



ANO 6 - NÚMERO 1 - JANEIRO - ABRIL 2021

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

ANO 6 - NÚMERO 1 - JANEIRO - ABRIL 2021



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

Selo editorial

**Projeto Gráfico e edição:** Roberto Costa Guiraud – Designer**Revisão:** Próprios autores**Digramação:** 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**

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

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná, Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Adriana D'Avila Oliveira, William Soares Pugliese -- v.6, n.1 (jan./abr. 2021) -- Curitiba: OABPR, 2021. 246 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

PALAVRA DO PRESIDENTE	7
APRESENTAÇÃO	9
DOCTRINA	11
HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E A FAZENDA PÚBLICA	
Vera Grace Paranaguá Cunha e Cristina Leitão	13
HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: DA TAXATIVIDADE MITIGADA DO CAPUT DO ART. 1.015 À INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DO PARÁGRAFO ÚNICO	
Carolina Uzeda e Manoela Virmond Munhoz	39
O ACORDO DE QUOTISTAS COMO MECANISMO PARA REGULAR AS RELAÇÕES SOCIETÁRIAS NAS SOCIEDADES LIMITADAS	
Carlos Eduardo Maranhão Santana	71
A OPÇÃO DE NÃO SE VACINAR PODE OU NÃO RESULTAR NO DESLIGAMENTO DO TRABALHADOR POR JUSTA CAUSA?	
Anderson Angelo Vianna da Costa e Eduardo Alves Borin de Oliveira	87
AS IMPLICAÇÕES DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA	
Lauren Hanel Lang Tabolka e Lilian Hanel Lang	121

**COMPLIANCE E ASSÉDIO MORAL NO
AMBIENTE DE TRABALHO: ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL DOS CASOS ENVOLVENDO
O GRUPO BOTICÁRIO**

Amanda Sousa Castro e
Eduardo Milléo Baracat _ _ _ _ _ 145

**LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE – NOVA
LEI 13.869/2019. UMA ANÁLISE QUE VAI
ALEM DA ESFERA PENAL – ANÁLISE DA
RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA**

Joygler Luiz Pereira Makiyama e
Cesar Augusto Scherer Sardeto _ _ _ _ _ 179

**COMPLIANCE E O GRAU DE RISCO DE
INTEGRIDADE (GRI) NAS LICITAÇÕES:
UMA ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DA
EXIGÊNCIA**

Rodrigo Pironti _ _ _ _ _ 211

LEI DE ARROLAMENTO FISCAL ANOTADA

Valterlei A. Da Costa _ _ _ _ _ 225

PALAVRA DO PRESIDENTE

Em seu sexto ano, a Revista da Escola Superior da Advocacia é publicada na primeira versão quadrimestral de 2021 (janeiro a abril) e, novamente, cumpre seu papel de vanguarda na discussão de temas relevantes e atuais.

Nesta edição, os artigos sobre honorários advocatícios de sucumbência e as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, compaginam-se com os cinco anos de vigência do novo CPC. A questão relacionada à obrigatoriedade ou não do trabalhador vacinar-se, e suas consequências na manutenção do contrato de trabalho, também é extremamente atual, porquanto estamos em campanha nacional para imunização da população e isso também deve ser estudado sob o enfoque do Direito. A análise do *compliance* aparece em dois artigos bem estruturados, destacando a aplicação do mesmo no ambiente do trabalho e nas licitações. De igual forma o direito mercantil recebe destaque no texto sobre o acordo de quotistas, como forma de regular as relações nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. A revista também dedicou espaço para a questão da violência contra as mulheres e as medidas protetivas da lei Maria da Penha. No momento em que escrevo esta apresentação, estamos vivenciando o julgamento no plenário do Tribunal do Júri de Guarapuava, da morte de nossa colega Tatiane Spitzner, em julho de 2018. O emblemático e triste caso nos leva a uma profunda reflexão sobre a necessidade de evoluirmos na igualdade de gênero e no respeito na convivência entre homens e mulheres. A lei de abuso de autoridade e suas repercussões administrativas é abordada em oportuno estudo sobre o tema, a demonstrar que não se trata tão somente de um diploma legal que deve ser analisado sob o enfoque do direito

penal. E, por fim, também a sempre polêmica utilização do arrolamento pela Fazenda Pública, nas dívidas fiscais, é debatido em instigante texto, que certamente servirá de importante fonte de pesquisas.

