



ANO 5 - NÚMERO 3 - SETEMBRO - DEZEMBRO 2020

---

REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

---





REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

ANO 5 - NÚMERO 3 - SETEMBRO-DEZEMBRO 2020



**ESA**

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

# EXPEDIENTE

## **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR.**

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

**Periodicidade:** quadrimestral.

## **Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná Diretoria OAB/PR – Gestão 2019-2021**

Cássio Lisandro Telles (Presidente)  
Marilena Indira Winter (Vice-Presidente)  
Rodrigo Sanchez Rios (Secretária-Geral)  
Christhyanne Regina Bortolotto (Secretário-Geral Adjunto)  
Henrique Gaede (Tesoureiro)  
Alexandre Salomão (Diretor de Prerrogativas)

## **Escola Superior de Advocacia**

Adriana D´Avila Oliveira (Coordenadora Geral da ESA-PR)  
Marília Pedroso Xavier (Coord. de Direito Privado da ESA-PR)  
Francisco Zardo (Coordenador de Direito Público da ESA-PR)

## **Coordenadores Científicos**

Adriana D´Avila Oliveira  
William Soares Pugliese

## **Conselho Editorial**

Alexandre Barbosa da Silva  
Carlos Eduardo Manfredini Hapner  
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk  
Claudionor Siqueira Benite  
Daniel Ferreira  
Eduardo Talamini  
Fernando Previdi Motta  
Graciela I. Marins

João Bosco Lee  
José Affonso Dallegrave Neto  
Leila Cuellar  
Lucia Maria Beloni Correa Dias  
Marilena I. Winter  
Rafael Munhoz de Mello  
Rogéria Dotti  
Sandro Gilbert Martins

**Editor:**

Maria Isabel M. Ritzmann (Bebel Ritzmann)

**Produção:** NCA - COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91

Conheça nossa editora: [www.livroslegais.com.br](http://www.livroslegais.com.br)

Selo editorial

**Projeto Gráfico e edição:** Roberto Costa Guiraud – Designer**Revisão:** Próprios autores**Diagramação:** Equipe Edição por Demanda

---

Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná Escola Superior de Advocacia

**Endereço postal:**

Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú

80.540-340 – Curitiba - Paraná

**Distribuição: GRATUITA**

---

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

- 
- R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná, Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Adriana D'Avila Oliveira, William Soares Pugliese -- v.5, n.3 (set-dez. 2020) -- Curitiba: OABPR, 2020. 254 p. ; 20,5 cm.

Quadrimestral

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

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Oliveira, Adriana D'Avila. IV. Pugliese, William Soares.

CDD: 340.05

---

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340
2. Direito – periódicos 340.05

# ÍNDICE

<b>PALAVRA DO PRESIDENTE</b>	<b>7</b>
<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>DOCTRINA</b>	<b>11</b>
<b>RECUPERAÇÃO DE COOPERATIVAS: BREVES REFLEXÕES SOBRE A SUA (IN) VIABILIDADE</b>	
Micheli Mayumi Iwasaki	13
<b>A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL SOB A PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL E A CONSAGRAÇÃO DO ARTIGO 48 DA LEI NO. 14.112/2020</b>	<b>45</b>
Alexsandra Marilac Belnoski e Isabela Bathke Motta da Silva	
<b>NOVAS TECNOLOGIAS E PRECEDENTES: MAPEAMENTO DAS INTERAÇÕES DO DILEMA</b>	<b>81</b>
Bruno Meneses Lorenzetto e Amílcar Cordeiro Teixeira Filho	
<b>SISTEMA DE PRECEDENTES COMO GARANTIDOR DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA</b>	<b>111</b>
Andressa de Liz Sampaio	
<b>ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL PÓS - E ENQUANTO - COVID-19</b>	<b>141</b>
Carolina Padilha Ritzmann e Giulia Mori Amantéa	
<b>HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL</b>	<b>161</b>
William Soares Pugliese	
<b>PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL</b>	<b>187</b>
Gustavo Portugal Heinze	

**O PAPEL DA RATIO DECIDENDI NA  
CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES** \_ \_ \_ \_ **205**  
Darlan Agomar Minosso

**A REABILITAÇÃO JUDICIAL: REAFIRMANDO  
A EXIGÊNCIA DO ARTIGO 8º, PARÁGRAFO 4º,  
DO EAOAB** \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ \_ **227**  
Kleber Cazzaro e  
Rafaela Polydoro Küster

## PALAVRA DO PRESIDENTE

**A** revista da Escola Superior da Advocacia mantém sua tradição de vanguarda no debate dos grandes temas jurídicos. Mais um volume é disponibilizado à classe jurídica brasileira, com a mesma qualidade dos anteriores: a leitura dessa edição permitirá o conhecimento sobre temas novos, recentemente alterados pela legislação nacional, como por exemplo a nova lei de recuperação judicial.

Também o estudo dos precedentes e sua aplicação no direito brasileiro está no contexto das reflexões propostas. A técnica de julgamento pela via dos recursos repetitivos e incidentes de assunção de competência ainda vem sendo estudada pelos operadores do direito, ganhando aos poucos maior espaço nos Tribunais. Dois artigos na revista conduzem a uma análise da utilidade do uso de precedentes para a segurança jurídica, discorrendo também sobre a aplicação da tecnologia em auxílio à celeridade.

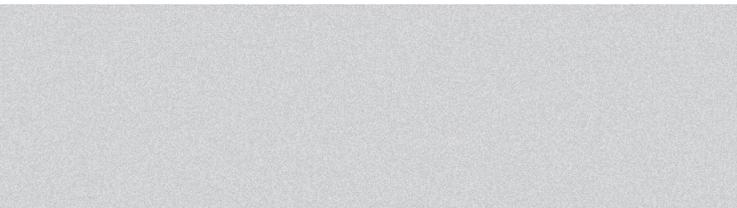
Tema também que vem gerando intensos debates é o dos honorários. Depois da edição do CPC, imaginou-se que a matéria estaria bem pacificada, dada a redação clara do artigo 85. Porém, a tese da equidade inversa e o debate sobre honorários de sucumbência na advocacia pública, trouxeram para o cenário jurídico questionamentos e decisões que impactam na interpretação literal do dispositivo. No artigo publicado nessa revista, encontramos sólidos fundamentos no sentido de se respeitar a vontade do legislador, evitando-se a criação de teses alternativas que acabam por se distanciar da letra da lei, trazendo grande insegurança.

Nesse aspecto, a revista conta, ainda, com precioso artigo a respeito do ativismo judicial, demonstrando os perigos que julgamentos inovadores, podem trazer ao princípio da legalidade, à segurança jurídica e à própria democracia.

A revista, igualmente, vem contemplada por um artigo inédito sobre o abuso de poder nas eleições, o qual procura estabelecer uma ampla visão sobre o que deve ser entendido por exercício de poder, demonstrando, ainda, que não apenas exercentes de cargos na administração pública direta podem ser alvos de acusação de abuso no exercício de suas funções.

Enfim, uma revista atualizada, e como disse antes, sintonizada com a característica vanguardeira da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR. Parabéns aos autores dos artigos, com os agradecimentos da OAB-PR pela produção intelectual de excelente qualidade.

Cássio Lisandro Telles  
Presidente da OAB Paraná



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

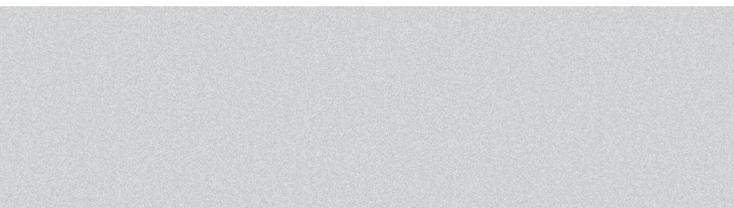
## APRESENTAÇÃO

**C**om imensa satisfação, apresenta-se à advocacia paranaense novo número da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Os textos publicados refletem alguns dos temas que pautam nossa atividade: da preocupação com os aspectos jurídicos do agronegócio até as novas tecnologias e sua relação com a administração da justiça.

Reiteramos o compromisso da ESA e de sua Revista com o aprimoramento cultural da classe jurídica, oferecendo conteúdo de livre acesso para a constante atualização dos advogados e para o uso profissional destes. Convidamos, ainda, todos os colegas para que contribuam com o periódico e submetam o resultado de suas investigações para publicação. As regras encontram-se no site: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

Registramos, por fim, um agradecimento mais do que especial a todos os autores, à Diretoria da OAB-PR, a seus Conselheiros, aos membros do Conselho Editorial da Revista e aos colaboradores da ESA-PR. Este novo número é nova prova de que a OAB/PR trabalhou incessantemente ao longo de todo o ano de 2020. Adriana D'Avila Oliveira

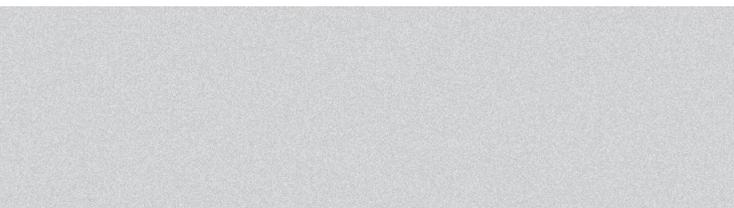
Adriana D'Avila Oliveira  
William Soares Pugliese



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR



**DOCTRINA**



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# RECUPERAÇÃO DE COOPERATIVAS: BREVES REFLEXÕES SOBRE A SUA (IN) VIABILIDADE

Micheli Mayumi Iwasaki<sup>1</sup>

**Resumo:** O lapso temporal que separa a edição da Lei Geral das Sociedades Cooperativas e a teoria contemporânea de Direito Empresarial e Falimentar impõe desafios ao operador do direito no sentido de se estabelecer um regime jurídico de recuperação para as cooperativas. O processo de revisão da legislação perdura quase três décadas e não há previsão quanto a sua conclusão no Parlamento. A necessidade de previsão de um instituto que permita à cooperativa se recuperar de um eventual estado de insolvência temporário exige exercício hermenêutico e a reflexão sobre a construção de um modelo adequado às especificidades da cooperativa, que seja eficiente, a mantenha estável e competitiva, bem como reconheça o protagonismo e inclua o cooperado em lugar de destaque.

---

1 Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-graduada em Sociologia Política – UFPR. Pesquisadora do grupo de estudos e pesquisas de Direito Civil “Virada de Copérnico”, vinculado ao PPGD-UFPR. Membro da Comissão de Direito Cooperativo da OAB/PR. Advogada de Assis Gonçalves Kloss Neto Advogados Associados, em Curitiba.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico e social das cooperativas no cenário nacional constantemente traz novos desafios aos seus profissionais nas mais diversas áreas. A sua competitividade no mercado depende de uma gestão profissionalizada, eficiente e especialmente dinâmica frente às dificuldades impostas nos mais distintos graus de complexidade da atividade em que está inserida.

Não raro, cooperativas possuem um ecossistema virtuoso próprio na geração de trabalho e renda para os seus cooperados, na educação de seus familiares e trabalhadores, bem como na sustentação da economia local e regional.

Nesse contexto, é uma preocupação do cooperativismo a necessidade de ressignificação do regime jurídico aplicável às cooperativas em caso de insolvência temporária decorrente de um momento de dificuldade econômico-financeira. O impacto de uma dissolução precipitada pode ter consequências de proporções tão ou mais prejudiciais que de uma empresa mercantil.

A partir do princípio da preservação da empresa e da possibilidade de recuperação judicial e extrajudicial dos empresários e das sociedades empresárias é que se propõe o presente trabalho, fruto de reflexões que aliam o conhecimento teórico e empírico no cooperativismo.

A primeira parte trata do enquadramento da cooperativa em matéria societária, visto que a sua classificação no ordenamento jurídico tem desdobramentos diretos e imediatos sobre o seu regime de insolvência. As características híbridas e que justificam uma tipologia própria, não reconhecida pelo Código Civil, inserem a cooperativa no contexto societário de uma “estranha no ninho”.

O segundo capítulo trata do regime jurídico de insolvência, da possibilidade da adoção do instituto da liquidação como forma de recuperação da cooperativa e algumas das controvérsias sobre a sua viabilidade.

No terceiro e último tópico são lançadas algumas questões sobre as incompatibilidades do regime concursal da Lei de Recuperação de Falências na classificação dos créditos dos cooperados e que podem ser o grande entrave na efetividade do processo recuperatório.

Ao final, são apresentadas algumas considerações que retratam o estado da arte deste *working paper*<sup>2</sup>. Pela fase inicial de estudos e pesquisas, não se pretende apresentar qualquer diagnóstico ou solução definitiva para o tema, que é complexo e exige grande cautela. O intuito é de lançar algumas ideias aos pesquisadores do cooperativismo para o desenvolvimento de um instituto próprio e que atenda as peculiaridades dessa estrutura societária.

## 2. O ENQUADRAMENTO DA COOPERATIVA EM MATÉRIA SOCIETÁRIA

Por definição legal contida no art. 4º, da LGSC,<sup>3</sup> a cooperativa é uma sociedade “de pessoas, com forma e natureza

---

2 Sem prejuízo da adoção de termo estrangeiro para qualificar este trabalho, a definição de *working paper* ou *work paper* é de um trabalho científico preliminar ou técnico, cujas ideias iniciais são submetidas à comunidade acadêmica para incitar discussões sobre a temática.

3 Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: [...]

jurídica próprias, de natureza civil” o que na essência reconhece sua tipicidade e autonomia frente aos demais tipos societários existentes.

O Código Civil e seu ideal fundante de sistematização, imerso no princípio da operabilidade de Miguel Reale, classificou as cooperativas na tipologia de pessoas jurídicas inseridas no gênero “sociedade simples” (art. 982, parágrafo único, CC)<sup>4</sup> – em contraposição às sociedades empresárias.

Ainda que o Código Civil tenha ressalvado a aplicação da legislação cooperativista enquanto norma especial (art. 983, parágrafo único e 1.093, CC)<sup>5</sup>, há um desarranjo na classificação societária pelas características peculiares que lhe são próprias e o preenchimento, ou não, de certos requisitos legais daquele. Explico.

A legislação cooperativista e seu sistema operacional são fundados no conceito central do ato cooperativo e afirmam a sua identidade a partir da inexistência de intuito lucrativo,

---

4 Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

5 Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias. Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo. Art. 1.093. A sociedade cooperativa rege-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial.

próprio das sociedades mercantis, à época regida pela insuficiente teoria objetiva dos atos do comércio.

De modo superveniente, o Código Civil positivou a Teoria da Empresa, que já vinha sendo adotada pela doutrina comercialista a partir da influência da tradição italiana, cuja transição teve início nos anos de 1970 (COELHO, 2016, p. 45).

Em apertada síntese, seu art. 966 definiu a figura do “empresário”, a partir do exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.<sup>6</sup> Assim, o conceito reporta a quatro requisitos essenciais: 1) caráter profissional; 2) organização; 3) situação de fato; e 4) pessoa natural (GONÇALVES NETO, 2018, p. 80-81). Adiante trataremos do conceito de empresa e cooperativa.

A definição de empresário está associada ao indivíduo, sendo que às sociedades empresárias foi destinado título próprio no qual estão inseridas as sociedades limitada e anônima, ainda que a Teoria da Empresa a ambos se aplique.

A partir da dicotomia entre sociedades simples e empresárias, existem algumas distinções quanto ao regime jurídico e que impõem consequências relevantes, dentre elas a possibilidade de se submeter ou não ao regime de recuperação e falências.

---

6 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.  
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Uma primeira distinção entre sociedades simples e empresárias está no ato de registro. A primeira, onde se enquadram as cooperativas, pode ser constituída por instrumento particular ou público, se for esta a opção, deve submeter o contrato social ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas de sua sede (art. 997 e 998, CC)<sup>7</sup>. Já os atos constitutivos das sociedades empresárias devem ser objeto de arquivamento na Junta Comercial da sede da unidade federativa em que se encontrar.

---

7 Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato.

Art. 998. Nos trinta dias subseqüentes à sua constituição, a sociedade deverá requerer a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede.

§ 1º O pedido de inscrição será acompanhado do instrumento autenticado do contrato, e, se algum sócio nele houver sido representado por procurador, o da respectiva procuração, bem como, se for o caso, da prova de autorização da autoridade competente.

§ 2º Com todas as indicações enumeradas no artigo antecedente, será a inscrição tomada por termo no livro de registro próprio, e obedecerá a número de ordem contínua para todas as sociedades inscritas.

A Lei 8.934/1994 que regula o registro público das sociedades empresárias ampliou a competência das Juntas Comerciais para qualquer sociedade com atividade econômica, antes restrita às sociedades anônimas e às limitadas de natureza mercantil. A partir da vigência do Código Civil há nova restrição da atuação pela regulamentação do registro das sociedades simples (COELHO, 2016, p. 107).

Ocorre que o art. 32, II, “a” da Lei 8.934/1994<sup>8</sup> possui dispositivo expresso que determina o registro das cooperativas perante a Junta Comercial e que restou em evidente antinomia com o Código Civil.

Controvérsias interpretativas à parte – quanto à revogação do dispositivo a partir do art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro<sup>9</sup> e (ou) a prevalência da especialidade conforme previsão do art. 1.096, CC<sup>10</sup> – restou consolidado o entendimento da vigência do art. 32, II, “a” da Lei 8.934/1994 e da obrigatoriedade do registro das cooperativas perante a Junta Comercial.

- 
- 8 Art. 32. O registro compreende: [...]  
II - O arquivamento:  
a) dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;
- 9 Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.  
§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.  
§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.
- 10 Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.

A ausência de controvérsia quanto ao arquivamento dos atos restou confirmada pela Instrução Normativa nº. 38, de 02.03.2017, Anexo IV, do DREI - Departamento de Registro Empresarial e Integração, órgão responsável pela supervisão, orientação, coordenação e normativa para uniformização da atividade das Juntas Comerciais.

Outro aspecto que merece destaque é a do conceito de empresa e a dificuldade de enquadramento das cooperativas:

Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia). [...] Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa) (COELHO, 2016, p. 38, 39).

O elemento “lucro” não está previsto expressamente no Código Civil, mas há um desarranjo normativo na medida em que a organização dos meios de produção teria naquele a sua única finalidade. Essa característica é típica e própria do modo de produção capitalista no qual estamos inseridos.

A ausência do intuito lucrativo da cooperativa é característica fundamental, presente no art. 3º, LGSC<sup>11</sup> e está implícito no princípio da participação econômica dos membros (art. 4º, VII, LGSC e art. 1.094, VII, CC)<sup>12</sup>. Pela sua aplicação, eventuais sobras devem ser destinadas aos fundos legais, e, ainda, *e.g.* rateadas entre os cooperados na proporção das operações realizadas, integralizado ao capital social, nestes últimos sempre após deliberação em assembleia geral e em observância ao princípio da gestão democrática.

O fato de as cooperativas estarem inseridas em doutrina econômica de matriz solidária, ainda que compatível e não antagônica com o regime capitalista, confere desafios à sua compreensão e enquadramento no regime societário posto.

O cooperativismo é o maior movimento social no mundo. De acordo com a Aliança Cooperativa Internacional, representa mais de um bilhão de pessoas, sendo esta uma das organizações não governamentais mais antigas do planeta, pois sua fundação data de 1895 (INTERNATIONAL COOPERATIVE ALLIANCE, 2019).

A definição clássica de cooperativismo tem como

- 
- 11 Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.
- 12 Art. 4º [...] VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral; Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa: [...] VII - distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;

pressuposto duas acepções, uma de sistema de organização econômica e outra doutrinária:

A palavra “cooperativismo” pode ser tomada em duas acepções. Por um lado, designa o sistema de organização econômica que visa eliminar os desajustamentos sociais oriundos dos excessos da intermediação capitalista; por outro, significa a doutrina corporificada no conjunto de princípios que devem reger o comportamento do homem integrado naquele sistema (FRANKE, 1973, p. 01).

A partir dele é que se coloca a necessidade de compreender o cooperativismo, as sociedades cooperativas e a sua inserção no modo de produção:

“[...] o cooperativismo se constitui, junto ao capitalismo e socialismo, como sistema econômico de organização social de distribuição de resultados econômicos, diferenciando do capitalismo pelo objetivo de viabilizar uma melhoria econômica e social do grupo de membros que se cooperam, ao invés da busca do acúmulo e lucro, utilizando-se da vantagem do serviço comum que a sociedade cooperativa lhes proporciona, e, não atraídos pela força do capital, pois a acumulação dá lugar à ajuda mútua, em um comportamento *solidarista* e não individualista. Em relação ao socialismo, especialmente o teorizado por Karl Marx, o cooperativismo se propõe, por meios pacíficos e não pela luta, a promover a alteração do mecanismo de distribuição de riquezas (alteração social) e mantém os meios de produção privada (propriedade), visando, todavia, uma desconcentração da renda e sua democratização, no sentido igualitário (STÖBERL, 2018, p. 26).

Esses preceitos de ordem filosófica, econômica e doutrinária são indispensáveis à compreensão da sociedade cooperativa e da dificuldade de seu enquadramento nos modelos societários colocados no Código Civil.

Pela sua natureza e essência solidária, “equidistante do individualismo capitalista e das diversas formas em que se expressa o coletivismo”, não se pode negar o seu “caráter empresarial” na medida em que a obtenção de vantagens econômicas aos seus sócios é uma finalidade fundamental (FRANKE, 1976, p. 07-09).

Diante do atual estágio de desenvolvimento em que as cooperativas se apresentam, não se vislumbra a possibilidade de ignorar a existência de atividade profissional habitual e a organização dos meios de produção, que reportam à natureza empresarial das sociedades.

O art. 4º da LGSC afirma a tipologia única e *sui generis* da cooperativa ao defini-la “com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil”. As suas características constituem um híbrido de associação e sociedade empresária, o primeiro quando se reporta ao ato cooperativo na sua relação interna, com o quadro social, e o segundo na sua atividade no mercado.

Esse obstáculo sobre o enquadramento das sociedades cooperativas na classificação e tipologia societária é o ponto de partida das controvérsias sobre o regime jurídico aplicável em eventual condição de insolvência, consequência de extrema relevância que aqui se propõe desenvolver algumas reflexões.

### 3. O REGIME JURÍDICO DA INSOLVÊNCIA

A partir da edição do respectivo marco legal, às cooperativas restou garantido o regime de liquidação extrajudicial ou judicial (arts. 63 – 78, Capítulo XI da LGSC), com expressa vedação à sujeição ao regime falimentar (art. 4º, LGSC).

Ao reconhecer as controvérsias doutrinárias acerca da dicotomia entre sociedades civis e mercantis a partir das características híbridas da cooperativa, a intenção do legislador, à época, foi a proteção do sistema:

Não há que se negar que, do ponto de vista da política legislativa, definir as cooperativas como sociedades civis é aproximá-las das entidades de fins meta-econômicos (ideais, morais, assistenciais), já que a lucratividade, que inexistente nas cooperativas, é o elemento dominante nas empresas comerciais. Subtraí-las ao regime falimentar é uma forma de proteger o sistema cooperativista, onde as falências de cooperativas repercutiriam com grande dano, não só material como moral, sobre a população cooperativada. Sujeitá-las a regime de liquidação, voluntária ou coata, permite, ao demais, que, mediante oportunas intervenções do poder público, se viabilizem as cooperativas que ainda oferecem condições de recuperação (FRANKE, 1976, p. 148-149).

Da lição de Walmor Franke supramencionada, é preciso destacar alguns aspectos centrais tomadas como pressupostos da legislação.

O primeiro é a da opção em fazer prevalecer o aspecto solidário da cooperativa ao enquadrá-la como sociedade civil,

que, na sua percepção, tinha no Código Civil uma versão mais “comercializada” e atual que o próprio Código Comercial, então vigente na sua integralidade, pois foram editados em séculos distintos (FRANKE, 1976, p. 148).

Outra questão que merece destaque é o fato de o instituto da liquidação ter sido concebido por iniciativa voluntária ou forçada, ou seja, a partir de deliberação em assembleia geral extraordinária ou por ato administrativo do órgão de fiscalização e controle, respectivamente.

É preciso compreender, no entanto, que o papel de intervenção do poder público naquele momento histórico tinha relevância a ponto de autorizar um processo de recuperação quando houvesse viabilidade econômica. Esse entendimento de que o instituto da liquidação pode ser adotado como mecanismo de recuperação da cooperativa foi reconhecido pelo Conselho Nacional de Cooperativismo – CNC, conforme disposto na Resolução nº. 30 de 22.07.1986: “[...] II – Antes do encerramento da liquidação, havendo possibilidade de recuperação, os associados poderão decidir pela volta da cooperativa à sua vida normal.”

Em que pese a natureza doutrinária do CNC em decorrência da garantia da não intervenção (art. 5º, XVIII, CF) e sua conseqüente extinção, a mesma conclusão pode ser deduzida pela aplicação do art. 51 do Código Civil.<sup>13</sup> A liquidação é o pro-

---

13 Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às

cedimento por meio da qual a cooperativa será ao final extinta, sendo atos que demandam decisões assembleares distintas embora dependentes entre si.

A possibilidade de recuperação da cooperativa por meio da liquidação também foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça ao entender que processos de execução também estariam afetados pelo prazo de suspensão das ações judiciais em trâmite contra a cooperativa conforme previsto no art. 76, da LGSC.<sup>14</sup>

A partir da vigência da Constituição Federal de 1988 em que foi conferida a garantia fundamental de não intervenção estatal nas cooperativas (art. 5º, XVIII), a doutrina apresenta interpretações distintas sobre a extensão em que foram revogados os dispositivos da Lei Geral das Sociedades Cooperativas.

De início, as questões acerca da revogação integral

---

demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

14 DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COOPERATIVO. COOPERATIVA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 76 DA LEI Nº 5.764/71. 1. O objetivo da norma inserta no art. 76 da Lei n. 5.764/71 diz, em última instância, com a necessidade de se preservar a integridade do sistema cooperativo, conferindo às sociedades cooperativas em situação de dificuldades uma moratória que, não obstante curta, possa contribuir para sua eventual recuperação econômica, a bem do interesse público. 2. Não há nenhum sentido prático e jurídico em excluir do rol das ações judiciais a que se refere o art. 76 da Lei n. 5.764/71 aquelas de cunho executivo, imbuídas que são, mais do que quaisquer outras, de potencial invasivo, apto a embaraçar a recuperação que a norma almeja garantir. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 815.099/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 29/03/2010)

da Lei 5.764/1971 foram solucionadas com fundamento da teoria *kelseniana* da recepção, com a manutenção da sua vigência e exclusão das cláusulas que cominam a fiscalização e controle estatal:

Ao fim, chegou-se à solução de que ela [a Lei Geral das Sociedades Cooperativas] está em vigor com a exclusão das normas intervencionistas. Isto foi feito, com base na teoria da *recepção* de Kelsen que predica a manutenção do ordenamento jurídico vigente, após uma revolução (e, no caso, a Const. Federal bem pode ser entendida assim pelas mudanças que acarretou no sistema jurídico existente). As questões surgidas decorrem, como é natural, das dúvidas sobre aquelas normas da Lei 5.764/71 e outras que permanecem vigentes e as que devem ser excluídas por mandamentos constitucionais (BULGARELLI, 1998, p. 06).

A premissa a ser adotada é de aplicação da interpretação conforme a Constituição, técnica hermenêutica que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que não imune a críticas (SILVA, 2019). Assim, o instituto da liquidação extrajudicial voluntária, permanece vigente, com a redução de texto tão somente nos pontos específicos em que há ato administrativo de intervenção estatal, fiscalização e (ou) controle da cooperativa.<sup>15</sup>

---

15 Para citar alguns exemplos, o artigo 64 tem redução de texto somente na parte final: Art. 64. Quando a dissolução da sociedade não for promovida voluntariamente, nas hipóteses previstas no artigo anterior, a medida poderá ser tomada judicialmente a pedido de qualquer associado ou por iniciativa do órgão executivo federal. O art. 65, §1º está completamente revogado: Art. 65. [...] § 1º O processo de liquidação só poderá ser iniciado após a audiência do respectivo órgão executivo

Aqui a exceção se aplica às cooperativas de crédito e de saúde – restrita às operadoras de saúde suplementar – que possuem atividade econômica regulada pelo Banco Central e Agência Nacional de Saúde Suplementar, cujos poderes incluem a determinação de eventual liquidação extrajudicial.

O fato de a liquidação voluntária não contar com a participação do poder executivo ou judiciário não macula a sua legitimidade, afinal, atende ao princípio universal da independência e autonomia das cooperativas.

Caso haja credor ou terceiro interessado que se sinta prejudicado ante a ausência de poder de voto nas assembleias extraordinárias de prestação de contas da cooperativa, existem meios jurídicos para a sua tutela. Para citar alguns exemplos, é possível a propositura de demanda para a conversão em liquidação judicial e até mesmo a solicitação de prestação de contas para averiguar a ordem dos créditos e a forma de pagamento adotada pelo liquidante.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento uniforme e reiterado no sentido de que o instituto da liquidação das cooperativas permanece vigente, com a aplicação da lei especial (LGSC), sendo inaplicável qualquer

---

federal. O art. 75 também está completamente revogado. No caso do art. 76, somente o trecho específico que trata do órgão executivo federal: Art. 76. A publicação no Diário Oficial, da ata da Assembleia Geral da sociedade, que deliberou sua liquidação, ou da decisão do órgão executivo federal quando a medida for de sua iniciativa, implicará a sustação de qualquer ação judicial contra a cooperativa, pelo prazo de 1 (um) ano, sem prejuízo, entretanto, da fluência dos juros legais ou pactuados e seus acessórios.

outro instituto e (ou) procedimento.<sup>16</sup>

A partir da experiência prática, é possível afirmar que a liquidação voluntária extrajudicial é amplamente adotada pelas cooperativas em situação de insolvência.<sup>17</sup> O que deve ser verificado é a aptidão técnica e a diligência do liquidante para a conclusão do procedimento, que, de fato, pode se arrastar por anos se não houver o devido acompanhamento pelo quadro social e credores. Não se nega que dependendo do porte da cooperativa, o processo de liquidação pode ser proporcionalmente mais complicado.

A participação de agentes externos, especialmente

---

16 TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COOPERATIVA EM LIQUIDAÇÃO. CARÁTER NÃO EMPRESARIAL. LEI DE FALÊNCIAS. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI 5.764/71. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ. 1. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento pacífico no sentido da inaplicabilidade da legislação falimentar às cooperativas em liquidação, pois estas não possuem características empresariais, sendo a elas aplicáveis as disposições previstas na Lei 5.764/71. Precedentes: AgRg no Ag 1.385.428/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13/09/2011; AgRg no REsp 999.134/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21/09/2009; REsp 1.202.225/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/10/2010. 2. Quanto ao produto da arrecadação, "A Lei n. 5.764/71 não autoriza a remessa, ao Juízo da liquidação, do produto de arrematação de bens penhorados nos autos da execução fiscal. Precedente." (AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1129512/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/12/2013). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1109103/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014)

17 No Paraná, somente em 2018, duas cooperativas agropecuárias iniciaram processo de liquidação extrajudicial voluntária. Se considerar esse número em relação ao número total de cooperativas registradas na Ocepar, em torno de 220, não se vislumbra a condição de instituto em desuso.

estatais, não tem o condão de tornar o processo de liquidação mais legítimo, afinal, além de vedado expressamente pela Constituição, torna-se irrelevante para a solução do levantamento dos ativos e passivos da cooperativa.

Nesse contexto em que a liquidação extrajudicial voluntária é instituto vigente apto a produzir efeitos semelhantes ao da liquidação extrajudicial forçada e conforme a Constituição ao excluir a participação dos órgãos de controle e fiscalização, a questão que se coloca é sobre a ordem dos créditos a serem arrolados no processo.

A resposta encontrada na doutrina (MAFFIOLETTI, 2015) é de aplicação do regime da própria lei cooperativista (art. 70-73, LGSC) combinada com o regime de insolvência civil (art. 955-965, CC) e que pode ainda ser subsidiariamente integrado por analogia à lei de recuperação judicial e falências (Lei 11.101/2005):

Conciliando ambas as interpretações, sugerimos que a classificação dos créditos (classes e subclasses) seja feita com base nas diretrizes da LCB e das normas dedicadas à insolvência civil. [...] Como ambos os procedimentos contêm lacunas, diante da ausência de previsão normativa aplicável à necessidade prática, os conteúdos das normas poderão ainda ser integrados com a LRF. Isto se a disciplina da insolvência civil não for suficiente para preencher supletivamente à liquidação. Tal exercício interpretativo poderá ser útil ao liquidante e ao judiciário para fins de construção do procedimento liquidatório para as cooperativas insolventes, caso o processo em curso não seja o da insolvência civil (MAFFIOLETTI, 2018, p. 245-246).

Para problematizar a questão, verifica-se a necessidade da revisão e interpretação da liquidação de cooperativas sob a luz do princípio da preservação da empresa, cuja fonte é legal, comum e implícita no Direito Comercial (COELHO, 2016, p. 76).

Isso porque o princípio da preservação da empresa se refere à proteção da atividade econômica e do empreendimento, pois envolve o interesse difuso de trabalhadores, consumidores, fisco, comunidade:

O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial (COELHO, 2016, p. 76).

Conforme previamente tratado, a cooperativa não se enquadra na classificação de sociedade empresária, mas possui características típicas comuns na sua relação com o mercado – o que é reconhecido inclusive pela doutrina clássica.

O que se propõe é a aplicação do princípio da preservação da empresa no sentido de proteger a cooperativa, seus cooperados, a comunidade, seus trabalhadores, consumidores, parceiros comerciais, entre tantos outros.

Segundo dados da Organização das Cooperativas Brasileiras, existem mais de 6,8 mil cooperativas no país, com mais de 14,2 milhões de sócios cooperados, e que geram e torno de

398 mil empregos formais (OCB, 2019).<sup>18</sup>

No Paraná, as cooperativas são o maior empreendimento em mais de 130 municípios (OCEPAR, 2019), sendo protagonistas na geração de trabalho e renda para os seus cooperados, na criação de empregos diretos e indiretos, bem como na promoção de oportunidades para redução dos impactos sociais do êxodo rural e movimentos migratórios.

Em 2018, as cooperativas agropecuárias paranaenses tiveram movimentação financeira de mais de R\$ 70 bilhões, o que representa a participação equivalente a 60% do produto interno bruto no agronegócio do estado. As exportações totalizaram US\$ 3.9 bilhões, tendo mais de 100 países como destinatários (OCEPAR, 2019).

A título ilustrativo, ainda nesse segmento das cooperativas agropecuárias paranaenses, os ativos incluem 07 indústrias de óleo de soja, 07 moinhos de trigo, 02 moinhos de milho, 01 unidade processamento de mate, 20 indústrias de rações, 08 indústrias de carne de frango, 03 indústrias de processamento de suínos, 02 indústrias de processamento de peixe e 06 indústrias de processamento de leite, que representam a geração de mais 84 mil empregos diretos (OCEPAR, 2019).

Nesse cenário, torna-se incontroversa a necessidade de proteção dos empreendimentos cooperativos, visto que a sua preservação impacta direta e indiretamente na economia local, regional e por vezes nacional.

---

18 Dados de 2017.

Por isso a liquidação pode ser adotada como procedimento necessário para a final dissolução e, alternativamente, como forma de recuperação da cooperativa. Pela aplicação do art. 63, I, da LGSC<sup>19</sup>, o número mínimo de cooperados necessário à constituição é suficiente para impedir a extinção da sociedade – o que vai ao encontro do princípio da preservação da empresa.

Nesse cenário, o que se propõe em termos práticos, é que a assembleia geral que deliberar pela liquidação da cooperativa quando da sua situação de insolvência faça constar em sua deliberação se há alguma viabilidade de recuperação.

Em caso positivo, o liquidante pode cumular a função de administrador na manutenção das atividades da cooperativa e adotar, preferencialmente, o regime concursal da Lei de Recuperação e Falências (art. 83, LRF) em observância a finalidade de reestabelecimento da cooperativa.

Somente a partir da casuística e de análise de viabilidade econômica e financeira que podem ser verificados as condições de recuperação ou da sua irreversibilidade com a liquidação para final dissolução da cooperativa. Neste segundo caso, o regime a ser aplicado de início é o da insolvência civil (art. 955 a 965, CC).

Essa proposta é construída a partir do ordenamento jurídico vigente e por exercício hermenêutico conjugado com princípios e doutrina clássica. Atualizar a legislação

---

19 Art. 63. As sociedades cooperativas se dissolvem de pleno direito:  
I - quando assim deliberar a Assembléia Geral, desde que os associados, totalizando o número mínimo exigido por esta Lei, não se disponham a assegurar a sua continuidade;

cooperativista é o caminho a ser perseguido, o que deve ser examinado com a máxima cautela já que as alterações necessárias devem ter como pressuposto manter a essência e o rigor técnico da sua elaboração, bem como, adequar o regime concursal às suas características essenciais conforme se verá adiante.

#### **4. RECUPERAÇÃO E INCOMPATIBILIDADES NO REGIME CONCURSAL**

A pesquisa de jurisprudência divulgada pelo boletim “Cooperativismo nos Tribunais”, edição 48 da semana de 26 a 30 de junho de 2017, elaborado pela assessoria jurídica da Organização das Cooperativas Brasileiras, revelou a unanimidade das Cortes estaduais e superiores no sentido da inaplicabilidade da Lei de Recuperação e Falências (Lei 11.101/2005) às cooperativas (OCB, 2017).

A impossibilidade se deve ao não enquadramento no conceito de “empresário” e “sociedade empresária”, destinatários principais da referida legislação (art. 1º, da LRF)<sup>20</sup>. A exclusão é expressa para as cooperativas de crédito e de saúde, nestas quando se tratar de operadora de saúde complementar (art. 2º, II, da LRF)<sup>21</sup>.

---

20 Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

21 Art. 2º Esta Lei não se aplica a: [...]II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

A partir da legislação vigente, a ordem de classificação dos créditos a ser adotada pode ser o proposto pela Lei de Recuperação e Falências, de modo complementar ou por analogia, conforme interpretação quanto à finalidade e a aplicação do instituto da liquidação de cooperativas. A sua eficiência operacional no plano concreto é outro desafio que se impõe.

É preciso ressaltar que a solução simplista de se propor alteração legislativa para incluir diretamente as cooperativas no regime jurídico da Lei de Recuperação e Falências, e, portanto, como sociedades passíveis de processo falimentar, possui incongruências que não se restringem às questões conceituais sobre a sua natureza empresária – ou não.

De plano, é preciso verificar a condição do cooperado como sócio utente e ao mesmo tempo provável credor: tendo a cooperativa sido constituída para a prestação de serviços, esse sujeito que dela se utiliza e a quem destina sua produção é a força motriz da sociedade, sendo necessário tratamento jurídico que observe tal protagonismo para que seja viável superar eventual momento de dificuldade econômica e (ou) insolvência temporária.

A partir da casuística, verifica-se que nas cooperativas agropecuárias e de trabalho em sentido amplo<sup>22</sup> a participação econômica do cooperado constitui a sua atividade profissional e, portanto, indispensável à sua subsistência.

---

22 Não se trata somente das cooperativas de trabalho que estão regulamentadas pela Lei 12.690/2012, mas todas aquelas que possuem no seu objeto a prestação de trabalho do seu cooperado e por isso podem incluir cooperativas de outros ramos como saúde, transporte, educacional, turismo, mineral, especial, etc.

Nesse contexto, a imposição da ordem de classificação dos créditos (art. 83, LRF)<sup>23</sup> pode inserir um cooperado na condição de credor com privilégio especial (art. 964, VIII e IX, CC)<sup>24</sup>, se produtor rural – o quarto grupo na ordem de prefe-

---

23 Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinqüenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber: a) os previstos no art. 964 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei; c) aqueles a cujos titulares a lei confira o direito de retenção sobre a coisa dada em garantia; d) aqueles em favor dos microempreendedores individuais e das microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

V – créditos com privilégio geral, a saber: a) os previstos no art. 965 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002; b) os previstos no parágrafo único do art. 67 desta Lei; c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

VI – créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber: a) os assim previstos em lei ou em contrato; b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

24 Art. 964. Têm privilégio especial: [...]

VIII - sobre o produto da colheita, para a qual houver concorrido com o seu trabalho, e precipuamente a quaisquer outros créditos, ainda que reais, o trabalhador agrícola, quanto à dívida dos seus salários.

IX - sobre os produtos do abate, o credor por animais. (Incluído pela Lei nº 13.176, de 2015)

rência, após os créditos trabalhistas, com garantia real e tributários. Para os cooperados de outras atividades e (ou) ramos, é provável que o enquadramento se dê na condição de crédito subordinado, ou seja, sub-quirolafário (art. 83, VIII, “b”, LRF).

Por ter sistema operacional próprio, a cooperativa possui prerrogativas que não são conferidas a outros tipos societários, *e.g.* a outorga de plenos poderes para gravar e dar em garantia a produção de seu associado (art. 83, LGSC).<sup>25</sup>

Essas considerações iniciais são apenas indícios no sentido de que qualquer instituto que vise à recuperação de cooperativa precisa levar em consideração as suas peculiaridades e ter como elemento central a necessidade de tratamento especial e prioritário ao seu quadro social, sob pena de sua completa inviabilidade material por falta de produção.

