuais”, ou “é instrumento de concretização, de realização dos direitos, que a Constituição enumera; ou, se quiserem, desses valores políticos e jurídicos, a que me referi [vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, em ordem hierárquica de importância]”,<sup>15</sup> prossegue Sérgio Pitombo:

Mas, as infrações penais sucedem e o direito penal não deve ser de aplicação direta ou imediata. E, surge a secular parêmia: *nula pena sine iudicio*. O processo penal transforma-se, portanto, não naquela série de regras destinadas a, afinal, levar adiante algum procedimento, porém, em subsistema secundário de tutela dos direitos individuais. Aqui, ele é o escudo, o anteparo, a proteção do acusado contra o eventual arbítrio estatal, na imposição da pena e da medida de segurança. Aqui, se vê com clareza a importância da atividade jurisdicional. A coação estatal só se torna legítima no instante em que o Poder Judiciário o diz; e, em dizendo, ocorre o fato da coisa julgada. Antes, há pretensão infrator, há imaginado infrator. A figura do infrator e a existência real do crime é algo que se filtra pelo Poder Judiciário, como realizador do subsistema secundário de tutela dos direitos individuais.<sup>16</sup>

Num sistema em que o processo deve proteger o acusado contra o arbítrio estatal, não pode haver lugar para a delação premiada como meio válido de prova. Da imoralidade e da ilicitude não pode, afinal de contas, nascer a justiça.

#### 4. A OBSTRUÇÃO E O EXERCÍCIO DA DEFESA

A Lei 12.850/2013, que inseriu em nosso ordenamento jurídico a definição de “organização criminosa” e criou o tipo penal para quem promovê-la,

---

14. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Direitos humanos – Visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001. p. 108.

15. *Idem*, p. 110.

16. *Idem*, p. 110-111.

constituí-la, financiá-la ou integrá-la (art. 2.º, *caput*), trouxe também outra figura típica, à qual se aplicam as mesmas penas, consistente em impedir ou, de qualquer forma, embaraçar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa (§ 1.º do art. 2.º).

A abertura do tipo penal, sem indicação de conduta específica que possa caracterizar o crime, há de merecer a declaração de sua inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da reserva legal, pois qualquer ato praticado pelo investigado em sua defesa pode, em tese, ser considerado suficiente para impedir ou embaraçar a investigação, mas não poderia, evidentemente, constituir conduta típica, em razão do que dispõem os incisos XXXIX e LV do art. 5.º da Carta.

É certo que o princípio da reserva legal estrita não fica atendido por tipos abertos, nos quais é possível inserir qualquer conduta e sem que o agente possa abster-se de praticar os atos que venham a caracterizá-lo. No caso da denominada “obstrução à investigação” (por muitos chamada “obstrução à Justiça”), o que se vê é total ausência de indicação de conduta concreta, limitando-se o tipo a considerar crime impedir ou de qualquer forma embaraçar a investigação. O tipo, aberto, também não diz quem pode ser sujeito ativo do crime, mas parte da doutrina entende que pode ser qualquer pessoa, inclusive o investigado ou seu advogado.

Ora, se o investigado procura elementos capazes de demonstrar que as autoridades responsáveis pela investigação praticaram ilicitudes na colheita da prova, para com isso postular o reconhecimento de nulidade destas últimas, não estará ele impedindo ou, de qualquer forma, embaraçando a investigação? Mas se essa sua conduta vier a ser considerada típica, ter-se-á como corolário a impossibilidade do exercício da defesa, estando o alvo da investigação obrigado a conformar-se com ilegalidades que tenham sido cometidas, pois se ele tentar obter a declaração de nulidade estará, inexoravelmente, no mínimo embaraçando a apuração dos fatos.

Da mesma forma, se as autoridades transmitem a jornalistas informações distorcidas sobre as investigações, com o objetivo de lançar sobre os investigados o julgamento condenatório antecipado e midiático, e se um ou alguns destes últimos contratam assessoria especializada para se defenderem publicamente, conseguindo demonstrar que as informações divulgadas são insustentáveis, isso poderá vir a ser considerado obstrução criminosa?

Se o investigado, exercendo o seu direito de não se autoincriminar, deixar de fornecer material grafológico para realização de exame, poderá ter sua conduta comissiva por omissão reconhecida como típica?

Não me alongarei a respeito da inconstitucionalidade do tipo de obstrução à investigação. Penso que as hipóteses que aventei, porém – e muitas outras poderiam ser trazidas –, são suficientes para demonstrar que não se pode admitir a existência de tipo penal aberto como o inscrito no § 1.º do art. 2.º da Lei 12.850/2013, sem que se tenha por ferido o princípio da legalidade estrita.

Aliás, já se vê tentativa de envolver na prática do inconstitucional crime o próprio advogado, quando este, cumprindo o seu mister, tenta provar a ocorrência de ilegalidades na obtenção da prova, e ele somente o faz para pleitear o reconhecimento da nulidade dessa prova. Várias outras condutas de advogados na defesa de constituintes são vistas como “embaraços” à investigação, e talvez não tarde para que se criem expressas limitações à atuação defensiva.

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato afirmam que não pode ser sujeito ativo dele o próprio investigado:

(...) Embora, pelas próprias circunstâncias, possa parecer como mais razoável recair a condição de *sujeito ativo* sobre quem é investigado, isso, no entanto, não é verdadeiro. Com efeito, o investigado não é sujeito ativo do crime, pois, como tal, tem direito a defender-se, ainda que considerem sua defesa um estorvo ou obstáculo à investigação. Além de seu direito à ampla defesa, também tem o direito de não produzir prova contra si mesmo e não se autoincriminar.

Eventuais empecilhos que o investigado possa apresentar aos investigadores caracterizarão, no mínimo, um *post factum* impunível. Portanto, membro da organização criminosa que oferecer dificuldades à investigação criminal ou apresentar empecilho à sua desenvoltura não responderá por este crime, estará exercendo sua ampla defesa e o direito de não se autoincriminar.<sup>17</sup>

Embora não sustentem a inconstitucionalidade do tipo penal, por violação ao princípio da legalidade estrita, os autores acabam por demonstrar que ocorre tal violação:

O legislador, por fim, não indica os *meios* ou formas pelas quais o sujeito ativo pode *impedir* ou *embaraçar* investigação criminal, ficando em aberto um universo incalculável de possibilidades, que somente a casuística poderá nos indicar. (...)

Trata-se de um tipo penal excessivamente aberto, vago e impreciso, ensejando dúvidas exegéticas. Indiscutivelmente essa descrição típica é extremamente aberta e gera absoluta insegurança sobre quais seriam os atos ou procedimentos que poderiam representar, por exemplo, o embaraço à investigação criminal, gerando perplexidade ao intérprete. Pode-se perguntar, afinal: exercer a defesa pode representar algum embaraço à investigação criminal capaz de

---

17. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 83.

tipificar esse crime? O que se poderia fazer para defender-se sem correr o risco de ser interpretado como tentativa de impedir ou embaraçar a investigação de infração penal?<sup>18</sup>

O problema é que nestes novos tempos em que os investigados e/ou acusados são tratados como objeto das “operações especiais”, há quem pretenda tornar obrigatório o ato de colaborar com as autoridades, como se o alvo da persecução penal não pudesse resistir a ela de forma legítima, exercendo os seus direitos e lutando para fazer valer as garantias constitucionais que os asseguram, contando para isso com a assistência profissional de advogado. Não se pode, afinal de contas, olvidar a advertência feita por Pitombo, no prefácio já mencionado:

O Congresso Nacional acha-se produzindo, a toque de imprensa, mais que sempre, leis de constitucionalidade, no mínimo, duvidosas. Escapam elas, muita vez, de acabar fulminadas, à força de exegese salvacionista, elaborada por doutrina cortesã, que termina aceita pelos tribunais. A vida judiciária, no País, exhibe rol crescido de ameaças e de transgressões aos direitos individuais e suas garantias. Ora se originam na pura ignorância dos preceitos da Lei Maior, ora, em imaginado pragmatismo processual, que nada deseja atender e respeitar, sob a falácia de existir clima de guerrilha. Espécie de direito alternativo da violência, que não serve aos fins sociais da lei.<sup>19</sup>

Vale a pena lembrar decisão proferida pelo STF no longínquo ano de 2005, quando se assentou, dentre outras coisas:

(...) IV – Prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal. Conversa, pelo telefone, do paciente com outro corréu, conversa essa interceptada com autorização judicial. Compreende-se no direito de defesa estabelecerem os corréus estratégias de defesa. No caso, não há falar em aliciamento e constrangimento de testemunhas. Ademais, o corréu já foi ouvido em Juízo.<sup>20</sup>

Naqueles tempos idos, tentava-se buscar na conduta do investigado e/ou acusado fundamento para se lhe decretar a prisão preventiva, por alegada conveniência da instrução criminal, e a Corte Suprema disse que isso não se podia aceitar. Passados 11 anos, o contato entre investigados na mesma operação, para estabelecerem estratégias de defesa, pode fazer com que se impute a eles a prática do crime de obstrução...

Ninguém se iluda: a criação do referido tipo penal teve o objetivo claro de impedir ou, de qualquer forma, embaraçar o exercício do direito de defesa e

---

18. Idem, p. 85.

19. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A dignidade do processo... cit., p. 7.

20. MC em HC 86.864-9/SP, Tribunal Pleno, j. 20.10.2005, rel. Min. Carlos Velloso.

do contraditório. Porque já não bastam os muitos tipos penais com suas penas cada vez mais elevadas; já não bastam as “operações especiais” em cujo bojo as prisões provisórias pululam, as delações premiadas se sobrepõem umas às outras, os *habeas corpus* ditos substitutivos de recursos não são admitidos e as decisões a respeito são monocráticas, para que as cortes não percam tempo nem sejam importunadas por sustentações orais; já não bastam, enfim, os cerceamentos todos que se impõem ao exercício da defesa. Agora, tem-se um tipo penal com o qual se pode ameaçar os que ainda insistam em recalculitrar; afinal, é preciso “passar o Brasil a limpo”, e os que invocam garantias e direitos constitucionais e legais só hão de estar em busca de mantê-lo imerso na sujeira e na corrupção. Ou não é isso, precisamente, o que pensam os arautos da “verdade”?

## 5. O *HABEAS CORPUS* E A EXECUÇÃO DA CONDENAÇÃO RECORRÍVEL

Em 2012, a 1.<sup>a</sup> T. do STF, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio e sem aviso prévio, decidiu:

A teor do disposto no art. 102, II, *a*, da CF, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*.<sup>21</sup>

Certamente por equívoco, falou-se em “evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*”, quando, na verdade, tratou-se de clara involução, *venia concessa*.

É que, se de fato o inc. II do art. 102 da Carta confere ao Supremo a competência para julgar, em recurso ordinário, o *habeas corpus* (alínea *a*) decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, o mesmo art. 102, em seu inc. I, dispõe competir àquela Corte julgar, originariamente, “i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou (...)”. E o art. 5.<sup>o</sup>, em seu inc. LXVIII, assegura: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Com todo o respeito, parece evidente que o novo entendimento adotado pela 1.<sup>a</sup> T. do STF (e que já vinha sendo aplicado pelas 5.<sup>a</sup> e 6.<sup>a</sup> Turmas do STJ) não se sustenta diante da clareza do texto constitucional.

Com efeito, se a Carta diz competir ao Supremo julgar, originariamente, *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior, e se também assegura que

21. HC 109.956/PR, j. 07.08.2012.

se concederá *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação, não pode a Corte se negar a admitir as impetrações, ainda que seja também cabível o recurso ordinário. Afinal, se o constituinte pretendesse impedir a impetração originária quando previsto o recurso ordinário, tê-lo-ia feito expressamente. Se não o fez, não pode o intérprete restringir o manejo do remédio heroico, ainda que sob o fundamento de promover adequação sistemática dos instrumentos processuais previstos.

Em relação ao STJ, o art. 105 traz disposições semelhantes àquelas constantes no art. 102 e aplicáveis ao STF. Assim, o inc. I, c, do art. 105, confere ao STJ competência para julgar, originariamente, os *habeas corpus*,

quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Tem-se, portanto, que o cabimento do *habeas corpus* originário é expressamente admitido pela Carta, e não pode, renovem-se as vênias, ser impedido.

Note-se que o fundamento trazido no voto do Min. Marco Aurélio refere-se à quantidade crescente de impetrações originárias, em substituição ao recurso ordinário previsto. Ocorre que, admitindo-se aquela, este último não se interpõe; já se aquela é impedida, restará a quem necessite de remédio urgente interpor o recurso, e buscar por medida cautelar ou até mesmo *habeas corpus* originário o provimento liminar. Daí que, em vez de diminuir a carga de feitos, o entendimento adotado leva ao seu aumento, além de cercear o direito expressamente previsto na Carta de impetração originária.

Mais recentemente, o Tribunal Pleno, agora sob a relatoria do Min. Teori Zavascki e também de forma inusitada, resolveu mudar vetusta orientação que vigia naquela Corte, para assentar:

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5.º, LVII da CF
2. *Habeas corpus* denegado.<sup>22</sup>

O entendimento subitamente alterado vinha consubstanciado em decisão da lavra do Min. Eros Grau, cuja ementa merece ser trazida à colação pelos conceitos que consagra:

---

22. HC 126.292/SP, j. 17.02.2016.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5.º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.
3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.
5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”.
6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.
7. No RE 482.006, rel. o Min. Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2.º da Lei 2.364/1961, que deu nova redação à Lei 869/1952), o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inc. LVII do art. 5.º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha

sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí por que a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1.º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.<sup>23</sup>

Com todo o respeito aos Ministros que compuseram a maioria na decisão por último proferida pelo Supremo, não se pode compreender como possam ter afastado os fundamentos da orientação que modificaram, aos quais hoje é possível acrescentar ao menos mais um. A Lei 12.403/2011 deu nova redação ao art. 283 do CPP, e amparada pela presunção constitucional da inocência ou não culpabilidade antes de trânsito em julgado de decisão penal condenatória, assim expressou:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Somada tal disposição legal àquela da Lei de Execução Penal referida na ementa por último transcrita, e considerando o teor do inc. LVII, do art. 5.º da Carta Política, chega-se à triste conclusão de que o STF, lamentavelmente, cometeu um grande equívoco ao consagrar entendimento diverso daquele que vigorava, para admitir a validade da execução de sentença condenatória ainda sem trânsito em julgado, bastando ter havido julgamento de 2.ª instância. Sempre registrando o respeito devido, diga-se que a decisão causa ainda mais espécie, quando se constata que o acórdão contra o qual se impetrou aquela ordem, e que mantivera a sentença condenatória, mas a alterara na parte em que ela

---

23. HC 84.078-7/MG, Tribunal Pleno, j. 05.02.2009.

determinava a expedição de mandado de prisão após o trânsito em julgado, foi proferido em recurso exclusivo da defesa, operando, assim, *reformatio in pejus*.

Eis o quadro a que chegamos, então: sem que se admita mais a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, operou-se profunda modificação na orientação do Supremo para, agora, afastar a presunção constitucional da inocência como impeditivo da execução provisória da pena imposta, que passa a ser admitida após a prolação de decisão de 2.<sup>a</sup> instância, ainda que não haja trânsito em julgado.

Não é por acaso que, entre os apoiadores da nova orientação da Suprema Corte, fala-se, abertamente, na importância dela para estimular novas delações premiadas, daí por que se chega ao cúmulo de considerar eventual reconsideração pela Corte uma ameaça à “operação lava jato”.<sup>24</sup>

Oxalá a maioria do Supremo repense e conclua que, acima de problemas operacionais e independentemente de pressões de quem quer que seja, sua missão é assegurar os direitos do indivíduo perante o poder estatal. E que os Ministros também se lembrem de que uma única ordem de *habeas corpus* que seja ali concedida terá justificado a admissão do uso do remédio heroico para atacar coações impostas ou iminentes à liberdade de cada um.

## 6. PARA ENCERRAR

A sucessão de reveses costuma abater mesmo os mais resistentes. Que estas minhas considerações, contudo, não provoquem desânimo adicional em quem já sente o cansaço muito grande, e vê a esperança de dias melhores se afastar, esvaindo-se e quase se fazendo invisível...

Se não apresento um diagnóstico róseo, nem vendo ilusões de soluções mágicas, reafirmo minha crença no Direito, de cuja defesa não podemos nunca desistir. Sabemos que seremos sempre atacados e tratados como inimigos do bem comum por aqueles que se consideram detentores da verdade. Pois então façamos disso o estímulo para não abdicarmos de cumprir nossos deveres na defesa das garantias e dos direitos de quem só pode contar com nosso apoio, quando se torna alvo da persecução penal. E porque penso, realmente, que é fundamental prosseguir, trago de novo os conselhos de Dershowitz:

Your mother told you it's important to have the right friends. But it's equally important to have the right enemies. Pick your enemies as carefully as your friends. A really good enemies' list is often a sure sign of a courageous and

---

24. SCHWARTSMAN, Hélio. Lava Jato ameaçada. *Folha de S.Paulo*, 18.06.2016, p. 2.

moral person. The world is full of evil people and it is important to stand up to evil. As Edmond Burke said, “All that is necessary for evil to succeed is for good people to remain silent”. (...)

In the world in which we live today, a lawyer without any enemies is likely to be a coward and a sycophant. A lawyer with the right enemies is often an advocate who has taken on powerful interests and stood up for the poor, the disenfranchised and the despised.

(...)

I’m not proposing that you be gratuitously offensive. I know I sometimes am. As my mother says, “You catch more flies with honey than with vinegar”. Though we’re not in the fly-catching business, it is often better to use friendship than enmity to serve the interests of your clients. But enmity is sometimes inevitable in an adversarial world. So be selective in your choice of enemies. Know the difference between who you want to like you and who you want to hate you. A person should be judged, at least in part, by the enemies he or she keeps.<sup>25</sup>

Pode ser que muitos de nós não estejamos mais aqui quando isto ocorrer, mas um dia esse vento muda de direção. Ah, ele muda!

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Compatibilização constitucional da colaboração premiada, de Frederico Valdez Pereira – *RT* 929/319 (DTR\2013\585);
- A involução pós-moderna do sistema penal, de Sergio Moccia – *RBCCrim* 100/ 41-53 (DTR\2013\409); e
- Direito penal do inimigo e direitos fundamentais, de André Luís Callegari – *RT* 862/429-442 (DTR\2007\534).

25. DERSHOWITZ, Alan. Op. cit., p. 19-20.

# O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E OS AVANÇOS DO PODER JUDICIÁRIO

---

## *THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE AND THE PROGRESS OF JUDICIAL POWER*

**MARCELO NOBRE**

Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por 2 (dois) mandatos, de 2008 a 2012,  
na vaga destinada ao representante da Câmara dos Deputados. Advogado.  
marcelo@marcelonobreadvogados.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Administrativo

**RESUMO:** O artigo trata da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, bem como na atividade funcional dos magistrados, destacando as reformas e substancial modificação da gestão judicial, no que se refere à modernização de processos e métodos de trabalho e na oferta de novos e mais eficientes modelos de administração. Destacam-se as novas rotinas e recursos em tecnologia da informação que vêm transformando para melhor a atuação do Poder Judiciário, garantindo maior eficácia e desenvolvendo maior confiança da população na Justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** CNJ – Controle administrativo e financeiro – Poder Judiciário – Modernização da Justiça – Gestão de processos – Concursos públicos – Tecnologia da informação – Processo Judicial Eletrônico (PJE) – Mediação e conciliação – Meios de solução de conflitos – Justiça.

**ABSTRACT:** The paper deals with the activities of the National Council of Justice (CNJ) in the administrative and financial control of the Judiciary, as well as the functional activity of the judges, highlighting the reforms and substantial modification of judicial management, with regard to modernization processes and work methods and the provision of new and more efficient management models. It highlights the new routines and information technology resources that are improving the performance of the Judiciary, ensuring greater efficiency and developing greater reliability in the Justice.

**KEYWORDS:** CNJ – Administrative and financial control – Judiciary – Modernization of the justice – Lawsuits management – Public concurrence – Information technology – Electronic lawsuit (PJE) – Mediation and conciliation – Dispute resolution processes – Justice.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Judiciário desvendado – 3. O controle administrativo – 4. Mediação e Conciliação – 5. Processo Judicial Eletrônico – 6. Os Concursos – 7. O Controle Funcional – 8. Conclusão – Referências Bibliográficas.

*“O verdadeiro desafio moral não é, em geral, fazer com que as pessoas vejam o que é certo e o que é errado, é lhes tornar mais fácil fazer o que é certo.” (KWAME ANTHONY APPIAH)<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Dentro de certa perspectiva histórica, parece que o Brasil vem sendo “passado a limpo” nos últimos anos, mais do que em qualquer outro momento da história, embora se possa cogitar que apenas a narrativa se tornou mais eficiente. Enquanto antigamente eram necessários meses para que uma notícia circulasse ou um fato ficasse bem conhecido, hoje são necessários segundos para que um acontecimento se alastre como fogo nas matas secas.

Mas é fato que as instituições vêm sendo colocadas em xeque e o Poder Judiciário recebeu seu quinhão de desvendamento, de críticas, de aplausos e de condenações.

E esta “perspectiva de um futuro mais justo” é o que tem desafiado quem passa pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela EC 45/2004, com a competência para exercer o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário.

Cumprindo seu mister, o CNJ editou (i) resoluções – que visavam organizar administrativa e financeiramente o Poder Judiciário – e (ii) puniu exemplarmente alguns magistrados de todas as instâncias que se desviaram da sua nobre missão – visando sanar o Poder de todas as suas mazelas funcionais – ganhando *status* e obtendo reconhecimento público sem precedentes. Suas decisões eram comemoradas como vitórias da virtude sobre os equívocos e sobre a falta de eficiência que muitas vezes se verificavam nos tribunais e no trabalho dos magistrados.

A primeira resolução a repercutir de maneira muito salutar, foi a Res 07/2005 (com modificações posteriores), que disciplinou “o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário”. Foi a resolução do nepotismo, que deu exemplo e justificou a acentuada fé que a população colocou no CNJ.

Porém, foi também seu papel dar evidência ao imenso esforço que o Poder Judiciário desempenha, com descomunal carga de trabalho para julgar os pro-

---

1. APPIAH, Kwame Anthony. Entrevista com o tema A perspectiva de um futuro mais justo. *Pensar a justiça*. Porto Alegre: Arquipelago, 2016. vol. 4. Série Fronteiras do Pensamento.

cessos em andamento, que quase chegam a 100 milhões para pouco mais de 16 mil juízes no exercício da função.

Pesquisas evidenciaram que imensa quantidade de processos estavam depositados em secretarias desestruturadas – mão de obra deficitária e sem capacitação, equipamentos desatualizados ou inexistentes, gestão de processos ultrapassada etc. – conduzidas por magistrados estressados e solitários. Deficiências administrativas, com gestão de pessoas, de processos, de sistemas e até de atendimento ao público, foram também sendo reconhecidas, do mesmo modo como se comprovou que as maiores dificuldades se concentravam no primeiro grau de jurisdição, em que o magistrado praticamente trabalhava sem apoio e com pessoal reduzido.

Ainda nos seus primeiros anos, o CNJ gerou um programa nacional de conciliação e, posteriormente, de mediação judicial, com a pretensão de firmar uma cultura de resolução não judicial de controvérsias e, como consequência, obter uma ajuda para diminuir o crescente acervo de processos sem julgamento.

Criou-se e se instalou o Processo Judicial eletrônico, agilizando imensamente o andamento processual, apesar da resistência de muitos atores do sistema de justiça.

Verificou-se que ainda havia inúmeras serventias judiciais privatizadas no país, assim como o sistema de delegação das serventias extrajudiciais era feito sem concurso público ou com concursos repletos de problemas, que geravam a falta de confiança da população.

Os concursos públicos no âmbito do Poder Judiciário foram revistos e organizados, com critérios unificados para todo o país.

Desnudou-se o sistema prisional brasileiro, com suas mazelas recorrentes, com sua crueldade intrínseca, causada pela ausência de capacitação, pela falta de estrutura e pelo descontrole.

Em síntese, foram muitos e tantos os avanços, que procuraremos dar aqui uma visão geral de apenas alguns aspectos, que julgamos mais relevantes nesta primeira década de atuação do CNJ, considerando que nos sentiremos sempre parte da construção desse órgão de controle que exerce, de maneira brilhante, seu mister fixado na Constituição Federal.

## 2. JUDICIÁRIO DESVENDADO

Talvez um dos pontos mais importantes a merecer destaque na atuação do CNJ nesta década seja o desvendamento do tamanho do Poder Judiciário brasi-

leiro, o que era uma incógnita inclusive para o próprio Judiciário. O acervo de processos em andamento evidenciou-se como uma grande questão, a merecer diversas estratégias, tanto do ponto de vista macro – com marcantes programas de gestão – como na visão do magistrado de primeira instância, em que tudo realmente começa.

O acervo, que já era historicamente grande, recebeu o incremento de muitos novos processos, finalmente iniciados por pessoas que acabaram se empoderando nos últimos 20 ou 25 anos, depois da Constituição de 1988 e das inúmeras leis que a sucederam, cumprindo o programa inscrito entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Junto com isso, milhares de cursos de Direito se instalaram em todo o país, ocasionando a formação de novos advogados, com consequente maior judicialização de conflitos.

Além disso, como afirma o Min. Ricardo Lewandowski “mais do que resolver conflitos interindividuais, a principal atribuição do Judiciário, atualmente consiste em dar concreção aos direitos fundamentais, compreendidos em suas várias gerações”.

O reconhecimento da cidadania, da dignidade da pessoa humana (em suas múltiplas expressões, idade, raça, crença, posicionamento político, orientação sexual, exercício profissional), a necessidade de construir a sociedade livre, justa e solidária, que implica também o desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza e na promoção do bem comum desenvolveram uma nova consciência individual e uma nova postura coletiva e até mesmo uma nova concepção de justiça parece ter se firmado, com todas as pessoas – das mais esclarecidas às mais simples – buscando realizar um ideal privado de justiça, de acesso aos bens da vida.

De acordo com John Rawls,<sup>2</sup> “ou as concepções de justiça são justificadas pelas condições da nossa vida, conforme as conhecemos, ou não serão de modo algum”, o que significa dizer que nenhum conceito de justiça é satisfatório e reconhecido pelas pessoas, se não há correspondente realização da ideia em suas vidas. Não é possível reconhecer a justiça apenas na mente: ela precisa se materializar nas condições de vida de cada pessoa.

Uma sociedade bem ordenada também é regida por uma concepção pública de justiça. Esse fato implica que seus membros têm um desejo forte e em geral efetivo de agir conforme o exigem os princípios da justiça. Já que uma socie-

---

2. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. rev. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

dade bem ordenada resiste ao tempo, presume-se que sua concepção de justiça seja estável, isto é, que quando as instituições são justas (conforme definidas por essa concepção), os que participam desses arranjos institucionais adquirem o correspondente senso de justiça e desejam fazer sua parte para preservá-la.

E mesmo com firme entendimento sobre a justiça – por ter condições adequadas e justas de vida – há no ser humano, eventualmente, uma propensão para a injustiça. E esta inclinação deve ser contida, com todas as possibilidades que o Estado possua. Para Rawls, a concepção de justiça será mais estável quando o senso de justiça for preponderante em relação às propensões para a injustiça.

Arthur Kaufmann,<sup>3</sup> para quem a ideia do Direito não deve ser colocada demasiado alta, mas compreendida como ideia do homem em uma tridimensionalidade, propõe:

(...) o homem como ser autônomo (como criador do Direito), o homem como fim do seu mundo (e portanto também do Direito) e o homem como ser heterônomo (isto é, vinculado do Direito). (...) De qualquer modo, existe um consenso alargado no sentido de que a ideia do Direito é o mais elevado valor do Direito. E este mais elevado valor é a justiça.

Ou seja, como criador ou como fim do Direito, o homem busca a justiça, pretende a justiça, almeja a justiça e se satisfaz quando lhe parece ter sido contemplado com a justiça.

Ainda se pode acrescentar, neste tópico, o que Kaufmann refere sobre a justiça como igualdade, adequação e segurança jurídica. Apenas no sistema em que se possa garantir acesso à justiça para todas as pessoas, é que se pode falar em isonomia, entretanto, é necessário que tal acesso seja adequado, ou seja, que também se garantam condições iguais de apreciação dos conflitos de interesse, também chamado de paridade de armas, para que não seja o acesso tisonado com o sentido da injustiça no uso das forças, acesso não paritário ou desigual. Em outras palavras, deve ser garantido o acesso igual ao Poder Judiciário, com condições concretas de defesa da ideia do justo para as partes litigantes. E isto também é que seria capaz de garantir a segurança jurídica.

Por outro lado, como refere Leonardo Boff,<sup>4</sup> atualmente “tudo pode ser levado ao mercado, do sexo à Santíssima trindade. De tudo se pode obter lucro”.

---

3. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Pref. e Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2014.

4. BOFF, Leonardo. *A grande transformação: na economia, na política e na ecologia*. Petrópolis: Vozes, 2014.

E a possibilidade de mercantilização de tudo gera também uma maior conflituosidade, com um exponencial aumento de demandas levadas ao Judiciário.

O acesso ao Poder Judiciário, então, se ampliou de maneira assombrosa, tanto a partir de uma nova compreensão dos direitos, agora democratizados e acessíveis a um número sempre maior de pessoas; como pelo salto tecnológico, que permitiu a um grupo ampliado de pessoas tomarem conhecimento das leis e dos seus direitos.

E o Judiciário admitiu essa demanda, mesmo porque não há para ele a oportunidade de recusar ou limitar o acesso. Suas portas devem estar sempre abertas, como refúgio derradeiro para onde acorrem todas as pessoas, independentemente de qualquer circunstância individual que ostentem.

A lógica do sistema não observa, nem conseguia observar, sua própria necessidade de autorregulação e de se impor os limites necessários para a própria manutenção e autopreservação: soterrados por milhares de processos, os magistrados sofrem, sem conseguir instruí-los e julgá-los a tempo e hora. Como consequência, os conflitos crescem em espirais e os jurisdicionados padecem.

Naturalmente há dois lados nesta constatação, como em tudo na vida: de um lado, a garantia de acesso à justiça é um incremento importante a um povo que pretende ingressar na modernidade, fazendo frente às necessidades de cada indivíduo; e, de outro, o Poder Judiciário precisa estar aparelhado e pronto para receber o fluxo dos conflitos e das demandas, tanto individuais como metaindividuais do seu povo e não se tornar um mero repositório de processos que se arrastam sem solução.

E nesse momento a conta começa a não fechar. A maioria das pessoas pensa apenas na porta de entrada, no acesso ao Judiciário, e se esquece da porta de saída. Por isso é tão grande o número de processos represados!

O número crescente de demanda não encontra igualdade no número de servidores, de magistrados e de estrutura no Poder Judiciário. Aumentam as demandas e permanecem as estruturas, impedindo que o acervo seja pelo menos mantido estável. Fica crescente o número de processo sem solução.

Uma simples questão, como o incremento da Receita Federal, cada dia mais preparada para cobrar os tributos ou flagrar o contribuinte, esbarra no Judiciário, que passa a receber milhares de execuções fiscais, que ficarão sem solução porque o contribuinte não pode pagar e não há espaço para mediações ou conciliações, que deveriam ter sido promovidas pelo próprio credor, antes de ajuizar a ação. O resultado é que ninguém sai ganhando: o erário não recebe, o contribuinte fica negativado e o Poder Judiciário acumula processos sem previsão de solução definitiva.

A impotência do magistrado também é flagrante diante do crescimento imenso de questões levadas pelos jurisdicionados; diante do aumento significativo de leis que ele precisa desvendar para corretamente aplicar; diante da estrutura cada vez mais precária com que se depara nas suas secretarias; diante do aumento de controle e fiscalização que impõe a confecção de um número cada vez maior de relatórios e informações a serem prestadas.

A aliança do número crescente de demandas com a escassez das condições de trabalho do magistrado só podem resultar no aumento do acervo, em ritmo impressionante.

Luiz Werneck Vianna<sup>5</sup> conta que 20 anos atrás terminava uma pesquisa sobre a magistratura brasileira com as seguintes palavras:

Não se está diante, portanto, de um personagem com identidade consolidada (...) e, sim, ante a uma corporação que vivencia uma transição no seu *corpus* e na sua função, no contexto inclusivo de outra transição, também em pleno curso: a do autoritarismo para a democracia, o que requer do Judiciário mais do que uma simples, embora necessária modernização, um movimento de democratização das suas estruturas, em especial, ampliando e agilizando as vias de acesso à justiça, lugar social recém-descoberto pela multidão sem direitos como de aquisição de cidadania.

O cenário é precisamente o que se descortina neste momento, quando a maior parte das pessoas se vê possuidora de direitos e busca sua realização. A atuação do Judiciário é para responder a esta súbita compreensão do homem possuidor de direitos fundamentais, é um movimento pela democratização das suas estruturas.

O magistrado aponta quatro pontos específicos que deveriam ser analisados para reformar a justiça: resolver a lentidão e a burocracia excessiva; diminuir o formalismo e o conservadorismo; dinamizar a atuação judicial de acordo com as transformações que se operam no mundo e propor uma modernização para a estrutura física (instalações, equipamentos e tecnologia) e quadro de pessoal.

Analisemos os ecos dessas percepções que vêm da magistratura. De fato, a lentidão, apontada como um dos maiores problemas do Judiciário pela população, é um entrave sério para a realização da justiça. É, talvez, a maior fonte de descrédito também porque a justiça que atrasa pode gerar ainda mais problemas, pois muitas pessoas ficam paralisadas enquanto aguardam uma decisão da justiça para seus conflitos.

---

5. VIANNA, Luiz Werneck. Juízes e judiciário: tópicos para uma discussão. *Magistratura e ética: perspectivas*. São Paulo: Contexto, 2013.

A burocracia excessiva, que torna a justiça ainda mais enclalhada é também uma grande questão. Porém este quadro já foi pior. O Judiciário é mais moderno e ágil atualmente. As mídias sociais também já chegaram ao Judiciário e as informações estão mais rápidas e seguras.

Sobre a justiça brasileira ser formalista, legalista e conservadora também não há dúvida. Essa é a tradição jurídica do país e talvez até haja alguma vantagem nisso. O formalismo pode evitar abusos, porque dá menos margem a invencionices e estreias perniciosas.

Por pior que pareça, o conservadorismo seguramente tem uma faceta desejável em um tempo em que a ausência de ética permeia as relações das autoridades com a *res publicae*. Conservar as formas, manter certo jeito conhecido de atuação é realmente importante, especialmente para a população, que a tudo assiste sem muito conhecimento sobre o que está acontecendo de fato.

Além disso, o conservadorismo é próprio do Direito, a quem cabe agir sempre com um olho no passado, na retaguarda, pois não pode avançar para o futuro apenas intuído com boas intenções, sob pena de produzir mais equívocos. Em si, o Direito é retrógrado e revela mais o passado que o futuro.

Por fim, o magistrado aponta o problema mais conhecido: a estrutura do Poder Judiciário. E, neste ponto, o trabalho do CNJ nesta década foi fundamental. Com certeza, houve um grande esforço para aparelhar melhor a Justiça dos Estados, que sempre teve estrutura mais precária, pois depende dos orçamentos dos respectivos Estados e nem sempre conta com boa relação política para obter os tais recursos. Além disso, é pelo Poder Público o ingresso das maiores quantidades de demandas, pois abrange a grande maioria dos conflitos.

Foi mobilizado esforço importante de controle interno para que os tribunais pudessem receber capacitação para melhor gestão de recursos materiais e humanos, com melhoria da estrutura e até doação de equipamentos para a implantação do Processo Judicial eletrônico, sobre o qual falaremos mais adiante.

Por agora, resta assentar que o volume de trabalho no Poder Judiciário é descomunal e o conhecimento deste fato nos foi dado pelo CNJ.

### 3. O CONTROLE ADMINISTRATIVO

O desenho do quadro da “explosão de litigiosidade” e dos demais desafios do Judiciário somente se tornou visível a partir de um dos mais importantes projetos do CNJ, que foi a criação, já na primeira hora, do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ).

Coube ao DPJ o papel de desvendar o Poder Judiciário, então tido como uma caixa preta, desconhecido até de si mesmo, como admitiram muitas vezes

os próprios magistrados. Não enxergando a gravidade do quadro como um todo, atento a pequenos detalhes, não havia correção possível, de longo alcance e de longa duração. Os vários ramos da Justiça não se conversavam.

A criação também da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário no Poder Executivo foi fundamental para que se desse um impulso na compreensão da justiça brasileira. José Renato Nalini<sup>6</sup> escreve:

A constatação mais evidente é a de que padrões ultrapassados, mantidos por inércia ou resistência ao novo, já não encontram sustentação e, portanto, legitimidade. O consentimento continua a ser a chave da legitimação. A humanidade tem pressa em atingir as promessas feitas para um novo milênio. A sociedade contemporânea já deixou longe o perfil de comunidade estável de tempos longevos. Tudo se transformou e os avanços tecnológicos impuseram outro ritmo à vida humana. A justiça não pode perder tal realidade de vista.

Com efeito, para os novos tempos, o Judiciário precisava se reconstruir, compreendendo melhor a demanda da sociedade, além dos conflitos individuais. As promessas feitas para o novo milênio realmente povoam o imaginário de todos, como se a hora de realizar o sonho da sociedade ideal finalmente estivesse pronto para virar realidade.

Tudo isso funcionando simultaneamente coloca o Judiciário na condição de protagonizar um modelo ágil, moderno e seguro de justiça. E este papel foi assumido pelo CNJ.

Na presidência, que assumiu em 2008, o Min. Gilmar Mendes criou os Encontros Nacionais da Magistratura, com o objetivo de ouvir as questões mais relevantes dos dirigentes de todos os tribunais do país. Começava a se desenhar, desde o primeiro Encontro Nacional, um Poder Judiciário plural, capaz de desenvolver projetos importantes e realizar gestão competente de processos, que também vivia emperrado em questões simples, muitas vezes por falta de verbas ou por dificuldades de interlocução ou, ainda, por falta de experiência de gestão.

As experiências trocadas, as impressões verbalizadas, as propostas construídas em conjunto passaram a desenhar um novo modelo de Judiciário, com coragem para se analisar e promover as mudanças necessárias e urgentes.

Outro importante aspecto que levou ao desvendamento do Poder Judiciário, já nos primeiros anos do CNJ, foi o trabalho da Corregedoria Nacional de Justiça, conduzido pelo Min. Gilson Dipp, que realizou uma radiografia

---

6. NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

do Judiciário indo até a fonte: inspecionou todos os Tribunais de Justiça, expondo as grandes dificuldades pelas quais passava a justiça estadual, por problemas de gestão, de baixa qualificação de mão de obra, de falta de recursos para implantar programas modernos e de ausência de programas adequados de gestão.

A caixa preta, desmontada pelas pesquisas e pelas inspeções, evidenciou não somente o acervo, mas também as inúmeras dificuldades funcionais de cada parte do Poder Judiciário, começando pela unidade jurisdicional nas pequenas comarcas, até os tribunais.

O controle administrativo se desenhou, portanto, a partir do reconhecimento dos maiores problemas do Poder Judiciário, agora conhecidos com mais profundidade e sem os “achismos” que tinham lugar nos tempos anteriores.

Além disso, o controle também saiu respondendo a demandas pontuais, denúncias, sugestões e críticas que eram recebidas em grande número nos primeiros anos do CNJ.

O que se pode ressaltar, em conclusão, é que o controle resultou em inúmeras resoluções e algumas recomendações, além de diversas decisões esparsas em procedimentos de controle administrativos, pedidos de providências e relatórios de inspeções e correções.

Dois programas, entretanto, eu sempre ressalto como sendo responsáveis pelas maiores e mais permanentes inovações produzidas pelo CNJ. São o programa de conciliação e mediação de conflitos e o processo judicial eletrônico, que serão detalhados a seguir.

#### 4. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Mohamed ElBaradei<sup>7</sup> afirma que a desigualdade e a insegurança são vistas, cada vez mais, como faces da mesma moeda e que, por isso, muitos estão “pedindo um maior exercício do poder brando: diálogo, desenvolvimento humano e compartilhamento dos valores universais”. Porque, afinal, “as mais severas ameaças à segurança humana – pobreza, guerra, terrorismo, degradação ambiental, doenças transmissíveis e armas de destruição em massa – estão cada vez mais conectadas”.

O que sobressai, portanto, como uma possível solução mais atualizada para o grande drama que o acervo de processos judiciais apresenta, é o uso do poder

---

7. ELBARADEI, Mohamed. A segurança global através do diálogo. In: APITZCOVSKY, Jaime (org.). *Pensar a justiça*. Porto Alegre: Arquipélago, 2016.

brando, que ensine a todos a possibilidade de resolver os conflitos verdadeiramente, por meio do debate, do diálogo, da troca de impressões, da busca de pontos em comum e, principalmente, da superação das posições individuais para a compreensão mais ampla dos interesses verdadeiramente opostos e, porque não, convergentes em dado momento.

Parece-me que aqui cabem duas propostas, sendo que uma delas o CNJ tenta emplacar há muito tempo: (i) o desenvolvimento da Justiça Consensual, que aprimore os métodos de solução de conflitos por meio de conciliação e de mediação ou o uso do sistema arbitral, alternativo ao Judiciário; e (ii) uma intervenção séria no processo de formação dos estudantes de Direito, a fim de que já saiam das faculdades portando a habilidade e a competência para lidar com os conflitos sem depender essencialmente do Poder Judiciário.

O CNJ tem buscado intensamente estes caminhos, mas encontra ainda uma resistência importante nos magistrados, ciosos que são do seu dever-poder de decidir e resolver a controvérsia, conforme regra sagrada do processo, que determina não haver nenhuma controvérsia sem solução.

O que se pode garantir é que nem sempre a solução dada pelo magistrado repercute no espírito das partes, a ponto de resolver o conflito. O pronunciamento judicial, muitas vezes, acaba por recrudescer a demanda, que permanece totalmente em aberto, como se vê nos casos de família, em que a controvérsia não encontra seu fim quando o juiz decide as questões como a guarda, a pensão e o direito de visita por meio apenas da forma impositiva.

A solução verdadeira do conflito depende também e essencialmente das partes, porque é nelas que ocorre a ruptura da confiança que mantinha o relacionamento estável e pacífico.

O mais ambicioso programa atualmente em andamento no CNJ é o Movimento Conciliar e Legal, que foi iniciado pela Min. Ellen Gracie e deu um salto em 2010, com a aprovação da Res. 125, que determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e os respectivos Centros Judiciários em todos os Tribunais do País.

Desde o início do movimento, em 2006, os relatórios do CNJ revelam que quase 3 milhões de processos foram levados a audiências de conciliação, sendo que mais da metade terminaram em acordos.

Além disso, centenas de servidores e pessoas interessadas passaram pela capacitação oferecida pelo CNJ – inicialmente em parceria com o Ministério da Justiça - e atualmente oferecida diretamente pelos Tribunais, cujos servidores receberam formação em cursos para instrutores de mediação, também criados pelo Conselho desde 2010.

O movimento segue em ritmo crescente, agregando e capacitando mais pessoas e melhorando o desempenho nas mediações dos conflitos, evitando que muitas questões cheguem ao Poder Judiciário, porque são viáveis de serem solucionadas pelas partes devidamente auxiliadas por pessoas com capacitação técnica adequada.

O programa tem ainda muito espaço para crescer, em especial com a edição da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre “a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

Não há mais qualquer motivo para adiar o uso dos meios de composição de controvérsias que prescindem do Poder Judiciário, podendo ocorrer tanto antes do processo judicial, como meio de evitá-lo, de maneira extrajudicial, como durante o processo judicial, como meio de terminá-lo de maneira definitiva e completa.

O trabalho do CNJ se revelou essencial para que já se encontrasse tão adiantado o processo de compreensão dos sistemas de solução de conflitos que independentemente de decisão do magistrado. Agora é aprimorar a atuação dos tribunais para que a mediação ajude a baixar o acervo de processos que aguardam julgamento.