Enfim, é uma revista que analisa temas das diversas áreas do direito, refletindo pensamentos jurídicos bem fundamentados e contextualizados com o momento atual das relações sociais no País. Quando os estudiosos do direito pesquisam e exprimem seu raciocínio jurídico sempre devemos enxergar nessas manifestações, para além da fonte de consulta, o trabalho de construção de uma interpretação harmoniosa da lei, com os reclamos e anseios da sociedade. E isso, mais uma vez a revista da ESA-PR faz nesse volume.

Boa leitura.

Cássio Lisandro Telles
Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

Apresentamos à advocacia paranaense um novo número da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. A presente edição contém artigos que enfrentam temas práticos e relevantes do cotidiano jurídico, o que confirma a proposta da Revista em examinar temas contemporâneos.

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/>*

Por fim, agradecemos aos autores, à Diretoria da OAB-PR, a seus Conselheiros, aos membros do Conselho Editorial da Revista e aos colaboradores da ESA-PR. O trabalho conjunto de edição de mais um número da Revista em plena pandemia é o registro mais fidedigno do empenho de toda a equipe.

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

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E A FAZENDA PÚBLICA

Vera Grace Paranaguá Cunha¹

Cristina Leitão²

RESUMO: O artigo aborda os critérios de fixação dos honorários de sucumbência estabelecidos pelo Código de Processo Civil nas causas em que a Fazenda Pública é parte.

PALAVRAS-CHAVE: Honorários de sucumbência; Fazenda Pública; Código de Processo Civil.

1. FINALIDADE DO TRABALHO

A finalidade do presente trabalho é comentar os dispositivos do Código de Processo Civil (CPC) que disciplinam os honorários de sucumbência nas causas

-
- 1 Procuradora do Estado do Paraná. Ex-presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Paraná.
 - 2 Procuradora do Estado do Paraná. Doutoranda e Mestre em Direito pela UFPR. Professora de Direito Processual Civil da FAE – Centro Universitário. Árbitra (Arbitac).

em que a Fazenda Pública é parte. Tratar-se-á dos §§ 3º a 7º do art. 85, do CPC.

Verifica-se na atualidade alguns consensos, mas também algumas controvérsias sobre o tema, de modo que as autoras, procuradoras do Estado do Paraná, propõem-se a descrever e comentar as referidas regras, além de enfrentar alguns imbróglios decorrentes da interpretação e aplicação das normas acerca dos honorários de sucumbência quando a Fazenda Pública é parte vencedora ou vencida.

Antes, porém, é preciso firmar algumas premissas necessárias à compreensão do tema, a seguir expostas.

2. PREMISSAS

2.1 Os honorários de sucumbência pertencem ao advogado em razão do êxito e da causalidade

O art. 85, caput do CPC, estabelece que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. Verifica-se claramente da redação da norma que **os honorários de sucumbência pertencem ao advogado que atua na causa**, o que é reforçado no § 14.³ As regras citadas corroboram o que o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n.º

3 “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

8.906/1994) prevê, no seu art. 23.⁴

De modo que o advogado da parte vencedora possui o direito de receber os honorários de sucumbência da parte vencida em decorrência do **êxito** do trabalho realizado.

Prevalece o entendimento de que os honorários de sucumbência se fundam no fato “derrota” e independem de culpa ou dolo da parte vencida, conforme esclarecem Paulo Henrique dos Santos Lucon e Antonio Adonias Aguiar Bastos: “Assim, os honorários de sucumbência decorreriam do fato objetivo da derrota, não consistindo numa punição à parte, nem dependendo da existência de dolo ou de culpa, nem da sua conduta no decorrer do processo”.⁵

A causalidade também é considerada na fixação dos honorários de sucumbência. Situações há em que, mesmo não havendo êxito propriamente dito, ainda assim serão devidos honorários advocatícios nos processos judiciais. Por exemplo, se o autor desiste da ação, será condenado ao pagamento dos honorários caso a parte adversa já tenha praticado atos, por seu advogado. Isto acontece, ainda, quando há renúncia ou reconhecimento da procedência do pedido, tal qual definido

4 “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte (...)”.