Em primeiro lugar, é preciso considerar a condição de credor do cooperado em relação a duas obrigações distintas: 1) a de sócio cooperado e que nesta condição integralizou capital social; 2) de sócio utente em que utiliza da cooperativa para a maximização dos resultados da sua produção.

Dada a sua natureza jurídica, de fato, a restituição do capital social aos cooperados deve seguir como último na ordem de classificação, estando em conformidade o art. 73, LGSC. Cumpre observar que a Lei de Recuperação e Falências veda

---

25 Art. 83. A entrega da produção do associado à sua cooperativa significa a outorga a esta de plenos poderes para a sua livre disposição, inclusive para gravá-la e dá-la em garantia de operações de crédito realizadas pela sociedade, salvo se, tendo em vista os usos e costumes relativos à comercialização de determinados produtos, sendo de interesse do produtor, os estatutos dispuserem de outro modo.

essa possibilidade (art. 83, §2º, LRF).<sup>26</sup>

No que tange à produção do cooperado, é preciso resguardar o seu crédito a partir de sua natureza alimentar e inseri-lo no âmbito da proteção da pessoa humana, cuja dignidade é medida pelas cláusulas gerais que regem o *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*:

Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade ou abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores (FACHIN, 2006, p, 01).

Na classificação dos créditos, a Lei de Recuperação e Falências estabelece um teto de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor para os empregados, sendo o primeiro na ordem ali estabelecida.

Do mesmo modo, o cooperado pode ter créditos decorrentes de sua produção, ou seja, do seu trabalho direto e (ou) da prestação de serviços para a cooperativa. No caso das cooperativas agropecuárias, em que há prestação de serviços de armazenagem de *commodities*, não raro, o associado

---

26 Art. 83. [...] § 2º Não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade.

mantém seus estoques como forma de poupança.

Para o cooperado que prestou trabalho à cooperativa, há que se estabelecer uma equiparação ao crédito do empregado na recuperação, afinal, igualmente se verifica uma relação de subsistência em que há necessidade de tutela sobre a pessoa natural e sua dignidade.

A relação de equiparação pode ser deduzida a partir da garantia de impenhorabilidade sobre os salários do empregado, remunerações de trabalhador autônomo e honorários de profissional liberal que se enquadram na mesma categoria (art. 833, IV, CPC)<sup>27</sup>.

No que se refere ao depósito de grãos nas cooperativas agropecuárias, no mesmo sentido, há que se estabelecer categoria de crédito prioritário na ordem de classificação mediante a equiparação com a impenhorabilidade de poupança no limite de 40 (quarenta) salários-mínimos (art. 833, X, CPC)<sup>28</sup>.

É preciso consignar que essas hipóteses são exemplificativas de créditos de sócios cooperados e o tratamento jurídico a ser conferido em observância aos limites de proteção do patrimônio mínimo, que, na sua essência, não se confundem com a esfera meramente formal do sujeito e da

---

27 Art. 833. São impenhoráveis: [...] IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

28 Art. 833. São impenhoráveis: [...] X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

titularidade. O que se propõe é a apreensão, em concreto, da dignidade da pessoa humana na realização de suas necessidades fundamentais.

A premissa é a de que o cooperado deve ser privilegiado em eventual regime de recuperação da cooperativa e isso se deve ao fato de que, sem a sua presença ativa na reestruturação da sociedade, qualquer possibilidade de superar a situação de insolvência se torna absolutamente despropositada.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No contexto global em que a economia de mercado impõe cenários complexos e interdependentes entre si, há um evidente desafio na perenidade do cooperativismo e das sociedades cooperativas frente um momento de crise.

No passado recente, políticas públicas como o Recoop – Programa de Revitalização de Cooperativas de Produção Agropecuária e a criação do SESCOOP – Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo, ambos criados pela Medida Provisória nº. 2.168-40/2001, foram determinantes na recuperação e reestruturação do cooperativismo brasileiro.

O grande desafio que se coloca contemporaneamente é viabilizar a adoção de instrumentos jurídicos eficazes e eficientes para a recuperação da cooperativa que possa eventualmente ter situação de insolvência temporária. A questão é deveras complexa e exige práxis do operador do direito para que haja compatibilidade com a identidade e a realidade concreta do sistema operacional e atividades desenvolvidas no mercado.

Seria pretensioso aqui apresentar qualquer conclusão.

Este *working paper* tem por finalidade problematizar algumas questões e indicar outras tantas hipóteses a partir de elementos da experiência prática associada às bases teóricas previamente desenvolvidas por juristas.

A partir da legislação vigente, a liquidação coloca-se como único instituto jurídico a ser adotado para a recuperação da cooperativa. Entretanto, a viabilidade do procedimento pela classificação dos créditos dos cooperados no possível regime concursal pode ser, de início, um evidente obstáculo na manutenção da confiança e produção do quadro social.

O tema da regulamentação de possibilidade de recuperação judicial das cooperativas está na Agenda Institucional do Cooperativismo, com a revisão da Lei Geral das Sociedades Cooperativas que está elencada dentre as pautas de maior atenção do Sistema OCB (OCB, 2019).

No 14<sup>o</sup> Congresso Brasileiro do Cooperativismo, realizado nos dias 07 a 10 de maio de 2019, em Brasília/DF, foi aprovada a diretriz prioritária na plenária geral: “Manter a atual Lei 5.764/1971, permitindo adequações por outras legislações, como a utilização de tecnologia para realização virtual de assembleias e adesão de cooperados, ampliando as fontes de financiamento, assegurando um procedimento semelhante à recuperação judicial, dentre outros pontos.”

Nesse contexto, o possível caminho a ser percorrido neste tema da recuperação de cooperativas é a de atualizar a Lei Geral das Sociedades Cooperativas em que seja contemplado instituto específico e (ou) a revisão da liquidação, que tenha por escopo regime concursal adequado ao seu modelo societário, bem como a garantia de sua competitividade no mercado e a eficiência.

Essas são considerações meramente preliminares e que merecem ampla discussão, em observância ao princípio cooperativista da educação, formação e informação, sendo oportuna a sua submissão a fórum especializado para que o conhecimento siga em processo dialético.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 388 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 326 p.

FRANKE, Walmor. **Direito das sociedades cooperativas: Direito Cooperativo**. São Paulo: Saraiva, Ed. da Universidade de São Paulo. 1973.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **As sociedades cooperativas e o regime jurídico concursal: a recuperação de empresas e falências, insolvência civil e liquidação extrajudicial e a empresa cooperativa**. São Paulo: Almedina, 2015. 311 p.

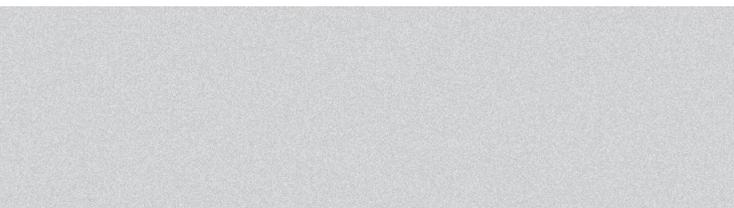
\_\_\_\_\_. **Dissolução e liquidação**. In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (coordenador). **Sociedades Cooperativas**. São Paulo: Lex, 2018. p. 231-263.

OCB. **Agenda institucional do cooperativismo 2019**. Disponível em: <<https://www.ocb.org.br/publicacao/1/agenda-institucional-do-cooperativismo>>. Acesso em 04.06.2019.

REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.c.htm>>. Acesso em 14.05.2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a constituição**: entre a trivialidade e a centralização judicial. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/viewFile/35221/34021>>. Acesso em 29.05.2019.

STÖBERL, Paulo Roberto. **Conceito de sociedade cooperativa**. In: GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (coordenador). **Sociedades Cooperativas**. São Paulo: Lex, 2018. p. 25-56.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL SOB A PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL E A CONSAGRAÇÃO DO ARTIGO 48 DA LEI NO. 14.112/2020

Alexsandra Marilac Belnoski<sup>1</sup>

Isabela Bathke Motta da Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo busca a análise do conflito sobre a recuperação judicial do produtor rural em face do tempo de registro e a possibilidade de requerimento da ação, bem como a posição dos Tribunais do país e a motivação da alteração legislativa. Para tanto, foi utilizada a coleta de dados junto aos Tribunais de Justiça para a avaliação do deferimento ou indeferimento da recuperação judicial pleiteada pelo produtor rural

- 
- 1 Mestre pela UP. Aperfeiçoamento em Direito Comercial pela Universidade de Coimbra. Coordenadora do Grupo de Estudos Avançado em Direito Empresarial – GPADE. Professora de Direito Empresarial. Advogada e Sócia da Marilac Advocacia. e-mail: alexsandra@marilac.adv.br
  - 2 Acadêmica do 5º. Ano de Direito da Universidade Positivo. Participante do Grupo de Estudos Avançado em Direito Empresarial – GPADE. e-mail: isabelabathkems@gmail.com

registrado há menos de dois anos no órgão competente. Com isso, houve a verificação da relevância quanto ao tempo de registro do produtor rural e quanto ao efeito constitutivo ou declaratório do registro.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial. Produtor Rural. Artigo 48 da Lei nº 14.112/2020. Registro.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Concursal gera polêmicas, em especial, no que tange a satisfação de créditos e a propositura de recuperação judicial por meio de alguns agentes. Ao tratar da recuperação judicial, que é um procedimento que visa o soerguimento da empresa para a sua manutenção, cumprimento da função social e interesse dos credores, o questionamento se volta para a figura do produtor rural, que há muito ocupou os Tribunais de Justiça quanto à possibilidade ou não do seu deferimento.

Numa análise inicial, tem-se que o ruralista atravessa crise econômica e que o país é dependente do agronegócio, haja vista a importância que o setor representa para o PIB, geração de empregos e balança comercial. Com isso, admitir a crise no setor, sem que seja autorizada alguma medida, garantiria um impacto significativo na economia nacional.

O presente trabalho visa o exame jurisprudencial nos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, São Paulo e Mato Grosso quanto ao deferimento ou não da recuperação judicial postulada pelo produtor rural sem a efetiva inscrição junto ao órgão competente. O objetivo é a confirmação ou não da redação do artigo 48 da Lei no. 14.112/2020 – que alterou o escopo

do referido artigo da Lei no. 11.101/2005.

A metodologia adotada foi pesquisa exploratória por meio de levantamento bibliográfico e as pesquisas quantitativa e descritiva com a verificação das decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, São Paulo e Mato Grosso datados do ano de 2019, visando a análise da consolidação das decisões.

A pesquisa é justificada em razão da importância do setor para o país e dada a controvérsia fixada sobre a temática e que gerou várias discussões doutrinárias e jurídicas sobre a validação ou não da recuperação judicial do produtor rural.

## 2. A IMPORTÂNCIA DO AGRANEGÓCIO NO BRASIL

O Brasil é reputado essencialmente agrícola, sendo considerado um dos maiores produtores do setor alimentício mundial com representatividade expressiva no faturamento da produção interna<sup>3</sup>. Ademais, o modo como é conduzido o agronegócio no país, por meio de incremento tecnológico, permite mais investimentos, inclusive em mão-de-obra, gerando emprego e renda às várias famílias do segmento.<sup>4</sup>

---

3 BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **VBP é estimado em R\$ 689,97 bilhões para 2020**. Brasília: Governo Federal, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/vbp-e-estimado-em-r-689-97-bilhoes-para-2020>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

4 BRF. Entenda como o agronegócio impulsiona a economia brasileira. **G1**, 5 ago. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/especial->

John Wilkinson afirma que as commodities do agronegócio “*são apenas potenciais se não existem as competências financeiras, informacionais, científicas, tecnológicas e logísticas que transformam essas em competitividade de mercado.*” Entende que as commodities agrícolas “*são atividades de forte intensidade tecnológica.*”<sup>5</sup>

Conforme dados divulgados pelo CNA associada ao CEPEA e a Fundação de Estudos Agrários Luiz de Queiroz, em 2019, o agronegócio representou 21,4% do PIB total do país.<sup>6</sup>

É necessário destacar que o Brasil aplica em pesquisa nesta área, sendo que, no período entre 2006 e 2013, houve crescimento de 46,3% no investimento em pesquisa e desenvolvimento agrícola, conforme aponta a EMBRAPA.<sup>7</sup>

Além disso, o Brasil é tido como o terceiro maior exportador de produtos agrícolas depois da União Europeia e Estados Unidos, conforme dados da Organização das Nações

publicitario/dia-do-agricultor/brf/noticia/2019/08/05/entenda- como -o-agronegocio-impulsiona-a-economia-brasileira.ghml>. Acesso em: 20 jun. 2020.

- 5 WILKINSON, John. Transformações e perspectivas dos agronegócios brasileiros. **R. Bras. Zootec.** vol.39 supl.spe Viçosa July 2010. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-35982010001300004&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-35982010001300004&script=sci_arttext&tlng=pt)
- 6 SISTEMA CNA. PIB do agronegócio cresce 3,81% em 2019. **CNA**, 9 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.cnabrasil.org.br/noticias/pib-do-agronegocio-cresce-3-81-em-2019>>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- 7 PENTEADO, Roberto; FONSECA, Wilson. **Brasil lidera investimentos em pesquisa agrícola na América Latina**. Brasília: Embrapa, 2016. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/13128392/brasil-lidera-investimentos-em-pesquisa-agricolana-america-latina>>. Acesso em: 20 jun. 2020

Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO),<sup>8</sup> tendo como produtos mais exportados soja, petróleo, minério de ferro, carne bovina e óleos de combustíveis.<sup>9</sup>

Ao avaliar a expansão econômica e populacional, é estimado que o Brasil seja responsável por 40% do aumento calculado do consumo de alimentos e bioenergia produzidos no mundo até 2050<sup>10</sup>, dados que consideram o investimento em inovação tecnológica e aprimoramento de técnicas agropecuárias já realizados no país.

É preciso dizer que, o Governo Federal destina verba específica para o agronegócio por meio de programas dirigidos ao setor. A citar, tem-se o Plano Safra, que atualmente – período 2020/2021 - é focado em pequenos e médios produtores rurais, visando garantir o abastecimento de alimentos no mercado em face da pandemia do COVID-19 e estiagem no país.<sup>11</sup>

- 
- 8 FAO. **The state of agricultural commodity markets 2018:** agricultural trade, climate change and food security. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2018. ISBN 978-92-5-130565-2. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/I9542EN/i9542en.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- 9 SANTANDER. Você sabe quais são os produtos mais exportados pelo Brasil? **Santander Negócios e Empresas**, 10 ago. 2020. Disponível em: <<https://santandernegocioseempresas.com.br/app/internacionalizacao/produtos-mais-exportados-pelo-brasil>>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- 10 BURANELLO, 2018, *op. cit.*, p. 20.
- 11 BRASIL. Ministério da Agricultura. **Plano Safra 2020/2021 destinará mais de R\$236 bilhões aos produtores rurais.** Brasília: Governo do Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/agricultura-e-pecuaria/2020/06/plano-safra-2020-2021-destinara-mais-de-r-236-bilhoes-aos-produtores-rurais>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

No que tange ao Plano Safra, vale dizer que é dirigido aos pequenos e médios produtores por meio do PRONAF<sup>12</sup> e o PRONAMP<sup>13</sup>. O plano tem por objetivo o apoio financeiro para custeio e investimentos em atividades agropecuárias, ambos os programas financiados pelo BNDES - disponibilizando financiamentos para implementações das inovações tecnológicas que aumentam a produtividade e aprimoram a gestão.<sup>14</sup>

De acordo com o último Censo Agropecuário,<sup>15</sup> que foi realizado pelo IBGE em 2017, aproximadamente 3,9 milhões de estabelecimentos agropecuários foram classificados como de agricultura familiar representando 77% dos estabelecimentos levantados. Ainda, 71,2% dos estabelecimentos associados, as cooperativas são tipicamente de agricultura familiar, demonstrando que os grandes produtores rurais são minoria no Brasil.

---

12 BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento. **Pronaf - programa nacional de fortalecimento da agricultura familiar**. Rio de Janeiro: BNDES, 2020. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/pronaf>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

13 BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento. **Pronamp**. Rio de Janeiro: BNDES, 2020. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/pronamp-investimento>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

14 BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento. **Inovagro**. Rio de Janeiro: BNDES, 2020. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/inovagro>>. Acesso em 04 jan. 2021.

15 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo agropecuário: resultados definitivos 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/bibliotecacatalogo?view=detalhes&id=73096>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

Para compreender o significado de agronegócio é extraída a definição dos autores John Davis e Ray Goldberg que a conceberam em 1957, como *“o conjunto de todas as operações e transações envolvidas desde a fabricação dos insumos agropecuários, das operações de produção nas unidades agropecuárias, até o processamento e distribuição e consumo dos produtos agropecuários ‘in natura’ ou industrializado”*. Esta definição foi adotada no Brasil, muito embora apenas na década de 90.

Pode-se dizer que, o agronegócio não é limitado a um setor da economia, mas está presente em várias atividades, como agrícola propriamente dita, industrial e de serviços, englobando os três setores econômicos: primário, secundário e terciário.<sup>16</sup>

É importante mencionar que o agronegócio é um integrante expressivo da balança comercial, tendo representatividade na geração de emprego e rendas, formação do PIB e nas relações internacionais do país. Portanto, este segmento merece atenção, tendo em vista a forma integrada e inter-relacionada dos seus agentes com os setores da economia e do cenário nacional.

---

16 BURANELLO, Renato. **Manual do direito do agronegócio**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 9788553600120. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000013011&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>>. Acesso em: 20 jun. 2020. p. 16

### **3. A CARACTERIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO E DO PRODUTOR RURAL NO CÓDIGO CIVIL**

O Código Civil no artigo 966 define o empresário como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. O referido artigo, no parágrafo único, exclui do conceito as atividades profissionais de natureza intelectual, científica, literária ou artística, por não possuírem finalidade econômica, exceto se constituírem o elemento empresa.

O profissionalismo e a habitualidade são características do empresário, que no exercício da sua atividade também assume riscos para auferir lucros, destacando que é o responsável pelos cálculos de investimentos e retornos esperados.

Ademais, a organização da atividade econômica empresarial, que envolve a articulação, a distribuição do trabalho e os meios materiais são relevantes para que harmonicamente haja a produção riquezas e a circulação de bens e serviços.<sup>17</sup>

Tem-se que os empresários são constituídos por uma só pessoa, formalizando a figura do empresário individual, ou ainda, o Empresário por Individual por Responsabilidade Limitada (EIRELI). Também se instituem na forma de sociedade empresarial, que pode se dar por um sócio, na condição de sociedade unipessoal – introduzida pela Lei da Liberdade Econômica – ou por duas ou mais pessoas, por meio da pluralidade de sócios.

---

17 NETO GONÇALVES, Alfredo de Assis. Direito da Empresa Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71.

No tocante ao empresário individual, que se constitui pela pessoa física, a responsabilidade das suas obrigações é ilimitada. Já na EIRELI, a responsabilidade é limitada, devendo ser ao limite do capital social integralizado, que, por previsão legal é de 100 (cem) salários mínimos. Quanto a sociedade unipessoal e as sociedades limitadas (com restrição a este modelo em face do maior número de sociedade constituídas no país) a responsabilidade é a proporção das cotas sociais integralizadas de cada sócio.

É necessário dizer que, para todos os exemplos mencionados, para que se constituam como de direito, se fazem necessários os registros no Registro Público de Empresas Mercantis. Apenas com a formalização no órgão competente é que se validam, sob pena de estarem constituídas apenas de fato e não de direito.

Quanto ao produtor rural, a sua atividade está prevista nos artigos 970 e 971 do Código Civil brasileiro, podendo, por opção, ser equiparado ao empresário desde que realize o registro no Registro Público de Empresas Mercantis.<sup>18</sup>

Pode-se dizer que o Código Civil brasileiro estabelece tratamento diferenciado, favorecido e simplificado, no que diz respeito à inscrição perante o Registro de Empresas Mercantis. Ou seja, aquele, cuja atividade rural seja sua principal profissão, proceder ao registro é facultativo e, se assim optar, é equiparado ao empresário sujeito a registro para todos os efeitos.

---

18 NETO GONÇALVES, Alfredo de Assis. Direito da Empresa Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Tem-se que, no Brasil a atividade rural organiza-se economicamente de duas formas, pela agricultura de plantio de grande porte, a qual utiliza tecnologia e mão de obra assalariada em grandes áreas de cultivo e, a agricultura familiar, pela qual o produtor rural e seus familiares trabalham em pequenos lotes.

Em face desta realidade, o tratamento jurídico ao pequeno produtor é dividido conforme a opção que é feita a partir do registro no órgão competente. A regra geral é a aplicação do Direito Civil ao produtor rural, conforme preconiza o artigo 968 da lei, porém, caso seja feita a opção pelo registro no órgão competente, o mesmo é equiparado ao empresário, sendo aplicada as regras do Direito Empresarial. Nesta linha de raciocínio, se estende também ao ruralista a aplicação da Lei de Recuperação Judicial e Falências.

É necessário frisar que, o produtor rural não está obrigado a adotar uma das formas, uma vez que está vinculado ao regime próprio, seja para efeitos civis, seja para efeitos tributários, trabalhista, comprometendo o seu patrimônio conforme o modelo adotado.

## **4. O PRODUTOR RURAL E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

A crise econômico-financeira em que está submetida o empresário, apresenta fatores internos e externos que, muitas vezes o impossibilitam de atingir as metas empresariais e adimplir as obrigações com terceiros. Os fatores internos podem se relacionar as questões de gestão, organização familiar e patrimonial, ausência de planejamento sucessório, entre outros. Quanto aos fatores externos, há problemas econômicos,

políticos, sanitários, legais, etc. que podem interferir no andamento do negócio e não estão sob o controle do empresariado.

Ao se tratar do produtor rural, os fatores externos, como as questões climáticas e econômicas geram maiores danos, tais como, a estiagem, o granizo, as pragas, as variações cambiais, planos econômicos e taxas de juros, todas citadas como relevantes para o setor. A consequência direta é o inadimplimento das obrigações, em especial no meio bancário, haja vista que o produtor rural realiza empréstimos para maquinários e insumos, com a dependência de boa safra para honrá-los.

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo declara que o produtor rural não é considerado empresário, mas por um ato da sua vontade, pode equipar-se ao empresário mercantil, efetuando a anotação no Registro Público de Empresas Mercantis. Na sequência, aduz que o artigo civilista ao reconhecer a condição de empresário do produtor rural, lhe permite acesso à recuperação judicial, porém, entende que não condiz com a realidade a exposição à falência daquele que explore a atividade rural como agricultor familiar<sup>19</sup>.

A recuperação judicial é um procedimento com rito específico que é proposto em juízo, visando solucionar a crise da empresa, por meio de um plano recuperacional com viabilidade econômico – financeiro.

Tem-se que o entendimento legal, quanto ao pleito de

---

19 TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Disposições preliminares. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

recuperação judicial, se limitou a existência ou não da inscrição ao Registro Público de Empresas Mercantis daquele que desenvolve a atividade rural – seja individualmente ou na forma de sociedade -.

Ocorre que a jurisprudência, entendeu de forma diversa e, analisando que a força do campo também atravessa crise econômica, ponderou essa questão e se ocupou da análise casuística, o que culminou na divergência quanto a possibilidade de pleitear a recuperação judicial do produtor rural sem cumprir o requisito do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005.

#### **4.1 Os requisitos para a recuperação judicial estabelecidas pelo artigo 48 da Lei nº 11.101/2005 gerador da controvérsia e a análise da consolidação da jurisprudência**

O artigo 48 da Lei nº 11.101 de 2005 estabelecia que o pretendente a recuperação judicial deveria cumprir o requisito do exercício das suas atividades comerciais de forma regular há mais de dois anos, cumulado com os demais requisitos firmados na norma. Nesse sentido, o produtor rural apenas se beneficiaria do pleito da recuperação judicial caso optasse pela condição de empresário e formalizasse a sua inscrição perante a Junta Comercial, tendo no mínimo o registro há dois anos.

É necessário destacar que a condição de empresário e o interregno de dois anos de registro no órgão competente foram objeto de questionamento na jurisprudência e na doutrina, gerando interpretação diversa acerca do tema.

Manoel Justino Bezerra Filho<sup>20</sup> aborda a controvérsia sobre o produtor rural não empresário, afirmando que a questão do registro nos órgãos competentes está afastada, pois é necessário apenas a demonstração atividade comercial pelo referido período.

A discussão versa se a natureza do registro é declaratória ou constitutiva, entendendo-se por declaratória aquela que se dá na Junta Comercial, já que é facultativo o registro para o empresário. Isso ocorre porque o empresário pode assim ser considerado independentemente do registro, se caracterizando como de fato ou irregular. As consequências geradas a partir disso são: (i) ausência de legitimidade para postular a recuperação judicial, (ii) responsabilidade ilimitada sobre os bens pessoais e (iii) não contratação com órgãos públicos.

Já a natureza constitutiva do registro é aquela em que a inscrição não é tida como uma formalidade, mas uma exigência para a constituição da pessoa jurídica.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa e Raquel Sztajn<sup>21</sup> entendem que para o exercício da atividade do produtor rural e aquisição do status de empresário, se faz necessário o registro nos órgãos competentes, uma vez que a sua natureza é constitutiva. Para os autores, o registro dá suporte normativo

---

20 BEZERRA FILHO Manoel Justino. A recuperação judicial do empresário rural. <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/03/29/a-recupera-cao-judicial-do-empresario-rural.ghtml> Acesso em: 04 jan. 2021

21 SZTAJN, Raquel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A lógica do ilógico: Recuperação Judicial X Produtor Rural. <https://migalhas.uol.com.br/depeso/320961/a-logica-do-ilogico--recuperacao-judicial-x-produtor-rural>. Acesso em 04 jan 2021

para a atividade regularmente desenvolvida, distinguindo da anteriormente desenvolvida.

Ocorre que a tendência da jurisprudência se inclinou para a natureza declaratória do registro do produtor rural, em especial no que diz respeito a possibilidade da comprovação do exercício da atividade rural por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ).

A exemplo, cita-se a decisão proferida no REsp no 1.800.032/MT pelo Ministro Raul Araújo na 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça que ilustra a discussão. No mérito, decidiu-se sobre a possibilidade de inclusão dos créditos anteriores a inscrição no Registro de Empresas no plano de recuperação dos produtores rurais, porém, no voto, há o reconhecimento da regularidade da atividade rural independentemente do registro.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E EMPRESARIAL. EMPRESÁRIO RURAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REGULARIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AO REGISTRO DO EMPREENDEDOR (CÓDIGO CIVIL, ARTS. 966, 967, 968, 970 E 971). EFEITOS EX TUNC DA INSCRIÇÃO DO PRODUTOR RURAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI 11.101/2005, ART. 48). CÔMPUTO DO PERÍODO DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AO REGISTRO. POSSIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O produtor rural, por não ser empresário sujeito a registro, está em situação regular, mesmo ao exercer atividade econômica agrícola antes de sua inscrição, por ser esta para ele facultativa. 2. Conforme os arts. 966, 967, 968, 970 e 971 do Código Civil, com a inscrição, fica o produtor rural equipa-

rado ao empresário comum, mas com direito a “tratamento favorecido, diferenciado e simplificado (...), quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”. 3. Assim, os efeitos decorrentes da inscrição são distintos para as duas espécies de empresário: o sujeito a registro e o não sujeito a registro. Para o empreendedor rural, o registro, por ser facultativo, apenas o transfere do regime do Código Civil para o regime empresarial, com o efeito constitutivo de “equipará-lo, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”, sendo tal efeito constitutivo apto a retroagir (ex tunc), pois a condição regular de empresário já existia antes mesmo do registro. Já para o empresário comum, o registro, por ser obrigatório, somente pode operar efeitos prospectivos, ex nunc, pois apenas com o registro é que ingressa na regularidade e se constitui efetivamente, validamente, empresário. 4. Após obter o registro e passar ao regime empresarial, fazendo jus a tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto à inscrição e aos efeitos desta decorrentes (CC, arts. 970 e 971), adquire o produtor rural a condição de procedibilidade para requerer recuperação judicial, com base no art. 48 da Lei 11.101/2005 (LRF), bastando que comprove, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 2 (dois) anos. Pode, portanto, para perfazer o tempo exigido por lei, computar aquele período anterior ao registro, pois tratava-se, mesmo então, de exercício regular da atividade empresarial. 5. Pelas mesmas razões, não se pode distinguir o regime jurídico aplicável às obrigações anteriores ou posteriores à inscrição do empresário rural que vem a pedir recuperação judicial, ficando também abrangidas na recuperação aquelas obrigações e dívidas anteriormente contraídas e ainda não adimplidas. 6. Recurso especial provido, com deferimento do

processamento da recuperação judicial dos recorrentes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). REsp 1800032/MT. Relator Ministro Marco Buzzi. Relator p/ Acórdão Ministro Raul Araújo. Julgamento em 5 de novembro de 2019. **Lex:** jurisprudência do STJ, publicação no DJe em 10 fev. 2020).

Para Manoel Justino Bezerra Filho<sup>22</sup>, quando o produtor rural se inscreve na Junta Comercial, a conceituação jurídica da sua atividade passa de civil para empresária, não havendo qualquer mudança na realidade dos fatos. Assim, não há razão para a não concessão da recuperação judicial para aquela que exerce atividade rural há mais de dois anos, considerando que o registro não é elemento regularizador desta atividade.

#### 4.1.1 Metodologia de pesquisa para análise da jurisprudência

A fim de ilustrar a controvérsia gerada acerca do tema e que foi motivo de divergência nos Tribunais, o presente trabalho se propôs na realização de uma pesquisa exploratória com levantamento bibliográfico, visando apresentar subsídios e informações que definem o problema da pesquisa e o seu referencial teórico.<sup>23</sup>

---

22 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]:** Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-256-9.

23 MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais.** Rio de Janeiro: Atlas, 2015. ISBN 978-85-970-0113-6. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000007984&lang=pt->

Diante disso, foram coletadas junto aos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, São Paulo e Mato Grosso o universo de decisões proferidas a respeito da temática no ano de 2019. Para tanto, foram pesquisadas 69 (sessenta e nove) decisões com o objetivo de análise das decisões quanto ao processamento da recuperação judicial pleiteada pelo produtor rural registrado ou não há menos de dois anos perante a Junta Comercial.

É adotada a abordagem quantitativa, tendo por base a medição numérica e análise estatística, com o fito de testar hipóteses e suas variáveis, cujos resultados vão confirmá-las ou negá-las.<sup>24</sup>

O campo de pesquisa foi delimitado dentre 27 Tribunais de Justiça no Brasil sendo selecionados os Tribunais de Justiça do Paraná, São Paulo e Mato Grosso em razão da concentração da grande parte do agronegócio do país.

Após as coletas e estudos das decisões, foram extraídas as variáveis significativas para cruzamento e análise de dados. Quanto as variáveis quantitativas estão: (i) valor atribuído à causa, (ii) número de meses de tramitação do recurso, (iii) número de meses de registro antes do pedido e (iv) número de meses de atividade rural comprovada até o momento do pedido. Quanto as variáveis qualitativas estão:

(i) resultado da decisão, (ii) fundamento, (iii) meio de comprovação da atividade, (iv) natureza jurídica do registro, (v) órgão julgador, relator, (vi) relevância do tempo de registro

---

br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 4 out. 2020. p. 47.

24 *Ibidem*, p. 103.

para deferimento ou indeferimento da recuperação.

Importante ressaltar que muitos acórdãos possuem o mesmo teor, já que foram proferidos em sede de agravo de instrumento e, muitas vezes, interpostos por diferentes credores em face da mesma decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial para um produtor rural ou grupo de produtores.

O método de procedimento adotado para análise das variáveis se deu pelo método estatístico de escala nominal utilizada para indicar fenômenos de classes diferentes sem hierarquização entre elas. Neste caso, os números servem apenas para identificar, sem ordenar. Destaca-se que a estatística resulta apenas em uma verdade provável e não absoluta, pois utiliza-se da teoria estatística da probabilidade.<sup>25</sup>

Por fim, a pesquisa descritiva foi utilizada visando descrever quais fatores levam os Tribunais de Justiça do Paraná, São Paulo e Mato Grosso deferirem ou indeferirem a recuperação judicial pleiteada por produtor rural registrado ou não há menos de dois anos. Os dados e as variáveis foram cruzados com o objetivo de verificar se há ou não relevância quanto ao tempo de registro do produtor para deferimento da recuperação judicial.

As variáveis foram analisadas descritivamente e por meio de análise inferencial-comparativa, buscando a verificação de quais razões importam para o deferimento da recuperação judicial para o produtor rural.

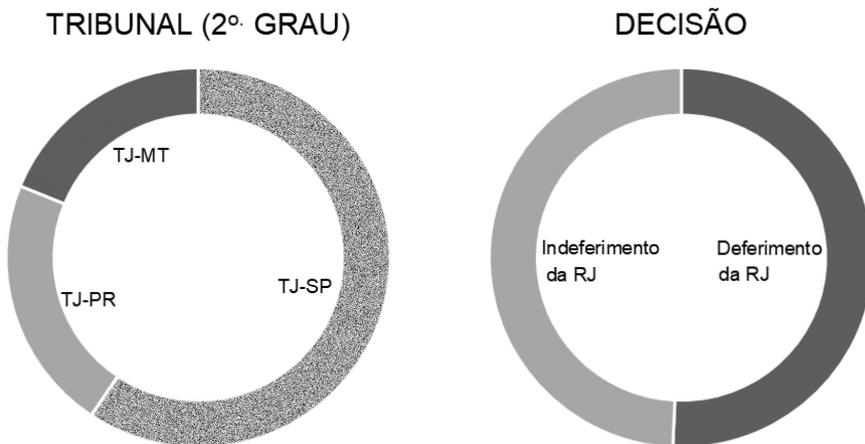
---

25 HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, *op. cit.*, p. 51.

#### 4.1.2 Análise dos dados e apresentação dos resultados quanto a posição da jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, São Paulo e Mato Grosso

Ao analisar as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo essas representaram 59,4% das decisões coletadas, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná 21,7%, e do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso 18,8%. Do universo das decisões, 50,7% deferiram o processamento da recuperação judicial para o produtor rural com menos de dois anos de registro, revelando a dicotomia entre os Tribunais de Justiça avaliados na pesquisa.

**GRÁFICO 1 – DECISÕES COLETADAS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, PARANÁ E MATO GROSSO**



Fonte: As autoras (2020).

Analisando as decisões, constatou-se que dentre os fundamentos mais utilizados para o deferimento da recuperação judicial, estão: (i) os previstos no § 2º do artigo 48 da

Lei de recuperação de empresas e falência que permite a comprovação do tempo de atividade rural por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica e (ii) o previsto no artigo 971 do Código Civil que faculta ao empresário rural a inscrição perante o Registro Público de Empresas Mercantis (47,8%).

**TABELA 1 – FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA DEFERIR O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO**

FUNDAMENTO	DECISÃO		
	Deferimento da RJ	Indeferimento da RJ	Total
§2º, art. 48 da Lei 11.101/05 e art. 971 do CC	37,1		18,8
Art. 48 da Lei 11.101/05 e art. 971 do CC	34,3		17,4
Art. 48 da Lei 11.101/2005		41,2	20,3
Art. 971 do CC	22,9		11,6
Arts. 966, 967 e 971 do CC e 48 da Lei 11.101/05		23,5	11,6
Arts. 966, 970 e 971 do CC e do §2º, art. 48 da Lei 11.101/05	5,7		2,9
Não comprovação do tempo de atividade		35,3	17,4
<b>Total</b>	100,0	100,0	100,0

	Value	df	Asymp. Sig. (2-sided)
Pearson Chi-Square	69,0	6	0,00
6 cells (42.9%) have expected count less than 5. The minimum expected count is .99.			

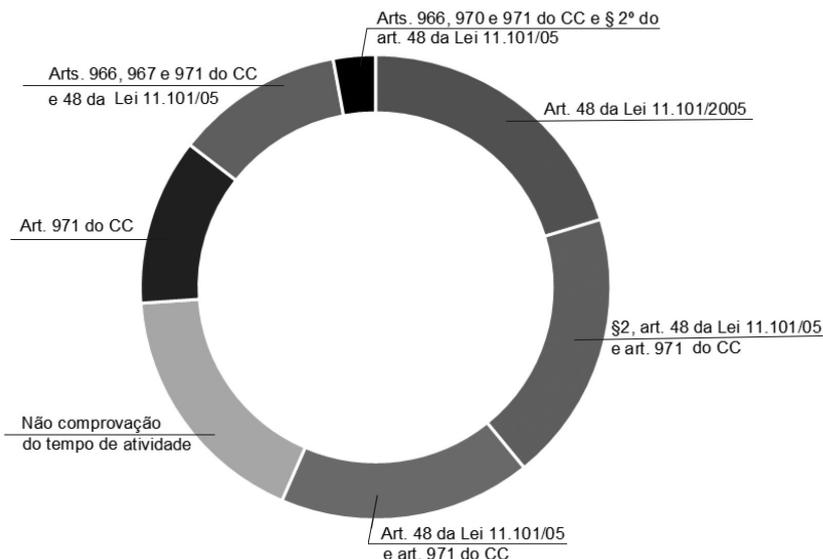
Nota: Os fundamentos de deferimento e indeferimento dos pedidos de recuperação judicial são distintos (distinção estatisticamente

significante na população a 5%). E, mesmo dentro de cada tipo de decisão (deferimento ou indeferimento), os fundamentos também são distintos (distinção estatisticamente significativa na população a 5%).

Fonte: As autoras (2020).

Nos casos de indeferimento da recuperação judicial, o fundamento aplicado majoritariamente (20,3%) foi o não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 48 da lei, por suposta ausência de regularidade do exercício da atividade nos dois anos anteriores ao pedido. Além disso, a falta de comprovação do tempo de atividade rural também foi determinante em 17,4% do universo das decisões, mesmo entre os julgadores que atribuem baixa relevância ao tempo de registro.

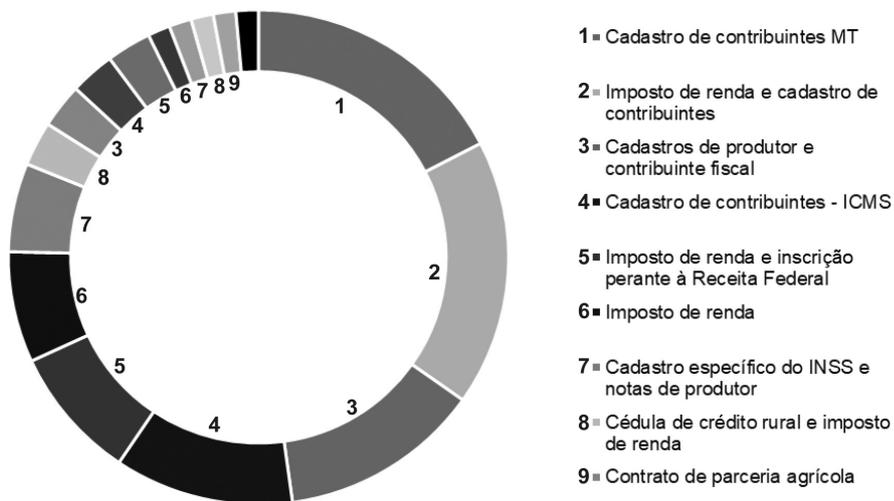
## GRÁFICO 2 – INDEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO



Fonte: As autoras (2020).

Quanto aos principais meios de comprovação de atividade utilizados pelos produtores rurais ficou apurado que foi dada importância, por ordem, ao: (i) cadastro de contribuintes ou inscrição de produtor (66,7%), (ii) imposto de renda (36,2%), (iii) cédula de crédito ou produto rural (8,7%), (iv) notas de produtor rural (2,9%) e (v) contrato de parceria agrícola (2,9%).

**GRÁFICO 3 – COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE**

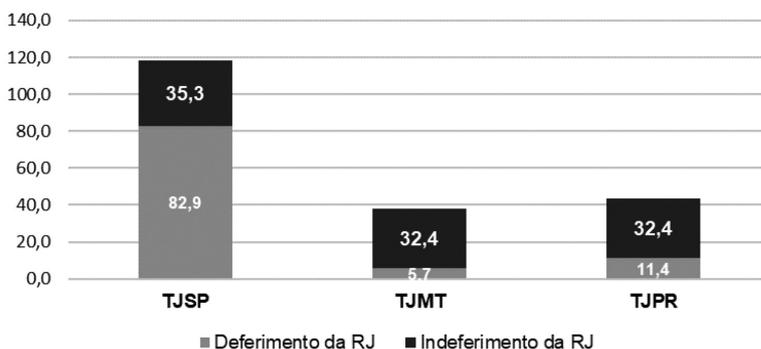


Fonte: As autoras (2020).

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 82,9% das decisões deferiram o processamento da recuperação judicial para o produtor rural registrado há menos de dois anos na Junta Comercial, já os Tribunais de Justiça dos Estados Paraná e do Mato Grosso 32,4% indeferiram.

Com estes dados, é possível constatar a tendência do Tribunal de Justiça de São Paulo no deferimento dos pedidos de recuperação judicial do produtor rural registrado há menos de dois anos na Junta Comercial, o que não ocorre nos demais Tribunais de Justiça

#### GRÁFICO 4 – DEFERIMENTO NOS PEDIDOS DE RECUPERAÇÃO



Nota: Comparado aos demais Tribunais de Justiça, há uma tendência do TJ-SP deferir os pedidos de recuperação judicial (tendência estatisticamente significativa na população a 5%).