Aos advogados – privados e públicos – cabe se capacitarem para os processos autocompositivos, aplicando os métodos de pacificação antes do ajuizamento de ações, guardando a judicialização somente para as questões que não puderem ser resolvidas no auxílio às partes.

A resistência aos meios de resolução adequada das controvérsias não traz qualquer benefício, recrudescendo situações que poderiam ser resolvidas com alguma habilidade conversacional e ainda torna mais pesado e complexo o cotidiano do advogado.

## 5. PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

O outro marco definitivo consagrado pelo CNJ foi o desenvolvimento do processo eletrônico, que moderniza de maneira irreversível o Poder Judiciário.

A implantação do PJe demandou imenso trabalho do CNJ. As Resistências brotaram de todos os envolvidos no sistema de justiça e as questões foram reais em muitas ocasiões, em especial quando realmente se verificaram problemas de acesso, falta de capacitação tanto do Judiciário quanto dos usuários; problemas com o próprio sistema etc.

Foram levantadas mais de 60 questões pelos advogados em todo o país e a quantidade de reclamações parecia não ter fim, desde quando se iniciou o uso do processo eletrônico.

Não poderia ser diferente. Há grande número de pessoas ainda hoje sem acesso digital, sem utilizar as tecnologias de informação e as mídias que se tornaram prosaicas na vida moderna. O caminho é este mesmo: quando surgiram as máquinas de escrever, muitos advogados, que sempre apresentaram petições manuscritas também demoraram a se adequar; quando os computadores invadiram os escritórios, muitos advogados ainda não tinham conseguido deixar de usar a máquina de escrever.

Entretanto, a novidade não tarda a se assentar e as questões começaram a diminuir, fazendo ver que a novidade trazia vantagens incontáveis em relação às eventuais desvantagens.

Desde logo, os benefícios já se fazem sentir, com a rapidez com que os processos podem ser distribuídos e receber o despacho inicial, por exemplo, no mesmo dia, quando antes demandava vários dias entre essas duas ações porque depois de distribuído fisicamente o processo era ainda autuado, recebendo capas e certidões, antes de chegar ao gabinete do magistrado para o despacho inicial, de onde também demorava para voltar e dar início às comunicações processuais pertinentes.

O futuro, não há dúvida, consagrará o processo eletrônico de maneira definitiva.

## 6. OS CONCURSOS

Muito ainda se poderia contar sobre as dezenas de resoluções que promoveram uma silenciosa e eficiente melhoria no Poder Judiciário, entretanto o espaço e o objetivo deste ensaio não seguem por esse rumo.

Um último tema, entretanto, precisa ser referido, porque consta entre as mais importantes medidas efetivadas pelo CNJ na reforma administrativa do Judiciário.

Verificando um número excessivo de pedidos de providências e de controle administrativo acerca dos editais de concursos públicos tanto para magistratura como para delegação de serventias extrajudiciais, o CNJ baixou resoluções, em 2009 definindo inclusive o modelo dos editais, tornando o processo mais claro e transparente, além de padronizado. A tarefa foi realizada sob a presidência do Min. Gilmar Mendes, com o objetivo claro de estabelecer padrões e melhorar o desempenho do Poder Judiciário na busca pela transparência e plena publicização das suas unidades.

As Resoluções 75 (e suas alterações) e 81 de 2009 definiram as regras para concursos que antes eram realizados com critérios e fórmulas variadas em todo o país, seguindo modelos e tradições locais.

A padronização é sempre mecanismo que evita conflitos e, principalmente, que gera confiança, pois não há surpresa e as regras do jogo são claras desde antes do início da partida. Muitos ajustes ainda foram necessários nestes anos, mas os concursos funcionam de maneira mais tranquila, oferecendo igualdade de condições a todos os candidatos. Os critérios previstos nos editais se tornaram mais objetivos, contribuindo para escolhas com menos interferências pessoais eivadas de grande subjetividade.

## 7. O CONTROLE FUNCIONAL

Não poderia concluir sem tratar de um dos pontos de atuação mais notórios do CNJ nestes dez anos, que foram os processos disciplinares, concluídos com a aplicação de penas a dezenas de magistrados que atuavam em confronto com o rígido código de conduta que norteia a magistratura, desde a Lei Orgânica da Magistratura (Loman), de 1979 até o Código de Ética da Magistratura, editado pelo CNJ, numa atualização da Loman, reforçando aquilo que os magistrados, em sua maciça maioria, sempre cumpriram.

No controle funcional, o que se destaca é que havia uma minoria de juízes com desvios de conduta, enquanto a grande maioria é composta por pessoas devotadas, que suportam a referida carga excessiva de trabalho, com denodo e competência. Não foi raro, nas inspeções e correições, encontrar magistrados trabalhando com seus computadores pessoais e levando trabalho para casa.

As questões que levaram magistrados a sentar no banco dos réus foram resolvidas com ampla publicidade, em processos que foram julgados diante de todos, a fim de demonstrar que o Judiciário não evitava “cortar na própria carne”, expressão utilizada em diversos julgamentos.

A pequena quantidade de magistrados a receber a pena máxima, de aposentadoria compulsória, demonstra que no Poder Judiciário o problema não está nos desvios de conduta dos juízes, mas efetivamente no excesso de trabalho e desaparelhamento.

As denúncias foram numerosas nos primeiros anos do CNJ, mas atualmente se sabe que são bem poucos os casos ainda em andamento a averiguar condutas de magistrados.

Os poucos casos, entretanto, escandalizaram a população e mobilizaram as pessoas em torno do desvendamento de um Poder Judiciário até então desconhecido. Nisto consistiu os primeiros movimentos do CNJ.

Os casos de desvios funcionais que chegaram ao CNJ foram solucionados. E os magistrados no exercício da elevada função de julgar se revelam como um

grupo coeso de homens e mulheres cientes da sua importância na sociedade, ciosos dos seus deveres com o País e devotados ao exercício de sua crucial função de dizer o direito e realizar a justiça.

É nisto que acreditamos no exercício cotidiano da nossa profissão, esperando sempre fortalecer o Poder Judiciário para alcançarmos a realização da justiça, ideal maior de quem se dedica ao bom combate diário da advocacia.

## 8. CONCLUSÃO

Depois de ter cumprido dois mandatos no Conselho Nacional de Justiça, de ter participado da confecção de aprovação de inúmeras medidas e providências adotadas para melhoria do Poder judiciário, o que me resta concluir é que os avanços nos últimos dez anos não encontram precedente em nenhum outro tempo.

O acesso amplo e ilimitado à justiça (aqui entendido como acesso ao Judiciário) decorreu de vários aspectos, mas especialmente das garantias desenhadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo empoderamento das pessoas, que se deu também pela maior divulgação dos direitos, em razão do avanço tecnológico.

Ao CNJ coube desvendar o Poder Judiciário em números, demonstrando a gravidade da tarefa que se impunha de promover um controle baseado em dados reais, todos estarrecedores e grandiosos. Também lhe coube escolher quais os aspectos deveriam ser inicialmente objeto de intervenção e de providências.

As inspeções e correções realizadas demonstraram as deficiências de gestão e permitiram o início de uma padronização no funcionamento da justiça, especialmente por reconhecer os abismos que separam “as justiças” dos Estados entre si e dos Estados com a União.

Questões como a estrutura – material e de pessoal – foram todas anotadas, compreendidas, desvendadas e tratadas na medida do possível. O controle interno dos tribunais, tão deficitário, foi também objeto de múltiplas medidas, manifestando resultados excelentes.

Por outro lado, alguns projetos marcaram a definitiva mudança do Poder Judiciário, modernizando-o e provocando uma real possibilidade de melhoria do seu desempenho. O projeto de conciliação e mediação, que levou milhares de processos a uma busca de solução alternativa de controvérsia, foi e é uma das grandes saídas para a diminuição do acervo de processos sem julgamento, bem como de uma maneira autônoma de se obter solução para os conflitos sem depender da sentença do magistrado.

O Processo Judicial eletrônico representa outro natural avanço, que impulsiona sobremaneira o processo, permitindo que o trânsito do processo se faça de maneira recorde, resolvendo uma das grandes queixas que se faz em relação ao Poder Judiciário, que é a sua morosidade e lentidão.

Os concursos para ingresso na magistratura e para a delegação de serventias extrajudiciais foi regulamentado, diminuindo possibilidades de fraudes e de descrença na lisura dos certames.

Aliás, o controle funcional também se fez sentir nestes anos em relação aos magistrados com desvios de conduta, tendo sido abertos diversos processos disciplinares, que resultaram na punição daqueles que não honravam a toga. Este controle também revelou à sociedade que, felizmente, eram poucos os magistrados envolvidos em condutas incompatíveis com o exercício da função. A magistratura é formada na sua imensa maioria, por pessoas vocacionadas, sérias e preparadas.

Para iniciar e para terminar, parece ter se fortalecido nos últimos anos nos brasileiros a ideia de justiça, embora ainda haja muita litigiosidade contida, hoje já se pode considerar um fortalecimento do Poder Judiciário, mais claro, mais transparente, mais moderno e muito mais conhecido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

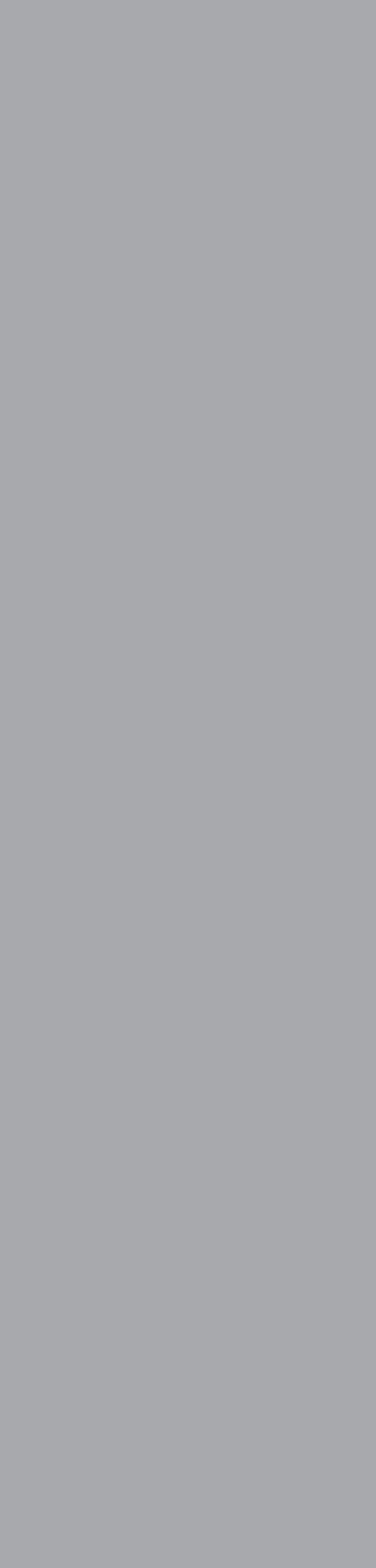
- APPIAH, Kwame Anthony. Entrevista com o tema A perspectiva de um futuro mais justo. *Pensar a justiça*. Porto Alegre: Arquipélago, 2016. vol. 4. Série Fronteiras do Pensamento.
- BOFF, Leonardo. *A grande transformação: na economia, na política e na ecologia*. Petrópolis: Vozes, 2014.
- ELBARADEI, Mohamed. A segurança global através do diálogo. In: APITZCOVSKY, Jaime (org.). *Pensar a justiça*. Porto Alegre: Arquipélago, 2016.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 5. ed. Pref. e Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2014.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. rev. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 561.
- VIANNA, Luiz Werneck. Juízes e judiciário: tópicos para uma discussão. *Magistratura e ética: perspectivas*. São Paulo: Contexto, 2013.

**PESQUISAS DO EDITORIAL****Veja também Doutrina**

- Como o STF controla a atuação do CNJ?, de Carlos Ari Sundfeld e Henrique Motta Pinto – *RT* 924/493-506 (DTR\2012\450891);
- Jurisdição Constitucional e Conselho Nacional de Justiça, de Alexandre de Moraes – *RT* 951/141-151 (DTR\2014\20985);
- Observações iniciais sobre o Conselho Nacional de Justiça, Ana Luíza Barreto de Andrade Fernandes Nery – *RT* 134/122-142 (DTR\2006\300);
- O Conselho Nacional De Justiça e a administração do Poder Judiciário, de Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *RePro* 141/263-278, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 4/615-634 (DTR\2006\686); e
- Ponderações reflexivas acerca do Conselho Nacional de Justiça, de Júlia Bagatini e Lisiane Beatriz Wickert – *RePro* 186/161-198 (DTR\2010\370).

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom right towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

# **Direito Eleitoral**



# O REGISTRO ELEITORAL AUTOMÁTICO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

## *AUTOMATIC ELECTORAL REGISTRATION AND NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE*

**LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA**

Doutor e Mestre em Direito pela UFPR.  
luizfernando.pereira@vgpadvogados.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Eleitoral; Processual

**RESUMO:** A Lei 13.165/2015 reduziu o prazo de campanha eleitoral para 45 dias. Consequentemente, o prazo para julgamento dos registros de candidatura também foi reduzido para 45 dias, no máximo. O art. 16-A da Lei Eleitoral estipula que o candidato com o registro indeferido tem o mesmo status jurídico do candidato com o registro deferido. Criou-se, em verdade, a figura de um efeito suspensivo automático. O artigo aborda o tema à luz da aplicação supletiva e subsidiária do Novo Código de Processo Civil, com o objetivo de apontar alternativas à instabilidade jurídica que o art. 16-A provoca. O manejo da tutela de urgência e da nova tutela de evidência autoriza a manipulação do momento da eficácia das decisões relativas ao registro de candidatura, mitigando os efeitos jurídicos colaterais da aplicação isolada do art. 16-A da Lei Eleitoral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro – Eleitoral – Candidatura – NCPC – Campanha.

**ABSTRACT:** Law 13.165/2015 reduced the period of election campaign to 45 days. Consequently, the deadline for judgment of candidacy registration was also reduced to 45 days at most. Art. 16-A of Brazil's Election Law establishes that candidates whose registrations have been rejected have the same legal status as those whose registrations have been accepted. In fact, there is an automatic suspensive effect. This paper discusses the issue in the light of residual and subsidiary application of the New Code of Civil Procedure (NCCP), in order to identify alternatives to the legal instability caused by art. 16-A. Handling petitions for urgent relief and injunctions allows the manipulation of the time of validity of decisions concerning candidacy registration, thus mitigating the legal side effects of isolated application of art. 16-A of the above-mentioned Law.

**KEYWORDS:** Registration – Election – Candidacy – NCCP – Campaign.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O efeito suspensivo automático e sui generis do art. 16-A da Lei 9.504/1997 – 3. O efeito suspensivo dos recursos no âmbito do registro deve ser ope iudicis, em consideração ao caso concreto – 4. Sem plausibilidade do recurso, o indeferimento do registro deve ter eficácia plena e imediata. O Direito de evidência do NCPC – 5. O art. 16-A não afasta a possibilidade de pedido de atribuição de efeito suspensivo ao

recurso interposto contra a decisão de indeferimento do registro – 6. Indeferimento antecipado do registro. Tutela antecipada em AIRC – 7. Improcedência liminar da AIRC com fundamento no art. 322 do NCPC – Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Os princípios da celeridade e da efetividade têm especial aplicação no Direito Eleitoral, com mais razão em relação aos julgamentos que envolvem registro. Agora, com a Lei 13.165/2015 (a modificar a Lei 9.504/1997), entre o pedido de registro de candidatura e a eleição há um exíguo intervalo de apenas 45 dias, sendo que todos os pedidos de registros (assim como as ações de impugnação) devem estar julgados, em todas as instâncias, no escasso prazo de 20 dias de antecedência em relação à eleição (art. 16, § 1.º, da Lei Eleitoral). Considerando-se, pois, as três instâncias da Justiça Eleitoral, o prazo cogitado é *ficcional*.

Legislação e jurisprudência sempre tiveram por objetivo decisões céleres e com eficácia imediata em relação aos registros de candidaturas. Depõe contra a legitimidade do processo eleitoral a disputa entre candidatos com *registros provisórios*. Em 2004, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) deu um passo atrás na regra de estabilização dos registros, autorizando, por Resolução, que o candidato com registro indeferido (na pendência do recurso) seguisse em campanha nas mesmas condições do candidato de registro deferido.<sup>1</sup> A previsão da Resolução, depois de repetida em resoluções seguintes, foi incorporada à Lei Eleitoral (LE), com a redação do art. 16-A: “O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral (...)”.<sup>2</sup> Ter o registro deferido ou indeferido, até a data da diplomação, é processualmente indiferente.

A Lei Eleitoral passou a admitir o registro indeferido com eficácia de deferido (art. 16-A da Lei 9.504/1997). A ideia deste texto é analisar criticamente o dispositivo e a jurisprudência conformada no período. O processo civil (com mais razão o processo civil eleitoral) é um sistema de certezas, probabilidades e

1. Res 21.608/2004: “Art. 60. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão por sua conta e risco e, enquanto estiver *sub judice*, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade de seus votos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”.
2. Repetindo o art. 16-A, a Res 23.373/2011: “Art. 45. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição”.

riscos, lembra sempre o Professor Dinamarco.<sup>3</sup> O art. 16-A deve ser criticamente analisado tendo em conta a feliz advertência do processualista, destacando-se que a análise crítica do disposto aponta para soluções jurídicas que o novo CPC apresenta.

## 2. O EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO E SUI GENERIS DO ART. 16-A DA LEI 9.504/1997

Para a crítica da melhor doutrina, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) manteve o efeito suspensivo automático do recurso de apelação. Perdeu-se uma oportunidade de conceber um eficiente e justo sistema de eficácia imediata às sentenças.<sup>4</sup> Nas últimas duas décadas, o processo civil europeu foi reformado para, a partir de diferentes formatos, privilegiar as decisões de primeira instância, outorgando-lhes eficácia imediata independentemente do julgamento do recurso.<sup>5</sup> Mas o fato é que o NCPC manteve aqui no Brasil a eficácia diferida da sentença. O Direito Eleitoral deveria ser uma exceção, por inúmeros motivos.

Desde o primeiro Código Eleitoral de 1932 já se previa a eficácia imediata das decisões, regra confirmada na versão de 1965, vigente até a Lei 13.165/2015.<sup>6</sup> A última reforma eleitoral introduziu o efeito suspensivo automático aos recursos interpostos contra cassação de registro ou mandato. Revogou-se “a tutela da imediatividade”.<sup>7</sup> Desconsiderou-se que “na seara eleitoral a urgência

---

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 255.

4. Com críticas à opção do novo CPC, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 224.

5. Para um quadro do direito comparado, conferir: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75 e seguintes. Conferir também: PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Conteúdos e efeitos das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 135 e 139.

6. O Dec. 21.076/1932 previa a possibilidade excepcional de atribuição de efeito suspensivo, como está no § 3.º do art. 103: “Ao tomar conhecimento do processo, sempre que o entenda conveniente, pode o Tribunal Regional atribuir efeito suspensivo ao recurso, dando ciência disso ao juiz recorrido”. Está assim a atual redação do vigente art. 257 do CE: “Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo. (...) § 2.º O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo”.

7. RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 38.

é maior”.<sup>8</sup> No âmbito do registro de candidaturas a *imediaticidade* tem importância ainda maior, especialmente com um intervalo de 45 dias entre o pedido e a eleição e a ficcional exigência de julgamento, em todas as instâncias em 25 dias (art. 16, § 1.º, da Lei Eleitoral).

É claro que se trata de regra de caráter nitidamente programático.<sup>9</sup> Como já foi mencionado, é impossível, nas eleições municipais, julgar em todas as instâncias todos os casos envolvendo ações de impugnação de registro de candidaturas que, em alguns poucos casos, ainda demandam (porque sempre julgadas em cognição exauriente) dilação probatória.<sup>10</sup> O caráter meramente programático do dispositivo é revelado pelo artigo seguinte, o 16-A da LE, aqui analisado, ao dispor que: “O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral (...) e ter seu nome mantido na urna eletrônica (...)”. É o reconhecimento explícito da evidente impossibilidade de serem julgados, em definitivo, todos os casos até a eleição.<sup>11</sup> Aqui

---

8. PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. *Direito eleitoral: aspectos processuais*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 43.

9. ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 418. Zilio anota que o prazo fica impossível de ser cumprido especialmente quando se lembra que as questões referentes ao registro podem ser apreciadas, presentes questões constitucionais, pelo STF. A Corte Suprema será o destino certo de registros indeferidos à luz da Lei da Ficha Limpa, sobretudo nos temas ainda resolvidos em definitivo pelo STF (e são muitos).

10. “Observa-se, com efeito, em que pese o rigor dos prazos estabelecidos pelo legislador eleitoral, que o procedimento da AIRC permite ampla dilação probatória e debate exauriente e exaustivo dos fatos que envolvem a causa” (JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos processuais do direito eleitoral: a ação de impugnação de registro de candidato, a ação de investigação judicial eleitoral e a representação do art. 96 da Lei das Eleições. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da (coord.). *Temas atuais de direito eleitoral*. São Paulo: Pillares, 2009. p. 68).

11. No julgamento do RO 452.298, o Min. Henrique Neves, em cronograma completo, já demonstrava a impossibilidade prática de cumprimento do prazo antigo, agora reduzido pela reforma operada pela Lei 13.165/2015: “Data-limite para pedido de registro: 5 de julho (Lei 9.504/1997, art. 11); publicação do edital: 6 de julho; prazo para impugnação (LC 64, art. 3.º – 5 dias): 11 de julho; citação: 12 de julho; prazo para defesa (LC 64/1990, art. 4.º – 7 dias) 19 de julho; inquirição de testemunhas (LC 64/1990, art. 5 – 4 dias): 23 de julho; diligências (LC 64/10990, art. 5, § 2.º – 5 dias): 28 de julho; alegações finais (LC 64/1990, art. 6.º – 5 dias): 2 de agosto; conclusão (LC 64/1990, art. 70 – 1 dia): 3 de agosto; julgamento (LC 64/1990, art. 80 – 3 dias): 6 de agosto; embargos de declaração: (Cód. El. art. 275, § 10 – 3 dias): 9 de agosto; julgamento dos embargos: 10 de agosto; prazo para

está o dilema de natureza processual: a difícil opção pelo tratamento correto na manipulação dos efeitos dos recursos no âmbito do contencioso em torno do registro de candidaturas.

Comentando a jurisprudência que acabou por conformar o atual art. 16-A da LE, Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues observaram que

a situação, sob a ótica dos efeitos dos recursos, neste caso é no mínimo curiosa. (...) o simples requerimento de registro de candidatura já automaticamente gera para o candidato o direito de ter seu nome incluído na urna e ser votado.<sup>12</sup>

Sob a ótica dos efeitos dos recursos a regra, de fato, é curiosa. Em alguns casos pode ser, para além de curiosa, inconsequente.

O mero pedido de registro sempre autorizou o direito de participar da campanha eleitoral e até mesmo a legitimidade ativa para a propositura de ações eleitorais.<sup>13</sup> Esse registro provisório, no entanto, perdurava (e só pode perdurar) até o julgamento, até a sentença. A questão preocupante está nesta atribuição de efeito suspensivo automático que o art. 16-A da Lei Eleitoral representa. Trata-se, em verdade, de um efeito suspensivo *sui generis*.

É importante consignar aqui que a entrega de efeito suspensivo automático aos recursos que cassam o registro não tem aplicação para as hipóteses de indeferimento do registro. Aqui não há o que suspender. O registro foi indeferido. A decisão que indefere o registro segue com eficácia imediata. Não obstante, com o art. 16-A o candidato de registro indeferido (pendente qualquer recurso de efeito meramente devolutivo) segue com os mesmos direitos do candidato que teve seu registro deferido. Noutras palavras, o registro indeferido recorrido é tão eficaz quanto o deferido.<sup>14</sup>

---

recurso (LC 64/1990, art. 8.º – 3 dias); 13 de agosto; contrarrazões (LC 64/1990, art. 8, § 10 – 3 dias) 16 de agosto; remessa para instância superior 17 de agosto; vista à Procuradoria (LC 64/1990, art. 10 – 2 dias): 19 de agosto; 45 dias antes da eleição: 19 de agosto; prazo para julgamento (LC 64/1990, art. 10, parágrafo único – 3 dias): 22 de agosto.

12. JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit., p. 70.

13. Sobre o tema do candidato com mero pedido de registro ainda não apreciado, conferir a Consulta 121034, Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, 23.06.2010. Isso se reforça com o art. 16-B da Lei Eleitoral: “O disposto no art. 16-A quanto ao direito de participar da campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito, aplica-se igualmente ao candidato cujo pedido de registro tenha sido protocolado no prazo legal e ainda não tenha sido apreciado pela Justiça Eleitoral”.

14. Vale conferir a crítica ao dispositivo, por outros motivos, de: COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 325-336.

Regra geral, o efeito suspensivo vincula-se ao julgamento do recurso. O efeito suspensivo do art. 16-A, também por isso *sui generis*, não tem necessária vinculação com o recurso, pois é limitado no tempo. O direito de participar da campanha e disputar a eleição não garante a diplomação, que foi condicionada ao prévio deferimento do registro. A suspensão da decisão indeferitória (a condição plena de candidato) vai até o ato de diplomação (ainda que o recurso não tenha sido julgado). Na pendência do julgamento dos recursos assume o presidente do Poder Legislativo.

A limitação temporal para o direito do candidato com registro indeferido gozar dos direitos inerentes ao registro é relativamente recente. Restava a dúvida em torno do *período de latência* da decisão indeferitória do recurso no caso de novas eleições. Consoante mencionado, o art. 16-A não fixa um termo final para este efeito suspensivo *sui generis*, como também não o fixavam as Resoluções que já continham regra similar. Por aplicação analógica (e algo criativa, deve-se reconhecer) do art. 216 do Código Eleitoral,<sup>15</sup> o TSE passou a entender que o limite desse *efeito suspensivo* seria a decisão do próprio TSE.<sup>16</sup> A orientação jurisprudencial, em alguma medida, mitiga os efeitos nefastos do sobre-tamento da eficácia da decisão de indeferimento do registro. Julgado o recurso pelo TSE, mas só depois de julgado, o indeferimento do registro tem a eficácia liberada para que novas eleições sejam convocadas. Ou seja, depois de julgado o recurso pelo TSE, o indeferimento produz efeitos (tem a eficácia liberada).

A conjugação da regra do art. 16-A com a aplicação analógica do art. 216 do Código Eleitoral, nos termos da orientação prevalente, cria, em resumo, as seguintes consequências: o candidato com registro indeferido que vencer as eleições aguarda fora do cargo a decisão final do TSE. Na hipótese de novo pleito (confirmação do indeferimento), o Presidente do Legislativo assume até decisão final do TSE (independentemente de eventual recurso ao Supremo).<sup>17</sup>

---

15. “Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.”

16. “O entendimento desta Corte, firmado na Res 20.159 (Consulta 1.657/PI) é de que, havendo pronunciamento deste Tribunal no processo de registro, aplica-se por analogia o disposto no art. 216 do Código Eleitoral, para conferir efeito imediato à decisão, realizando-se novas eleições (art. 224 do CE), ou nova proclamação dos eleitos, se for o caso.” (MS 408829, Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, 07.12.2010).

17. “Os votos dados a candidatos cujos registros encontravam-se *sub judice*, tendo sido confirmados como nulos, não se somam, para fins de novas eleições (art. 224 do CE), aos votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor”. A Consulta

Se o TSE reformar a decisão e confirmar a validade do registro do candidato que concorreu com registro indeferido, novo resultado é proclamado.<sup>18</sup>

A decisão de só autorizar a convocação de novas eleições depois do julgamento dos recursos de competência do TSE é orientada pela prudência: é necessário evitar que eleições sejam realizadas em caráter precário, diante da eventual reforma da decisão de indeferimento do recurso do candidato que ficou em primeiro lugar.<sup>19</sup> Não obstante, mais racional seria deixar a questão ser resolvida na análise do caso concreto (como estava desde o Código Eleitoral de 1932). A *latência automática* do indeferimento cria iniquidades que poderiam ser evitadas se a decisão ficasse para a análise do caso concreto, revigorando orientação antiga do TSE, como será visto no ponto seguinte.

### 3. O EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS NO ÂMBITO DO REGISTRO DEVE SER *OPE IUDICIS*, EM CONSIDERAÇÃO AO CASO CONCRETO

Como já mencionado aqui, os recursos eleitorais (regra geral do art. 257 do CE) não têm efeito suspensivo. Esta regra sempre se aplicou no âmbito do contencioso que envolve o registro. A nova exceção do § 2.º do art. 257 (concebida pela Lei 13.165) não tem relevância para a questão de *indeferimento* de registro, mas apenas para *cassação*. *Registro indeferido não é registro cassado*.

---

reformou entendimento anterior em relação ao cômputo dos votos brancos e nulos para a aplicação do art. 224 do CE: “Segundo jurisprudência velha e reiterada do TSE, deve ser renovada a eleição municipal, quando os votos nulos ultrapassarem a metade dos votos apurados no município, computados entre os nulos os votos atribuídos a candidatos não registrados (...)” (Acórdão 7.560, MS 701, rel. designado Min. José Guilherme Villela, de 17.05.1983). A questão está pormenorizadamente explicada no Ofício-Circular 7.594/2008, de 12.12.2008, enviada aos TREs pelo Presidente do TSE depois de resolvidas as controvérsias atinentes à matéria no julgamento da Consulta 1.657/PI. A orientação da Consulta agora está consolidada, nos mesmos termos, no art. 164 da Res 23.372/2011.

18. O TSE, no julgamento da Consulta 1.657/PI, atinente às Eleições 2008, decidiu que “a decisão que nega ou cassa registro de candidatura produz todos os seus regulares efeitos, (...) após pronunciamento colegiado do Tribunal Superior Eleitoral, em recurso especial eleitoral” e, ainda, “se posterior deferimento, pelo TSE, de registro de candidatura vier a alterar o resultado final do pleito, deverá ser realizada nova proclamação” (Ofício-Circular-TSE 7.594/2008).
19. Quando a cassação de mandato implica nova eleição, o TSE tem reconhecido a existência de *periculum in mora* em grau suficiente ao deferimento de medida cautelar. Conferir, entre outros, o MS 3.275, 17.05.2005.

Excepcionalmente se atribuía efeito suspensivo aos recursos, na análise do caso concreto. O art. 16-A atribui registro eficaz indistintamente a todos os candidatos que fazem o pedido. Noutros termos, por mais *temerário* que seja o pedido de registro, com flagrante ausência de pressupostos negativos e positivos, o candidato segue em campanha e, também por conta do art. 16-A, tem o direito de ver seu nome mantido na urna eletrônica.<sup>20</sup> Basta que esteja *sub judice*.

O art. 16-A, para reiterar, apenas consolida orientação prevalente no TSE, a resultar na edição de Resoluções nesse sentido desde 2004. Para o TSE, na dicção das Resoluções, o candidato com registro indeferido seguia na disputa por sua *conta e risco*.<sup>21</sup> Para muitos esta disputa justifica a manutenção do candidato *sub judice*. Trata-se de grave equívoco. É olhar a regra de processo apenas a partir da lógica do autor do pedido de registro (ou do impugnado), sem considerar que a impugnação ao registro ampara-se sempre em direito potestativo que corresponde ao interesse dos portadores de cidadania em um processo eleitoral livre daqueles que não preenchem as condições apropriadas para o registro.<sup>22</sup> A expressão *conta e risco* das Resoluções do TSE desconsidera o direito da coletividade dos eleitores – que não fica resguardado se o pedido de registro for equivalente a direito de disputar a eleição, como está hoje com o art. 16-A da LE.<sup>23</sup>

Não se deve desprezar o déficit de legitimidade que o processo eleitoral sofre quando um candidato eleito tem o indeferimento do seu registro mantido. Tecnicamente esse risco deve ser tomado como *periculum in mora* inverso.

---

20. Noutro contexto, Daniel Mitidiero adverte para fato de “nossas raízes culturais [tornarem] extremamente tolerante nossa reação contra todas as formas de litigância temerária” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006. vol. 3, p. 58).

21. A Res 22.717, editada para as eleições de 2008, antes, portanto, da introdução do novo art. 16-A na Lei Eleitoral pela Lei 12.034/2009, constava: “Art. 43. O candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão por sua conta e risco e, enquanto estiver *sub judice*, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade de seus votos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”.

22. Conferir, noutro contexto, mas úteis à controvérsia, as observações do Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3592/DF.

23. É sempre importante lembrar esta passagem de Luiz Guilherme Marinoni: “A percepção de que o tempo do processo é um ônus obriga o legislador e o juiz a pensarem em técnicas processuais destinadas a distribuí-lo entre o autor e o réu” (*Antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 345).

Há casos em que o fundamento do indeferimento do registro é incontornável. Valendo-se do art. 16-A, o candidato mantém-se na disputa mesmo sabendo da remotíssima chance de ter o registro confirmado (em qualquer das instâncias), participando da campanha (inclusive horário de rádio e TV) e deixa para, adiante, proceder à substituição, como acontece com relativa frequência.<sup>24</sup>

Não se desconsidera que a fonte inspiradora do art. 16-A da LE seja a existência de um *periculum in mora* implícito (legalmente presumido). E dúvida não pode haver já que o *periculum* é mesmo implícito nesses casos, pois se a decisão de indeferimento do registro for *efetivada* antes do julgamento dos recursos, a ausência de campanha e, o que é pior, do nome do candidato na urna eletrônica, cria situação faticamente irreversível. O recurso perderia o objeto (perda superveniente do interesse recursal), pois não se cogitaria de nova eleição para incluir o candidato de registro revigorado.

No entanto, não se deve olvidar que a atribuição de efeito suspensivo a recurso (manifestação de tutela recursal de urgência que é) exige, além de *periculum*, *fumus* (verossimilhança; probabilidade). E verossimilhança, nesses casos, é perspectiva de provimento do recurso. Sendo nenhuma a perspectiva de provimento do recurso, não se lhe pode atribuir efeito suspensivo, em desprestígio da regra geral de eficácia imediata do direito eleitoral.

Doutrina e jurisprudência reconhecem que o art. 7.º da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade) contém o reconhecimento de *periculum in mora* implícito ou presumido para o decreto de indisponibilidade de bens.<sup>25</sup> Basta a demonstração da verossimilhança para o decreto. Mas não se decreta indisponibilidade sem essa demonstração de plausibilidade do direito.<sup>26</sup> Na regra do art. 16-A estão implícitos *fumus* e *periculum*. Aqui está a fonte de iniquidades.

---

24. Pelo menos desde a Lei 12.981/2013, a substituição deve ocorrer com no mínimo 20 dias de antecedência (art. 13, § 3.º, da Lei 9.504/1997).

25. Em propriedade industrial também se cogita de um *periculum in mora* presumido ou implícito. Conferir SPIAZZI, Gianfranco. Brevi note in tema di *periculum in mora* nella tutela cautelare contro l'illecito concorrenziale. *Rivista di Diritto Industriale*. n. 1. Giuffrè. parte II, 2002, p. 58.

26. Conferir a explicação em: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende et al. (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 260-262). Para a posição da jurisprudência é didático o acórdão no AgRg no Ag 1423420/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 08.10.2011.

Antes de o TSE ter editado Resoluções com esta confirmação indiscriminada do direito de disputa aos candidatos com registros indeferidos (positivada com o art. 16-A), em jurisprudência já se reconhecia que nesses casos o *periculum in mora* era evidente.<sup>27</sup> Ao decidir casos em que se pleiteava a atribuição de efeito suspensivo a recurso contra decisão denegatória de registro (em ação de impugnação), o Min. Madeira costumava consignar que eventual “provimento do Recurso Especial Eleitoral após o pleito [seria] de absoluta inutilidade”.<sup>28</sup> Com razão, não há dúvida.

Mas o mesmo TSE, contudo, não hesitava em negar efetivo suspensivo nas hipóteses de ausência de verossimilhança, como está em julgado paradigmático (entre tantos outros) sobre a pertinência de se atribuir (ou não) efeito suspensivo nestes casos: “São requisitos para a concessão de liminar a plausibilidade do direito e o risco pela mora. Não há plausibilidade jurídica. A concessão de efeito suspensivo reveste-se de condição excepcionalíssima. Ausente um dos requisitos autorizadores da medida”.<sup>29</sup> Sem plausibilidade não há sentido em atribuir efeito suspensivo — que é sempre excepcional. Não há justificativa para manter na disputa o candidato com registro indeferido que interponha recurso de escassa probabilidade de êxito. O *periculum* pode ser presumido ou implícito; a plausibilidade nunca,<sup>30</sup> pois sempre depende da análise dos elementos do caso concreto.

Era por similar raciocínio que o TSE sempre entendeu inaplicável aos processos de registro o art. 15 da LC 64/1990, em tese jurídica que pretendia vincular a eficácia do indeferimento ao prévio trânsito em julgado da decisão (como estava no dispositivo antes da LC 135/2010.<sup>31</sup> O reconhecimento da impertinência do art. 15 da LC 64/1990 é indício claro do alto risco de situações iníquas que o atual art. 16-A pode produzir.

Sequer seria necessária a previsão de *periculum in mora* implícito, como está na Lei de Improbidade. Basta ter em consideração a feliz observação de Eduardo Talamini: “(...) quanto maior o *periculum in mora*, menor grau de probabi-

---

27. MC 702, decisão monocrática de 14.09.2000, rel. Min. Fernando Neves da Silva.

28. MC 1040, decisão monocrática de 05.03.2002, rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira.

29. MC 703, decisão monocrática de 15.09.2000, rel. Min. Nelson Azevedo Jobim.

30. Pertinente a construção de Milton Paulo de Carvalho Filho: “Na probabilidade de êxito do recurso, [deve] ser constatada a possibilidade de reforma apurada com o gravame provocado pela execução provisória. É possível equiparar a ocorrência deste requisito à presença do *fumus boni iuris*” (Op. cit., p. 145).

31. Entre outros: RCED 607, Min. Francisco Peçanha Martins, 29.08.2003.

lidade do direito invocado será necessário para a concessão da medida, e vice-versa”.<sup>32</sup> É dizer: como é certo o risco de ineficácia do provimento final nesses casos de recursos em processos de registro, menor o grau de probabilidade de ser exigido. Ainda assim, a atribuição de efeito suspensivo demandaria algum grau de probabilidade, o que sempre provoca a necessidade de análise do caso concreto.

É necessário restabelecer a jurisprudência anterior do TSE e resolver o tema a partir do *critério casuístico*. Esta é a diferença entre a atribuição de efeito suspensivo *ope legis* ou *ope iudicis*, de forma automática (como está no art. 16-A) ou na análise do caso concreto (como era a orientação anterior).<sup>33</sup> Aliás, a tendência é afastar do sistema “o critério *ope legis*, para dotar o sistema *ope iudicis*”,<sup>34</sup> porque se reconhece que o “critério *ope iudicis* (...) está sempre mais apropriado do que um critério legal”.<sup>35</sup> A manutenção da candidatura indeferida *sub iudice*, é necessário insistir, deve estar vinculada a um grau mínimo de plausibilidade do recurso interposto. Esta exigência pode ser feita pelo Juiz eleitoral independentemente da alteração da Lei Eleitoral, como será demonstrado no ponto seguinte do artigo.

#### 4. SEM PLAUSIBILIDADE DO RECURSO, O INDEFERIMENTO DO REGISTRO DEVE TER EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. O DIREITO DE EVIDÊNCIA DO NCPC

A verdade é que o art. 16-A, mesmo com os defeitos apontados neste texto, está vigente. É um dado posto que o intérprete não está autorizado a descon siderar. De lado críticas e formulações (apontando para eventuais reformulações), importa avaliar a possibilidade de se outorgar, excepcionalmente, eficácia plena e imediata ao indeferimento do registro, mesmo com a regra vigente. E é possível dizer que o sistema oferece essa possibilidade.

Antes de enfrentar o tema, no entanto, é necessário o esclarecimento de ordem metodológica. O registro pode ser indeferido no âmbito do pedido ou com a procedência da ação de impugnação. A rigor, com o indeferimento do

---

32. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 355.

33. Sobre os dois sistemas, conferir: JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 312-315.

34. JORGE, Mario Helton. Recurso extraordinário – Atribuição de efeito suspensivo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 6, p. 413.

35. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Op. cit., p. 167.

pedido de registro, sentido algum há em buscar *efeito suspensivo em sentido estrito*. É que a suspensão do indeferimento (declaratória negativa) não produz nenhum efeito. Também não se pode falar em efeito suspensivo para atacar a procedência da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), isso porque a procedência da AIRC implica necessariamente a improcedência do pedido (embora possa haver improcedência do registro – por questões apanhadas de ofício – mesmo com a improcedência da AIRC). O que o candidato sempre buscou nas instâncias superiores foi o efeito ativo.<sup>36</sup>

Essa ressalva é importante, mas na verdade é necessário ter em consideração que “a mesma *ratio* que se põe para a admissão da suspensão do cumprimento de decisão (...) existe para autorizar a concessão antecipada da providência ativa (...)”.<sup>37</sup> É dizer: efeito suspensivo aqui deve ser entendido como manifestação da tutela antecipada recursal, equivalente ao sobrestamento da eficácia da decisão indeferitória do registro (no pedido ou na AIRC, independentemente).

Pois bem. Antes da vigência do art. 16-A, consoante explicação anterior, regras similares já estavam vigentes, desde 2004, por intermédio de Resoluções do TSE, as quais têm força de lei ordinária.<sup>38</sup> Desde 2004, portanto, a decisão de indeferimento do registro (com ou sem ação de impugnação) tem eficácia indiscriminadamente diferida.

Não obstante, o Tribunal Regional do Paraná assim já decidiu:

Tendo sido indeferido de plano o pedido de registro de candidatura, com fundamento na impossibilidade jurídica do pedido, falece ao requerente o direito de utilizar-se, ainda que na pendência de recursos, do horário eleitoral gratuito, ante a ausência de plausibilidade do direito invocado.<sup>39</sup>

A orientação do julgado do TREPR é pela impossibilidade de garantir os benefícios de candidato (eficácia imediata ao indeferimento do registro) para os casos de ausência de plausibilidade do direito invocado. A decisão é tecnicamente irrepreensível.

O art. 16-A, para insistir, consagra a lógica da ineficácia das decisões de indeferimento de registro. Tal não impede que uma leitura contextualizada,

---

36. O que já tinha sido compreendido por Eduardo Talamini muito antes da redação do inc. III do art. 527 do CPC/1973 (agora 1.019, I, do NCPC), com a redação oferecida pela Lei 10.352/2001 (A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*. vol. 80. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./1995, p. 125-146).

37. *Idem*, p. 134.

38. Recurso Eleitoral 1.943, do Rio Grande do Sul, *Boletim* n. 13. p. 16.

39. TRE-PR, acórdão 31.412/2006, rel. João Pedro Gebran Neto.

a tomar em consideração todo o sistema eleitoral processual, autorize a possibilidade de se outorgar eficácia imediata à decisão de indeferimento do registro (cassando o registro provisório que se outorga a todos os requerentes). Como reconheceu Cassio Scarpinella Bueno, ainda no ambiente do Código de Processo Civil de 1973, “temos (independentemente de qualquer outra reforma processual civil) um inequívoco sistema *ope iudicis* – dependente, pois, da atuação concreta, caso a caso, do magistrado – da retirada e da concessão deste efeito”.<sup>40</sup>

Mesmo com a regra geral da ineficácia das decisões de primeiro grau, a disciplina geral do Código de Processo Civil (nas versões de 1973 e 2015) admite a retirada excepcional do efeito suspensivo do recurso de apelação. Para tanto, basta que o juiz prolator da decisão de indeferimento do registro *conceda tutela antecipada na sentença* (art. 1.012, § 1.º, V, do NCPC). É precisamente daí que Scarpinella Bueno retira a fundamentação de um sistema de eficácia imediata *ope iudicis* “toda a vez que se cogitar de antecipação de tutela (...), o efeito suspensivo que carregaria um recurso de apelação deve ser retirado, subtraído”.<sup>41</sup> É o que está implicitamente reconhecido no mencionado precedente do TRE-PR: presentes os requisitos para a antecipação de tutela (no âmbito da AIRC), o *efeito suspensivo* foi subtraído, dando eficácia imediata e plena à decisão de indeferimento do registro.