5 LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Manifestação do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) como amicus curiae no incidente de assunção de competência 0004672-46.2017.8.05.0000: aplicação das regras do CPC/2015 sobre os honorários advocatícios aos casos pendentes, **Revista de Processo**, ano 2019, v. 287, p. 383 – 405.

no art. 90 do CPC.⁶ A perda de objeto, por sua vez, igualmente enseja condenação daquele que deu causa ao ajuizamento da demanda no pagamento dos honorários sucumbenciais, conforme o art. 85, § 10 do CPC.⁷

2.2 Os honorários de sucumbência pertencem ao advogado público nas causas em que a Fazenda Pública for vencedora. Precedente do Supremo Tribunal Federal

O Estatuto da Advocacia e da OAB corrobora a norma do art. 133 da Constituição Federal ao dispor que “o advogado é indispensável à administração da justiça” e estabelece que a advocacia é atividade privativa aos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. No art. 3º, § 1º, dispõe que os integrantes da Advocacia Pública se sujeitam ao seu regime, além do regime próprio a que se subordinem.

Adiante, no art. 22, o Estatuto da OAB contempla o direito dos advogados – sem qualquer distinção se privados ou públicos – ao recebimento dos honorários advocatícios.

O CPC ratificou a prerrogativa na norma expressa no art. 85, § 19, quanto ao direito dos advogados públicos à percepção de honorários de sucumbência.⁸

6 “Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu”.

7 “Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo”.

8 “Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

Os honorários sucumbenciais são devidos em virtude do êxito do trabalho desenvolvido pelo profissional, sendo obrigação da parte vencida. Daí porque os honorários não devem ser da titularidade do ente público ao qual está vinculado o advogado público. Tal verba é privada do advogado público, como asseveram Renato Alberto Nielsen Kanayama e Rodrigo Luis Kanayama: “Com o advento do CPC, as dúvidas sobre o recebimento dos honorários de sucumbência por advogados públicos foram sanadas. É direito previsto em lei, e que não terá natureza de receita pública”.⁹

Em outra oportunidade, uma das autoras deste ensaio ponderou que “os honorários advocatícios não se confundem com a remuneração percebida pelos advogados públicos, constituindo valorização do trabalho exitoso nas causas em que o ente por eles defendido sai vitorioso”.¹⁰ Ademias, os honorários são congruentes com os subsídios percebidos pelos advogados públicos.

O Superior Tribunal de Justiça julgou, em 2017, que os honorários “pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos das respectivas carreiras jurídicas”¹¹ e o Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Marco Aurélio, já decidiu

9 KANAYAMA, Renato Alberto Nielsen; KANAYAMA, Rodrigo Luis. “Os honorários de sucumbência da Advocacia Pública: breve análise sob o olhar do Direito Financeiro”, in Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Curitiba: PGE, 2017, p. 160.

10 LEITÃO, Cristina. “Direito do advogado público ao recebimento de honorários de sucumbência”, in **Revista da Ordem**, OAB Paraná, Curitiba, ed. 57, p. 40.

11 REsp 1636124/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 27/04/2017.

que “os honorários são do profissional da advocacia e não de quem porventura tenha contratado esse profissional”.¹²

Ocorre que, até meados de 2020, ainda havia decisões díspares Brasil afora e alguns magistrados declaravam a inconstitucionalidade do artigo 85, § 19 do CPC incidentalmente e de ofício em processos judiciais, gerando insegurança aos advogados públicos.

Mas no mencionado ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela então Procuradora-geral da República, definiu pela possibilidade do recebimento dos honorários de sucumbência, cumulados com subsídios, pelos advogados públicos.

Nas ações, foram questionados dispositivos de leis estaduais que contemplam referidas verbas aos procuradores de estados e do DF, bem como as normas do CPC, do EAOAB e da Lei nº 13.327/2016. Esta última lei contém regras sobre os honorários de sucumbência devidos aos advogados da União, procuradores da Fazenda Nacional, procuradores federais, do Banco Central e de quadros suplementares em extinção. No Paraná, a Lei nº 18.748/2016 e o Decreto nº 1.118/2003 foram questionados na ADI nº 6177.

No seu voto vencedor, o Ministro Alexandre de Moraes asseverou que a Constituição Federal reconhece a Advocacia Pública como função essencial à Justiça e lembrou que o

12 RE 407908, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011, DJe-106 DIVULG 02-06-2011 PUBLIC 03-06-2011 EMENT VOL-02536-01 PP-00148 RTJ VOL-00222-01 PP-00436.