Fonte: As autoras (2020).

Os meios de comprovação da atividade rural são distintos e relevantes para a avaliação e, conseqüentemente, deferimento da recuperação judicial. Além disso, o número de meses do exercício da atividade rural é expressivo e considerável na análise, considerando que isso representa deferir o pedido (diferença substantivamente acentuada de 87,9 meses).

**TABELA 2 – MEIOS DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL**

MEIO DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE	DECISÃO		
	Deferimento da RJ	Indeferimento da RJ	Total
Cadastro de contribuintes - ICMS	11,4	11,8	11,6
Cadastro de contribuintes MT	5,7	29,4	17,4
Cadastro específico do INSS e notas de produtor	11,4		5,8
Cadastros de produtor e contribuinte fiscal	25,7		13,0
Cédula de crédito bancário		2,9	1,4
Cédula de crédito rural e imposto de renda		5,9	2,9
Cédula de produto rural		2,9	1,4
Contrato de parceria agrícola	2,9	2,9	2,9
Contrato social	2,9		1,4
Imposto de renda		14,7	7,2
Imposto de renda e cadastro de contribuintes	17,1	17,6	17,4
Imposto de renda e inscrição perante à Receita Federal	17,1		8,7
Inscrição de produtor rural		2,9	1,4
Notas de produtor rural		5,9	2,9
Registro JUCESP		2,9	1,4
Registro JUCESP e cédulas de crédito rural	5,7		2,9
<b>Total</b>	100,0	100,0	100,0

	Value	df	Asymp. Sig. (2-sided)
<b>Pearson Chi-Square</b>	40,3	15	0,00
<b>28 cells (87.5%) have expected count less than 5. The minimum expected count is .49.</b>			

Nota: Comparando ambos os tipos de decisão, nota-se que os meios

de comprovação de atividade são distintos (distinção estatisticamente significativa na população a 5%). E, mesmo dentro de cada tipo de decisão (deferimento ou indeferimento), os meios de comprovação de atividade são distintos (distinção estatisticamente significativa na população a 5%).

Fonte: As autoras (2020).

**TABELA 3 – NÚMERO DE MESES DE ATIVIDADE RURAL**

MESES DE ATIVIDADE RURAL (COMPROVADA) ATÉ O MOMENT	N	Mean	Std. Deviation	Std. Error Mean
RJ Indeferida	34	140,44	110,27	18,91
		<b>Levene's Test for Equality of Variances</b>		<b>t-test for Equality of Means</b>
	<b>F</b>	<b>Sig.</b>	<b>t</b>	<b>df</b>
<b>Equal variances assumed</b>	13,33	0,00	-2,89	67
<b>Equal variances not assumed</b>			-2,90	64
			<b>95% Confidence Interval of the Difference</b>	
<b>Sig. (2-tailed)</b>	<b>Mean Difference</b>	<b>Std. Error Difference</b>	<b>Lower</b>	<b>Upper</b>
0,01	-87,91	30,44	-148,66	-27,16
0,01	-87,91	30,33	-148,50	-27,32

Nota: O nº meses de atividade rural antes do pedido de recuperação judicial é maior no caso das decisões que deferem tal pedido (diferença estatisticamente significativa na população a 5%). E essa diferença parece ser substantivamente acentuada (87,9 meses).

Fonte: As autoras (2020).

Em sentido oposto, o valor atribuído à causa (em média R\$80.212.121,71), não possui relevância na decisão de deferir a recuperação judicial.

**TABELA 4 – VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA**

VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA	N	Mean	Std. Deviation	Std. Error Mean
RJ Indeferida	33	91.904.428,56	140.670.675,39	24.487.621,43
RJ Deferida	26	65.371.886,10	135.433.932,04	26.560.779,32

	F	Sig.	t	df
Equal variances assumed	0,42	0,52	0,73	57
Equal variances not assumed			0,73	55

			95% Confidence Interval of the Difference	
Sig. (2-tailed)	Mean Difference	Std. Error Difference	Lower	Upper
0,47	26.532.542,45	36.292.173,41	-46.141.281,25	99.206.366,15
0,47	26.532.542,45	36.126.425,25	-45.875.613,41	98.940.698,32

Nota: Não há diferenças estatisticamente significativas na população (ao nível de 5%) entre os valores das causas nas decisões que deferem ou indeferem a recuperação judicial.

Fonte: As autoras (2020).

É necessário destacar que, na tramitação processual, o deferimento da recuperação judicial se dá em média 2,72 meses a mais do que para aqueles que são indeferidos.

**TABELA 5 – MESES DE TRAMITAÇÃO DO RECURSO**

MESES DE TRAMITAÇÃO DO RECURSO	N	Mean	Std. Deviation	Std. Error Mean
RJ Indeferida	34	7,62	4,17	0,71
RJ Deferida	35	10,34	3,76	0,64
		<b>Levene's Test for Equality of Variances</b>		<b>t-test for Equality of Means</b>
		<b>F</b>	<b>Sig.</b>	<b>t</b>
				<b>df</b>
<b>Equal variances assumed</b>		0,13	0,72	-2,85
<b>Equal variances not assumed</b>				-2,84
		<b>95% Confidence Interval of the Difference</b>		
<b>Sig. (2-tailed)</b>	<b>Mean Difference</b>	<b>Std. Error Difference</b>	<b>Lower</b>	<b>Upper</b>
0,01	-2,72	0,96	-4,63	-0,81
0,01	-2,72	0,96	-4,63	-0,81

Nota: As decisões que deferem a recuperação judicial demoram mais que as que indeferem (2,72 meses a mais - diferença estatisticamente significativa na população a 5%).

Fonte: As autoras (2020).

Como pode ser observado, os Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e do Mato Grosso primam pelo atendimento do requisito do artigo 48 da Lei no. 11.101/2005, considerando o efeito constitutivo do registro para o produtor rural. Ao contrário é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, na ampla maioria das decisões, autoriza a recuperação judicial sem a necessidade do registro, desde que a atividade do produtor rural seja devidamente comprovada no período de dois anos, caracterizando o efeito declaratório.

#### 4.1.3 - Breve análise da evolução legislativa da recuperação judicial e a alteração do artigo 48 pela Lei nº. 14.112/2020

O PL nº 6229/2005 foi proposto visando a atualização da Lei nº. 11.101/2005, sob a justificativa de inclusão dos créditos fiscais nas recuperações judiciais. No que tange a recuperação judicial do produtor rural, foi acolhida a Emenda no 11 em plenário na Câmara dos Deputados, propondo o artigo 70-A na Lei nº 11.101/2005, com o objetivo de permitir ao produtor rural a apresentação do plano especial de recuperação judicial nos mesmos moldes e regras das microempresas e empresas de pequeno porte, desde que o valor da causa não excedesse R\$ 4.800.000,00 (Quatro milhões e oitocentos mil reais).

Além disso, propôs a criação do artigo 11 na Lei nº 8.919/1994, vedando a sujeição aos efeitos da recuperação judicial dos créditos e garantias cedulares vinculados à Cédula de Produto Rural (CPR) com liquidação física, em caso de antecipação parcial ou integral do preço, ou ainda, representativa de operação de troca por insumos.<sup>26</sup>

A Câmara dos Deputados também aprovou a mudança na redação do § 2º do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005 permitindo que a comprovação do prazo estabelecido no caput fosse admitida por meio de Escrituração Contábil Fiscal ou registros contábeis incluindo, também, o § 3º determinando que o cálculo do período de exercício de atividade rural por

---

26 **Projeto de lei nº 6.229, de 2005.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1923667&filename=Parecer-CEURG-18-08-2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1923667&filename=Parecer-CEURG-18-08-2020)>. Acesso em 12 out. 2020.

pessoa física fosse feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural ou por meio de registros contábeis que venham a substituir o Livro Caixa, pela Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física e Balanço Patrimonial.

Já o PL nº 6279/2013, visava a modificação do § 2º do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005 para que o produtor rural comprovasse o tempo de atividade por meio da declaração do imposto de renda. A questão é a inexistência de solução no ordenamento jurídico para a crise do produtor rural - apenas a insolvência civil - que objetiva apenas a liquidação das dívidas sem comprometer a continuidade do negócio.<sup>27</sup>

O PL nº 10.220/2018<sup>28</sup>, apensado ao PL nº 6229/2005, propôs que o artigo 48 da Lei nº 11.101/2005 vigorasse com duas alterações: (i) a primeira, previa a diminuição do requisito temporal do inciso II, para que o requerimento da nova concessão de recuperação judicial no prazo de dois anos ao invés de cinco anos, (ii) a segunda, tinha como objetivo admitir a comprovação do prazo estabelecido no caput por meio da Escrituração Contábil Fiscal, em se tratando de exercício de atividade rural por pessoa jurídica.

Por fim, foi apresentado o projeto para alteração da Lei nº 11.101/2005, que permitia que o prazo estabelecido

---

27 **Projeto de lei nº 6.279, de 2013.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=590868>> Acesso em: 8 ago. 2020.

28 **Projeto de lei nº 10.220, de 10 de maio de 2018.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>> Acesso em: 8 ago. 2020.

pelo caput do artigo 48 fosse computado a partir do início da atividade rural e não da inscrição perante o Registro de Empresas Mercantis.<sup>29</sup>

Na data de 24 de dezembro de 2020, o Presidente Jair Messias Bolsonaro, sancionou a Lei nº 14.112/2020 que altera o disposto no artigo 48 da Lei nº 11.101/2005<sup>30</sup>. Ficou estabelecido que o produtor rural pode requer a recuperação judicial sem a necessidade da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, garantindo apenas a comprovação do exercício da sua atividade por meio dos documentos que a lei estabelece em seus incisos.

---

29 **Projeto de lei nº 6.303/2019**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140079>> Acesso em: 8 ago. 2020.

30 “Art. 48.

§ 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no **caput** deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente.

§ 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

§ 4º Para efeito do disposto no § 3º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF.

§ 5º Para os fins de atendimento ao disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, as informações contábeis relativas a receitas, a bens, a despesas, a custos e a dívidas deverão estar organizadas de acordo com a legislação e com o padrão contábil da legislação correlata vigente, bem como guardar obediência ao regime de competência e de elaboração de balanço patrimonial por contador habilitado.” (NR)

Pode ser percebido que a legislação consagra o efeito declaratório já firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em oposição as decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e do Mato Grosso.

A partir da nova redação do artigo 48 na Lei nº 14.112/2020 é pacificada a celeuma do requerimento da recuperação judicial pelo produtor rural sem o registro na Junta Comercial.

## **5. CONCLUSÃO**

O Código Civil brasileiro oferece ao produtor rural a condição de equiparar-se a figura do empresário desde que realize o registro na Junta Comercial. Em face disso, lhe é autorizado o benefício da utilização da lei falimentar. Ocorre que muita discussão foi gerada acerca do tema, a ponto de alteração legal.

O presente trabalho visou demonstrar a evolução jurisprudencial anterior a modificação do artigo 48 pela Lei nº 14.112/2020 por meio da análise das decisões recentes – ano de 2019 – proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, São Paulo e Mato Grosso que concentram o maior número de casos agrícolas.

Foi observado por meio da análise metodológica realizada que o Tribunal do Estado de São Paulo firmou as decisões, em sua grande maioria, deferindo as recuperações judiciais dos produtores rurais por meio de prova do exercício da atividade rural há dois anos sem inscrição no órgão competente, desde que comprovada. Já os Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e do Mato Grosso, apresentaram posição

mais conservadora, com decisões, em sua minoria, deferindo as recuperações judiciais de produtores rurais com a prova do exercício da atividade sem o devido registro.

Com isso, cumpre concluir que o efeito para o Tribunal do Estado de São Paulo tem caráter declaratório, haja vista a prova, na sua essencialidade, ser o suficiente para o deferimento da recuperação judicial. Já para os Tribunais dos Estados do Paraná e do Mato Grosso, entende-se que o caráter é constitutivo, uma vez que as decisões se validaram mais pelo cumprimento do artigo 48 da Lei 11.101/2005 do que pela comprovação da atividade rural.

Com a sanção da Lei nº 14.112/2020 que traz nova redação para o artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, o debate acerca do processamento da recuperação judicial do produtor rural é legalizada, já que a norma autoriza o seu pleito por meio da prova da atividade daquele que não possui registro no órgão competente.

É possível compreender que a legislação seguiu a posição declaratória quanto a comprovação do exercício da atividade rural há dois anos sem a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Este ponto já era adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça como demonstrado nesta pesquisa.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento. **Inovagro**. Rio de Janeiro: BNDES, 2020. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/inovagro>>. Acesso em 04 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Banco Nacional de Desenvolvimento. **Pronaf-programa nacional de fortalecimento da agricultura familiar**. Rio de Janeiro: BNDES, 2020. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/pronaf>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Banco Nacional de Desenvolvimento. **Pronamp**. Rio de Janeiro: BNDES, 2020. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/pronamp-investimento>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo agropecuário: resultados definitivos 2017**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/bibliotecacatalogo?view=detalhes&id=73096>>. Acesso em: 04 jan. 2021

\_\_\_\_\_. Ministério da Agricultura. **Plano Safra 2020/2021 destinará mais de R\$236 bilhões aos produtores rurais**. Brasília: Governo do Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/agricultura-e-pecuaria/2020/06/plano-safra-2020-2021-destinara-mais-de-r-236-bilhoes-aos-produtores-rurais>>. Acesso em: 04.jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **VBP é estimado em R\$ 689,97 bilhões para 2020**. Brasília: Governo Federal, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/vbp-e-estimado-em-r-689-97-bilhoes-para-2020>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária Disponível em: Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm) Acesso em: 04 jan 2020

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei nº 6.229, de 2005.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1923667&filename=Parecer-CEURG-18-08-2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1923667&filename=Parecer-CEURG-18-08-2020)>. Acesso em 12 out. 2020

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei nº 6.279, de 2013.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=590868>> Acesso em: 8 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei nº 10.220, de 10 de maio de 2018.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>> Acesso em: 8 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Projeto de lei nº 6.303/2019.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140079>> Acesso em: 8 ago. 2020.

BEZERRA FILHO Manoel Justino. A recuperação judicial do empresário rural. Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/03/29/a-recuperacao-judicial-do-empresario-rural.ghtml> Acesso em: 04 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. , Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falência [livro eletrônico]: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. ISBN 978-85-5321-256-9.

BRF. Entenda como o agronegócio impulsiona a economia brasileira. **G1**, 5 ago. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/especial-publicitario/dia-do-agricultor/brf/noticia/2019/08/05/entenda-como-o-agronegocio-impulsiona-a-economia-brasileira.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BURANELLO, Renato. **Manual do direito do agronegócio.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN 9788553600120. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000013011&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>>. Acesso em: 20 jun. 2020. p. 16.

FAO. **The state of agricultural commodity markets 2018:** agricultural trade, climate change and food security. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2018. ISBN 978-92-5-130565-2. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/i9542EN/i9542en.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais.** Rio de Janeiro: Atlas, 2015. ISBN 978-85-970-0113-6. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000007984&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>>. Acesso em: 4 out. 2020. p. 47

NETO GONÇALVES, Alfredo de Assis. **Direito da Empresa Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PENTEADO, Roberto; FONSECA, Wilson. **Brasil lidera investimentos em pesquisa agrícola na América Latina.** Brasília: Embrapa, 2016. Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/13128392/brasil-lidera-investimentos-em-pesquisa-agricola-na-america-latina>>. Acesso em: 20 jun. 2020

SANTANDER. Você sabe quais são os produtos mais exportados pelo Brasil? **Santander Negócios e Empresas,** 10 ago. 2020. Disponível em: <<https://santandernegocioseempresas.com.br/app/internacionalizacao/produtos-mais-exportados-pelo-brasil>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SZTAJN, Raquel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **A lógica do ilógico: Recuperação judicial x Produtor rural.** Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/320961/a-logica-do-ilogico--recuperacao-judicial-x-produtor-rural> Acesso em: 04 jan 2021

Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). REsp 1800032/MT. Relator Ministro Marco Buzzi. Relator p/ Acórdão Ministro Raul Araújo. Julgamento em 5 de novembro de 2019. **Lex: Jurisprudência do STJ,** publicação no DJe em 10 fev. 2020

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. Disposições preliminares. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

WILKINSON, John. Transformações e perspectivas dos agronegócios brasileiros. **R. Bras. Zootec.** vol.39 supl.spe Viçosa July 2010. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-35982010001300004&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-35982010001300004&script=sci_arttext&tlng=pt)  
SISTEMA CNA. PIB do agronegócio cresce 3,81% em 2019. **CNA**, 9 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.cnabrasil.org.br/noticias/pib-do-agronegocio-cresce-3-81-em-2019>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

# NOVAS TECNOLOGIAS E PRECEDENTES: MAPEAMENTO DAS INTERAÇÕES DO DILEMA

**Bruno Meneses Lorenzetto<sup>1</sup>**

**Amílcar Cordeiro Teixeira Filho<sup>2</sup>**

**Resumo:** O artigo reflete sobre o advento de novas tecnologias no direito e seu impacto no sistema de precedentes. Propõe a realização de um mapeamento dos dilemas decorrentes do uso de tais tecnologias no processo decisório fundado em

- 
- 1 Advogado. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010).
  - 2 Advogado na empresa Gomes & Teixeira Advogados Associados. Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1995).

precedentes, bem como uma síntese do estado da arte das mudanças de compreensão do ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia empregada para a confecção do artigo foi a hipotética-dedutiva e este pautou-se na investigação de documentos doutrinários, de precedentes e de normas. Tais elementos serviram de suporte para as considerações formuladas sobre o tema investigado.

**Palavras-chave:** Precedentes; Novas tecnologias; Justificação.

A segurança jurídica<sup>3</sup> como elemento constitutivo do Estado Democrático de Direito é um ideal mundialmente perseguido desafiando a todos pela busca do refinamento de conceitos que consigam radicar um sistema íntegro, coerente e estável da forma de prestar a Jurisdição<sup>4</sup> visando o aperfeiçoamento contínuo dos direitos fundamentais.

---

3 “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. (...) Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito –, enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos”. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256.

4 A efetivação do Estado Constitucional afeta todo o sistema jurídico. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Turim: G. Giappichelli, 1990, 231 p. ISBN: 8834804414

A descrição de uma realidade que expõe a fragilidade na entrega da prestação jurisdicional<sup>5</sup>, entregue de forma insegura<sup>6</sup>, fragmentada<sup>7</sup> e muitas vezes divergente foi constatada pelos juristas, já quando da exposição de motivos do Código de Processo Civil, demonstrando a ansiedade na criação de meios que conferissem maior fiabilidade ao processo decisório pelo ordenamento jurídico, apontando para a conveniência de se estabilizar a jurisprudência criando estímulos para sua uniformização<sup>8</sup>

A nova era dos direitos com a inexorável supremacia dos direitos fundamentais demonstra que o arranjo evolutivo do sistema jurídico exige que um juiz muitas vezes se depare com a necessidade de *criação*<sup>9</sup> do direito, ao passo que também

- 
- 5 “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos”. *in* Exposição de motivos CPC, p. 27. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em 14 de fev. de 2020.
- 6 “A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário” *in* Exposição de motivos CPC, ob. cit. p. 29.
- 7 Da exposição de motivos do CPC extrai-se: “Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”. *in* Exposição de motivos CPC, ob. cit. p. 27.
- 8 Da exposição de motivos extrai-se: “Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.” (grifo nosso) *in* Exposição de motivos CPC, ob. cit. p. 27.
- 9 HART defende que a criação do direito deve ocorrer “uma vez que

se constata a deficiência legislativa que não consegue regulamentar, no tempo e modo devidos, a evolução social, que permanece em constante transformação.

A constatação de um “direito dúctil<sup>10</sup>” promoveu a paulatina superação de um *direito por regras* para um *direito por princípios* encerrando-se na consolidação do atual Estado Constitucional, fortalecido pela queda da confiança no Poder Legislativo<sup>11</sup> e a constatação de um cenário ativista do Poder Judiciário<sup>12</sup> por conta de vazios de Poder existentes, em grande

---

se trata de casos difíceis que o direito deixou regulados de forma incompleta”. in HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito do Direito**. Trad.: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 339.

- 10 Essa transição paradigmática é explicada por ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho** dúctil. Tradução de Marina Gascón. 6ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- 11 Para LEITE: “Nos Estados Constitucionais, principalmente em razão da organização em democracias representativas, o produto legislativo é resultante de diversos interesses heterogêneos e da necessidade de formar-se as coalizões que permitem e garantem a governabilidade. O sistema jurídico, portanto, não é mais considerado como ordenamento, mas sim, como o produto do consenso possível, o que faz com que este, seja repleto de antinomias e incoerências entre a leis as demais fontes do Direito”. in LEITE, Gisele, **Considerações sobre o conceito de segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://www.jornaljuridic.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-o-conceito-de-seguranca-juridica-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 02 de fev. de 2020.
- 12 Essa proeminência do Judiciário se inicia após 2ª Guerra Mundial, bem como nas jurisprudências dos Estados Unidos da América (EUA), ao reafirmar a questão pós-positivista, conforme relata Macedo Júnior: “Na verdade, a alegação de ambos sugere antes que diversos temas de filosofia moral, de política e dos direito contemporâneos migraram para as faculdades de direito na medida em que vários deles foram judicializados ou trazidos para o âmbito das questões

parte, pelas omissões legislativas que provocam intermináveis questionamentos quanto a legitimidade democrática<sup>13</sup> e a forma como são proferidas as decisões judiciais<sup>14</sup>.

Essa convergência nos leva à chamada *constitucionalização* do processo<sup>15</sup> exaltada quando da promulgação o Código

---

jurídicas analisadas e processadas pelos operadores de direito em seu dia a dia. Cite-se, por exemplo, os novos temas de bioética, os direitos humanos e os novos tribunais internacionais, a participação democrática, a revisão judicial dos atos legislativos e do Executivo (...). in MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez a Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.19

- 13 Para BARROSO: “Mas nos extremos, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir déficit de legitimidade democrática da atuação do legislativo.” in BARROSO. Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 278.
- 14 Extrai-se do texto LORENZETTO;KOZICKI , a idéia final de um diálogo jurídico continuado para a apreciação jurisdicional e não um monólogo. Ver: LORENZETTO, Bruno Meneses e KOZICKI, Katya. **Constituindo A Constituição**: entre paradoxos, razões e resultados. Artigo. Revista Direito GV, São Paulo: v. 11, n. 2, jul./dez. 2015. 623-648. p. 642. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2015v10n3p9>>. Acesso em 20 de fev. de 2020. Para os autores, “O diálogo jurídico continuado trata da necessária lembrança de que os agentes públicos que tomam decisões – com foco especial no Judiciário - precisam ter ciência de que sua decisão faz parte de um diálogo já iniciado por outros e do qual seu argumento (sua decisão) será mais um elemento importante na continuidade da “discussão” a respeito de certo tema polêmico levado para a apreciação jurisdicional”. In LORENZETTO;KOZICKI. ob.cit. p. 646.
- 15 Os princípios e garantias processuais, não se limitam, conforme COMOGLIO, a “reforçar do exterior uma mera ‘reserva legislativa’ para a regulamentação desse método (em referência ao processo como método institucional de resolução de conflitos sociais), mas impõem a esse último, e à sua disciplina, algumas condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em

de Processo Civil (Lei 13.105/2015) como se extrai da exposição de motivos da comissão de juristas que participaram de sua elaboração, demonstrando o objetivo primeiro do legislador em enquadrar a novel legislação a uma “sintonia fina com a Constituição Federal”<sup>16</sup>, não pretendendo ser uma “ruptura com o passado, mas um passo à frente”<sup>17</sup> na evolução dos conceitos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos que perfectibilizem a proteção dos direitos fundamentais.

A concretização do sistema de precedentes<sup>18</sup> se deu com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015 que irradia seus efeitos a toda legislação nacional havendo uma maior preocupação dos Tribunais Superiores em uniformizar entendimentos. Exemplo da alteração comportamental dos Tribunais é a otimização do Núcleo de Gerenciamento dos Precedentes do STJ e da Comissão Gestora de Precedentes (Art. 46-A do RISTJ e Portaria STJ/GP n. 299 de 19 de julho de 2017).<sup>19</sup>

---

qualquer fase (ou momento nevrálgico) do processo” in COMOGLIO, Luigi Paolo. ***Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali***. Studi in onore di Luigi Montesano, v. II, p. 87-127. Padova: Cedam. 1997. p. 92.

16 Exposição de motivos CPC, ob. cit. p. 26.

17 Exposição de motivos CPC, ob. cit. p. 25.

18 Sobre a válida crítica ao “sistema de precedentes” ver ABOUD, Georges e STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** in Revista **Consultor Jurídico**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#\\_ftnref4](https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftnref4)>. Acesso em 14 de fev. de 2020.

19 Sobre a competência e atribuições acessar <[www.stj.jus.br/sites/portaip/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Nugexp](http://www.stj.jus.br/sites/portaip/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Nugexp)>. Acesso em 01 de ago. de 2019.

Entendendo que essa inserção no ordenamento de vinculação de decisões teriam entre seus principais objetivos a limitação da discricionariedade<sup>20</sup> do julgamento, o Código de Processo Civil avança ao incrementar elementos da teoria da argumentação do direito<sup>21</sup>, exigindo do julgador além da justificação de suas decisões<sup>22</sup>, a formulação de motivos que permitam o convencimento do jurisdicionado<sup>23</sup>, quanto aos contex-

- 
- 20 Quanto importância da argumentação jurídica, e a utilização da técnica do precedente como regra de razão que, segundo CELLA “exclui ou, ao menos, ajuda a atenuar a arbitrariedade na aplicação do Direito” ver CELLA, José Renato Gaziero; **Auto-precedente e argumentação racional** Conferência proferida em 12 de novembro de 2001 no Curso de Extensão “Razão x violência: o espaço da racionalidade num mundo intolerante”, que teve lugar nos dias 12 e 13 de novembro de 2001 no Auditório Maria Montessori, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, org. por José Renato Gaziero Cella e Melissa Folmann. p. 07. Disponível em: <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_86.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_86.pdf)>. Acesso em 14 de fev. de 2020.
- 21 Sobre a teoria da argumentação, ver: ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, 3ª. ed. 2003. 238p
- 22 Para LORENZETTO;KOZICKI: “A interpretação do juiz, todos sabem, precisa ser justificada e deve ser fundamentada em outras fontes que não apenas as vontades pessoais do magistrado. Embora seja inafastável a condição em que o magistrado possui à sua disposição uma grande quantidade de razões e fatos para sustentar diversas interpretações, as narrativas jurídicas que se encontram sob sua responsabilidade demandam justificações que serão interpretadas por leitores com diferentes valores”. in LORENZETTO;KOZICKI. ob. cit. p. 642 (grifo nosso).
- 23 Para BAPTISTA: “É preciso trazer à luz o que, de fato, está dissimulado nas decisões judiciais, é preciso que julgadores tenham compromisso com as pessoas envolvidas no caso. É para elas que o Judiciário existe e não para outros interesses que, discursivamente e argumentativamente (ou melhor, “racionalmente”), convencem e persuadem o julgador”. in BAPTISTA, Isabelle de. **A desconstrução**

tos que levaram o julgador a tomar essa ou aquela decisão<sup>24</sup>, quando contrária a esse sistema de formação de estabilidade das decisões.

A “corrida” pelos Tribunais Superiores em conferir certa credibilidade a um sistema difuso de formação e pacificação de jurisprudência que, a princípio, não se confunde com qualquer sistema de precedentes<sup>25</sup>, demonstram que na realidade os Tribunais Superiores agem no sentido da fixação de *teses*<sup>26</sup>, excluindo, por vezes, o necessário embate legislati-

---

**da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy:** uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 77, n. 4, p. 94-110, nota 8, dez.2008. p. 109 (grifo nosso)

- 24 Para CELLA: “A justificação externa diz respeito à correta adoção das premissas, à justificação de seu estabelecimento ou de sua escolha”. Para uma análise mais detalhada sobre o tema ver SERBENA, Cesar Antonio, CELLA, José Renato Gaziero. **A lógica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos.** *in*: Revista Verba Iuris da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, Ano II, nº 2, p. 121-134, mar./2000
- 25 Para um aprofundamento da crítica aos precedentes no Brasil, ver LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- 26 Para STRECK: “O que se tem são teses gerais e abstratas que são criadas já visando uma posterior aplicação. Com isso, o tribunal *acaba por imitar o legislador*. E tudo começa de novo. Talvez seja por isso que juízes e tribunais não obedeçam a algo que não seja, mesmo, precedente.” *in* STRECK, Lênio Luiz; **Precedentes?** Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião; Revista **Consultor Jurídico**, 6 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>>. Acesso em 12 de fev. de 2020. Para aprofundamento do tema ver: STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica:** o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018.

vo (casos dos julgamentos que enquadraram a homofobia e a transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo – Lei 7.716/1989 - até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria conforme [ADO 26](#) e [MI 4733](#) e da agora impossibilidade de prisão em segunda instância mesmo após condenação em segunda instância, conforme *Habeas Corpus* 126.292/SP, ADCs 43, 44 e 54 por exemplo).

A forma como essas *teses*<sup>27</sup> são confeccionadas de-  
formam a possibilidade de efetivação de uma “cultura” pre-  
cedencialista, posto que a realidade demonstra que Tribunais  
estão legislando, em ofensa ao Estado Democrático de Direito,  
visando reduzir o número de demandas<sup>28</sup>, com criação de teses  
de jurisprudência defensiva<sup>29</sup> que tendem a dificultar o acesso

---

27 Para STRECK: “Insisto: teses não são precedentes. Teses são apenas teses. São enunciados. É como se o STJ e o STF estivessem fazendo aquilo que fazem os juízes e professores em determinados workshops: *enunciados sobre dispositivos legais*. Só que disso não extrai que enunciados (teses) sejam precedentes” *in* STRECK. **Precedentes?** ob. cit.

28 Para LEITE: “No Brasil, resta claro que a adoção do sistema de precedentes visa mais à tentativa de redução das taxas de congestionamento do Poder Judiciário através da fixação de precedentes de aplicação obrigatória do que o alcance de julgamentos mais justos.” *in* LEITE, Gisele, ob. cit. nota 30. (grifo nosso)

29 Em detrimento ao princípio da primazia do mérito (artigo 4º. CPC), os Tribunais superiores insistem na elaboração de procedimentos formalistas de “jurisprudência defensiva”. Neste sentido ver Garantias Constitucionais **ENTIDADES DE ADVOCACIA SE OPÕEM À PRÁTICA DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA** REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 21 DE SETEMBRO DE 2018. DISPONÍVEL EM <[HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2018-SET-21/ENTIDADES-ADVOCACIA-OPOEM-PRATICA-JURISPRUDENCIA-DEFENSIVA/C/1](https://www.conjur.com.br/2018-set-21/entidades-advocacia-opoem-pratica-jurisprudencia-defensiva/c/1)>. ACESSO EM 12 DE FEV. DE 2020. AINDA: MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. **RESTRICÇÕES ILEGÍTIMAS AO CONHECIMENTO**

pleno do jurisdicionado à Justiça.

Soma-se a este cenário o desenvolvimento regular da *machine learning*<sup>30</sup> direcionadas ao direito<sup>31</sup>, com a chegada de plataformas de serviços cognitivos, entre estes mas não se limitando, como o WATSON (IBM), a utilização pelo STF da plataforma VICTOR e, no campo da advocacia do ROSS, provocando o intranquilidade na comunidade jurídica<sup>32</sup> ao justapormos a prática sistêmica do Judiciário em

---

**DOS RECURSOS.** NONA SÉRIE. SÃO PAULO: SARAIVA, 2007, P. 280-281.

- 30 Conforme o SAS Institute Inc: “o aprendizado de máquina (em inglês, *machine learning*) é um método de análise de dados que automatiza a construção de modelos analíticos”. Em resumo “é um ramo da inteligência artificial baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana” in SAS INSTITUTE INC. **Machine Learning: o que é e qual sua importância?** <Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/machine-learning.html#machine-learning-importance](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html#machine-learning-importance).>. Acesso em: 30 de jan. de 2020.
- 31 Quanto a relação histórica entre Inteligência e Artificial e Direito, com uma breve descrição das principais realizações alcançadas nas últimas décadas pode ser encontrada em: GRAY, P.N. **Artificial Legal Intelligence**. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1997, pp. 11-50. FAMELI, E. e BIAGIOLI, C. “**I Sistemi Esperti nel Diritto: Rassegna Storica e Bibliografia Internazionale**”. in, Mariani, P. e Tiscornia, D. (a cura di). *Sistemi Esperti Giuridici. L’Intelligenza Artificiale applicata al Diritto*. Milano: Franco Angeli Libri, 1989, p.341-378.
- 32 Não só no Brasil a preocupação quanto ao futuro da advocacia aumenta. Ver: **O futuro das profissões jurídicas: Você está preparad@?** Sumário Executivo da Pesquisa Qualitativa `Tecnologia, Profissões e Ensino Jurídico. Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação - FGV Direito SP, 03 dez. 2018. Disponível em: <[https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/cepi\\_futuro\\_profissoes\\_juridicas\\_quali\\_v4.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/cepi_futuro_profissoes_juridicas_quali_v4.pdf).>. Acesso em: 12 de fev. de 2020. Sobre a repercussão na Europa: CROFT, Jane, **Artificial Intelligence**

reduzir o número de demandas<sup>33</sup> e o tempo de julgamento<sup>34</sup>, em contrapartida ao dever funcional de justificar<sup>35</sup> da melhor forma possível suas decisões na busca por fixar segurança jurídica ao sistema.

---

***Disrupting the Business of Law***, FIN. TIMES, Oct. 6, 2016. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/5d96dd72-83eb-11e6-8897-2359a58ac7a5>> [s.d]. BUES, Micha, ***Robot Lawyers? The Future of AI and Automation in Law***, LEGAL TECH BLOG (Apr. 6, 2016) <<http://legal-tech-blog.de/robot-lawyers-the-future-of-ai-and-automation-in-law.>>. Acesso em 28 de jan. de 2020.

- 33 Ver: **Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações**. Valor Econômico, 18 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/tribunais-investem-em-robos-para-reduzir-volume-de-acoes.ghtml>>. Acesso em 23/01/2020. Para NUNES: o número de novos processos judiciais não pode ser a única justificativa para se acolher “toda e qualquer técnica ou tecnologia que prometa reduzir o acervo de casos a serem decididos” in NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso**. Consultor Jurídico, 22 jan. 2018. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso](http://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso)>. Acesso em: 12 de fev. de 2020.
- 34 O documento técnico 319 do Banco Mundial, produzido nos Estados Unidos, com suporte técnico de Malcolm D. Rowat e Sri-Ram Aiyer e pesquisa de Manning Cabrol e Bryant Garth demonstram o objetivo geral da reforma do Poder Judiciário com vias a pacificação social de preferência com respostas rápidas e minimalistas, sendo que as novas tecnologias contribuem para esse objetivo. A integralidade do documento está Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em 12 de fev. de 2020.
- 35 “O Estado de Direito se caracteriza por ser o Estado que se justifica, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: materialmente, pois a intromissão tem fundamento, e formalmente, pois o fundamento é declarado, exposto, demonstrado.” in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 248-249 (grifo nosso)

O Judiciário se aparelha<sup>36</sup> no sentido de minerar dados, criando algoritmos que aproximam casos semelhantes, emergindo desse fato indagações relevantes como: esses dados algorítmicos seriam públicos e acessíveis, podendo ser confrontados pelas partes e operadores de direito? A formação desses precedentes por algoritmos se refere a casos semelhantes (*precedent in point*), ou análogos para o uso do precedente? A vontade na utilização da formação dos precedentes seria a existência de um processo autômato de decisão robotizada? A obrigatoriedade da argumentação<sup>37</sup>, valoração<sup>38</sup>, atribuição de discurso<sup>39</sup> e convencimento na entrega

---

36 Ver matéria: **CNJ implanta centro de inteligência artificial**. Valor Econômico, 18 de mar. de 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/cnj-implanta-centro-de-inteligencia-artificial.ghtml>>. Acesso em 12 de fev. de 2020.

37 Para RÓDIG. J “os juízes (não são capazes) de decidir... somente com base na capacidade de tirar logicamente conclusões válidas.” Eles têm de também entender como argumentar racionalmente em áreas nas quais as condições prévias de provas lógicas não existem. Está bastante claro que essas áreas existem; menos claro, no entanto, é o método de argumentar “racionalmente dentro delas”. *apud* ALEXY, Robert, **Teoria da argumentação jurídica** A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica, Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy Editora, 2001 2 ed. 355p. p. 33, nota de rodapé 76.

38 Para MÜLLER, Friedrich: “uma jurisprudência sem decisões ou julgamentos de valor... não seria prática nem real” ESSER, J. constata que “os julgamentos de valor... têm significado central em todas decisões sofrivelmente problemáticas” *apud* ALEXY, Robert, **Teoria da argumentação jurídica**. p. 20, notas 23 e 24 respectivamente.

39 Para ALEXY: “O discurso jurídico é um *caso especial*, visto que a argumentação jurídica acontece no contexto de uma série de condições limitadoras. Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usa da pela ciência do Direito, bem como - é claro que isso não vale para o discurso da ciência jurídica - sua

da prestação jurisdicional seria eficazmente prestada pela *máquina*?

A constatação de que o aprendizado da máquina será eficiente para a interpretação da linguagem jurídica, a formação de valores morais e éticos e a confrontação entre fatos, regras, princípios, precedentes que visem a adjudicação final parece-nos longe de afastar a intervenção humana<sup>40</sup>, ao menos nesse momento<sup>41</sup>.

Logo, torna-se pertinente a discussão quanto ao controle e transparência<sup>42</sup> no processo de formação dos precedentes

---

sujeição às limitações impostas pelas regras de ordem processual.”  
in ALEXY, **Teoria da argumentação jurídica**, p. 27

- 40 Para HART: “onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não facultativa, obrigatória” in HART, H.L.A. **O conceito de direito**, p. 120
- 41 “Como outros processos sociais, a tecnologia requer uma legitimação, tanto por parte dos seus praticantes mais imediatos, como por outros setores da sociedade. Assim, não é suficiente compreender como se constitui a estrutura da prática tecnológica e de que modo se articulam seus vários componentes. Faz-se necessário, também, compreender como tal legitimação garante (ou não) uma ou outra configuração possível na atividade tecnológica”. in TRIGUEIRO, M. G. S. **Sociologia da tecnologia**: Bioprospecção e legitimação. São Paulo: Centauro, 2009, p. 95
- 42 Torna-se atual o ensinamento de ALMEIDA, em tempos em que a aplicação de inteligência artificial ao direito não era sequer cogitada: “Ora, se a jurisdição é um poder, também é um dever. Dever de bem julgar. Dever de não impor a força que possui, sem que aquele contra o qual ela se dirige conheça as razões por que é obrigado a suportar as conseqüências do julgamento. Dever de solucionar os conflitos de interesses com Justiça, o que só é possível mediante a transparência de sua atividade.” in ALMEIDA, Flávio Renato Correa de. **Da fundamentação das decisões judiciais**. Revista de Processo, n. 67, jul./set.1992. p. 200, (grifo nosso)

judiciais robotizados, mormente se considerarmos a possibilidade do uso indiscriminado da IA<sup>43</sup> e da *machine learning* com utilização de algoritmos de aproximação dos casos em sua confecção, enfatizando esse artigo a necessidade de uma análise mais aprofundada de como as decisões judiciais seriam tomadas com o uso das novas tecnologias<sup>44</sup>.

Assim, em apertada síntese, analisemos a efetivação da teoria dos precedentes judiciais e quais seriam as perspectivas e contribuições que o incremento de novas tecnologias poderia trazer ao Judiciário.

Culturalmente a legislação nacional tem como fonte primária preponderante do direito a lei<sup>45</sup>, nos moldes advindos

---

43 Para NUNES: “É preciso perceber, de imediato, que se faz necessário combater os vieses algorítmicos das inteligências artificiais. Como defende O’Neil há de se criar (especialmente no Direito) um sistema regulatório para pleno respeito da Democracia que combata a opacidade e irrefutabilidade dos resultados algorítmicos, de sua programação e aprendizado. A crença de que o trabalho desenvolvido por estas novas ferramentas seja neutro e sempre superior ao de um jurista humano precisa ser posta em xeque. Em outros campos já se alude a um projeto de transparência e fiscalidade” in NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso**, ob.cit.

44 “A implementação de novos dispositivos ou “tecnologias” precisa ser sintonizada com um renovado *modus operandi* por parte do Judiciário, sob pena de reproduzir o discurso de preenchimento do espaço vazio de poder.” in LORENZETTO; KOZICKI. ob. cit. p. 639 (grifo nosso).

45 THEODORO JUNIOR enfatiza: “É por isso que o julgamento da causa não pode provir apenas da invocação de um princípio geral, ainda que de fonte constitucional. Somente na lacuna da lei o juiz estará autorizado a assim decidir. Havendo regra legal pertinente ao caso, será por meio dela que o decisório haverá de ser constituído. Os princípios constitucionais nem por isso deixarão de ser observados.

da influência do sistema romano-germânico, sendo a jurisprudência uma fonte secundária persuasiva<sup>46</sup> na criação do direito.