Nada obsta (em tese) que haja concessão de tutela antecipada em ação de impugnação de registro de candidatura (conferir item 6). Concedida a antecipação, o candidato ficaria imediatamente fora da campanha. É claro que esta cogitada exclusão não seria afastada com a interposição do recurso (mesmo com a regra do art. 16-A), uma vez que prevaleceria, na hipótese, a regra do art. 1.012, § 1.º, V, do NCPC, conjugada com o art. 257 do CE.

É verdade que há quem imagine que isso não seria possível exatamente por representar pretensa burla à previsão de efeito suspensivo ao recurso.<sup>42</sup> No

---

40. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 6. p. 75.

41. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

42. Nesse sentido: CALMON DE PASSOS, *Inovações ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 29-30; MACHADO, A. C. C. *Tutela antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes Ed., 1988. p. 559 e 560; ASSIS, Carlos Augusto de. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros 2001, p. 29. Com outros argumentos NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 58.

âmbito do direito eleitoral poderia ser dito que a opção do legislador por este efeito suspensivo *ope legis e sui generis* do art. 16-A não poderia ser contornada *ope iudicis*. A despeito de autorizadas vozes rejeitarem a hipótese, parece que a conclusão correta é mesmo admitir a subtração *ope iudicis* do efeito suspensivo, “forte no princípio da efetividade da jurisdição”, explica Scarpinella Bueno o que, com mais razão, se justifica no contencioso eleitoral em torno do registro de candidaturas.

Não há sentido na manutenção das prerrogativas de candidato a quem recorre com escassa/remota probabilidade de êxito de reverter o indeferimento do registro. Nestes casos, o autor da impugnação de registro pode, sim, pedir ao Juiz Eleitoral competente para que deixe de aplicar o art. 16-A da Lei 9.504/1997 (retirando o efeito suspensivo *sui generis*). E o Juiz Eleitoral competente para a sentença tem aptidão para dar eficácia imediata à sentença. Em França e na Alemanha é de competência do próprio juiz responsável pela sentença atribuir, *ope iudicis*, eficácia imediata à decisão de primeira instância.<sup>43</sup>

Mas, ainda que não se admita esta possibilidade de subtração do efeito suspensivo pelo próprio Juiz Eleitoral que indeferiu o registro (com fundamento no art. 1.012, § 1.º, V, do NCPC), certo é que, pelo menos, um pedido de antecipação de tutela recursal pode ser formulado no Tribunal (art. 299, parágrafo único, do NCPC). O autor da impugnação, recorrido, pode requerer ao tribunal que dê eficácia imediata à decisão de primeira instância (subtraindo o efeito suspensivo *sui generis* do art. 16-A). Para tal, basta demonstrar o provável provimento do recurso.

O importante é que, independentemente do meio escolhido e da instância competente,<sup>44</sup> o fato de a lei prever efeito suspensivo automático a alguns re-

---

43. PINTO, Junior Alexandre Moreira. Op. cit., p. 135 e 139. No mesmo sentido: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Op. cit., p. 83 e 85. O contrário é que não se pode admitir. Não faz sentido atribuir ao Juiz de primeira instância a decisão de conferir efeito suspensivo ao recurso interposto contra a sua decisão (sobre a inaptidão do juiz nestes casos, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista dos Tribunais*. vol. 821. ano 93. São Paulo: Ed. RT, mar./2004, p. 39-74).

44. Vale o que bem sustenta, Teresa Arruda Alvim Wambier: (...) em face de uma zona cinzenta, tanto o juízo *a quo* quanto *ad quem* devem ser considerados competentes para fins de o recorrente não ser prejudicado. É uma aplicação inortodoxa do princípio da fungibilidade” (Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 443). Com a mesma posição, conferir doutrina citada por SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Medidas de urgência no âmbito recursal. In: NERY Jr., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recur-*

cursos e eficácia imediata a outros não retira a possibilidade de modificações *ope iudicis*. Na lição de Luiz Rodrigues Wambier, trata-se “de um processo de integração dos diversos subsistemas, como é o caso do que versa os recursos e o que se refere ao processo cautelar”.<sup>45</sup> A ideia aqui é extrair soluções por intermédio do *manejo criativo* da lei, da doutrina e da jurisprudência, como recomenda, noutro contexto, Teresa Arruda Alvim Wambier.<sup>46</sup>

Com o NCPC esta construção ganha o aporte da *tutela de evidência*. Agora, sempre que houver uma *defesa inconsistente*, o art. 311 do NCPC oferece *uma regra* aberta que autoriza a concessão de antecipação de tutela independentemente de urgência.<sup>47</sup> O inc. IV do art. 311 prevê a tutela de evidência para os casos de a petição inicial estar instruída “com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Este caso também indica, em verdade, julgamento antecipado da lide.

Em julgamento de impugnação de registro, quase sempre há, nos termos do art. 355, I, do NCPC, julgamento antecipado (a necessidade de instrução é excepcionalíssima). Assim, a regra é que o julgamento antecipado das AIRC tenha tutela de evidência concedida na sentença, afastando o efeito suspensivo *sui generis* do art. 16-A. É dizer: sempre que houver julgamento antecipado, *porque manifestação da tutela de evidência* (art. 311, IV), o recurso não terá efeito suspensivo. Se eventualmente o Juiz Eleitoral não invocar o art. 311, IV, deixando de conceder a tutela de evidência na sentença, também aqui – e

---

*dos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2003. vol. 7, p. 591-592.

45. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 338. No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – Análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 342.
46. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 1090.
47. MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 796.

com mais razão – basta provocar o TRE para suprimir o efeito suspensivo, com fundamento no § 3.º do art. 1.012 do NCPC. Este dispositivo deve ser “interpretado ampliativamente para nele compreender não só a concessão do efeito suspensivo a apelo dele desprovido, mas também a subtração dos que o tem”.<sup>48</sup> O NCPC, portanto, reforça o raciocínio da supressão judicial do efeito suspensivo do art. 16-A, a partir do aporte da tutela de evidência.

Admitida a possibilidade (em tese) de afastamento *ope iudicis* da latência do indeferimento do registro determinada indiscriminadamente pelo art. 16-A (em primeira ou segunda instâncias), é necessário mencionar que essa decisão pode ser tomada ainda que não haja impugnação ao registro de candidatura. Assim como pode o Juiz Eleitoral indeferir de ofício o registro (no âmbito do pedido de registro),<sup>49</sup> pode, também de ofício, afastar a incidência do art. 16-A, por se tratar de uma questão de ordem pública (como todas relativas ao registro). Também a própria “questão dos efeitos dos recursos é de ordem pública”, reconhece Lucon.<sup>50</sup> A cognoscibilidade de ofício, enfim, autoriza a subtração, também de ofício, do efeito suspensivo *sui generis* do art. 16-A da Lei 9.504/1997.

## 5. O ART. 16-A NÃO AFASTA A POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO REGISTRO

Há outro ponto negativo no art. 16-A da Lei 9.504/1997. A atribuição desse efeito suspensivo *sui generis* tem levado o TSE (respaldado em boa doutrina)<sup>51</sup> a supor que não haveria interesse em pedidos de atribuição de efeito

---

48. O trecho citado e o raciocínio desenvolvido são articulados a partir das referências de BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 240.

49. Na lição de Adriano Soares da Costa: “A cognição judicial existente quando do pedido de registro de candidatura, do qual não houve impugnação, poderá surpreender *ex officio* algumas das inelegibilidades previstas pelo ordenamento jurídico, ficando o juiz eleitoral na obrigação de declará-las” (*Op. cit.*, 6. ed., p. 405-406).

50. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 220.

51. Assim Adriano Soares da Costa: “Ademais, com a permissão para que o pré-candidato possa participar do prélio eleitoral a partir do pedido de registro de candidatura, por sua conta e risco em caso de indeferimento, não há mais falar na necessidade de concessão de registro de candidatura provisório (...)” (*Op. cit.*, 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 300).

suspensivo (ativo, em verdade) aos recursos interpostos contra decisões de indeferimento de registro.<sup>52</sup> Não parece, contudo, ser este o entendimento mais correto.

O candidato com o registro indeferido segue candidato, inclusive podendo ser votado, mas não tem direito à diplomação. Também por isso se reconhece que o efeito suspensivo do art. 16-A é *sui generis*; a suspensão da decisão indeferitória do registro tem vigência até a diplomação. Noutras palavras, no momento que antecede a diplomação a decisão de indeferimento do registro tem sua eficácia liberada (volta a prevalecer a regra do art. 257 do CE) e o candidato eleito fica impedido de ser diplomado.

Neste ponto reside o interesse de agir a respaldar um provimento de urgência que antecipe, provisoriamente, o provimento do recurso, garantindo diplomação, posse e exercício do mandato pelo candidato que está com o registro indeferido, mas demonstra probabilidade de êxito no recurso. Sempre se exige para a atribuição de efeito suspensivo a recurso (tutela antecipada recursal) um *juízo de provável provimento*.<sup>53</sup> Sendo provável o provimento, na avaliação do juízo monocrático do Juiz Eleitoral competente, deve ser deferido o efeito suspensivo, garantindo a diplomação, posse e exercício do mandato ao candidato de registro indeferido, durante o tempo necessário ao julgamento do recurso.

Não faz sentido repetir aqui os argumentos que demonstram a inaptidão de um sistema automático de definição de eficácias de decisões em Direito Eleitoral, representado, no exemplo desse artigo, pelo art. 16-A da LE. De qualquer forma, tudo que foi dito em relação ao art. 16-A, para criticar o estabelecimento de regra que impõe a latência indiscriminada da decisão de indeferimento do registro, pode ser invocado em idêntica medida para criticar o impedimento indiscriminado de diplomação do candidato de registro indeferido. É na ponderação do caso concreto que esta questão deve ser resolvida.

Na pendência do recurso do candidato *sub judice*, com a nova redação do § 3.º do art. 224 do CE (a partir da Lei 13.165/2015), exercerá o mandato o Presidente do Legislativo, pois se exige sempre nova eleição. Ora, se há plausibilidade da pretensão recursal, não há sentido de se manter no cargo o

---

52. Nesse sentido: AgRg em REsp Eleitoral 33519, Acórdão de 28.10.2008, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares.

53. Com razão Ovídio Baptista da Silva sempre traduziu verossimilhança como “plausibilidade de êxito” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 152).

Presidente do Legislativo. Nestes casos é necessário fazer prevalecer o provável (provimento do recurso) em detrimento do improvável (improvemento).<sup>54</sup>

Também é possível dizer que mesmo antes da diplomação o candidato tem interesse de agir em um provimento de urgência para suspender o indeferimento do registro. O efeito suspensivo do art. 16-A é limitado não apenas no tempo, mas também na ausência de suspensão de toda a eficácia da decisão de indeferimento do registro. Basta lembrar que o candidato com registro indeferido que concorre amparado pelo art. 16-A não terá seus votos divulgados na apuração e proclamação. Com os mesmos argumentos de antes, se houver juízo de probabilidade de êxito do recurso, o candidato pode buscar a atribuição de efeito suspensivo pleno, pois o *periculum in mora* está exatamente nos prejuízos desta ausência de divulgação do resultado que lhe é favorável.<sup>55</sup> Estes mesmos prejuízos, em menor grau – é necessário reconhecer –, podem conformar um argumento em favor do deferimento do efeito suspensivo apenas para que o candidato não passe a campanha com o argumento político do registro indeferido, o que não é desprezível em disputas eleitorais.

---

54. TOMMASEO, F. Provedimenti d'urgenza e diritto delle società. *Le Società*, n. 1, 1984. p. 155. Interessante e decente decisão do TREPR aplicou a máxima de Tommaseo (embora citando passagem em sentido similar de Freddie Didier Jr.) em processo de cassação por infidelidade partidária. Reconhecendo que havia alto grau de verossimilhança do pedido da suplente (diante da ausência de apresentação de qualquer motivo no ato de desfiliação) e que a irreversibilidade (perda dos dias de mandato) estava, em idêntica medida) para os dois polos da demanda (titular e suplente), deferiu-se a tutela antecipada. A decisão é tecnicamente impecável (TREPR, Requerimento 397-89 – CLASSE 24, Rel. Luciano Carrasco).

55. O TSE tem um precedente desfavorável, supondo que a possibilidade de posterior proclamação retira o *periculum*: “1. Não há prejuízo de que nova proclamação dos eleitos seja feita em razão de superveniente deferimento de registro de candidato que se encontrava *sub judice* na data do pleito. Precedente. 2. A ausência de *fumus boni juris* e de *periculum in mora* inviabiliza o deferimento da liminar” (AgRg em MS 379814, Acórdão de 14.12.2010, rel. Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, *DJe*, tomo. 38, 23.02.2011, p. 14). Não se pode concordar com a orientação do TSE. Se elevado o grau de probabilidade de êxito do recurso, o efeito suspensivo deve ser concedido para que a proclamação seja plena e imediatamente eficaz. É necessário reconhecer, no entanto, que a divulgação do resultado do *site* do TSE, como foi decidido em recente consulta, mitiga (mas não elimina) o *periculum* nesse caso. “I – A divulgação da quantidade de votos obtidos pelos candidatos, independentemente da situação de sua candidatura, corrobora com os princípios da lisura e da transparência do processo eleitoral. II – Processo administrativo resolvido” (Processo Administrativo 325256, Acórdão de 01.10.2010, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, *DJe* tomo 205, 22.10.2010, p. 44).

Nas eleições de 2006 o TRERJ entendeu autoaplicável o § 9.º do art. 14 da CF (na redação da ER 4) e passou a indeferir registros de candidatos que tinham, na leitura isolada do regional, vida pregressa incompatível com a moralidade para o exercício do mandato. O TSE, entretanto, firmou entendimento em sentido contrário. Diante da posição discrepante do regional em relação à orientação prevalente do TSE (depois que a corte superior firmou seu entendimento), era elevadíssimo o grau de probabilidade de êxito dos recursos dos candidatos atingidos. A tais candidatos não faz sentido entregar apenas o efeito suspensivo *sui generis* do art. 16-A, mas é necessário emprestar efeito suspensivo (ativo) pleno aos recursos, antecipando os efeitos do provimento do recurso (sem descartar a improcedência liminar do art. 332 do NCPC – conferir o item 7). Parece adequado lembrar aqui a máxima chiovendiana segundo a qual *o tempo de duração do processo não pode prejudicar o autor que tem razão*.<sup>56</sup>

O art. 16-A, enfim, não obsta eventuais pedidos de atribuição de efeito suspensivo. O dispositivo implica apenas mitigação do *periculum in mora*, pois garante, em limitada medida, a latência do indeferimento do registro. A necessidade ou não de atribuição de efeito suspensivo resolve-se sempre na análise do caso concreto.

## 6. INDEFERIMENTO ANTECIPADO DO REGISTRO. TUTELA ANTECIPADA EM AIRC

Os autores que escrevem sobre o tema negam a possibilidade de antecipação de tutela. Adriano Soares da Costa, genericamente, anota: “As ações tipicamente eleitorais são impedidas de adiantar seus efeitos, mediante liminares ou antecipação de tutela”.<sup>57</sup> Não é possível concordar.

Todos os candidatos têm automaticamente a outorga de um *registro provisório*. Tanto é assim que, mesmo antes do julgamento do pedido (com ou sem AIRC), o requerente de registro já participa da campanha e ostenta legitimidade ativa para propositura de ações eleitorais, especialmente a partir da vigência do art. 16-B da LE.<sup>58</sup> A partir de marcos teóricos idênticos, apresentados para sustentar que o art. 16-A pode ser afastado na análise do caso concreto, não se

---

56. Conferir explicação e menção a decisões da Corte Constitucional italiana em: PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1999. p. 634-635.

57. COSTA, Adriano Soares da. Op. cit., p. 441.

58. Sobre o tema do candidato com mero pedido de registro ainda não apreciado, conferir a já mencionada Consulta n. 121034, Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, 23.06.2010.

pode negar, em tese, a possibilidade de tutela antecipada em ação de impugnação de registro de candidatura. Evidente a improcedência, a antecipação de tutela em AIRC deve ser concedida, evitando que o candidato sem perspectiva razoável de deferimento goze dos benefícios que a construção jurisprudencial do TSE oferece ao candidato de registro provisório (mero requerente).

Os argumentos, para reiterar, são idênticos aos que foram apresentados para defender a possibilidade de afastar a aplicação do art. 16-A quando não houver probabilidade mínima de êxito no recurso interposto contra o indeferimento (manipulação judicial do momento da eficácia das decisões). Também por fundamentos já deduzidos, o indeferimento antecipado do pedido pode se dar independentemente de AIRC. Questão de ordem pública que é, autoriza-se o indeferimento antecipado de ofício.

É necessário reconhecer que o TSE fundamenta a falta de cabimento da antecipação de tutela em processo de perda de mandato por infidelidade partidária (Res. 22.610/2007) na celeridade do procedimento.<sup>59</sup> O argumento não é absoluto. É óbvio que a celeridade dos juízos formalmente sumarizados desqualifica o *periculum*, mas não se pode descartar que o caso concreto revele a necessidade de tutela de urgência. Candidatos com inequívoca ausência de condições de registrabilidade podem ser impedidos liminarmente de ostentar o título de candidatos provisórios. Os casos são excepcionais, é claro, mas a excepcionalidade não pode nublar a ausência de óbice de natureza processual.

Em recente julgado do TREPR (aqui já citado) se reconheceu que o caso concreto (alto grau de verossimilhança e poucos meses para o final do mandato) pode indicar a necessidade de concessão de tutela antecipada em processo de perda de mandato por infidelidade partidária.<sup>60</sup> Também no âmbito de uma

---

59. Não cabe no procedimento veiculado pela Res. TSE 22.610/2007 a antecipação dos efeitos da tutela. A celeridade processual, inerente aos feitos eleitorais, já está contemplada nos processos regidos pela resolução em foco, pois, além da preferência a eles conferida, hão de ser processados e julgados no prazo de 60 dias. Sem falar que “são irrecorríveis as decisões interlocutórias do relator” (art. 11 da Resolução). 2. É prematuro antecipar os efeitos da tutela quando o parlamentar nem sequer apresentou as razões pelas quais se desfilou da agremiação partidária. Economia e celeridade processual não têm a força de aniquilar a garantia do devido processo legal (MS 3.671/GO, DJ 11.02.2008, rel. Min. Carlos Ayres Britto).

60. Cumpre ter presente aqui outra circunstância de inofidável preponderância: não desconheço precedente do TSE que consagra a não admissão da tutela antecipada neste tipo de procedimento em razão de sua celeridade própria – MS 3.671/GO. Sucede, porém, que a adoção de todo o rito procedimental para perda do cargo em razão de infidelidade nesta época implica, especialmente nesta demanda, na perda de seu

AIRC, se demonstrada a ausência absoluta de perspectiva de êxito do pedido (alta probabilidade de êxito da AIRC, em contrapartida) é, sim, possível o deferimento da tutela antecipada, com a conseqüente revogação do registro provisório que se outorga indistintamente a todos os candidatos que o requerem, extirpando liminarmente requerimento sem chance alguma de êxito.

É sempre bom lembrar que o juízo sumário não é superficial, como pensam muitos, mas sim “exame atento e conseqüente (...) em face de um material probatório ainda incompleto”. É por isso que a expressão cognição superficial não pode autorizar “decisão irrefletida”.<sup>61</sup> E mais. Ao contrário do que pensam muitos, “o risco de erro judiciário derivado de cognição exauriente com aquele resultante de cognição menos profunda” é aproximado, *quando não equivalente*.<sup>62</sup> A compreensão exata disso deveria debelar as resistências aos juízos sumários, especialmente no Direito Eleitoral.

## 7. IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DA AIRC COM FUNDAMENTO NO ART. 322 DO NCPC

Não há relação direta com o tema do artigo, mas se é possível a tutela antecipada na AIRC, por outro lado é possível dizer que também está autorizada a sentença liminar de improcedência do art. 322 do NCPC (art. 285-A do CPC/1973). Sendo a questão de direito e a AIRC articuladas contra a orientação conformada nos tribunais superiores, o correto é a improcedência liminar.

É necessário lembrar que desde a LC 5/1970, suprimiu-se a legitimidade ativa do eleitor para a impugnação, em dispositivo quase integralmente repetido na vigente LC 64/1990.<sup>63</sup> A *mens legis* estava e está em restringir os legitimados e evitar impugnações juridicamente despropositadas, eventualmente

---

objeto na medida em que com o início do período eleitoral tal processo será julgado no mínimo no mês de setembro, o que impede o exercício do cargo que resta à autora, detentora do direito invocado (TREPR, Requerimento 397-89 – Classe 24, Rel. Luciano Carrasco).

61. Como se apanha da percuciente análise sobre o tema de: FLACH, Daisson *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 82.
62. BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 89.
63. LC 5/1970: “Art. 5.º Caberá a qualquer candidato, a Partidos Políticos, ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada”. A LC 64/1990 apenas acrescentou a legitimidade das coligações, adequando a discrepância de tratamento para o “partido *pro tempore*” nas Constituições de 1967 e 1988.

embaladas por motivações políticas.<sup>64</sup> Há inegável prejuízo político aos candidatos de registro impugnado, como já mencionado.

Preenchidos os requisitos do art. 322 (matéria unicamente de direito e jurisprudência conformada em sentido oposto à tese deduzida na AIRC), a improcedência liminar se impõe. Além da celeridade e da efetividade, o art. 322 do NCPC se liga à racionalização dos processos repetitivos, o que revela o ganho de utilidade que o dispositivo pode ter no âmbito do contencioso eleitoral.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- \_\_\_\_\_. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista dos Tribunais*. vol. 821. ano 93. São Paulo: Ed. RT. p. 39-74. mar./2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende et al. (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- BRASIL. Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 (Código Eleitoral).
- \_\_\_\_\_. Lei Complementar 5, de 29 de abril de 1970.
- \_\_\_\_\_. Lei Complementar 64, de 21 de maio de 1990.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3592/DF Tribunal Pleno, rel. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 26.10.2006, DJ 02.02.2007.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Acórdão 31.412/2006, rel. João Pedro Gebran Neto, j. 22.08.2006.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Requerimento 397-89 – CLASSE 24, rel. Luciano Carrasco, de 23.08.2001.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão 7.560, Mandado de Segurança n.701, rel. designado Min. José Guilherme Villela, de 17.05.1983.

---

64. Prova desta preocupação é tratamento penal que a matéria ganhou na LC 64/1990: “Art. 25. Constitui crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé”.

- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgRg em MS 379814, Acórdão de 14.12.2010, Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, *DJe – Diário da Justiça eletrônico*, Tomo 038, 23.02.2011.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgRg em REsp Eleitoral 33519, Acórdão de 28.10.2008, Rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Consulta 121034, Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, 23.06.2010.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautelar 1040, Decisão Monocrática de 05.03.2002, Rel. Min. Luiz Carlos Lopes Madeira.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautelar 702, Decisão Monocrática de 14.09.2000, Rel. Min. Fernando Neves Da Silva.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Medida Cautelar 703, Decisão Monocrática de 15.09.2000, Rel. Min. Nelson Azevedo Jobim.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança (MS) 3.275, Rel. Min. Carlos Madeira, de 17.05.2005.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 408.829, Min. Marcelo Henriques Ribeiro De Oliveira, 07.12.2010.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 3.671/GO, rel. Min. Carlos Ayres Brito, *DJ* 11.02.2008.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Processo Administrativo 325256, Acórdão de 01.10.2010, Rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, *DJe – Diário da Justiça eletrônico*, Tomo 205, 22.10.2010.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RCED 607, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 29.08.2003.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Eleitoral 1.943, do Rio Grande do Sul, *Boletim* n. 13.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução 21.608 de 9 de março de 2004.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução 22.717, de 28 de fevereiro de 2008.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução 23.372 de 14 de dezembro de 2011.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução 23.373 de 14 de dezembro de 2011.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RO 452.298, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 16.12.2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CALMON DE PASSOS, J. J. *Inovações ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Apelação sem efeito suspensivo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. ; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos processuais do direito eleitoral: a ação de impugnação de registro de candidato, a ação de investigação judicial eleitoral e a representação do art. 96 da Lei das Eleições. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da (coord.). *Temas atuais de direito eleitoral*. São Paulo: Pillares, 2009.

- COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- \_\_\_\_\_; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos processuais do direito eleitoral: a ação de impugnação de registro de candidato, a ação de investigação judicial eleitoral e a representação do art. 96 da Lei das Eleições. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da (coord.). *Temas atuais de direito eleitoral*. São Paulo: Pillares, 2009.
- JORGE, Mario Helton. Recurso extraordinário – Atribuição de efeito suspensivo. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 2002. vol. 6.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- MACHADO, A. C. C. *Tutela antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes Ed., 1988.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- \_\_\_\_\_; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Antecipação da tutela recursal e efeito suspensivo – Análise de alguns problemas decorrentes da aplicação do art. 558 do CPC. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; NERY JR., Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006. vol. 3.
- \_\_\_\_\_. Tutela provisória. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. *Direito eleitoral: aspectos processuais*. Curitiba: Juruá, 2010.
- PINTO, Junior Alexandre Moreira. *Conteúdos e efeitos das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1999.

- RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- SANT'ANNA, Paulo Afonso de Souza. Medidas de urgência no âmbito recursal. In: NERY Jr., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2003. vol. 7.
- SILVA, Ovidio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SPIAZZI, Gianfranco. Brevi note in tema di *periculum in mora* nella tutela cautelare contro l'illecito concorrenziale. *Rivista di Diritto Industriale*. n. 1. Giuffrè. parte II, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*. vol. 80. São Paulo: Ed. RT. p. 125-146. out.-dez./1995.
- \_\_\_\_\_. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- TOMMASEO, F. Provedimenti d'urgenza e diritto delle società. *Le Società*. n. 1. 1984.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A natureza jurídica do pedido de registro de candidatura e os estritamente objetivos limites da lide, de Miguel Pereira Neto e Bárbara Mendes Lôbo – *RIASP* 32/293-302 (DTR\2013\12517);
- Notas para a compreensão do contencioso da apresentação ou registro das candidaturas das eleições políticas, sob o enfoque dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, de Jacqueline Sophie Periotto Guhur Frascati – *RDCI* 58/174-219 (DTR\2007\79); e
- Propaganda eleitoral. Colisão de princípios constitucionais. Lesividade à democracia das propagandas ofensivas das chamadas "candidaturas laranjas". Suspensão da propaganda que ofende reiteradamente decisões judiciais, de Adriano Soares da Costa – *RT* 806/79-86 (DTR\2002\533).

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 image, creating a subtle pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

# **Direito Empresarial**



# A GOVERNANÇA CORPORATIVA DAS COMPANHIAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

---

*THE CORPORATE GOVERNANCE OF COMPANIES IN JUDICIAL RECOVERY*

**FERNANDA NEVES PIVA**

Mestre em direito comercial e bacharel pela PUC-SP.  
Advogada.  
fpiva@machadomeyer.com.br

**GUILHERME SETOGUTI**

Doutorando, mestre e bacharel pela Faculdade de Direito da USP. Professor do Insper. Integrante da lista de árbitros da Camfiop.  
Advogado.  
gsetoguti@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Comercial/Empresarial; Societário

**RESUMO:** Este artigo analisa brevemente os relevantes impactos da recuperação judicial na governança corporativa da sociedade devedora, especialmente a concessão, pela Lei 11.101/2005, de significativos poderes aos credores em contrapartida ao ofuscamento dos poderes do controlador da companhia em recuperação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Governança corporativa – Recuperação judicial – Limitações ao poder de controle na recuperação judicial – Atribuição de poderes aos credores pela Lei 11.105/2005.

**ABSTRACT:** This article briefly analyses the relevant impacts of judicial recovery in the corporate governance of the debtor company, especially the granting of significant powers to creditors in contrast to a decrease of the controller's powers under the Brazilian recovery and bankruptcy law.

**KEYWORDS:** Corporate governance – Judicial recovery – Limitations on the control during the judicial recovery – Empowerment of creditors under Law 11.105/2005.

**SUMÁRIO:** 1. Delimitação do objeto e plano do artigo – 2. O poder de controle: 2.1 Conceito de controle; 2.2 O controle na empresa em crise – 3. Limitações ao poder de controle: 3.1 Limitação ao poder de disposição dos bens da companhia; 3.2 Limitações ao exercício do direito de voto; 3.3 Eleição de administradores – 4. Hipertrofia de poderes de terceiros – 5. Impactos no regime informacional – 6. Conclusão – Bibliografia.

## 1. DELIMITAÇÃO DO OBJETO E PLANO DO ARTIGO

Este artigo tem por finalidade fazer algumas considerações e reflexões a respeito de como o processo de recuperação judicial impacta a malha organizacional e a governança de uma companhia. Apesar de pouca literatura sobre o assunto, trata-se de tema relevante e atual, sobretudo no momento presente, em que aumenta a passos largos o número de companhias abertas em recuperação judicial.

A apresentação de um pedido de recuperação, o deferimento do seu processamento e, especialmente, a aprovação do plano – três marcos bem delineados do processo de recuperação judicial – importam modificações profundas na malha organizacional da companhia, isto é, no exercício do seu controle, nos mecanismos de formação da vontade social, no modo como é exercida a administração e no seu regime informacional.<sup>1</sup>

Isso ocorre porque a recuperação judicial redefine os órgãos de formação (órgãos deliberativos) e externalização da vontade social (administração), e, portanto, altera o modo pelo qual são exercidos o controle societário e o controle empresarial. O direito da empresa em crise atribui a sujeitos externos à organização societária (terceiros) poderes de deliberação sobre a atividade empresarial e o patrimônio da companhia. A recuperação ofusca o poder do acionista controlador e, talvez não seja exagero dizer, institui uma espécie de *controle compartilhado* entre devedor e credores, fruto da constante tensão negocial que entre eles existe.

O acionista controlador segue portando essa qualidade e a sociedade segue ostentando personalidade jurídica e órgãos próprios: é representada (ou, para alguns, *presentada*) por seus administradores, a sua vontade emana dos órgãos deliberativos e continua a ser capitaneada pelo controlador. Mas há um *enfraquecimento do controle*, que passa a se sujeitar a restrições legais e à fiscalização do juiz, dos credores e do administrador judicial.

E é sobre essas questões que se deterá este artigo.

## 2. O PODER DE CONTROLE

### 2.1 *Conceito de controle*

De acordo com o art. 116 da Lei 6.404/1976 (Lei das S/A), o acionista controlador se identifica por três requisitos: (i) predominância de votos nas

---

1. As considerações defendidas neste artigo consistem no aprofundamento do que foi defendido por um de seus coautores, em trabalho anterior (cf. SETOGUTI, Guilherme;

assembleias-gerais, com a eleição da maioria dos administradores; (ii) permanência dessa predominância e (iii) uso efetivo do poder de dominação.

Apesar dessa disposição legal – que em princípio não traça qualquer diferença entre espécies de controle, este pode ser diferenciado em societário e empresarial. O *controle societário* é um poder de sócio, de determinar a formação da vontade social, isto é, o poder de determinar o sentido das deliberações sociais e de eleger a administração. A sociedade é controlada pelo acionista titular de direitos de sócio que lhe assegurem a maioria de votos em deliberações sociais. Já o *controle empresarial* é o poder de dispor sobre os meios de produção da empresa (manifestação de dominação da empresa). O titular do poder de controle detém o poder de dispor sobre os bens da empresa, como se fossem seus, pois ao fazê-lo assumiria a condição de empresário. O controle empresarial é exercido pela companhia, por meio de seus administradores.

O poder de controle societário e o empresarial não se confundem, devido à inegável delegação de competências da Lei das S/A. Tanto é que o art. 117, § 3.º, da lei diz que: “O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo”. Apesar dessa distinção conceitual, eles, via de regra, estarão sobrepostos.

A distinção entre controle societário e empresarial é mais clara em sociedades de capitais. As sociedades de pessoas são preponderantemente sociedades de empresários. Nessas organizações, os detentores do capital são, via de regra, os senhores da atividade empresarial: ou desempenham eles próprios a administração, ou reservam para si alguns poderes de administração ou dão instruções ao administrador.

A situação é diferente nas sociedades de capitais, como é o caso das anônimas. A administração se autonomiza e, assim, passa a competir exclusivamente aos administradores. A administração é autônoma da assembleia: a primeira exerce poder-função administrativo, a segunda exerce poder-função deliberante. É verdade que a assembleia é, formalmente, órgão hierarquicamente superior. Mas os administradores, como órgãos da companhia, recebem poderes da lei. Os administradores não são mandatários dos acionistas, mas órgãos da companhia, e, portanto, não têm dever de seguir ordens de ninguém, exceto da companhia (e, mesmo assim, no seu melhor interesse). É por isso que o art. 154, § 1.º, da Lei das S/A estabelece que: “O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os

---

WARDE JR., Walfrido. A governança das empresas em crise. *Capital Aberto*. n. 150, jul.-ago./2016, p. 31).

demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres”.

Embora relevante, porque estabelece limites à apropriação, pelo titular do controle societário, dos meios de produção da empresa, essa distinção acaba sendo na prática relativizada, sobretudo em modelos de capital concentrado, como é o caso do Brasil, em que há certa convergência entre as figuras do controlador e do empresário. Na prática, não é raro que o controlador tenha um poder de vida e morte sobre a administração, podendo a qualquer tempo destituir administrador, discricionariamente. O poder de controle, assim, se projeta para além do foro assemblear, impondo-se sobre a administração de modo permanente.

De toda forma, essa distinção é pouco relevante para este artigo. O que deve ficar assentado é a noção de controle como direito de capitanear a empresa e dispor dos bens de terceiro como um proprietário.<sup>2</sup>

## 2.2 O controle na empresa em crise

Com a recuperação judicial, há uma redefinição dos órgãos de formação da vontade social (órgãos deliberativos) e dos órgãos de externalização dessa formação (administração), e, portanto, do controle societário e do controle empresarial. A recuperação judicial leva a uma reestruturação da malha organizacional da sociedade, marcada principalmente pelo aumento da eficácia interna das relações externas.

A recuperação ofusca o poder do acionista controlador e, talvez, não seja exagero dizer que institui uma espécie de *controle compartilhado* entre devedor e credores, fruto da constante tensão negocial que entre eles existe. Existe uma constante negociação entre devedor e credores, o que reforça que o plano de recuperação se trata de um negócio jurídico. Exemplo disso é a circunstância de que o plano de recuperação é proposto pelo devedor, mas os credores podem propor modificá-lo, o que só ocorrerá se houver concordância do devedor (LRF arts. 53 e 56, § 3.º).

O acionista controlador não deixa de portar essa qualidade e a sociedade segue ostentando personalidade jurídica e órgãos próprios: é representada por seus administradores, a sua vontade emana dos órgãos deliberativos e continua a ser capitaneada pelo controlador. Mas há um enfraquecimento desse controle, que passa a se sujeitar a restrições legais e à fiscalização do juiz, dos credores e do administrador judicial.

---

2. CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris: Sirey, 1962. p. 161.

O que acaba de ser dito não significa que o processo de recuperação faça com que o acionista controlador deixe de ostentar essa qualidade. Ao contrário do que ocorre na falência – na qual há extinção da personalidade jurídica da sociedade e consequente dissolução dos órgãos societários (CC, art. 1.044) –, a sociedade recuperanda continua ostentando personalidade jurídica própria e todos os seus órgãos societários. Ela continua sendo representada por seus administradores, tendo sua vontade social emanada dos órgãos deliberativos e capitaneada por seu controlador. O que ocorre é um enfraquecimento desse controle. Mas ele continua a existir. O controle e a administração da sociedade permanecem, mas passam a ser sujeitos a restrições legais e à fiscalização dos credores, do Poder Judiciário e de seus auxiliares.

### 3. LIMITAÇÕES AO PODER DE CONTROLE

#### 3.1 *Limitação ao poder de disposição dos bens da companhia*

Como se sabe, é conceito clássico de direito societário, que remonta ao antológico trabalho de Berle e Means,<sup>3</sup> a noção de que o controle societário consiste no poder de disposição de bens alheios. O controlador, portanto, tem o poder de dominação sobre os bens da companhia.

Altera-se esse cenário, porém, no caso da companhia em recuperação judicial. A disposição de bens do devedor após a apresentação do pedido de recuperação fica condicionada à aprovação dos credores, seja pela não objeção ao plano (LRF, art. 55), seja pela aprovação do plano em assembleia-geral de credores (LRF, art. 45), seja, ainda, pela modificação do plano por deliberação autorizadora da assembleia-geral de credores (LRF, art. 56, § 3.º).

A alienação de ativo não prevista no plano de recuperação judicial também é possível, mas dependerá de autorização do juiz e da oitiva do Comitê de Credores, se constituído (LRF, art. 66).<sup>4</sup>

O controlador de uma companhia em recuperação, assim, embora permaneça no controle, sofre sérias restrições ao poder de disposição dos bens do ente coletivo, tendo em vista a necessária intervenção dos credores e/ou do juiz na venda de ativos da sociedade devedora.

Tão rígidas são as limitações legais relativas à alienação de bens da companhia em recuperação, que a não observância do disposto no art. 66 da LRF

---

3. BERLE JR., Adolf; MEANS, Gardiner. *The modern corporation and private property*. New York: Macmillan, 1932.

4. A opinião dos credores, nesse caso, embora não seja vinculante, é um importante elemento na formação da convicção do magistrado.

pode inclusive dar ensejo à convalidação do processo de recuperação judicial em falência,<sup>5</sup> ainda que não haja, na Lei 11.101/2005, sanção expressamente prevista para a hipótese. Além disso, o ato de disposição praticado sem a devida autorização será considerado ineficaz.

Iniciado o processo de recuperação judicial, portanto, o acionista controlador tem seu poder de disposição sobre os bens da companhia significativamente restringido. Pode-se falar até mesmo em total esvaziamento do poder de disposição de bens alheios,<sup>6</sup> inerente ao controle societário, em virtude da obrigatória interferência dos credores e/ou do juízo em todo e qualquer ato de alienação de ativos da empresa em recuperação.

### 3.2 Limitações ao exercício do direito de voto

A recuperação judicial também acarreta limitações ao exercício de direitos políticos pelos sócios da devedora, como, por exemplo, o impedimento de voto do sócio credor da sociedade na assembleia-geral de credores (LRF, art. 43).<sup>7</sup>

---

5. Esse posicionamento é defendido por Fábio Ulhoa Coelho: “No dispositivo equivalente da lei anterior (na verdade, no referente às limitações legais impostas ao concordatário) – art. 149 – a inobservância das restrições legais acarretava a ineficácia do ato em caso de falência. Não há previsão semelhante na lei atual. Desse modo, a inobservância das restrições deve ser considerada descumprimento de obrigação legal por parte do requerente da recuperação judicial, em razão da qual cabe a convalidação desse processo em falência” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 266). No mesmo sentido manifestou-se o TJSP no julgamento da Ap. 0119543-22.2008.8.26.0000 (j. 25.06.2009) e do AgIn 0071641-34.2012.8.26.0000 (j. 05.06.2012), relator em ambos o Des. Pereira Calças.

6. A esse respeito, aponta Maurício Menezes que, “uma vez iniciado o processo, o acionista controlador fica integralmente esvaziado do poder de orientar e fazer com que a administração da companhia realize atos de alienação de bens do ativo não circulante” (*O poder de controle nas companhias em recuperação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 128).

7. “Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do *quorum* de instalação e de deliberação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2.º (segundo) grau, ascendente ou descendente

O sócio que ostenta também o papel de credor da sociedade devedora tem seu direito de participação na assembleia-geral de credores assegurado, mas não o direito de voto, por expressa disposição do art. 43 da LRF. A intenção do legislador ao impor tal restrição aos sócios credores da sociedade em recuperação foi evitar que tais pessoas, por estarem envolvidas em evidente conflito de interesses, pudessem participar efetivamente das deliberações de aprovação do plano de recuperação judicial.

Embora a lei nada mencione sobre o direito de voz nesse caso, entende-se que, ao garantir a participação e não apenas a presença dos sócios, o art. 43 da LRF reconhece o direito de tais pessoas se manifestarem e não apenas comparecerem à assembleia.<sup>8</sup>

O papel dos sócios da devedora na assembleia-geral de credores, portanto, limita-se à fiscalização de eventuais irregularidades, sendo-lhes conferido o direito de manifestação no curso das discussões, vedada expressamente, porém, a sua participação em deliberações. É o que a doutrina classifica como “participação extraordinária”.<sup>9</sup>

Essa limitação ao exercício dos direitos políticos pelos sócios da devedora é alvo de críticas, por representar um desincentivo ao fornecimento de crédito pelo sócio à sociedade em crise. Como a lei determina que os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial (LRF, art. 49), é evidente a preocupação do sócio que pretenda fornecer crédito à sociedade que já está em dificuldades econômico-financeiras, temendo uma futura recuperação judicial.

Existe, assim, um desestímulo ao sócio disposto a conceder crédito à companhia em crise, considerando a hipótese de uma futura recuperação judicial em que terá o seu crédito submetido aos efeitos do plano e, além disso, será impedido de votar na assembleia-geral de credores. Em última análise, tal restrição imposta aos sócios pode vir a prejudicar até mesmo a recuperação da empresa.

---

do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções.”

8. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 140; e COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, 11. ed., 2016, p. 159.

9. CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 94.

### 3.3 Eleição de administradores

Mesmo durante o curso da recuperação judicial o devedor continua com o poder de eleger a maioria dos administradores e de orientá-los, mas esse poder passa a ser relativo, na medida em que os administradores podem ser destituídos a pedido dos credores e até mesmo de ofício pelo juiz.

Além disso, estão arrolados entre os meios de recuperação da empresa (i) a substituição dos administradores; (ii) a modificação de seus órgãos de administração e (iii) a administração compartilhada (LRF, art. 50, IV e XIV).

A substituição de administradores é medida que pode ser tomada a qualquer momento pelos acionistas, injustificadamente, mesmo no curso da recuperação judicial. Incluir tal previsão no plano de recuperação judicial, portanto, significa submeter à apreciação dos credores uma decisão que, em regra, não dependeria da anuência de tais pessoas. Trata-se, portanto, de hipótese de concessão deliberada, pela sociedade devedora, de permissão para os credores intervirem na governança da companhia.

Quanto às hipóteses de afastamento dos administradores da empresa em recuperação, estão previstas no art. 64 da LRF São elas: (i) condenação em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anterior, ou por crime contra o patrimônio, a economia popular, ou a ordem econômica; (ii) existência de indícios veementes de cometimento de crime falimentar; (iii) atuação com dolo, simulação ou fraude em prejuízo aos interesses dos credores; (iv) prática de condutas prejudiciais à empresa em crise, tais como realização de despesas injustificáveis, descapitalização da empresa ou efetivação de operações que prejudiquem seu funcionamento regular; (v) recusa de prestação de informações ao administrador judicial ou ao Comitê de Credores; e (vi) previsão de afastamento no plano de recuperação judicial.

Da análise de tais disposições da Lei 11.101/2005, nota-se claramente que, na recuperação judicial, o poder de eleição dos administradores pelo acionista controlador, embora mantido, é relativizado, na medida em que se sujeita a uma possível interferência dos credores ou do juiz se configurada alguma das situações descritas no art. 64 da LRF. Ainda, a relativização de tal poder do controlador poderá decorrer de previsões contidas no próprio plano de recuperação, como permite o art. 50 da LRF.