Supremo Tribunal Federal delimitou a unicidade da representação judicial dos entes públicos, de modo que as atividades de consultoria e representação em juízo de tais entes devem ser feitas com exclusividade, em órgão e carreira centralizados. Também destacou que os subsídios percebidos pelos advogados públicos são compatíveis com os honorários advocatícios sucumbenciais, de “caráter remuneratório e de contraprestação de serviços realizados no curso do processo” e, portanto, de fundamento diverso: essa categoria de honorários encontra respaldo no critério da sucumbência, complementado pelo critério da causalidade.¹³

O Ministro lembrou que a Emenda Constitucional

13 A ementa do acórdão ficou redigida assim: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. INTERDEPENDÊNCIA E COMPLEMENTARIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PREVISTAS NOS ARTIGOS 37, CAPUT, XI, E 39, §§ 4º E 8º, E DAS PREVISÕES ESTABELECIDAS NO TÍTULO IV, CAPÍTULO IV, SEÇÕES II E IV, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE DO RECEBIMENTO DE VERBA DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA POR ADVOGADOS PÚBLICOS CUMULADA COM SUBSÍDIO. NECESSIDADE DE ABSOLUTO RESPEITO AO TETO CONSTITUCIONAL DO FUNCIONALISMO PÚBLICO. 1. A natureza constitucional dos serviços prestados pelos advogados públicos possibilita o recebimento da verba de honorários sucumbenciais, nos termos da lei. A CORTE, recentemente, assentou que “o artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, não substitui vedação absoluta de pagamento de outras verbas além do subsídio” (ADI 4.941, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Relator p/ acórdão, Min. LUIZ FUX, DJe de 7/2/2020). 2. Nada obstante compatível com o regime de subsídio, sobretudo quando estruturado como um modelo de remuneração por performance, com vistas à eficiência do serviço público, a possibilidade de advogados públicos perceberem verbas honorárias sucumbenciais não afasta a incidência do teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, XI, da Constituição Federal. 3. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE” (ADI 6053, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 16-07-2020 PUBLIC 17-07-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-189 DIVULG 29-07-2020 PUBLIC 30-07-2020).

nº 19/98 não assentou objeção explícita da referida garantia profissional para a Advocacia Pública, havendo regra expressa vedando o recebimento de honorários apenas aos membros da Magistratura e do Ministério Público. Ademais, afirmou o Ministro do STF que o recebimento dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos está em consonância com o artigo 37 da Constituição Federal, que contempla o princípio da eficiência, além do que a Fazenda Pública se beneficia da atuação exitosa dos advogados públicos, que, por sua vez, teriam sua remuneração reduzida com eventual procedência da ação direta de inconstitucionalidade, o que violaria o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Apenas em relação ao teto remuneratório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que deveria incidir na soma dos subsídios e honorários de sucumbência percebidos mensalmente pelos advogados públicos.

A decisão, proferida por maioria de votos, foi seguida nas outras ações diretas de inconstitucionalidade que questionavam atos normativos estaduais de teor análogo. A ADI do Paraná, nº 6.177, foi relatada pela Ministra Rosa Weber.

2.3 Os honorários de sucumbência podem ser fixados em sentenças e em determinadas decisões interlocutórias

Os honorários sucumbenciais geralmente são estabelecidos na sentença, conforme vem previsto no art. 85, caput do CPC. Todavia, poderão ser fixados em decisões interlocutórias, a saber: **(i)** na execução por quantia certa (CPC, art. 827); **(ii)** no cumprimento de sentença (CPC, art. 523, § 1º); **(iii)** na decisão que declara uma das hipóteses do art. 485 e 487, II e III, apenas em relação a parcela do processo

(CPC, art. 354, parágrafo único); **(iv)** na decisão que julga parcialmente o mérito (CPC, art. 356).

São devidos honorários seja qual for a natureza da sentença (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva) e nos casos de improcedência do pedido ou de sentença terminativa (CPC, art. 85, § 6º), abrangido o acórdão de julgamento proferido por tribunal (CPC, art. 204) que tenha conteúdo de sentença (CPC, arts. 485 e 487).