Essa tendência cultural de ascendência absoluta da lei tem se esvaecido com a constatação de sua incapacidade objetiva em regular o imponderável porvir de fatos e condutas humanas, que, somadas a uma influência premente do modelo anglo-saxônico (o qual tem por primado a observância de precedentes judiciais como fonte de direito) encetam uma direção do Direito brasileiro na rota do entrelaçamento destas famílias jurídicas, que encerra-se em um modelo misto flexível para solução de conflitos judiciais tendentes à uniformização.<sup>47</sup>

---

Isto, entretanto, se dará pela via da complementariedade, no plano da interpretação e adequação da lei às peculiaridades do caso concreto, de modo a fazer com que a incidência da regra se dê da forma mais justa possível, vale dizer: de maneira que a compreensão da regra seja aquela que mais se afeiçoe aos princípios constitucionais". *in* THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. t. 22-a, p. 30-31

- 46 TARUFFO esclarece a distinção entre jurisprudência e precedente: "Se se individualiza a característica principal do precedente na sua força, ou seja, na sua capacidade de determinar ou ao menos de endereçar o sentido da decisão dos casos sucessivos, então parece oportuno excluir da noção de precedente aquelas decisões que, mesmo sendo objeto de referência no âmbito da argumentação jurídica, todavia não são dotadas desta eficácia. Pode-se dizer, em verdade, que estas decisões não representam os verdadeiros e próprios precedentes, mas vêm simplesmente usadas como exemplos. A sua função, por isso, não é aquela de indicar o critério de decisão que deveria ser seguido no caso sucessivo, mas simplesmente de mostrar que a norma da qual se trata foi aplicada de certo modo em certo caso". *in* TARUFFO, Michelle, **Precedente e jurisprudência**. Revista de Processo. vol. 199/2011. p. 139-155. Set./2011 DTR\2011\2445, p. 7(grifo nosso).
- 47 BARBOZA relata: "Veja-se que, a partir da Constituição de 1988, o Judiciário assume um protagonismo dentre os Poderes do Estado, ao tratar de questões políticas e morais relacionadas ao conteúdo

Não raras vezes o Judiciário nacional brasileiro adota a ação *judge-made-law*, habitual na família da *common law*<sup>48</sup>, sendo que o ocaso do positivismo jurídico<sup>49</sup> contribuiu para a opção por um sistema híbrido que contemple matizes da *common law* e da *civil law* favorecendo o ideal de distribuição de Justiça<sup>50</sup>, fortalecido pela ideia da constitucionalização

---

dos direitos fundamentais. Além disso, a falta de exigência de uniformidade em suas decisões ocasiona a profusão de decisões das mais variadas, tanto no âmbito do mesmo Tribunal quanto no âmbito de tribunais inferiores em relação aos tribunais superiores, causando insegurança jurídica para os cidadãos” in BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz: Tese (Doutorado em Direito) ob.cit. p.24

- 48 Para REALE, a tradição jurídica do *civil law* “caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (Civil Law) acentuou-se especialmente após a revolução francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*”. in REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141-142.
- 49 “Para esse desiderato – a realização das promessas incumpridas da modernidade –, as teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica [e a teoria estruturante do direito] etc.), todas perfeitamente inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm um objetivo comum: a superação do positivismo jurídico que se enraizou na doutrina e na jurisprudência brasileiras, responsáveis em grande medida pela inefetividade da Constituição” in STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 278.(grifo nosso).
- 50 Para ALEXY nos casos mais complexos há necessidade de várias premissas que não podem ser deduzidas de nenhuma lei para a fundamentação das decisões jurídicas, sendo que em “A aplicação do precedente é assim mostrada como um método de argumentação que por si mesmo é requerido por motivos práticos gerais (o princípio da universalizabilidade/a regra sobre o encargo do argumento) e é racional até esse ponto. Além disso, seu uso pressupõe outros argumentos, particularmente os práticos gerais” in ALEXY, Robert.

do processo<sup>51</sup>.

Sendo notório que o Legislativo não ocupa com a necessária presteza seu espaço de Poder<sup>52</sup> não conseguindo regular todas as relações sociais da modernidade, a pretensão de se ter um Judiciário *boca da lei*<sup>53</sup> na expressão Montesquiana

**Teoria da argumentação jurídica.** p. 254, sendo esse o aspecto é a exigência de justificação interna “As regras e formas de justificação interna são instâncias da aplicação do *princípio de universalizabilidade* que corresponde ao princípio de justiça formal para tratar casos semelhantes de forma semelhante” in ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** p. 269.

- 51 “Por isso é que a jurisdição constitucional no direito democrático se opera pelos conteúdos do devido processo constitucional que é instituição discursiva e legalmente garantidora, a todos, de correição procedimental permanente da falibilidade do ordenamento jurídico e de confirmação popular das garantias e direitos constitucionalmente legislados, e não pela atividade guardiã do Estado-juiz numa relação jurídica entre pessoas (partes e decididores), sob a presidência majéstica e livremente decisional do julgador”. in LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica.** 1. ed. São Paulo: Landy. 2002. 201p. p. 98
- 52 Para MACÊDO: “Um dos maiores problemas no processo legislativo atual, a nível internacional, é que os órgãos incumbidos tipicamente da função de produzir leis não o fazem, gerando um elevado número de atos legislativos pelo executivo. [...] Isso porque o Direito é construído diariamente pelos tribunais, que, por meio de distinções ampliativas e restritivas vão moldando as normas jurídicas exaradas em precedentes, e, quando necessário, descartam o precedente judicial e prolatam decisão em novo sentido. O método próprio de aplicação dos precedentes possibilita a mudança pontual do Direito, caso a caso, transformando-o paulatinamente e continuamente” in MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil.* Salvador: Juspodivm, 2015, p. 236-237 No mesmo sentido LORENZETTO; KOZICKI: ob.cit., relatando os autores a progressiva ascendência do Judiciário nacional como ocupante de parcela importante de espaços de poder não preenchidos pelo Executivo e Legislativo.
- 53 Para MONTESQUIEU “a boca que profere as palavras da lei” seria

é subjugada pela evolução dos fatos sociais.

O aparente conflito entre os modelos da *civil law* e da *common law*, entretanto, tem sido direcionado à convergência fundamental de persecução do objetivo final que visa conferir segurança jurídica às decisões judiciais.

Não se exclui a existência de leis no direito dos países da *common law*. Não se exclui a interferência dos precedentes judiciais nos países da *civil law*.

A ideia antes arredia de precedentes judiciais ganha força quando comparada com a realidade caótica das decisões judiciais desencontradas. A possibilidade de adoção de um sistema coerente, estável<sup>54</sup>, íntegro e confiável de decisões que

---

proferida por “seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor” in MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995 p. 57. Como crítica ao “livre” convencimento ver: STRECK, Lênio Luiz. **Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento**. Boletim de Notícias Conjur. 26 de set. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>>. Acesso em 14 de fev. de 2020.

54 Para PUGLIESE “A jurisprudência será considerada uniformizada, e cumprido o dever dos tribunais brasileiros instituído pelo artigo 926 do Código de Processo Civil, uma vez que represente um conjunto de enunciados cujos efeitos são semelhantes, de modo a evitar divergências jurisprudenciais desmotivadas, a fragmentação de entendimentos e a instabilidade da jurisprudência” in PUGLIESE, William Soares. A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.p. 190

com o tempo<sup>55</sup> serão submetidas a todos os Tribunais iluminando o desgastado Judiciário.

Como exigência do sistema de precedentes, a justificação<sup>56</sup> de decisões passa a ser elemento fundamental, em especial ao tratar do inexorável cotejo fático entre o precedente e o caso a ser julgado<sup>57</sup>, com indicação das similitudes

---

55 Segundo PEIXOTO, será um processo de lenta estabilização dos precedentes vinculantes dos tribunais superiores e de conscientização de obediência e respeito dos juízes a eles vinculados inseridos num processo de mudança da cultura judiciária. PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*)**. Revista de Processo, São Paulo: v. 248, ano 40, p. 331-355, 2015. p. 334. Para o autor também será um processo gradual o de uniformização e de estabilização da jurisprudência. PEIXOTO, Ravi. **O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015**: ob. cit. p. 331-355.

56 Para LORENZETTO;KOZICKI: "A constatação da aproximação do Direito brasileiro com elementos estruturantes do *Common Law* seria uma tentativa de inibir paradoxos, restringir o solipsismo de determinadas decisões e recordar que a fundamentação não é um elemento acessório da decisão, mas seu cerne constitutivo, tornando os magistrados *responsáveis*, não necessariamente diante do povo, mas, certamente, perante suas próprias razões." in LORENZETTO;KOZICKI. ob. cit. p. 625 (grifo nosso).

57 Acerca da aplicação dos precedentes, Lênio Streck ressalta que esta não é feita "a partir de um procedimento dedutivo, mas sim a partir de uma aproximação histórica tendo em vista a similaridade dos casos concretos que se encontram sub *judice*" in STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas, vagezas e ambigüidades**: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"? Direitos Fundamentais & Justiça. Ano 2. N º 5. Out./Dez. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008, p. 165.

ou diferenças<sup>58</sup> entre o caso concreto e o precedente<sup>59</sup>, vinculando o magistrado<sup>60</sup> ao caso em julgamento e as decisões anteriores<sup>61</sup>.

---

58 Para CELLA: “se os juízes nem querem e nem podem agir com arbitrariedade, parece lógico que devam assegurar a sua legitimidade mediante uma determinada forma de atuar, que se desenvolverá no *iter* que vai desde a informação fática e normativa inicial até a resolução do caso. Nesse *iter* deverá existir um esforço de justificação racional tanto das premissas quanto de seu desenvolvimento, pois o que distingue o juiz do legislador não é a sua passividade substancial ou criativa, mas a sua passividade procedimental e, sobretudo, a necessidade de justificar as suas decisões tanto do ponto de vista interno quanto da ótica externa, pois é precisamente nisso que reside a principal fonte de legitimidade de seu poder” in CELLA, **Auto-precedente e argumentação racional** ob.cit.

59 “...própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência” in PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 653 p. 1

60 Sem entretanto ser regulamentado e efetivado com clareza esse *binding effect* (efeito vinculante). A pretensão de que os Tribunais respeitem seus próprios precedentes não é uma verdade absoluta, havendo evidente divergência entre Turmas de cada Tribunal, que costumeiramente acomodam em uma ou outra Turma posições diferentes de seus Desembargadores, cuja escolha de qual Turma ou Câmara participa o julgador é de seu arbítrio, perpetuando-se a divergência em detrimento da posição uníssona de uma Corte de Justiça, não havendo a observância oficial do *stare decisis* em sentido horizontal, não sendo vinculante a decisão de cada Turma ou Câmara deixando sempre aberto o espaço para rediscutir a matéria. Remanesce ainda a ausência de observância de um *stare decisis* vertical onde as decisões do Tribunal não vinculam os demais órgãos de primeiro grau do Poder Judiciário, tampouco a Administração Pública Direta e Indireta e demais Poderes. Assim a vinculação não tem ordem hierárquica, não tendo força vinculante sobre juízes apenas força persuasiva, normalmente.

61 Sobre o auto precedente, ver CELLA, **Auto-precedente e argumentação racional** ob.cit.

A inexistência de um arcabouço de decisões anteriores que incorporem a figura do *romance em cadeia* dworkiano<sup>62</sup> substituído indevidamente pela imposição de enunciados pelos Tribunais Superiores à semelhança da lei e para fixação de teses “de cima para baixo”<sup>63</sup>, (o que não se confundem com precedentes judiciais) por vezes retiram a necessária coerência e integridade que o sistema pretende impor.

Técnicas seculares de distinção, superação, derrotabilidade e assinalação de precedentes, quando da análise do caso concreto, servem de ferramentas imprescindíveis para solução dos conflitos. Essas técnicas se não são desconhecidas do Judiciário<sup>64</sup> eram de rara citação e aplicação, em que pese a ideia

---

62 Para DWORKIN: “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juizes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juizes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 238 (grifo nosso)

63 Para STRECK: “No afã de implantar o tal “*sistema*”, suprimimos direitos. E aumentamos o poder do Judiciário. Simples assim. A raiz disso tudo talvez esteja no que se entende por precedente. Ao que estamos lendo por aí, estão fazendo uma simplista equiparação do genuíno precedente do *common law* à jurisprudência vinculante pindoramense. (...) A própria afirmativa de que tribunais superiores julgam *teses* (tão bem criticada por Alexandre Bahia) merece maior reflexão e seus defensores deveriam, no mínimo, dizer em que democracias os tribunais superiores se apresentam como julgadores de teses independentemente do caso concreto” in ABBoud; STRECK. **O que é isto - o sistema (sic) de precedentes no CPC?** (grifo nosso);

64 Para uma abordagem completa sobre a questão da racionalidade da jurisprudência e o trabalho hermenêutico dos juizes, ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 241-295

louvável de vinculação vertical<sup>65</sup>, que apontam para a intenção de que não sejam questionados os pontos pacíficos jurisprudencialmente aceitos (*quieta non movere*<sup>66</sup>). A importância de como os juízes<sup>67</sup> decidem os casos não é nova<sup>68</sup>. A exigência de justificação é o ponto nodal para coibir a discricionariedade<sup>69</sup>.

---

65 Extrai-se do Livro IV, CPC/2015: "A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia".

66 A lógica primeira do *stare decisis* seria de não mexer no que está estabelecido

67 POSNER relata o fato onde os julgadores, mais preocupados com seu próprio tempo e com a organização de seu trabalho, transferem para os seus assessores (*clerks*) suas atribuições, ou ainda a situação do magistrado que, racionalmente, num juízo de custo/benefício, pode ser levado a forçar as partes para a efetivação de acordos que evitem a necessidade de um julgamento final para a causa (fato comum no Judiciário brasileiro) in POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2008, p. 31

68 O Subtítulo refere-se a frase "*It matters how judges decide cases.*" in DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.1.

69 MARINONI "Embora as decisões, no sistema do *civil law*, variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isto deve ser visto como uma patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica. Supôs-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar. Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individual e egoística por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o Direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema serve ao povo." in MARINONI, Luiz Guilherme. **Juiz não pode decidir diferente dos tribunais**. Consultor jurídico. 28 de jun.

Mesmo sem a efetiva consolidação de um sistema de precedentes<sup>70</sup> e sem a compreensão gradual<sup>71</sup> e sistematizada dessa inovação no direito brasileiro, o incremento de novas tecnologias surge como ferramenta eficaz na formação de *teses*<sup>72</sup> com o intuito de solucionar o problema do represamento de processos no Judiciário<sup>73</sup> e a consequente

---

2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores?pagina=2>>. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

- 70 Para STRECK;ABBOUD “Ora, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, *então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente.*” in ABBOUD;STRECK. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?** ob. cit.
- 71 Para ABBOUD;STRECK: “Ou seja, no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do tribunal superior é sua aceitação primeiro pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário” in ABBOUD;STRECK. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?** ob. cit.
- 72 A utilidade da informática para fins de compilação de decisões judiciais e identificação de teses ou argumentos persuasivos (estruturação de dados) já se encontra presente, remanescendo a discussão sobre a possibilidade de serem utilizadas para decidir, ou algo muito próximo disso, pois fornecerão, por meio de algoritmos, respostas às questões submetidas a julgamento. Ver: ALETRAS, N; TSARAPATSANIS, D; PREOJIUC-PIETRO, D; LAMPOS V. **Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective.** in: *Peerj Computer Science*, 2:e93 v. 2, 24 out. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.7717/peerj-cs.93>>. Acesso em 14 de fev. de 2020.
- 73 ALVES DA SILVA: “O gerenciamento de processos judiciais busca o melhor aproveitamento do sistema de justiça e de processo por meio do aumento do acesso e da efetividade, da redução de morosidade, e da equalização das condições das partes. Na verdade, não é um

redução dos prazos de tramitação processual<sup>74</sup>, propondo-se a conferir maior eficiência e imparcialidade<sup>75</sup> nos julgamentos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges e STRECK, Lênio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? in **Revista Consultor Jurídico**. 18 de agosto de 2016. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#\\_ftnref4](https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc#_ftnref4)>. Acesso em 14 de fev. de 2020.

ALETRAS, N; TSARAPATSANIS, D; PREOȚIUC-PIETRO, D; LAMPOS V. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective. in: **Peerj Computer Science**, 2:e93 v. 2, 24 out. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.7717/peerj-cs.93>>. Acesso em 14 de fev. de 2020.

---

receituário de técnicas, mas uma racionalidade organizacional que todo o sistema de justiça incorpora para otimizar seu funcionamento” in ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137; Ver também a matéria: **CNJ implanta centro de inteligência artificial**. Valor Econômico, 18 mar. 2019. Disponível em: <<https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/cnj-implanta-centro-de-inteligencia-artificial.ghtml>>. Acesso em 12 de fev. de 2020.

74 LEITE aponta o que “as jurisprudências conflitantes, a demora e dificuldade na solução de litígios, o sucateamento do Judiciário ou ativismo de cunho social de seus membros, a não dar conta da crescente demanda de ações propostas e do acervo já existente de anos acumulados, são responsáveis pela piora de numerosas variantes econômicas, gerando uma situação pré-caótica em nosso país.” in LEITE, Gisele, ob. cit.

75 Sobre a adequação de uma norma como componente do princípio da imparcialidade, in GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 209,

ALEXY, Robert, Teoria da argumentação jurídica **A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**, Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Landy Editora, 2001.

ALMEIDA, Flávio Renato Correa de. **Da fundamentação das decisões judiciais**. Revista de Processo, n. 67, jul./set.1992.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni**. Turim: G. Giappicelli, 1990, 231 p. ISBN: 8834804414

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Editora Landy, 3ª. ed. 2003.

BAPTISTA, Isabelle de. A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 77, n. 4, p. 94-110, nota 8, dez. 2008.

BARROSO. Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUES, Micha, Robot Lawyers? The Future of AI and Automation in Law, **LEGAL TECH BLOG** (Apr. 6, 2016) <<http://legal-tech-blog.de/robot-lawyers-the-future-of-ai-and-automation-in-law>>. Acesso em 28 de jan. de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CELLA, José Renato Gaziero; **Auto-precedente e argumentação racional**. Conferência proferida em 12 de novembro de 2001 no Curso de Extensão “Razão x violência: o espaço da racionalidade num mundo intolerante”, que teve lugar nos dias 12 e 13 de novembro de 2001 no Auditório Maria Montessori, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, org. por José Renato Gaziero Cella e Melissa Folmann. Disponível em: <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_86.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_86.pdf)>. Acesso em 14 de fev. de 2020.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali**. Studi in onore di Luigi Montesano, v. II, p. 87-127. Padova: Cedam, 1997.

CONJUR. Garantias Constitucionais Entidades de advocacia se opõem à prática da jurisprudência defensiva **Revista Consultor Jurídico**, 21 de setembro de 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-set-21/entidades-advocacia-opoem-pratica-jurisprudencia-defensiva/c/1>>. Acesso em 12 de fev. de 2020.

CROFT, Jane, Artificial Intelligence Disrupting the Business of Law, **Financial Times**, Out. 6, 2016. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/5d96dd72-83eb-11e6-8897-2359a58ac7a5>>

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FAMELI, E. e BIAGIOLI, C. "I Sistemi Esperti nel Diritto: Rassegna Storica e Bibliografia Internazionale". in, Mariani, P. e Tiscornia, D. (a cura di). **Sistemi Esperti Giuridici. L'Intelligenza Artificiale applicata al Diritto**. Milano: Franco Angeli Libri, 1989, p.341-378.

FGV. **O futuro das profissões jurídicas: Você está preparad@?** Sumário Executivo da Pesquisa Qualitativa "Tecnologia, Profissões e Ensino Jurídico. Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação - FGV Direito SP, 03 dez. 2018. Disponível em: <[https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/cepi\\_futuro\\_profissoes\\_juridicas\\_quali\\_v4.pdf](https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/cepi_futuro_profissoes_juridicas_quali_v4.pdf)>. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

GRAY, P.N. **Artificial Legal Intelligence**. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1997.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito do Direito**. Trad.: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Landy, 2002.

LEITE, Gisele, **Considerações sobre o conceito de segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/consideracoes-sobre-o-conceito-de-seguranca-juridica-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 02 de fev. de 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LORENZETTO, Bruno Meneses e KOZICKI, Katya. Constituindo A Constituição: entre paradoxos, razões e resultados. **Revista Direito GV**, São Paulo: v. 11, n. 2, jul./dez. 2015. 623-648. p. 642. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2015v10n3p9>>. Acesso em 20 de fev. de 2020.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez a Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Juiz não pode decidir diferente dos tribunais. **Consultor jurídico**. 28 de jun. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jun-28/juiz-nao-direito-decidir-diferente-tribunais-superiores?pagina=2>>. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso. **Consultor Jurídico**, 22 jan. 2018. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso](http://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso)>. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). **Revista de Processo**, São Paulo: v. 248, ano 40, p. 331-355, 2015. p. 334.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015. **Revista de Processo**. vol. 248/2015. p. 331-355. Out./2015.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2008.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade**. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141-142.

SAS INSTITUTE INC. **Machine Learning**: o que é e qual sua importância? <Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/machine-learning.html#machine-learning-importance](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/machine-learning.html#machine-learning-importance)>. Acesso em: 30 de jan. de 2020.

SERBENA, Cesar Antonio, CELLA, José Renato Gaziero. A lógica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos. in: **Revista Verba Iuris da Pontifícia Universidade Católica do Paraná**. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, Ano II, nº 2, p. 121-134, mar./2000.

STRECK, Lênio Luiz. Contra claro texto do CPC, STJ reafirma o livre convencimento. **Boletim de Notícias Conjur.** 26 de set. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/senso-incomum-claro-texto-cpc-stj-reafirma-livre-convencimento>>. Acesso em 14 de fev. de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica:** o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, vaguesas e ambigüidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? **Direitos Fundamentais & Justiça.** Ano 2. N.º 5. Out./Dez. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; Precedentes? Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião; **Revista Consultor Jurídico,** 6 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>>. Acesso em 12 de fev. de 2020.

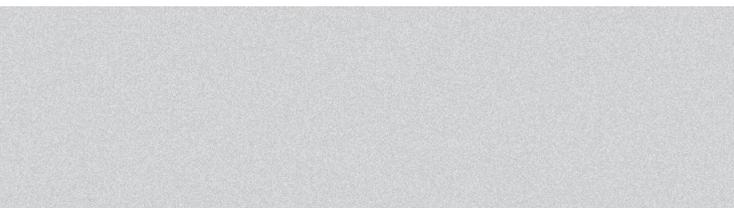
TARUFFO, Michelle, Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo.** vol. 199/2011. p. 139–155. Set./2011

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1. t. 22-a.

TRIGUEIRO, M. G. S. **Sociologia da tecnologia:** Bioprospecção e legitimação. São Paulo: Centauro, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil.** Tradução de Marina Gascón. 6ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2005.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# SISTEMA DE PRECEDENTES COMO GARANTIDOR DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

Andressa de Liz Sampaio<sup>1</sup>

**Resumo** O objetivo do presente artigo visa responder ao questionamento acerca da forma pela qual a introdução do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro pode garantir o efetivo exercício da democracia, a partir da visão do Brasil como Estado de Direito. No primeiro capítulo, será apresentado o sistema de precedentes e sua referência num Estado de Direito. No segundo, busca-se tratar da forma como o Estado de Direito depende da democracia, sob pena de incidir em pontos fatais para o instituto. Por fim, será apresentada a proposta de resposta à questão inicialmente colocada, com base nos parâmetros que se estabeleceu através da pesquisa realizada. A pesquisa é eminentemente bibliográfica e o método indutivo.

**Palavras-chave:** Democracia; Estado de Direito; Precedentes; Processo Civil.

---

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Especialista em Direito Processual Civil pelo UniCuritiba; Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP; Advogada Sócia-fundadora do Escritório Sampaio & de Sá Advocacia e Consultoria Jurídica. e-mail: andressa@sampaiodesa.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo estuda a relação entre o sistema de precedentes inserido no direito brasileiro, através de disposições do Código de Processo Civil de 2015, e o Estado de Direito enquanto assegurador de garantias à sociedade. A questão, portanto, que visa resposta é como o sistema de precedentes pode ser garantidor do exercício da democracia? A premissa para buscar a resposta é o exercício da democracia em um Estado de Direito garantista, que busca efetividade no respeito a aplicação do Direito, em especial, do direito à tutela jurídica adequada e à segurança jurídica das decisões e posicionamentos emanados pelo Poder Judiciário, em respeito à ordem constitucional.

A importância do tema gira em torno da introdução do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro positivado em alguns artigos do Código de Processo Civil de 2015, como o dever de fundamentação também por precedentes, previsto no artigo 489, incisos IV e V, e o fundamento de extração dos precedentes, previsto nos artigos 926 e 927 daquele mesmo diploma processual. A positivação, por sua vez, adveio do dever constitucional de motivar decisões e, mesmo num ambiente *civil law*, não se deixa de lado a democracia dentro de um Estado de Direito e o sistema de precedentes funciona como expressão dele.

Portanto, no primeiro capítulo, será apresentado o conceito de precedente, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, em março de 2016, passando pelas tradições *civil law* e *common law* enquanto origem desse sistema e instalação dele na tradição romano-germânica que o Brasil acompanha. Além

disso, será apresentado o que é Estado de Direito e como o sistema de precedentes serve de expressão dele.

No segundo capítulo, serão apresentadas expressões do que é democracia e qual a relação dela com o Estado de Direito e sua interrelação, bem como a ligação entre a democracia o Estado de Direito e o sistema de precedentes que vem sendo introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como forma de garantia de direitos, especialmente a tutela jurídica adequada ao cidadão.

Por fim, chegaremos à problemática da pesquisa, a fim de responder a questão inicialmente proposta: o sistema de precedentes, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, é garantidor do exercício da democracia? A finalidade, portanto, cinge na demonstração da efetividade (ou não) de introdução de um sistema de precedentes, oriundo da tradição *common law*, numa tradição *civil law* que cause respeito ao Estado de Direito firmado em premissas democráticas a todos os cidadãos, assegurando direitos constitucionais a todos os cidadãos, especialmente àqueles que invocam tutela do Poder Judiciário.

A pesquisa é pautada em buscas bibliográficas sobre o tema e demanda aprofundamento na matéria voltada a estudar o Estado Constitucional Democrático e as garantias individuais dos cidadãos capazes de serem resguardadas aos cidadãos com maior efetividade por meio do sistema de precedentes.

## **2. O SISTEMA DE PRECEDENTES E O ESTADO DE DIREITO**

Em 17 de março de 2016, após 12 meses de *vacatio legis*, entrou em vigor a Lei Federal n. 13.105 de 16 de março

de 2015, intitulada “Código de Processo Civil”, revogando expressamente a Lei Federal n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 que regulamentava o processo civil até aquele momento. A necessidade de mudança adveio de um enfraquecimento da sistematização das normas processuais que compunham o Código de Processo Civil de 1973, que ao longo de seus 40 anos de vigência, foi sofrendo alterações significativas que importavam recortes na procedimentalização das regras postas originariamente. Estes recortes acenaram para uma necessidade de aprimoramento dos institutos introduzidos no Código de Processo Civil de 1973, que culminou na criação das regras ora publicadas sem que isso importasse em ruptura do sistema anterior, mas sim em aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro, também em consonância com o direito constitucional vigente ao tempo de sua existência.<sup>2</sup>

Foi nesse contexto que o sistema de precedentes, que vinha ganhando espaço no cenário jurídico brasileiro, obteve positividade no Código de Processo Civil de 2015. O dever de fundamentação do juiz, antes estampado somente no artigo 93, inciso IX da Constituição da República, se ampliou nas disposições do artigo 489,<sup>3</sup> inserindo-se os parágrafos 1o, 2o e

---

2 DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comparado: CPC/73 para NCPC e NCPC para CPC/73**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 2.

3 Art. 489. “São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação

### 3o, carregados de materialização da capacidade interpretativa do julgador. Já os artigos 926 e 927 do Código Processual<sup>4</sup>

---

com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. §3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

---

- 4 Art. 926. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. §2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais

trouxeram especificamente os *modos operandi* da introdução do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. A partir de então, um novo cenário processual se instalou no país e, com ele, a busca pela maior garantia de segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro integrante de um sistema romano-germânico, ou *civil law*, criando institutos pautados no direito estrangeiro, dentre eles o respeito ao sistema de precedentes.<sup>5</sup>

Busca-se, por meio dos precedentes, uma ampliação do que se determina por Estado de Direito enquanto garantidor dos direitos da vida em sociedade, a fim de manter organização, proporcionalidade e previsibilidade na proteção contra intervenções arbitrárias na vida privada do cidadão.

Não é fácil descobrir o que é “Estado de Direito” pois seu conceito é vago em decorrência do Direito que é aplicado em cada forma de Estado. Joaquim José Gomes CANOTILHO ensina que “Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo *direito*”,<sup>6</sup> ou seja, o Direito é meio de organização

---

superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

---

5 DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código...**, p. 17.

6 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/62070363/ESTADO\\_DE\\_DI-](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/62070363/ESTADO_DE_DI-)

do Estado que se encontre civilizadamente ordenado. Trata-se de uma virtude importante em uma sociedade civil organizada em que o Estado de Direito se estabelece e o governo desse Estado é conduzido da maneira como o Direito quer que seja, não sendo possível pensar em Estado de Direito sem regras. É uma ultrapassagem do estado natural apontado pela teoria Hobbesiana.

A grande questão é que essas regras que formam o Direito que, por sua vez, dão forma ao Estado de Direito, são reveladas como dispositivos legais constantes em tratados, leis ordinárias, códigos e textos constitucionais. Essas normas formam o sistema jurídico, capaz de garantir segurança e certeza jurídica e, mesmo no Brasil, país adepto à tradição *civil law*, o instituto dos precedentes<sup>7</sup> ganham espaço para servirem de

---

REITO\_Joaquim\_Jose\_Gomes\_Canotilho20200211-57457-1i737d4.pdf?1581479717=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DESTADO\_DE\_DIREITO\_Joaquim\_Jose\_Gomes\_Can.pdf&Expires=1598999267&Signature=CFOEPgPD5KwR91WQYwN-daEMRNMoSpua5Qg~gEnTG09XoX2VqvDEkwe8OQrZn2oiWMCU2y-fr2W0yVeOWZsfHDjMC3EQNXj6dt4G3DWMMeIGB-DkgoaFruHn~I-xp3Qk9wKNdh~61wHd7M4xN0PaJoPZ5m2337XlLzsjtDnfDasP-duONUJ-5OSmkZVEye0QkX2JTOGMuI79ycj9WeOWLTZI8xQUqjlyXx-cUDSt0luT~ZD0rd87nkO6OuU5cLc~VXtrPFiEcsea8-4d9BJ7bmIHbr-C~QfGdcrDZ-2oKMSFYsYB8YAcz-LF2VsQbbYdKR~Ne8Ya7mq9mjbq-0S3onmzPzJlw\_\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em 02.09.2020.

- 7 “Os precedentes judiciais são decisões judiciais que devem ser utilizadas em casos futuros como parâmetro para a solução, caso não seja este o caso torna-se mera decisão judicial anterior, uma vez que a decisão não é um precedente, mas torna-se um por meio de sua utilização como paradigma”. In: FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; PORTO, Giovane Moraes. **Elementos da teoria do precedente judicial**. p. 4. Disponível em: < [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Em-Tempo\\_v.15.03.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Em-Tempo_v.15.03.pdf)>. Acesso em 08 de set. 2020.

fundamento para garantia dessa segurança jurídica dentro do Estado de Direito.

A propósito, merece destaque apontar que há duas tradições que se aproximam em um ambiente jurídico, mas que se diferenciam quanto a aplicação do instituto dos precedentes. São elas a *common law* (ou tradição anglo-saxônica) e a *civil law* (ou tradição romano-germânica). A primeira delas é pautada tanto em costumes gerais quanto em costumes particulares, onde o juiz não cria o direito, mas o declara.<sup>8</sup> Essa natureza declaratória pautava-se em um precedente anterior, que por sua vez importava no desenvolvimento da *common law*. Nesse sentido, a *common law* não é algo que advém da vontade do magistrado, ou seja, não é algo descoberto pelo magistrado, mas sim, informado pelo mesmo quando houvesse um antecedente lógico aplicável a casos idênticos, como uma espécie de “criação judicial do direito”.<sup>9</sup>

Portanto, “para a *common law* a fonte mais importante seriam decisões judiciais pretéritas, os precedentes”.<sup>10</sup> Isso não significa que na tradição *common law* não existam regras, mas sim que elas são trazidas a partir da interpretação de casos, e não a partir de positivação de texto de lei. Assim, o direito é realizado a partir de valores de convivência que se integram no

---

8 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. rev. Atual. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. p. 22

9 *Ibidem*, p. 23.

10 PUGLIESE, William. **Precedentes e a *civil law* brasileira**. Interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista RT, 2016. p. 21.

---

processo normativo e não o contrário.<sup>11</sup> Já a *civil law* é pautada na lei tida como fonte do direito aplicado nesta tradição, preocupada com a ciência do direito positivada, que prima por conceitos muitas vezes abstratos. Criada por pilares fixados pelo Direito Romano, a construção da *civil law* foi ganhando força e adentrou no Direito por meio da codificação, onde os juízes poderiam ser “a boca da lei”.<sup>12</sup>

Além do mais, nesta tradição da *civil law*, os juízes podem aplicar a interpretação em legislações lacunosas de acordo com o caso em concreto, conforme seu próprio entendimento, mas se socorrem das leis escritas para fundamentar uma decisão.<sup>13</sup> O fato é que a comparação entre as duas tradições enseja reflexões inesgotáveis. Partindo da análise dessas duas tradições, a teoria dos precedentes está atrelada a um sistema jurídico onde, havendo direito, haverá precedente. Trata-se de dizer que, se ocorrer para alguém uma situação específica e o poder judiciário decidir sobre referida situação, todos os demais casos que ocorrerem e forem idênticos àquele decidido,

---

11 Neste sentido, Niklas Luhmann aborda a autopoiese do direito fundado em auto-observação, autoconstituição e auto-reprodução do sistema, conforme a adoção de um modelo de sistema aberto para estímulo à sua regulação, em substituição ao modelo fechado da *civil law*. “O Direito se torna autopoietico quando suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena”. SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 4, p. 188-210, jul./set. 2008. p. 205.

---

12 PUGLIESE, William. Op. cit., p. 28.

---

13 Ibidem, p. 32.

deverão ser tutelados da mesma forma que o paradigma.<sup>14</sup>

Também, precedente pode ser considerado fonte do direito como “fato jurídico continente de uma norma jurídica”,<sup>15</sup> ou ainda “resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”.<sup>16</sup> Em linha paralela, precedente também pode ser entendido como um dado independente que possui valor, ainda que não detenha qualquer experiência ou raciocínio. Isto é, uma situação já realizada pode ser seguida ainda que não se concorde com seu fundamento. Mas importa destacar que esse entendimento não é uníssono na doutrina, eis que MICHELE TARUFFO leciona que há muito tempo o precedente não é uma característica típica de um sistema *common law*, podendo ser encontrado, inclusive, em sistema *civil law*, como no direito brasileiro, abaixo:

Pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo o qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os se-

---

14 SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. (Coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 49-50.

---

15 MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 71.

---

16 *Ibidem*, p. 70.

gundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo.<sup>17</sup>

Dessa forma, é possível perceber que o sistema de precedentes não é algo inovador, mas sim uma parte do sistema jurídico que se forma em torno do núcleo caracterizado pela Constituição Federal, que por sua vez forma o centro dessa unidade como “norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”.<sup>18</sup>

Todo esse contexto de formação de um Estado de Direito com fundamento nas regras que o Direito impõe à forma de Estado desenvolvida “estabelece uma moldura capaz de proporcionar razoável previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos privados.”<sup>19</sup>

A partir de todo o exposto, é possível perceber que o sistema de precedentes que integra, atualmente, o sistema processual brasileiro, guarda relação lógica e necessária com o direito constitucional, na medida em que o direito processual depende da organização constitucional para assegurar

---

17 TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 199. p. 139, set. 2011. p. 139.

18 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado Editor. 1962. p.4.

19 MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 17-18.

efetividade em busca dos direitos dos cidadãos. Trata-se, em verdade, de uma garantia constitucional de tutela adequada do direito, formada dentro de um ambiente onde o Estado de Direito paira sobre todo o ordenamento jurídico.<sup>20</sup>

### 3. DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

A tutela jurídica adequada deve ser aplicada ao cidadão de forma eficaz e que garanta segurança e previsibilidade acerca das consequências que podem advir de atos praticados por ele. Assim, o Estado de Direito que assegura essa previsibilidade é também um Estado pautado em uma democracia, de modo que não há democracia sem Estado de Direito. Portanto, para que se possa entender a inserção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário transitar pelo estudo da relação entre democracia e Estado de Direito, pois o instituto dos precedentes é expressão do Estado de Direito.

Todavia, já de antemão se faz necessário esclarecer que o conceito de democracia é ambíguo, eis que no campo da significação possui mais de uma acepção válida. Há, contudo, teorias que apontam a aproximação entre democracia e Estado de Direito, democracia e norma,<sup>21</sup> democracia deliberativa, democracia liberal, entre outras formas de expressão do sen-

---

20 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Porto Alegre, 2005. 408f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p.29.

---

21 KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Op. Cit..

tido da democracia e suas formas de exercício.

Para o presente artigo será reservado o apontamento dos estudos sobre democracia de John Rawls e Habermas, enquanto grandes filósofos que se debruçaram sobre o tema, aprimorando-o e esclarecendo a aplicabilidade (ou funcionalidade) da democracia em uma sociedade organizada. Ressalvase, mais uma vez, que o recorte é necessário para a compreensão da inserção da teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro eminentemente seguidor da tradição *civil law*, mas que caminha para aperfeiçoamento da tutela jurisdicional adequada a fim de garantir segurança jurídica advinda de decisões judiciais.

Pois bem, Habermas, em seu clássico conhecido como *Facticidade e Validade*, trabalha a democracia a partir da ideia de democracia deliberativa, onde se permite visualizar uma interpretação dada ao Direito como um sistema misto de ações capazes de garantir uma mediação entre sistema de leis e mundo de vida, onde o direito moderno se legitima por meio do princípio da soberania popular, ou ainda, da formação discursiva da opinião e da vontade de todos.<sup>22</sup>

Para ele a expressão da democracia advém de dois momentos importantes que integram o direito numa sociedade democrática, quais sejam, os fatos e as normas. Os fatos, ligados à ideia liberal dos direitos do homem. As normas, ligadas à ideia republicana da vontade popular. Partindo dessa premissa, o princípio democrático pode garantir que uma tomada de decisão seja resultado de uma deliberação da vontade de todos,

---

22 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. p.92.

onde a autodeterminação do sujeito e a autorrealização do povo se complementam. Isso garante que o direito precise de legitimidade, que por sua vez advém da formação da vontade política, se tornando necessário que haja participação de todos no processo legislativo, institucionalizando os princípios da democracia.

O conceito de democracia, ainda que vago depende do Estado de Direito, enquanto “uma forma de organização jurídica e política circunscrita aos Estados em que progressivamente se foi sedimentado em um determinado paradigma jurídico, política, cultural e econômico”<sup>23</sup>. Para Habermas, a tensão entre facticidade “como ‘a positividade, a certeza e a previsibilidade do direito, suas conexões institucionais e seu aparelho coercitivo’” e a validade “como ‘a legitimidade do direito e sua aceitabilidade racional’”<sup>24</sup> mostra que um sistema de leis impostas só é viável e aceitável se for legitimado para suprimir as vontades e os direitos do povo.

Em estudos sobre Habermas, Pedro Herculano Guimarães Ferreira de SOUZA, explica o que aquele filósofo pretendeu quando trouxe a facticidade para dentro do estudo da democracia:

(...) do ponto de vista da facticidade, o Direito moderno aparece como um sistema de leis restritivas e impostas, que regula a margem de manobra dos atores estratégicos e cumpre funções

---

23 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Op. cit. p.7.

24 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. v. 1. Trad. de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.34.

de integração em uma sociedade complexa, em que tais funções não mais podem ser levadas a cabo com base em um horizonte de valores compartilhados. Por outro lado, do ponto de vista de sua força normativa, o Direito moderno não pode mais se amparar em visões de mundo religiosas, devendo, portanto, derivar sua legitimidade do princípio de soberania popular, ou seja, da sua formação discursiva da opinião e da vontade.

Surge, então, a questão dupla de: a) garantir a existência de uma esfera pública vibrante, em que as construções discursivas possam se formar de maneira livre; e b) assegurar a capacidade de *influência* dessa esfera pública sobre os subsistemas institucionalizados, isto é, dos mecanismos que possibilitem que os fluxos comunicativos se transformem em poder administrativo.

Entre as duas questões está o ponto crucial da co-originalidade do princípio da soberania popular e dos direitos individuais liberar; afinal, estes últimos estão contidos nos pressupostos da *ideal speech situation*, que cria a possibilidade de um processo racional de deliberação e legislação.<sup>25</sup> (grifos no original)

A pretensão, portanto, de Habermas, era resgatar a proposta de um modelo positivo de democracia radical, capaz de permitir que o Direito seja um modelo interpretativo entre um sistema de ação e um mundo de vida, capaz de servir como meio de transmissão do Direito entre os fatos e as

---

25 SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. Ralws e Habermas: em busca de uma Perspectiva Democrática Transcontextual. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP**. São Paulo. v.16. n.1. p.11-37. 2009. p.17-18.