Está-se diante, novamente, de previsões que asseguram a ingerência de terceiros na administração da companhia em crise, a evidenciar o já mencionado ofuscamento dos poderes do acionista controlador no processo recuperacional.<sup>10</sup>

---

10. Segundo Maurício Menezes: “Diante desse cenário, a governança da companhia em recuperação judicial pode situar-se, ao que tudo indica, em parte na atuação do

A destituição de administradores por qualquer das hipóteses previstas no art. 64 da LRF ensejará sua substituição, que deverá se dar de acordo com as disposições dos atos constitutivos do devedor ou do plano de recuperação judicial (LRF, art. 30, parágrafo único).

Se o afastado, porém, for o controlador, a consequência prevista na lei é distinta. Não haverá, nesse caso, a simples substituição daquele que houver sido destituído, mas sim a nomeação de gestor judicial, a ser deliberada em assembleia-geral de credores. O gestor nomeado assumirá a administração das atividades da sociedade devedora (LRF, art. 65) e, no período compreendido entre a destituição do controlador e sua nomeação, a administração da companhia será exercida pelo administrador judicial (LRF, art. 65, § 1.º). Aplicam-se ao gestor as regras que estabelecem os deveres do administrador judicial, assim como as disposições relativas a impedimentos e remuneração.

A destituição do controlador, vale ressaltar, é uma drástica medida prevista na Lei 11.101/2005, a ser adotada com cautela, por ter como consequência a assunção da administração da companhia por terceiro escolhido pelos credores, que não necessariamente estão a par ou em consonância com os interesses da sociedade devedora. Para Manoel Justino Bezerra Filho, espera-se, nesse caso, “que haja interesse dos credores na assunção da administração, para que a empresa continue em funcionamento, visando sua recuperação”.<sup>11</sup> Segundo o autor, na eventualidade de não haver interesse por parte dos credores e recusa constante por parte de indicados ao cargo de gestor, “o caminho para o decreto de falência estará indicado”.

#### 4. HIPERTROFIA DE PODERES DE TERCEIROS

Pode-se dizer que na recuperação judicial existe um pêndulo de poderes. Em contraposição à perda de poderes do controlador, há claramente um aumento de poderes de terceiros. Daí se falar até mesmo em *creditor control* no direito norte-americano.

Esses poderes e direitos são outorgados aos credores em contrapartida aos sacrifícios que lhes são impostos,<sup>12</sup> como, por exemplo, o recebimento de seu

---

acionista controlador e em parte na atuação dos credores, sobretudo via Comitê de Credores” (Op. cit., p. 80).

11. BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Op. cit., p. 189.

12. Luís Felipe Salomão e Paulo Penalva, ao comentarem a participação ativa dos credores na recuperação judicial, ponderam que: “A lei, na verdade, tenta reverter a tendência

crédito fora do prazo de vencimento e até mesmo com desconto, os gastos com a contratação de profissionais (advogados, financistas).

O que se nota, assim, é que a Lei 11.101/2005, por meio de diversos dispositivos que ora serão analisados, confere aos credores o poder de deliberar sobre as mais importantes questões no curso da recuperação judicial e, assim, em muito influenciar na governança da sociedade devedora.

Não se pode desconsiderar que os credores têm interesses diversos e egoísticos, dos quais podem surgir inúmeros conflitos de interesses. Por isso, é fundamental a sua organização, para que possam exercer seus poderes e direitos coordenadamente na recuperação judicial, com vistas a um interesse comum, que é a maximização de seu crédito.

A Lei 11.101/2005 traz diversos critérios para que o exercício dos direitos dos credores se dê de forma organizada, a fim de que a sua atuação seja a mais eficiente possível. Isso se verifica, por exemplo, na divisão dos credores em classes, na concessão de direitos políticos aos credores e na criação de órgãos fiscalizadores e deliberativos a serem compostos pelos credores.

A assembleia-geral de credores é o órgão máximo deliberativo num processo de recuperação judicial e nada mais é do que a reunião dos credores sujeitos à recuperação judicial, divididos em classes, com vistas à tomada de decisões a respeito de matérias previstas na Lei 11.101/2005, sendo a principal delas a deliberação sobre o plano de recuperação.

A instalação da assembleia é necessária, segundo o art. 35 da LRF, para que os credores deliberem (i) sobre o plano de recuperação judicial; (ii) a respeito da constituição e da composição do Comitê de Credores; (iii) acerca do pedido de desistência apresentado pelo devedor após o deferimento do processamento da recuperação judicial; (iv) sobre a nomeação de gestor judicial na eventualidade de destituição do controlador da companhia; e (v) a respeito de qualquer outro assunto de interesse dos credores.

Como se vê, caberá à assembleia-geral de credores apreciar as questões mais diversas e relevantes no curso da recuperação judicial. Há de se ponderar, porém, que, embora o poder de deliberação atribuído à assembleia seja muito abrangente e significativo, não se sobrepõe ao poder do juízo da recuperação.

---

de descaso dos credores, que ocorre logo após o malogro do devedor, seja quando requer a recuperação, seja, principalmente, na falência. De fato, com a participação dos credores, os resultados obtidos nos processos judiciais de falência e recuperação são muito mais adequados às soluções de mercado, evitando-se, também, ocorrência de fraudes na execução do plano” (SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 24).

Um exemplo da preponderância do poder jurisdicional é a possibilidade de aprovação do plano pelo juiz, se presentes os requisitos do art. 58 da LRF, mesmo que tenha sido rejeitado pela assembleia-geral de credores (*cram down*).

O Comitê de Credores (arts. 26 e 27 da LRF), por sua vez, é o órgão que congrega representantes das classes de credores. Sua constituição é facultativa e sua principal atribuição é fiscalizar as atividades da sociedade devedora (com a prestação de informações ao juízo), o cumprimento do plano de recuperação e a atividade do administrador judicial.

O Comitê também deverá ser ouvido quando da alienação de ativos da sociedade devedora (art. 66 da LRF). Sua função, em síntese, é racionalizar a atividade dos credores e reduzir o tempo e os custos de transação decorrentes da negociação entre a sociedade devedora e seus credores. É órgão que centraliza interesses, filtrando e coordenando as reivindicações das classes de credores.

Na hipótese de afastamento do controlador pelas razões previstas na lei, caberá ao Comitê, enquanto não nomeado o gestor judicial, submeter à autorização do juiz a alienação de bens do ativo da empresa em recuperação, a constituição de ônus reais e outras garantias, e os atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período anterior à aprovação do plano de recuperação (LRF, art. 27, c).

As funções atribuídas ao Comitê de Credores contribuem inegavelmente com o fortalecimento do poder dos credores na recuperação judicial, em contrapartida ao ofuscamento do poder do controlador da sociedade devedora. Basta lembrar que a lei prevê a necessidade de oitiva do Comitê sempre que a empresa em recuperação pretender alienar seus ativos e tal alienação não estiver prevista no plano apresentado.

Em relação aos direitos políticos passíveis de serem concedidos aos credores de acordo com a Lei 11.101/2005, estão previstos no art. 50, que trata dos chamados meios de recuperação judicial e nada mais são do que os mecanismos de que o devedor dispõe para tentar superar a crise. Os incs. V e XIV do referido art. 50 da LRF, por exemplo, preveem, respectivamente, como meios de recuperação da empresa, a “concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar” e a “administração compartilhada”. É certo que, nesse caso, a atribuição de poder aos credores decorrerá da manifestação de vontade da própria sociedade devedora.

Vale ressaltar que o rol estabelecido no art. 50 da LRF é meramente exemplificativo, sendo permitida a existência de outras previsões no plano de recuperação judicial a respeito da participação dos credores na governança da companhia.

São inúmeras as disposições da Lei 11.101/2005 que atribuem aos credores um grande poder de fiscalização e ingerência no destino da companhia em recuperação. Ocorre que os interesses egoísticos dos credores, voltados principalmente à maximização de seu crédito, como já mencionado, muitas vezes são incompatíveis com o reerguimento da empresa.

Por outro lado, a organização dos credores e o acompanhamento das atividades da companhia em crise são essenciais ao estabelecimento do diálogo com a sociedade devedora, fundamental ao bom andamento e à eficiência da recuperação judicial.

Interessante é a ponderação feita por Maurício Menezes a respeito da possibilidade de conciliação, em determinados casos, dos interesses da sociedade devedora e dos credores, de forma que os poderes atribuídos aos últimos num processo de recuperação judicial não sejam exercidos exclusivamente em busca da maximização de seu crédito. Segundo o autor, é essencial que se implemente uma cultura de “ativismo de credores”, já existente nos Estados Unidos, que

potencializa as chances de efetivo soerguimento da companhia em crise, uma vez que possibilita maior comprometimento dos principais credores com os rumos da recuperação da devedora, na expectativa de aumento de ganhos e minimização de prejuízos.<sup>13</sup>

O ativismo de credores (*activism distressed debt investing*) consiste na aquisição, por investidores qualificados, de créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial de uma determinada empresa, para, por meio do chamado “ativismo creditório”, interferirem na governança da companhia devedora. A participação ativa dos credores, nesse caso, tem efeitos positivos ao próprio reerguimento da empresa, tendo em vista a convergência dos interesses do credor-investidor e da sociedade devedora.

Trata-se, sem dúvida, de alternativa extremamente interessante, mas que depende da evolução do direito recuperacional brasileiro para ser implementada. Como se sabe, o investimento em companhias em recuperação no país não é prática recorrente, especialmente em razão dos riscos envolvidos em tais operações e da inexistência de incentivos na Lei 11.101/2005.

## 5. IMPACTOS NO REGIME INFORMACIONAL

A assimetria de informações que há entre devedor e credores é grande, especialmente no contexto de companhias fechadas. Essa disparidade informa-

---

13. MENEZES, Maurício. Op. cit., p. 86.

cional dificulta que os credores tomem uma decisão eficiente e racionalmente orientada a respeito do plano de recuperação.

Como já antecipado acima, os credores têm interesses diversos e egoísticos, dos quais surgem conflitos de interesses.<sup>14</sup> Isso faz com que seja fundamental a sua organização para que componham seus interesses e exerçam seus direitos coordenadamente, com vistas à consecução do interesse comum, que é a maximização de seu crédito. A Lei 11.101/2005 traz critérios para o exercício de tais poderes e para que haja essa coordenação, a fim de que a atuação dos credores se dê da maneira mais eficiente possível. O maior exemplo disso é a sua divisão em classes, com direitos políticos, e a existência de critérios legais para a tomada de deliberações.

Justamente por conta dessa realidade a lei atribui à companhia em recuperação um *regime informacional próprio*, composto por normas que tutelam o direito à informação dos credores e terceiros que com ela contratam.<sup>15</sup>

É com esse espírito que se impõe um (amplo) conteúdo mínimo de informações e documentos que a petição inicial do processo de recuperação deve conter, como, por exemplo, exposição das causas da situação patrimonial do devedor e da sua crise econômico-financeira, documentos contábeis (balanço patrimonial, demonstração de resultados, relatório gerencial e projeção de fluxo de caixa etc.), relação nominal de credores, relação integral de empregados, relação de bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor, extratos bancários etc. (LRF, art. 51).

A lei também traz disposições que limitam o direito de sigilo do acionista controlador e dos administradores da sociedade, ao determinar que a petição inicial do pedido de recuperação deve conter a relação dos seus bens particulares (LRF, art. 51, VI).

Seguem a mesma lógica as disposições legais que atribuem ao juiz e ao administrador judicial amplo acesso aos livros do devedor (LRF, arts. 7.º, 51, §§ 1.º e 3.º, e 12), bem como o poder ao administrador judicial de exigir do devedor ou de seus administradores quaisquer informações, sob pena de destituição dos administradores ou afastamento do controlador da condução da atividade empresarial (LRF, arts. 22, I d e 64, V). O mesmo se dá com os dispositivos legais que outorgam ao administrador judicial o papel de fiscalizar a

---

14. Sobre o assunto cf., por todos, BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

15. MENEZES, Maurício. Op. cit., p. 215-216.

administração do devedor e a execução do plano de recuperação, apresentando relatório mensal (LRF, art. 27, II, *a e b*).

Também revelam a preocupação do legislador com a tutela do direito à informação as disposições que preveem a publicação de editais, como, por exemplo, as regras que estipulam (i) a publicação de edital com decisão deferindo o processamento da recuperação, relação de credores e informando prazos para habilitações e divergências (LRF, art. 52, § 1.º c/c art. 7.º, § 2.º); (ii) a publicação de edital de convocação da assembleia-geral de credores (LRF, art. 36) e (iii) a publicação de edital de recebimento do plano e recuperação (LRF, art. 53, parágrafo único).

Outro exemplo de regra nesse sentido é a que determina o acréscimo da locução “em Recuperação Judicial” ao nome empresarial e a sua anotação no registro de empresas (LRF, art. 69). A finalidade da norma, como é evidente, é dar publicidade a terceiros a respeito do estado jurídico em que se encontra o devedor.<sup>16</sup> Se os administradores não cumprirem essa determinação, responderão solidariamente com a sociedade perante terceiros (CC, arts. 1.011, 1.016 e 1.053).<sup>17</sup>

A tutela do direito à informação pela lei também se dá no plano penal, em razão da previsão de sanções criminais a quem sonegar ou omitir informações ou prestar informações falsas em processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial (LRF, art. 171).

Todas essas normas revelam a preocupação do legislador com o estabelecimento de um regime informacional próprio e excepcional, que derroga parcialmente o regime de sigilo que vigora na vida normal da sociedade.<sup>18</sup> E esse

---

16. “Duas medidas são previstas na lei com o objetivo de dar ao conhecimento de terceiros a concessão da recuperação judicial. A primeira afeta o nome empresarial da beneficiária e a segunda diz respeito ao seu registro na Junta Comercial. Durante toda a fase de execução, a sociedade empresária agregará ao seu nome a expressão ‘em recuperação judicial’, para conhecimento de todos que com ela se relacionam negocial e juridicamente” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 181).

17. LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4. ed. Coord. Paulo Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

18. Está com razão Maurício Menezes quando afirma que “esse aparente rigor legal tem como principal função o equacionamento da referida assimetria informacional, tornando mais próximas as posições entre companhia devedora, sua administração e seus controladores, de um lado, e a coletividade dos credores, de outro” (Op. cit., p. 216).

é mais um exemplo de como a recuperação judicial impacta profundamente a governança corporativa da companhia.

## 6. CONCLUSÃO

Este breve artigo se propôs a dar alguns exemplos de como o processo de recuperação judicial impacta na governança das companhias em recuperação. Não há dúvida de que, enquanto mecanismos de freios e contrapesos que são, as regras de governança devem permanecer em vigor durante a recuperação. Mas também não deve haver dúvida de que esse processo importa em um profundo e amplo redesenho de tais regras. É importante, assim, saber de que forma se dá tal redesenho.

## BIBLIOGRAFIA

- BERLE JR., Adolf Augustus; MEANS, Gardiner. C. *The modern corporation and private property*. New York: Macmillan, 1932.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- CHAMPAUD, Claude. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris: Sirey, 1962.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- LOBO, Jorge. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4. ed. Coord. Paulo Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENEZES, Maurício. *O poder de controle nas companhias em recuperação judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SETOGUTI J. PEREIRA, Guilherme; WARDE JR., Walfrido Jorge. A governança das empresas em crise. *Capital Aberto*. n. 150. jul.-ago./2016.

**PESQUISAS DO EDITORIAL****Veja também Doutrina**

- Advocacia empresarial, cpc/2015 e seus reflexos na recuperação judicial de empresas, de Ruy Coppola Jr – *RT* 970/109-128 (DTR\2016\22221);
- Os meios para a recuperação judicial de empresas e problemas detectados, de Vera Helena de Mello Franco – *RT* 954/217-235 (DTR\2015\2094); e
- Recuperação judicial e a eficiência da aplicação do princípio da preservação da empresa no direito brasileiro, de Bruno Marques Bensal – *ReDE* 10/229-242, *Crise Econômica e Soluções Jurídicas* 1 (DTR\2015\10919).

# ALTERNATIVAS DE FINANCIAMENTO PARA *STARTUPS*: EQUITY CROWDFUNDING E TÍTULOS DE DÍVIDA

---

*FUNDING ALTERNATIVES FOR STARTUPS: EQUITY CROWDFUNDING AND DEBT SECURITIES*

**RAFAEL PELLEGRINI RIBEIRO**

Bacharel e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFRGS. LLM em Corporate Law pela NYU. Advogado do escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados, em Porto Alegre-RS. [rafael.ribeiro@trenchrossi.com](mailto:rafael.ribeiro@trenchrossi.com)

**MARIANA MARTINS-COSTA FERREIRA**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFRGS. Mestranda em Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP. Advogada do escritório Tavares Guerreiro Advogados, em São Paulo-SP. [mariana.martinscosta@gmail.com](mailto:mariana.martinscosta@gmail.com)

**ÁREA DO DIREITO:** Comercial/Empresarial

**RESUMO:** O presente artigo trata sobre desafios encontrados por pequenas e médias empresas com alto potencial de crescimento, as chamadas *startups*, para encontrar formas de financiar seu empreendimento. São analisadas as diferenças entre o heterofinanciamento e autofinanciamento, as possibilidades de acesso ao mercado financeiro e de capitais, além de novos meios de captação de recursos como o *equity crowdfunding*. O artigo também discorre sobre alterações legislativas que poderiam auxiliar no acesso a capital por pequenas e médias empresas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pequenas e médias empresas – *Startups* – *Crowdfunding* – Mercado de capitais – Financiamento.

**ABSTRACT:** This paper addresses the challenges of small and medium-sized companies with high growth rates, the so called *Startups*, to fund their businesses. The paper analyses the differences between the external funding and self-funding, and other new funding alternatives, such as the *equity crowdfunding*. Finally, the paper address improvements to legislation to aid better access to capital for small and medium-sized companies better.

**KEYWORDS:** Small and medium-sized companies – *Startups* – *Crowdfunding* – Capital Market – Funding.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. *Startup* como empresa de pequeno e médio porte: escolha da estrutura de capital e do tipo societário – 2. *Equity crowdfunding*: autofinanciamento ou heterofinanciamento? – 3. Heterofinanciamento: títulos de dívida para captação de

recursos por *startups*: 3.1 Debêntures; 3.2 Notas promissórias comerciais; 3.3 Título de dívida conversível; 3.4 Bônus de subscrição; 3.5 Condições gerais – 4. Conclusões – Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico de qualquer país passa, necessariamente, pelo crescimento, desenvolvimento e aprimoramento das atividades empresariais realizadas naquele local, o que exige acesso a capital. Parte desse processo de fortalecimento e crescimento da atividade empresarial depende inexoravelmente de captação de recursos para aporte na atividade produtiva, que permitirá o investimento na organização dos fatores de produção, geração de emprego, fornecimento de bens e produtos ao mercado e, ao final, espera-se, obtenção de lucros.

A subscrição e integralização do capital social da sociedade empresária pelos seus fundadores são os primeiros recursos direcionados para a atividade a ser desenvolvida por aquele empreendimento. No entanto, ao longo da vida da sociedade, ela poderá precisar contar com outros tipos de financiamento, alterando com isso sua estrutura de capital.

A estrutura de capital de cada sociedade irá variar conforme o tipo de atividade que desenvolve, o mercado em que atua, a regulação fiscal e societária do país onde desenvolve suas atividades etc. A estrutura ótima de capital dependerá de análise dos custos e riscos relacionados a cada fonte de financiamento.<sup>1</sup>

Além da decisão quanto à estrutura de capital da sociedade, caberá, ainda, a análise quanto ao meio que se utilizará para a captação de recursos, sejam eles a partir de emissão pública ou privada de títulos de participação societária ou de dívida, ou ambos. Nesse cenário muito se discute o papel do mercado financeiro e do mercado de valores mobiliários, especialmente quando se trata do financiamento de pequenas e médias empresas, cujo acesso ao crédito no mercado financeiro é ainda mais limitado e o acesso ao próprio mercado de valores mobiliários é difícil e custoso.

---

1. ROSMAN, Luiz Alberto Colonna; FERNANDES, Pedro Wehrs do Vale. Financiamento da companhia e estrutura de capital. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 236 e ss.

Como se sabe, o mercado financeiro e o mercado de valores mobiliários se prestam para o mesmo fim: a captação da poupança popular e direcionamento para as atividades produtivas. Se o mercado financeiro conta com a intermediação de agentes financeiros, o mercado de valores mobiliários possibilita o contato direto entre investidor (poupador) e investida (beneficiária dos recursos).

Evidentemente no mercado de valores mobiliários também se encontram intermediadores, no entanto, nesse caso prestam serviços de aproximação, liquidação dos valores ou mesmo de representação, o que tornaria, ainda assim, tal alternativa de financiamento menos custosa e mais eficiente.<sup>2</sup>

Além disso, o mercado financeiro, que até hoje figura como principal meio de financiamento da atividade empresária no Brasil, pode se tornar alternativa ainda mais custosa, em períodos de crise econômica. Isso porque o risco da inadimplência sobe e, conseqüentemente, o “custo do dinheiro” sobe,<sup>3</sup> especialmente para as pequenas e médias empresas que usualmente possuem maior risco de inadimplência e menos garantias para oferecer, pela própria restrição ao crédito e ao mercado.

Nesse sentido, a possibilidade às pequenas e médias empresas de acessar o mercado de valores mobiliários evidencia-se como importante alternativa de financiamento, que poderia reduzir o seu custo de capital e aumentar sua possibilidade de desenvolvimento e crescimento futuro. Em especial, nos casos de novas empresas, como se vê nas *startups*.

Ao se aproximar do momento, em que a nova sociedade necessite de liquidez, as opções do chamado heterofinanciamento – captação de recursos de terceiros – podem ser das mais variadas. Além do endividamento bancário, a companhia poderá estruturar a tomada de recursos utilizando instrumentos clássicos de captação, e, também, instrumentos com características *híbridas*.<sup>4</sup>

Ocorre, todavia, que no Brasil o acesso ao mercado de valores mobiliários por *startups* ou quaisquer outras pequenas e médias empresas ainda é muito

---

2. YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 125-127.

3. SADDI, Jairo. Porque os juros insistem em não cair. *Temas de regulação financeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 152-154.

4. ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. Instrumentos financeiros híbridos: a teoria da “substância sobre a forma” na perspectiva da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista de Direito Empresarial*. vol. 8. ano 3. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr./2015, p. 89-107.

restrito. Apesar das iniciativas da CVM para simplificar ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários por empresas de menor porte,<sup>5-6</sup> da BM&F Bovespa de criar o seguimento Bovespa Mais, e, mais recentemente, Bovespa Mais – Nível 2, ainda se percebe a dificuldade para as empresas de menor porte acessarem a esses mercados, seja pela sua dificuldade de adaptação às exigências de governança que surgem nesses mercados, seja pela própria falta de amparo técnico ou mesmo desconhecimento dos riscos e alternativas que existem para esse segmento de empresas.

O propósito desse breve estudo, sem a pretensão de ser exaustivo, é, portanto, verificar quais seriam os instrumentos de financiamento das pequenas e médias empresas, em especial, as novas alternativas de financiamento surgidas nos últimos anos envolvendo financiamento coletivo por meio de plataformas na internet.

## 1. *STARTUP* COMO EMPRESA DE PEQUENO E MÉDIO PORTE: ESCOLHA DA ESTRUTURA DE CAPITAL E DO TIPO SOCIETÁRIO

As chamadas *startups* nada mais são que novas sociedades, usualmente com projetos na área de tecnologia e inovação, que requerem grande aporte de recursos para desenvolvimento da sua atividade empresária. Dado seu estágio inicial, como seu próprio nome indica, são sociedades de pequeno ou médio porte, o que significa que se enquadram usualmente em regime jurídico diferenciado.<sup>7</sup>

Se de um lado sua qualificação como sociedade de menor porte pode facilitar sua constituição e desenvolvimento, dadas determinadas facilidades formais e principalmente fiscais, de outro lado, sob a perspectiva da captação de recursos, o porte da sociedade e especialmente seu tipo societário podem dificultar ou reduzir os tipos de instrumentos de captação de recursos da nova sociedade.

---

5. In. CVM 400/2003, arts. 4.º e 5.º, III; In. CVM 480/2009, art. 7.º, IV e V; In. CVM 566/2015.

6. Outras iniciativas como a criação de Comitê Técnico para analisar e formular propostas de ampliação da utilização do mercado de valores mobiliários pelas pequenas e médias empresas em 2012 permitiram a ampliação do debate sobre o tema, o que contribuiu para a discussão mais recente, que se verá a seguir, sobre a regulação do *crowdfunding*. A esse respeito vide: PITTA, Andre Grünspun. Mercado de acesso: recentes evoluções. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 420 e ss.

7. Vide a esse respeito o Regime do Simples Nacional previsto na LC 123/2006.

Há mais de uma definição de pequena e média empresa, a depender da finalidade da lei ou regulação que apresente o critério de definição. O Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (LC 123/2006) define empresa de pequeno porte como aquela que “aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)”.<sup>8</sup>

Já o BNDES possui própria qualificação, na qual considera a empresa de pequeno porte aquela que detenha receita operacional bruta anual<sup>9</sup> maior que R\$ 2,4 milhões e menor ou igual a R\$ 16 milhões. Pela mesma classificação, para o BNDES, as empresas de médio porte seriam aquelas, cuja receita operacional bruta anual seja maior que R\$ 16 milhões e menor ou igual a R\$ 90 milhões.

Como já se adiantou, outro paradoxo na vida de uma *startup* é a escolha do tipo societário. Enquanto a estrutura da sociedade por ações oferece uma série de instrumentos para captação de recursos, a sociedade limitada apresenta, na legislação, fortes limites ao acesso a instrumentos mais sofisticados. Sem falar nos aspectos de governança, a sociedade por ações seria o tipo societário ideal para toda *startup* que tenha em seu planejamento a captação de recursos perante terceiros com a utilização de instrumentos mais sofisticados e que possibilitam a companhia e investidor negociar detalhes da operação.<sup>10</sup>

Por outro lado, a sociedade por ações impõe custo considerável à nova empresa, e por isso, pode não ser a escolha dos sócios fundadores. Em que pese a legislação prever dispensas de requisitos relacionados à publicação das demonstrações financeiras para sociedade por ações com patrimônio líquido inferior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais),<sup>11</sup> este valor patrimonial ainda

---

8. Art. 3.º da LC 123/2006.

9. No *site* da instituição está ainda esclarecido que “entende-se por receita operacional bruta anual a receita auferida no ano-calendário com: (i) o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria; (ii) o preço dos serviços prestados; e (iii) o resultado nas operações em conta alheia (para operações do produto BNDES Finame, não devem ser incluídas, no cálculo deste resultado, as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos)”. Disponível em: [www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes\_pt/Institucional/Apoio\_Financeiro/porte.html].

10. HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SANTOS, Alessandro Matheus Marques. A proteção da microempresa e da empresa de pequeno porte: Interseções entre o direito civil e o direito empresarial Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 4. ano 2. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2015, p. 163-209.

11. Art. 176, § 6.º, da Lei 6.404/1976.

é relativamente baixo e, portanto, afasta o empresário da adoção desse tipo societário. Além do mais, sociedades por ações não podem optar pelo regime tributário diferenciado do Simples Nacional, o que muitas vezes importa em economia (tributária e, indiretamente, por simplificação de procedimentos) crucial para estimular o início das operações da nova *startup*.<sup>12</sup>

Espera-se que o legislador perceba que a complexidade e sofisticação na captação de recursos não é exclusividade de grandes empresas e, com isso, inclua-se na legislação ou mesmo na regulação do mercado de valores mobiliários mais alternativos à captação de recursos por sociedades de menor porte.

Nota-se que o grande fator levado em consideração para não se escolher o tipo societário de sociedade por ações é o custo, em especial relacionado com as publicações. No entanto, não se pode entender como em meio à revolução digital em que vivemos atualmente, não se permita opções de publicações mais acessíveis para empresas de menor porte, que visam acesso a instrumentos de financiamento mais variados e estrutura societária mais complexa. Pequenas adaptações como essa, poderiam tornar a escolha do tipo de sociedade anônima a sociedades de menor porte efetivamente atraente.

Há que se referir, neste âmbito, o projeto de lei da chamada sociedade anônima simplificada (ou simplesmente S.As), que teria por escopo possibilitar que sociedade de menor porte também possa utilizar o tipo societário de sociedade anônima e acessar instrumentos sofisticados de captação.<sup>13</sup>

Outro ponto muito discutido sobre a comparação das características entre a sociedade por ações e a sociedade empresária limitada é a possibilidade que, na primeira, a subscrição de ações com ágio não tenha efeito fiscal, enquanto, na segunda, há incidência de imposto de renda para a sociedade em caso de alocação de parte do valor integralizado em reserva de capital.

Embora o assunto seja controvertido na jurisprudência administrativa e judicial, é fato que não há segurança jurídica para a sociedade empresária limitada fazer captações de capital com alocação em reserva de capital sem correr o risco de questionamento do fisco.<sup>14</sup>

---

12. Art. 3.º, § 4.º, X, da LC 123/2006.

13. Projeto de Lei 4.303/2012. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029].

14. Pela incidência de imposto de renda na subscrição de quotas com ágio, ver: Acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Processo 13899.002346/200388, sessão de 07.10.2014, redator designado Marcos Aurélio Pereira Valadão. Ementa: “Ágio na subscrição de quotas. Sociedade Anônima (S.A). Sociedade de responsabi-

A alocação em reserva de capital de parte do preço de emissão, seja de ações ou quotas, é instrumento muito utilizado em *startups*, como forma de diferenciar aqueles sócios que fundaram a empresa, e, portanto, tomar o maior risco, e os investidores que passam a participar da sociedade em novas rodadas de captação.

Com isso, cabe ainda referir uma das mais difíceis escolhas da *startup*, qual seja, a sua estrutura de capital. O chamado autofinanciamento seria aquele decorrente de recursos aportados pelos próprios sócios ou pela capitalização dos lucros auferidos pela sociedade em determinado exercício social. Já o chamado heterofinanciamento seria aquele obtido a partir de capitais de terceiros, seja mediante contratos privados com bancos ou mesmo por meio da oferta pública de títulos de dívida.

Como leciona José Luiz Bulhões Pedreira,<sup>15</sup> somente o patrimônio líquido da sociedade pode ser considerado capital próprio, considerando que se trata da diferença entre o valor do ativo da sociedade, reduzidas suas obrigações. Conquanto todos os bens e direitos aplicados no ativo da sociedade integrem seu patrimônio, alguns o integram apenas temporariamente, como observa Luiz Alberto Colonna Rosman,<sup>16</sup> na medida em que parte desse patrimônio será utilizado para pagamento das obrigações da sociedade.

A escolha pelo autofinanciamento e heterofinanciamento perpassa pela análise de custo do capital, dadas as características da sociedade, seu projeto de curto e longo prazo e as circunstâncias do mercado. Não é o propósito deste estudo ponderar os métodos de avaliação da escolha de estrutura de capital e seu financiamento, mas, sim, avaliar algumas das principais opções de financiamento encontradas hoje para esse tipo de sociedade.

Evidentemente, há variedade muito maior de instrumentos de heterofinanciamento,<sup>17</sup> como se verá a seguir, em comparação com os instrumentos de

---

lidade limitada. O ágio na aquisição de quotas de capital das sociedades de responsabilidade limitada deve compor o resultado comercial do exercício. Como inexistir disposição que determine sua exclusão para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda, deve compor o lucro real. (Ltda.)”.

15. BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Capitalização e financiamento da companhia. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 2, p. 1335.

16. ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. Op. cit., p. 234.

17. Não se ignora, por óbvio, a existência de outros tipos de heterofinanciamento possíveis a sociedades de menor porte, em especial, de natureza bancária. Nesse breve estudo, no entanto, fez-se a opção de restringir a análise de alguns dos principais ins-

autofinanciamento. Assim, quanto ao autofinanciamento de *startups* importa referir, especificamente, as novas formas de captação recursos junto ao público em geral para o financiamento da nova atividade.

## 2. *EQUITY CROWDFUNDING*: AUTOFINANCIAMENTO OU HETEROFINANCIAMENTO?

Como se viu, o autofinanciamento das *startups* se dará por meio do aporte de recursos pelos sócios da sociedade, em troca da emissão de quotas ou ações representativas do capital social da sociedade. Trata-se dos chamados títulos de participação, que colocam o investidor no patamar de sócio ou acionista e não de credor ou terceiro, como ocorre no heterofinanciamento.

Dada o próprio tipo societário das pequenas e médias empresas, o aporte de capital próprio tende a ser mais restrito do que nas empresas de maior porte constituídas sob a forma de sociedades por ações. Por outro lado, considerando que uma das principais características das *startups* é justamente a necessidade de grande aporte de capitais, em virtude do tipo de empreendimento por essas sociedades realizado,<sup>18</sup> a captação de recursos junto ao público em geral revela-se interessante meio de financiamento.

Considerando que no tópico seguinte abordaremos em maiores detalhes os diferentes tipos de título de dívida utilizados por empresas de menor porte, nesse ponto, trataremos tão somente do chamado *equity crowdfunding*, o qual, aparentemente seria a alternativa às empresas de menor porte para emitirem publicamente títulos de participação. Como se verá, no entanto, esse tipo de financiamento coletivo, em verdade, nada mais é do que outro tipo de heterofinanciamento, justamente em virtude da escolha do tipo de sociedade das empresas de menor porte e do seu limitado acesso ao mercado de valores mobiliários.

Nesse sentido, impende ressaltar que além do acesso ao mercado financeiro, as *startups* poderiam acessar o mercado de valores mobiliários, mesmo se não forem constituídas na forma de sociedades anônimas. A Lei 6.385/1976, que regula o mercado de valores mobiliários, preceitua no seu art. 2.º, § 3.º, I, que a

---

trumentos de dívida utilizados hoje que permitem maior flexibilidade para atender às necessidades das *startups*.

18. Como observou Seth Oranburg, as *startups* são inovadoras, de alto risco, de alto crescimento, que usualmente exigem grandes somas de financiamento, cf. ORANBURG, Seth C. Start-up financing (06.03.2016). Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=2743072>]. Acesso em: 12 jul. 2016.

CVM poderia exigir que os emissores de valores mobiliários se constituíssem sob a forma de sociedades anônimas. Ou seja, não seria requisito legal que os emissores de valores mobiliários estivessem constituídos sob a forma de sociedade por ações.<sup>19</sup> Inclusive, por meio das Instruções CVM 480/2009 e 566/2015, foi expressamente autorizado às sociedades limitadas a emissão pública de notas promissórias comerciais, sem registro da emissão pública tampouco do emissor.

Vale destacar que qualquer sociedade que venha a emitir valores mobiliários deverá registrar-se previamente na CVM, nos termos da Instrução CVM 480/2009, salvo em caso de dispensa. O registro de emissor na CVM implica assumir uma série de obrigações de revelação de informações à CVM e ao público, incluindo o formulário cadastral e o formulário de referência. As microempresas e empresas de pequeno porte estão automaticamente dispensadas do registro, o que importa em considerável incentivo para que sociedade ainda com faturamentos baixos possa emitir valores mobiliários sem a necessidade de cumprir as exigências, custosas, de revelação de informações.

Uma vez discorrido sobre registro do emissor e suas possibilidades de dispensa, cabe referir os diferentes tipos de oferta de distribuição de valores mobiliários e seus requisitos para eventual registro da oferta perante a CVM ou sua dispensa.

As ofertas públicas de valores mobiliários se submetem a toda regulamentação prevista na Lei 6.385/1976 e na Instrução CVM 400/2003, em especial no que toca ao registro e fiscalização da CVM.<sup>20</sup> As ofertas públicas de valores mobiliários estão definidas no art. 19, § 3.º, da Lei 6.385/1976,<sup>21</sup> e, de forma mais

---

19. A esse respeito, André Pitta observou, em interessante estudo sobre a emissão de debêntures por sociedades limitadas, que não haveria qualquer vedação à emissão de valores mobiliários por sociedades constituídas sob outras formas, conquanto que atendam as normas aplicáveis à emissão pública de valores mobiliários (arts. 19 e 21 da Lei 6.385/1976), bem como à disciplina própria das companhias abertas. PITTA, Andre Grünspun. A possibilidade de emissão de debêntures por sociedade limitada regida supletivamente pela Lei das Sociedades por Ações. In: AZEVEDO, Luis André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (coord.). *Sociedade limitada contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 526 e ss.

Essa questão será melhor abordada no próximo tópico (3.1, *infra*).

20. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Arts. 19 & 20. In: CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (coord.). *Comentários à Lei do Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 383.

21. *In verbis*: “§ 3.º Caracterizam a emissão pública:

I – a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público;

detalhada no art. 3.º da In. CVM 400/2003.<sup>22</sup> Com efeito, se se pudesse apontar a principal característica da oferta pública de valores mobiliários, em linha com o que está definido no próprio § 1.º do art. 3.º da In. CVM 400/2003,<sup>23</sup> indicar-se-ia “a natureza e a situação dos destinatários da oferta”.<sup>24</sup>

Isso porque, como observa Otávio Yazbek,<sup>25</sup> o público para o qual a oferta estará sendo dirigida possui conotação mais determinante na caracterização do

---

II – a procura de subscritores ou adquirentes para os títulos por meio de empregados, agentes ou corretores;

III – a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, ou com a utilização dos serviços públicos de comunicação”.

22. *In verbis*: “Art. 3.º São atos de distribuição pública a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, de que conste qualquer um dos seguintes elementos:

I – a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios, destinados ao público, por qualquer meio ou forma;

II – a procura, no todo ou em parte, de subscritores ou adquirentes indeterminados para os valores mobiliários, mesmo que realizada através de comunicações padronizadas endereçadas a destinatários individualmente identificados, por meio de empregados, representantes, agentes ou quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, ou, ainda, se em desconformidade com o previsto nesta Instrução, a consulta sobre a viabilidade da oferta ou a coleta de intenções de investimento junto a subscritores ou adquirentes indeterminados;

III – a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público destinada, no todo ou em parte, a subscritores ou adquirentes indeterminados; ou

IV – a utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente através de meios de comunicação de massa ou eletrônicos (páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico), entendendo-se como tal qualquer forma de comunicação dirigida ao público em geral com o fim de promover, diretamente ou através de terceiros que atuem por conta do ofertante ou da emissora, a subscrição ou alienação de valores mobiliários”.

23. *In verbis*: “Art. 3.º (...)

§ 1.º Para efeito desta Instrução, considera-se como público em geral uma classe, categoria ou grupo de pessoas, ainda que individualizadas nesta qualidade, ressalvados aqueles que tenham prévia relação comercial, creditícia, societária ou trabalhista, estreita e habitual, com a emissora”.

24. YAZBEK, Otávio. Em busca de um regime para os *private placements* no Brasil – Ofertas públicas, ofertas privadas e ofertas públicas distribuídas com esforços restritos. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 179.

25. *Idem*, *ibidem*.

tipo de oferta, do que, propriamente, os meios utilizados para sua divulgação, como poderia parecer à primeira vista. Evidentemente que os meios de divulgação da oferta também serão considerados para a avaliação do tipo de oferta, porém, a coletividade de pessoas,<sup>26</sup> para a qual a oferta está sendo dirigida, será determinante para enquadrá-la como pública, com esforços restritos, ou privada, justamente pelo tipo de proteção ao mercado e fiscalização exigida para cada caso.

A esse respeito, há, ainda, a chamada oferta pública de distribuição com esforços restritos, prevista na In. CVM 476/2008, a qual possui requisitos informacionais mais restritos em comparação com a oferta pública, em virtude da limitação de sua abrangência. Isso porque esse tipo de oferta é dirigido exclusivamente aos chamados investidores profissionais, nos termos do art. 9-A da In. CVM 539/2013, o que, segundo alguns,<sup>27</sup> o desqualificaria como pública, no sentido previsto na In. CVM 400/2003.

Na oferta pública distribuída com esforços restritos não há exigência de registro da oferta, nos termos do art. 6º da In. CVM 476/2008, não se aplicando, portanto, nem o art. 19 da Lei 6.385/1976, tampouco o regime previsto na In. CVM 400/2003, que regula as ofertas públicas.

Conquanto atenda a regime informacional próprio, as ofertas públicas distribuídas com esforços restritos também exigem informações verdadeiras, consistentes, corretas e suficientes sobre a oferta, bem como informações financeiras sobre a sociedade emissora, observando nesse ponto a In. CVM 358/2002, aplicável à divulgação de informações ao mercado.

A respeito das ofertas públicas com esforços restritos há que se ressaltar, ainda, sua utilização por sociedades limitadas e de menor porte. Apesar de haver críticas a esse respeito,<sup>28</sup> a In. CVM 476/2008 não delimitou seu campo de aplicação às sociedades constituídas sob a forma de sociedades anônimas. Em função disso, e, como já referido acima, diante da redação do art. 2.º, § 2.º, da Lei 6.385/1976, haveria a possibilidade de a sociedade limitada fazer oferta pública de distribuição com esforços restritos de determinados valores mobiliários previstos na In. CVM 476/2008.

---

26. A análise dos investidores aos quais a oferta é dirigida abarca critérios subjetivos, como o grau de sofisticação dos investidores, a sua disponibilidade de informações a respeito da companhia etc. Cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Op. cit., p. 384.

27. EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 159-160.

28. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Op. cit., p. 404.

Além disso, como observou Otávio Yazbek,<sup>29</sup> um dos propósitos da reforma da In. CVM 476/2008, por meio da In. CVM 551/2014, foi, justamente, ampliar o rol de valores mobiliários que pudessem ser distribuídos por meio de oferta pública distribuída com esforços restritos para ampliar o acesso de pequenas e médias empresas ao mercado de valores mobiliários.

Por fim, há ainda que se referir a possibilidade de colocação de novos títulos por meio de ofertas privadas. As ofertas privadas seriam aquelas que não se enquadrariam nem no conceito de oferta pública, nem no conceito de oferta pública distribuída com esforços restritos, sendo o modo mais simples e, portanto, mais adotado pelas empresas de pequeno e médio porte para captação de recursos. No entanto, como parece evidente, a abrangência da captação é bastante restrita, reduzindo, com isso, o acesso ao capital e aumentando seu custo.

Nos últimos anos, por outro lado, surgiu nova forma de captação de recursos diante de grande público. Trata-se dos chamados financiamentos coletivos ou, como são mais conhecidos, *crowdfunding*.

Como sucintamente descrito por Steven Bradford, o *crowdfunding* é “o uso da internet por meio de pequenas contribuições de uma grande quantidade de investidores”.<sup>30</sup> O *crowdfunding* é fenômeno que reflete as tendências atuais de divulgação de informações e realização rápidas e instantâneas de trocas por meio da internet. Por meio de plataformas na internet voltadas para o financiamento coletivo (não apenas de empresas), os beneficiários do financiamento podem apresentar seus projetos ao grande público, conseguindo, com isso, acesso a quantidade inimaginável de internautas interessados em investir ou mesmo doar – a depender do tipo de *crowdfunding* – aos projetos apresentados.

Apenas nos últimos doze meses (julho de 2015 a junho de 2016), a plataforma brasileira Broota realizou a captação de aproximadamente R\$ 9.262.000,00

---

29. “Como se esclarece no Edital de Audiência Pública SDM 1/2014, as mudanças então promovidas destinavam-se a atender a algumas das sugestões apresentadas pelo Comitê Técnico de Ofertas Menores (um comitê constituído por diversas entidades, públicas e privadas, em fins de 2012, para apresentar propostas destinadas a melhorar as condições de acesso de médias e pequenas empresas ao mercado de capitais), facilitando o financiamento de empresas de menor porte por meio de emissões públicas de ações.” YAZBEK, Otávio. Em busca de um regime para os *private placements*... cit., p. 184.