Em segundo grau, o tribunal poderá inclusive fixar honorários caso a sentença tenha sido omissa, ou majorá-los¹⁴, em acórdão ou decisão monocrática¹⁵, a depender da situação (CPC, art. 932, III e IV).

Quanto à previsão de majoração dos honorários em grau recursal, que não poderá ultrapassar o limite de 20% estabelecido no art. 85, comentam Eduardo Cambi et al: “Trata-se de uma forma de estímulo para tentar reduzir o volume de recursos infundados que assola os tribunais do país”.¹⁶

Sobre isso, advertem os autores que não poderá haver fixação em grau de recurso quando a decisão recorrida não houver fixado a verba honorária por ser indevido, como ocorre

14 Enunciado 241, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais”.

15 Enunciado 242, do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os honorários de sucumbência recursal são devidos em decisão unipessoal ou colegiada”.

16 CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 159.

nos agravos de instrumento interpostos contra decisões interlocutórias sem conteúdo de sentença, sob o argumento de que “não é possível *majorar* aquilo que não foi fixado”.¹⁷

Nas causas de jurisdição voluntária, todavia, não serão devidos honorários de sucumbência,¹⁸ dada a ausência de lide, parte vencedora e vencida.

2.4 A regra geral estabelece percentuais de honorários de sucumbência entre dez e vinte por cento sobre o valor da condenação

De acordo com o art. 85, § 2º do CPC, os honorários de sucumbência devem ser fixados entre dez e vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Nas causas de valor inestimável, de írisório proveito econômico ou quando o valor da causa for ínfimo, deverão os honorários ser estabelecidos de acordo com critérios de equidade.¹⁹

17 CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro, cit, p. 159.

18 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 177.

19 Vide item 7.

2.5 Os honorários de sucumbência constituem efeito secundário da sentença

Ainda que os honorários não sejam requeridos pelo autor ou pelo réu, serão fixados na sentença, sem que isto caracterize ofensa ao princípio da correlação entre o pedido e a decisão do juiz (CPC, art. 85, caput). É que os honorários são considerados implícitos no pedido do autor, conforme se extrai do art. 322, § 1º do CPC.²⁰ E porque não precisam ser requeridos pelas partes, são efeitos secundários da sentença.²¹

Sobre isso, dispõe a Súmula 256 do Supremo Tribunal Federal: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos artigos 63 ou 64 do Código de Processo Civil”.

Registre-se que, caso o juiz não faça constar da sentença a condenação do vencido em pagar honorários de sucumbência ao advogado do vencedor, havendo trânsito em julgado, poderá o advogado propor ação autônoma para cobrança da verba (CPC, art. 85, § 18º).

Apontadas as premissas, passa-se a analisar as regras estabelecidas no CPC acerca da fixação dos honorários de sucumbência nos processos em que a Fazenda Pública é parte, no polo ativo ou passivo, sendo vencedora ou vencida.

20 “Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios”.

21 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. v. 2, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 439.

3. ABRANGÊNCIA DO TERMO FAZENDA PÚBLICA

Fazenda Pública abrange as pessoas jurídicas de direito público interno – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, bem como a Administração Pública indireta – autarquias e fundações de direito público. Não estão incluídas no conceito as empresas públicas e sociedades de economia mista, como os Correios – Empresa Brasileiro de Correios e Telégrafos (ECT)²² e a Copel – Companhia Paranaense de Energia²³, respectivamente, que possuem natureza de pessoas jurídicas de direito privado.

Estão incluídas no rol de pessoas jurídicas de direito público as agências executivas ou reguladoras, com natureza jurídica de autarquias especiais.²⁴ Exemplo de agência reguladora no Paraná é a AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná, entidade autárquica sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público.²⁵

22 A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT possui natureza jurídica de empresa pública federal vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, de acordo com seu Estatuto Social (Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969).

23 Conforme seu Estatuto Social, a Copel – Companhia Paranaense de Energia – é sociedade de economia mista de capital aberto, dotada de personalidade jurídica de direito privado, parte integrante da administração indireta do Estado do Paraná (in www.copel.com, acesso em 22/02/21).