---

normas. Trata-se de um exercício de democracia dentro de um Estado de Direito.<sup>26</sup>

Tal qual Habermas, John Rawls aponta a democracia como dependente do Estado de Direito para que apresente validade em meio a sociedade. Para Rawls, somente há princípios que norteiam a justiça se houver estrutura básica de uma democracia constitucional. Logo, se há Estado de Direito, há como haver democracia, há como haver políticos, há como haver normas válidas e há como haver sociedade ordenada.<sup>27</sup>

Os dois princípios pilares para justificar a sociedade ordenada, nas palavras de Rawls são os seguintes:

- a) Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direito e de liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, neste projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.
- b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.<sup>28</sup>

---

26 Ibidem, p.17.

---

27 Ibidem, p.21.

---

28 RAWLS, John. O liberalismo político. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. p.47.

O autor utiliza desses princípios para exprimir a sociedade ordenada dentro de uma democracia e, por sua vez, dentro de um Estado Democrático de Direito, que servem de “suporte para a efetividade da justiça como equidade”.<sup>29</sup> A sociedade ordenada permite que a participação popular seja enérgica, colocando o povo como sujeito ativo para a organização social, solidificando o Estado de Direito e sua democracia.

Uma democracia, conforme Habermas ou Rawls conceituam, não é capaz de assegurar uma boa aplicação das normas regulamentadoras sem Estado de Direito e, por sua vez, não é capaz de efetivar as regras em sociedade. Assim, a má aplicação do Direito torna inviável a inserção de um instituto novo de fundamento para decisões judiciais, incorrendo naquilo que Marcelo NEVES denomina de “corrupção sistêmica”, que segundo o autor é fruto da desigualdade social que há, especialmente no Brasil, incapaz de permitir que o Direito o acompanhe, até mesmo porque já houve superação das normas constitucionais pela sociedade em que o Direito não conseguiu normatizar.

Logo, percebe-se que o instituto dos precedentes, objeto de estudo no presente artigo, em consonância com a busca pela efetividade do Estado de Direito em que é inserido, não é tão simples quanto parece no Brasil. Há necessidade de se entender que os fundamentos para as decisões judiciais, no direito brasileiro, são as normas, criadas por políticos eleitos democraticamente. Quando se insere uma nova forma de fundamentação para decidir sobre um caso concreto, há que se

---

29 ZAMBAM, Neuro José. John Rowls e a educação para a democracia. Argumentos: Revista de Filosofia. Fortaleza, ano 10, n. 19, p. 129-138, jan.-jun. 2018. p.6.

considerar que essa “nova forma” é base retirada de outro caso e, sucessivamente, este caso pode ser fruto de decisão corrupta, no sentido de NEVES.<sup>30</sup> Dai o motivo pelo qual se busca o sistema de precedentes como expressão do Estado de Direito.

#### 4. O SISTEMA DE PRECEDENTES COMO GARANTIDOR DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

Apresentada a discussão é chegado o momento de adentrar no mérito da pesquisa que se propõem o presente artigo, ou seja, o sistema de precedentes, inserido no ordenamento jurídico brasileiro, é garantidor do exercício da democracia? Antes de apontar eventual resposta para a questão, é importante esclarecer qual motivo que levou àquela indagação.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, surgiram uma série de normas positivadas que remetem à ideia de precedentes. Já é conhecido no direito brasileiro o fato de que as normas positivas devem obediência à norma constitucional, podendo ser declarada inconstitucional caso seja entendido pela sua dissonância às disposições constitucionais.

Pois bem, em que pese haver constante crescimento da doutrina dos precedentes no Direito Brasileiro, vários são os impactos que isso pode causar em um ordenamento solidificado na tradição *civil law*, ainda que a intenção seja a garantia de coerência, integridade e estabilidade das decisões

---

30 NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. Passim.

judiciais, pois estas são fontes importantes de garantia de Estado de Direito.

O principal impacto que o sistema de precedentes pode trazer ao ordenamento jurídico advém da dificuldade que os Tribunais podem ter em aplica-los, como forma de fundamentação de decisões judiciais e, assim, colocar em xeque segurança jurídica, previsibilidade e efetividade da atividade do Poder Judiciário que, por sua vez, tem papel fundamental no respeito às garantias dos cidadãos. Importa deixar claro que o dever de fundamentação<sup>31</sup> é meio de garantia de um Estado de Direito, conforme trabalhado no primeiro capítulo.

E mais, a introdução do sistema de precedentes impactou também na competência dos Tribunais, especialmente das Cortes Superiores que na sua essência já detém funções próprias emanadas pela disposição constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu à cada Corte Superior uma respectiva competência, sendo regulamentada a competência do Superior Tribunal de Justiça no artigo 104 e seguintes, e a do Supremo Tribunal Federal no artigo 101 e seguintes, todos da Carta Constitucional. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, trazendo a teoria dos precedentes para dentro do ordenamento jurídico pátrio, o cenário que antes era de aplicação de lei agora é de atribuição de sentido à lei pelas Cortes Superiores, inviabilizando o pensamento de que

---

31 “Fundamentar, portanto, é apresentar a causa necessária ou a razão suficiente de um evento, fato social, fenômeno da natureza ou decisão. Tratando de decisão precedida de deliberação, fundamentar é expor as ações possíveis, o critério e a finalidade da ação”. In: BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses. 2018. p.136.

as Cortes servem como “Cortes Supremas de correção”.<sup>32</sup> Com isso, muito se altera na função e competência dessas Cortes.

Em decorrência dessa inovação, acabou por serem instituídas duas Cortes de precedentes, vez que elas se voltaram “à definição dos sentidos da Constituição e da lei Federal”.<sup>33</sup> Cabe ao STF a palavra final às questões constitucionais levadas ao conhecimento da Corte, e cabe ao STJ a atribuição de interpretação à lei federal. Essas regras de competência são capazes de definir a condição de revisão dos Tribunais Superiores às decisões proferidas pelos juízes singulares. Não se trata de hierarquia, mas sim de meio para assegurar que haja inserção do sistema de precedentes respeitados os balizadores do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>34</sup> Não há uma obrigatoriedade de seguir decisões proferidas por algum tribunal superior. Os precedentes, na *common law* existem por respeito à *ratio decidendi* de modo a evitar que hajam julgamentos extremamente opostos entre um caso e outro que verse sobre a mesma situação fática, guardando, assim, segurança jurídica.<sup>35</sup>

Contudo, a introdução do sistema de precedentes gera mais do que aumento de competência entre as Cortes Superiores ou discussão sobre hierarquia entre tribunais. No

---

32 MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas.** Precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. p. 13.

---

33 MARINONI, Luiz Guilherme. **Zona de penumbra entre o STJ e o STF.** A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinários. São Paulo: Thompson Reuters Brasil. 2019. p. 98.

---

34 PUGLIESE, William. Op. cit., p. 53-54.

---

35 Idem.

Brasil, a inserção desse modelo de decidir deve atentar-se à ideia central da separação de poderes, na medida em que o art. 2º da Constituição de 1988 é clara em dar independência aos poderes que compõem a federação brasileira.<sup>36</sup> Deste modo, a ideia de precedentes originária da *common law* é a criação de fonte de direito por meio de decisões acerca de casos concretos. É necessário, portanto, atentar ao fato de que, no Brasil, o Judiciário não pode interferir na esfera do Legislativo, mas ao contrário, caminham lado a lado em suas respectivas funções.

A propósito, a doutrina de Lorena Miranda Santos BARREIROS, anota que “no que diz respeito à elaboração do precedente, há que se considerar que o desenvolvimento de um sistema que confere maior carga eficaz aos precedentes judiciais pressupõe reestruturação do conteúdo jurídico da regra da motivação prevista na Constituição Federal”,<sup>37</sup> garantindo mais relevância ao disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição.<sup>38</sup> Este artigo garante que a decisão judicial seja

---

36 Art. 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

37 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (Coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.195.

38 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

motivada e devidamente fundamentada, sob pena de nulidade. Logo, o dever de motivação é inerente ao Estado de Direito brasileiro.

Em verdade, o exercício do direito, ligado ao sistema de precedentes no Estado de Direito brasileiro é uma busca de maior efetividade nas decisões judiciais, capaz de garantir mais segurança jurídica às situações que são levadas a conhecimento do Poder Judiciário. Deste modo a atividade do magistrado deve preocupar-se com o fato de que a sua decisão servirá de precedente para casos futuros, conforme doutrina abaixo:

O Juiz, ao decidir, deve estar preocupado não apenas em esclarecer às partes sobre as razões pelas quais proferiu esta ou aquela norma individualizada para o caso concreto; antes, haverá de ter em mente que a sua decisão possui uma inegável função extraprocessual, já que pode servir como precedente para julgamento de casos futuros cuja base fática seja semelhante àquela em que proferido o julgado.<sup>39</sup>

A propósito, importa esclarecer que o princípio da segurança jurídica passou a ser aplicado às relações com o Estado a partir da submissão do poder político à lei, e à Constituição, de modo a garantir o seu exercício sem arbítrio, o que se traduz na ideia de Estado de Direito.

Por sua vez, o Estado de Direito é locução cunhada na Alemanha em 1798 e pode ser entendido como Estado que disciplina, com regras jurídicas, na maior medida possível, sua

própria organização e atividade nas relações *com os cidadãos e assegura* também, mediante o Direito, a atuação em relação a si próprio, através de institutos jurídicos apropriados.

Estado de Direito, portanto, apresenta-se como modelo de supremacia do Direito a exigir a realização de certos valores, como o respeito aos direitos fundamentais pelos indivíduos e pelo Estado, como observância à garantia de decisão fundamentada e motivada, bem como a pressupor determinados direitos, como a separação dos poderes, acesso ao Judiciário e tutela jurídica adequada.

Nesse contexto, o princípio da segurança jurídica decorre implicitamente do Estado de Direito, na medida em que ele atinge a esfera individual a fim de resguardar a aplicabilidade do direito, protegendo a liberdade, imunizando o indivíduo contra arbitrariedade, assegurando o acesso ao Judiciário e, especialmente, garantindo tutela jurídica adequada. Nesse sentido, José Joaquim Gomes CANOTILHO ressalta que “(...) desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”.<sup>40</sup>

A partir disso a segurança jurídica, que garante a tutela jurídica adequada, passa pelo dever de fundamentação de decisões, o que vai além do fato de escrever a lei no papel ou aplicá-la ao caso por meio da subsunção. É preciso saber como e por quê ela foi utilizada para essa finalidade, ou seja, o motivo que levou a lei a ser aplicada àquele caso, estando cientes de que os juristas que seguem a *common law* são formados pela prática, ao passo que os juristas formados pela tradição *civil law* seguem as

---

40 CANOTILHO; José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra. Almedina. 2000. p. 250.

formações universitárias, mas que uma maneira de fundamentar não anula a outra, podendo, inclusive, serem complementares, como no caso do Código de Processo Civil de 2015.

A fundamentação de decisões pode ocorrer mediante a utilização de precedente, o qual estava presente antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deixou claro este dever em todas as decisões judiciais.<sup>41</sup> Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a disposição constitucional foi replicada no artigo 489, ampliando as hipóteses permissivas de fundamentação da decisão judicial, de modo que a ausência de fundamentação não pode ser aceita, sob pena do comando constitucional da anulação ser invocado.

De acordo com o exposto até o momento, entende-se que o Código de Processo Civil de 2015, quando trouxe a teoria dos precedentes para dentro de si, enquanto norma positivada e, portanto, num ambiente *civil law*, além de estar em conformidade com a Constituição Federal de 1988, permitiu que a fundamentação das decisões judiciais englobasse os precedentes, ampliando as possibilidades de motivação do juiz. Com isso, a garantia da tutela jurídica adequada se materializa mediante a segurança jurídica em um ambiente democrático, num Estado Democrático de Direito.

---

41 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

## 5. CONCLUSÃO

O exercício da democracia não é algo concreto e fácil de se vislumbrar. O conceito de democracia é vago e não exprime um exato sentido metodológico. Contudo, todos têm noção do que é democracia a partir de atos capazes de traduzir a expressão por meio da linguagem, como exercício de voto, projetos de leis, referendos, etc, mas direito tem como dever de assegurar o exercício da democracia como expressão do Estado de Direito.

O ordenamento jurídico brasileiro é voltado à positividade das normas como expressão do Estado de Direito Democrático de modo a assegurar as garantias individuais e coletivas. Neste sentido, a inserção do sistema de precedentes sobreveio ao ordenamento também como forma de expressão desse modelo de Estado que o Brasil aderiu quando da promulgação da Constituição da República Federativa.

O ponto de análise está no fato de que o sistema jurídico brasileiro é pautado na tradição da *civil law*, seguindo as normas positivadas como meio de fundamentação de decisões judiciais proferidas em casos que são levadas a conhecimento do Poder Judiciário. Todavia, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sobreveio o aprimoramento das regras processuais para atingimento da função do Poder Judiciário com a inserção e positivação da teoria dos precedentes como meio capaz de fundamentar uma decisão. Isso significa que, para além da extração do sentido à lei, o juiz pode utilizar-se de casos já decididos em questões de fato semelhantes para decidir o *case* que está diante de si. Essa técnica, embora proveniente da tradição *common law* também é expressão do Estado de Direito.

Utilizar-se, portanto, dos precedentes para fundamentar decisões judiciais assegura, segundo a doutrina estudada, segurança jurídica, tutela jurídica adequada, além de ser garantidor do exercício da democracia dentro do Estado Democrático de Direito, na medida em que a finalidade da fundamentação da decisão judicial é evitar que hajam abusos por parte do Poder Judiciário, bem como garantir previsibilidade das resoluções acerca dos casos e efetividade ao sentido da lei, que anteriormente foi também aplicada ao precedente utilizado como fundamento para a decisão.

## 6. REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (Coords.) **Precedentes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?** Valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Noeses. 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <

dcrDZ-2oKMSFYsYB8YAcz-LF2VsQbbYdKR~Ne8Ya7mq9mjb-q0S3onmzPzJlw\_\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em 02.09.2020.

CANOTILHO; José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra. Almedina. 2000.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comparado: CPC/73 para NCPC e NCPC para CPC/73**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; PORTO, Giovane Moraes. **Elementos da teoria do precedente judicial**. Disponível em: < [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Em-Tempo\\_v.15.03.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Em-Tempo_v.15.03.pdf)>. Acesso em 08 de set. 2020.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. v. 1. Trad. de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do Direito**. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado Editor. 1962.

LEVITSKY, Steven & ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; NUNES, Péricles Stehmann. A corrupção sistêmica no Estado Democrático de Direito à Luz da Teoria Luhmanniana. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. v.3. n.2. p. 107-128. Jul/Dez. 2017.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

MALISKA, Marcos Augusto. O Estado Moderno. (Capítulos I, II, III e VII). In: *Os Desafios do Estado Moderno. Federalismo e Integração Regional*. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität).

\_\_\_\_. O Estado Moderno. (Capítulos IV, V e VI). In: *Os Desafios do Estado Moderno. Federalismo e Integração Regional*. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität).

\_\_\_\_. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_; **Julgamento nas cortes supremas**. Precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme. **Zona de penumbra entre o STJ e o STF**. A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinários. São Paulo: Thompson Reuters Brasil. 2019.

\_\_\_\_; Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes. In **Revista de Processo**. vol. 184, jun/2010.

\_\_\_\_; Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. In **Revista dos Tribunais**. vol. 906, abr/2011.

\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES, Rafael da Silva. Democracia, confiança e o sistema de precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*. v.2. n. 1. P. 152/172. Jan/Jun. 2016. Brasília.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2016.

\_\_\_\_; **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RUNCIMAN, David. *Como a Democracia Chega ao Fim*. São Paulo: Todavia, s/d.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). **Precedentes**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

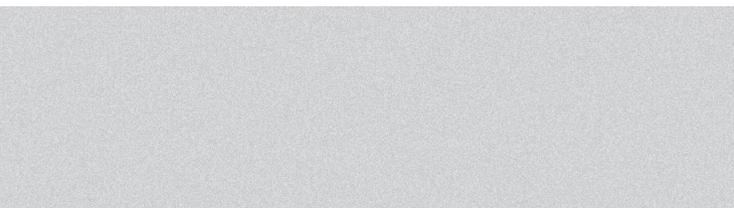
PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**. Interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista RT, 2016.

SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. Rawls e Habermas: em busca de uma Perspectiva Democrática Transcontextual. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP**. São Paulo. v.16. n.1. p.11-37. 2009.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora nos julgamentos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Reforma do Judiciário*: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAMBAM, Neuro José. John Rowls e a educação para a democracia. Argumentos: Revista de Filosofia. Fortaleza, ano 10, n. 19, p. 129-138, jan.-jun. 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Porto Alegre, 2005. 408f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL PÓS – E ENQUANTO – COVID-19

**Carolina Padilha Ritzmann<sup>1</sup>**

**Giulia Mori Amantéa<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Trata-se de artigo tendo como tema base o fenômeno do ativismo judicial em tempos de crise, sobretudo na Pandemia relacionada à COVID-19, e suas possíveis consequências no âmbito do direito e política. São analisadas todas as características gerais do ativismo discorrendo também sobre o sistema tripartite de separação de Poderes do Brasil, Executivo, Legislativo e

---

1 Advogada. Graduada pelo Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba (2015), é especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Positivo (2017) e cursa Legal Law Master - L.L.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário - IBRADIM. Coordenadora de Direito Privado do escritório Bonini Guedes e Gaião Advogados.

2 Advogada. Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2019). Pós-graduanda em Direito Civil Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC-PR. Advogada atuante em Direito Civil e Processual Civil no escritório Bonini Guedes e Gaião Advogados.

Judiciário, além do sistema de freios e contrapesos, o qual permite a harmonização e união dos Poderes. O artigo tem como objetivo principal entender se existe legitimidade e constitucionalidade nas decisões ativistas feitas frente à urgência em razão da Pandemia, com a argumentação de defesa aos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Pandemia. Crise Política.

## 1. ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO GERAL

A caracterização do fenômeno do ativismo judicial se diferencia frente à *common law* e à *civil law*. O conceito se opõe justamente porque no sistema anglo-saxão a jurisprudência ocupa o cargo de maior fonte do direito, ou seja, um direito extraído a partir de casos julgados; já no sistema romano-germânico – adotado pelo Brasil – há predominância e necessidade de adequação às normas já expressas pelo legislador. A jurisprudência se move dentro de determinados quadros já estabelecidos para o direito pelo legislador, daí a relevância e crítica ao ativismo judicial no direito brasileiro.

No Brasil contemporâneo, o comportamento do Poder Judiciário se realça, cada vez mais, no que se refere aos debates a ele levados e por ele trazidos, em verdadeiro exercício da jurisdição que avoca uma abordagem que poderia ser típica do sistema da *common law*. Há certa discricionariedade dos juízes, os quais se sentem mais livres de condições e restrições (trazidas pelo ordenamento jurídico) para proferirem suas respectivas sentenças, caracterizando o ativismo judicial.

Podendo ser entendido por uma criatividade da função judiciária, o ativismo judicial dentro do sistema romano-germânico agrega uma proximidade entre o juiz e a função do legislador, facultando a este a produção de normas jurídicas. Percebe-se, então, o desvio de função do órgão jurisdicional, trazendo para si a capacidade de guiar suas decisões de mérito por opiniões pessoais, por vezes incidindo em violação constitucional. O autor Elival da Silva Ramos<sup>3</sup>, em seu livro *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, entende que mesmo tratando de casos em que o juiz tem um amplo espaço para movimentação, pela inexistência de precedentes vinculantes ou ainda por existir uma lacuna de linguagem no texto constitucional, não se comportam os órgãos jurisdicionais como um autêntico legislador.

Não se nega a necessidade de atualização jurisprudencial para acompanhar a evolução histórico-social, e a originalidade das decisões proferidas por juízes ativistas muitas vezes se mostram necessárias dada a precariedade – ou, melhor dizendo, incompletude – do sistema legislativo brasileiro. É a velha máxima de que o Direito, em qualquer de suas fontes, sempre estará atrasado em relação à sociedade. Clarissa Tassinari<sup>4</sup>, em sua obra *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*, dialoga que falta no Brasil “[...] um quadro com sustentabilidade teórica que dê conta de compor todos os matizes necessários para consolidar uma teoria judicial que esteja adequada ao Estado Democrático de Direito, com todos os seus [...] desdobramentos”. Desdobramentos estes que,

---

3 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2015.

4 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da atuação do Judiciário**. 1.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

inclusive, dão ensejo ao ativismo judicial por carência normativa. Sobretudo quando diante de situações extremas como a que se apresenta, pandemia ocasionada pelo letal Coronavírus.

Com efeito, o Poder Judiciário busca conquistar certa legitimidade do controle de constitucionalidade sem que tenha preocupação com o modo de exercê-lo. A questão não se dá apenas em face do Poder Legislativo e sobre o perfil ativista do Poder Judiciário, mas principalmente na necessária problematização da maneira como o ativismo e a política se desdobram nos tribunais do Brasil.

Relembre classificarem-se as decisões judiciais como atos de aplicação de uma norma pré-estabelecida pelo Poder Legislativo, muitas vezes dotadas de criatividade e inovação capazes de transbordar o texto normativo em vigor e considerar as questões políticas e sociais para decidir, o que define o tachado ativismo judicial. Não se ignora o intuito (legítimo) de adequar a norma a cada conflito concreto, ou seja, a cada lide que provocou o sistema judiciário, resultando em certa mudança (de interpretação) do texto constitucional para a melhor aplicação da lei. A dificuldade reside em limitar tal atuação.

Para Elival da Silva Ramos<sup>5</sup>, o próprio modelo de Estado do Brasil é impulsionador do ativismo judicial. O fato de ser um Estado democrático-social de perfil intervencionista leva os tribunais a ultrapassarem seus limites de função, impostos primordialmente pelo próprio ordenamento jurídico.

À luz de um Estado intervencionista, o Brasil segue “partidarizando” e “politizando” o Poder Judiciário, máxime

---

5 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2015.

no Superior Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade. É de livre escolha do Presidente da República o preenchimento das cadeiras de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo praxe atribuir conceitos ideológicos e partidários a cada indicado. E esta forma de constituição e existência do Estado Democrático de Direito Brasileiro vem sendo cada vez mais criticada e acompanhada de perto, inclusive por leigos – o que não necessariamente é uma vantagem, discussão ampla e complexa que possivelmente será objeto de um artigo subsequente.

O jornalista Demétrio Magnoli<sup>6</sup> em seu texto *Politicizando o Supremo*, resume o senso comum: “[...] cortes constitucionais sempre fazem política” e, ainda, “A indicação presidencial de ministro do STF e sua aprovação pelo Senado configuram uma politização”. Posto desta forma, há quem afirme serem sempre parciais as decisões. Mas é esta uma visão simplista e injusta, verdadeira generalização que vai de encontro às próprias definições e prerrogativas do cargo em questão.

A propósito, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, em sua sabatina de posse no Senado Federal (2017), bem pontuou:

[...] a Constituição não autoriza algo aberto, uma atuação absolutamente subjetiva do Poder Judiciário em relação a todos os temas de interesse nacional, em substituição às legítimas opções do Poder Legislativo. A moderna interpretação

---

6 MAGNOLI, Demétrio. **Politicizando o Supremo**. Folha de São Paulo. São Paulo 25 jan. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2017/02/1861906-politicizando-o-supremo.shtml>. Acesso em: 25 jan. 2017.

constitucional é possível, mas não uma criação de direito novo, a partir do afastamento da discordância de legítimas opções feitas pelo legislador.<sup>7</sup>

É, enfim, atual e relevante o debate acerca dos limites, vantagens e desvantagens do ativismo judicial, em análise específica sobre o momento atual e as mudanças de rotina e convicções que a pandemia mundial trouxe aos brasileiros.

## 2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, O ATIVISMO JUDICIAL E SUA LEGITIMAÇÃO

A Constituição de 1967, anterior à atual, previa em seu texto o Governo Republicano, entretanto, aproximava o Estado de uma forma unitária e centralizada. Havia, de todo modo, a tripartição dos Poderes, ou seja, a divisão entre Executivo, Legislativo e Judiciário, porém no exercício da rotina apenas o Poder Executivo tinha destaque, tendo os poderes concentrados para si.

Com a promulgação do texto constitucional de 1988, foi instituído o Estado Democrático de Direito em que a tripartição dos poderes respeitava o sistema de freios e contrapesos, o qual não permite que um anulasse o outro, cada qual exercendo sua função original. É notório que o Poder

---

7 MORAES, Alexandre de. **Em sabatina no Senado, Alexandre de Moraes critica ativismo judicial**. *G1-Política*, Brasília, 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/em-sabatina-no-senado-alexandre-de-moraes-critica-ativismo-judicial.ghtml>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Judiciário sofreu grandes modificações em seu perfil de atuação, aliás, *“é possível afirmar que, a partir disso, duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização da política”*.<sup>8</sup>

Sobre o tema, entende o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.<sup>9</sup>

Na conjuntura em que o Brasil e o mundo se encontram, podemos perceber o grau elevado das duas expressões dentro do Poder Judiciário. Há, todavia, a necessidade de diferenciá-las, pois, apesar de terem um ponto de partida comum e serem manifestações atribuídas à atividade jurisdicional, não se tratam do mesmo fenômeno.

---

8 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da atuação do Judiciário**. 1.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

9 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/Admin/Desktop/Curr%C3%ADculo/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Desktop/Curr%C3%ADculo/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286%20(1).pdf). Acesso em: 21 jul. 2018.

A judicialização da política necessita, assim como o ativismo judicial, de uma prévia provocação do Poder Judiciário, ou seja, o fenômeno atua dentro de um conflito de interesses junto a uma pretensão resistida, uma lide. Após ser provocado, o Poder Judiciário passa a elaborar suas sentenças com certa carga política, interferindo, portanto, na decisão de outros poderes, atuando além de suas competências, ultrapassando seus limites de função. Por sua vez, o ativismo judicial se liga à atitude proativa do Judiciário quando, em seu exercício de função, interpreta a lei em vigor de uma forma livre e discricionária, expandindo seus entendimentos para fora do texto legal ou constitucional, que sempre deveriam ser seguidos e respeitados.

Não se ignore, contudo, que o Estado democrático de Direito no Brasil reconhece órgãos soberanos indicados na Constituição Federal em seu artigo 2º. São eles o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, deixando cristalino o dispositivo que são estes independentes e harmônicos entre si. Movimentados pelo constitucionalismo, tais órgão exercem seus poderes por intermédio da Constituição da República, não concentrando ou centralizando o Poder na mão de um único Soberano.

Como previsto pelo texto constitucional (artigo 1º, parágrafo único) o Poder emana do povo, é uno, indivisível e exercido pelo Estado por meios das funções de administrar, julgar e legislar. A função de legislar é a de editar o direito positivo, administrar é aplicar a lei de ofício e julgar é aplicar a lei em âmbito contencioso e solucionar as pretensões resistidas oriundas de conflitos de interesses diversos ocasionados pelos cidadãos. Sendo assim, a função típica, mas não exclusiva, do Poder Legislativo é a de legislar, a do Poder Judiciário é a de julgar e a do Poder Executivo é a de executar as leis dentro do ambiente Público.

Os três Poderes são dotados de funções, atividades e prerrogativas distintas. Cada qual exercendo seu papel para resultar em um organizado exercício do Estado e satisfazer todos os conflitos dos administrados, atendendo com qualidade às demandas resultantes dos confrontos da vida em sociedade. Em regra, observamos o *princípio da indelegabilidade das funções estatais*, as funções orgânicas de cada órgão devem ser exercidas por eles próprios, sem que haja delegação de ofício para outro órgão. Os Poderes não devem intercambiar entre si, realizando apenas funções que lhes são de ofício, ainda que atípicas.

Há, todavia, forte e intrínseca relação entre os poderes, que por vezes assumem funções em conjunto um com o outro. Cada qual exerce sua respectiva função, respeitando os limites dos demais, sem interferências que não são predeterminadas no ordenamento jurídico, admitindo, assim, o sistema de freios e contrapesos e a harmonia no conceito legal da palavra. Os Poderes separadamente deveriam ter estruturas orgânicas independentes e autônomas, porém dirigidos pelo Sistema, inibidor de abusos e mantenedor da harmonia. Busca-se seja cada órgão dotado de prerrogativas institucionais sem participar de funções as quais são estranhas ao seu ofício primordial.

Com o advindo do ativismo judicial surgem conflitos com relação ao referido sistema de harmonia, freios e contrapesos entre os Poderes, porque o Poder Judiciário acaba exercendo uma função atípica, não predeterminada em Lei, de legislar, ultrapassando as barreiras de sua função e realizando atividade não concebida a ele, sujeitando-se a situações de abuso de Poder, em determinados casos.

O ativismo judicial é um fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial. São decisões judiciais que se

fundamentam em conceitos pessoais do julgador e intérprete da lei, atribuindo ao julgado princípios e entendimentos particulares. Entende-se como o exercício de função jurisdicional para além dos limites do ordenamento jurídico.

Levando em conta o conceito literal do ativismo, devemos entender o motivo desse fenômeno ocorrer, tão frequentemente, dentro dos Tribunais do Brasil. A Constituição Federal, assim como as leis presentes no Ordenamento Jurídico possuem certas lacunas, já que o legislador não consegue prever todas as situações fáticas que virão. Uma ocorrência nova se sucede a cada dia, são infinitos os conflitos que podem existir e, portanto, a procura pela devida proteção legal/jurisdicional.

Diante desta realidade foi que o Decreto-Lei nº 4.657 de 1942 (Lei de introdução ao Direito Brasileiro), em seu artigo 4º, *caput*, proibiu a abstenção do juiz em casos em que a lei for omissa, devendo buscar princípios, analogias, ou, ainda, costumes para resolver o caso, sanando, desta forma, omissões do ordenamento.

Há certas questões que, todavia, ainda que carregadas de princípios, costumes e analogias, não são previstas no ordenamento jurídico brasileiro e não são passíveis de respostas ou soluções apenas mediante a aplicação destes. Em outras palavras, há determinados casos em que existe a real necessidade de uma intervenção da “lei seca”, códigos, leis e normas concretas e escritas expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma lide que provoca o sistema judiciário, procurando por uma solução, deve receber uma decisão de mérito prevista no ordenamento jurídico, com base legal, observando o princípio da legalidade. Aquela decisão solucionada por entendimentos pessoais e subjetivos que ultrapassam este poder de

aplicação ampla das normas ao caso concreto, configura o ativismo judicial, ainda que tenham como subterfúgio a utilização de princípios, costumes e analogias.

Entretanto, não se exclui, de forma alguma, a possibilidade de interpretação do ordenamento jurídico pelo juízo competente diante da impossibilidade de serem previstas todas as situações fáticas que provocam o sistema judiciário, e ainda, a evolução da sociedade, seus costumes e tradições, que se transformam com o passar do tempo, havendo a necessidade de se adequar a norma à realidade.

Justamente nesta delimitação é que se encontra a relevância e complexidade do tema, bem como os abusos.

Por conta disso é que facilmente se defende o fenômeno do ativismo judicial para proteger, tão somente, os direitos fundamentais do homem. Isso porque direitos básicos de uma vida digna devem ser protegidos e resguardados acima de qualquer delimitação legal, constitucional ou de Estado.

Os direitos fundamentais encontrados no Ordenamento Jurídico brasileiro são básicos, individuais, sociais, políticos e jurídicos. Têm como escopo a garantia aos direitos humanos, garantindo a liberdade, a vida, igualdade, educação, segurança, entre outros que não estão expressos. Conceitua-se como a seguir:

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja,

visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua 3 personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.<sup>10</sup>

Não é adequado entender que direitos humanos e direitos fundamentais são sinônimos, pois estes não se confundem. O primeiro tem caráter universal e atemporal, sendo válido para todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade, etnia e cultura. Entretanto, os direitos fundamentais têm caráter nacional, por se relacionar e depender diretamente de garantias que cada Estado determina aos cidadãos. Daí a relevância do ativismo judicial neste conceito.

Os direitos humanos, nesse sentido, são os direitos concernentes à garantia de uma vida digna para todos. O “fato gerador” destes é o simples e único fato de a pessoa existir e ser humana. Assim, garantem princípios, direitos e liberdades básicas consideradas como essenciais à dignidade. A relação entre o ativismo judicial e os direitos humanos e fundamentais é questão muito presente na realidade fática do Brasil sob a égide da Constituição de 1988.

Desta forma, o papel do ativismo judicial não é, portanto, o de atribuir competências ao Poder Judiciário que não lhes são de ofício, mas sim, resguardar os direitos fundamentais que, quando violados, devem ser protegidos por meio de uma atuação ativista do juízo competente.

---

10 MARTINS, Flávia. **Artigo: Direitos Fundamentais.** USF, 2009. Disponível em: <http://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/6892347672477816.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

### **3. A ATUAÇÃO ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À PANDEMIA**

Sob essas premissas é que se passa a analisar o ativismo judicial diante da pandemia trazida pelo vírus popularmente conhecido como Coronavírus, causador da doença que foi chamada de COVID-19, considerando a urgência na necessidade de solução dos conflitos, sendo o procedimento legislativo ineficaz – na maioria das vezes – dada sua morosidade.

O Poder Judiciário, assim, se transformou em verdadeiro protagonista da pandemia no Brasil, controlando as políticas públicas e garantindo direitos, sobretudo na época de crise ainda presente no país. Em decorrência da lentidão do procedimento legislativo, juízes tomam a frente dos legisladores e julgam com o fito de garantir a tutela estatal – dando forma novamente ao ativismo judicial.

A Pandemia trouxe inúmeras problemáticas para a sociedade, situações que vão muito além da questão da saúde, interferindo em áreas como educação e economia – diretamente ligadas ao comércio também. Veja-se que com a necessidade do isolamento social como medida eficaz de contenção da disseminação do vírus a consequência foi o fechamento de escolas, lojas, restaurantes, resultando em um caos financeiro no mundo, com uma onda de desempregos e redução salarial.

Ainda, há que se observar grande mudança social, tanto no âmbito da saúde, com a observância de novos protocolos de higiene nos lares e estabelecimentos, bem como a mudança na atuação das autoridades públicas.

Constatada a urgência na solução dos conflitos em razão da Pandemia, entendeu-se ineficaz o Poder Legislativo por conta da lentidão do procedimento, sendo razoável dizer que não teria este como reparar as demandas de forma célere, concretizando a figura do ativismo judicial com a atuação proativa do Poder Judiciário visando sanar as novas pretensões.

A questão, entretanto, é de que se de fato o Poder Judiciário tem legitimidade para se comportar de tal forma, sendo completo garantidor dos direitos e da Constituição Federal e ainda controlador das políticas públicas instauradas – condição criticada por muitos, inclusive pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ): *“O Poder Executivo não ensina o Judiciário a julgar, o Judiciário não legisla e o Legislativo não governa. Nenhum poder diz ao outro o que fazer. É preciso respeitar a harmonia entre os poderes de acordo com os limites traçados na Constituição.”*<sup>11</sup>

A colocação, importa frisar, não se traduz em crítica ao Poder Legislativo brasileiro, no sentido de ter se omitido frente à situação de calamidade ocasionada pela Pandemia. Muito pelo contrário. Reconhece-se a edição, em todas as esferas administrativas, de importantes normas, preventivas e remediadoras, cuja motivação foi a COVID-19, por vereadores, deputados, senadores. O investimento e cuidado existiram e merecem ser louvados. Contudo, e eis o que trouxe esse trabalho, a própria organização do Poder Legislativo nacional impediria a atuação mais célere e direta em situações específicas, razão

---

11 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Notícias STJ**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao.aspx>. Acesso em: 14 jan. 2021.

pela qual o Poder Judiciário colocou-se à frente de importantes questões que originalmente poderiam ser entendidas como de competência alheia.

A fim de ilustrar a postura ativista do Poder Judiciário em consequência dos últimos acontecimentos, passa-se a breve análise da decisão da Ação Civil Pública **Cível** distribuída em 30 de abril de 2020, que consistiu na primeira imposição judicial do *lockdown* aos municípios de São Luís, São José de Ribamar, Paço do Lumiar e Raposa – todos no Maranhão. Até então, medidas de contenção à pandemia estavam sendo editadas por prefeitos e governadores, de acordo com seus entendimentos e peculiaridades locais.

Mas, quando provocado, o magistrado viu a oportunidade de aplicar o que acreditava pertinente à condução política e social daquela localidade, justificando sua decisão na defesa do conteúdo, arguindo ser o *lockdown* “[...]a única medida possível e eficaz no cenário para contenção da proliferação da doença e para possibilitar que o sistema de saúde público e privado se reorganize [...]”<sup>12</sup>, sustentando que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto e que em prol da ordem pública não restou saída a não ser a determinação de *lockdown*.

Discute-se, porém, a questão da legitimidade e constitucionalidade do Poder Judiciário quando de tal determinação,

---

12 BRASIL. Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luis. Ação Civil Pública Cível nº 0813507-41.2020.8.10.0001. Autor: Ministério Público do Estado do Maranhão. Réus: Estado do Maranhão, Município de São Luís, Município de São José de Ribamar, Município de Paço do Lumiar e Município de Raposa. Juiz Titular da Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca da Ilha de São Luís Dr. Douglas de Melo Martins. 30 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-ordena-lockdown-maranhao-sao.pdf>. Acesso em 14 jan. 21.

ainda mais por versar sobre circulação da população e fechamento dos estabelecimentos, levando em consideração o papel do Poder Executivo, questão não enfrentada na decisão em si.

Em outra situação, mais recente, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir sobre a obrigatoriedade da vacinação. O tema é antigo, mas ganhou contornos nunca antes alcançados com a pandemia do COVID-19, com a formação e/ou fortalecimento de grupos “anti-vacina”, que propagavam a negativa de adesão ao plano de vacinação que seria – ou ao menos deveria ser – instaurado pelo Governo Federal.

Tratou-se do julgamento concomitante, pelo plenário da casa, de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ADIs nº **6.586 e 6.587, apresentadas respectivamente pelo Partido Democrático Trabalhista e Partido Trabalhista Brasileiro** em meados de outubro de 2020, e do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.267.879, oriundo de ação em que pais veganos e contra intervenções médicas invasivas deixaram de cumprir o calendário de vacinação previsto pelas autoridades sanitárias em seus filhos, instaurando-se discussão sobre a possibilidade de os pais deixarem de vacinar filhos menores em função de convicções religiosas, morais, filosóficas ou existenciais.

Neste último, a tese fixada em repercussão geral foi assim sintetizada:

“É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no programa nacional de imunizações; (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei; (iii) seja objeto de determinação da união, estados e municípios, com base em consenso médico científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à

liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”.

Na mesma linha, e inovando ao fixar tese em ação direta de inconstitucionalidade, de controle abstrato, o Supremo, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei nº 13.979/2020, nos termos do voto do Relator e da seguinte tese de julgamento:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.<sup>13</sup>

---

13 STF - ADI 6587 – número único 0106522-64.2020.1.00.0000 – Relator Ministro Ricardo Lewandowski – sessão plenária de 17.12.2020.

Neste caso, o próprio procedimento e condução do caso evidenciam o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Seja pela inclusão em pauta de ação antiga, seja pela inovação ao criar tese vinculante em ação direta de inconstitucionalidade, a ação dos Ministros evidencia o excesso da função de julgar que invade funções típicas dos poderes legislativo e executivo, silentes até então sobre o tema.

De igual modo, as justificativas se pautaram na defesa dos direitos fundamentais e interesses coletivos, tudo visando a ordem e saúde pública. Novamente, portanto, depreende-se com a postura ativista do Poder Judiciário em benefício da sociedade.

## 4. CONCLUSÃO

A conclusão, portanto, é a de que a única e real necessidade da aplicação do ativismo judicial, ou seja, a atuação proativa do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, é visando a proteção aos direitos fundamentais e interesses coletivos, dando valor aos direitos da pessoa humana, agindo os julgadores de pronto quando da necessidade da urgência – assim como foi feito nos casos concretos analisados no presente artigo.

No caso do *lockdown* e da vacinação compulsória, situações aqui levantadas e analisadas, se não fosse o transbordar da função do Poder Judiciário, extrapolando sua atuação para alçada a ele distinta, não existiria tão rápida solução ao problema. Logo, observa-se quão importante se torna o Poder Judiciário e seu comportamento, antecipando-se e evitando tremendo caos.

No contexto atual do mundo, em especial no Brasil onde aqui se discute o fenômeno do ativismo de forma tão fervorosa inclusive nas redes sociais e por alguns que mal conhecem seu conceito, considera-se favorável sua atuação somente se em benefício dos direitos e prerrogativas da pessoa humana com base nos direitos fundamentais.

Logo, os direitos fundamentais carecem da atuação ativista quando não protegidos, sendo a forma mais célere e eficaz de sanar eventuais problemas em tempos de crise. Ainda que o ativismo judicial tenha inúmeros contrapontos **e críticas, muitas contundentes**, é plenamente cabível para proteção dos direitos fundamentais, sobretudo na Pandemia e crise de governo na qual se encontra o Brasil.