30. Tradução dos autores. No original: “The use of the Internet to raise money through small contributions from a large number of investors”. Cf. BRADFORD, C. Steven. Crowdfunding and the Federal Securities Laws (09.03.2012). *Columbia Business Law Review*. vol. 2012. n. 1, 2012. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=1916184>]. Acesso em: 12 jul. 2016.

para 25 *startups* cadastradas em seu banco de dados.<sup>31</sup> Nos Estados Unidos, onde a utilização de *crowdfunding* é muito mais difundida, havendo inclusive regulação extensiva sobre o assunto, um único projeto pôde captar aproximadamente US\$ 200.000.000,00, em 2011, de mais de cinco milhões de investidores.<sup>32</sup>

Para as empresas, mostrou-se eficiente mecanismo de acesso à poupança popular, sem os custos de transação e regulação encontrados no mercado de valores mobiliários.<sup>33</sup> Para os investidores, o *crowdfunding* revela-se meio rápido, mais simples e direto de realização de investimento. No entanto, diversos riscos ao mercado surgiram a partir da utilização das plataformas de *crowdfunding* para financiamento de *startups*. Renova-se, com isso, o debate quanto à necessidade de o Estado regular mais ou menos o mercado de valores mobiliários.<sup>34</sup>

Sobre o assunto, em primeiro lugar, há que se referir a existência de mais de um tipo de *crowdfunding* difundido na internet, distinguindo-se entre os tipos de promessa de retorno ao investidor, quais sejam: (i) modelo de doação; (ii) modelo de brindes; (iii) modelo de compra; (iv) modelo de empréstimo; e (v) modelo de participação.

Assim, no primeiro o investidor ou colaborador faz doação de valores a determinado projeto divulgado na internet. É modelo bastante comum nos projetos envolvendo causas sociais. O segundo e o terceiro modelos possuem semelhanças. Se o modelo de brindes oferece ao colaborador algo pequeno ou simbólico em retribuição, como espécie de brinde ou prêmio, o modelo de compra também oferece produto ou serviço pela contribuição, usualmente

---

31. Informação obtida do *website* da empresa, disponível em: [www.broota.com.br/empreendedor]. Acesso em: 12 jul. 2016.

32. BRADFORD, C. Steven. Op. cit.

33. Sobre o assunto vale a referência às conclusões de Guilherme Potenza e Alexandre de Oliveira, segundo quem: “O *crowdfunding*, portanto, é mais um fenômeno financeiro que surge a partir dos anseios e da inovação dos próprios agentes econômicos. É uma forma de investimento disruptivo, no sentido de que quebra com as regras tradicionais de financiamento de empresas, e especialmente com o formalismo e tecnicismo associado às ofertas públicas de participações” (POTENZA, Guilherme Perez; OLIVEIRA, Alexandre Edde Diniz de. Regulando a inovação: o *crowdfunding* e o empreendedorismo. *Revista de Direito Empresarial*. vol. 15. ano 4. São Paulo: Ed. RT, maio-jun./2016, p. 69-107).

34. A esse respeito vide, por exemplo, o debate entre Eli Loria e Arthur Farache na revista *Capital Aberto*. LORIA, Eli. Oferta perigosa. *Capital Aberto*. edição 108. 01.08.2012; FARACHE, Arthur. Acesso aos pequenos. *Capital Aberto*. edição 108. 01.08.2012.

aquilo que o projeto se propõe a desenvolver, como efetiva compra e venda. Por fim, seriam o quarto e quinto modelos que se assemelhariam com as ofertas públicas de valores mobiliários. Isso porque o tipo de retribuição ao investidor poderia ser qualificado como valor mobiliário.

No modelo de empréstimo, os investidores fornecem os recursos ao empreendedor, por determinado prazo e mediante determinada remuneração. Já no modelo de participação, o retorno oferecido ao investidor consiste em participação sobre os resultados auferidos com o projeto.

Nem todos os projetos catalogados nas plataformas na internet de *crowdfunding* possuem escopo empresarial. Como se sabe, é muito comum que outros tipos de projetos pessoais ou profissionais sejam financiados por esse meio. Entretanto, considerando a finalidade do financiamento nesses casos, o mais comum é que se utilizem dos modelos de doação, brindes ou de compra. A dificuldade de enquadramento jurídico paira sobre os casos em que o projeto consiste no desenvolvimento de atividade empresária, nos termos do art. 966 do CC e utiliza modelo de empréstimo ou participação.

Nesses casos, poder-se-ia enquadrar muitas vezes a oferta de investimento coletivo no conceito de emissão pública de valores mobiliários.<sup>35</sup> Isso porque na captação de recursos por meio de *crowdfunding* há (i) promessa de venda ou oferta à venda de valores mobiliários (art. 3.º, *caput*, da In. CVM 400/2003), por meio de (ii) “(...) comunicação de massa ou eletrônicos (páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico)”;

(iii) “(...) dirigida ao público em geral com o fim de promover, diretamente ou através de terceiros que atuem por conta do ofertante ou da emissora, a subscrição ou alienação de valores mobiliários” (art. 3.º, IV, da In. CVM 400/2003); (iv) entendendo-se público geral como classe, categoria ou grupo de pessoas, sem prévia relação com o ofertante (art. 3.º, § 3.º, da In. CVM 400/2003).

A esse respeito vale a lição de Ary Oswaldo Mattos Filho:

(...) a inexistência de pessoa jurídica não descaracteriza o valor mobiliário, indiferentemente de que tenha sido emitido ou de que tenham suas obrigações nascido de uma pessoa jurídica, de uma associação de interesses não personalizada ou de uma pessoa física – como nos casos de *crowdfundings*, por

---

35. “(...) investimento oferecido ao público, sobre o qual o investidor não tem controle direto, cuja aplicação é feita em dinheiro, bens ou serviços, na expectativa de lucro, não sendo necessária a emissão do título para materialização da relação obrigacional.” MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos valores mobiliários*. São Paulo: FGV, 2015. vol. 1, t. I, p. 188.

exemplo. O que é relevante é a existência do interesse comum no sucesso do empreendimento. Assim, o fundamento da comunhão é a existência de interesse econômico interligado juridicamente.<sup>36</sup>

Atualmente, não há, contudo, qualquer regulação por parte da Comissão de Valores Mobiliários sobre esse tipo de meio de captação de recursos junto ao público investidor.

Nos Estados Unidos, há, desde 2012, regulação própria para esse tipo de oferta ao público. O *JOBS Act (Jumpstart Our Business Startups Act)* teve como propósito regular o acesso ao mercado de capitais norte-americano às empresas de menor porte. Em seu título terceiro<sup>37</sup> há regulação do *crowdfunding* para esse tipo de empresa, em que está prevista a desnecessidade de registro prévio desse tipo de oferta ao público, nos termos do *Securities Act of 1933*. A partir de então empresas de menor porte passaram a poder ofertar valores mobiliários a número ilimitado de investidores em plataformas na internet, por meio de intermediários não registrados na SEC. Conforme ressalta Samuel Guzik,<sup>38</sup> o *JOBS Act* também prevê diversos mecanismos de proteção aos investidores, como limitação do valor de investimento, detalhamento das informações que a empresa terá que divulgar ao mercado etc.

Apesar de não estar isenta de críticas,<sup>39</sup> a regulação do *crowdfunding* nos Estados Unidos, sem sombra de dúvidas, já foi grande avanço na área de abertura do mercado de capitais às empresas de menor porte.

No Brasil, apesar de não haver qualquer regulação a respeito, como se viu, já há plataformas de *crowdfunding* bastante difundidas, que se prestam especificamente para intermediar o chamado *equity crowdfunding*, ou seja, a moda-

---

36. Idem, p. 180.

37. Também nomeado como “Capital Raising Online While Deterring Fraud and Unethical Non-Disclosure Act of 2012” ou “Crowdfund Act”, cf. § 301 do *JOBS Act*. Disponível em: [www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3606enr/pdf/BILLS-112hr3606enr.pdf]. Acesso em: 12 jul. 2016.

38. GUZIK, Samuel S. SEC Crowdfunding rulemaking under the jobs act – An opportunity lost? (02.03.2014). *HLS Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2393897 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2393897]. Acesso em: 12 jul. 2016.

39. KAUFMAN, Zachary D.; KASSINGER, Theodore W.; TRAEGER, Heather L. Democratizing entrepreneurship: an overview of the past, present, and future of crowdfunding. *Bloomberg BNA Securities Regulation & Law Report*. vol. 45. n. 5. fev./2013. p. 208-217. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2211698]. Acesso em: 12 jul. 2016.

lidade de *crowdfunding* que deveria outorgar ao investidor participação como sócio no empreendimento.

No entanto, dadas as dificuldades práticas de implementar esse tipo de oferta pública de títulos de participação<sup>40</sup> para as sociedades de menor porte constituídas sob a forma de sociedade limitada, atualmente o chamado “equity crowdfunding” é realizado por meio da oferta dos chamados “título de dívida conversíveis”, que serão melhor analisados a seguir (3.3, *infra*). Todavia, há que se ressaltar que esses títulos, em verdade, não possuem natureza de títulos de participação, mas sim de títulos de dívida, com a possibilidade de conversão da dívida em participação no capital social da sociedade, em momento futuro. Como se disse, não há falar em verdadeiro autofinanciamento, como o nome do financiamento coletivo poderia parecer.

Além disso, impende ressaltar os inúmeros riscos atualmente existentes na utilização do *equity crowdfunding* sem qualquer tipo de regulação da CVM. Com base na exceção criada pelo art. 5.º, III e § 4.º, da In. CVM 400/2003 e pelo art. 7.º, IV e V, da In. CVM 480/2009, oferta-se ao grande público valores mobiliários sem qualquer registro na CVM, o que significa que a esse tipo de ofertante há poucas exigências de divulgação de informações,<sup>41</sup> deixando-se os investidores, nesse ponto, desprotegidos. Outras questões, ainda, relacionadas à própria estrutura das sociedades limitadas e mecanismos legais de proteção ao investidor são também tolhidas de tais investidores.<sup>42</sup>

Com isso, espera-se que a prometida regulação do *crowdfunding* não tarde a chegar<sup>43</sup> e não se exima de exigir do emissor informações suficientes e necessárias para a efetiva tutela dos investidores e do mercado como um todo, tratando esse tipo de financiamento coletivo como o que efetivamente é: oferta pública de valores mobiliários por empresa de menor porte.

---

40. Considerando, especialmente, que a maioria das empresas que se utiliza dessa plataforma não está constituída sob a forma de sociedade anônima.

41. Art. 5.º, §§ 5.º, 6.º, 7.º e 8.º, da In. CVM 400/2003.

42. A esse respeito vale referir a crítica apontada por Gabriel Saak Kik Buschinelli quanto aos riscos surgidos aos investidores ou credores de sociedades limitadas, que deveriam ser observados pela CVM ao regular as hipóteses de emissão pública de valores mobiliários por tais sociedades. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Op. cit., p. 404-405.

43. A última notícia que se tem é que a CVM pretendia iniciar audiência pública nos próximos meses para discutir regulação do *crowdfunding*, cf. Reuters Brasil, CVM deve iniciar audiência pública sobre *crowdfunding* neste mês, diz presidente. 07.07.2016, Disponível em: [<http://br.reuters.com/article/internetNews/idBRKCN0ZN2KE>]. Acesso em: 12 jul. 2016.

### 3. HETEROFINANCIAMENTO: TÍTULOS DE DÍVIDA PARA CAPTAÇÃO DE RECURSOS POR *STARTUPS*

É importante ressaltar que a captação de recursos de terceiros muitas vezes envolve a busca de mais de um credor, o que aumenta a complexidade da operação. Portanto, é fundamental que a sociedade possa estruturar a sua captação de forma que os recursos sejam aportados no momento desejado e que os credores tenham termos e condições similares em seus instrumentos de dívida.

Outro complicador na captação de recursos perante terceiros nos estágios iniciais da *startup* é a falta de histórico de crédito, o que aumenta o risco do credor, e muitas vezes a dificuldade em oferecer garantias. Portanto, levando-se em consideração as peculiaridades das *startups*, o mercado criou (e aceitou) novos instrumentos para acomodar a necessidade específica dessas novas empresas e dos seus financiadores.

#### 3.1 *Debêntures*

A debênture é valor mobiliário previsto nas Leis 6.404/1976 (arts. 52 a 74) e 6.385/1976 (art. 2.º, I) que tem características interessantes para empresas que estão iniciando seu ciclo. No entanto, acaba sendo pouco utilizado por *startups* em função de custos e complexidades no processo de emissão. A debênture é instrumento de dívida que pode ser emitido de forma privada ou distribuído publicamente.

Pelo lado positivo, a debênture tem como principal atrativo a flexibilidade na negociação de seus termos e condições. O instrumento de emissão da debênture, a escritura de debêntures, é o documento em que credor e tomador estabelecem, com certa liberdade, as cláusulas relacionadas com o crédito tomado pela empresa emissora do título. Por exemplo, as partes têm liberdade, dentro dos limites da autonomia da vontade e da legislação aplicável, para estabelecer a fórmula de remuneração das debêntures, as garantias aplicáveis, a forma de pagamento, resgate, amortização, entre outras.<sup>44</sup>

Um dos pontos interessantes da debênture é a possibilidade que se pactue na escritura a conversibilidade da dívida em capital. Com a ocorrência de certos eventos listados na escritura, o titular da debênture poderá optar pela conversão de sua dívida em capital da sociedade. A esse respeito, a Lei 6.404/1976

---

44. SILVA, Alexandre Couto. Opções de financiamento da companhia e sua estrutura. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 459-494.

estabelece que o aumento de capital da sociedade ocorrido em função da conversão da dívida em capital, quando do exercício de direito de debenturista não depende de aprovação da assembleia-geral.<sup>45</sup>

Por outro lado, a debênture emitida para distribuição pública, seja com esforços restritos ou não, terá como requisito a intermediação de uma instituição financeira e a contratação de um agente fiduciário para representar os debenturistas. Portanto, a *startup* que leve em consideração a captação por meio de debêntures com a intenção de distribuir publicamente os títulos deverá considerar o custo relacionado com essas exigências adicionais e, conseqüentemente, os custos envolvidos.

Por fim, quanto às debêntures, vale mencionar a discussão sobre a possibilidade de emissão de debêntures por sociedade empresária limitada. Existe posicionamento favorável e contrário na doutrina.<sup>46</sup>

O certo, por hora, é que, infelizmente, ainda não há segurança jurídica para a emissão de debêntures por sociedade empresária limitada, seja por recorrente posicionamento de juntas comerciais que vem negando o registro de escritura de debêntures<sup>47</sup> e da CVM que entende que embora as Instruções CVM 400/2003 e 476/2009 e a Lei 6.385/1976 não tenham vedado expressamente a distribuição pública de valores mobiliários por sociedades limitadas, as referidas instruções utilizam a expressão companhia ao longo de seu texto, e, ademais, seria prática da CVM indicar expressamente quando se trata de sociedade limitada.<sup>48</sup>

---

45. GUIMARÃES, Francisco José Pinheiro. Debêntures. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULLHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 1, p. 598.

46. FLACH, Pedro; SILVA, Layon Lopes da. Debêntures o que são, sua regulamentação e sua utilização por sociedades limitadas. In: JÚDICE, Lucas Pimenta (coord.). *Direito das startups*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 132-159; PITTA, Andre Grünspun. A possibilidade de emissão de debêntures... cit., p. 526 e ss. (para quem seria perfeitamente possível e autorizado pela legislação nacional a emissão de debêntures por sociedades limitadas com a sua distribuição pública, conquanto que atendam à disciplina aplicável da Lei 6.385/1976).

47. Ver Parecer da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro 07-2012/232000-0, data de 28.08.2012.

48. YOKOI, Yuki. Empresa limitada pleiteia registro para emitir debênture. *Capital Aberto*. edição 108. ago./2012. Disponível em: [<https://capitalaberto.com.br/temas/empresa-limitada-pleiteia-registro-para-emitir-debenture/#.V4ZbiKKrFfY>]. Acesso em: 12 jul. 2016.

O assunto vem sendo tratado pela Câmara dos Deputados, por meio do Projeto de Lei 6.322/2013, que propõe alteração da Lei 6.404/1976, para autorizar expressamente a emissão de debêntures por sociedades limitadas. Já o muito criticável Projeto de Código Comercial (Projeto de Lei 1.572/2011), que também tramita na Câmara dos Deputados possui previsão, no seu art. 203, de autorizar a emissão, no entanto, *exclusivamente privada*, de debêntures por sociedade empresária limitada.<sup>49</sup> Mostra-se, com isso, mais uma vez, que o Projeto de Código Comercial perdeu a oportunidade de atuar em prol dos verdadeiros interesses dos empresários, ao contrário do sustentado por aqueles que o defendem.

### 3.2 Notas promissórias comerciais

Alternativa às debêntures para *startup* que tenha adotado o tipo societário de sociedade limitada pode ser a emissão de notas promissórias comerciais, ou *commercial papers*. As notas promissórias comerciais são títulos de créditos representativos de promessa de pagamento do emissor em favor do credor, com remuneração determinada ou determinável no título e com prazo de vencimento certo, mas geralmente de curto prazo.

Embora a nota promissória não ofereça as mesmas características sofisticadas das debêntures, pode ser boa opção em função da possibilidade de distribuição pública mesmo por sociedade limitada, conforme art. 33 da In. CVM 480/2009 e art. 2.º da In. CVM 566/2015.<sup>50</sup>

A In. CVM 566/2015 consolidou a regulamentação sobre notas promissórias comerciais e sua distribuição pública, que antes estava esparsa e desatualizada, principalmente com base legal nas Instruções CVM 134/1990 e 155/1991, ambas revogadas, e art. 2.º, VI, da Lei 6.385/1976, com redação incluída pela reforma promovida pela Lei 10.303/2001.

Característica importante das notas promissórias comerciais, que sempre foi título preponderantemente de curto prazo, é o limite de 360 dias para ven-

---

49. Substitutivo ao Projeto de Lei 1.572, de 2011, conforme redação de 14.06.2016. *In verbis*: “Art. 203. A sociedade limitada pode emitir debêntures, que conferirão aos titulares direito de crédito, nas condições da escritura de emissão e, se houver, do certificado.

Parágrafo único. Será privada a emissão de debêntures pela sociedade limitada”.

50. BORBA, José Edwaldo Tavares. Nota promissória comercial (*commercial paper*). In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 397 e ss.

cimento, independentemente do tipo societário ou de ser companhia aberta ou fechada.<sup>51</sup> Por outro lado, a nova regulamentação inovou ao trazer a possibilidade de vencimento superior aos 360 dias caso o emissor faça a oferta por meio de distribuição com esforços restritos e, cumulativamente, seja contratado agente fiduciário para representação dos titulares das notas promissórias.

Outra questão resolvida com a presença de agente fiduciário na emissão de notas promissórias comerciais refere-se ao pacote de garantias. Com a regulamentação anterior, considerando a característica unitária do título,<sup>52</sup> e a dispersão com relação aos seus titulares, a eventual execução de garantias deveria ser individualmente por cada titular, o que pode ser um desincentivo. Agora, com a possibilidade de indicação de agente fiduciário para emissão de notas promissórias comerciais, os titulares passam a ser representados também na execução de garantias, o que aumenta a atração de investidores para este tipo de papel.

Embora a exigência de contratação de agente fiduciário traga custos e complexidade adicionais à emissão, a nota promissória com distribuição pública pode ser alternativa para captação de recursos perante o público em geral para *startups* que escolheram o tipo societário de sociedade empresária limitada.

### 3.3 *Título de dívida conversível*

O título de dívida conversível é instrumento bastante utilizado mundo afora em captações de recursos para empresas no início de seu ciclo de crescimento. O título possui característica de dívida, na maioria das vezes não garantida, mas com a possibilidade de conversão em participação societária pelos seus detentores.<sup>53</sup> Como visto acima, atualmente no Brasil, o chamado *equity crowdfunding* restringe-se à oferta pública de título de dívida conversível e não propriamente em títulos de participação.

A *startup* pode oferecer a potenciais investidores instrumento de dívida que remunera o valor investido e oferece a possibilidade de converter o valor devido pela sociedade em participação societária. A possibilidade de conversão ocorre geralmente quando a *startup* passa para nova fase de seu desenvolvimento, seja por alienação do controle pelos seus fundadores, seja pela admissão de novos

---

51. A regulamentação revogada previa vencimento entre 30 dias a 180 dias para companhia fechada e entre 30 dias a 360 dias para companhias abertas.

52. BORBA, José Edwaldo Tavares. Op. cit., p. 404.

53. POTENZA, Guilherme Perez; OLIVEIRA, Alexandre Edde Diniz de. Op. cit., p. 69-107.

sócios em nova rodada de investimentos ou em data pactuada no instrumento. A conversão é direito subjetivo, e não dever do investidor, que pode, ao final do período ou quando da ocorrência do evento de conversão, decidir manter-se credor e receber o valor investido mais a remuneração atribuída no título.

Ponto bastante comum em títulos desta espécie é a indicação que quando da ocorrência de evento de conversão, a *startup* também terá seu tipo societário alterado para sociedade por ações, se ainda não o for. O tipo societário de sociedade por ações, como já discutido, simplifica os procedimentos de admissão de novos acionistas e também possibilita que estes novos acionistas tenham ações emitidas de acordo com as características e em número conforme fórmula preestabelecidas nos títulos. Por outro lado, nos parece que o investidor deveria exigir a participação dos sócios das *startups* nesse tipo de emissão, uma vez que algumas das obrigações assumidas pela sociedade dependerão necessariamente de deliberação dos seus sócios.

A transformação do tipo societário é bom exemplo, pois, não havendo disposição contrária no contrato social, a transformação de tipo societário de uma sociedade limitada depende de aprovação pela unanimidade de sócios. Neste sentido, não basta que o título de dívida conversível indique que a sociedade irá se transformar em sociedade por ações, quando da ocorrência do evento de conversão, sem que exista obrigação assumida pelos sócios de que irão aprovar tal deliberação (espécie de acordo de voto).

Outra característica interessante do título de dívida conversível é que a *startup*, o investidor e os fundadores da *startup* podem adiar a discussão sobre o valor da sociedade até quando ocorra um evento que dê direito ao investidor converter seu crédito em participação societária. Nesta hipótese, no instrumento, as partes apenas estabelecem os termos e condições relacionados com o pagamento da dívida, como, por exemplo, remuneração e prazo, e indicam que o valor do crédito poderá ser convertido em participação societária de acordo com a avaliação da sociedade obtida naquele evento futuro. Ou seja, o investidor terá direito de crédito contra a *startup*, mas poderá converter esses valores em participação societária de acordo com a avaliação daquela sociedade determinada em um evento futuro.

De qualquer forma, vale lembrar que o risco do investidor/credor é inerente a este tipo de operação, considerando a fragilidade de novo negócio ainda em desenvolvimento e a característica comum de não haver garantias de terceiros em caso de descumprimento contratual.

Por exemplo, investidor que empresta determinada quantia à *startup* poderá converter seu crédito em participação societária em rodada de captação de novos sócios e utilizará o mesmo preço por ação ofertada aos novos sócios. Como o in-

vestidor que entra em estágio inicial da *startup* corre maior risco e espera, consequentemente, maior remuneração, também é comum que se utilize a avaliação da sociedade em evento futuro, mas ao mesmo tempo se ofereça desconto para aquele investidor que aceitou investir por meio de um Título Conversível em Dívida.

### 3.4 Bônus de subscrição

O bônus de subscrição é valor mobiliário emitido exclusivamente por sociedade por ações de capital autorizado, de forma gratuita ou onerosa, que concede ao seu detentor a possibilidade de subscrever novas ações de emissão da companhia a valor determinado ou determinável.

Para as *startups* constituídas sob a forma de sociedade por ações, o bônus de subscrição pode ser interessante em um par de situações. Primeiro, o bônus de subscrição pode ser emitido em conjunto com uma emissão de ações para investidores que apostam na companhia em estágio inicial de seu desenvolvimento. Neste caso, os investidores poderão exercer seus bônus de subscrição em determinado evento futuro, seja em determinada data ou ocorrido certo fato, por valor vantajoso. Nesses casos, o investidor anjo tem uma vantagem adicional na subscrição de ações, pois poderá incrementar sua participação a valores inferiores ao valor de mercado, caso a companhia tenha sucesso.

Por outro lado, a *startup* pode emitir bônus de subscrição para aquisição por investidores, de forma onerosa, e sem estar atrelado a emissão de ações. Nesse caso, o investidor paga à sociedade prêmio, que será alocado à conta de reserva de capital, e terá o direito de exercer o bônus em um momento futuro com uma valorização vantajosa, se houver sucesso no empreendimento. Esse é o exemplo que provavelmente sugere o maior risco para o investidor, pois, se as condições determinadas no bônus de subscrição para seu exercício não ocorrerem, o investidor não terá direito às ações e perderá o prêmio pago à companhia. Ou ainda, em outra hipótese, o investidor poderá enfrentar situação em que exercer o bônus de subscrição não lhe é vantajoso, pois a fórmula estabelecida no bônus que determina o preço de emissão e o número de ações emitidas pode indicar uma situação desvantajosa com relação ao valor de mercado da companhia.

Além disso, para a *startup* a emissão onerosa de bônus de subscrição pode ser interessante sob o ponto de vista fiscal, uma vez que os valores recebidos pela sociedade com a alienação de bônus de subscrição, que são alocados à conta de reserva de capital, não são sujeitos à tributação.<sup>54</sup>

---

54. Art. 442, II, do Dec. 3.000, de 26.03.1999.

### 3.5 Condições gerais

A *startup* e os seus fundadores, ao decidirem por utilizar instrumento conversível em participação societária, como, por exemplo, as debêntures conversíveis, o título dívida conversível e o bônus de subscrição, devem buscar pactuar, nos instrumentos aplicáveis, certos termos e condições aplicáveis à admissão destes novos eventuais sócios.

Neste sentido, o instrumento aplicável deverá, no mínimo, indicar as restrições a transferências de ações que o investidor se sujeitará, como, por exemplo, direito de preferência dos fundadores na aquisição das ações do investidor, e os direitos contratuais de venda conjunta (*tag along*) e venda forçada (*drag along*).

## 4. CONCLUSÕES

O acesso a capital é elemento fundamental para o desenvolvimento de qualquer economia, e, conseqüentemente, para todo tipo de atividade empresarial. Portanto, fomentar acesso ao capital é dever do legislador, que, ao menos, deverá impedir a existência de barreiras que dificultem acessar investidores ou potenciais credores.

Como se pode concluir deste breve estudo, as *startups*, que são pequenas e médias empresas com projetos ambiciosos de franca expansão, acabam, por vezes, tendo sua capacidade de captação de recursos injustificadamente restrita, em função da própria escolha do tipo societário e limitações e lacunas na legislação e regulamentos do mercado de capitais, quanto à utilização do mercado de valores mobiliários por empresas de menor porte.

Por certo, é louvável que os operadores do direito tenham encontrado formas alternativas que contornam algumas das dificuldades, como, por exemplo, o título de dívida conversível, no entanto, tais iniciativas não solucionam boa parte dos problemas de captação de recursos dos pequenos e médios empresários, o que demandaria maior cuidado e atenção do legislador e regulador brasileiros.

## BIBLIOGRAFIA

- ASSEIS, Pedro Augusto do Amaral Abujamra. Instrumentos financeiros híbridos: a teoria da “substância sobre a forma” na perspectiva da Comissão de Valores Mobiliários. *Revista de Direito Empresarial*. vol. 8. ano 3. São Paulo: Ed. RT. p. 89-107. mar.-abr./2015.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Nota promissória comercial (*commercial paper*). In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016.

- BRADFORD, C. Steven. Crowdfunding and the Federal Securities Laws (.09.03.2012). *Columbia Business Law Review*. vol. 2012. n. 1. 2012. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=1916184>]. Acesso em: 12 jul. 2016.
- BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. Capitalização e financiamento da companhia. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 2.
- BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. Arts. 19 & 20. In: CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (coord.). *Comentários à Lei do Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- FARACHE, Arthur. Acesso aos pequenos. *Capital Aberto*. edição 108. 01.08.2012.
- FLACH, Pedro; SILVA, Layon Lopes da. Debêntures: o que são, sua regulamentação e sua utilização por sociedades limitadas. In: JÚDICE, Lucas Pimenta (coord.). *Direito das startups*. Curitiba: Juruá, 2016.
- GUIMARÃES, Francisco José Pinheiro. Debêntures. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 1.
- GUZIK, Samuel S. SEC Crowdfunding rulemaking under the jobs act – An opportunity lost? (02.03.2014). *HLS Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=2393897> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2393897>]. Acesso em: 12 jul. 2016.
- HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; SANTOS, Alessandro Matheus Marques. A proteção da microempresa e da empresa de pequeno porte: Interseções entre o direito civil e o direito empresarial brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 4. Ano 2. São Paulo: Ed. RT. p. 163-209. Jul.-set./2015.
- KAUFMAN, Zachary D.; KASSINGER, Theodore W.; TRAEGER, Heather L., Democratizing entrepreneurship: an overview of the past, present, and future of crowdfunding. *Bloomberg BNA Securities Regulation & Law Report*. vol. 45. n. 5. p. 208-217. fev./2013. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=2211698>]. Acesso em: 12 jul. 2016.
- LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coord.). *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vols. 1 e 2.
- LORIA, Eli. Oferta perigosa. *Capital Aberto*. edição 108. 01.08.2012.
- MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos valores mobiliários*. São Paulo: FGV, 2015. vol. 1, t. I.
- ORANBURG, Seth C. *Start-Up Financing* (06.03.2016). Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=2743072>]. Acesso em: 12 jul. 2016.
- PITTA, Andre Grünspun. Mercado de acesso: recentes evoluções. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016.

- \_\_\_\_\_. A possibilidade de emissão de debêntures por sociedade limitada regida supletivamente pela Lei das Sociedades por Ações. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (coord.). *Sociedade limitada contemporânea*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- \_\_\_\_\_. *O regime de informação das companhias abertas*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- POTENZA, Guilherme Perez; OLIVEIRA, Alexandre Edde Diniz de. Regulando a inovação: O *crowdfunding* e o empreendedorismo. *Revista de Direito Empresarial*. vol. 15. ano 4. São Paulo: Ed. RT. p. 69-107. maio-jun./2016.
- ROSMAN, Luiz Alberto Colonna; FERNANDES, Pedro Wehrs do Vale. Financiamento da companhia e estrutura de capital. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016.
- SADDI, Jairo. Porque os juros insistem em não cair. *Temas de regulação financeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SILVA, Alexandre Couto. Opções de financiamento da companhia e sua estrutura. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016.
- YAZBEK, Otávio. Em busca de um regime para os *private placements* no Brasil – Ofertas públicas, ofertas privadas e ofertas públicas distribuídas com esforços restritos. In: BOTREL, Sérgio; BARBOSA, Henrique (coord.). *Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos*. São Paulo: Atlas, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- YOKOI, Yuki. Empresa limitada pleiteia registro para emitir debênture. *Capital Aberto*. edição 108. ago./2012. Disponível em: [<https://capitalaberto.com.br/temas/empresa-limitada-pleiteia-registro-para-emitir-debenture/#.V4Zbi-KKrFfY>]. Acesso em: 12 jul. 2016.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A proteção da microempresa e da empresa de pequeno porte: interseções entre o direito civil e o direito empresarial brasileiro, de Fábio Periandro de Almeida Hirsch e Alessandro Matheus Marques Santos – *RDCC* 4/163-209 (DTR\2015\13133); e
- Regulando a inovação: o *crowdfunding* e o empreendedorismo brasileiro, de Guilherme Perez Potenza e Alexandre Edde Diniz de Oliveira – *ReDE* 15/69-107 (DTR\2016\17346).

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 Processual do Trabalho**



# AS NORMAS FUNDAMENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO DO TRABALHO

---

## *THE FUNDAMENTAL RULES IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND THE LABOR PROCEDURE*

**BRUNO FREIRE E SILVA**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC-SP. Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo na UERJ. Professor do Programa de Pós Graduação em Direito do Trabalho na GV Law em São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Centro de Estudos Avançados de Processo e do Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília. [bfs@brunofreire.com.br](mailto:bfs@brunofreire.com.br)

**ÁREA DO DIREITO:** Processual; Civil; Trabalho

**RESUMO:** O presente artigo aborda as normas fundamentais tratadas no capítulo I do Novo Código de Processo Civil e sua aplicação subsidiária e supletiva ao processo do trabalho. A análise é realizada levando-se em consideração as peculiaridades do processo do trabalho e a necessidade de compatibilização de tais normas com esse microsistema processual. Conclui-se que se observando tais princípios é possível alcançar o equilíbrio entre a necessidade de tutela do trabalhador e o respeito às garantias que asseguram um processo justo para as empresas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Normas fundamentais – Princípios – Dispositivo – Inafastabilidade – Controle jurisdicional – Celeridade – Primazia – Mérito – Boa-fé processual – Cooperação – Isonomia – Dignidade – Razoabilidade – Legalidade – Impessoalidade – Moralidade – Publicidade – Eficiência – Contraditório – Decisão surpresa – Fundamentação – Processo do trabalho.

**ABSTRACT:** The present article focuses in the fundamental rules addressed in chapter I of the New Procedure Code and its subsidiary and suppletive application in the Labor Procedure. The analysis is performed taking into consideration the peculiarities of the Labor Procedure and the need to make these rules compatible with this procedural microsystem. It was concluded by observing these principles that it is possible to reach the balance between the need of employee protection and the respect of the guarantees that secure a fair procedure for companies.

**KEYWORDS:** Fundamental rules – Principles – Party disposition – Access to Justice – Jurisdicional control – Celerity – Merit primacy – Procedural good faith – Cooperation – Isonomy – Dignity – Reasonability – Legality – Impersonality – Morality – Publicity – Efficiency – Contradictory – Surprise decision – Substantiation – Labor procedure.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Normas fundamentais e constitucionalização do processo – 2. Princípio dispositivo e impulso oficial – 3. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – 4. Princípios da celeridade processual e primazia do julgamento de mérito – 5. Princípio da boa-fé processual – 6. Princípio da cooperação – 7. Princípio da isonomia – 8. Princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – 9. Princípio do contraditório efetivo e vedação à decisão surpresa – 10. Publicidade e fundamentação das decisões – Conclusão – Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil criou, em atendimento aos reclamos da doutrina, uma parte geral, na qual estabelece as normas fundamentais do processo civil, entre os arts. 1.º e 15, que estão dentro do Livro I (Das Normas Processuais Cíveis), Título Único (Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais), capítulo I (Das Normas Fundamentais do Processo Civil) do novo diploma.

É digno de registro que norma é termo genérico, que abrange regras e princípios. Nesse contexto, na parte geral o Novo CPC repete alguns princípios que estão na Constituição Federal, além de criar alguns outros novos, que serão objeto de nossa análise nesse breve artigo.

As referidas normas fundamentais, entretanto, serão analisadas sob o prisma do processo do trabalho, já que o art. 15 do Novo Diploma Processual estabelece que as suas disposições serão aplicadas nessa seara processual de forma supletiva e subsidiariamente, daí o título e proposta do artigo.

## 1. NORMAS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

o art. 1.º do NCPC estabelece que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

O novo Código de Processo Civil se inicia com a consolidação de uma tendência do processo contemporâneo, consistente na chamada constitucionalização do processo. O direito processual do trabalho, como ramo do direito processual, também é influenciado por esse novo método de estudo da ciência processual.

Mas, diante de tal contexto, em que consiste efetivamente a chamada constitucionalização do processo, que agora é consolidada no texto do novo Código de Processo Civil?

Trata-se de uma tendência de dar *status* constitucional a algumas garantias que o jurisdicionado deve ter numa demanda judicial, como o direito de petição, o devido processo legal, a ampla defesa com os recursos a ela inerentes, e agora, a mais recente, dentro desse contexto de busca da efetividade, a garantia de um prazo razoável de duração do processo, introduzido na Carta Magna pela Reforma do Judiciário (EC 45).

Agora, com a redação do Novo Código de Processo Civil, tais garantias estão positivadas não somente no texto da Constituição Federal, mas no próprio texto da lei ordinária. A grande inovação, portanto, observa-se pela introdução de um Título específico para disciplinar e positivar as normas fundamentais do processo, justamente nos arts. 1.º a 12.

Ada Pellegrini Grinover analisa essa tendência da constitucionalização do processo sob o prisma da hierarquia e importância da Constituição no ordenamento jurídico, com a conseqüente busca de uma fundamentação das linhas principais do direito processual nesse diploma:

Todo o direito processual tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Todo o direito processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do Estado, além de ter pressupostos constitucionais – como os demais ramos do direito – é fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos.<sup>1</sup>

Em suma, a tendência de constitucionalização do processo, com o fim de assegurar aos litigantes uma demanda justa e segura, de modo a alcançar um processo efetivo e de resultados, agora tem os seus princípios inseridos não apenas na Constituição Federal, mas no corpo do próprio Código de Processo Civil, como norte para a interpretação deste e com aplicação ao processo do trabalho, naquilo que for compatível com esse procedimento especial.

## 2. PRINCÍPIO DISPOSITIVO E IMPULSO OFICIAL

O art. 2.º do Novo Diploma Processual dispõe que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

---

1. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo. José Bushatsky Ed., 1975. p. 4-5.

O referido dispositivo tem correspondência com o art. 2.º do antigo Código, que estabelecia que: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

Ambos tratam do princípio da inércia ou princípio da demanda, no sentido de que o juiz não pode atuar de ofício para iniciar um processo, mas apenas quando a parte postular a tutela jurisdicional. A autonomia individual, portanto, é fortalecida, especialmente no que se refere à provocação da atuação jurisdicional por meio do direito de ação.

Cintra, Grinover e Dinamarco lecionam que:

Chama-se poder dispositivo a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhe aprouver e renunciar a ela (desistir da ação) ou a certas posições processuais. Trata-se do princípio da disponibilidade processual.<sup>2</sup>

Embora se aplique como regra o princípio da demanda, ou princípio dispositivo, o que também é extensível ao processo do trabalho,<sup>3</sup> o dispositivo legal, no que tange à iniciativa para propor a demanda, ressalva exceções legais em que será possível a atuação *ex officio*.

No processo do trabalho, há duas exceções previstas na lei: (a) a instauração de dissídio coletivo e (b) a execução trabalhista.

No capítulo IV da Consolidação das Leis do Trabalho que trata dos Dissídios Coletivos dentro do Título X (Do Processo Judiciário do Trabalho), o art. 865 estabelece que:

A instância será instaurada mediante representação escrita ao Presidente do Tribunal. Poderá ser também instaurada por iniciativa do presidente, ou, ainda, a requerimento da Procuradoria da justiça do Trabalho, sempre que ocorrer suspensão do trabalho.

---

2. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 69.

3. “Extinção do feito sem resolução do mérito. Abandono da causa. O processo trabalhista prima pela informalidade, celeridade e impulso oficial, tendo sempre em mira a condição de hipossuficiente do trabalhador e o caráter alimentar do direito vindicado. Assim, a demanda trabalhista começa por iniciativa das partes, mas se desenvolve por impulso oficial, não encontrando lugar, portanto, a extinção do feito sem resolução do mérito pela ausência de comunicação, pelo autor, de trânsito em julgado de ação diversa, mas conexa a esta. Retorno dos autos à origem que se impõe.” (TRT-4.ª Reg., RO 00006093120115040011/RS 11.ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, j. 21.08.2013, rel. Marcos Fagundes Salomão).

Já o art. 878 do diploma processual trabalhista, no capítulo V que trata “Da Execução”, dispõe que “a execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio*, pelo próprio juiz ou presidente ou tribunal competente, nos termos do art. anterior”.

Por outro lado, o mesmo dispositivo legal dispõe que, uma vez proposta a demanda, o processo se desenvolverá por impulso oficial, revelando também o caráter publicista do processo.

Sobre a questão, Humberto Dalla B. de Pinho aponta que:

Enquanto o processo só pode ser instaurado pela iniciativa das partes – uma vez que, pelo princípio da inércia da jurisdição, o juiz não age de ofício, mas apenas quando provocado –, instaurada a relação jurídica processual, o magistrado não pode paralisá-la, cabendo-lhe zelar pelo andamento contínuo do processo,<sup>4</sup>

o que também encontra aplicação no processo do trabalho.

### 3. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

o princípio do acesso à justiça está disposto no art. 3.º do NCPC, o qual estabelece que:

Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1.º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2.º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3.º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O art. 3.º do NCPC consiste, pois, na positivação no Novo CPC do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consignado no art. 5.º, LV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de consequência do que a doutrina chama de constitucionalização do processo.

Ao lado da resolução de conflitos pela jurisdição estatal, o novo Código amplia o âmbito do acesso à justiça, consagrando expressamente no texto legal meios alternativos de resolução de conflitos. O § 1.º trata da arbitragem e os §§ 2.º e 3.º dispõem sobre a solução consensual, notadamente com a mediação e a conciliação.

---

4. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1, p. 71.

Os conceitos podem gerar certa confusão. Por meio de uma negociação as partes envolvidas num litígio buscam diretamente e sem interveniência de uma terceira pessoa chegar a uma solução consensual. Frustrada essa tentativa, pode-se passar à mediação, por meio da qual se insere a figura de um terceiro, que irá atuar junto às partes litigantes para conseguir obter a pacificação do conflito. Fala-se em modalidade passiva, quando o mediador apenas escuta as versões, tenta apaziguar as partes, mas não introduz o seu ponto de vista. E, modalidade ativa, quando o mediador interage com as partes e apresenta propostas para solução do conflito. No direito brasileiro esse último modelo recebe o nome de conciliação e está ligado ao Poder Judiciário. E, por fim, na arbitragem, um terceiro, que não pertence ao Poder Judiciário, na hipótese de as partes não conciliarem, profere uma decisão para solução da controvérsia, que deverá ser respeitada pelas partes.

Acerca desta tendência do direito processual de busca de alternativas para solução dos conflitos, agora adotada no Novo CPC, Cintra, Grinover e Dinamarco lecionam que “alarga-se o conceito de acesso à justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial”.<sup>5</sup> Vejamos cada um deles e sua aplicação ao processo do trabalho.

A arbitragem pode ser definida como “um meio essencialmente privado e efetivo, escolhido pelas partes com o objetivo de obter um provimento resolutivo final e vinculante para uma dada disputa, sem a necessidade de se recorrer à Corte Estatal”.<sup>6</sup>

No Brasil a arbitragem é regulada pela Lei 9.307/1996 e diante de anterior polêmica quanto à natureza do instituto, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou enunciados que apontam para o seu caráter jurisdicional,<sup>7</sup> diante da desnecessidade de posterior validação da decisão arbitral ou homologação estatal.

---

5. CHAVES, Luciano Athayde. *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2012. p. 44.

6. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *International arbitration*. 5. ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009. p. 2.

7. “1. Art. 3.º; art. 42. O árbitro é dotado de jurisdição para processar e julgar a controvérsia a ele apresentada, na forma da lei” (Grupo: Arbitragem – Enunciado aprovado por aclamação).

3. “Art. 16; art. 42; art. 69, § 2.º. O árbitro é juiz de fato e de direito e como tal exerce jurisdição sempre que investido nessa condição, nos termos da lei” (Grupo: Arbitragem – Enunciado aprovado por aclamação).

Não obstante a opção legislativa do Novo Código de Processo Civil, que consolida no processo comum a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos, o tema ainda gera bastante polêmica no processo do trabalho.

A jurisprudência trabalhista majoritária, na verdade quase unânime, não admite a arbitragem como solução alternativa para solução de lides na seara das relações trabalhistas.<sup>8</sup>

Luciano Athayde Chaves ressalva que:

É de se considerar que a legislação trabalhista tem viés protetor em relação ao trabalhador, em razão de suas vulnerabilidades (técnica, econômica e social), o que implica a necessária intervenção do Estado ou de entidade delegada para a realização de atos relacionados com o contrato de trabalho.<sup>9</sup>

E, assim, conclui:

Parece-me, contudo, que a vedação à arbitragem – salvo situações excepcionais, em que ausentes as vulnerabilidades que, de ordinário, tocam ao sujeito ativo do contrato de trabalho, com ou sem subordinação – é medida que melhor se ajusta ao nosso sistema social e jurídico.<sup>10</sup>

Na verdade, quanto a esse tema, é necessário perquirir se o crédito trabalhista é passível de ser objeto de transação ou não. A mera alegação de que se trata de direito indisponível não nos parece a melhor solução.