24 CUNHA. Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 7.

25 Vide Decreto 7765, de 05 de setembro de 2017, que aprova o Regulamento da AGEPAR.

Leonardo José Carneiro da Cunha lembra que as associações públicas, previstas no art. 41, IV do Código Civil, também estão abrangidas no conceito de Fazenda Pública; constituído consórcio como associação pública, adquire personalidade de direito público.²⁶

4. DIREITO INTERTEMPORAL

Na análise do direito intertemporal, necessário levar em conta os artigos 14 e 1046 do CPC.²⁷

A aplicação das referidas disposições legais leva à conclusão de que as normas do CPC de 2015 quanto aos honorários de sucumbência passaram a incidir imediatamente nos processos pendentes, nos quais ainda não havia decisão que aplicasse os honorários advocatícios, seja por sentença de mérito, seja terminativa. O direito aos honorários decorre do pronunciamento do juiz sobre o êxito na causa ou sobre a causalidade nas hipóteses de perda de objeto, desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido. Então, a lei vigente na data do pronunciamento do juiz é a que deve ser aplicada.

Neste sentido é a posição do Instituto Brasileiro de Direito Processual:

26 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Cit, p. 8.

27 “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

“Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

Considerando que o direito subjetivo à percepção dos honorários sucumbenciais decorre da atuação profissional do advogado, da determinação legal que informa o vínculo jurídico entre o referido profissional e a parte vencida, a se aperfeiçoar somente no momento da prolação da decisão que impuser a sucumbência àquela parte, constata-se que, uma vez proferida a decisão, o direito à verba em questão fica submetido às regras processuais vigentes na respectiva data, já que o mencionado direito subjetivo surge apenas neste momento, não podendo a lei superveniente alterar o regime jurídico a partir daí.²⁸

Também é esta a posição adotada em julgados do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REGIME DO CPC/1973 OU DO CPC/2015. TEMPUS REGIT ACTUM. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF.

(...)

4. O entendimento do STJ é de que os honorários advocatícios são regidos pelo regime vigente na época de prolação do primeiro ato judicial que os arbitrou.²⁹

28 LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Manifestação do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) como amicus curiae no incidente de assunção de competência 0004672-46.2017.8.05.0000: aplicação das regras do CPC/2015 sobre os honorários advocatícios aos casos pendentes, cit., p. 10.

29 REsp 1799317/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019.

Portanto, ainda que a demanda tenha sido proposta anteriormente à entrada em vigor do CPC, as regras nesse contidas quanto aos honorários de sucumbência devem ser tomadas em conta na sua fixação, o que pode fazer a diferença. Por exemplo, o critério escalonado a seguir comentado foi uma novidade do legislador de 2015 e não havia nada semelhante na legislação anterior.

5. O CRITÉRIO ESCALONADO E EM FAIXAS

Diferentemente da normatização do CPC de 1973, que estabelecia o critério da equidade na fixação dos honorários de sucumbência nos processos em que a Fazenda Pública era parte vencida (art. 20, § 4º), o art. 85, § 3º, do CPC³⁰ de 2015 prevê percentuais escalonados, de acordo com o valor da condenação ou do proveito econômico, conforme a seguinte tabela:

30 Eis a redação do art. 85, § 3º: “Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2o e os seguintes percentuais:
I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;
II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;
III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;
IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;
V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos”.

ART. 85, § 3º	VALOR DA CONDENAÇÃO OU DO PROVEITO ECONÔMICO	FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS
I	até 200 salários mínimos	10 a 20%
II	de 200 a 2.000 salários mínimos	8 a 10%
III	de 2 mil a 20 mil salários mínimos	5 a 8%
IV	de 20 mil a 100 mil salários mínimos	3 a 5%
V	100 mil salários mínimos ou mais	1 a 3%

Em complemento, dispõe o § 5º do art. 85: “quando o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente”.

A aferição dos honorários poderá ser em uma, duas, três, quatro ou cinco etapas, a depender do valor da condenação ou do proveito econômico. Exemplificando, num processo no qual o valor da causa seja de 120 mil salários mínimos, ou seja, R\$ 132.000.000,00 (cento e trinta e dois milhões de reais)³¹, caso fixados os patamares mínimos do § 3º, deverá haver a fixação dos honorários em cinco etapas, cada uma delas na faixa respectiva e de acordo com o limite estabelecido.