## 5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, 2009. Disponível em: file:///C:/Users/Admin/Desktop/Curr%C3%ADculo/Dialnet-JudicializacaoAtivismoJudicialELegitimidadeDemocra-5124286%20(1).pdf. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luis. Ação Civil Pública Cível nº 0813507-41.2020.8.10.0001. Autor: Ministério Público do Estado do Maranhão. Réus: Estado do Maranhão, Município de São Luís, Município de São José de Ribamar, Município de Paço do Lumiar e Município de Raposa. Juiz Titular da Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca da Ilha de São Luís Dr. Douglas de Melo Martins. 30 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-ordena-lockdown-maranhao-sao.pdf>. Acesso em 14 jan. 21.

MAGNOLI, Demétrio. **Politizando o Supremo**. Folha de São Paulo. São Paulo 25 jan. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/demetriomagnoli/2017/02/1861906-politizando-o-supremo.shtml>. Acesso em: 25 jan. 2017.

MARTINS, Flávia. **Artigo: Direitos Fundamentais**. USF, 2009. Disponível em: <http://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/6892347672477816.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Em sabatina no Senado, Alexandre de Moraes critica ativismo judicial**. *G1-Política*, Brasília, 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/em-sabatina-no-senado-alexandre-de-moraes-critica-ativismo-judicial.ghtml>. Acesso em: 19 mar. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Notícias STJ**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Presidente-do-STJ-critica-ativismo-judicial-e-defende-harmonia-entre-poderes-nos-limites-da-Constituicao.aspx>. Acesso em: 14 jan. 2021.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da atuação do Judiciário**. 1.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

# HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

William Soares Pugliese<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo consolida as considerações propostas no V Congresso de Processo Civil, no painel de honorários advocatícios. Para tanto, examina, em primeiro lugar, o que pode ser considerado por alguns como um lugar comum, mas que se revela uma premissa que deve ser destacada sempre que possível: o objetivo do direito é reduzir a discricionariedade, não aumentá-la, nem incentivá-la. Após, a premissa acima será relacionada com as questões estabelecidas pelos organizadores do evento, demonstrando que a maior parte das questões decorre, na verdade, de um conjunto de decisões que contrariam os nordestes do CPC para a jurisprudência. Ao final, o artigo apresenta, de forma breve, as respostas para os questionamentos formulados.

**Palavras-chave:** Honorários advocatícios; Precedentes; Discricionariedade.

---

1 Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo PPGD-UFPR. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. *Gastforscher* no *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Advogado. e-mail: william@pxadvogados.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

**A** convite da Comissão Organizadora do V Congresso de Processo Civil, da Ordem dos Advogados do Paraná e da Escola Superior da Advocacia, um grupo de professores foi convidado para refletir e debater a respeito do tema Honorários Advocatícios. Seguindo a metodologia já tradicional do evento, os participantes dos painéis recebem, previamente, perguntas formuladas pelos organizadores. Em um primeiro momento, buscando antecipar as questões que seriam enviadas, voltei os olhos ao art. 85, do Código de Processo Civil. Recordei o que se afirmava sobre o dispositivo, na época da discussão sobre o “novo” Código: o tratamento legal dos honorários tinha como objetivo conferir maior segurança ao tema dos honorários, prestigiando a advocacia.

Logo em seguida, ao comparar a promessa do CPC com a realidade de 2020, é de se notar que o Código não foi efetivo neste ponto. A divergência na interpretação judicial entre a aplicação do § 2º e do § 8º, ambos do art. 85, é o exemplo mais evidente de que a lei não foi capaz de sanar questões que já eram incertas na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Outro ponto que despertou atenção dizia respeito ao caráter alimentar dos honorários, assim definido pelo § 14º, do mesmo art. 85, mas que tem encontrado limites variados na jurisprudência – quando comparado com outras verbas de natureza alimentar. É desnecessário seguir este parágrafo, pois as perguntas estabelecidas pela Comissão Organizadora do Congresso indicaram estes temas e outros, ainda mais interessantes e complexos. As perguntas foram as seguintes:

- Na hipótese de execução de honorários advocatícios, é admissível a penhora de salário do devedor? Em caso positivo, em quais limites?
- É admissível a fixação de honorários por apreciação equitativa (CPC art. 85, § 8º) quando o valor da condenação ou o valor da causa forem muito altos?
- Quando o recurso for integralmente provido, cabem honorários recursais ou apenas a inversão dos honorários fixados anteriormente?
- São cabíveis honorários em reclamação?
- Cabem honorários na tutela antecipada que se estabilizou por falta de recurso do réu?

As perguntas despertaram uma conclusão preliminar: as certezas que o CPC de 2015 pretendia implementar, no que diz respeito aos honorários advocatícios, soçobraram. A interpretação clara, objetiva, no estilo de “regra”, tal como era explicado o art. 85 no período de *vacatio legis*<sup>2</sup>, deu lugar a uma jurisprudência incoerente e instável. Próximos dos cinco anos de vigência do Código de Processo Civil, os advogados ainda desconhecem os elementos que integram sua própria remuneração. Estas incertezas são responsáveis por inúmeros efeitos, tais como o prolongamento de processos no tempo, sendo que a questão principal já se encontra decidida, tão somente para a definição dos honorários e a inevitável majoração dos

---

2 CRUZ E TUCCI, Josér Rogério. Novo Código de Processo Civil traz mudanças nos honorários advocatícios. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: Conjur, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-honorarios-advocaticios>>

honorários contratuais, uma vez que não há garantia alguma, no presente momento, de que os advogados receberão o valor previsto em lei em virtude de sua atuação.

O presente artigo reflete e desenvolve as ideias centrais expostas no Painel sobre Honorários Advocatícios do V Congresso de Processo Civil. Para tanto, examina, em primeiro lugar, o que pode ser considerado por alguns como um lugar comum, mas que se revela uma premissa que deve ser destacada sempre que possível: o objetivo do direito (e das escolas de pensamento jurídico contemporâneas) é reduzir a discricionariedade, não aumentá-la, nem incentivá-la. Após, a premissa acima será relacionada com as questões estabelecidas pelos organizadores do evento, demonstrando que a maior parte das questões decorre, na verdade, de um conjunto de decisões que contrariam os nortes do CPC para a jurisprudência. Ao final, o artigo apresenta, de forma breve, as respostas para os questionamentos formulados.

Não se pode descuidar, porém, de agradecer a Comissão Organizadora do V Congresso de Processo Civil. Sem Eduardo Talamini, Graciela Marins e Rogéria Dotti, nem o congresso, nem este texto, seriam realidade. Por esta razão, em nome de toda a comunidade acadêmica e forense, registra-se o agradecimento aos três advogados e professores acima nominados.

## **2. A LUTA DO DIREITO CONTRA A DISCRICIONARIEDADE**

Uma das formas de compreender o problema aqui enfrentado é a identificação de sua gênese. Dentre várias respostas possíveis, a Teoria do Direito apresenta um caminho que

está ligado a escola de pensamento que mais influenciou o direito brasileiro, qual seja, o positivismo. Apesar da diversidade de variações do positivismo, a doutrina identificou um conjunto de características que permitem a compreensão das principais teses dessa escola<sup>3</sup>. Tratam-se das teses do fato social, da convencionalidade, da separabilidade entre direito e moral e, por fim, a tese da objetividade das fontes. A questão da discricionariedade está ligada as duas últimas teses.

Quando o positivismo propõe a separação entre direito e moral, o que se pretende é sustentar que o critério de validade do Direito não comporta princípios morais<sup>4</sup>. Esta tese, marcada pelo debate entre Herbert Hart<sup>5</sup> e Lon Fuller,<sup>6</sup> cujos argumentos até hoje são estudados e debatidos,<sup>7</sup> também foi

- 
- 3 Ver, entre outros, HIMMA, Kenneth Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 125-165. No Brasil, um dos textos mais propagados com essa mesma intenção é a obra de BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
  - 4 "According to object-level interpretation of the Separability Thesis, it is not a conceptual truth that the validity criteria include moral principles." HIMMA, Kenneth Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 135.
  - 5 HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: DWORKIN, Ronald (ed.). *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 17-37.
  - 6 FULLER, Lon L. (1958). Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart. In: *Harvard Law Review*, n. 71. Harvard: Harvard University Press, 1958, p. 630-672.
  - 7 Ver, neste sentido, CANE, Peter (Ed.). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

esposada por Hans Kelsen, ao defender uma “teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural”.<sup>8</sup> Em síntese, a tese da separação “pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”.<sup>9</sup>

Ao lado da tese estrita da separabilidade, o positivismo também depende da chamada tese da objetividade das fontes. Diz-se a este respeito que “pelo menos parte do conteúdo proveniente das fontes deve ser claramente identificável sem a interferência de considerações valorativas”.<sup>10</sup> A consequência deste argumento, ao lado da separação entre o Direito e a moral, é a de que existem casos claros, fáceis, por assim dizer, que permitem a identificação e a aplicação das regras jurídicas independentemente de interpretação.

Pela objetividade das fontes, o positivismo teceu um cordão de isolamento<sup>11</sup> cujo objetivo é evitar a referência ao conteúdo valorativo e normativo do Direito na atividade de interpretação. No seu núcleo, a objetividade sustenta que é possível que o conteúdo das normas, ou ao menos parte dele, seja compreendido e aplicado sem a necessidade de interpretação. Ou seja, como a tese da separação não resolve os problemas de

---

8 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. XI.

9 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 1.

10 MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 37.

11 A expressão é de MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 37.

interpretação, o positivismo estruturou o argumento de que, mesmo na interpretação, a identificação do Direito é objetiva. A doutrina identifica duas versões da tese da objetividade. A versão fraca da objetividade sustenta que “a identificação das fontes dotadas de autoridade é objetiva”, enquanto a versão forte acrescenta que “parte do conteúdo promulgado também é identificável sem necessidade de recurso a considerações valorativas”.<sup>12</sup>

Ao tratar dos autores que adotam cada uma das teses, Juliano Maranhão<sup>13</sup> aponta a opção de Kelsen pela versão fraca, o que se verifica pela sua metáfora das normas como molduras que admitem diversas atribuições de sentido pelo intérprete com autoridade.<sup>14</sup> A crítica que pode ser apontada contra a versão fraca, nestes termos, é a de que a simples identificação objetiva das fontes não garante que a aplicação das normas se dará de uma forma idêntica entre os responsáveis por sua aplicação. A versão fraca, assim, se mostra insuficiente para sustentar a necessidade de que cada sujeito siga regras, pois elas não seriam identificáveis a não ser após a atividade de interpretação.

Hart, ao contrário, resguarda um núcleo de sentido para as normas, que trazem instâncias de aplicação objetivas<sup>15</sup>,

---

12 MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 37.

13 MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 37-38.

14 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 387 e ss.

15 HART, Herbert L. A. *The concept of Law*. 3ª Ed. Oxford: Oxford

pelo que é um dos precursores da versão forte da tese da objetividade. De acordo com seu pensamento, além das regras que estabelecem padrões de conduta, o Direito também define as autoridades competentes para aplicá-lo (regras de adjudicação) e, pelas decisões reiteradas dessas autoridades, as regras adquirem cada vez maior objetividade.<sup>16</sup> Com esse argumento, afastou-se o ceticismo absoluto acerca do conteúdo das regras e a explicação sobre o conteúdo do Direito passou a ser uma tarefa cumprida pelo positivismo. Ao mesmo tempo, porém, a tese da objetividade abriu espaço para um novo ponto de discussão teórica: a discricionariedade.

O fundamento da discricionariedade pode ser assim sintetizado: “as autoridades objetivamente convencionadas tem poder para decidir esses casos, inclusive com base em razões extrajurídicas”.<sup>17</sup> Tratando do tema após examinar a objetividade do positivismo, Green reconhece que, apesar de todos os esforços para se afirmar que o Direito pode ser compreendido sem recurso à interpretação, ainda permanece uma grande quantidade de argumentação moral na tomada de decisões (adjudicação)<sup>18</sup>. A magistratura pode ser chamada a decidir ca-

---

University Press, 2012, p. 124-154.

- 16 “As regras válidas seriam dadas pelas decisões reiteradas destas sobre como agir, em diferentes situações, identificando-se aqui um mínimo de objetividade sobre algum conteúdo”. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 38.
- 17 MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 39.
- 18 “Bearing in mind these complications, however, there undeniably remains a great deal of moral reasoning in adjudication.” GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

tos fáceis, pela aplicação das normas por dedução ou de modo objetivo, mas existem outras situações em que as próprias leis determinam que o julgamento se dê por razoabilidade, justiça, ou outros conceitos jurídicos indeterminados.<sup>19</sup>

A escola positivista costuma se utilizar de dois argumentos para defender a discricionariedade. Em primeiro lugar, distingue este ato de escolha do julgador de um ato de absoluta arbitrariedade, já que a decisão estará restrita a um grupo de opções autorizadas pelo Direito. Em segundo, aponta-se que a discricionariedade admite razões não jurídicas nas decisões, cuja incidência seria apenas residual.<sup>20</sup> Apesar desses argumentos, o próprio positivismo acaba por reconhecer que, em alguns casos, a discricionariedade pode assumir uma relevância maior, podendo ocupar até mesmo o ponto central da discussão levada ao Judiciário.<sup>21</sup>

---

Stanford: Stanford University, 2009, p. 16. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>.

- 19 Neste sentido, tem-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec-Lei n. 4.657/1942), com os seguintes dispositivos: Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Da mesma forma, o Código de Processo Civil de 2015: Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.
- 20 GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University, 2009, p. 16-17. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>.
- 21 "Sometimes such residual discretion is of little importance; sometimes it is central; and a shift from marginal to major can happen in a

A discricionariedade, portanto, é inerente ao Direito – ao menos na escola positivista. Em concepções mais contemporâneas, o papel da interpretação e o reconhecimento do poder dos juízes é ainda mais relevante. Vale lembrar, por todos, de uma das mais célebres citações de Ronald Dworkin, com a qual abriu seu Império do Direito, em 1986: “Importa como os juízes decidem os casos”<sup>22</sup>.

Há, porém, um ponto que deve ser bem compreendido: nem no positivismo, nem nas concepções contemporâneas, a discricionariedade é tida como uma qualidade dos sistemas jurídicos. Em verdade, ela é uma consequência de um sistema que depende de diferentes instâncias de aplicação; ou seja, de julgamentos. Por isso, muitas teorias de decisão ou mesmo do Direito buscam reduzir os espaços discricionários na atuação judicial. Em texto anterior<sup>23</sup>, já se teve a oportunidade de examinar este ponto, razão pela qual transcrevem-se os parágrafos a seguir.

---

flash with changes in social or technological circumstances.” GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University, 2009, p. 16. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>.

- 22 Tradução livre de: “*It matters how judges decide cases.*” (DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p.1).
- 23 KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O direito à igualdade nas decisões judiciais. In: ALVES, Cândice Lisboa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt (Org.). **Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: D’Plácido Editora, 2013, p. 385-403.

Apenas para esclarecer o argumento de que a discricionariedade é um ponto central do positivismo, destaca-se que na Teoria Pura do Direito Hans Kelsen reconhece que o Direito possui situações em que há indeterminação da norma. Nesses casos, tem-se o Direito como uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, “pelo que é conforme ao direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura”. O autor vai ainda mais longe, ao afirmar que o Direito Positivo não é capaz de apresentar nenhum método que possibilite uma resposta correta, de modo que os tribunais efetuam uma verdadeira escolha dentre as hipóteses reveladas pela interpretação cognoscitiva.

No mesmo sentido, Hart é enfático ao afirmar que o Direito recai no problema das regras de textura aberta, o que abre margem para a discricionariedade judicial. Neil MacCormick bem sintetiza a posição hartiana: “na opinião pública moderna, tornou-se mais ou menos um lugar-comum que, na decisão desses casos problemáticos, os juízes não somente verificam e aplicam as leis: eles as criam”.

É em face desta posição que se coloca Ronald Dworkin. Ao contrapor sua própria visão do Direito contra o positivismo de H. L. A. Hart, o autor o faz dando vida a dois juízes. O magistrado que segue a linha da teoria dos direitos, Hercules, não depende das suas próprias convicções para a tomada de decisões. Por outro lado, o juiz positivista, batizado por Dworkin de Herbert, tem em mente que suas decisões seguem dois passos: i) encontrar os limites do Direito Positivo e, então, ii) o juiz exercita uma independente discricionariedade para legislar em questões que a lei não alcança.

Dworkin defende a posição tomada por Hercules. O juiz, como membro de um Poder Judiciário

e vinculado a uma determinada sociedade, deve identificar as convicções morais desta comunidade e aplicar o Direito neste sentido. Não há, aqui, espaço para discricionariedade.

Para retomar o fio condutor do presente artigo, parece razoável questionar qual seria a posição dos dois juízes, Hercules e Herbert, diante da constatação de que nos tribunais brasileiros cada magistrado tem autonomia para se convencer quanto ao direito e à justiça do caso concreto. Hercules, certamente, responderia que esta postura é incompatível com o ordenamento jurídico de um estado democrático. Herbert poderia até considerar que, nos casos em que as regras jurídicas são vagas – ou melhor, têm textura aberta – qualquer decisão do magistrado é uma decisão válida.

No entanto, nem mesmo Herbert se sentiria à vontade em admitir que cada magistrado pode adotar um posicionamento diferente a respeito de uma mesma questão de direito. Afinal, o posicionamento de Hart a este respeito é o de que num moderno sistema jurídico existe uma pluralidade de fontes do direito. Com isso, a regra de reconhecimento é mais complexa e seus critérios de identificação “incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais”. Se os tribunais não adotam uma postura coerente a respeito da aplicação do direito pode-se concluir, a partir do pensamento de Hart, que nem mesmo da perspectiva interna é possível afirmar a existência de um corpo de regras que se possa denominar de Direito. Se não houver igualdade nas decisões, Herbert não será um juiz em um Estado de Direito, pois não haverá regra de reconhecimento para que ele possa se pautar. No máximo, sua atuação poderia dar-se em um estado monárquico e absolutista onde o único critério para identificar o Direito é a

promulgação de um ato pelo Rei.

As palavras do próprio Hart confirmam a tese: “os tribunais não consideram as regras como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu caráter discricionário, embora sem o excluir”.

Em síntese: a discricionariedade pode ser necessária para o próprio funcionamento do ordenamento jurídico, mas não deve ser incentivada ou tomada como trunfo sobre as fontes objetivas do Direito. Esta constatação é essencial para o exame das perguntas indicadas na introdução e para o exame do tema dos honorários advocatícios.

### **3. AS REGRAS DO CPC SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E A DISCRICIONARIEDADE**

Neste tópico, justifica-se a digressão teórica do item acima e retomam-se as perguntas formuladas pela Comissão Organizadora. Mais uma vez, foram elas:

- Na hipótese de execução de honorários advocatícios, é admissível a penhora de salário do devedor? Em caso positivo, em quais limites?
- É admissível a fixação de honorários por apreciação equitativa (CPC art. 85, § 8º) quando o valor da condenação ou o valor da causa forem muito altos?
- Quando o recurso for integralmente provido, cabem honorários recursais ou apenas a inversão dos honorários fixados anteriormente?

- São cabíveis honorários em reclamação?
- Cabem honorários na tutela antecipada que se estabilizou por falta de recurso do réu?

De forma bastante objetiva, a verdade é que a discussão em torno de pelo menos três, das cinco questões formuladas, existe somente porque os tribunais, com a devida vênia, ultrapassaram os limites da tese da objetividade das fontes e exerceram discricionariedade em um espaço inadequado.

Para demonstrar este ponto, será utilizada uma metodologia bastante particular: ao lado do texto do Código de Processo Civil, este artigo fará citações de um único texto, publicado em agosto de 2015, no qual José Rogério Cruz e Tucci expôs as mudanças do Código de Processo Civil no tema de honorários. A exposição do professor titular de Direito Processual da USP foi escolhida pela objetividade com que apresentou suas conclusões, extraídas da leitura e interpretação do Código. De outro lado, o contraponto das discussões advém de decisões proferidas do momento em que o CPC entrou em vigor até o presente momento. A hipótese é a de que a divergência que gerou o debate adveio do exercício da discricionariedade.

A primeira pergunta formulada diz respeito à possibilidade de penhora de salário do devedor em execuções de honorários advocatícios. Sobre este tema, dizia Cruz e Tucci: o “parágrafo 14 do artigo 85 proclama, com todas as letras, que: ‘Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar...’. Com a natureza alimentar, nos termos do próprio Código de Processo Civil, a conclusão sistemática era a de que, nas execuções de honorários, aplicar-se-ia o art. 833, § 2º, do Código de Processo Civil. Este dispositivo exclui a garantia de impenhorabilidade de vencimentos nos casos em

que a penhora visa “pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem”. Da leitura do dispositivo, que dispõe expressamente que, independentemente de sua origem, as prestações alimentícias permitem a penhora de salário, houve inclusive a formação de jurisprudência no sentido de que era possível a penhora de salário em execuções de honorários advocatícios.

A questão era relativamente pacífica, até que o e. Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o REsp 1.815.055. Por sete votos a seis, o STJ decidiu que não cabe penhora de salário para a execução de honorários advocatícios. Assim o fez por meio da interpretação do mesmo art. 833, do Código de Processo Civil. De acordo com a maioria, o art. 833, § 2º, é aplicável apenas para “prestações alimentícias”, assim compreendidas aquelas que decorrem de vínculo familiar.

Tecnicamente, o argumento ainda dependeria de maiores esclarecimentos, pois há “prestações alimentícias” que não decorrem de vínculos familiares, tais como os alimentos decorrentes de ato ilícito. Na ótica do STJ, estas prestações não permitiriam a penhora de salário. De todo modo, é de se registrar que a natureza alimentar da prestação nunca teve relação de dependência com o Direito de Família, mas sim com a relação de dependência do credor com a importância a ser recebida. Daí, inclusive, o nome do instituto<sup>24</sup>. Restringir a aplicabilidade do art. 833, § 2º, apenas aos casos em que o dever de

---

24 “Os alimentos compreendem tudo que é necessário ao sustento, à habitação, à roupa, ao tratamento de moléstias e, se o alimentado é menor, às despesas de criação e educação.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família**; direito parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 [coleção tratado de Direito Privado; parte especial; t. IX], p. 289.

prestar alimentos decorre de um vínculo familiar representa mais do que interpretação, mas verdadeira inovação no ordenamento, contrariando os sinais claros do sistema processual no sentido de prestigiar os honorários advocatícios como verba alimentar.

O espaço de interpretação que parece existir, no que diz respeito à penhora de salário do devedor, em execuções de honorários advocatícios, é quanto aos limites dessa penhora. Nesse ponto há, efetivamente, espaço para o desenvolvimento de uma verdadeira jurisprudência calcada na proporcionalidade e na razoabilidade. Ou seja, somente um conjunto coerente, íntegro e estável de decisões que tratem desse tema será capaz de oferecer segurança e previsibilidade quanto aos limites da referida penhora.

A segunda pergunta formulada está ligada à possibilidade, ou não, de fixação de honorários por apreciação equitativa quando o valor da condenação ou o valor da causa forem muito altos. A questão decorre de um aparente conflito entre regras do CPC, pois o § 2º prevê que “os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”, enquanto o § 8º dispõe que nas “causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.”

Em 2015, sem qualquer menção ao § 8º, dizia o Prof. Cruz e Tucci: “Os honorários deverão ser fixados no percentual entre 10% e 20% da condenação, do proveito econômico ou, na impossibilidade de estimar-se o *quantum debeatur*, sobre o

valor atualizado da causa (parágrafo 2º).”

Note-se que, pelo texto do Código, não há conflito entre as regras. Se houver condenação ou proveito econômico, independentemente do valor, a regra prevê a fixação de percentual entre 10% e 20%. Há, no próprio § 2º, uma regra de exceção: se não for possível mensurar o proveito econômico, a porcentagem será calculada sobre o valor da causa. A “regra geral”, portanto, estabelece um critério objetivo para a fixação dos honorários de sucumbência. Mais do que isso, a mesma regra prevê uma situação excepcional, apontando para o valor da causa como critério subsidiário.

Mais uma vez, com a devida vênia, a pergunta formulada só encontra razão de ser em virtude das decisões que vêm sendo proferidas afastando, explicitamente, o § 2º na fixação de honorários. Em lugar da regra geral, há sentenças e acórdãos que aplicam dispositivo cujo escopo era bastante diferente. O § 8º, do art. 85, faz expressa referência à causas em que o proveito econômico seja inestimável, irrisório ou nas quais o valor da causa seja muito baixo. Estas hipóteses, na lógica do CPC/15, valem para ações declaratórias, ações de estado e outras em que o elemento econômico não é primordial. Leiam-se, as ações dos arts. 19 e 20, do Código de Processo Civil.

Se houvesse intenção do legislador de estabelecer um limite ao valor dos honorários advocatícios, certamente este limite teria sido previsto de forma expressa. Fosse este limite estabelecido pelo legislador, após debate no Congresso, a medida certamente seria legítima. O que tem ocorrido, porém, é uma limitação do valor dos honorários no “caso concreto”, o que revela evidente utilização da discricionariedade para afastar a aplicação de regra expressamente prevista em lei. Independentemente da decisão do e. STJ no recurso repetitivo pendente de

juízo e do exercício interpretativo<sup>25</sup> desenvolvido pelas cortes de todo o país, aplicar o § 8º, do CPC, em casos com condenação ou proveito econômico, é negar a tese da objetividade das fontes e, em última instância, negar a autoridade da lei e de todas as fontes do Direito. A única saída para a Teoria do Direito brasileira, nesta hipótese, será o realismo jurídico<sup>26</sup>.

Para a advocacia, por sua vez, haverá saída. Com a incerteza dos honorários de sucumbência, os honorários contratuais dos advogados tendem a ser cada vez mais majorados. Com isso, a parte que tem razão é quem pagará o maior preço do processo.

A terceira pergunta formulada diz respeito a majoração dos honorários na hipótese em que o recurso é integralmente provido. Aqui, valem os comentários e ressalvas feitos a respeito das duas primeiras questões: se houver exercício de discricionariedade, não há como oferecer resposta segura para este ponto.

De todo modo, considerando que existe uma ordem normativa institucional estabelecida pelo Código de Processo Civil, a resposta deve estabelecer uma premissa. Ao dar integral provimento a um recurso, em geral, o “sinal” da decisão se altera – por exemplo, se o pedido foi julgado totalmente procedente, em primeiro grau, o recurso provido significa que o pedido foi julgado totalmente improcedente em segundo grau.

---

25 Sobre o tema, ver WEISBERG, Richard H. **In Praise of Intransigence: the perils of flexibility**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

26 Ver, por exemplo, ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

Com essa alteração de sentido da decisão, o critério para a fixação dos honorários também pode ser modificado. Se foi fixada porcentagem sobre o valor da condenação, na sentença, o acórdão que dá integral provimento ao recurso poderá fixar honorários sobre o valor da causa<sup>27</sup>. O resultado prático dessa alteração, porém, depende do pedido e do julgamento.

O que parece seguro de afirmar é que a fixação dos honorários, pelo tribunal, deve seguir, sempre que possível, o § 2º, do art. 85. O parâmetro, portanto, é o percentual de 10% a 20% da condenação, do proveito econômico ou, na impossibilidade de estimar-se o *quantum debeatur*, do valor atualizado da causa. Sobre este cálculo deve incidir, também, o § 11. O valor de honorários fixado para a parte vencedora deve considerar o trabalho adicional realizado. Assim, se o proveito econômico da parte vencedora no tribunal for idêntico ao da outra parte, vencedora na instância inferior, os honorários devem ser majorados. Se o proveito econômico for outro, a fixação deve seguir o § 2º e, ao mesmo tempo, considerar o trabalho adicional.

A quarta questão interroga se são cabíveis honorários em reclamação. A resposta pode ser mais objetiva, mas os efeitos da discricionariedade certamente serão constatados

---

27 Aqui, Cruz e Tucci fazia referência a texto de Heitor Sica: "Como bem escreve Heitor Sica, 'é fácil imaginar o cabimento dessa nova disposição em sede de apelação: quando improvida, o tribunal haverá de aumentar a condenação imposta ao vencido em 1º grau (desde que observado o limite aqui referido); quando provida, não bastará "inverter" a responsabilidade pelas verbas sucumbenciais, sendo necessário remunerar o advogado da parte vencedora pelo trabalho adicional desenvolvido'" (respeitando-se, repita-se, o limite máximo de 20%) — (O Advogado e os Honorários Sucumbenciais no Novo CPC, Repercussões do novo CPC, obra coletiva produzida pela Comissão de Direito Processual da OAB-SP, São Paulo, Jus Podivm, 2015, p. 21-22).

no desenvolvimento da jurisprudência sobre o tema.

A posição do Supremo Tribunal Federal é de que a Reclamação tem natureza de ação autônoma<sup>28</sup> e que são cabíveis honorários<sup>29</sup>. A posição, salvo o advento de algum novo argumento, parece adequada. O que pode ocorrer é que com a

---

28 AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ADI 3.395-MC. RELAÇÃO JURÍDICO-ESTATUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AFRONTA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTE. A reclamação é ação autônoma de impugnação dotada de perfil constitucional, prevista no texto original da Carta Política de 1988 para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, "I", da Lei Maior), e, desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, é instrumento de combate a ato administrativo ou decisão judicial que contrarie ou indevidamente aplique súmula vinculante. Agravo regimental conhecido e não provido. (Rcl 15933 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014)

29 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. ALEGADA OMISSÃO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA AÇÃO RECLAMATÓRIA. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. A colenda Primeira Turma desta SUPREMA CORTE, no julgamento da Rcl 24.417 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, concluiu pela possibilidade da fixação de honorários advocatícios nas reclamações ajuizadas na vigência do Código de Processo Civil de 2015, haja vista a instituição de contraditório prévio à decisão final, previsto no art. 989, III, do mencionado diploma legal. 2. O colegiado também estabeleceu que o cumprimento da condenação em honorários deverá ser realizado nos autos do processo de origem, quando se tratar de impugnação de decisão judicial. 3. Embargos de Declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, tão somente para condenar a parte sucumbente na presente Reclamação ao pagamento de honorários advocatícios, que deverão ser fixados nos autos do processo de origem. (Rcl 31296 ED, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 24-09-2019 PUBLIC 25-09-2019)

crescente utilização do instituto da reclamação surjam interpretações limitando a noção de proveito econômico da ação de reclamação. Ou seja, as reclamações podem ser tratadas, genericamente, como ações de valor inestimável ou irrisório, provocando a incidência do art. 85, § 8º, para a fixação dos honorários sucumbenciais.

Por fim, a quinta pergunta interroga se cabem honorários na tutela antecipada estabilizada pela falta de atividade pelo réu. Aqui, há espaço para discricionariedade, pois o Código de Processo Civil silencia a respeito.

A primeira resposta a ser oferecida é a mais provável, seguindo os precedentes já firmados e que tendem a ser aplicados ao caso. Remete-se, coincidentemente, às decisões do STF, citadas acima, sobre reclamação. Nelas, há o fundamento de que os honorários passaram a ser cabíveis na reclamação depois que o Código de Processo Civil de 2015 instituiu a obrigatoriedade do contraditório prévio à decisão final. Em raciocínio oposto, nos casos de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, não há contraditório<sup>30</sup>. Consequentemente, se aplicada a *ratio* do STF nesse instituto, não haverá incidência de honorários quando da estabilização.

Um contraponto pode ser feito a partir de uma interpretação sistemática do próprio CPC. É que a ação monitória, instituto que mais se assemelha à estabilização, contém regra que prevê a fixação de honorários na proporção de 5% do valor da causa, sempre que a ação for conhecida e o juiz determinar

---

30 PUGLIESE, William Soares; ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 259-277.

a expedição do mandado de pagamento. Por analogia, seria defensável a fixação de honorários nessas condições.

Há que se fazer uma ressalva. Os honorários na ação monitória têm uma função premial: o devedor que, citado, pagar o valor devido no prazo legal, terá a despesa de apenas 5% do valor da causa. Caso contrário, se sua intenção for opor embargos à monitória, a fixação dos honorários em sentença seguirá o art. 85, § 2º. Esta mesma lógica poderia ser aplicada ao regime da estabilização. Explica-se.

Uma vez concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, o réu será citado e intimado para, ao mesmo tempo, ter ciência da ação e cumprir a medida deferida. Caso o réu não recorra, a tutela se estabiliza. No entanto, recorrendo ou não, há que se verificar se o réu cumprirá a decisão espontaneamente. Se o cumprimento não for espontâneo, o advogado do autor deverá trabalhar mais para obter a tutela concedida. Assim, uma possível resposta para o questionamento da Comissão Organizadora seria a seguinte: cabe a fixação de honorários advocatícios no procedimento de tutela antecipada antecedente quando, apesar de estabilizada, a tutela depende de requerimento específico de cumprimento de sentença para ser efetivada. Nesta hipótese, as regras aplicáveis aos honorários seriam as previstas no cumprimento de sentença<sup>31</sup>.

---

31 Há, todavia, posicionamento de que não cabe honorários advocatícios em cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. O cumprimento da sentença em relação à obrigação de fazer é regido pelo art. 497 do CPC, que não prevê a fixação de honorários advocatícios. (TRF4, AC 5033512-80.2018.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator JORGE ANTONIO MAURIQUE, juntado aos autos em 04/04/2019)

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como o próprio positivismo jurídico constatou, não há como impedir a interpretação por parte dos magistrados. Negar essa premissa é negar o caráter argumentativo do Direito. Por outro lado, deve-se observar que o Direito tem um claro objetivo de oferecer segurança e previsibilidade para todos a ele submetidos. Em temas com repercussão econômica, tal como os honorários advocatícios, essa previsibilidade é essencial, uma vez que permite a avaliação de custos, riscos, proveito, dentro outros.

Ou seja, é essencial, para a advocacia, ter conhecimento claro e efetivo a respeito dos elementos que formam sua remuneração. As inúmeras dúvidas que pairam sobre a interpretação do art. 85, do CPC, colocam em xeque a própria segurança da atividade – no sentido de que o advogado contemporâneo não sabe quanto receberá de honorários. Justamente por isso, e na medida em que os honorários ainda têm caráter alimentar, é necessário que se firmem, por precedentes, respostas definitivas para as questões aqui examinadas e para outras que venham a ser formuladas. O que é absolutamente inadequado, por fim, é que o exame da matéria dos honorários fique sujeito a exclusivo critério discricionário, ou casuístico.

## 5. REFERÊNCIAS

CRUZ E TUCCI, Josér Rogério. Novo Código de Processo Civil traz mudanças nos honorários advocatícios. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: Conjur, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-honorarios-advocaticios>>

HIMMA, Kenneth Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 125-165.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: DWORKIN, Ronald (ed.). *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 17-37.

FULLER, Lon L. (1958). Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart. In: *Harvard Law Review*, n. 71. Harvard: Harvard University Press, 1958, p. 630-672.

CANE, Peter (Ed.). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

HART, Herbert L. A. *The concept of Law*. 3ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GREEN, Leslie. Legal Positivism. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University, 2009, p. 16. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O direito à igualdade nas decisões judiciais. In: ALVES, Cândice Lisboa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt (Org.). **Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2013, p. 385-403.

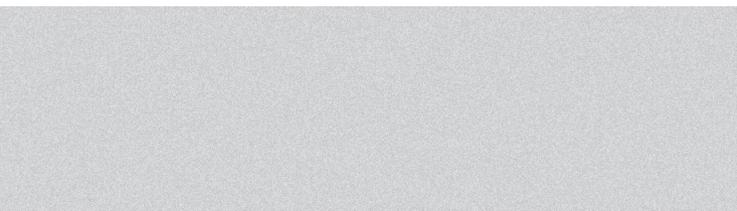
PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família**; direito parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 [coleção tratado de Direito Privado; parte especial; t. IX].

WEISBERG, Richard H. **In Praise of Intransigence**: the perils of flexibility. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

SICA, Heitor. O Advogado e os Honorários Sucumbenciais no Novo CPC. In: *Repercussões do novo CPC*. São Paulo, Jus Podivm, 2015.

PUGLIESE, William Soares; ZARNICINSKI, Igor Maestrelli. Estabilização da tutela provisória e a concepção de estabilidade no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, v. 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 259-277.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL

Gustavo Portugal Heinze<sup>1</sup>

**Resumo:** O planejamento tributário e seus limites conferem à seara tributária uma polêmica ainda muito discutida por diferentes doutrinadores. Na falta de decisão definitiva pelos tribunais, alguns especialistas acreditam que a utilização da teoria do propósito negocial seria preponderante para avaliar se os atos ou negócios jurídicos não foram praticados apenas para a economia ou evasão de tributos, enquanto outros acreditam ser um direito das pessoas físicas e jurídicas a possibilidade de organizar a empresa de forma a otimizar seus custos, sem que para isso seja obrigatória a confirmação do propósito negocial em seu planejamento fiscal.

**Palavras-chave:** Limites do Planejamento Tributário. Teoria do Propósito Negocial. Elisão Fiscal. Evasão Fiscal. Advocacia Extrajudicial.

---

1 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. Pós-graduando em Advocacia Tributária pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Pós-graduando em Direito Tributário pela Escola Superior de Advocacia Nacional. E-mail: gustavo@advocaciagmp.com

## 1. INTRODUÇÃO

**A** advocacia tributária extrajudicial tem uma relação superlativa com o planejamento tributário, matéria que ainda é alvo de muitas discussões e polêmicas pelos operadores de direito, principalmente após a implantação de normas antielisivas em diversos países, incluindo o Brasil, que introduziu a regra por meio do parágrafo único do art. 116 da Lei nº 5172/66 (Código Tributário Nacional).

Dentro da doutrina tributária, há quem defenda a posição de que um indivíduo ou uma companhia podem se valer de todas as ferramentas e/ou artifícios legais para diminuir a tributação total suportada e os custos de transação de seus negócios jurídicos, porém, não há posição doutrinária consolidada ou jurisprudência definitiva que vincule o posicionamento administrativo.

Diante desse problema e observando o aumento da prática de ações elisivas pelas empresas, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) passou a entender em seus julgados que alguns atos e negócios jurídicos devem ter motivação econômica ou propósito negocial, sendo abusiva a prática de atos que visam unicamente evitar o pagamento de tributos.

O tema que cerca a presente discussão é de grande relevância para o direito tributário, uma vez que a partir da consolidação de uma posição definitiva pelo poder judiciário, todo o planejamento tributário de empresas e pessoas físicas poderão ser modificados, trazendo consequências à Administração Pública e aos contribuintes.

O objetivo geral deste artigo é explorar os limites do planejamento tributário, passando pelo entendimento dos tribunais administrativos e da doutrina quanto aos limites na prática de atos e negócios jurídicos que tenham como finalidade exclusiva o não pagamento de tributos.

O objetivo específico do artigo é delimitar as diferenças entre atos legítimos ou abusivos nos planejamentos tributários, demonstrando, sob a égide da legalidade estrita aplicada ao direito tributário, uma possível solução até que o efetivo debate sobre a matéria seja realizado e suas diretrizes definidas.

Para estruturar o trabalho, primeiramente será apresentada a mudança de tendência do CARF nos últimos julgamentos acerca da matéria e a justificativa da sua linha de pensamento. Após, será demonstrada a importância do planejamento tributário e a sua relação com a diminuição de custos das transações nas atividades econômicas.

Partindo da visão legalista constitucional do direito tributário, serão diferenciadas a elisão e evasão fiscal, apontando quais seriam considerados os limites na prática de atos e negócios jurídicos que visam a não constituição da obrigação tributária ao sujeito passivo.

Por fim, se comentará sobre a norma antielisiva genérica exposta no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e a aplicabilidade da teoria do propósito negocial no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DO CARF

Primeiramente, vale mostrar a última opinião do CARF acerca do propósito negocial no planejamento tributário antes da mudança de seu posicionamento. No ano de 2018, especificamente no acórdão nº 1401-002.835, sobre a matéria, fora adotada a seguinte posição:

[...] PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. MOTIVO DO NEGÓCIO. CONTEÚDO ECONÔMICO. PROPÓSITO NEGOCIAL. LICITUDE.

Não existe regra federal ou nacional que considere negócio jurídico inexistente ou sem efeito se o motivo de sua prática foi apenas economia tributária. Não tem amparo no sistema jurídico a tese de que negócios motivados por economia fiscal não teriam “conteúdo econômico” ou “propósito negocial” e poderiam ser desconsiderados pela fiscalização. O lançamento deve ser feito nos termos da lei. (Brasil, 2018)

Portanto, sob uma visão estritamente legalista e na falta de regulamentação da norma antielisiva genérica do parágrafo único do art. 116 do CTN, entendeu o CARF que a inexistência de propósito negocial específico pelo contribuinte não caracterizaria possibilidade de desconsideração do negócio jurídico pela fiscalização, apontando que “a busca da redução de incidência tributária por si só já se constitui em propósito negocial que viabiliza a reorganização societária, desde que cumpridos os demais requisitos” (CARF, 2018).

Porém, nas últimas decisões administrativas no âmbito do CARF, apesar de divergências entre os próprios julgadores,

vem sendo estabelecida uma nova tendência nas decisões, qual seja o reconhecimento da necessidade de propósito ou finalidade negocial nos planejamentos tributários realizados pelos indivíduos e empresas.