A questão merece maior reflexão, uma vez que após a extinção da relação de trabalho, desde que haja controvérsia quanto às parcelas objeto do litígio, não vislumbramos impedimento para utilização de tal forma de solução de conflitos judiciais, especialmente naquelas situações em que inexiste a hipossuficiência econômica.

Nesse sentido é digno de registro que a arbitragem é plenamente aceita e aplicada nos dissídios coletivos, conforme previsão do art. 114, §§ 1.º e 2.º, da CF. Nesse caso, não há que se falar em hipossuficiência econômica em razão da participação dos sindicatos, conforme entendimento da jurisprudência laboral.<sup>11</sup>

---

8. “Ação civil pública. Arbitragem. Direito individual. Impossibilidade. Tendo em vista o caráter de indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, é vedada a arbitragem nas relações individuais de trabalho. Inteligência do art. 1.º da Lei 9.307/1996. Precedentes do C. TST. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (TRT-2.ª Reg., Proc. RO 00712001120095020442, 23.09.2011, rel. Juiz Edilson Soares de Lima).

9. CHAVES, Luciano Athayde. Op. cit., p. 147.

10. Idem, p. 149.

11. “Recurso de revista. Arbitragem. Dissídios individuais trabalhistas. Incompatibilidade. Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de

Não são todos os direitos trabalhistas que são irrenunciáveis. Há alguns que podem ser objeto de transação como redução de jornada de trabalho e consequente redução salarial. O art. 7.º, VI, da CF é claro no sentido de que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

Ora, conforme o texto expresso da Constituição Federal, desde que disposto em convenção ou acordo coletivo, é possível a redução salarial. Tal disposto visa resguardar o trabalhador para os momentos de crise financeira. Pergunta-se: é melhor perder o emprego num momento de crise econômica ou ter o salário reduzido?

Nesse contexto ganha espaço a corrente de flexibilização das normas trabalhistas que deixam de ser intocáveis, para se adaptarem a novas realidades econômicas. Flexibilizar significa adaptar, tornar flexível. Permite-se, pois, a atenuação das formas rígidas do direito do trabalho em determinadas situações econômicas, em oposição a um direito inflexível e engessado.

Conforme ressaltam Fabíola Marques e Cláudia José Abud:

Não equivale à desregulamentação, ou seja, à eliminação de normas do ordenamento jurídico estatal, mas sim à promoção do ajustamento da legislação trabalhista, contratual, à realidade sem atingir seus fundamentos dogmáticos nem modificar sua estrutura normativa. Em outras palavras, significa a busca de novo paradigma para o contrato individual de trabalho, sem abandonar o protecionismo clássico da legislação trabalhista cogente.<sup>12</sup>

É conhecido no meio jurídico o caso da Volkswagen que, em vez de realizar uma dispensa em massa, optou por, com a intervenção do sindicato, reduzir a carga horária e consequente salário de seus operários, para que fosse respeitado a garantia do emprego e um de seus principais corolários, a dignidade da pessoa humana. A flexibilização, pois, é um válido caminho a seguir.

---

trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. (...) Recurso de revista conhecido e provido.” (RR 13100-51.2005.5.20.0006, red. Min. José Roberto Freire Pimenta, 14.10.2011).

12. MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. *Direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 13.

É lógico que existem inúmeras vozes desfavoráveis a ela. Algumas mais radicais, conforme autor Luiz Souto Maior<sup>13</sup> e outras mais moderadas, como a do Min. do TST Maurício Godinho Delgado.<sup>14</sup> De toda sorte, repetimos, trata-se de um válido caminho a seguir.<sup>15</sup>

Nesse diapasão é a jurisprudência do TST, que admite a flexibilização, mas excepciona alguns direitos, como aqueles relativos a segurança e medicina do trabalho:

13. “É totalmente equivocado, considerar que os acordo e convenções coletivas de trabalho possam sem qualquer avaliação de conteúdo reduzir direitos trabalhistas legalmente previstos, simplesmente porque a constituição previu o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (inc. XXVI do art. 7.º), redução de salário (inc. VI, art. 7.º e a modificação dos parâmetros da jornada reduzida para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (inc. XIV, art. 7.º).” MAIOR, Luiz Souto. *Negociação coletiva do trabalho em tempos de crise. Justiça do Trabalho: Revista de Jurisprudência Trabalhista*. vol. 26. n. 301. Porto Alegre: HS Ed., jan./2009, p. 27.
14. “Entendo que existem direitos de indisponibilidade absoluta e direitos de indisponibilidade (ou disponibilidade) relativa.” DELGADO, Mauricio Goldinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2002. p. 212.
15. É a jurisprudência dos Tribunais Pátrios: “Princípio da adequação setorial negociada. Flexibilização de direitos de indisponibilidade relativa. O princípio da adequação setorial negociada, que retrata o alcance da contraposição das normas coletivamente negociadas àquelas de cunho imperativo, emanadas do Estado, viabiliza que as normas autônomas construídas para incidirem no âmbito de certa comunidade econômico-profissional possam prevalecer sobre aquelas de origem heterônoma, desde que transacionem parcelas de indisponibilidade apenas relativa, como, e.g, as concernentes à manutenção da hora noturna em 60 minutos, vez que não caracteriza alteração em patamar prejudicial à saúde do trabalhador e desde que não traduza simples renúncia, mas transação de direitos” (TRT-MG, 01512.2001.018.03.00.4, rel. designado Juiz Júlio Bernardo do Campo, publ. em 07.06.2002).  
“Adicional de periculosidade. Índice inferior ao legal. Pactuação em instrumento normativo. Validade. A Constituição Federal de 1988 trouxe à ordem jurídica trabalhista brasileira maior possibilidade de flexibilização, permitindo, inclusive, a redução salarial, desde que por intermédio da negociação coletiva, como dispõe expressamente o art. 7.º, em seu inc. VI. O art. 195, § 1.º, da CLT, por sua vez, já permitia ao sindicato intentar reclamationária visando à apuração da condição perigosa ou insalubre em ambiente de trabalho. A conjunção dos dispositivos legais em tela e a natureza salarial do adicional de periculosidade revelam a possibilidade de a empresa e o sindicato dos trabalhadores pactuarem o pagamento do referido adicional de forma parcial, considerando os parâmetros estabelecidos na transação havida. Válidos, portanto, os termos do acordo firmado em dissídio coletivo, onde restou estipulado que o percentual a ser aplicado seria 22,5%.” (TRT-SP, 02531-2003-2010-02-00-4, rel. designado Juíza Mércia Tomazinho, publ. em 14.10.2008).

Intervalo intrajornada. Redução. Previsão da hora corrida em acordos coletivos. A Constituição Federal de 1988 conferiu maiores poderes aos sindicatos, de modo que essas entidades podem, no interesse de seus associados e mediante negociação coletiva, restringir certos direitos assegurados aos trabalhadores a fim de obter vantagens não previstas em lei. Não obstante, tal flexibilização não autoriza a negociação coletiva que atente contra as normas referentes à segurança e saúde no trabalho. De fato, o estabelecimento do intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso dentro da jornada de trabalho é fruto da observação e análise de comportamento humano, e das reações de seu organismo quando exposto a várias horas de trabalho. Doutrina e jurisprudência evoluíram no sentido da necessidade desse intervalo mínimo para que o trabalhador possa não apenas ingerir alimento, mas também digeri-los de forma adequada, a fim de evitar o estresse dos órgãos que compõe o sistema digestivo, e possibilitar maior aproveitamento dos nutrientes pelo organismo, diminuindo também a fadiga decorrente de horas de trabalho. Se de um lado a Constituição prevê o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7.º, XXVI, da CF), de outro estabelece ser a saúde um direito social a ser resguardado (art. 6.º da Carta Política). Recurso de Revista não reconhecido (TST, RR 619.959.99.7, rel. Min. Rider Nogueira de Brito, publ. em 14.03.2003).

Diante de tal contexto e do Novo Código de Processo Civil que ratifica a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos e de acesso à justiça no art. 3.º ora examinado, resta consignado a nossa reflexão para que os operadores do direito processual do trabalho reflitam e repensem sobre a aplicação do instituto no processo do trabalho, como já o fez o atual presidente do TST, Antonio José de Barros Levenhagem, em julgamento de um recurso de revista:

Desse modo, não se depara, previamente, com nenhum óbice intransponível para que ex-empregado e ex-empregador possam eleger a via arbitral para solucionar conflitos trabalhistas, provenientes do extinto contrato de trabalho, desde que essa opção seja manifestada em clima de ampla liberdade, reservado o acesso ao Judiciário para dirimir possível controvérsia sobre a higidez da manifestação volitiva do ex-trabalhador, na esteira do art. 5.º, XXXV, da Constituição (TST, RR 144300-80.2005.5.02.0040, 4.ª T., j.15.12.2010).

Paralelamente à arbitragem, o dispositivo legal examinado também concretiza outras importantes inovações no que tange a métodos de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação. Tais institutos figuram não apenas como normas fundamentais do processo, mas estão previstos de forma esparsa em todo o Código, tanto no que se refere aos deveres do juiz, das partes e dos

demais sujeitos do processo, como na criação de centros judiciários de mediação e conciliação (art. 165 e ss.).

Falamos em concretização dessa tendência de busca de meios alternativos de resolução de conflitos, pois o art. 331 do vigente CPC já havia tornado obrigatória a tentativa judicial de conciliação. E o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Res. 125, determinou que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesse... não somente nos processos judiciais, mas mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

É digno de registro que a conciliação é um dos princípios norteadores do processo do trabalho. O juiz do trabalho é obrigado a tentar a conciliação na abertura da audiência e antes de proferir a sentença e a decisão que a homologa é irrecurável, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe são devidas, como se observa respectivamente dos arts. 846, 850 e 831, parágrafo único, da CLT.<sup>16</sup>

No dissídio coletivo a conciliação também é obrigatória, como se pode constatar do art. 764 da CLT: “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação”.

Nesse diapasão, podemos concluir que o Novo Código de Processo Civil, ao dispor sobre a conciliação no seu art. 3.º, como meio alternativo de resolução de conflitos, está em total consonância com o processo do trabalho, que já prioriza essa forma de solução dos litígios, com sucesso, há bastante tempo.

Quanto à mediação, não podemos dizer o mesmo, pois, assim como a arbitragem, sofre grande preconceito pela grande maioria dos operadores do processo do trabalho e é rechaçada pela magistratura trabalhista para solução de conflitos individuais.

Na seara dos conflitos coletivos do trabalho, a mediação já é admitida de forma pacífica, por meio de sucessivas regulamentações legais. Em 28.07.1995, foi publicado o Dec. 1.572 que regulamentou a mediação nas

---

16. CLT: “Art. 846. Aberta a audiência, o juiz ou presidente proferirá a conciliação”.

CLT: “Art. 850. Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente a 10 minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão”.

CLT: “Art. 831. (...) Parágrafo único. No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecurável, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas”.

negociações coletivas, atribuindo ao Ministério do Trabalho e Emprego o exercício da atividade. Os principais critérios para participação do mediador na negociação de conflitos coletivos foram estabelecidos pela Portaria 817, de 20.08.1995. E o Dec. 5.063, de 03.05.2004, definiu como competência da Secretaria de Relações do Trabalho, a promoção do planejamento, coordenação, orientação e promoção da prática de negociação coletiva, mediante arbitragem e mediação.

Ocorre que na seara dos conflitos individuais, ainda há bastante preconceito, especialmente no seio da magistratura trabalhista. Exemplo deste consiste na intervenção da Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (Anamatra) no Projeto de Lei 7.169/2014 (Nova Lei de Mediação Brasileira), que teve o condão de extrair o termo “trabalhista” do art. 41 da lei, por meio da incorporação da Emenda 5/2014 de autoria do Deputado Alessandro Molon, que atendeu o argumento de que “a aplicação da mediação no âmbito das relações de trabalho é medida que afronta a essência própria do Direito do Trabalho (...)”.<sup>17</sup>

O deputado Alessandro Molon apresentou ainda, recentemente, propostas de emendas aditivas ao substitutivo do PL 7.169 (ESB n. 8 e n. 9), com o objetivo de excluir qualquer possibilidade de realização de mediação privada ou obrigatória quando envolver direito individual do trabalho, especialmente durante a vigência do contrato de trabalho, restringindo-a a procedimentos que versarem sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mediados por órgãos do Ministério Público do Trabalho ou Ministério do Trabalho ou negociações coletivas por meio dos sindicatos. Como sempre, o argumento é a suposta indisponibilidade que reveste os direitos trabalhistas.

Não vemos razão para excluir de forma absoluta na solução dos conflitos trabalhistas individuais a mediação. Será que o trabalhador sempre está numa situação de hipossuficiência diante de seu empregador, de forma a estar inca-

---

17. A nota que consta do *site* da instituição diz o seguinte: “A pretensão legislativa da aplicação da mediação no âmbito das relações de trabalho é medida que afronta a essência própria do Direito do Trabalho, bem como o patamar mínimo de dignidade conferido ao trabalhador. Tal inviabilidade decorre do fato de que as normas de direito do trabalho são normas de ordem pública, assim consideradas porque estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito, sendo que a ordem pública interna denota a impossibilidade de disponibilidade pela vontade privada”. Disponível em: [[www.anamatra.org.br/index.php/anamatra-na-midia/mediacao-de-conflitos-que-inclui-relacoes-trabalhistas-aguarda-parecer-n-ccj](http://www.anamatra.org.br/index.php/anamatra-na-midia/mediacao-de-conflitos-que-inclui-relacoes-trabalhistas-aguarda-parecer-n-ccj)]. Acesso em: 29 out. 2014.

pacitado de negociar os seus direitos por outros meios sem intervenção estatal, como ocorre na mediação e arbitragem? Ora, tudo que foi dito em relação a esta última, no que tange a essa possibilidade de solução alternativa do conflito e flexibilização de direitos trabalhistas repetimos aqui para a mediação.

É importante voltarmos os olhos para o Direito Comparado e o que ocorre atualmente em outros países, como exemplos positivos que possamos adotar e seguir. A experiência com a mediação nos Tribunais do Trabalho do Reino Unido, por exemplo, é muito válida. O recente *Employment tribunal claim form* está em vigor desde 29.06.2013.

Conforme ressalta Michele Pedrosa Paumgarten ao comentar o novo *Employment tribunal claim form*:

Entre as inúmeras alterações às regras procedimentais trabalhistas que ocorreram a partir de 2013, está a maior ênfase dada à mediação como meio de resolução de conflitos. Os juízes do trabalho são obrigados, sempre que possível e apropriado, a encorajar as partes na utilização da conciliação, da mediação judicial, extrajudicial ou outros meios que possam viabilizar a celebração de um acordo entre as partes.<sup>18</sup>

Merece registro nessa leitura do art. 3.º do NCPC sob o viés do processo do trabalho a existência das chamadas comissões de conciliação prévia, incluídas na Consolidação das Leis do Trabalho por meio da Lei 9.958/2000, como exemplo de mediação trabalhista.

A despeito de o STF ter considerado inconstitucional o art. 625-D da CLT que submete obrigatoriamente qualquer demanda trabalhista ao crivo das Comissões de Conciliação Prévia antes da propositura da ação trabalhista e efetivamente na prática as partes não procurarem tais instituições de composição paritária entre empresas e sindicatos para solução de seus conflitos, se corretamente implantada, seria uma boa alternativa para solução das lides trabalhistas, uma vez que a homologação dos acordos pelas comissões dá quitação geral para as parcelas objeto da transação (exceto para eventuais ressalvas consignadas no termo), além de a submissão da lide à comissão ter o condão de suspender o prazo prescricional para a propositura da ação trabalhista, conforme regem os arts. 625-E e 625-G do Diploma Trabalhista. Ou seja, não obtida a composição por meio dessa espécie de mediação, a parte pode recorrer ao Poder Judiciário Trabalhista sem qualquer prejuízo processual.

---

18. PAUMGARTTEM, Michele Pedrosa. A mediação de conflitos trabalhistas no Brasil e a mediação judicial no Tribunal do Trabalho do Reino Unido. *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*. vol. 14. ano 8. Rio de Janeiro: UERJ, jul.-dez./2014, p. 427.

As comissões de conciliação prévia, apesar de constituição distinta, têm a mesma função dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos previstos no art. 165 e seguintes do NCPC, que, por meio de conciliação e mediação, também buscam uma forma alternativa e célere de solucionar os conflitos.

Enfim, a arbitragem e a mediação não afrontam a essência do direito do trabalho e devem ser incentivadas como mais uma forma de resolução de conflitos trabalhistas à disposição das partes litigantes, seja em dissídios coletivos como já é aceito, seja em dissídios individuais, desde que acompanhado das devidas cautelas de representação.

#### 4. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE PROCESSUAL E PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

a Reforma do Judiciário (EC 45) incluiu no inc. LXXVIII do art. 5.º da Carta Magna a garantia de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, garantia que agora é repetida no texto do Novo Código de Processo Civil.

O art. 4.º do NCPC prevê que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

O Código revogado continha uma previsão bastante tímida quanto à duração da tramitação dos processos judiciais, no art. 125, II, que previa como dever do juiz “velar pela rápida solução dos litígios”.

A duração razoável do processo, pois, agora está prevista de forma expressa na legislação infraconstitucional, na condição de norma fundamental do processo, o que orienta e ilumina toda a tramitação processual e a atuação dos sujeitos do processo.

Leonardo Greco aponta que:

O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva. A demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática. A jurisdição deve assegurar a quem tem razão o pleno gozo do seu direito durante o máximo tempo possível.<sup>19</sup>

---

19. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

No que se refere ao Novo CPC, o destaque deve ser feito também à inclusão da referência à atividade satisfativa, consistente na execução dos julgados e decisões judiciais. O referido destaque é necessário, pois a execução é o “calcanhar de aquiles” do processo. Em muitas situações o jurisdicionado é vencedor na demanda, mas não consegue receber o bem da vida e satisfazer o seu direito.

O dispositivo em análise está em total sintonia com o processo do trabalho, cujo um dos principais princípios norteadores é o da celeridade, tendo em vista a natureza alimentar do crédito objeto de suas lides que, assim, necessita ser provido com a maior rapidez possível. Têm extrema relevância a duração razoável do processo e a tempestiva satisfação da determinação judicial na seara trabalhista. Tal princípio encontra fértil aplicação tratando-se de execuções trabalhistas, especialmente para fundamentar a prática de atos satisfativos, como penhora de dinheiro em conta.<sup>20</sup>

É importante consignar, outrossim, que quando o art. 4.º fala em direito à solução integral do mérito, refere-se a um novo princípio do sistema processual, consistente no princípio da primazia do julgamento de mérito.

Nas decisões sem exame de mérito, denominadas terminativas, o Poder Judiciário não soluciona a lide, pois o processo é extinto sem uma resposta para a pretensão deduzida em juízo.

Nesse diapasão que o Novo Código de Processo Civil positiva o direito de a parte “obter em prazo razoável a solução integral do mérito”. E, conforme estabelece o Enunciado 48, aprovado por unanimidade no Fórum Nacional de Processo do Trabalho, realizado no mês de março de 2016, tal princípio tem total aplicação na seara trabalhista:

CLT, 769 e NCPC, art. 4.º. Princípio da primazia do julgamento. O princípio da primazia do julgamento de mérito, inserido no sistema processual pelo art. 4.º do NCPC tem aplicação no direito processual do trabalho, uma vez que o Poder Judiciário deve buscar a solução definitiva da lide em qualquer espécie de conflito, com o fim de que a jurisdição possa atingir seus escopos jurídicos e sociais. Tal dispositivo se coaduna, ainda, com o princípio da simplicidade que permeia o processo do trabalho, observando, assim, a regra do art. 769 da CLT.

---

20. “Agravo de petição da primeira executada. Penhora de créditos. Legalidade. É legal a penhora de créditos da Oscip executada, nos moldes procedidos na origem, por aplicação da disposição contida no art. 655 do CPC e da própria garantia constitucional de razoável duração do processo, pelos meios que garantam a celeridade da sua tramitação, contida no art. 5.º, LXXVII, da CF.” (TRT-4.ª Reg., Ap 00002348620206050632/RS, 1.ª Vara do Trabalho de Erechim, j. 27.09.2013, rel. Lucia Ehrenbrink).

## 5. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

o art. 5.º do NCPC dispõe que: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

No Código revogado, a boa-fé era prevista tão somente como um dos deveres dos sujeitos processuais, no art. 14, II. No novo Código, a boa-fé foi elevada para a condição de norma fundamental do processo, o que deve gerar efeitos em todo o ordenamento processual civil, estando especialmente ligada ao dever de cooperação, consagrado no art. 6.º do Novo Diploma.

O dispositivo legal enuncia a boa-fé objetiva como norma de conduta de todos os sujeitos processuais. Sobre o tema, Fredie Didier aponta que

sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé. Como acontece em qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais.<sup>21</sup>

Do mesmo modo, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro já defendia que um dos princípios que informam o acesso à justiça seria a “operosidade”, caracterizada pela exigência da atuação ética e leal dos sujeitos do processo, visando obter os melhores resultados possíveis com o processo judicial. Nesse contexto, destaca a importância da boa-fé na atuação dos advogados, enquanto essenciais à administração da justiça (art. 133 da CF).<sup>22</sup>

A norma fundamental de boa-fé relaciona-se intimamente às condutas processuais, exigindo-se dos sujeitos que não atuem com más ou ilícitas intenções. Fredie Didier destaca que “o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do ‘abuso de direito’ processual (desrespeito à boa-fé objetiva)”.<sup>23</sup>

No que se refere ao processo do trabalho, a norma da boa-fé é plenamente aplicável. Nesse aspecto, a jurisprudência trabalhista já vinha adotando a aplicação do art. 17 do CPC revogado quanto à litigância de má-fé,<sup>24</sup> o que seguirá sendo aplicável, com as inovações do novo Código.

---

21. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 1, p. 75.

22. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

23. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito... cit.*, p. 78.

24. “Agravado de instrumento – Litigância de má-fé. Condenação solidária do advogado da parte. Demonstrada a afronta a dispositivo da Constituição da República, nos

Os acórdãos abaixo ilustram a aplicação subsidiária da legislação processual civil ao processo do trabalho, especificamente quanto ao dever de probidade processual e a vedação de condutas de má-fé:

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Litigância de má-fé. Multa. Processo do trabalho. Aplicação subsidiária do direito processual comum. 1. Consoante o art. 769 da CLT, nas causas trabalhistas, permite-se a adoção supletiva de normas do processo comum desde que: (a) a CLT seja omissa quanto à matéria; e (b) não haja incompatibilidade com as normas e princípios do processo do trabalho. 2. As normas do Direito Processual Civil que regem a aplicação de multa por litigância de má-fé aplicam-se subsidiariamente ao processo do trabalho, tão cioso quanto aquele na preservação da probidade processual. 3. Sujeita-se à sanção da litigância de má-fé a parte que provoca inocuamente a máquina judiciária através de processo já reproduzido anteriormente, patrocinado pelo mesmo escritório e pelo mesmo causídico. Decididamente não age em conformidade com os parâmetros de lealdade e boa-fé o litigante que provoca incidentes inúteis e/ou infundados. 4. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento

---

moldes do § 2.º do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento a fim de determinar o processamento do recurso de revista. Recurso de revista execução. Nulidade. Negativa de prestação jurisdicional. Não se reconhece violação do art. 93, IX, da Constituição da República em face de julgado cujas razões de decidir são fundamentadamente reveladas, abarcando a totalidade dos temas controvertidos. Uma vez consubstanciada a entrega completa da prestação jurisdicional, afasta-se a arguição de nulidade. Recurso de revista não conhecido. Litigância de má-fé. Art. 17 do CPC. Condenação solidária do advogado da parte. 1. Correta a decisão que, diante de circunstâncias de fato indicativas do manifesto propósito da parte de se beneficiar indevidamente do processo mediante dedução de pretensão já quitada, impõe a penalidade por litigância de má-fé. Não há falar, em tais circunstâncias, em violação do princípio assecuratório do contraditório e da ampla defesa, uma vez que dele não se extrai salvaguarda à parte que deixa de atentar para a obrigação de proceder com boa-fé no processo. 2. Por outro lado, a condenação solidária do advogado ao pagamento da multa por litigância de má-fé, imposta ao seu cliente, não é cabível nos próprios autos da ação trabalhista em que configurada a temeridade da lide. Estabelece o art. 32, parágrafo único, da Lei 8.906/1994, que, em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria, pressupondo, dessa forma, obviamente, a dilação probatória em processo autônomo no juízo próprio. Precedentes. 3. Recurso de revista conhecido parcialmente e provido.” (TST, RR 756408219985020071, 1.ª T., j. 30.10.2013, rel. José Maria Quadros de Alencar, DEJT 08.11.2013).

(TST, AIRR 16559120105020481, 4.<sup>a</sup> T., j. 04.09.2013, rel. João Oreste Dalazen, *DEJT* 13.09.2013).

Multa. Litigância de má-fé. Um dos princípios que norteiam todas as relações contratuais, dentre as quais as trabalhistas é o princípio da boa-fé. Constitui uma das chaves-mestras do novo Código Civil, sinalizando para o modo como devem ser interpretados os negócios jurídicos (art. 113 do CCB). A boa-fé consiste na intenção moralmente reta no agir, que se supõe na conduta normal da pessoa. Assim, a conduta, quer processual, quer negocial, das partes no Direito e no Processo do Trabalho deve ser interpretada como um agir de boa-fé, até que se demonstre, por provas ou indícios concretos que se agiu de má-fé (TRT-1.<sup>a</sup> Reg., RO 2088620125010041/RJ, 2.<sup>a</sup> T., j. 04.09.2013, rel. Jose Antonio Piton, data de publicação 17.09.2013).

O dever de abstenção da prática de incidentes desnecessários e procrastinatórios está relacionado com a necessidade de atuação leal das partes, cujo desatendimento enseja a imputação das penas relativas à litigância de má-fé,<sup>25</sup> e a aplicação na seara trabalhista é pacífica.

Como exemplo de tal conduta na seara laboral podem ser aferidos os pedidos de adiamento de audiência por não comparecimento da testemunha convidada para tanto, quando na verdade esta é convidada pela parte a não comparecer (prática muito comum no Fórum Trabalhista e que leva alguns juízes a exigir apresentação de rol na hipótese de necessidade de intimação das testemunhas, justamente para evitar o adiamento do ato processual), a interposição de recursos protelatórios e sem fundamento, os pedidos desnecessários de cartas rogatórias, com o fim de procrastinar o feito, entre outras estratégias desleais que devem ser coibidas pelo magistrado.

## 6. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O art. 6.<sup>o</sup> do NCPC estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Além de enunciar a boa-fé como norma fundamental do processo, o artigo institui o dever de cooperação, com o objetivo de atingir decisões justas, efeti-

---

25. CPC: “Art. 70. O juiz ou Tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar a multa não excedente a 2% (dois por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou”.

vas e tempestivas. Trata-se de uma opção legislativa por um processo cooperativo. Conforme ressaltam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:<sup>26</sup>

O projeto é fértil em normas sobre colaboração. É possível afirmar sem qualquer dúvida que o modelo de processo civil proposto pelo Projeto é indubitavelmente um modelo de processo civil cooperativo. No Estado Constitucional, o direito fundamental ao processo justo implica direito à colaboração no processo civil.

O dever de cooperação ou colaboração no processo judicial tem fundamento no Estado Democrático de Direito e, especialmente, na constatação da importância da atuação e participação das partes na solução judicial. A cooperação é essencial à configuração do processo democrático e dialógico.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro aponta que:

Podemos extrair uma meta, um referencial, delimitar um campo ético que deve impregnar o processo, servir de norte para o comportamento de todos os personagens que o integram, principais ou secundários, traduzido numa expressão, a que denominamos de solidariedade. A solidariedade aqui congrega os participantes do processo, seja em que posição estiverem, sem nenhuma contradição. Todos eles imbuídos de suas próprias e únicas responsabilidades, mas juntos solidários quanto ao fim comum, não permitindo que seus respectivos comportamentos possam se afastar deles.<sup>27</sup>

Como o objetivo da tutela jurisdicional, seja na seara civil seja na seara trabalhista é o mesmo, ou seja, a solução rápida e justa do litúgio, certamente a Justiça Laboral também deve atender ao princípio da colaboração, tentando instituir esse modelo de processo.

Parece-nos, entretanto, conforme já diagnosticaram os autores supracitados, que o dispositivo não está bem redigido, poi, num processo contencioso não há que se falar em cooperação entre partes, mas sim entre o juiz e as partes, tendo em vista que estas litigam para ter suas pretensões acolhidas em juízo. E, na hipótese da colaboração entre o juiz e uma das partes para obtenção do resultado final depender de um ato da parte contrária para solução da controvérsia, o magistrado poderá impor multa coercitiva ou sancionatória para obter o cumprimento.

---

26. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Crítica e propostas*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2010.

27. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. Aula magna do ano acadêmico 2000, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e discurso na cerimônia de posse dos novos professores titulares (22.03.2000).

É o que está previsto, por exemplo, nos arts. 17 e 18 do antigo CPC,<sup>28</sup> nos arts. 69 e 70 do novo CPC<sup>29</sup> e 903 da CLT,<sup>30</sup> que preveem a aplicação de multas pelo magistrado.

Os deveres das partes são objeto de artigos específicos,<sup>31</sup> porém, nessa parte introdutória do Código, já são ressaltados, até de forma repetitiva, os deveres de contribuição das partes para a rápida solução da lide e cooperação para identificação das questões de fato e de direito, repetindo-se o já disposto nos arts. 4.º e 5.º acima comentados.

## 7. PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O art. 7.º do NCPC ressalta que:

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.

O dispositivo legal consagra como normas fundamentais do processo a isonomia e o contraditório efetivo, reflexos do direito fundamental de igualdade

---

28. CPC/1973: “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

“Art. 69. Responderá por perdas e danos aquele a quem incumbia a nomeação: I – deixando de nomear à autoria, quando lhe competir; II – nomeando pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada”.

“Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

29. CPC/1973: “Art. 70. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar a multa não excedente a 2% (dois por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou”.

30. CLT: “Art. 903. As penalidades estabelecidas no Título anterior serão aplicadas pelo Juiz, ou Tribunal, que tiver de conhecer da desobediência, violação, recusa, falta ou coação, *ex officio*, ou mediante representação de qualquer interessado ou da Procuradoria da Justiça do Trabalho”.

31. Arts. 66 e 67 do CPC.

e do contraditório, previstos nos arts. 3.º e 5.º, LV, da CF. Cintra, Grinover e Dinamarco, sobre o princípio da isonomia, apontam que

a igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5.º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.<sup>32</sup>

Contudo, a igualdade das partes no processo judicial deve ser concreta, efetiva, e não meramente formal. Sobre este aspecto, Leonardo Greco aponta o seguinte:

As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloque em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é particularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo.<sup>33</sup>

Esta regra, portanto, merece especial atenção no que se refere ao processo do trabalho, seja pelo *jus postulandi* do trabalhador admitido nessa seara, seja pelo princípio da proteção ao hipossuficiente econômico que, a despeito de ser um princípio de direito material, traz repercussões na seara processual.

Assim, a paridade de tratamento no processo do trabalho revela um significado especial, para apontar a necessidade de se atingir uma igualdade concreta, por vezes nivelando uma condição de desigualdade preexistente.

Com efeito, diante da presunção de hipossuficiência do empregado (que em muitas situações inexistente, como no caso de executivos e diretores), o juiz deverá ter uma atuação destinada a garantir a efetiva paridade de armas. Há vários exemplos que demonstram tal assertiva, como a exigência de depósito para interposição de recursos apenas para o empregador,<sup>34</sup> a possibilidade de a

---

32. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 62.

33. GRECO, Leonardo. Op. cit.

34. CLT: “Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”.

execução ser iniciada de ofício pelo juiz,<sup>35</sup> as diferentes consequências do não comparecimento numa audiência inaugural, no caso a revelia para ausência do empregador e arquivamento do feito na hipótese de ausência do empregado,<sup>36</sup> e, ainda, a possibilidade de inversão do ônus da prova pacificamente admitido pela doutrina e jurisprudência.<sup>37-38</sup>

A mitigação do tratamento isonômico, entretanto, especialmente quando não estiver expressamente positivado na lei, deve ser exercido dentro de um mínimo de razoabilidade, de forma que não sejam cometidas injustiças, como algumas vezes pode ocorrer na hipótese de o magistrado trabalhista conduzir

- 
35. CLT: “Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.
36. CLT: “Art. 844. O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato”.
37. “Recurso ordinário. Jornada de trabalho. Registro. Ônus da prova. A CLT, ao determinar, no § 2.º de seu art. 74, a obrigatoriedade da empresa que possua mais de 10 funcionários em manter controle de jornada dos mesmos, nada mais fez do que transferir para a própria empresa o ônus probatório com relação ao período de trabalho e, conseqüentemente, com relação às horas extras. Dessa forma, se a lei exige que a empresa mantenha o controle da jornada de seus funcionários, ao empregador cabe a demonstração da existência ou não das horas extras no processo, já que a prova haverá de ser feita por quem a possui. Percebe-se, portanto, que o § 2.º do art. 74 da CLT é de suma importância, até mesmo modificando, dentro da relação processual, o ônus probatório. O C. TST tratou do assunto com a edição da Súmula 338. Logo, certo é que o empregador que possui mais de 10 funcionários está obrigado por lei a efetuar controle de jornada. A não apresentação injustificada dos controles de jornada faz prova a favorável à parte contrária. Não se pode aceitar que a empresa desrespeite a lei e não faça controle de jornada ou, fazendo, não junte os cartões de ponto. Sendo a prova documental e negado o labor extraordinário ocorrerá a inversão do ônus da prova, ficando a empresa adstrita justamente àqueles cartões que deveria juntar mas que, por sua própria inércia e desrespeito à lei, sequer foram produzidos. Conclui-se, portanto, que a lei não pode ser artifício de manobra a fim de prejudicar o empregado. Possuindo, pois, mais de 10 (dez) funcionários, era obrigação da reclamada efetuar o controle da jornada da reclamante. Não há, pois, razão para que a reclamada queira se esquivar de seu ônus.” (TRT-2ª Reg., Acórdão 20131323614, RO 00012490620115020006 A28, 12.ª T., rel. Des. Marcelo Freire Gonçalves, DOJ 05.12.2013).
38. Sobre tema ver nosso artigo: SILVA, Bruno Freire e. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; AUGUSTO, Ricardo (org.). *A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao Prof. João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. vol. 1, p. 77-93.

o processo pautado em ideologias. Discordamos por exemplo, de afirmações aduzidas por alguns operadores do direito do trabalho de que a execução trabalhista deve ser “truculenta”, bem como de outras posições que em nome da suposta hipossuficiência conduzam às arbitrariedades.<sup>39</sup>

Por outro lado, o artigo do novo Código também consagra a garantia do contraditório efetivo, que tem íntima relação com a isonomia processual, pois, apenas com a observância daquele, assegura-se que as partes tenham participação paritária em juízo.

O contraditório também se aplica ao processo do trabalho. Segundo Leonardo Greco, tal garantia pressupõe: (a) audiência bilateral; (b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas; (c) congruidade de prazos; (d) contraditório prévio; (e) participação de todos os contrainteressados.<sup>40</sup>

## 8. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, RAZOABILIDADE, LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE E EFICIÊNCIA

Conforme estabelece o art. 8.º do NCPD,

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.

Em qualquer seara do direito, ao aplicar a lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Daí, a melhor técnica de hermenêutica ser sempre a finalística, que busca alcançar os fins, objetivos e princípios de determinado ordenamento jurídico, jamais a mera interpretação literal.

---

39. Entre outros há o exemplo de sentença proferida pela 3.ª Vara Trabalhista de Jundiaí, no interior de São Paulo, que determinou que o reclamante “recebesse 110 000 reais de indenização por ter trabalhado durante três meses sem registro em carteira e não ter recebido as garantias estabelecidas na lei quando foi demitido. O veredicto surpreendeu não só os empregadores acionados por Ricardo – entre os quais a Spal, adquirida posteriormente pela Femsa, maior engarrafadora da Coca-Cola no país – mas também o próprio advogado do motorista. ‘Acho que a indenização será derrubada na segunda instância, porque o valor é desproporcional ao pedido do cliente’, afirmou José Aparecido de Oliveira, que representa o motorista. (O caso aguarda julgamento do recurso aberto pelas empresas no tribunal de Campinas)”. Disponível em: [<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0900/noticias/o-juiz-robin-hood-m0136646>]. Acesso em: 13 jan. 2014.

40. GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 225-286.

Conforme ressalta Carlos Maximiliano, em reconhecida obra sobre hermenêutica e aplicação do direito:

Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procura-se o objetivo da norma suprema; seja este atingido, e será perfeita a exegese. Quanto às palavras forem suscetíveis de duas interpretações, uma estrita, outra ampla, adotar-se-á aquela que for mais consentânea com o fim transparente da norma positiva.<sup>41</sup>

Não é por acaso, pois, que o legislador indica a necessidade de atenção e observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, os quais são princípios fundamentais da atuação do Estado (art. 37 da CF), no que se compreende o Poder Judiciário.

No âmbito trabalhista, diante da natureza alimentar do direito que é objeto de seus litígios, destaca-se, por sua importância, o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem grande influência na solução das lides.<sup>42</sup>

Atualmente há nova compreensão acerca do papel dos princípios constitucionais fundamentais, pois estes não visam revogar outros princípios, devem ser aplicados harmonicamente, realizando o ideal da justiça no caso concreto.

---

41. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

42. “Recurso de revista. 1. Prescrição. Acidente do trabalho. Auxílio-doença. Suspensão. Verbas trabalhistas. Declaração *ex officio*. Impossibilidade. O cerne da controvérsia está em saber se o juízo de primeiro grau poderia, *ex officio*, declarar a prescrição total e quinquenal de pretensões declinadas na inicial do reclamante. A jurisprudência desta colenda Corte Superior caminha no sentido de que o art. 219, § 5.º, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.280/2006, não é aplicável à Justiça do Trabalho, que, por seus princípios e peculiaridades, impedem seja declarada, de ofício, a prescrição de pretensões dos trabalhadores. Isso porque o trabalhador, além de parte hipossuficiente, busca com o processo do trabalho o reconhecimento de verbas alimentares, que, apesar de protegidas constitucionalmente (art. 7.º, X, da CF), deixaram de ser pagas no curso do contrato de trabalho. Dessa forma, seja pela incidência do princípio intuitivo ou da proteção ao hipossuficiente, seja pelo caráter alimentar das verbas trabalhistas, a prescrição de pretensões relacionadas aos contratos de trabalho não podem ser declaradas *ex officio*. Com esse entendimento privilegia-se não só à dignidade do trabalhador, mas a especialidade do ramo jus laboral, que não tem regra legal específica permitindo tal declaração. Precedentes. Recurso de revista conhecido, mas não provido.” (TST, RR 1035006520075230004 2.ª T., rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 14.09.2011).

Afinal, assim como as regras, princípios são normas e devem assim ser interpretados:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de debe ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.<sup>43</sup>

## 9. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO EFETIVO E VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA

De acordo com o art. 9.º “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

E, conforme o parágrafo único,

O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Este dispositivo consagra uma regra decorrente do princípio do contraditório efetivo, vedando a prolação de decisões à revelia da parte interessada, sem que haja sua prévia oitiva.

Leonardo Greco aponta que

contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão,<sup>44</sup>

exatamente o que vem ser positivado na legislação processual civil.

Assim sendo, como regra geral a parte deverá ser ouvida sempre antes das decisões judiciais serem proferidas, para viabilizar a possibilidade efetiva de influenciar na formação da convicção judicial.

Contudo, em situações excepcionais o contraditório poderá ser postergado, notadamente quando houver urgência na concessão do provimento judicial, e, ainda, tratando-se de casos em que haja evidência do direito pretendido.

---

43. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.

44. GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 225-286.

Na verdade toda vez que a medida é concedida com o fim de se evitar o perecimento de direito ela é uma medida de urgência, bastando ao legislador fazer menção a essa situação, que enseja a possibilidade de concessão de tutelas de urgência, cujas espécies são a tutela antecipada e a tutela cautelar, de plena aplicação no processo do trabalho.

O art. 10 reforça o princípio do contraditório, bastante prestigiado no NCPC:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Novamente aqui é prestigiado o princípio do contraditório. As partes devem ter a oportunidade de debater os fatos e fundamentos jurídicos da decisão, sob pena de cerceamento de defesa. Mesmo na hipótese de matéria sobre a qual tenha de decidir de ofício, como aquelas de ordem pública, a exemplo da prescrição e decadência, o magistrado deve dar a oportunidade de as partes se manifestarem.

O dispositivo legal veda a prolação de decisões-surpresa, determinando a indispensabilidade de oitiva das partes de forma prévia. Novamente é ressaltada a importância da participação das partes no processo e a formação democrática das decisões judiciais.

Fredie Didier Jr. aponta que:

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.<sup>45</sup>

Complementa o autor:

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o dever de consultar. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia.<sup>46</sup>

---

45. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual...* cit., p. 56.

46. DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*. vol. 127. ano 30. São Paulo: Ed. RT, set./2005. p. 75.

Esta regra tem plena aplicabilidade ao processo do trabalho, como, aliás, já se observa de julgados<sup>47</sup> proferidos antes mesmo da vigência do novo Código.

## 10. PUBLICIDADE E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Conforme estabelece o art. 11, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

E, o parágrafo único do dispositivo ressalva que: “Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público”.

A publicidade dos julgamentos é outra garantia do Estado de Direito, que assegura transparência nas decisões. Tal princípio está disciplinado no art. 93 da CF. Conforme ressalta Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “A regra geral é a publicidade dos atos processuais, ressalvados aqueles casos em que o processo correr em segredo de justiça”.<sup>48</sup>

As exceções à publicidade estão consignadas nos incisos do art. 152 do novo Código. Nesses casos e em outras situações permitidas por lei, pode ser autorizada somente a presença das partes ou de seus advogados nas audiências, bem como também somente a elas a possibilidade de vistas e cópias dos autos.

No Código de Processo Civil de 1973 as exceções estavam previstas nos incs. I e II do art. 155,<sup>49</sup> que tratava dos casos cujos atos processuais correriam em segredo de justiça:

---

47. “Cerceamento de defesa nulidade – Ausência de oportunidade para manifestação sobre a defesa e documentos ofertados pela parte contrária. Muito embora tivesse constatado em ata que o reclamante falaria sobre a prejudicial de prescrição e documentos apresentados pela empresa, não lhe tendo sido concedida tal oportunidade, já que a Vara, tão logo transitada em julgado a decisão que lhe reconheceu a competência para apreciar a lide, julgou, incontinenti, a ação em seu desfavor, há de ser acatada a preliminar de nulidade, por flagrante cerceamento de defesa, notadamente quando o fundamento da sentença (prescrição) foi, justamente, aquilo que a parte não pode contrariar” (TRT-7.<sup>a</sup> Reg., Pleno do Tribunal, RO 1342005419965070004/CE, j. 06.09.2005, rel. Lais Maria Rossas Freire, DOJT 09.11.2005).

48. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 647.

49. CPC/1973: “Art. 155. (...) I – em que o exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores (...)”

Conforme pode se observar de uma leitura comparativa, o art. 152 do NCPC repete as exceções dos incs. I e II do Código anterior e insere mais uma previsão para as hipóteses “em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade”, que será objeto de comentários oportunamente:

Art. 152. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I – em que o exigir o interesse público;

II – que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão deste em divórcio, alimentos e guarda de menores;

III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade.

§ 1.º O direito de consultar os autos e de pedir certidão de seus atos é restrito às partes e seus procuradores. O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz a certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante da separação judicial.

§ 2.º O processo eletrônico assegurará às partes sigilo, na forma deste artigo.

Os casos mais comuns de segredo de justiça não se estendem à Justiça do Trabalho, pois dizem respeito ao estado de pessoa, recato e paz familiar. De toda sorte, nada impede, especialmente com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Reforma do Judiciário, a existência nessa seara de casos que demandem a tramitação em segredo de justiça. Tanto assim que recentemente o TST publicou o Ato 589/SEGJUD.GP,<sup>50</sup> que regulamenta a tramitação de processos em segredo de Justiça.