31 O valor do salário mínimo atual é de R\$ 1.100,00 (hum mil e cem reais), conforme Medida Provisória 1.021/2020.

6. SENTENÇAS LÍQUIDAS, ILÍQUIDAS E CAUSAS SEM CONDENÇÃO OU DE PROVEITO ECONÔMICO IMENSURÁVEL

O § 4º do art. 85 acrescenta que, em qualquer das hipóteses do § 3º (critério escalonado), os percentuais estabelecidos devem ser aplicados quando a sentença for líquida (inciso I).

A matéria já foi levada a julgamento no Superior Tribunal de Justiça, que, em acórdão relatado pelo Ministro Herman Benjamin, assentou a posição da corte no sentido de que a sentença deve ser líquida para viabilizar a fixação dos honorários de sucumbência.³² Ainda, em julgado de dezembro de 2019, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela condenação da União Federal a pagar honorários de sucumbência a município da federação, determinando que sua fixação ocorresse na fase de liquidação, em caso no qual houve a extinção do processo sem resolução do mérito face à perda de interesse processual superveniente.³³

32 Ementa: PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA ILÍQUIDA. ART. 85, § 4º, II, DO CPC/2015. PERCENTUAL QUE SERÁ FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

33 PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MULTA QUE INTEGRA BASE DE CÁLCULO DO FPM. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. EDIÇÃO DA MP N. 753/2016. ALTERAÇÃO DO ART. 8º DA LEI N. 13.254/2016.

I - Na origem, trata-se de ação ordinária objetivando o pagamento de parte de multa, que integra a base de cálculo do FPM. Na sentença, o processo foi extinto sem resolução do mérito. O Tribunal a quo manteve a sentença.

II - O recurso especial interposto pela Municipalidade comporta provimento.

Já nos casos em que não houver condenação ou não for mensurável o proveito econômico, a condenação deverá observar o valor da causa (III), o que é comum em ações que versam sobre direito à saúde, conforme tem decidido o STJ.³⁴

III - Os honorários advocatícios são devidos nos casos de extinção do feito sem resolução do mérito, em razão da superveniente perda de objeto, à luz do princípio da causalidade, caso em que a imputação da sucumbência requer a investigação de qual parte teve a responsabilidade pelo ajuizamento da demanda, bem como pelo seu esvaziamento.

IV - A Municipalidade ajuizou contra a União Federal ação visando que os recursos oriundos da aplicação da multa prevista no art. 8º da Lei n. 13.254/2016 (“Lei da Repatriação”) passassem a integrar a receita do Fundo de Participação dos Municípios.

V - Ocorre que a União Federal adotou medida extrajudicial que atendeu à pretensão (até então resistida) veiculada na exordial, ao editar a Medida Provisória n. 753/2016, fazendo incluir no Fundo de Participação dos Municípios a receita advinda da aplicação da referida multa. Com isso, retirou o interesse de agir da demanda, dando causa superveniente à extinção do processo sem a resolução do mérito.

VI - Assim, a perda do objeto da demanda pela superveniência de ato normativo de iniciativa do Poder Executivo não afasta, no caso, a condenação deste nos ônus da sucumbência. A propósito: AgInt no REsp 1.721.327/AL, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/3/2019, DJe 22/3/2019; REsp 1.777.160/PB, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 12/2/2019, DJe 1º/3/2019; REsp n. 614.254/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 1º/6/2004, DJ 13/9/2004, p. 178; REsp n.764.519/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 23.11.2006; REsp n.238.093/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 6.9.2004; REsp n. 98.742/SP, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 8/4/1997, DJ 23/6/1997, p. 29.083.

VII - Correta, portanto, a decisão agravada que deu provimento ao recurso especial para responsabilizar a União Federal pelo pagamento da verba honorária, a ser fixada em sede de liquidação, nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC/2015.

VIII - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1746751/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019).

34 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. CRITÉRIOS ESTABELECIDOS

7. CAUSAS DE ELEVADO VALOR. APLICABILIDADE DO ART. 85, § 8º DO CPC?

Questão que tem sido muito debatida diz respeito à aplicabilidade do art. 85, § 8º aos casos em que o valor da causa é muito elevado. A norma permite a fixação dos honorários de sucumbência por equidade quando inestimável ou irrisório o proveito econômico e quando o valor da causa for muito baixo.