Assim, no acórdão de nº 2301-005.933 de 14/03/2019, que precedeu os acórdãos de nº 1402-003.815 de 20/03/2019, 1302-003.555 de 14/05/2019 e 1302-003.556 de 14/05/2019,

entendeu o CARF que os contribuintes em questão utilizaram de forma abusiva do direito para o planejamento tributário, conforme segue:

[...] FIP. AUSÊNCIA DE FINALIDADE NEGOCIAL. Desprovido de finalidade negocial o Fundo de Investimento em Participação • FIP, constituído por uma única investidora, com um único investimento ao qual não foi aportado qualquer investimento adicional ou ato de gestão visando seu crescimento/desenvolvimento ou saneamento e cuja permanência no FIP durou alguns dias. FIP. DESCONSIDERAÇÃO. LEGALIDADE. É desprovida de base a acusação de que a desconsideração do FIP afronta ao princípio da legalidade, dado que foi devidamente avaliado que a interposição do FIP no lugar da atuada tratou-se de manobra para evadir tributação de ganho de capital. (Brasil, 2019)

Desta forma, é possível concluir que houve mudança de posicionamento nas decisões do CARF, porquanto a nova tendência não considera a argumentação do paradigma de 2018, ou seja, não enxerga finalidade negocial ou conteúdo econômico na própria economia de tributos pelo contribuinte.

### **3. O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COMO FORMA DE REDUÇÃO DE CUSTOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA**

É notório que muito dos custos da atividade econômica exercida pelas empresas advém do pagamento de tributos. Assim, para que a atividade de qualquer indivíduo ou pessoa jurídica seja realizada de forma otimizada e seguindo as diretrizes da autonomia da vontade e livre iniciativa, as pessoas e empresas poderiam, em tese, procurar toda forma de redução de custos na prática de sua atividade.

Em razão da importância e representatividade dos tributos nas despesas de forma geral, devem as pessoas físicas e jurídicas ficar atentas também às normas jurídicas, visando a confecção da melhor estrutura tributária para alcançar o fim desejado.

Desta feita, o planejamento tributário se torna uma ferramenta cada vez mais importante, senão indispensável para a continuidade dos empreendimentos e redução marginal dos custos de operação.

Sobre a liberdade e limites do planejamento tributário, pontua a doutrina de Leandro Paulsen:

“Princípios como o da autonomia da vontade e da livre iniciativa são relevantes e por vezes decisivos na interpretação e aplicação das normas tributárias para a identificação do âmbito de aplicação de determinados dispositivos como o parágrafo único do art. 116 do CTN. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de

dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, mas jamais impedir as pessoas jurídicas de realizarem planejamento tributário que lhes indique a manutenção de estrutura e a realização de negócios com menor custo tributário.” (2020, p.293)

Assim, há de se observar os limites entre a legalidade do planejamento tributário como forma de elisão fiscal e os atos e negócios jurídicos considerados como atentatórios ou abusivos, os quais poderiam configurar a evasão de tributos, o que se verá a seguir.

#### **4. A LEGALIDADE NO DIREITO TRIBUTÁRIO**

O princípio da legalidade, posto no art. 5º, inciso II, da Constituição, preceitua que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988).

Além disso, de acordo com Paulo de Barros Carvalho:

“Sabemos da existência genérica do princípio da legalidade, acolhido no mandamento do art. 5º, II, da Constituição. Para o direito tributário, contudo, aquele imperativo ganha feição de maior severidade, como se nota da redação do art. 150, I: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – Exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.*” (2010, p. 206)

Denota-se então que o princípio da legalidade constitucional no direito tributário se origina nos dois artigos acima citados, mas, ainda conforme explica Paulo de Barros Carvalho (2010), a estrita legalidade mencionada no art. 150, I, da Constituição Federal ainda demonstraria a tipicidade tributária, ou seja, conforme o texto constitucional, a obrigação tributária só seria constituída com a subsunção exata de um fato à norma preexistente.

Além da legalidade constitucional, o art. 97 do Código Tributário Nacional coaduna com a posição legalista anteriormente aduzida, uma vez que reforça a necessidade da existência de lei para criar e alterar diversas obrigações tributárias ao sujeito passivo.

Como ensina a doutrina de Eduardo Sabbag (2020), o princípio da legalidade no direito tributário poderia também ser denominado de outras formas, como princípio da estrita legalidade, princípio da tipicidade fechada, princípio da tipicidade regrada ou ainda princípio da reserva legal.

Sobre a legalidade e tipicidade tributária, Paulo de Barros Carvalho ainda afirma o seguinte:

A tipicidade tributária significa a exata adequação do fato à norma, e, por isso mesmo, o surgimento da obrigação se condicionará ao evento da subsunção, que é a plena correspondência entre o fato jurídico tributário e a hipótese de incidência, fazendo surgir a obrigação correspondente, nos exatos termos previstos em lei. Não se verificando o perfeito enquadramento do fato à norma, inexistirá obrigação tributária. Nesse percurso, ou ocorre a subsunção do fato à regra, ou não ocorre, afastando-se terceira possibilidade.

Perfaz-se aqui a eficácia da lei lógica do terceiro excluído. Por outro lado, ocorrido o fato, a relação obrigacional que nasce há de ser exatamente aquela estipulada no consequente normativo. (2010, p. 594)

Desta forma, estabelecida a hierarquia da Constituição Federal de 1988 e os posicionamentos descritos até aqui, é possível inferir que o princípio da legalidade pauta as relações jurídicas tributárias, devendo ser observado com máxima reverência pelos operadores do direito, que devem levar em consideração as características intrínsecas que permeiam a norma tributária e seus princípios.

#### **4.1 Elisão e evasão fiscal**

De início, devem ser diferenciadas as práticas de elisão e evasão fiscal, para que seja possível inferir seus limites em relação à legalidade.

Conforme Marco André Ramos Vieira:

“Enquanto a evasão fiscal é uma conduta ilícita praticada pelo sujeito passivo para que ele pague menos tributo, a elisão é a prática de uma conduta não proibida pelo ordenamento jurídico. Na evasão, o fato gerador ocorre, mas o sujeito passivo pratica atos para evitar que tal fato chegue ao conhecimento da autoridade fiscal. Diferentemente, na elisão o sujeito passivo atua para que não haja subsunção às hipóteses de incidência, impedindo que a tipicidade tributária surja.” (2014, p. 158-159)

Assim, pressupõe-se que a evasão fiscal, da forma como é colocada em relação à legalidade, necessitaria da existência de lei anterior constituindo determinada obrigação tributária e a previsão de uma consequência na sua não observância, sendo que a partir da existência dessa norma, o contribuinte, para caracterizar evasão fiscal, teria de praticar conduta ilegal, como fraude ou omissão de documentos ao fisco, com o objetivo de evadir-se do pagamento de tributo.

Diferentemente da evasão, a elisão fiscal tem como substrato o efetivo planejamento tributário lícito, anterior ou posterior à ocorrência do fato gerador, mas que gere otimização no pagamento de tributos sob o ponto de vista da economia tributária e da liberdade e autonomia na condução dos negócios, sem que para isso haja qualquer insurgência à prática de atos ilícitos.

O problema maior, nesse caso, é a interpretação de quais seriam os limites dos atos lícitos, porquanto com a alteração de posicionamento do CAREF, o que antes era considerado legal podem hoje ser interpretado como atentatório ou abusivo ao direito, com a possibilidade de desconsideração de atos ou negócios jurídicos, criando uma nova perspectiva em relação à legitimidade e liberdade dentro da organização tributária das pessoas e empresas.

## **4.2 Norma antielisiva genérica**

No ano de 2001 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do parágrafo único do art. 116 do CTN, a norma geral antielisiva, *in verbis*:

[...] Parágrafo único: A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Brasil, 1966).

### Segundo Marco André Ramos Vieira:

Apesar de referir-se expressamente à dissimulação, a intenção do legislador ao inserir o parágrafo único ao art. 116 do CTN era outra. Na justificação do anteprojeto da LC 104/2001, procurava-se evitar o abuso de forma ou a falta de propósito negocial com o desiderato de pagar menos tributo. Com isso, almeja-se alterar o paradigma utilizado no direito tributário, supera-se a fase da tipicidade cerrada e avança-se para a fase da interpretação segundo a finalidade da norma jurídica. (2014, p. 159)

Apesar da intenção do legislador, ainda segundo Marco André Ramos Vieira (2014), o art. 116, parágrafo único, não seria norma autoaplicável, uma vez que, conforme o próprio texto do dispositivo legal, os procedimentos para sua aplicação deverão ser estabelecidos por lei ordinária, carecendo, até o momento, de regulamentação própria para sua eficaz utilização.

Acerca da desconsideração dos negócios jurídicos, ensina Paulo de Barros Carvalho:

Se considerarmos os valores máximos acolhidos por nosso Texto Constitucional, principalmente em termos de tributação – segurança e certeza – que sustentam os cânones da legalidade e da

tipicidade, torna-se extremamente problemático captar a figura da desconsideração do negócio jurídico, em especial tomando como critério o “abuso de direito” e a “fraude à lei”, aludindo as noções de ordem econômica. São procedimentos e conceitos que devem respeitar esses princípios, especialmente ao tratar de matéria de imposição tributária. (2010, p. 595)

Assim, a chamada norma antielisiva genérica, em não sendo autoaplicável e na falta de regulamentação procedimental que a torne eficaz, padece de melhor conceituação legal, não parecendo invalidar a observância de outros princípios do direito tributário, principalmente no que tange à legalidade, levando em consideração a segurança jurídica e a previsibilidade de tributação do contribuinte.

## **5. A TEORIA DO PROPÓSITO NEGOCIAL E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Desta forma, conforme esclarecido durante o presente artigo, o CARF, em seus últimos julgamentos, vem entendendo pela aplicação da teoria do propósito negocial para desconsiderar negócios jurídicos que tem por finalidade a dissimulação do fato gerador ou da constituição da obrigação tributária.

A autorização para que a autoridade administrativa faça essa desconsideração do negócio jurídico teria origem na norma antielisiva genérica do parágrafo primeiro do art. 116 do Código Tributário Nacional.

Porém, importante ressaltar a diferença da “dissimulação” e simulação, conforme ensina

Marco André Ramos Vieira:

Para incluir um dispositivo antissimulação não era necessário alterar o art. 116 do CTN, já que para atos simulados, a autoridade fiscal já tem mecanismos suficientes para realizar o lançamento, conforme previsto nos arts. 118, 148, 149, VII e 150, § 4º, do CTN. (2014, p. 159-160)

Desta forma, sendo a intenção do legislador criar norma para combater a elisão e restando claro na própria norma que esta deveria ser regulamentada por meio da edição de lei ordinária, faltaria, no momento, material legislativo para que se possa aplicar a regra da forma como se almeja.

Assim, ante a legalidade estrita em que o direito tributário é pautado por essência, parece prematuro chegar a um posicionamento consolidado sem que exista maior debate e insumos legais para uma definição concreta.

Sobre a ilicitude no direito tributário, afirma Paulo de Barros Carvalho:

A localização de um ou outro ilícito exige, como requisito essencial, norma válida no sistema, que, em termos objetivos, fundamenta a figura da ilicitude no Direito. A partir do enunciado normativo válido é que o exegeta vai encontrar substrato para depreender desrespeito aos princípios constitucionais da (ii) segurança jurídica, (iii) certeza de direito (iv), estrita legalidade e

(v) tipicidade, em afronta direta à estrutura de repartição de competências tributárias realizada pela Constituição. Estão nesses elementos a figura do ilícito do abuso de direito e da fraude à lei. (2010, p. 595-596)

Além da legalidade, deve-se levar em consideração mais um quesito essencial ao direito, que é o princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica, nas palavras de Humberto Ávila:

O princípio da segurança jurídica demanda que o Direito seja compreensível, confiável e calculável o que só ocorre quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente. (2019, p 76)

Desta forma, além da legalidade, deve também a segurança jurídica ser levada em consideração na interpretação das normas tributárias, inclusive no que diz respeito às mudanças jurisprudenciais, uma vez que garante previsibilidade diante das complexas e incontáveis regras, evitando interpretações divergentes tanto pelo agente fiscal como para os contribuintes e possibilitando o melhor planejamento dos negócios jurídicos como um todo.

Assim, não há como afirmar com a devida certeza de que a utilização da teoria do propósito negocial seria de fato o melhor caminho para a tão buscada justiça.

## 6. CONCLUSÃO

Considerando então a importância do planejamento tributário para os indivíduos e empresas, no sentido de não incorrer em ilegalidade devidamente tipificada, há inúmeras consequências de ordem legal e econômica na alteração de entendimento pelos tribunais administrativos responsáveis que afetam diretamente os contribuintes, e por conseguinte, podem ameaçar a segurança jurídica no âmbito do direito tributário.

Assim, diante de todos os fatos expostos acerca da utilização da teoria do propósito negocial pelo CAREF, infere-se, infelizmente, que a matéria está longe de ser esgotada, uma vez que há grande polêmica tanto na interpretação da legislação quanto à regulamentação legal que ainda não ocorreu.

Existe, portanto, uma divergência que poderá ser resolvida pela jurisprudência na mudança da interpretação ou pelo legislador no preenchimento das lacunas legais, porém, ainda não há informação suficiente ou matéria prima que embase uma posição definitiva.

Assim, pode-se concluir que, na falta desses detalhes, talvez o melhor e mais justo caminho a ser seguido deva ser aquele envolto pela maior prudência em relação à utilização de teorias não regulamentadas ou de diferentes interpretações no âmbito tributário, porquanto o direito tributário, entre outras qualidades basilares, possui a legalidade constitucional e a legalidade estrita como máximas de mais alto rigor, não permitindo grande margem para relativização.

## 7. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. 1. ed. – São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Acórdão nº 1401-002.835. Processo nº 16327.721148/2015-23. Recurso Voluntário. Recorrente: Sofisa Serviços Gerais de Administração Limitada. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator(a): Daniel Ribeiro Silva. Brasília, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em 01 set. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Acórdão nº 2301-005.933. Processo nº 10380.725189/2017-20. Recurso Voluntário. Recorrente: Maria Elisa Telles Figueiredo. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator(a): Juliana Marteli Fais Ferriato. Brasília, 14 de março de 2019. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Acórdão nº 1402-003.815. Processo nº 10980.720496/2017-55. Recurso Voluntário. Recorrente: Atila Pneus Ltda.

Recorrido: Fazenda Nacional. Relator(a): Leonardo Luis Pagano Gonçalves. Brasília, 20 de março de 2019. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Acórdão nº 1302-003.555. Processo nº 11065.002498/2008-72. Recurso Voluntário. Recorrente: AGCO do Brasil Comércio e Indústria Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator(a): Rogério Aparecido Gil. Brasília, 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em 03 set. 2020.

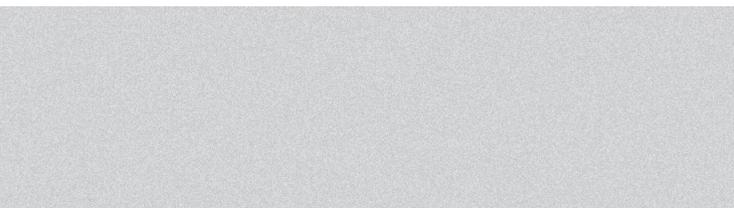
BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Acórdão nº 1302-003.556. Processo nº 11065.722968/2012-02. Recurso Voluntário. Recorrente: AGCO do Brasil Comércio e Indústria Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator(a): Rogério Aparecido Gil. Brasília, 14 de maio de 2019. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em 03 set. 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário essencial**. 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

VIEIRA, Marco André Ramos. **Direito tributário definitivo**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# O PAPEL DA *RATIO DECIDENDI* NA CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES<sup>1</sup>

Darlan Agomar Minosso

**RESUMO** O presente artigo científico, tem como escopo a análise da importância da *ratio decidendi* na formação e concretização de um sistema de precedentes, típico dos países de *common law* em um país de *civil law*, como o Brasil, cujas origens estão no direito romano/canônico. A pretensão é aferir a relevância da justificação das decisões dentro do sistema jurídico, na busca pela formação dos precedentes cujas razões deverão estar revestidas de um caráter vinculante na busca de segurança jurídica e equidade.

**Palavras chave:** *ratio decidendi*, justificação, precedentes, casos difíceis, vinculação, segurança jurídica, equidade.

---

1 Trabalho apresentado como requisito parcial para aprovação na Disciplina Jurisdição Constitucional e Processo do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Professor Dr. Willian Pugliese

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

### - A aproximação entre sistemas

Já há muito a doutrina, tanto no Brasil quando em países de origem anglo-saxã, vem concluindo que há uma evidente superfície de contato, ou melhor dizendo, uma área de intersecção entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, com modificações e adoções de práticas comuns de ambos os lados.

Ao falar do papel da interpretação no direito, no intuito de *precisar contextualizar o seu significado*, Daniel Mitidiero afirma:

“Trata-se de um debate teórico cuja principal característica é a sua generalidade, isto é, seu caráter transordenamental. Daí a razão pela qual foi capaz de envolver juristas de diferentes mundos, provocando um diálogo entre a *Civil Law* e o *Common Law* e uma conseqüente interpretação dessas tradições, rendendo frutos que aproveitam igualmente a ambas.”<sup>2</sup>

No Brasil, esta intersecção ocorre de forma mais perceptível no campo dos precedentes, o que vem se dando de maneira gradual e tomou contornos materialmente relevantes com a edição no Código de Processo Civil de 2015, através da imposição legal do desenvolvimento de um sistema de precedentes com *animus* vinculativo.

---

2 MITIDIERO, Daniel; *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 3ª ed., 2018, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 55.

As normas contidas, *v.g.*, nos artigos 489, 926, 927, 947, 976 a 987, do CPC/15, bem demonstram a intenção legislativa no sentido de reconstruir o sistema jurídico pátrio, no que pertine à sistemática de precedentes, a bem da verdade, antes inexistente.

Ocorre que, para a correta interpretação da norma, seja pautada na lei ou em decisões anteriores, revestidas de um caráter vinculativo, expressa através da racionalidade da justificação de maneira a trazer coerência ao sistema jurídico vigentes, resulta de extremada relevância a construção das decisões paradigmáticas a partir da *ratio decidendi* coerente e universalizável.

Mitidiero, neste sentido leciona:

“Para que esse processo de permanente determinação do direito possa ser realizado de forma segura, é preciso que seja empreendido de forma racional seja do ponto de vista da atividade interpretativa, seja do ponto de vista do seu resultado. Em outras palavras, a fim de que exista uma segura densificação do direito é preciso que a interpretação seja racional. Sem racionalidade não há como realizar um controle intersubjetivo das razões invocadas pelo intérprete para suportar as suas decisões diante das dúvidas interpretativas surgidas em face do direito aplicável.”<sup>3</sup>

Neil MacCormick acerca da necessidade e importância da justificação na formação do sistema, a partir de um viés científico, afirma, *in verbis*:

---

3 *Idem*, pág. 63

“Em termos simples, as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico. Em nossos casos-problemas, elas devem ser baseadas em deliberações que façam sentido no contexto do sistema jurídico. E, exatamente como a justificação científica envolve a verificação de uma hipótese em comparação com outra e a rejeição da que não passar nos testes pertinentes, assim também (como argumentarei) a justificação de segunda ordem no direito envolve a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, bem como a rejeição daquelas que não satisfazem testes preliminares – sendo que estes tratam do que faz sentido no mundo e do que faz sentido no contexto do sistema.”<sup>4</sup>

Neste viés, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa diz que *“Um dos temas mais importantes a ser estudado na doutrina dos precedentes é em relação à ratio decidendi e à obter dicta, ou o modo como se definem quais os motivos determinantes da decisão que vinculam os casos subsequentes.”* Mais adiante, ainda completa afirmando que *“A ratio decidendi de uma decisão nos sistemas de common law é o que vai criar um precedente vinculante nas decisões seguintes[...].”*<sup>5</sup>

Não à toa, Jürgen Habermas afirma que *“[...]a teoria do direito continua sendo, em primeira linha, teoria da jurisdição e*

---

4 MACCORMICK, Neil; *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 1ªed, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pág. 131.

5 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 216/217.

*o do discurso jurídico*”<sup>6</sup>, pois é neste fórum que se retroalimenta o sistema, com um olhar nas decisões passadas, sem descuidar da utilização destas razões nas decisões futuras.

Assim, o que se pretende no presente artigo científico é demonstrar que a construção do sistema de precedentes, está umbilicalmente ligada a justificação racional de maneira a construir dentro do arcabouço normativo, um repertório de decisões interligadas como no romance em cadeia de Dworkin, na busca da garantia de um ordenamento jurídico coerente, íntegro e estável, dando brilho a segurança jurídica e a igualdade.

## 2. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA

Antes de mais nada, é necessário consignar que, anteriormente à edição da lei 13.105/2015, o ordenamento jurídico brasileiro não possuía um sistema de precedentes, contudo, já vinha caminhando à passos largos rumo a sua concretização.

Destaca-se também que, como é de sabença comum, a utilização de precedentes como fonte normativa primária, em regra, não é característica inata dos países com tradição na *civil law*.

De qualquer sorte, já há tempos o Brasil vem adotando uma gradual tendência no sentido de atribuir certo caráter paradigmático, ou pelo menos detentor de alguma força normativa capaz de indicar um caminho para casos similares, sem

---

6 HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia, Entre facticidade e validade*, Vol 1, Rio de Janeiro, 1997, Ed. Tempo Brasileiro, pág. 245.

contudo, deter força vinculativa.

Desde o Código de Processo Civil de 1939, já havia previsão de recursos destinados ao controle de erros e acertos porventura cometidos pelos órgãos jurisdicionais, como técnicas repressivas, *v.g.* os embargos de nulidade ou embargos infringentes para reexame de julgamentos não unânimes (artigos 808, II e 833); recursos de revista para o exame de divergência ocorrida em julgamento sobre o “direito em tese” (808, I e 853), e o recurso extraordinário para o controle da aplicação da lei Federal e da Constituição junto ao Supremo Tribunal Federal (artigos 101, III, CF/37 e 808, VI, CPC/39)<sup>7</sup>

O Supremo Tribunal Federal, através de emenda ao seu Regimento Interno criou as súmulas de jurisprudência, concebidas como enunciados gerais e abstratos, funcionando como um “método de trabalho” direcionado aos próprios Ministros da Corte. Tratava-se de forma de permitir o controle da interpretação efetuada pelas instâncias ordinárias, constituindo um “horizonte de jurisprudência para orientação dos seus Ministros.”<sup>8</sup>

Como se observa, era um sistema eminentemente repressivo, visando compor divergências ou controlar equívocos na aplicação do direito, ou seja, “[...] *seria suficiente para promover a uniformidade do direito, na medida em que a orientação do comportamentos sociais teria a sua tônica na legislação, a qual é apenas declarada pelo órgão judicial para solução do*

---

7 MITIDIERO, Daniel; *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 3ª ed., 2018, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 76.

8 *Idem*.

*caso concreto.*<sup>9</sup>

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, houve uma gradual modificação, com a manutenção das técnicas repressivas anteriores, incorporando-se o recurso especial e os embargos de divergência, contudo, instituindo-se também as técnicas preventivas, através do incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476), com vistas a “[...]obter um pronunciamento prévio que evitasse um interpretação inadequada da questão pelo órgão encarregado de seu julgamento.”<sup>10</sup>

Com posteriores reformas, ainda na busca por mais adesão à jurisprudência, o artigo 557 do CPC de 1973 outorgava maiores poderes ao relator para a realização de julgamentos monocráticos, assim como permitiu os julgamentos liminares de improcedência previstos no artigo 285-A e também o não recebimento de recursos de apelação, nas hipóteses de sentença fundada em súmulas impeditivas de recursos (art. 518, §1º), bem como, a instituição das súmulas vinculantes, através da Emenda Constitucional 45 de 2004, que passaram a ter a função de determinar o conteúdo das decisões.<sup>11</sup>

Aqui se trata de um divisor de águas vez que as súmulas, mais do que mero caráter de orientação para os próprios Ministros de determinada Corte superior, “[...]passaram a veicular normas para todo o Poder Judiciário e para toda a Administração Pública. Em outras palavras, assim como ocorreu com

---

9 *Ibidem.*

10 MITIDIERO, Daniel; *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 3ª ed., 2018, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 77.

11 *Idem.*

*a jurisprudência, também as súmulas adquiriram uma feição preventiva – evitar julgamentos desconforme à jurisprudência assentada.”<sup>12</sup>*

Neste período se passa a falar em jurisprudência dominante, ou seja, incorporando funções preventivas, assim como, as súmulas evoluem para súmulas impeditivas de recursos e súmulas vinculantes.

É mister consignar que neste ambiente em que, por determinação legal, apenas o dispositivo das decisões faz coisa julgada e súmulas são axiomas, ou melhor, textos normativos não muito longe de tipos legais, as razões de decidir, ou seja, a justificação em si, não possui a relevância que se observa em ambientes onde vige um sistema de precedentes vinculantes.

Neste contexto, o Código de Processo Civil de 2015 insere no ordenamento jurídico uma nova ordem normativa acerca dos precedentes, onde a *ratio decidendi* ganha status de extrema relevância na construção desse sistema tendo em vista a necessidade da atribuição de um caráter vinculativo para algumas decisões.

Destaca-se o contido no artigo 926 do Código de Processo Civil, “*in verbis*”:

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais

---

12 *Ibidem.*

editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

Em primeiro lugar é evidente a opção legislativa, ao falar em estabilidade, coerência e integridade, por um marco teórico, com visível inspiração em Neil MacCormick e Ronald Dworkin, com concreto caráter indicativo do norte a ser perseguido.

Em segundo lugar, o parágrafo primeiro do dispositivo legal, fala em edição de enunciados e súmulas correspondentes à jurisprudência dominante, para finalmente, no parágrafo segundo, enunciar as circunstâncias fáticas que motivaram a criação dos precedentes, ou seja, aqui se está claramente tratando da construção de um sistema de precedentes a partir da sua justificação racional com força vinculante.

Isso porque, se mais do que apenas a edição de súmulas e enunciados baseados em jurisprudência dominante, aqui se fala que os Tribunais devem se ater as circunstâncias fáticas que motivaram a criação do precedente, há uma evidente necessidade de se observar as razões de decidir do caso concreto que levam a determinada conclusão.

Estefânia Barboza traz luz ao tema, senão vejamos:

*“Desse modo, torna-se necessário definir, com certo grau de precisão, o que é a ratio decidendi (extracted element) e o que significa a importância desse extrato nos sistemas que adotam a teoria de precedente vinculante. Assim, percebe-se que nos*

*sistemas de common law, grande parte das discussões sobre os precedentes envolve o problema do que significa ratio decidendi de um caso e como a ratio decidendi é estabelecida.*

[...]

*Estabelecendo-se o princípio ou a norma determinante de um caso e excluindo-se todos os dicta, o último passo a ser dado é o de determinar quando será um precedente vinculante para os casos vindouros cujos fatos sejam aparentemente similares. Segundo Godhart, isso envolve uma dupla análise, primeiro é preciso determinar os fatos essenciais no caso do precedente e depois achar aqueles essenciais no caso subsequente. Se os fatos forem idênticos, então o primeiro caso é um precedente vinculante do segundo e o Tribunal deve chegar à mesma conclusão a que chegou o primeiro. Se faltarem fatos essenciais ao primeiro caso ou se houver fatos que não existam no segundo caso, então não se estará diante de um precedente direto.*

*[...]Dessa forma, em precedentes análogos, a ratio decidendi do caso pode ser descrita como a razão de decidir o caso.”<sup>13</sup>*

Nesta toada, parece claro que o caráter vinculativo do precedente está na *ratio decidendi*, que forma o conteúdo normativo da decisão a ser observada dentro do sistema, com olhos no passado para direcionamento das decisões futuras de caráter universalizável.

Segundo Willian Pugliese, “[...]o *Direito produzido*

---

13 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 220/221.

*pelos tribunais forma uma moldura de raciocínio prático que orienta a organização social. [...] O valor do precedente está na sua argumentação e na sua capacidade de desenvolver ou revelar o Direito, preservando sua coerência.”<sup>14</sup>*

Mitidiero, nesse mesmo sentido defende que:

“Ser fiel ao precedente significa respeitar as razões necessárias e suficientes empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada questão de um caso. Significa, portanto, respeito à ratio decidendi, isto é, às razões necessárias e suficientes constantes da justificação judicial ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso.”<sup>15</sup>

Afirma ainda que a eficácia vinculante do precedente decorre “[...]da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisprudência como função básica do Estado.”<sup>16</sup>

Assim, no próximo o capítulo diz com o brocardo em latim “*stare decises et nom quieta mover*”, que se pode traduzir como: mantenha-se o que foi decidido e não se disturbe a paz<sup>17</sup>,

---

14 PUGLIESE, William Soares, *Princípios da Jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, pág. 82.

15 MITIDIERO, Daniel; *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 3ª ed., 2018, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 92.

16 *Idem*, pág. 93.

17 Brian Bix, *A Dictionary of Legal Theory*. Oxford University Press, 2004, pág. 204-205.

doutrina que ainda se pretende ver utilizada no Brasil, na busca pela estabilidade do sistema, dando brilho a segurança jurídica e a igualdade.

### 3. TRATANDO CASOS IGUAIS DE FORMA IGUAL

Não é novidade que dentro do sistema de *civil law* desenvolvido no Brasil, com sua pulsante legiferância, aliado a forma peculiar como aqui se justificam as decisões judiciais, resultam num grave problema de segurança jurídica.

Parte deste problema reside na outorga da tutela jurisdicional de forma desigual, trazendo instabilidade e insegurança para o sistema, na medida em que decisões de casos idênticos são proferidas de forma completamente desigual.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

*“A segurança jurídica, postulada na tradição do civil law pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, há muito estabelecido para assegurar essa mesma segurança no ambiente do common law, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada e, exatamente por isso, fez surgir o princípio, inspirador do stare decisis, de que os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (treat like cases alike).*

*Embora deva ser no mínimo indesejável para um Estado Democrático dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas ou fossem*

*admitidas por serem inevitáveis.”<sup>18</sup>*

A segurança jurídica, segundo Marinoni, como estabilidade, demonstra *continuidade da ordem jurídica* e mais do que isso, previsibilidade das consequências jurídicas das condutas como base de um “Estado de Direito”, razão pela qual a doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado “[...]conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”.<sup>19</sup>

Para MacCormick, *as deliberações legais são normativas*, ou seja, não são como relatos contidos na legislação, mas servem para fixar padrões de comportamentos, assim como, *não descobrem as consequências de determinada condição*, vez que servem para ordenar quais serão as consequências que seguirão à determinada condição e ainda, não nos apresentam um modelo *do mundo mas para o mundo*.<sup>20</sup>

Daniel Mitidiero afirma que a força vinculante do precedente judicial não depende da manifestação específica do direito positivo, vez que e se trata de uma consequência de determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser dado à interpretação.

Ainda leciona, “*in verbis*”:

---

18 MARINONI, Luiz Guilherme, Precedentes obrigatórios, pág. 78/79, Revista dos Tribunais. Edição do Kindle, 2020.

19 Idem, pág. 93.

20 MACCORMICK, Neil; *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 1ªed, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pág. 132.

“A vinculação ao precedente resulta, pois, da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especificamente, do valor que deve ser dado à liberdade, à igualdade e à segurança jurídica. Isso quer dizer que a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinada regra de direito positivo reconhece a eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais – como ocorre como art. 927 do CPC. O precedente uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de identificação da norma aplicável a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela segurança jurídica objetivamente considerada, como elemento indissociável da cognoscibilidade.”<sup>21</sup>

Como se observa, a força vinculante dos precedentes traz segurança jurídica ao sistema e como consequência, dá brilho ao princípio da igualdade ao passo que, a recusa da aplicação do precedente judicial, se traduz em recusa de vinculação do próprio Direito.

Por essa razão, Mitidiero, categoricamente destaca ser imprescindível a vigência da regra do *stare decises* como condição *sine qua non* do Estado Constitucional, concluindo que “[...]a fidelidade ao precedente é o meio pelo qual a ordem jurídica ganha unidade, tornando-se um ambiente seguro, livre e isonômico, predicados sem os quais nenhuma ordem jurídica

---

21 MITIDIERO, Daniel; *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 3ª ed., 2018, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 94.

*pode ser reconhecida como legítima.*<sup>22</sup>

Estefânia Barbosa, sobre a equidade afirma que “*A técnica formal da razão do common law promove, segundo Dworkin, o valor da integridade, de tratar os indivíduos com igual respeito e consideração, o que na prática dos precedentes é possível por meio do treat like cases alike.*”<sup>23</sup>

## 4. A INTEGRIDADE DO DIREITO

Ronald Dworkin alerta, ao diferenciar coerência e integridade, que não se trata apenas de repetir casos anteriores de forma idêntica, mas sim, analisar o caso concreto com base em princípios orientadores do direito em determinado ordenamento como um todo sistêmico, senão vejamos:

“Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhante. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medi-

---

22 *Idem*, pág. 95

23 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 249.

da do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.”<sup>24</sup>

Neste contexto, Dworkin desenvolve a figura do romance em cadeia, em que cada juiz escreve um capítulo desta “obra literária”, sempre observando os capítulos anteriormente escritos, contudo, com um olhar para os futuros capítulos que serão escritos por seus pares nesta cadeia.

Do texto, por clara pertinência, se extai literalmente:

“Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.[...] Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da

---

24 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pág. 263/264.

melhor qualidade possível”<sup>25</sup>

É nesse sentido a noção de integridade trazida pelo autor, vez que toda a construção do sistema se dá com vista a um objetivo unificador. Observa ainda, que o romance escrito à muitas mãos, embora seja único, deve ser construído com absoluta observância de pluralidade de autores, conforme se vê, “*in verbis*”:

“Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.”<sup>26</sup>

Sobre o *romance em cadeia* de Dworkin, Estefânia Barbosa afirma:

“A partir da ideia de direito como integridade e na busca de coerência das decisões, Dworkin vai fazer uma analogia com a literatura, criando um gênero literário artificial que vai chamar de romance em cadeia.

O romance em cadeia exige que cada autor, ao

---

25 *Idem*, pág. 276.

26 DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, pág. 276.

escrever um novo capítulo, interprete tudo o que foi escrito até então, com a compreensão ‘de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando do outro’, ou seja, deve ter em vista que está diante da criação de um único romance, como se fosse ora de um único autor. Isso exige uma avaliação geral da sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve.”<sup>27</sup>

Neste contexto, Estefânia entende que o modelo do *romance em cadeia* de Dworkin, pode muito bem ser aplicado nos sistemas de *civil law* como no Brasil, principalmente em se tratando de Jurisdição Constitucional, pois se trata de uma busca de significado dos princípios e direitos fundamentais não expressos no texto constitucional.

Por tal razão esclarece que “*Nessa perspectiva, cada novo juiz [...]dever ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, [...]para ‘chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou um opinião sobre o romance coletivo escrito até então.’*”<sup>28</sup>

Sob esta lógica, é imperioso concluir que, se é a partir da interpretação da *ratio decidendi* das decisões anteriores que se constrói o encadeamento de ideias de um sistema jurídico íntegro, o próprio sistema está umbilicalmente ligado a qualidade da justificação das suas decisões.

---

27 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 253.

28 *Idem*, pág. 254.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observou ao longo do texto, o Brasil caminha a passos largos ao encontro da construção de um sistema de precedentes, típico do *common law*, mesmo tendo sido incorporado ao ordenamento, desde sua gênese, através da edição de leis e da codificação de métodos, de acordo com o sistema de *civil law*.

Não se está aqui defendendo que o Brasil está se tornando um país *se common law*, ou que um sistema seja melhor ou pior que o outro. Contudo, o que se defende é que, da forma como vinha sendo praticado, antes da edição do Código de Processo Civil, a discricionariedade do julgador, expressa na forma da construção claudicante da *ratio decidendi*, estava se demonstrando de tamanha relevância que, culminando por insegurança jurídica e desigualdade ao sistema, em flagrante afronta ao Estado de Direito.

Assim, a reconstrução do sistema jurídico, a partir da construção de um sistema de precedentes vinculantes, com base na doutrina do *stare decises*, observando a integridade do ordenamento, através de uma justificação racional e universalizável, certamente trará reflexos futuros na estabilização das relações e pacificação social através da igualdade e segurança jurídica.

Em razão da exiguidade do espaço destinado ao presente artigo, não foram abordados temas como a diferenciação entre jurisprudência, jurisprudência dominante, súmulas, súmulas vinculantes e precedentes, assim como, quais são os órgãos competentes para a elaboração de cada uma dessas figuras.

Também não foi possível aprofundar o tema acerca da teoria da argumentação, que evidentemente traria mais luz para o trabalho, mas o tema que certamente deverá ser objeto de um artigo próprio no futuro, é a aplicação da sistemática dos precedentes não como norma exclusivamente de processo civil, mas da teoria do direito, aplicável a todos os seus ramos.

Cabe ainda esclarecer que, mesmo nos temas abordados, não havia a pretensão de esgotamento, diante da fertilidade e profusão de trabalhos doutrinários já existentes.

Contudo, o que se extrai de positivo é a conclusão de que o próprio legislador, ao optar por editar leis com profundo marco teórico, assim como imposições de caráter claramente vinculativo no sistema de precedentes, cujo mote está fortemente ligado a justificação racional, trará grande evolução ao ordenamento jurídico como um todo.

Não se pode olvidar, porém, que a simples edição de leis não é capaz de transformar, ou como afirma Mitidiero, reconstruir o sistema, cuja prática estabelecida na norma, demanda uma constante atenção dos operadores do direito.

## **6. REFERÊNCIAS**

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Jürgen, Direito e Democracia, Entre facticidade e validade, Vol 1, Rio de Janeiro, 1997, Ed. Tempo Brasileiro

MACCORMICK, Neil; *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, 1ªed, Martins Fontes, São Paulo, 2006.

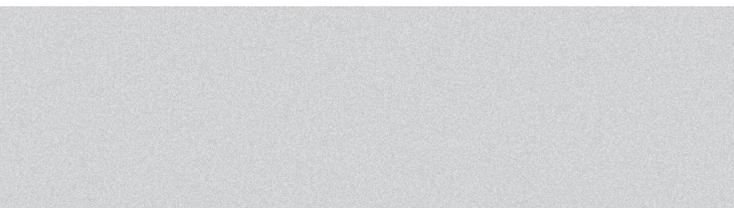
MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. In: *Revista de processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 34, n. 172, jun. 2009, pp. 175-232 [206-207].

MARINONI, Luiz Guilherme, *Precedentes obrigatórios*, pág. 78/79, *Revista dos Tribunais*. Edição do Kindle, 2020.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2016.

PUGLIESE, William Soares. *Princípios da Jurisprudência*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.



REVISTA JURÍDICA  
DA ESCOLA  
SUPERIOR  
DE ADVOCACIA  
DA OAB-PR

# **A REABILITAÇÃO JUDICIAL: REAFIRMANDO A EXIGÊNCIA DO ARTIGO 8º, PARÁGRAFO 4º, DO EAOAB<sup>1</sup>**

**Kleber Cazzaro<sup>2</sup>**

**Rafaela Polydoro Küster<sup>3</sup>**

- 
- 1 Este artigo é fruto do voto divergente proferido pela relatoria do Conselho Estadual da OAB PR Kleber Cazzaro, nos autos do Processo n. 17148/2018, julgado pelo Conselho Pleno da OAB PR, em Reexame Necessário, no dia 18/12/2021.
  - 2 Conselheiro Estadual e membro da Câmara de Seleção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG/PR. Membro fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual. Doutor em Ciências Jurídicas UNIVALI/SC. Advogado processualista. OAB/PR n. 25.962.
  - 3 Conselheira Estadual e integrante da Câmara de Seleção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná. Vice-Presidente da Comissão de Direito Securitário OAB PR. Advogada especialista em Administração Legal pela FGV/SP, pela Fundação Dom Cabral em Programa de Desenvolvimento de Novos Negócios e com MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela FGV/PR. OAB/PR n. 45.057.

**Resumo:** O presente artigo expõe a indispensável exigência e a imprescindível comprovação da reabilitação judicial para obter inscrição de advogado nos quadros da OAB de todo bacharel que for declarado inidôneo por força do artigo 8º, parágrafo 4º, do EAOAB.

**Palavras-chave:** Estatuto da OAB. Inscrição como advogado. Crime infamante. Condenação. Trânsito em julgado. Reabilitação judicial. Comprovação. Imprescindibilidade.

## 1. INTRODUÇÃO

**T**odo o bacharel em direito que pretenda se inscrever como advogado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil necessita satisfazer a todos os requisitos exigidos pelo artigo 8º, da Lei Federal n. 8906/1994. Sem isso, a inscrição não acontecerá.

No Paraná, é a Câmara de Seleção, responsável pela inscrição dos bacharéis nos quadros da OAB, quem faz a aferição desses requisitos. E na lista deles está conferir a verificação da idoneidade moral do candidato.