Por outro lado, o artigo também disciplina que além de públicas, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, o que também encontra previsão na Constituição Federal, no art. 93, IX.

A motivação protege interesses das partes, que poderão compreender os motivos que fundamentam determinada decisão judicial, mas também atende ao interesse público como um todo, por assegurar a possibilidade de revisão e controle da atuação do órgão jurisdicional.

Acerca desta garantia, Leonardo Greco aponta que

todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes.<sup>51</sup>

---

50. Disponível em: [www.tst.jus.br/documents/10157/2d73537c-52e8-4b6e-88c0-c2e-70d1878ee]. Acesso em: 3 abr. 2014.

51. GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 225-286.

A jurisprudência do TST é pacífica no que tange à nulidade das decisões que não observam os deveres de publicidade e fundamentação.

Recurso de revista. Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional. A obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais é princípio constitucional que não pode ser desconsiderado pelo julgador. O impedimento de alçar o tema a debate ao Tribunal Superior, porque não examinada matéria sobre a qual a parte buscou manifestação, em embargos de declaração, denota a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, com a consequente violação do art. 93, IX, da CF. Recurso de revista conhecido e provido (TST, RR 7111520105050511, 6.ª T., j. 19.03.2014, rel. Aloysio Corrêa da Veiga, *DEJT* 21.03.2014).

Recurso de revista. Nulidade do venerando acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional. A prestação jurisdicional não foi plenamente entregue, a evidenciar a nulidade do julgado. A obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial decorre da ampla defesa e do contraditório, e do direito constitucional ao acesso à jurisdição, a permitir que a instância *ad quem* aprecie o tema controvertido. Constata-se que o venerando acórdão regional restou omisso ao não pronunciar se estava o reclamante afastado em razão de enfermidade à época da dispensa, conforme instado por meio de embargos de declaração. Recurso de revista conhecido e provido (TST, RR 2830004919995050012, 6.ª T., j. 04.12.2013, rel. Aloysio Corrêa da Veiga, *DEJT* 06.12.2013).

## CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil, talvez inspirado no Código de Processo Civil português, enumera entre os arts. 1.º e 11, uma série de princípios, intitulando o capítulo de “Normas fundamentais do processo civil”.

Tais normas são denominadas de fundamentais por estruturarem o processo civil e proporcionarem um rumo a ser seguido na interpretação e compreensão de todos os dispositivos do sistema processual. Muitas delas já estavam consagradas no texto da Constituição Federal, o que corrobora a tendência de constitucionalização do processo.

Diante do art. 15 do NCPC que prevê a aplicação subsidiária e supletiva do novo diploma ao microsistema processual trabalhista, é necessário uma leitura das referidas normas e a aferição de sua compatibilidade ao processo do trabalho.

Não há qualquer dúvida da importância dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, celeridade processual, primazia do julgamento de mérito, boa-fé processual, cooperação, isonomia, dignidade da pessoa humana,

razoabilidade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, contraditório efetivo, vedação à decisão surpresa, publicidade e fundamentação das decisões para o processo do trabalho.

Diante da observância e cumprimento de tais normas fundamentais no processo do trabalho, certamente será possível alcançar o necessário equilíbrio entre a tutela do trabalhador e a garantia de um processo justo para as empresas, que têm a função social de gerar os empregos.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. *A ética e os personagens do processo*. Aula magna do ano acadêmico 2000, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e discurso na cerimônia de posse dos novos professores titulares.
- CHAVES, Luciano Athayde. *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2012.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2002.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*. vol. 127. ano 30. São Paulo: Ed. RT. p. 75-79, set./2005.
- GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo. José Bushatsky Ed., 1975.
- MAIOR, Luiz Souto. *Negociação coletiva do trabalho em tempos de crise. Justiça do Trabalho: Revista de Jurisprudência Trabalhista*. vol. 26. n. 301. Porto Alegre: HS Ed. p. 27-33. jan./2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Crítica e propostas*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. *Direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- PAUMGARTTEM, Michele Pedrosa. A mediação de conflitos trabalhistas no Brasil e a mediação judicial no Tribunal do Trabalho do Reino Unido. *Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ*. vol. 14. ano 8. Rio de Janeiro: UERJ. p. 411-437. jul.-dez./2014.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 1.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *International arbitration*. 5. ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.
- SILVA, Bruno Freire e. A inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; AUGUSTO, Ricardo (org.). *A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao Prof. João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. vol. 1.

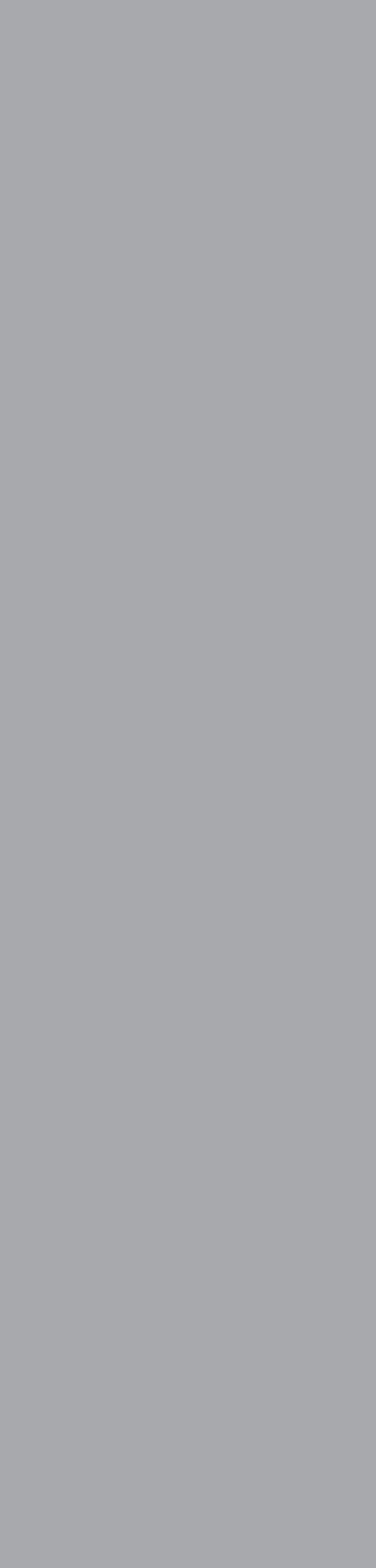
## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A Instrução Normativa n. 39 do TST: a interpretação dada pela corte trabalhista à aplicação do Código de Processo Civil no processo do trabalho – 1.ª parte, de Bruno Freire e Silva – *RDT* 170/25-55 (DTR\2016\20493);
- O “novíssimo” processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão, de Guilherme Guimarães Feliciano – *RDT* 125/46-87 (DTR\2007\98); e
- O novo CPC e as regras supletiva e subsidiária ao processo do trabalho, de Edilton Meireles – *RDT* 157/129-137 (DTR\2014\3166).

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 Tributário**



# POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO NO ÂMBITO FEDERAL PARA OS FINS E EFEITOS DO ART. 138 DO CTN (DENÚNCIA ESPONTÂNEA)

---

## *POSSIBILITY OF USE OF OFFSETTING ON FEDERAL LEVEL FOR PURPOSES AND EFFECTS OF ARTICLE 138 OF BRAZILIAN TAX CODE (VOLUNTARY DISCLOSURE)*

**LUIZ CARLOS FRÓES DEL FIORENTINO**

Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Especialização em Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Direito Tributário/Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Bacharel Faculdade de Direito da USP. Formado em Administração em 1995 pela Faculdade de Administração da Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP. Advogado em São Paulo.  
luizcarlos.fiorentino@dsa.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Tributário

**RESUMO:** O presente artigo procura estudar a natureza do instituto da compensação no âmbito federal, equiparando-o ao pagamento para os fins e efeitos da denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN.

**PALAVRAS-CHAVE:** Compensação – Pagamento – Equiparação – Âmbito federal – Denúncia espontânea.

**ABSTRACT:** This paper aims to study the nature of offsetting institute on federal level, equating it to payment for purposes and effects of voluntary disclosure provided for in article 138 of Brazilian Tax Code ("CTN" in Portuguese).

**KEYWORDS:** Offsetting – Payment – Leveling – Federal level – Voluntary disclosure.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Explicitação do regime jurídico da denúncia espontânea – 3. Função e efeitos jurídicos da denúncia espontânea – 4. Da nova sistemática legal da compensação – 5. Do entendimento da Administração Fiscal Federal – 6. Da jurisprudência administrativa e judicial sobre a questão – 7. Conclusão – Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O instituto da denúncia espontânea no direito tributário, inserto no art. 138 do CTN, é um dos mais estudados pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.

Ele tem grande aplicabilidade prática, principalmente em épocas de crise, na medida em que permite e incentiva que os contribuintes mantenham-se adimplentes com suas obrigações tributárias. Além disso, poupa os recursos públicos existentes, visto a entrada de receita<sup>1</sup> para o Erário sem os dispêndios comuns aos processos de fiscalização instaurados pelas Fazendas Públicas contra os contribuintes inadimplentes.

Entretanto, sua abrangência e seu alcance ainda não foram totalmente definidos na jurisprudência e continuam a suscitar inúmeras dúvidas e questionamentos. Esse fato contribui para a propagação de um sentimento de insegurança entre toda a comunidade jurídica e, em especial, entre os próprios contribuintes (administrados).

O presente estudo pretende expor as razões pelas quais entendemos possível a utilização da compensação no âmbito federal<sup>2</sup> para os fins e efeitos do art. 138 do CTN. Em outras palavras, trata o presente da equiparação da “compensação” ao “pagamento” previsto no art. 138 do CTN, para os fins de caracterização da espontaneidade da conduta do sujeito passivo perante a Administração Fiscal Federal.

Assim, inicialmente, deve-se perquirir sobre o regime jurídico<sup>3</sup> a que está submetido o instituto da denúncia espontânea.

## 2. EXPLICITAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA

O art. 138 do CTN tem a seguinte redação:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de

1. “Destinando-se determinada entrada a permanecer em definitivo nos cofres públicos, tem a denominação de receita.” OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo. Ed. RT, 2003. p. 38.
2. Nos termos do art. 170 do CTN, temos que “a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública”. No âmbito federal, a compensação encontra-se normatizada desde a Lei 8.838/1991, estando regulamentada, atualmente, pela Lei 9.430/1996.
3. Adotar-se-á a conceituação de regime jurídico apresentada por Lucia Valle Figueiredo: “Conceituamos singelamente o regime jurídico como o complexo de normas e princípios disciplinadores de determinado instituto. Portanto, para conhecermos o regime jurídico de cada instituto faz-se mister a perquirição das normas e princípios sobre ele incidentes” (*Estudos de direito tributário*. São Paulo. Malheiros, 1996. p. 40).

mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Este dispositivo legal traz, em seu bojo, uma excludente de responsabilidade pelo pagamento de multa pelo contribuinte, na hipótese de denúncia de uma infração. Isto porque, constituindo-se a multa em penalidade aplicada ao contribuinte em razão do descumprimento da obrigação tributária, tem a mesma, em sua subjacência e como pressuposto, a responsabilidade do contribuinte pela infração. E é exatamente esta responsabilidade que se encontra excluída no citado art. 138 do CTN.

A denúncia espontânea também está normatizada na legislação ordinária federal, conforme art. 7.º do Dec. 70.235/1972:

Art. 7.º O procedimento fiscal tem início com:

I – o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II – a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III – o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1.º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2.º Para os efeitos do disposto no § 1.º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de 60 (sesenta) dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos.

Assim, entende-se por denúncia espontânea aquela feita antes de a autoridade administrativa tomar conhecimento da infração ou antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionada com a infração denunciada (§ 1.º do art. 7.º do Dec. 70.235/1972). Se o sujeito passivo, espontaneamente e antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração, denuncia a infração cometida, efetuando, se for o caso, concomitantemente, o pagamento do tributo devido e dos juros de mora ou procedendo ao depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o valor do tributo dependa de apuração, ficará excluída a responsabilidade pela infração à legislação tributária.

Desta forma, podemos afirmar que na ocorrência da denúncia espontânea de uma infração, o recolhimento do seu débito correspondente, acrescido dos juros de mora, antes do início de qualquer procedimento de fiscalização, elide a aplicação ou cobrança de qualquer espécie de multa (de ofício ou de mora).<sup>4</sup>

É o que afirma Misabel Abreu Machado Derzi, ao comentar a obra de Aliomar Baleeiro, *in verbis*:

A denúncia espontânea deve vir acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, diz o art. 138, sem distinguir entre espécies de infração (material ou formal) ou de sanções. A infração pode configurar descumprimento do dever de pagar o tributo ou tão somente descumprimento de obrigação acessória ou de ambas, envolvendo multas moratórias, de revalidação ou isoladas. Por tal razão é que o art. 138 dispõe que a denúncia deve vir acompanhada do pagamento do tributo devido, se for o caso.

Qualquer espécie de multa supõe a responsabilidade por ato ilícito. Assim, a multa moratória tem, como suporte, o descumprimento tempestivo do dever tributário. E, se a denúncia espontânea afasta a responsabilidade por infrações, é inconcebível a exigência do pagamento da multa moratória, como faz a Administração Fazendária, ao autodenunciante.

Seria supor que a responsabilidade por infração estaria afastada apenas para outras multas, mas não para a multa moratória, o que é modificação indevida do art. 138 do CTN. Ao excluir a responsabilidade por infração, por meio da denúncia espontânea, o CTN não abra exceção, nem temperamentos.<sup>5</sup>

Portanto, pode-se inferir do citado art. 138 do CTN que a denúncia espontânea obsta qualquer tentativa de cobrança ou pagamento de multa, seja qual for sua natureza, punitiva ou de mora. Esse entendimento já encontra respaldo na jurisprudência judicial e administrativa.<sup>6</sup>

---

4. A multa de ofício, no âmbito da legislação federal, encontra-se tipificada pelo art. 44 da Lei 9.430/1996, ao passo que a multa de mora está no art. 61 do mesmo diploma legal.

5. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015. p. 1173-1174.

6. "Tributário. Recurso especial. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Declaração parcial de débito tributário acompanhado do pagamento integral. Posterior retificação da diferença a maior.

O STJ, de acordo com a sistemática dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC/1973, fixou entendimento no sentido de que a denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de qualquer procedimento da Administração Tributária), notificando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente. Assim, se a confissão é concomitante com o pagamento, resta configurada a denúncia espontânea (para a sua caracterização, o tributo não pode ter sido declarado previamente ao Fisco).

Confira-se a ementa do acórdão proferido pela 1.<sup>a</sup> Seção do STJ:

Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Tributário. IRPJ e CSLL. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Declaração parcial de débito tributário acompanhado do pagamento integral. Posterior retificação da diferença a maior com a respectiva quitação. Denúncia espontânea. Exclusão da multa moratória. Cabimento.

1. A denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de qualquer procedimento da Administração Tributária), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente.

2. Deveras, a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a consequente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco (Súmula 360 do STJ) (Precedentes da Primeira Seção submetidos ao rito do art. 543-C, do CPC: REsp 886.462/RS, j. 22.10.2008, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 28.10.2008;

---

Denúncia espontânea. Exclusão da multa moratória. Cabimento.

(...) *Por fim, 'a regra do art. 138 do CTN não estabelece distinção entre multa moratória e punitiva com o fito de excluir apenas esta última em caso de denúncia espontânea'* (REsp 908.086/RS, 2.<sup>a</sup> T., rel. Min. Castro Meira, *DJe* 16.06.2008).

2. Recurso especial não provido” (REsp 1210167/PR, 2.<sup>a</sup> T., j. 01.12.2011, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 09.12.2011 – destacamos).

Também a Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) tem posicionamento pela não incidência de multa de mora na denúncia espontânea, conforme o Ac. 9900-000.915, publ. em 09.03.2015.

e REsp 962.379/RS, j. 22.10.2008, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 28.10.2008).

3. É que “a declaração do contribuinte elide a necessidade da constituição formal do crédito, podendo este ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte” (REsp 850.423/SP, 1.ª Seção, j. 28.11.2007, rel. Min. Castro Meira, DJ 07.02.2008).

4. Destarte, quando o contribuinte procede à retificação do valor declarado a menor (integralmente recolhido), elide a necessidade de o Fisco constituir o crédito tributário atinente à parte não declarada (e quitada à época da retificação), razão pela qual aplicável o benefício previsto no art. 138, do CTN.

5. *In casu*, consoante consta da decisão que admitiu o recurso especial na origem (f.): “No caso dos autos, a impetrante em 1996 apurou diferenças de recolhimento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro, ano-base 1995 e prontamente recolheu esse montante devido, sendo que agora, pretende ver reconhecida a denúncia espontânea em razão do recolhimento do tributo em atraso, antes da ocorrência de qualquer procedimento fiscalizatório. Assim, não houve a declaração prévia e pagamento em atraso, mas uma verdadeira confissão de dívida e pagamento integral, de forma que resta configurada a denúncia espontânea, nos termos do disposto no art. 138 do CTN”.

6. Consequentemente, merece reforma o acórdão regional, tendo em vista a configuração da denúncia espontânea na hipótese *sub examine*.

7. Outrossim, forçoso consignar que a sanção premial contida no instituto da denúncia espontânea exclui as penalidades pecuniárias, ou seja, as multas de caráter eminentemente punitivo, nas quais se incluem as multas moratórias, decorrentes da impontualidade do contribuinte.

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008” (REsp 1149022/SP, 1.ª seção, j. 09.06.2010, rel. Min. Luiz Fux, DJe 24.06.2010).<sup>7</sup>

Nos termos desse precedente, as seguintes assertivas do Ministro Relator auxiliam a entender os contornos do instituto:

Cinge-se a controvérsia a configuração de denúncia espontânea (art. 138, do CTN) na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do

---

7. Essa decisão veio a corroborar o teor da Súmula 360 do STJ, publicada em 08.09.2008, a qual dispõe que “o benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo”.

débito tributário acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de qualquer procedimento do fisco), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente.

Com efeito, a Primeira Seção desta Corte, no âmbito de recursos especiais representativos de controvérsia, consolidou a tese de que a denúncia espontânea não resta caracterizada, com a consequente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação *declarados* pelo contribuinte e *recolhidos fora do prazo de vencimento*, à vista ou parceladamente, ainda que anteriormente a qualquer procedimento do Fisco.

(...)

Isto porque:

“(...) em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e a falta de pagamento da exação no vencimento, fica elidida a necessidade da constituição formal do crédito pelo Fisco quanto aos valores declarados.

Se não houver pagamento no prazo ou se o contribuinte paga menos do que declarou, o valor declarado pode ser imediatamente inscrito em dívida ativa, tornando-se exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo por ele reconhecido. A declaração do contribuinte ‘constitui’ o crédito tributário relativo ao montante informado e torna dispensável o lançamento.

Assim, a simples declaração da dívida, desacompanhada de pagamento tempestivo, afasta o benefício da denúncia espontânea de que trata o art. 138 do CTN.

Qualquer das teses a ser adotada traz, em consequência, um grande ‘desconforto’ jurisprudencial. Se ficarmos com a orientação hoje aceita neste Colegiado, de que não se configura a denúncia espontânea, criamos a seguinte situação: o contribuinte que declarou não terá direito ao benefício, mas aquele que deixou de declarar, assumindo posição mais gravosa em relação ao Fisco, terá direito de pagar o crédito com a exclusão da multa moratória.

Por outro lado, se retrocedermos às primitivas decisões das Turmas de Direito Público, que entendiam configurada a denúncia espontânea, nos afastamos da necessária coerência que deve alinhar os precedentes desta Seção.

Se a declaração do contribuinte elide a necessidade de formal constituição do crédito tributário, tanto assim que a Fazenda, após o vencimento, já pode inscrever o crédito em dívida ativa e iniciar o processo de cobrança judicial em caso de inadimplemento, não é razoável admitir que o benefício da denúncia

espontânea seja aplicado em situações como esta, em que já constituído o crédito fiscal.

O art. 138, parágrafo único, do CTN exige, como requisito da denúncia espontânea, que não tenha sido iniciado ‘qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionadas com a infração’. Feita a declaração pelo contribuinte, esgotou-se a atividade administrativa de constituição do crédito, não havendo mais espaço para a denúncia espontânea” (REsp 850.423/SP, 1.<sup>a</sup> Seção, j. 28.11.2007, rel. Min. Castro Meira, DJ 07.02.2008).

Ao revés, a denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de qualquer procedimento da Administração Tributária), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente.

É que se o contribuinte não efetuasse a retificação, o fisco não poderia executá-lo sem antes proceder à constituição do crédito tributário atinente à parte não declarada, razão pela qual aplicável o benefício previsto no art. 138, do CTN.

(...)

Outrossim, forçoso consignar que a sanção premial contida no instituto da denúncia espontânea exclui as penalidades pecuniárias, ou seja, as multas de caráter eminentemente punitivo, *nas quais se incluem as multas moratórias, decorrentes da impontualidade do contribuinte*” (destaques do original).

Assim, conforme decidido pelo STJ sob a sistemática dos recursos repetitivos, a denúncia espontânea obsta a cobrança de multa, seja qual for a sua denominação. Entretanto, na hipótese de os valores controversos terem sido objeto de declaração prévia ao Fisco (por intermédio de entrega de DIPJ, Dacou ou DCTF, por exemplo), não há a possibilidade de se efetuar o pagamento apenas do principal e dos juros de mora. Nessa hipótese, esses valores devem ser acrescidos da multa de mora de 20%.

A despeito de concordarmos ou não<sup>8</sup> com a decisão proferida pelo STJ na sistemática dos recursos repetitivos, fato é que ela trouxe importantes balizadores para a configuração do instituto da denúncia espontânea.

- 
8. Com efeito, na medida em que a maioria dos tributos está submetida à modalidade de lançamento por homologação e levando em consideração a multiplicidade de informações prévias a serem prestadas pelos contribuintes às Administrações Tributárias (as chamadas obrigações acessórias), em especial no âmbito federal, é cada vez mais raro um contribuinte verificar um tributo não adimplido no prazo regulamentar e que

Além disso, o mesmo STJ já se manifestou no sentido de que os efeitos do art. 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias<sup>9</sup> ou mesmo aos casos de parcelamento de débito tributário.<sup>10</sup>

Feitos esses breves comentários acerca dos principais contornos do instituto da denúncia espontânea, vejamos suas funções e seus efeitos jurídicos.

### 3. FUNÇÃO E EFEITOS JURÍDICOS DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA

Todas as normas possuem uma função, sem a qual não haveria razão de mantê-las inseridas no ordenamento, pois, se nada têm a acrescentar, são palavras vazias, destituídas de significado jurídico.

No que interessa ao presente estudo, pode-se dizer que é dúplice a função da denúncia espontânea de acordo com as normas que estruturam e regem a aplicação desse relevante instituto jurídico, na via administrativa.

A sua função primária ou a sua essencial utilidade, do ponto de vista do Fisco, é a de tornar dispensável a atividade administrativa fiscal relativamente à

---

não tenha sido objeto de declaração prévia ao Fisco. Assim, o entendimento proferido pelo STJ limita a possibilidade de os contribuintes usufruírem dos benefícios da denúncia espontânea.

9. “Nos termos da jurisprudência do STJ, a denúncia espontânea não é capaz de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF), pois os efeitos do art. 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas. Precedente AgRg nos EDcl no AgREsp 209.663/BA, 2.ª T., j. 04.04.2013, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 10.05.2013. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp 1466966/RS, 2.ª T., j. 05.05.2015, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 11.05.2015 – destacamos).

A matéria também já foi objeto da Súmula Carf 49: “A denúncia espontânea (art. 138 do Código Tributário Nacional) não alcança a penalidade decorrente do atraso na entrega de declaração”.

10. “Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Denúncia espontânea. Não configuração. Parcelamento de débito. Multa e encargos moratórios devidos, portanto. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. O instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) não se aplica nos casos de parcelamento de débito tributário (REsp. 1.102.577/DF, rel. Min. Herman Benjamin, 1.ª Seção, *DJe* 18.05.2009, acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Res. 8/2008 do STJ); multa e encargos devidos, portanto; ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Agravo Regimental da Farmácia D’ Oeste Paulista Ltda. a que se nega provimento” (AgRg no REsp 1456162/SP, 1.ª T., j. 23.06.2015, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 04.08.2015 – destacamos).

infração tributária ou, sendo o caso, ao tributo ou à situação jurídica denunciada ou confessada pelo contribuinte. A denúncia espontânea produz resultados imediatos em favor do Fisco, que se exonera do dever de fiscalização dos atos infracionais comunicados e, dessa forma, oferece a oportunidade de prover a arrecadação do tributo, quando devido, de modo mais célere, sendo visível o proveito assim obtido.

A outra função estratégica desse instituto, agora do ponto de vista do contribuinte que a realiza, é a de favorecê-lo com a exclusão da multa, em face da própria comunicação da infração. A denúncia espontânea produz a exoneração do pagamento da multa que decorre do descumprimento da obrigação, suprido pela comunicação, mas a obrigação principal confessada resta absolutamente incólume, não sendo de qualquer modo afetada pela confissão. Além disso, existe também um componente volitivo, na medida que a denúncia espontânea encoraja e estimula o contribuinte a confessar os seus débitos, para, em contrapartida, aproveitar-se dos benefícios já mencionados.

Assim, vê-se que a duplicidade da função da denúncia espontânea vem, de um lado, para beneficiar o Fisco, que tem seu crédito satisfeito antes mesmo de fiscalizar o contribuinte e, de outro, beneficia o próprio contribuinte, pois, delatando sua situação irregular de forma espontânea, fica desobrigado no que tange a responsabilidade tributária por infração.

No que pertine aos efeitos jurídicos, podem ser distintos, dependendo da conduta adotada pelo contribuinte.

Se o contribuinte, depois de feita a denúncia, realiza prontamente o pagamento do valor devido e dos seus acréscimos, coincidindo este com o momento da confissão, está excluído do pagamento de multa, conforme rege o já citado art. 138 do CTN.

Porém, se, efetivando a denúncia, o contribuinte não realiza o pagamento do montante devido, nem adota providências que garantam sua intenção em adimplir a dívida, a confissão da infração perde seu sentido de ser, desaproveitando assim sua eficácia e deixando de produzir a exclusão da multa, eis que frustrada está a função do instituto.

Em relação a esse segundo efeito cabe salientar que, mesmo não havendo a exclusão da multa, a confissão da infração não fica prejudicada. Por consequência, o Fisco pode valer-se da mesma sem restrição (iniciando, por exemplo, a cobrança de uma dívida tributária até então desconhecida).

Isto posto, tratemos da nova sistemática legal da compensação no âmbito federal, em especial as alterações legislativas ocorridas a partir de 2002, as

quais demonstram a intenção do legislador em estender à compensação os mesmos efeitos jurídicos atribuídos ao pagamento.

#### 4. DA NOVA SISTEMÁTICA LEGAL DA COMPENSAÇÃO

A forma clássica de extinção do crédito tributário (aqui entendido como obrigação tributária) é o pagamento,<sup>11</sup> nos estritos termos do art. 156, I, do CTN.

Contudo, o próprio art. 156, em seu inc. II, elege a compensação também como forma de extinção do crédito tributário. Não poderia ser diferente, pois a compensação nada mais é do que um encontro de contas entre devedor e credor, em que ambos possuem um débito e um crédito respectivo que se anulam, não havendo necessidade de que cada um pague sua dívida para com o outro.<sup>12</sup>

A compensação é aplicada plenamente no direito privado e foi também prevista no âmbito do Direito Tributário. A peculiaridade é que, no caso dos tributos, nos termos do já citado art. 170 do CTN, somente a lei de cada ente tributante pode definir as hipóteses de compensação e as regras a ela aplicáveis.

No caso dos tributos federais, objeto do presente estudo, apesar de o CTN ser de 1966, a compensação ali prevista veio a ser autorizada somente pela Lei 8.383/1991.

Atualmente, a Lei 9.430/1996, com diversas alterações, disciplina a compensação de tributos no âmbito federal, além das normas editadas pela Receita Federal do Brasil, regulamentando o instituto.<sup>13</sup>

O art. 74 da Lei 9.430/1996, em sua redação original, previa que a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Assim, a compensação dependia de requerimento prévio do contribuinte ao Fisco, o qual, por sua vez, poderia autorizar (ou não)<sup>14</sup> a utilização desse instituto para a extinção do crédito tributário.

---

11. Para Maria Helena Diniz, no Direito Tributário, pagamento é a “entrega pelo contribuinte à Fazenda Pública de uma soma pecuniária ou algo equivalente, extinguindo a obrigação” (*Dicionário jurídico universitário*. São Paulo. Saraiva, 1998. vol. 3, p. 489).

12. “Compensação é um encontro de contas. Quando ‘A’ deve a ‘B’, que também deve a ‘A’, essas dívidas podem ser extintas pela compensação.” MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo. Atlas, 2005. vol. 3, p. 303.

13. Vige, atualmente, a IN RFB 1.300/2012.

14. Se não preenchidos os requisitos legais aplicáveis, por se tratar de “poder dever”.

Ocorre que a Lei 10.637/2002, que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/1996, estabeleceu que

o sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Ademais, o § 2.º do art. 74 da mesma Lei 9.430/1996 determina que “a compensação declarada à Secretaria da Receita Federal *extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação*” (destacamos).

Assim, com o advento da Lei 10.637/2002, que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/1996, alterou-se a sistemática de compensação de créditos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, passando a verificar-se a extinção do crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Portanto, a legislação superveniente assegurou ao contribuinte o direito de utilizar qualquer crédito de origem tributária para compensação com tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, dispensando a exigência de prévia autorização daquele órgão.<sup>15</sup>

Ou seja, pela sistemática atual, da mesma forma que no pagamento, a compensação efetuada pelo contribuinte extingue o crédito tributário, sendo que o Fisco tem o prazo de cinco anos para homologar ou discordar do procedimento efetuado. Tanto é assim, que o § 1.º do art. 150 do CTN, ao tratar da modalidade de lançamento por homologação, atualmente aplicável para pagamento e compensação, determina que “o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito tributário, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento”.

Em outras palavras, a compensação efetuada possui efeito de pagamento sob condição resolutória, ou seja, a denúncia espontânea será válida e eficaz, salvo se o Fisco, em procedimento homologatório, verificar algum erro na operação de compensação.

---

15. A Exposição de Motivos da MedProv 66/2002, convertida na Lei 10.637/2002, ao tratar das novas disposições da Lei 9.430/1996, “instituiu mecanismo que simplifica os procedimentos de compensação, pelos sujeitos passivos, dos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, atribuindo maior liquidez para seus créditos, sem que disso decorra perda nos controles fiscais”.

Também o art. 28 da Lei 11.941, de 27.05.2009, ao dar nova redação ao art. 6.º da Lei 8.218, de 29.08.1991, conferiu à compensação o mesmo tratamento dado ao pagamento para efeito de redução das multas de lançamento de ofício.<sup>16</sup>

Percebe-se, portanto, que o pagamento não tem apenas o sentido de entrega pelo contribuinte à Fazenda Pública de uma soma pecuniária, extinguindo a obrigação tributária. O pagamento tem um sentido muito mais amplo (*lato sensu*), a designar toda e qualquer forma de adimplemento da obrigação.

Assim, o pagamento abarca não só a efetivação da prestação daquilo que forma o objeto da obrigação, por intermédio da entrega de quantia exata em dinheiro (recolhimento). Abrange também outras formas de adimplemento da obrigação, como é o caso da compensação. Em outras palavras, pagamento é gênero, do qual a compensação e a satisfação da obrigação em dinheiro (recolhimento) são espécies.

---

16. “Art. 6.º Ao sujeito passivo que, notificado, efetuar o pagamento, a compensação ou o parcelamento dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive das contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, será concedido redução da multa de lançamento de ofício nos seguintes percentuais:

I – 50% (cinquenta por cento), se for efetuado o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento;

II – 40% (quarenta por cento), se o sujeito passivo requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado do lançamento;

III – 30% (trinta por cento), se for efetuado o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado da decisão administrativa de primeira instância; e

IV – 20% (vinte por cento), se o sujeito passivo requerer o parcelamento no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que foi notificado da decisão administrativa de primeira instância.

§ 1.º No caso de provimento a recurso de ofício interposto por autoridade julgadora de primeira instância, aplica-se a redução prevista no inciso III do *caput* deste artigo, para o caso de pagamento ou compensação, e no inciso IV do *caput* deste artigo, para o caso de parcelamento.

§ 2.º A rescisão do parcelamento, motivada pelo descumprimento das normas que o regulam, implicará restabelecimento do montante da multa proporcionalmente ao valor da receita não satisfeita e que exceder o valor obtido com a garantia apresentada.

§ 3.º O disposto no *caput* aplica-se também às penalidades aplicadas isoladamente.”

Tanto é assim que a doutrina, ao examinar o tema sob a perspectiva do Direito Civil (direito das obrigações), aponta “a compensação como um duplo pagamento automático, operando ‘de pleno direito por força de lei, mesmo desconhecido pelos devedores’”.<sup>17</sup> Por meio da compensação: “Procede-se como se houvesse ocorrido pagamento recíproco, subsistindo a dívida apenas na parte não resgatada”.<sup>18</sup>

Isso demonstra que, atualmente, nosso ordenamento jurídico (tanto a legislação complementar, quanto a ordinária) indica que a compensação produz os mesmos efeitos do pagamento.

Assim, a compensação válida e eficaz atende aos pressupostos do art. 138 do CTN, de modo que deve abranger apenas os valores de principal acrescidos dos juros de mora, sendo defeso ao Fisco exigir multa de ofício ou de mora. Ademais, conforme será detalhado no tópico seguinte, não há a necessidade de comunicação posterior formal ao Fisco, bastando a comprovação da ocorrência da compensação (a declaração eletrônica de compensação ou PERDCOMP).

## 5. DO ENTENDIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO FISCAL FEDERAL

Em que pese a controvérsia acerca da possibilidade ou não de restar configurada a denúncia espontânea quando a extinção do crédito tributário se dá por compensação, a Receita Federal do Brasil, com a Nota Técnica 1 Cosit de 18.01.2012,<sup>19</sup> com fundamento no Ato Declaratório PGFN 4/2011 e Ato Declaratório PGFN 8/2011, reconheceu que a declaração de compensação, se atendidos os demais requisitos, poderia caracterizá-la.

E isto porque a compensação ou quaisquer outras formas de adimplemento de obrigação são formas de pagamento que acarretam a extinção da obrigação. Sendo forma de pagamento, a compensação atende às exigências do art. 138 do CTN, já transcrito, que dispõe que “a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora (...)”.

Transcrevemos abaixo a parte da Nota Técnica 1 Cosit, de 18.01.2012, que trata do assunto:

---

17. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2, p. 373.

18. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 2, p. 209.

19. Equiparado à noção de norma complementar a teor do que prescreve o inc. I do art. 100 do CTN.

### *Aplicabilidade da denúncia espontânea no caso de compensação*

18. Com relação à aplicabilidade da denúncia espontânea na compensação de tributos, não se pode perder de vista que pagamento e compensação se equivalem? ambos apresentam a mesma natureza jurídica, seus efeitos são exatamente os mesmos: a extinção do crédito tributário. Como consequência, a compensação também é instrumento apto a configurar a denúncia espontânea.

18.1 Tanto é assim que o art. 28 da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, ao dar nova redação ao art. 6.º da Lei 8.218, de 29 de agosto de 1991, conferiu à compensação o mesmo tratamento dado ao pagamento para efeito de redução das multas de lançamento de ofício.

18.2 Essa equiparação do pagamento e compensação na denúncia espontânea resulta da aplicação da analogia, prevista como método de integração da legislação pelo art. 108, I, do CTN.

18.3 Dessa forma, respondendo às indagações formuladas nas letras h e i do item 3 desta Nota Técnica:

a) se o contribuinte não declara o débito na DCTF, porém efetua a compensação desse débito na Dcomp, sendo os atos de confessar e compensar concomitantes, aplica-se o mesmo raciocínio previsto no item 10, ou seja, neste caso resta configurada a denúncia espontânea prevista no art. 138 do CTN?

(...)

### *Revisão de ofício do lançamento*

19. Uma vez identificadas pelas unidades da RFB as situações em que se configuram a denúncia espontânea, não deve ser exigida mais a multa de mora.

(...)

20. Resumindo o acima exposto, e em face do posicionamento atual da jurisprudência do STJ sobre a denúncia espontânea, é de se concluir que:

(...)

b) tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação:

b1) não se configura denúncia espontânea a situação em que o contribuinte apresenta declarações que constituem o crédito tributário (tais como DCTF, DIRPE, GFIP e Dcomp) e em momento posterior quitam o débito, mediante pagamento ou compensação?

b2) configura denúncia espontânea a situação em que o contribuinte efetua o pagamento ou a compensação do débito (tributo, acrescido dos juros de mora), antes ou concomitantemente à apresentação das declarações que constituem o crédito tributário, e antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração? (...) (destaques do original).

Não obstante, a mesma Receita Federal do Brasil reviu seu posicionamento e, por intermédio da Nota Técnica 19 Cosit, de 12.06.2012, cancelou a Nota Técnica 1 Cosit, de 18.01. 2012, nos seguintes termos:

5. Em consequência, conclui-se:

Pelo cancelamento da Nota Técnica Cosit 1, de 18 de janeiro de 2012;

a) que *se considera ocorrida a denúncia espontânea*, para fins de aplicação do art. 19 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002;

b.1) quando o sujeito passivo confessa a infração, inclusive mediante a sua declaração em DCTF, e até este momento extingue a sua exigibilidade *com o pagamento, nos termos do Ato Declaratório PGFN 4, de 20 de dezembro de 2011*;

b.2) Quando o contribuinte declara a menor o valor que seria devido e *paga integralmente o débito declarado*, e depois retifica a declaração para maior, *quitando-o, nos termos do Ato Declaratório PGFN 8, de 20 de dezembro de 2011*;

c) *não se considera ocorrida a denúncia espontânea*, para fins de aplicação do art. 19 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002;

c.1) quando o sujeito passivo paga o débito, mas não apresenta declaração ou outro ato que dê conhecimento da infração confessada;

c.2) quando o sujeito passivo declara o débito a menor, *mas não paga o valor declarado* e posteriormente retifica a declaração, pagando concomitantemente todo o débito confessado;

c.3) quando o sujeito passivo compensa o débito confessado, mediante apresentação de Dcomp;

c.4) quando o sujeito passivo declara o débito, mas paga a destempo;

d) que os eventuais pedidos de revisão de lançamento, restituição e/ou compensação dos créditos já constituídos nas situações do item *b* acima devem ser analisados com base no entendimento exarado nos Atos Declaratórios PGFN 4 e 8, de 2011 (destaques do original).

Assim, o entendimento atual da Administração Fiscal, com base na Nota Técnica Cosit 19/2012, e também com base na Solução de Consulta da Cosit 384/2014,<sup>20</sup> é de que a compensação não teria sido expressamente contemplada pelo art. 138 do CTN, o qual somente se referiria ao pagamento como hipótese que permitiria a denúncia espontânea.

---

20. “Denúncia espontânea. Multa de mora. Exclusão. Considera-se ocorrida a denúncia espontânea, para fins de aplicação do art. 19 da Lei 10.522, de 19.07.2002, quando o sujeito passivo confessa a infração, e até este momento extingue a sua exigibilidade mediante pagamento. Inocorre a denúncia espontânea quando o sujeito passivo compensa o débito já confessado.”

Trata-se, a toda evidência, de uma interpretação literal da legislação e que, apenas por esse motivo, não representa a melhor exegese da matéria. Conforme já comentado, a compensação acarreta a extinção da obrigação, sendo forma de pagamento, e, dessa forma, atende às exigências do art. 138 do CTN.

Além disso, sustentam os defensores do posicionamento fiscal a impossibilidade de se estender os efeitos da denúncia espontânea à compensação, visto que essa depende de posterior homologação pelo Fisco. Tal fato, entretanto, em nada altera a situação, até porque o pagamento também está sujeito à homologação no prazo de cinco anos, tratando-se de tributo sujeito ao “autolancamento”.

E não poderia ser diferente, pois a única diferença entre o recolhimento e a compensação está em que, na compensação, o contribuinte se vale do excesso de um recolhimento que realizou anteriormente em valor maior que o devido, ou seja, utiliza parte de um recolhimento que já existe, mas que fez indevidamente ou em valor maior do que deveria.

Isto significa que, nesta situação, o Fisco detém em seus cofres valores que foram recolhidos a maior pelo contribuinte.

O contribuinte, portanto, por meio da compensação, utiliza valores que lhe pertencem, mas que já estão nos cofres públicos, em poder do Fisco, sendo por isso de rigor que se prestigie a possibilidade de utilizá-los para o pagamento, não havendo qualquer razão para que se impeça tal possibilidade, condicionando o direito do contribuinte ao recolhimento.

Ademais, cumpre observar que, no caso de a compensação apresentada vir a ser negada, o Fisco cobrará do contribuinte o pagamento do débito confessado, e assim o fará em valores atualizados, inclusive com a cobrança da multa, de maneira que, ao fim e ao cabo, será honrada a obrigação tributária, sem qualquer prejuízo para o Fisco.

A Fazenda Pública também defende a tese de que a denúncia espontânea pressupõe: (a) pagamento integral do tributo devido e posterior comunicação à autoridade administrativa; ou (b) comunicação à autoridade administrativa com fornecimento de todos os dados necessários para apuração do valor a ser depositado.

Verifica-se, do já citado art. 138 do CTN, que o pagamento integral nos limites ali definidos (apenas acompanhado de juros) perfaz a condição jurídica, pelo que satisfeita está a conduta do contribuinte em face da norma legal.

Assim, a alegação de descumprimento da norma jurídica ante a inexistência de comprovação de declaração de débito perante a autoridade administrativa –

tese recorrente invocada pela Fazenda – é fruto de ilação e, como se sabe, não tem o condão de vincular condutas jurídicas.

Dentro do nosso ordenamento jurídico, vigora o princípio da estrita legalidade (CF, art. 150, I). Somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas (CTN, art. 97, V).

Em outras palavras, a única comprovação exigível é aquela apta a fazer prova do recolhimento do tributo espontaneamente (guia de recolhimento) ou, no caso de compensação, a declaração de compensação eletrônica (PERDCOMP). Ademais, tratando-se de compensação, a mera entrega do PERDCOMP caracteriza a denúncia espontânea da infração, formalizando-a e instrumentalizando-a, mesmo porque nele identificados todos os elementos da obrigação tributária extemporaneamente honrada.

Ressalte-se, outrossim, que, a despeito da controvérsia aqui tratada, as denúncias espontâneas efetuadas no período em que vigorou a Nota Técnica 1 Cosit, de 18.01.2012 (ou seja, até o advento da Nota Técnica 19 Cosit, de 12.06.2012), baseadas em compensação, desde que observadas as demais prescrições do instituto, devem ser homologadas pela Fiscalização em observância ao art. 100, I, do CTN,<sup>21</sup> visto que existia no período entendimento fiscal expresso no sentido de que restaria configurada a denúncia espontânea quando a extinção do crédito se desse por compensação. Assim, a alteração no entendimento fiscal só poderia abranger os fatos geradores posteriores a junho de 2012, em atenção ao art. 146 do CTN.<sup>22</sup>

## 6. DA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL SOBRE A QUESTÃO

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) já se pronunciou sobre a questão, conforme se percebe dos seguintes precedentes aplicando os benefícios da denúncia espontânea aos débitos extintos por compensação:

---

21. “Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; (...).”

22. “Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”

Denúncia espontânea. Compensação. São equivalentes o recolhimento por meio de DARF e a compensação por meio de DCOMP para o efeito de configuração da denúncia espontânea, na forma do art. 138 do CTN. Recurso parcialmente provido (Ac. 3403-003.628, j. 18.03.2015, Conselheiro relator Ivan Allegretti).