Característica esta que tem relevância singular. Afinal, como já mencionado pelo Conselheiro Estadual da OABPR, o Advogado e Professor Criminalista Rodrigo Sánchez Rios *“a advocacia é serviço público e, como tal, a ela se aplicam integralmente os princípios da administração pública, dentre eles o da moralidade. A esta exigência constitucional soma-se aquela inserida na própria lei corporativa, razão pela qual a relevância da idoneidade moral como requisito para a inscrição e atuação*

*profissional não pode ser questionada”.*<sup>4</sup>

Tanto é que, havendo indícios de que tal requisito não pode ser satisfeito, o pedido de inscrição que aporta na Câmara de Seleção acaba imediatamente suspenso com a abertura, incontinenti, de incidente administrativo específico para averiguação da efetiva idoneidade moral do candidato a Advogado. Processo este que possui regras procedimentais próprias e assegura todas as garantias de ampla defesa e contraditório ao investigado. Encerrada a instrução, o incidente passa pelo crivo de duas apreciações de julgamento. A primeira no âmbito da Câmara de Seleção. Em havendo o afastamento da idoneidade do bacharel, a segunda acontece no Conselho Pleno da OABPR. Lá é feito como recurso em reexame necessário. Por força do artigo 23, XXI c/c 33, I, do Regimento Interno da OABPR a decisão da Câmara de Seleção exige aprovação por maioria qualificada do Conselho. Caso isso não aconteça, a inidoneidade declarada pela referida Câmara não se convalida. E o pedido de inscrição retoma o curso.

Por outro lado, em havendo a ratificação do julgamento vindo da Câmara de Seleção, o bacharel declarado inidôneo verá prejudicado o seu requerimento de inscrição de advogado, ao menos até que regularize a situação perante o Estado, ficando assim impossibilitado de renovar o pedido.

Em que pese o tema deste artigo seja específico sobre a parte final do parágrafo 4º, do artigo 8º, do EAOAB, cumpre destacar que a inidoneidade moral poderá ser declarada por

---

4 **Rodrigo Sanchez Rios.** Reabilitação criminal: repensando os critérios de comprovação da (in)idoneidade moral exigida pelo inc. VI, do art. 8º, do EAOAB. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Ano 3 - Número 2 - Agosto de 2018. p. 261.

dois fundamentos gerais. Cada qual é aplicado conforme o caso concreto observando os comandos distintos dos parágrafos 3º e/ou 4º, do artigo 8º, do EOAB.

A propósito desta distinção legal impera-se fazer o registro informando que há doutrinária exclusiva assinada sobre isso, feita com singular qualidade técnica pelo **Conselheiro Estadual da OAB PR, o advogado e professor Jorge Sebastião Filho**. Instado pela Presidência da OABPR para tratar de questões de uniformização sobre a inidoneidade, o nominado Conselheiro assinou artigo específico distinguindo com precisão a situação objetiva e geral de aplicação dos dois parágrafos supracitados. O trabalho, que foi exposto ao plenário do Conselho Estadual em 24/07/2020, ficou registrado nos anais da sessão do Pleno<sup>5</sup>.

Sobre a hipótese do parágrafo 3º, o presente artigo não tratará. Só fará abordagem do parágrafo 4º. E mesmo

---

5 A síntese da exposição, produzida explicativamente em 20 laudas, ficou assim redigida: 1) **Inidoneidade moral declarada com fundamento no art. 8º, § 4º do Estatuto: critério objetivo**. - condenação transitada em julgada por *crime infamante*. (crime infamante - elemento normativo - juízo de valor) 2) **Idoneidade moral declarada com fundamento no art. 8º, § 3º do Estatuto: mediante quórum qualificado e respeito ao devido processo legal administrativo disciplinar - critério subjetivo** - pela prática de *crime infamante* (desde que presentes elementos de *justa causa* para ação penal - recebimento da denúncia ou queixa, condenação de primeiro ou segundo grau) - valoração no caso concreto; - pela prática de *crimes de qualquer natureza* (desde que presentes elementos de *justa causa* para ação penal - recebimento da denúncia ou queixa, condenação de primeiro ou segundo grau) - valoração no caso concreto; - prática de crimes de qualquer natureza (com sentença condenatória transitada em julgado) - valoração no caso concreto; - prática de condutas diversas que sequer configurem infração penal mas que atentem contra a dignidade da advocacia - valoração no caso concreto.

assim com recorte voltado apenas para a parte final dele, específica e pontualmente sobre a exigência necessária de reabilitação judicial nos casos que nele se encaixem. Porque não é o foco deste trabalho, também não será tratado sobre qualquer conceito operacional que se pretenda dar e/ou discutir envolvendo a categoria “crime infamante”.

E por isso, também vale dizer que a exposição que aqui se faz, unida ao mencionado trabalho doutrinário feito pelo Conselheiro Jorge Sebastião Filho, ambos se complementam e abordam com a amplitude técnica que os parágrafos 3º. e 4º. do artigo 8, do EAOAB exigem.

Com esses recortes feitos, o foco da discussão daqui, então, é o seguinte: Caso a idoneidade do bacharel candidato a advogado tenha sido afastada pela hipótese do artigo 8º, parágrafo 4º, do EAOAB, é só depois dele conseguir sua reabilitação judicial, e comprovar a ocorrência dada por sentença transitada em julgado pelo Estado, que ele poderá voltar à OAB e renovar seu pedido de inscrição profissional. É assim que o Estatuto da OAB exige. E é assim que deve ser obedecido e cumprido.

E é justamente essa exigência que vem alimentando e retroalimentando a sustentação de posicionamentos diversos e dissonantes no âmbito do Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná.

Tanto é que nos autos do **incidente de averiguação de idoneidade moral n. 17148/2018**, levado a julgamento no dia 18/12/2020, o tema foi revolido e enfrentado mais uma vez pelo Conselho Pleno da OAB PR. E a decisão, que foi dada por ampla maioria e daí se sobrepôs sobre o voto inicial, reafirmou a exigência da reabilitação judicial e o respeito que

se deve às regras do EOAB.<sup>6</sup>

É diante desse cenário e na busca de contribuir para dirimir a questão da aplicação do artigo 8º, parágrafo 4º, do EAOAB para os casos de inidoneidade, que o presente artigo pretende tratar e reafirmar a legalidade imprescindível de se exigir a reabilitação judicial nas hipóteses que nele se encaixam.

E o primeiro ponto é invocar as rendições que se devem ao Estatuto da OAB e ao trabalho do legislador que, com denodo e qualidade, trabalhou para produzi-lo sob a luz e à

---

6 Julgamento originário da Câmara de Seleção, cujo acórdão, lavrado pelo Conselheiro Estadual da OAB PR Kleber Cazzaro, ficou assim ementado: "PEDIDO DE INSCRIÇÃO NA OAB. AVERIGUAÇÃO DE IDONEIDADE MORAL INSTALADA. BACHAREL CONDENADA POR CRIME QUALIFICADO COMO INFAMENTE PERANTE À CÂMARA DE SELEÇÃO DA OAB PR. REEXAME NECESSÁRIO PELO CONSELHO PLENO. ARTIGO 23, XXI C/C 33, I, DO REGIMENTO INTERNO DA OAB PR. PENA JÁ CUMPRIDA PERANTE O ESTADO. IMPERATIVA NECESSIDADE DE REABILITAÇÃO CRIMINAL. PRECEDENTES DO CONSELHO FEDERAL, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª. REGIÃO. IMPOSIÇÃO DEONTOLÓGICA INAFASTÁVEL PREVISTA PELO ESTATUTO DA OAB QUE SEGUE VIGENTE. RESPEITO À LEI, AO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL, AO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL, À ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTES E À SEGURANÇA JURÍDICA. DESOBEDIÊNCIA QUE PRODUZ GRAVE VIOLAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. AFASTAMENTO DA REGRA DEONTOLÓGICA COGENTE APENAS PELA VIA LEGISLATIVA E/OU JURISDICCIONAL ADEQUADAS. FATO AINDA NÃO OCORRIDO. DEVER DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E À LEI FEDERAL 8906/1994. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, ENQUANTO CONSELHO DE CLASSE, NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA FAZER CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL COM LEGITIMIDADE PARA PROVOCAR A MUDANÇA NO ESTATUTO PELA VIA LEGISLATIVA REGULAR. MANUTENÇÃO HÍGIDA DO VOTO DA CÂMARA DE SELEÇÃO QUE EXIGIU O CUMPRIMENTO INTEGRAL DO ARTIGO 8º., § 4º, DO EOAB PARA QUE A BACHARELA SEJA ADMITIDA NOS QUADROS DA OAB. DEVER DE FAZER A REABILITAÇÃO JUDICIAL DIANTE DA SITUAÇÃO QUE ELA ESTÁ ENVOLVIDA. REEXAME CONHECIDO E NO MÉRITO NÃO PROVIDO."

capitania de ninguém menos que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, junto com a participação de toda a classe da advocacia nacional.

## **2. A OBEDIÊNCIA QUE SE DEVE AO ESTATUTO DA OAB**

A história da criação da Ordem dos Advogados do Brasil e da legislação que regula a classe da Advocacia, assim como a posição da instituição dentro do Estado brasileiro nunca foram produzidas com meias palavras ou com palavras ocultas e/ou inúteis.

É, sem dúvida, a única instituição de classe brasileira que tem regras minuciosamente claras informando o seu funcionamento e os comandos que todos os que dela queiram fazer parte e/ou já fazem enquanto profissionais regularmente inscritos devem obedecer.

Por isso, para tratar e entender a exigência da reabilitação judicial na hipótese de incidência do artigo 8º, parágrafo 4º, parte final, do EOAB é necessário estudar a situação muito além de algum foco exclusivo vinculado só ao Direito Penal e/ou Processual Penal. Outras fontes devem ser consultadas, interpretadas e utilizadas.

Uma delas tem que se voltar para a criação da Lei Federal n. 8906/1994, que deve ser interpretada inclusive também à luz do que trazia o antigo Estatuto da OAB, a Lei Federal n. 4.215/1963.

Somente a partir da análise do passado e respeitando o trabalho do legislador infraconstitucional brasileiro que se

torna possível tratar com segurança a celeuma que envolve a imprescindível exigência de reabilitação judicial nos casos enquadrados no 8º, parágrafo 4º, do EOAB.

Ainda mais quando há visos de que a pretensão interpretativa que se está dando a tal regra relativiza seus efeitos desconsiderando os caminhos que foram trilhados pelo legislador nacional ao tempo da construção dela. Enquanto a lei permanecer vigente, não lhe render obediência ou forçar corrosão a ela é produzir violação grave ao Estado democrático de Direito. Aliás, a ninguém é dada a prerrogativa de se afastar de um dos pilares do ordenamento jurídico, que é o Princípio da Segurança Jurídica. Insculpido no artigo 5º, XXXVI da CF, ele serve como base de sustentação do sistema e vincula a todos que fazem parte do Estado brasileiro e da Sociedade que nele está inserida.

Afinal, todo cidadão espera do Estado não apenas a segurança para a vida, para o patrimônio, para a saúde, para a educação, etc. Ele também nutre o desejo de efetivamente ter segurança jurídica. Segurança esta que muitas vezes serve para impedir até o avanço inadvertido do próprio Estado sobre a Sociedade que o mantém. Em resumo, a segurança jurídica protege o medo.

É a mesma segurança jurídica que, não raro, a Ordem dos Advogados do Brasil sempre se movimenta para invocá-la nas diversas incursões que muitas vezes se vê obrigada capitanear e empunhar robustas armas jurídicas em favor (e para proteção) da própria Sociedade brasileira.<sup>7</sup>

---

7 Foi assim que OAB fez, por exemplo, quando se insurgiu contra a prisão após condenação em segunda instância saindo em defesa da

*É dentro desse quadro* de referência constitucional que está inserida a Lei 8906/1994. E as regras nela contidas servem de referência não apenas para os que fazem parte da classe profissional, mas também para que a Sociedade saiba o que pauta a profissão de maneira clara como está escrita na legislação que foi produzida especificamente para dispor sobre a Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Manter isso em instabilidade, além de insegurança, o medo e a imprevisão das consequências imperarão para todos. Daí que é preciso defender a Lei. Ela precisa ser respeitada! Pelo menos deve ser assim até que advenha nova formulação legal modificando, substituindo e/ou até extinguindo o que por ela foi posta para a Sociedade. Fruto de trabalho do legislador nacional, é ela o ancoradouro de referência. Qualquer mudança nela deve ser feita pelos caminhos legislativos constitucionalmente previstos e traçados na parte que trata do processo legislativo esmiuçada a partir do artigo 59. A competência federal de iniciativa técnica regulada a partir do artigo 22 e seguintes, mais o que consta na parte da organização dos Poderes da República, especialmente o Legislativo, conforme exposto a partir do artigo 44, somado com as referências do artigo 59 e seguintes não estão postos na Constituição Federal como elementos figurativos e/ou inúteis.

Qualquer corrosão que haja nesse ancoradouro, que é o melhor porto seguro, pode(rá) gerar uma transgenia jurídica ou até mesmo a produção de um ornitorrinco dogmático sem precedentes que poderá permitir perigos incalculáveis para

fazer morrer o direito<sup>8</sup>.

Tanto que até agora não se tem notícia sólida de alguma pretensão de mudança a ser feita pelo legislador, sobre o dispositivo aqui tratado. Ao contrário. O que se tem de sólido é que a exigência sempre foi confirmada, como de fato assim segue pela jurisprudência dos Tribunais do país conforme adiante se verá.

Tanto é que, dentro do artigo 202, da Lei 7210/1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, o legislador nacional colocou assim: *Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.*<sup>9</sup>

É assim que, respeitando posições contrárias, entendendo que a exigência de reabilitação criminal prevista pela Lei Federal n. 8906/1994, dentro do artigo 8º., § 4º, está inserida nas exceções previstas pelo legislador que produziu a Lei de Execução Penal.

Isso reforça ainda mais a posição administrativa já externada pelo Conselho Federal da OAB quando tratou do processo administrativo de inscrição como advogado. Por lá se disse o seguinte: *“o juízo de valor do processo administrativo*

---

8 Como leitura sobre o tema “como o direito pode morrer” indica-se: 1) STRECK, Lênio. <https://www.conjur.com.br/2020-fev-27/senso-comum-sentenca-antes-alegacoes-direito-morre-descubra>. Acesso em 06.03.2020. 2) Steven Levitsky e Daniel Ziblatt. Como as democracias morrem. Editora Zahar. 2018.

9 Os grifos não constam do original.

*de inscrição não se vincula ao processo judicial, esse sim, instrumento de garantias constitucionais da defesa, aquele, mecanismo cuja finalidade, dentre outras, é resguardar o respeito e prestígio da Ordem perante a sociedade civil e as instituições da República”<sup>10</sup>.*

Portanto, não é excessivo (e nem obsoleto) registrar que a reabilitação criminal segue tendo utilidade e finalidade. E em vigor pleno. Não é supérflua. Não caiu no ostracismo, nem se perdeu pelo desuso e/ou pela obsolescência. Ao contrário: a função da reabilitação judicial tem finalidade própria. Seu objetivo final é *alcançar o sigilo dos registros do condenado (sobre seu processo e sua condenação), de modo que a Sociedade não mais tenha acesso às informações. E assim o condenado não fique perenemente estigmatizado e impossibilitado de reconstruir – sem marcas – sua vida.*

Isto é: o instituto da reabilitação judicial para os fins previstos no artigo 8º, § 4º. do EOAB tem finalidade e função específicas que seguem vigentes e exigíveis. Tamanha é a verdade que, bem recentemente, em julgamento que serviu para reformar voto da Câmara de Seleção, o Conselho Pleno da OAB PR, nos autos do processo n. 15642/2017, apreciado em reexame necessário justamente porque o averiguado providenciou a reabilitação criminal da condenação que havia recebido, permitiu-lhe a inscrição. **O voto foi conduzido pela relatoria do Conselheiro Estadual Jorge Sebastião Filho.**<sup>11</sup>

---

10 RECURSO N. 49.0000.2019.004817-8/PCA, Relatora: Conselheira Federal Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes (MA), DEOAB, a. 2, n. 298, 3.3.2020, p. 1

11 O resultado do julgamento, que se deu por unanimidade, ficou assim ementado: “REPRESENTAÇÃO EX OFFICIO. DECLARAÇÃO DE

Afinal, a realidade está posta no Estatuto da OAB como condição *sine qua non* para ser satisfeita por quem for enquadrado na regra específica do artigo 8º, parágrafo 4º. Até hoje não fosse este o desejo do legislador ele já teria estabelecido outra forma de regulamentação ou até já teria até extinguido formal e expressamente o instituto da reabilitação judicial.

Dar interpretação diferente disso para relativizar e/ou até afastar a exigência da reabilitação judicial é dar azo para que a conclamada segurança jurídica, tão cara para a Sociedade, fique sem viga de sustentação à luz do ordenamento jurídico nacional. Isso ruindo, as avenidas que se abrirão para o caos, para o medo e para a insegurança serão largas, infinitas e de velocidade incontrolável e incalculável.

E a menor insistência nisso, usando discricionariedade solipsista indevida construída por interpretação elástica e prejudicial ao EAOAB do tipo de ***“um salto triplo carpado hermenêutico”***, para usar expressão citada, de público, no plenário do STF pelo ex-ministro Ayres Britto sobre a proposta do então ministro Cesar Peluso de declarar toda a Lei da Ficha Limpa inconstitucional, e imortalizada na obra ***“Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises”***, de Felipe Recondo e Luiz Weber<sup>12</sup>, tudo fará perceber que preservar o Direito vivo na forma produzida pelo legislador será sempre uma imensa batalha sem fim.

---

INIDONEIDADE MORAL NOS TERMOS DO ART. 8º, § 4º DO EAOAB. RECURSO VOLUNTÁRIO. REEXAME OBRIGATÓRIO. RECURSO PROVIDO. DECLARAÇÃO DE IDONEIDADE DIANTE DA REABILITAÇÃO CRIMINAL”.

12 RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O STF: seus bastidores e suas crises**. 1ª. Ed. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

O resultado disso, em última análise, poderá pavimentar o caminho da tirania da qual a Sociedade e o mundo foram salvos muitas vezes pelas mãos dos advogados, conforme foi narrado por Roberto de Castro Neves em obra que tratou do tema<sup>13</sup>. Advogados estes que, no Brasil, também tiveram participação fundamental para criar e produzir tudo o que temos hoje escrito e exigido pela Lei Federal n. 8906/1994.

Uma vez legitimamente postos para a Sociedade a Lei e o **Direito não querem um inventor, muito menos a Sociedade o quer**, como, à pretexto de tratar da segurança jurídica, *Vitor Gameiro Drummond* tratou disso com singular atenção na obra “Em busca do Juiz Plagiador – contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito do autor”<sup>14</sup>.

Isso explicado de forma mais simples e numa forma mais coloquial é o seguinte: *A música e a letra uma vez escritas e publicadas já estão formatadas e aprovadas. Caberá à Sociedade e a todos que dela fazem parte, em homenagem ao respeito e à obediência, cumpri-las e executá-las até que venha nova letra, nova nota ou novo acorde substitutivos e nascidos pelo mesmo caminho legítimo pelo qual a antiga partitura e os acordes dela originários foram produzidos. Desafinar desta toada sem pensar no todo é produzir insegurança e caos incontroláveis. É acabar com o conjunto da obra e a estrutura da orquestra destruindo*

---

13 NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo – a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

14 DRUMOND, Victor Gameiro. **Em busca do juiz plagiador: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito do autor**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

*o palco no qual tudo se apresenta até que novo texto apareça e modifique tudo isso.*

Este é o centro do foco que deve servir de referente quando se trata da interpretação do EAOAB e/ou de qualquer modificação que se pretenda fazer ou defender em detrimento dos seus comandos.

Fora disso, gize-se, o que se terá é um vasto campo descontrolado de interpretações que só produzirá descompasso e inadvertida insegurança para o mundo jurídico e para a própria Sociedade.

E além dessas generalidades há de se considerar ainda outros detalhes não menos importantes. Não se pode olvidar de tudo o que foi feito quando houve movimentação para fazer a reforma do antigo estatuto da advocacia. Contextualizado o conjunto também disso, o resultado só reforça o respeito que se deve ao trabalho do legislador e aos comandos que hoje formam a Lei Federal n. 89906/1994. Explica-se:

A pretexto de dispor sobre o Estatuto da Advocacia e também regular o ingresso de todos os que fossem habilitados para requerer inscrição como advogado, a **Lei Federal n. 4.215, de 27 de Abril de 1963**, produzida segundo o contexto da época e o desejo do legislador que trabalhou para ela ser concretizada na forma que foi apresentada para a então Sociedade que se tinha, trouxe requisitos para a inscrição dos advogados insculpidos dentro do artigo 48<sup>15</sup>.

---

15 *Art. 48. Para inscrição no quadro dos advogados é necessário: I - capacidade civil; II - diploma de bacharel ou doutor em Direito, formalizado de acordo com a lei (art, 57); III - certificado de comprovação do exercício e resultado do estágio, ou de habilitação no Exame de*

E salvo se o pretendente a advogado estivesse condenado por crime que importasse incapacidade moral, mesmo que possuísse contra si processo criminal, era necessário existir o trânsito em julgado da sentença para lhe impedir de satisfazer o inciso VI, do artigo 48. Eram estas às condições que, naquela época e dentro do cenário profissional que se apresentava, o legislador entendeu pertinente exigir de todo aquele que quisesse ingressar para a advocacia.

Quase trinta anos mais tarde, em 1992, a pretexto de atualizar o Estatuto da OAB pela necessidade da evolução histórica que o Brasil havia passado desde 1963 até o advento da Constituição Federal de 1988 que trouxe o artigo 133 destacando o advogado como profissional indispensável para à administração da Justiça, surgiu o projeto de lei 2938/1992 com tal propósito.<sup>16</sup>

Entre as mudanças que vieram na proposta, os requisitos para inscrição de advogado foram ampliados e de certa maneira endurecidos.

Reformando o que até então estava posto no Estatuto anterior, a nova formulação da inscrição para ser admitido nos quadros da OAB, que também tem cunho deontológico, veio

---

*Ordem (arts. 18, inciso VIII, letras "a" e "b" e 53) ; IV - título de eleitor e quitação do serviço militar, se for brasileiro: V - não exercer cargo função ou atividades incompatíveis com a advocacia, (arts. 82 a 86); VI - **não ter sido condenado por sentença transitada em julgado em processo criminal, salvo por crime que não importe em incapacidade moral**; VII - não ter conduta, incompatível com o exercício da profissão (art. 110, parágrafo único).*

16 Outros anteriores existiram. Mas aqui não foram considerados pela irrelevância de cada um no caso em análise.

escrita com roupagem nova através do artigo 8<sup>o</sup><sup>17</sup>.

O cotejo de ambos permite verificar que o legislador de 1994 exigiu mais do que estava exigindo o legislador de 1963 para quem quisesse ser registrado como advogado. E para quem não atendesse o requisito da idoneidade moral porque condenado por crime infamante, além de vários requisitos para viabilizar o requerimento de inscrição na OAB, também ficou elencada a necessidade de reabilitação judicial e, por óbvio, demonstrar tal ocorrência. Sem isso, o pedido de inscrição ficaria prejudicado.

Aliás, o instituto da reabilitação judicial não é novo. Já estava regulado muito antes do atual Estatuto da OAB, dentro do artigo 93 e seguintes do Código Penal. E também veio referido dentro da Lei de Execução Penal, em vigor desde 1984<sup>18</sup> como antes mencionado.

---

17 **Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: I - capacidade civil; II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada; III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro; IV - aprovação em Exame de Ordem; V - não exercer atividade incompatível com a advocacia; VI - idoneidade moral; VII - prestar compromisso perante o conselho. § 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB. § 2º O estrangeiro ou brasileiro, quando não graduado em direito no Brasil, deve fazer prova do título de graduação, obtido em instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de atender aos demais requisitos previstos neste artigo. § 3º A inidoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar. § 4º Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.**

18 Lei Federal n. 7.210, de 11.07.1984, artigo 202.

Com esta certeza e referência temporal/legislativa, não é de se crer que a intenção do legislador teria sido outra que não a de detalhar conforme era o anseio da Sociedade e do próprio Conselho Federal da OAB na época, as novas formulações legais e deontológicas para serem exigidas de todos aqueles que, doravante, quisessem se inscrever como advogado.

Foi assim que, ao incluírem no artigo 8, parágrafo 4º na lei Federal 8906/1994, a exigência de reabilitação criminal, tanto o legislador, quanto a própria OAB, avalizaram, de forma muito clara, que não se queria condenados por crimes infamantes nos quadros da instituição. Salvo depois de reabilitados judicialmente e assim atestados pelo Estado.

E mais um detalhe não menos importante: Passados 25 anos, se o legislador já tivesse percebido a necessidade de mudança da regra já teria feito pela legitimidade das vias ordinárias. Ou pelo menos encaminhado projeto nesse sentido. O mesmo se diga da classe da Advocacia que, legitimada pelo artigo 61 da Constituição Federal, seguramente já teria se movimentado com tal propósito, provocando a alteração legislativa. Tanto para pedir a modificação, revogação ou até a substituição por completo da regra posta na parte final do artigo 8º, parágrafo 4º, do EAOAB. Até agora não se tem notícias de qualquer movimentação nesse sentido.

Portanto, a história que dá conta de tudo isso só faz acreditar com larga margem de segurança que o legislador quis dizer exatamente o que a Lei Federal 8906/1994 traz hoje escrita dentro do artigo 8º., parágrafo 4º.

Foi exatamente o que dele consta que traduziu o que também quis (e queria) até a Ordem dos Advogados do Brasil quando capitaneou a reformulação dos requisitos

para inscrição de advogado. Bacharéis declarados inidôneos por força do artigo 8º, parágrafo 4º, sem que comprovem reabilitação criminal declarada pelo Estado estão impedidos de conseguir inscrição nos quadros da corporação.

Tudo porque a idoneidade *é condição sine qua non* de procedibilidade do pedido. Sem ela, o requerimento de inscrição não se viabiliza por falta de cumprimento de obrigação legal. Essa é a realidade fática e juridicamente segura que a história do processo legislativo e as pesquisas que podem ser feitas dentro do encaminhamento das movimentações que geraram o atual Estatuto da OAB contam com base sustentável e segura.

Vale dizer mais: isso nem de longe pode ser adotado como bandeira de prejuízo para o candidato a advogado e/ou para a Sociedade em detrimento do Estado. Aliás, se assim o fosse a jurisprudência dos tribunais não estaria reafirmando a validade do instituto da reabilitação judicial com larga maioria. Exemplos são muitos vindos da Justiça Federal. A título de referência vale conferir os seguintes para reflexão: TRF4 5005374-96.2020.4.04.7004, 7ª.T, Relatora Salise Monteiro Sanchotene. 02/12/2020; TRF4 5015774-21.2019.4.04.7000, 7ª.T, Relatora Cláudia Cristina Cristofani. 30/09/2020; TRF4 5004830-02.2020.4.04.7201, 8ª.T, Relator Leandro Paulsen, 21/08/2020; TRF4 5004750-29.2020.4.04.7107, 7ª.T, Relator Luiz Carlos Canalli, 04/08/2020; TRF4 5031357-47.2013.4.04.7100, 8ª. T, Relator Marcelo Cardozo da Silva, 23/01/2020; TRF4, ACR 5011225-59.2019.4.04.7002, 8ª. T, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 19/12/2019; TRF4, AC 5002168-90.2019.4.04.7204, 4ª. T, Relator Marcos Josegrei da Silva, 19/02/2020.

Da parte da Ordem dos Advogados do Brasil a posição, que é sólida, não é diferente:

RECURSO N. 49.0000.2019.010825-5/PCA. Recorrente: R.T.M. Interessado: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Chico Couto de Noronha Pessoa (PI). Relator ad hoc: Conselheiro Shaymmon Emanuel R. de Moura Sousa (PI). Ementa n. 021/2020/PCA. PEDIDO DE INSCRIÇÃO - Ex- POLICIAL CIVIL - DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO EM REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - INCIDENTE DE IDONEIDADE INSTAURADO - DECISÃO QUALIFICADA DO CONSELHO PLENO DA OAB/SP PELA INIDONEIDADE DO RECORRENTE - ATOS QUE CONFIGURAM, ALÉM DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR, CRIME TIPIFICADO NO ART. 316 DO CP - INDEFERIMENTO DA INSCRIÇÃO - REGULARIDADE DO JULGAMENTO E DO PROCESSO - NECESSIDADE DE PROVA DA REABILITAÇÃO ADMINISTRATIVA PERANTE O ORGÃO PÚBLICO - INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, INCISO VI, E § 3º, E ART. 41 DA LEI N. 8.906/1994 - MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DECLAROU A INIDONEIDADE E O INDEFERIMENTO DA INSCRIÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. (DEOAB, a. 2, n. 351, 20.5.2020, p. 2).

RECURSO N. 49.0000.2017.010814-0/OEP. Recorrente: S.R. Interessado: Conselho Seccional da OAB/Santa Catarina. Relator: Conselheiro Federal Marcello Terto e Silva (GO). EMENTA N. 081/2019/OEP. PEDIDO DE INSCRIÇÃO - MAGISTRADO (JUIZ) - APOSENTADORIA COMPULSÓRIA EM REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - INCIDENTE DE IDONEIDADE INSTAURADO - DECISÃO QUALIFICADA DO CONSELHO PLENO DA OAB/SC PELA INIDONEIDADE DO RECORRENTE - ATOS QUE CONFIGURAM, ALÉM DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR,

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDEFERIMENTO DA INSCRIÇÃO - REGULARIDADE DO JULGAMENTO E DO PROCESSO - NECESSIDADE DE PROVA DA REABILITAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, INCISO VI, E § 3º, DA LEI N. 8.906/1994 - MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DECLAROU A INIDONEIDADE E O INDEFERIMENTO DA INSCRIÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. (DEOAB, a. 1, n. 194, 3.10.2019, p. 5)

RECURSO N. 49.0000.2018.008691-1/PCA. Recurso n. 49.0000.2018.008691-1/PCA. Recorrente: V. S. S. Interessado: Conselho Seccional da OAB/Paraná. Relatora: Conselheira Federal Sandra Krieger Gonçalves (SC). Ementa n. 061/2019/PCA. INSCRIÇÃO NA OAB. CONDENAÇÃO CRIMINAL POR CRIME INFAMANTE. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REQUERIMENTO ANTERIOR À REABILITAÇÃO JUDICIAL. OFENSA AO INC. VI DO ART. 8º DO ESTATUTO DA OAB. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. INIDONEIDADE MORAL RECONHECIDA. (DEOAB, a. 1, n. 78, 22.04.2019, p. 4)

RECURSO N. 49.0000.2018.009704-6/PCA. Recorrente: C. S. L.. Interessado: Conselho Seccional da OAB/Paraná. Relator: Conselheiro Federal Luciano Rodrigues Machado (ES). Ementa n. 032/2019/PCA. AVERIGUAÇÃO DE IDONEIDADE MORAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE REABILITAÇÃO JUDICIAL. NÃO CUMPRIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO PARA INSCRIÇÃO PRINCIPAL. QUÓRUM DE 2/3 PARA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE ATENDIDA. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. (DEOAB, a. 1, n. 28, 7.2.2019).

Portanto, respeitadas às posições contrárias que existem, a reabilitação judicial exigida pelo artigo 8º, parágrafo 4º, do EOAB é providência que deve ser satisfeita por qualquer bacharel que pretenda ser advogado mas que porém, tenha em seu desfavor decisão transitada em julgado de crime tido como infamante.

Mas ainda há outro ponto que, nada obstante não seja o foco específico deste artigo, vale a pena deixar registrado para servir de alerta e, também como referente para algum estudo futuro que possa ser desenvolvido sobre o tema. Trata-se da ilegitimidade da OAB fazer o controle de constitucionalidade dos dispositivos do seu estatuto. O tópico que segue explica isso, ainda que brevemente.

### **3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DA OAB E A ILEGITIMIDADE JURISDICIONAL DA INSTITUIÇÃO PARA TRATAR DO TEMA**

No meio da polêmica da exigência da reabilitação judicial estão alguns debates paralelos feitos para insistir na obsolescência do instituto alegando até a inconstitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 8º. E para dar cabo da situação a OAB, não raro, acaba escalada para tratar do tema no seu campo de competência administrativa.

Todavia, mesmo que estivesse eivado de vício constitucional o que, gize-se, não está declarado até este momento, a OAB, enquanto órgão de classe, não tem legitimidade jurisdicional para abordar a temática usando a Lei Federal n. 8906/1994 como pano de fundo e a Constituição Federal como

bastião de suporte. Nem o Conselho Federal, quanto menos o Conselho Estadual da instituição.

Aliás, qualquer tribunal administrativo que se aventure tratar disso em um caso concreto retirará do Poder Judiciário, daí sim inconstitucionalmente, a legitimidade posta pelo legislador para fazer o controle difuso de constitucionalidade no país. E isso tem motivo.

A Constituição de 1988 operou substancial reforma no sistema de controle de constitucionalidade até então vigente no país. A adoção de outros instrumentos, como o mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiu um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade.

Com tal sistemática instalada ficou privilegiado não mais o sistema difuso, mas o sistema concentrado de controle de constitucionalidade. E esta ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade operada na Constituição de 1988 restringiu sobremaneira a amplitude de legitimidade para fazer esse tipo de controle.

Tanto é que o Supremo Tribunal Federal, no MS 29.123-MC/DF, pela lavratura do Ministro Gilmar Mendes, quando tratou disso deixou assentado o seguinte: *“Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante*

*ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.<sup>19</sup>*

Como outra hipótese para elucubração e/ou discussão teórica poderia ser levantado que a OAB poderia afastar a aplicação da parte final do artigo 8, parágrafo 4º, do Estatuto envolvendo a inconstitucionalidade e/ou o desuso da reabilitação criminal porque o tema teria alguma pacificação perante o Supremo Tribunal Federal.

Mas nem isso é possível. Em qualquer busca que se faça com este referente no âmbito daquela Corte de Justiça constitucional revela que a jurisprudência do STF segue mantendo firme o instituto da reabilitação criminal no âmbito judicial. Exemplos podem ser coletados. Um bem recente é o seguinte: *“EXECUÇÃO PENAL. REABILITAÇÃO CRIMINAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DOS CÓDIGOS PENAL E DE PROCESSO PENAL. DEFERIMENTO. 1. O preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos dos arts. 93 e 94 do Código Penal e do art. 744 do Código de Processo Penal impõe a declaração da reabilitação criminal requerida. 2. Hipótese em que o sentenciado pagou, integralmente, a multa imposta na condenação, bem como efetuou o ressarcimento do dano ao erário. 3. Além disso, o requerente demonstrou ter mantido domicílio no país, assim como bom comportamento público e privado durante o período de dois*

---

19 MS 29.123-MC/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 8-9-2010.

*anos após a extinção das penas que lhe foram impostas. 4. Pedido de reabilitação deferido. (STF. Petição 8314 DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Requerente: João Paulo Cunha. Julgamento unânime. 24.4.2020)”.*

Portanto, o pano de fundo é o seguinte: “*Não há dúvidas que ao ampliar o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle abstrato de normas, bem como daqueles que podem participar efetivamente do processo constitucional, por meio de audiências públicas e intervenções como amicus curiae, acabou o Constituinte de 87/88 por, em certa medida, restringir a amplitude do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos. Além disso, a própria criação da ação declaratória de constitucionalidade revela a preocupação da Carta Magna em prestigiar a presunção de constitucionalidade de leis e atos normativos.*”<sup>20</sup>

E mais: pelo princípio da legalidade estrita, o administrador público não pode deixar de cumprir a lei, sob pena de omissão. E por isso ser responsabilizado. E no rol dos obrigados estão os dirigentes da OAB, em qualquer nível.

Entendendo pela inconstitucionalidade da lei se deverá buscar a via do controle abstrato ou concreto de constitucionalidade. Nunca fazer isso a nível de Conselho diretivo da OAB.

Também não é de se esquecer que o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é que, excepcionalmente, só o Chefe do Poder Executivo

---

20 Gilmar Mendes. **Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ**. <https://www.conjur.com.br/2018-out-06/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-orgaos-nao-jurisdicionais>. Acesso em 17/12/2020.

poderia deixar de aplicar a lei por reputá-la flagrantemente inconstitucional. O que não é o caso do parágrafo 4º, do artigo 8º, do Estatuto da OAB aqui tratado.

Firmes nisso e com as escusas devidas que registramos expressamente por aqui em respeito a todos que possam pensar ao contrário, a OAB, enquanto órgão de classe, não tem autorização legal para tratar da constitucionalidade do artigo 8º., parágrafo 4º, da Lei Federal n. 8906/1994.

Ela — OAB — tem sim, é o dever de defender e cumprir a lei até que nova regulação possa vir dos caminhos legislativos legítimos vigentes dentro do ordenamento jurídico nacional mudando o seu Estatuto.

Isso implica dizer também que o reconhecimento da supremacia da Constituição e de suas forças vinculantes na Sociedade e nas regras que pautam as condutas de todos os sistemas normativos que regulam a vida dos que dela fazem parte, nada obstante permitam alguma permeabilização interpretativa, a extensão dessa permissão tem limites.

No caso, se há alguma inconstitucionalidade que possa ser arguida em face do que o Estatuto hoje expõe como regra para toda a classe da advocacia e para quem dela queira participar, o máximo protagonismo que cabe à OAB é fazer a provocação necessária para mudança da situação que está gerando tal vício. E só!

Seja para movimentar os caminhos legislativos a fim de que o Estatuto seja reformado, seja para provocar que a situação seja apreciada pelo órgão jurisdicional competente.

À luz da constitucionalidade, gize-se, nada cabe ser feito pela OAB enquanto órgão de classe. Muito menos dentro

dos debates administrativos/plenários do respectivos Conselhos Estaduais e Federal. Menos ainda ela pode se arvorar na legitimidade de ignorar o dispositivo legal e descumprir-lo fazendo elucubrações enveredadas para a seara da inconstitucionalidade.

Portanto, em que pese uma das principais funções do Direito seja a prestação jurisdicional e esta só é possível através da hermenêutica porque, em regra, inexistente imediata subsunção do fato à norma, se nem o juiz, que Calamandrei<sup>21</sup>, na obra que trata dos *juízes vistos por um advogado*, já disse ser *o direito feito homem e dele se espera a tutela que em abstrato a lei promete*, não está incontidamente livre para interpretar e decidir com fecundidade dissociada da lógica interna do texto normativo, da organização da construção legislativa que lhe deu origem, da legislação infraconstitucional que lhe serviu de base, menos ainda está a OAB enquanto Conselho de Classe.

Não é diferente com o intérprete, muito menos com o julgador que, a despeito de ser o detentor da caneta decisória que lhe é conferida para assinar sua manifestação, não tem liberdade para ser exercida sem controle.

Assim, à guisa de finalização, firmados no artigo 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e considerando que os comandos do atual Estatuto da Ordem não vieram destinados à vigência temporária, estamos convencidos de que o texto artigo 8º, § 4º, da lei 8906/1994 deve ser defendido até que outro o modifique ou revogue. E mais: cumprido e obedecido na exata da forma que está redigido.

---

21 CALAMANDREI, Piero. ***Eles, os juízes, vistos por um advogado.*** Tradução de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 11)

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Pelo menos enquanto não houver mudança do que consta no artigo 8º, § 4º do EAOAB, esta é a regra cogente e vigente que deve ser exigida e cumprida. A exigência de reabilitação judicial para os condenados por crime infamante e encerrados por sentença transitada em julgado é imprescindível para o cumprimento da regra do artigo 8º, inciso VI, do mesmo Estatuto, que trata da idoneidade moral e integra o rol maior das exigências para inscrição como advogado.

A reabilitação judicial, para os fins exigidos pela OAB não se revela como condição para cumprir mera formalidade, nem tem característica meramente burocrática. Ao contrário. Visa inclusive defender o interesse público, evitando que inabilitados para a advocacia consigam ingressar nos quadros respectivos da corporação. E também colocar em relevo a dignidade que a profissão exige.

Pensar diferente é forçar a construção de jurisprudência isolada. E insistir nisso é fornecer combustível para o desrespeito ao trabalho empreendido pelos legisladores de 1994 que nada mais fizeram do que traduziram, em boa parte, o desejo da própria classe da advocacia da época.

Em última análise, não refletir sobre isso é potencializar o sempre combatido receio da instalação da insegurança jurídica no seio da Sociedade brasileira e, no caso, especificamente, dentro das regras que regem a classe da advocacia que dela faz parte.

E daí o temido medo e o caos podem se instalar de maneira incomensurável. Conseqüentemente, isso só contribuirá para a morte do Direito com o aval da inércia da Sociedade, no caso especialmente à jurídica.

Com isso, parafraseando Eros Roberto Grau na apresentação que fez do livro *Hermenêutica Jurídica e(em) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito* publicado por Lênio Streck<sup>22</sup>, “... uma vez obtida a fragilização da Lei criada pelo Estado, e por consequência desconsideradas as ordens por ele emitidas através do processo legislativo por ele avalizado, todos os seus produtos passa a exibir marcas dessa fragilização gerando consequências incalculáveis.”

Feliz, ou infelizmente, no caso do artigo 8º., § 4º. do EAOAB, a opção é defendê-lo. Respeitar a lei e seus limites é o foco. E para a OAB resta não só se curvar à regra como também aplicá-la na exata forma construída pelo legislador.

Em suma: a OAB, que de fato é a casa da liberdade e que defende, incansavelmente, os direitos individuais, não está autorizada a desautorizar os comandos do seu próprio Estatuto, produzido com o aval dela mesma e construído com às múltiplas mãos que trabalharam no projeto que se transformou na lei 8906/1994 e já tem mais de 25 anos de existência.

Qualquer discricionariedade, por mínima que seja aplicada para relativizar a exigência de reabilitação judicial na hipótese do artigo 8, parágrafo 4º, do EOAB, poderá instalar insegurança jurídica e a partir daí o caos.

Como dito alhures: A interpretação da lei tem limites!

Fevereiro/2021

---

22 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 15.