Normas de administração tributária Exercício: 2001 Denúncia espontânea. Exclusão da multa moratória. Cabimento. A denúncia espontânea resta configurada na hipótese em que o contribuinte, após efetuar a declaração parcial do débito tributário (sujeito a lançamento por homologação) acompanhado do respectivo pagamento integral, retifica-a (antes de qualquer procedimento da Administração Tributária), noticiando a existência de diferença a maior, cuja quitação se dá concomitantemente.

Denúncia espontânea. Compensação. Cabimento. A compensação ou quaisquer outras formas de adimplemento de obrigação são formas de pagamento que acarretam a extinção da obrigação. Sendo forma de pagamento, a compensação atende ao exigências do art. 138 do CTN (Ac. 1302-001.673, j. 03.03.2015, Conselheiro relator Hélio Eduardo de Paiva Araújo).

Compensação de débitos. IRPJ E CSLL. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Denúncia espontânea. A denúncia espontânea resta configurada, com a consequente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o contribuinte ao efetuar a compensação, concomitantemente ou em ato posterior o declara, anteriormente a qualquer procedimento do Fisco. Art. 138 do CTN (Súmula 360/STJ e REsp 1.149.022/SP). Exigência do IRPJ e da CSLL estimativa. Passíveis de sanções pelo inadimplemento da obrigação. Recurso Voluntário Provido em Parte (Ac. 3801-005.225, j. 26.02.2015, Conselheiro Relator Cássio Schappo).

Tributário. Compensação anterior à entrega da DCTF. Compensação equiparada ao pagamento. Nota Cosit 01/2012. Exclusão de multa e juros. Cabimento. Admite-se a denúncia espontânea nos tributos lançados por homologação desde que haja pagamento integral do tributo e juros anteriormente à ação fiscal (art. 138 do CTN). Se o contribuinte envia Declaração de Compensação posteriormente ao vencimento e anteriormente à transmissão da DCTF, deverá ser afastada a multa de mora, pois está caracterizada a denúncia espontânea, uma vez que a Declaração de Compensação equivale a pagamento, nos termos do art. 28 da Lei 11.941 e da Nota Técnica Cosit 01/2012 (Ac. 3402-002.530, j. 15.10.2014, Conselheiro Relator João Carlos Cassuli Junior).

Compensação tributária. Benefícios da denúncia espontânea. Aplicação da Nota Técnica Cosit 01/2012. Afastamento da multa de mora. Nos termos da Nota Técnica Cosit 01/2012, afasta-se a aplicação da multa de mora nos casos em que o sujeito passivo, espontaneamente, quita o crédito tributário devido mediante compensação antes de intimado de quaisquer medidas fiscalizató-

rias (Ac. 3802-003.662, j. em 17.09.2014, Conselheiro relator Bruno Maurício Macedo Curi).

Denúncia espontânea. Multa de mora. Descabe a imposição de multa de mora na hipótese em que caracterizada a denúncia espontânea da infração tributária pelo contribuinte, a teor do art. 138 do CTN e jurisprudência sumulada pelo STJ. Para que haja a denúncia espontânea, o adimplemento do tributo deve ocorrer anterior ou concomitantemente com a declaração ao Fisco sobre a existência do débito. A Nota Técnica Cosit 1/2012, que equipara a “compensação” a “pagamento” para fins de aplicação do instituto da denúncia espontânea, deve ser aplicado pela Administração Tributária quando benéfica ao contribuinte, sob pena de restar caracterizada violação aos princípios da proibição do *venire contra factum proprium* e da isonomia entre os contribuintes (Ac. 1102-000.977, j. 03.12.2013, Conselheiro relator João Otávio Oppermann Thomé).

É importante ressaltar que os precedentes citados do Carf foram julgados posteriormente a junho de 2012, quando já se tinha ciência da alteração do posicionamento da Administração Fiscal, por intermédio da Nota Técnica 19 da Cosit, de 2012. Tal fato, inclusive, foi expressamente analisado pelo Ac. 1302-001.673, sem que tenha tido o condão de alterar o posicionamento da turma julgadora:

Em que pese a controvérsia acerca da possibilidade ou não de restar configurada a denúncia espontânea quando o pagamento se dá por compensação, a Receita Federal, através da Nota Técnica 1 Cosit de 18.01.2012, com fundamento no Ato Declaratório PGFN 4 de 2011 e Ato Declaratório PGFN 8 de 2011, reconhece que a declaração de compensação, se atendidos os demais requisitos, pode configurar denúncia espontânea.

(...)

Ocorre que a Receita Federal (conforme Nota Técnica Cosit 19/2012 e Solução de Consulta da Cosit 384/2014) tem manifestado ultimamente o entendimento no sentido de que a compensação não teria sido expressamente contemplada pelo art. 138 do CTN que somente se referiria ao “pagamento” como hipótese que permite a denúncia espontânea.

Ora, essa interpretação do Fisco, além de ser totalmente literal, o que já é um absurdo em si mesmo, contraria a interpretação sistemática que deve ser feita dessa norma com as demais regras do próprio CTN e da Lei 9.430 (trecho do voto do Conselheiro Relator proferido no acórdão 1302-001.673).

Não obstante, também existe precedentes no âmbito do Carf no sentido de que não se deva considerar ocorrida a denúncia espontânea quando o contribuinte compensa o débito. Como exemplo, podemos citar o acórdão 3802-004.035:

Denúncia espontânea. Declaração de compensação. Multa de mora. Para caracterizar a denúncia espontânea, o art. 138 do CTN exige a extinção do crédito tributário por meio de seu pagamento integral. Pagamento e compensação são formas distintas de extinção do crédito tributário. Recurso voluntário negado (Conselheiro Relator Waldir Navarro Bezerra, j. 27.01.2015).<sup>23</sup>

A jurisprudência do STJ sobre a questão também está dividida, não havendo ainda julgados definidos pela sistemática de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973, art. 1.036 do atual CPC). Como precedentes favoráveis à tese ora em análise, podemos citar:

Processual civil e tributário. Presença de omissão. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. Denúncia espontânea. Reconhecimento. Tributo pago sem procedimento administrativo anterior e antes da entrega da DCTF referente ao imposto devido.

1. A decisão embargada afastou o instituto da denúncia espontânea, contudo se omitiu para o fato de que a hipótese dos autos, tratada pelas instâncias ordinárias, refere-se a tributo sujeito a lançamento por homologação, tendo os ora embargantes recolhido o imposto no prazo, antes de qualquer procedimento fiscalizatório administrativo.

2. Verifica-se estar caracterizada a denúncia espontânea, pois não houve constituição do crédito tributário, seja mediante declaração do contribuinte, seja mediante procedimento fiscalizatório do Fisco, anteriormente ao seu respectivo pagamento, o que, *in casu*, se deu com a compensação de tributos. Ademais, a compensação efetuada possui efeito de pagamento sob condição resolutória, ou seja, a denúncia espontânea será válida e eficaz, salvo se o Fisco, em procedimento homologatório, verificar algum erro na operação de compensação. Nesse sentido, o seguinte precedente: AgRg no REsp 1.136.372/RS, 1.<sup>a</sup> T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 18.05.2010.

3. Ademais, inexistindo prévia declaração tributária e havendo o pagamento do tributo antes de qualquer procedimento administrativo, cabível a exclusão das multas moratórias e punitivas.

4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1375380/SP, 2.<sup>a</sup> T., j. 20.08.2015, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 11.09.2015).

---

23. No mesmo sentido, Ac. 1302-001.736, j. 10.12.2015, Conselheiro Relator Edeli Pereira Bessa, Ac. 3803-006.976, j. 19.03.2015, Conselheiro relator Paulo Renato Moraes de Moraes, Ac. 3302-002.772, j. 13.11.2014, Conselheiro relator Gileno Gurjão Barreto, Ac. 1801-001.835, j. 05.12.2013 Conselheiro relator Roberto Massao Chinen, e Ac. 1801-001.806, j. 04.12.2013, Conselheiro Relator Roberto Massao Chinen.

Agravo regimental em recurso especial. Denúncia espontânea. Compensação. Caracterização. Violação do art. 557 do CPC. Inocorrência. Exclusão da multa moratória ou punitiva. Possibilidade. Improvimento.

1. Fundada a decisão na jurisprudência dominante do Tribunal, não há falar em óbice para que o relator julgue o recurso especial com fundamento no art. 557 do CPC.

2. Caracterizada a denúncia espontânea, quando efetuado o pagamento do tributo em guias DARF e com a compensação de vários créditos, mediante declaração à Receita Federal, antes da entrega das DCTFs e de qualquer procedimento fiscal, as multas moratórias ou punitivas devem ser excluídas.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1136372/RS, 1.<sup>a</sup> T., j. 04.05.2010, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 18.05.2010).

Ressalte-se, outrossim, precedente recente da 1.<sup>a</sup> T. do STJ e que julgou recurso especial no qual se discute o pagamento de parcelamento tributário por meio de compensação entre créditos próprios que o contribuinte detém contra a Fazenda e os seus débitos parcelados.

O relator, Min. Napoleão Maia Nunes, havia monocraticamente negado seguimento ao recurso por entender que o legislador teria distinguido as modalidades de extinção do crédito tributário entre o pagamento e compensação. Decorreria a impossibilidade de compensação no âmbito do parcelamento em questão por ausência de previsão específica.

No entanto, o Ministro reviu seu posicionamento e levou à Turma o entendimento de que a compensação seria uma modalidade de pagamento, o que facultaria ao contribuinte “pagar” o parcelamento por meio da compensação, independente de previsão expressa nesse sentido.

O Min. Gurgel de Faria ressaltou que o ministro relator adotou o posicionamento já consagrado pelo STJ. A Min. Regina Helena, também seguindo o entendimento do relator, acrescentou apenas que a compensação é um pagamento feito mediante créditos recíprocos.

Assim, por unanimidade, a Turma deu provimento ao recurso especial, determinando que a compensação seja admitida como forma de pagamento de débitos tributários parcelados, em precedente que restou assim ementado:

3. É usual tratar-se a compensação como uma espécie do gênero pagamento, colhendo-se da jurisprudência do STJ uma pletera de precedentes que compartilham dessa abordagem intelectual da espécie jurídica em debate: AgRg no REsp 1.556.446/RS, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 13.11.2015; REsp 1.189.926/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 01.10.2013; REsp 1.245.347/RJ, rel. Min. Castro Meira, rel. p/acórdão Min. Mauro Campbell

Marques, *DJe* 11.10.2013; AgRg no Ag. 1.423.063/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 29.6.2012; AgRg no Ag. 569.075/RS, rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* 18.04.2005.

4. Considerando-se a compensação uma modalidade que pressupõe credores e devedores recíprocos, ela, ontologicamente, não se distingue de um pagamento no qual, imediatamente depois de pagar determinados valores (e extinguir um débito), o sujeito os recebe de volta (e assim tem extinto um crédito). Por essa razão, mesmo a interpretação positivista e normativista do art. 9.º da MedProv 303/2006, deve conduzir o intérprete a albergar, no sentido da expressão pagamento, a extinção da obrigação pela via compensatória, especialmente na modalidade *ex officio*, como se deu neste caso.

(...)

6. A interpretação das normas tributárias não deve conduzir ao ilogismo jurídico de afirmar a preponderância irrefreável do interesse do fiscal na arrecadação de tributos, por legítima que seja essa pretensão, porquanto os dispositivos que integram a Legislação Tributária têm por escopo harmonizar as relações entre o poder tributante e os seus contribuintes, tradicional e historicamente tensas, sendo essencial, para o propósito pacificador, a atuação judicial de feitiço moderador (REsp 1.122.131/SC, 1.ª T., j. 24.05.2016, rel. Min.Napoleão Nunes Maia Filho).

Embora esse precedente não trate da questão específica ora em comento, ele demonstra que é usual tratar a compensação como uma espécie de pagamento, colhendo-se da jurisprudência do STJ uma plethora de precedentes que compartilham dessa abordagem intelectual da espécie jurídica em debate (compensação).

Como precedente contrário a tal entendimento, entretanto, cite-se o seguinte julgado proferido também pela 1.ª T. do STJ:

Tributário e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Mandado de segurança. Denúncia espontânea. Art. 138 do CTN. DCTF na qual se informa a extinção do crédito tributário por meio de compensação. Retificação, em nova DCTF, do valor a ser compensado, com o pagamento da parte do crédito tributário correlato, inclusive juros de mora. Não configuração de denúncia espontânea. Pagamento intempestivo. Súmula 360 do STJ.

1. À luz do entendimento jurisprudencial do STJ, constituído o crédito tributário por meio da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, ele é líquido, certo e exigível, não havendo necessidade de qualquer outra providência por parte da autoridade fiscal competente, daí por que, nos termos da Súmula 360 do STJ, “o benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo”.

2. O fato de a recorrente ter procedido a compensação tributária, na DCTF, e, posteriormente, ter retificado os valores à compensar, com o pagamento da parte retificada, incluídos os juros, não elide o entendimento de que o tributo fora pago a destempo. A retificação da forma pela qual o crédito tributário informado na DCTF será extinto [sendo que a compensação ainda depende de homologação] não induz à conclusão de que o contribuinte ou responsável tenha, espontaneamente, denunciado o não pagamento de tributo [constituído e exigível], por isso que não se observa a hipótese do art. 138 do CTN.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1277545/RS, 1.<sup>a</sup> T., j. 22.05.2012, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 28.05.2012).

Percebe-se, assim, que a jurisprudência administrativa e judicial sobre a questão ainda é incipiente e está bastante dividida. Espera-se, entretanto, pelos argumentos anteriormente aduzidos, que venha a se pacificar acolhendo a tese ora defendida, a qual, segundo pensamos, espelha a melhor interpretação jurídica sobre a questão, além de servir de importante alternativa para os contribuintes e para a própria União, em especial em épocas de crise.

## 7. CONCLUSÃO

A compensação atende aos pressupostos do art. 138 do CTN, de modo que deve abranger apenas os valores de principal acrescidos dos juros de mora, sendo defeso ao Fisco exigir multa de ofício ou de mora sobre os valores extintos.

A Receita Federal do Brasil, contudo, alterando posicionamento anterior, passou a entender que a compensação não teria sido expressamente contemplada pelo art. 138 do CTN, que somente se referiria ao “pagamento” como hipótese abrangida pela denúncia espontânea. Assim, a seu ver, os débitos não recolhidos no prazo de vencimento, se extintos pela compensação, devem ser acrescidos de juros e multa de mora.

A interpretação fiscal é literal e contraria a interpretação sistemática/teleológica que deve ser feita dessa norma com as demais regras insertas no nosso ordenamento jurídico, em especial o Código Tributário Nacional e a legislação ordinária (Lei 9.430/1996).

O Código Tributário Nacional e a Lei 9.430/1996 expressamente outorgam à compensação o poder de extinguir o crédito tributário, atribuindo-lhe o mesmo efeito jurídico do pagamento.

Ademais, o intuito do legislador, ao criar o instituto da denúncia espontânea, foi o de prestigiar o contribuinte de boa-fé que se antecipa ao Fisco e

declara ter cometido uma infração ao dever de pagar tributos e, com isso, tem assegurada a exclusão da penalidade.

A denúncia espontânea tem duas finalidades básicas. A primeira é fazer com que o contribuinte pague todos os tributos decorrentes dos atos que pratica, colocando-se em situação regular perante a Administração Fiscal. A consequência é o reestabelecimento do equilíbrio jurídico na relação entre Fisco e contribuinte.

A segunda é carrear aos cofres públicos importâncias juridicamente devidas, embora o agente arrecadador desconhecesse o ato que deu causa à imposição tributária. A consequência é o recebimento de receita tributária inadimplida sem a mobilização dos recursos humanos das Administrações Fazendárias (pois a confissão deve preceder as medidas fiscalizatórias).

Note-se que os servidores públicos são custeados pela Administração, de modo que quanto mais denúncias espontâneas ocorrerem, menor a necessidade de servidores fiscalizando os contribuintes e, também, menor o custo financeiro dessa atividade.

O benefício para o contribuinte é o afastamento de sua responsabilidade tributária, especificamente no que tange às multas moratórias e de ofício. Para o Fisco, o benefício é o recebimento de valores que, possivelmente, jamais seriam entregues sem a mobilização de seus servidores em procedimentos fiscalizatórios e com alta possibilidade de a exigência tributária tornar-se litigiosa, seja na esfera administrativa ou judicial.

Assim, fica claro que o instituto é interessante a ambos os sujeitos da relação jurídico-tributária. Por isso, deve-se ter em mente que impor obstáculos à plena eficácia da denúncia espontânea traz prejuízos também à Fazenda Pública.

Ademais, o fato de a compensação depender de posterior homologação pelo Fisco em nada altera a situação, até porque o pagamento também está sujeito à homologação no prazo de cinco anos tratando-se de tributo sujeito ao “autolancamento”.

Não existe determinação legal que obrigue o contribuinte que realizou uma denúncia espontânea a comunicá-la posteriormente ao Fisco. A única comprovação exigível é aquela apta a fazer prova do recolhimento e/ou compensação do tributo espontaneamente (guia de recolhimento ou a declaração de compensação eletrônica / PERDCOMP).

A jurisprudência judicial e administrativa sobre a questão é ainda incipiente, mas espera-se que evolua encampando a tese aqui aduzida. Nesse

interim, caberá aos contribuintes que tiverem multas cobradas pelo Fisco em razão de compensação no âmbito da denúncia espontânea ingressar com ações judiciais ou defesas administrativas visando afastar tal exigência manifestamente ilegal.

Em qualquer hipótese, as denúncias espontâneas efetuadas entre janeiro e junho de 2012 (portanto, entre a Nota Técnica 1 Cosit e a Nota Técnica 19 Cosit), baseadas em compensações, devem ser homologadas pela Fiscalização em observância ao art. 100, I, do CTN, visto que existia entendimento fiscal expresso no sentido de que restaria configurada a denúncia espontânea quando a extinção do crédito se desse por compensação. Assim é, pois, eventual alteração no entendimento fiscal só poderia abranger os fatos geradores posteriores a junho de 2012, em atenção ao art. 146 do CTN.

O uso da compensação como forma de extinção do crédito tributário não pode menosprezar o direito à espontaneidade previsto na norma tributária (art. 138 do CTN), que deve prevalecer contra a interpretação totalmente literal promovida pelo Fisco Federal.

## BIBLIOGRAFIA

- DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário*. São Paulo. Saraiva, 1998. vol. 3.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Estudos de direito tributário*. São Paulo. Malheiros, 1996.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo. Saraiva, 2003, vol. 2.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo. Atlas, 2005. vol. 3.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo. Ed. RT, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo. Saraiva, 2002. vol. 2.

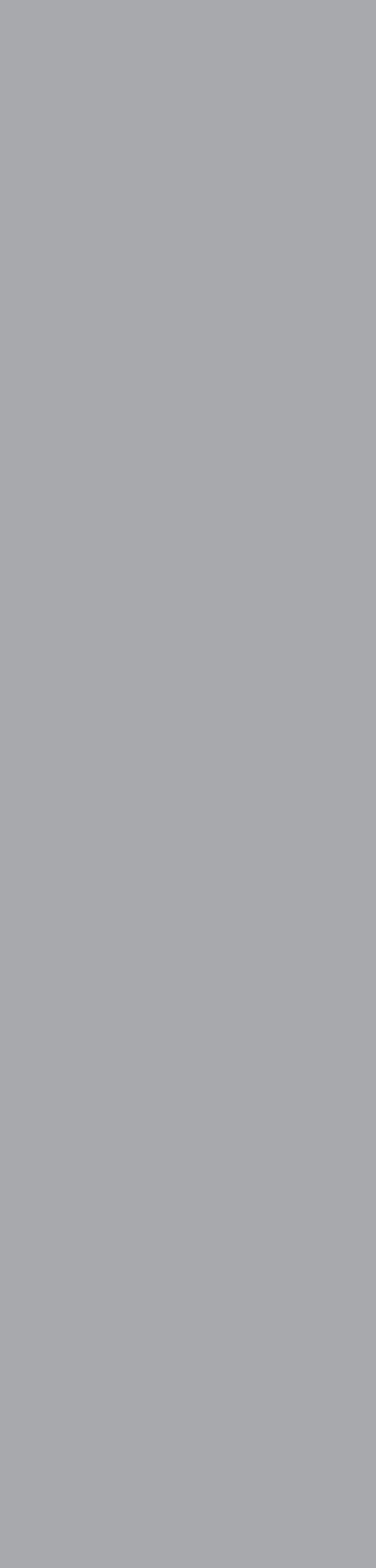
## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Denúncia espontânea. Art. 138 do CTN. Compensação. Possibilidade. Multa moratória. Exclusão, de Fábio Pallaretti Calcini – *RTrib* 109/339-354, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 11/743-758 (DTR\2013\2644);
- A aplicação do instituto da denúncia espontânea nos casos de compensação, de Bruno Fajersztajn e Maicon Galafassi – *RTrib* 127/229-251 (DTR\2016\2950);
- Denúncia Espontânea: Pressupostos de admissibilidade, requisitos de forma e impossibilidade de alteração do instituto pelas entidades tributantes, de Felipe Luiz Machado Barros – *RTrib* 49/145-165 (DTR\2003\182); e
- Compensação tributária no âmbito federal – Natureza jurídica e materialidade, de Fabrício Costa Resende de Campos – *RTrib* 95/139-156, *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 10/629-644 (DTR\2010\902).

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 image, creating a subtle pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

**Em Destaque**



# A *RATIO DECIDENDI* DA DECISÃO DO STF NO RE 573.232 E SEU IMPACTO NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

---

## *THE RATIO DECIDENDI OF SUPREME COURT'S DECISION IN RE 573.232 AND ITS IMPACT ON SUPERIOR COURT'S JURISPRUDENCE*

VIVIANE SIQUEIRA RODRIGUES

Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Advogada.  
vsr@ycadvogados.com.br

**ÁREA DO DIREITO:** Constitucional; Processual

**RESUMO:** O acórdão do STF no RE 573.232 não analisa a legitimidade das associações civis para propositura de ações coletivas. A controvérsia cinge-se à definição dos membros do grupo que podem se beneficiar da decisão proferida em ação coletiva, quando o autor apresenta com a petição inicial lista de associados e por isso a questão discutida era o devido processo legal e não a legitimidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legitimidade – Ação coletiva – Associações – Lista de associados.

**ABSTRACT:** The STF's decision in RE 573.232 does not analyze the associations legitimacy for class actions. The point under judgement was the definition of which members of the group could take advantage from a decision in a class action when the plaintiff exhibits a list of members in his lawsuit, and, therefore, the issue under discussion was the due process of law, not the legitimacy.

**KEYWORDS:** Legitimacy – Class action – Association – List of members.

**SUMÁRIO:** 1. Breve apresentação do caso concreto – 2. A decisão do STF sobre o tema de repercussão geral – 3. O correto alcance do pronunciamento do STF – 4. A necessária atenção à *ratio decidendi* do acórdão do STF proferido no RE 573.232 e o seu impacto perante o STJ – 5. Conclusões.

## 1. BREVE APRESENTAÇÃO DO CASO CONCRETO

Em julgamento do Plenário do STF, iniciado em 25.11.2009 e concluído em 14.05.2014, foi decidida questão de relevância jurídica e social declarada

de repercussão geral por aquela Corte em 15.05.2008 em torno da expressão “quando expressamente autorizadas” presente no inc. XXI do art. 5.º da CF. Trata-se do RE 573.232, que foi selecionado como tema 82 de repercussão geral e possuía o seguinte enunciado original: “Legitimidade de entidade associativa para promover execuções, na qualidade de substituta processual, independentemente da autorização de cada um de seus filiados”.

O caso concreto apresentou-se como ação voltada à defesa de interesses de membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina em que se discutiu perante a Corte de origem (TRF da 4.ª Região) o alcance subjetivo da execução de sentença proferida em ação promovida pela Associação Catarinense do Ministério Público (ACMP). O recurso examinado pelo Supremo foi interposto pela União Federal pretendendo a limitação da execução para aqueles que, quando da propositura da demanda, tivessem outorgado à associação autora autorização expressa para tanto.

O acórdão recorrido possuiu a seguinte ementa:

Processual civil. Execução de sentença. Inclusão no polo ativo da demanda. Legitimidade da associação para ajuizar ação. É pacífico o entendimento nesta Egrégia Corte no sentido de que os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, estão legitimados para ajuizar ações, não apenas mandamentais, visando à defesa dos direitos de seus filiados independentemente de autorização de cada um deles ou em assembleia. Precedente do STJ.

É possível extrair do relatório preparado pelo Min. Ricardo Lewandowski que a União Federal recorrente apoiou a tese de ofensa aos arts. 5.º, XXI e XXXVI, e 8.º, III, da CF na alegação de que

pela leitura da petição inicial do processo de conhecimento, referida ação foi ajuizada em regime de *Representação*, sendo referido, inclusive, expressamente, que a legitimidade da associação estava configurada pelo motivo de que foram juntadas autorizações específicas, “outorgadas por cada um dos associados atuantes na prestação de serviço à Justiça Eleitoral”.

Instada a apresentar parecer, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso da União Federal, acentuando que havia reiterada jurisprudência do Supremo declarando ser dispensável a autorização expressa de filiados para atuação de associações de classe e sindicatos baseada no art. 5.º, XXI, da CF.

## 2. A DECISÃO DO STF SOBRE O TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL

Preliminarmente, constou do voto do relator que, em tema de (i) legitimidade suscitado pela recorrente, não havia sido atendido no recurso o requisi-

to do prequestionamento com relação ao art. 8º, III, da CF, o que impedia o pronunciamento do Supremo acerca de referido dispositivo constitucional no contexto examinado na ocasião.

Sobre o mérito – como dito, relacionado à interpretação da expressão “quando expressamente autorizadas” inscrita no inc. XXI do art. 5.º da CF – o relator realçou em seu voto que da jurisprudência do Supremo colhiam-se julgados reconhecendo que para a propositura de ação coletiva bastaria às associações civis colher autorização em assembleia-geral ou valer-se de previsão dos seus estatutos. E todo seu voto foi direcionado à declaração das associações civis como um dos instrumentos da democracia participativa, não antevendo na Constituição exigência de que se colhesse autorização individual dos associados, sob pena de esvaziar a atribuição que o constituinte originário cometera a tais entidades. O relator então concluiu que o acórdão recorrido estaria de acordo com a jurisprudência do Supremo, podendo as associações civis ingressarem em juízo tanto em função do estatuto social quanto de deliberação em assembleia-geral, defendendo os interesses de membros da classe ainda que não tenham outorgado autorização específica.

O Min. Marco Aurélio, ao proferir seu voto, fez questão de mencionar a distinção entre as figuras da representação e da substituição processual, mas frisou que o caso concreto era péssimo para ilustrar aquela dualidade. A dificuldade para enquadrar a situação fática como representação ou como substituição processual decorria justamente do fato de que a própria Associação autora apresentara com a petição inicial lista de associados que seriam beneficiados da tutela jurisdicional perseguida e foi essa lista que balizou a defesa da ré, embora a Associação em questão detivesse também previsão estatutária para o ajuizamento da demanda. E a controvérsia específica objeto de julgamento surgira porque membros do Ministério Público, que não haviam sido listados desde a inicial pela Associação, pretenderam se habilitar em execução de julgado e se beneficiar da sentença.

No entender do Min. Marco Aurélio, a juntada das autorizações individuais “viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo”; e, dessa forma, a habilitação de interessados diferentes daqueles inicialmente mencionados violaria o direito de defesa da União, sendo essa a razão do provimento do recurso, por seu voto. O Ministro adiciona que a situação sequer esclarece o alcance do art. 5.º, XXI, da CF.

Nos debates orais seguintes a esses votos, muito se questionou a respeito da qualidade ostentada pela autora ao estar em juízo e o relator enfatizou que, quando da propositura,

era um momento de penumbra, um momento cinzento em que o Supremo Tribunal e a doutrina não tinham assentado essa tese com tanta clareza. Por isso, *ad cautelam*, eles ingressaram com autorizações, mas a associação invocou o permissivo constitucional e a sua condição de substituta processual.

Em voto vista, o Min. Joaquim Barbosa indicou a distinção entre o enunciado do art. 5.º, XXI, de outros dispositivos constitucionais relacionados ao processo coletivo, como os arts. 5.º, LXX, *b*, e 8.º, III. Acrescentou que o dispositivo em questão efetivamente trata da figura de representação processual, que exige das associações previsão estatutária e autorização em assembleia como pressuposto processual da ação movida pela associação civil. E, ainda, pronunciou que os limites subjetivos da coisa julgada previstos no art. 472 do CPC (de 1973) seriam insuficientes para caracterizar a sentença de um processo coletivo, de modo que não há infração a preceito constitucional a utilização de título judicial por interessado que não concorreu para a deliberação favorável ao ajuizamento da demanda coletiva. Assim, por razões diversas do voto do relator, o Min. Joaquim Barbosa também negou provimento ao recurso.

Em seu turno, o Min. Teori Zavascki também proferiu voto vista, tendo feito importante esclarecimento de que o tema de repercussão geral foi enunciado de forma equivocada, influenciada pela ementa do acórdão recorrido. Destacou que o verdadeiro debate concentra-se na legitimidade ativa do associado para a execução da sentença coletiva, e não na legitimidade ativa das associações; coisa diferente, inclusive, da legitimidade para mandado de segurança coletivo que tem regramento constitucional próprio (art. 5.º, LXX), além de entendimento sumulado do Supremo (Súmulas 629 e 630). E que a expressão “quando expressamente autorizada” tem sido interpretada pelo Supremo como exigência de apresentação de ato individual do associado ou de deliberação assemblear (Rcl 5.215), estando esse entendimento alinhado com o parágrafo único do art. 2.º-A da Lei 9.494/1997.

Sobre o caso concreto, o Min. Teori observou que, a despeito desse panorama,

a ação foi proposta apenas em favor dos que apresentaram autorizações individuais expressas, sendo que o pedido e a correspondente sentença limitaram-se a esses associados. Somente esses, portanto, nas especiais circunstâncias do caso, estão munidos de título executivo indispensável para o cumprimento do julgado em seu favor,

razões pelas quais o entendimento exarado no acórdão recorrido estaria incorreto, acompanhando o Min. Teori o voto o Min. Marco Aurélio.

A Min. Rosa Weber também seguiu o voto do último, esclarecendo que se tratando de ação coletiva proposta por associação, exigível seria autorização individual ou autorização específica por assembleia-geral, sendo insuficiente a previsão estatutária genérica a autorizar a associação o ajuizamento de demandas em defesa dos interesses dos associados.

O Min. Luiz Fux filiou-se ao voto do Min. Marco Aurélio, enquanto a Min. Cármen Lúcia seguiu o voto do Min. Lewandowski. Em seguida, foi a vez do Min. Celso de Mello de acompanhar a divergência inaugurada pelo Min. Marco Aurélio.

Assim, o voto da maioria venceu e o acórdão redundou na seguinte ementa, preparada de forma cuidadosa para representar a posição do STF acerca da controvérsia posta sob julgamento:

Representação – Associados – Art. 5.º, XXI, da CF Alcance. O disposto no art. 5.º, XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. Título executivo judicial – Associação – Beneficiários. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

### 3. O CORRETO ALCANCE DO PRONUNCIAMENTO DO STF

Primeira observação de extrema relevância a respeito do acórdão proferido pelo STF no RE 572.232 é no sentido de que o enunciado do Tema 82 de repercussão geral efetivamente era inadequado para elucidar a controvérsia, como assinalou o voto do Min. Teori Zavascki. Diferente do que se revelava naquele enunciado, nem a situação se apresentava como discussão de legitimidade ativa da entidade civil para a propositura de ações coletivas, tampouco o julgamento deveria ser norteado por requisitos de legitimidade.

Atualmente, o enunciado do Tema 82 já consta corrigido com o seguinte conteúdo que expõe o cerne da questão apreciada pelo Supremo:

Possibilidade de execução de título judicial, decorrente de ação ordinária coletiva ajuizada por entidade associativa, por aqueles que não conferiram autorização individual à associação, não obstante haja previsão genérica de representação dos associados em cláusula do estatuto.

Pudera fosse assim, já que não se debateu no recurso extraordinário interposto pela União Federal a legitimidade da Associação de classe para propor inicialmente a ação coletiva visando à defesa dos interesses de membros do

Ministério Público local. O trâmite do processo em sua fase de conhecimento já estava superado e não se veiculou no recurso levado ao STF impugnação à atuação da Associação de classe enquanto legitimada para aquela fase já finda do procedimento. Houve sim, em sede de cumprimento de sentença, indefinição sobre quem seriam os membros da classe beneficiários de decisão favorável na ação em questão, na forma como posta, e foi esta controvérsia que recebeu o deslinde pelo acórdão aqui estudado.

Interessa-nos, então, examinar qual é a *ratio decidendi* do acórdão proferido no julgamento do RE 572.232, a fim de contribuir para a compreensão de um pronunciamento do STF de tamanha relevância social e jurídica.

Feita então a correção do enunciado do Tema de repercussão geral sob julgamento do Supremo, convém identificar no caso concreto quais são as circunstâncias de fato que, reunidas, levaram a tal desfecho. Para tanto, não seria incorreto afirmar que quase todos os votos proferidos pelos integrantes do STF, ainda que divergentes entre si, apontam aspectos importantes do caso concreto, em contraste com regras dos processos coletivos, que agora procuraremos apontar.

É verdade que a jurisprudência do Supremo até então firmada não exigia autorização individual dos filiados de associação de classe para propositura de ação genuinamente coletiva, sendo suficiente para aquela Corte a previsão estatutária ou a autorização colhida em assembleia-geral (AO 152/RS). O que faz todo sentido com a lógica da autonomia de personalidade jurídica das associações, mesmo que voltadas à defesa de interesses específicos, pois elas não dependem de autorização individual de seus filiados para agir, na medida em que formam um corpo coletivo com vontade formada em assembleia. Esse é o alcance constitucional que já fora dado pelo Supremo à expressa “quando expressamente autorizada” presente no inc. XXI do art. 5.º, que literalmente só toca em tema de legitimidade das entidades associativas “para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

Mas o caso sob julgamento não é mesmo um bom ilustrativo da distinção entre representação e substituição processual. A Associação autora supostamente se apresentara em juízo como “substituta processual”, para a qual, no fundo, seria dispensável até mesmo autorização em assembleia, já que a legitimação descende da própria lei (Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor). Mas, dadas as incertezas que pairavam perante os tribunais do país sobre o que seria exigível das entidades associativas para se credenciarem validamente em ações coletivas, a petição inicial fora acompanhada da lista de associados de então. Frise-se, porém, que para a correta identificação

do caso como ilustração de representação processual ou substituição (legitimidade extraordinária), não bastava examinar quem era a Associação autora ou quem seriam os seus filiados; era preciso ponderar a natureza do pedido formulado na petição inicial (se para beneficiar os membros listados e que efetivamente autorizaram o ajuizamento – caso de representação – ou se para beneficiar qualquer membro da categoria, independentemente de autorização, como é inerente à legitimização extraordinária – caso de substituição processual). Em nenhum momento do julgado foi esclarecida *ipsis literis* qual teria sido a extensão da pretensão deduzida pela Associação de classe<sup>1</sup> e, portanto, o julgamento do caso em questão acaba mesmo por não elucidar aquela distinção.

Nesse panorama, não há como recusar *prima facie* a ideia de que, na forma como submetida ao crivo do Supremo, uma lista de beneficiários – que teriam autorizado a propositura da demanda e direcionado o alcance da defesa apresentada pela então ré União Federal – tem a aptidão de limitar o alcance do título executivo, dado o necessário respeito ao devido processo legal. Isso porque se a ré foi levada a crer – frise-se, o julgado não revela os termos literais do pedido – que o objeto da demanda era restrito aos filiados indicados na lista que acompanhou a petição inicial, a questão posta mais se relaciona reflexamente com o conteúdo do inc. LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) do que com o inc. XXI do art. 5º constitucional (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”). Afinal, como já acentuado, se o tema julgado não diz respeito à legitimidade das associações de classe, não há como eleger o entendimento ali exarado como representativo da jurisprudência do Supremo acerca do inc. XXI.

Quando do julgamento, não havia discórdia sobre a legitimidade da Associação de classe, para falar como representante ou como substituta processual e, nas duas hipóteses, quais seriam os pressupostos processuais necessários para a admissibilidade da ação desde quando ajuizada. O verdadeiro dissenso foi indiretamente a respeito do devido processo legal porque, no caso concreto, as circunstâncias da causa sugeriram – não se pode afirmar com certeza, por

---

1. Apenas o Min. Teori observou que: “A ação foi proposta apenas em favor dos que apresentaram autorizações individuais expressas, sendo que o pedido e a correspondente sentença limitaram-se a esses associados. Somente esses, portanto, nas especiais circunstâncias do caso, estão munidos de título executivo indispensável para o cumprimento do julgado em seu favor”.

falta de esclarecimento pontual no acórdão – que a fase de conhecimento foi toda pautada por uma limitação no objeto do processo causada pela lista de filiados juntada pela Associação autora.

A utilização do contexto do inc. XXI do art. 5.º só se explica para esclarecer que a limitação produzida pela lista de beneficiários fez com que a Associação se comportasse como representante daqueles que a autorizaram a demandar.<sup>2</sup>

E limitação tal de objeto não é da essência dos processos coletivos que, quando atingidos por normas como a do parágrafo único do art. 2.º-A da Lei 9.494/1997, são distorcidos e distanciam-se do regramento especial de todo o microsistema desenhado para a defesa de direitos transindividuais.<sup>3</sup> Esse sistema não se confina aos limites subjetivos das partes ou de seus associados, e foi legislado para que o processo coletivo atue em favor de toda uma classe, categoria ou grupo, ainda que não se possa identificá-los.

Não se quer assim recusar a possibilidade de identificação *in concreto* dos titulares dos direitos transindividuais discutidos em juízo, o que pode livremente ocorrer tanto com os titulares de direitos coletivos *stricto sensu* quanto de direitos individuais homogêneos. O que se torna incorreto, porém, é transformar qualquer tentativa de identificação em fronteiras subjetivas para o objeto do processo e, conseqüentemente, para o aproveitamento da coisa julgada, quando o alcance limitado é natural apenas aos processos tradicionalmente pautados na legitimidade ordinária e nos limites circunscritos da coisa julgada às partes do processo. O processo coletivo não pode receber tratamento puro e simples de processo individual com litisconsórcio ativo multitudinário.

E se o objeto do julgamento não foi aberta e diretamente o conteúdo do inc. LIV do art. 5.º da CF, muito menos se pode entender que o STF se pronunciou sobre o alcance da coisa julgada em processos coletivos, que possuem regramento infraconstitucional próprio, no art. 103 do CDC, que não integrou a

- 
2. Comportamento distinto dos Sindicatos que, por força de norma constitucional distinta (art. 8º, III), não dependem de autorização específica e individual para atuarem como representantes dos seus filiados.
  3. Isso notadamente quando se recorda que para os mandados de segurança coletivos, dado o teor do inc. LXX do art. 5.º da CF, o Supremo já afastou expressamente a exigência do parágrafo único do art. 2.º-A da Lei 9.494/1997 (STF, AgRE 885047 AgRg, 2.ª T., j. 23.06.2015, rel. Min. Cármen Lúcia, processo eletrônico DJe-151 divulg 31.07.2015 publ. 03.08.2015).

pretensão recursal da União no RE 572.232 e muito menos serve de parâmetro para a *ratio decidendi* do acórdão proferido pelo STF.

A identificação desses contornos do julgado do Supremo torna-se ainda mais relevante sob a égide do atual Código de Processo Civil, com o qual se aguarda uniformidade de julgamentos e correta apreensão dos pronunciamentos vinculantes emanados de tribunais superiores.

#### 4. A NECESSÁRIA ATENÇÃO À *RATIO DECIDENDI* DO ACÓRDÃO DO STF PROFERIDO NO RE 573.232 E O SEU IMPACTO PERANTE O STJ

O acórdão proferido pelo STF no RE 572.232 tem potencial para impactar na posição atual do STJ em temas ligados às ações coletivas, o que só pode ocorrer se compreendida, como dito acima, a correta *ratio decidendi* do julgado. Consta que em sede de embargos de divergência interpostos em recurso especial (REsp 953.431), pretende-se alinhar o pronunciamento da Corte Especial à decisão do Supremo.

Fora essa ocasião que se aguarda, depois do julgamento do STF existiu julgado da 3.<sup>a</sup> T. do STJ que interpretou o acórdão proferido no RE 572.232 como balizador de todas as hipóteses de atuação das associações civis em ações coletivas (REsp 1362224/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3.<sup>a</sup> T., j. 02.06.2016, *DJe* 10.06.2016). A 2.<sup>a</sup> T. do STJ também teve oportunidade de tocar o tema tratado no RE 572.232, e igualmente compreendeu que o acórdão sedimentava o modo de as associações agirem em juízo representando interesses de filiados (TRF 3.<sup>a</sup> Reg., AgRg no AgRg no REsp 1564159/PE, 2.<sup>a</sup> T., j. 23.02.2016, rel. Min. Diva Malerbi, desembargadora convocada, *DJe* 01.03.2016).

Em outro ensejo, a 2.<sup>a</sup> T. houve por bem adotar posição de que, mesmo na premissa de que as associações agem exclusivamente como representantes de interesses de outrem, seria razoável conceder prazo à Associação autora em questão para completar a inicial com a lista de associados beneficiários da decisão que se pretende obter (AgRg no REsp 1424142/DF, 2.<sup>a</sup> T., j. 15.12.2015, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 04.02.2016).

Não fossem as ressalvas acima aludidas a respeito do alcance que se deve dar ao pronunciamento do STF, é importante frisar que: (i) autorizações supervenientes não possuem o condão de limitar o alcance do pedido ou da respectiva sentença, porque do primeiro é que emanam os vetores que determinarão a amplitude do julgado proferido em ação coletiva; (ii) associações possuem vontade própria para, autorizadas por lei, atuarem como legitimadas

extraordinárias na defesa de interesses transindividuais, em especial quando os referidos interesses não forem titularizados exclusivamente por filiados (na hipótese de serem direitos difusos, por exemplo), razão pela qual autorizações individuais tornam-se ainda mais inócuas; (iii) ao lado de prometida evolução do sistema no sentido de uniformização da jurisprudência, para tratamento isonômico de casos idênticos, torna-se incoerente um retrocesso que transforme ações coletivas em meras ações de caráter individual com litisconsórcio ativo multitudinário, suprimindo o seu potencial de tratamento coletivo de questões repetitivas.

Portanto, com a devida vênia, conforme a *ratio decidendi* acima descrita sobre o acórdão proferido pelo STF no RE 572.232, não se deve generalizá-lo aplicando o regime da representação processual a todas as hipóteses de atuação de associações de classe em ações com pretensões coletivas. Perante o STJ, deve prevalecer a sua correta jurisprudência de que, na qualidade de substitutas processuais, as associações civis prescindem de autorização específica de seus filiados para demandarem por assuntos de espectro coletivo (REsp 1189273/SC, 4.<sup>a</sup> T., j. 01.03.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.03.2011), sob pena de negativa de vigência ao art. 82, IV, do CDC.

## 5. CONCLUSÕES

Com os presentes comentários ao acórdão do STF proferido no RE 572.232, espera-se que a *ratio decidendi* de referido julgamento torne-se mais acessível e perceptível aos operadores do processo. Especialmente em tempos de precedentes vinculantes, é dever dos tribunais dedicar atenção à estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência (art. 926 do CPC), o que somente se alcança com o cuidado em estabelecer as verdadeiras semelhanças entre um caso e um precedente ou destacar as dessemelhanças que afastam a aplicação do último. Se não for assim, o sistema poderá ganhar em eficiência, com a eliminação breve de conflitos, mas não atenderá ao escopo de defesa do ordenamento.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas, de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes – *RePro* 209/243-264 (DTR\2012\44846); e
- O problema da "representação processual" das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do Supremo Tribunal Federal, de Elton Venturi – *RePro* 255/277-290 (DTR\2016\4691).

# 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 ou cessionários, 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](mailto: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.
-



*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.