No julgamento do REsp 1.746.072/PR, a 2ª Turma do STJ uniformizou o entendimento no sentido de que tal norma é excepcional e limitada para os casos de valor inestimável, irrisório ou muito baixo.³⁵ Todavia, em precedente de julgamento unânime da 2ª Turma, o STJ entendeu que a apreciação equita-

NO ART. 85 DO CPC/15. DECISÃO RECORRIDA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

IV - In casu, verificada a impossibilidade de aferição do proveito econômico obtido na demanda, mas não caracterizado que o valor atribuído à causa foi ínfimo, cabível a fixação dos honorários em percentual a incidir sobre este valor atualizado e não de forma equitativa (art. 85, §§ 4º e 8º, III, do CPC/2015).

V - Ademais, em se tratando de ação em que a Fazenda Pública é parte, e o valor atribuído à causa, ainda que atualizado, não ultrapassa duzentos salários-mínimos, o percentual de 10% coaduna-se com o disposto no art. 85, § 3º, I, do CPC/2015, que estabelece, para o referido patamar de valor, o mínimo de 10% e o máximo de 20% para fins de fixação dos honorários sucumbenciais.

VI - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1811231/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 18/11/2019).

- 35 AgInt no REsp 1893026/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2021, DJe 11/02/2021, AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1801512/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020 e AgInt no AgInt no REsp 1815949/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020.

tiva é cabível nas causas de elevado valor.³⁶ O Ministro Mauro Campbell Marques posicionou-se favoravelmente à aplicação do artigo 85, § 8º do CPC nas causas de elevado valor, para que se evite enriquecimento desproporcional com o caso concreto.

8. DESCABIMENTO DOS HONORÁRIOS NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Apesar da generalidade quanto ao cabimento dos honorários de sucumbência, inclusive na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório e definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente (art. 85, § 1º), o CPC estabeleceu regra de exceção, no § 7º do art. 85 ao dispor que, no cumprimento de sentença de obrigação de pagar contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, os honorários não são devidos se não houver impugnação.³⁷

36 AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1807495/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 19/09/2019.

37 Neste sentido o entendimento do TJMG: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - IMPUGNAÇÃO - INEXISTÊNCIA - ART. 85, §7º, DO CPC/15 - HONORÁRIOS NÃO DEVIDOS - ART. 9º, §§3º E 4º, DA LEI ESTADUAL Nº14.699/2003 - REQUISICÃO DE PEQUENO VALOR - PRAZO NONAGESIMAL PARA PAGAMENTO - AUSÊNCIA DE EXTRA-POLAÇÃO.
- Consoante dispõe o art. 87, §7º, do CPC/2015, não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

A regra tem pertinência, já que o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública é procedimento especial de execução, dada a impenhorabilidade dos bens públicos, ensejando a expedição de precatório para o pagamento, na forma do art. 100, da Constituição Federal e nos termos dos artigos 534 e ss. do CPC.³⁸

Perceba-se que, quando a sentença de obrigação de pagar quantia contra a Fazenda Pública opera coisa julgada, é imprescindível o rito das mencionadas normas para a expedição do precatório requisitório, não havendo a previsão legal de expedição de precatório de forma espontânea pelo ente público, diferente do que ocorre no caso de sentenças proferidas contra particulares, que podem cumprir espontaneamente a obrigação, afastando o início do cumprimento de sentença.

- Em se tratando-se de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública onde não houve impugnação, descabe a fixação de honorários advocatícios, pelo que merece reforma a r. decisão agravada.
- Recurso provido” (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.16.086427-8/001, Relator(a): Des.(a) Luís Carlos Gambogi , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/05/0017, publicação da súmula em 15/05/2017).

38 Anota o Professor Humberto Theodoro Júnior: “A explicação para a atitude do legislador em benefício da Fazenda Pública, no caso das execuções não embargadas, consiste em que o cumprimento da sentença sob a forma de precatório não permite que o pagamento espontâneo da condenação se dê de imediato após a sentença. Assim, a Fazenda Pública é forçada a passar por todos os estágios do procedimento de cumprimento da sentença, mesmo quando não tenha matéria para se defender por meio de embargos. Não teria cabimento puni-la com nova verba advocatícia na execução não impugnada, se não lhe resta outro caminho para realizar legitimamente o cumprimento da sentença. Daí porque o legislador instituiu a regra especial de que não deve a Fazenda Pública ser submetida a pagamento de outros honorários na execução não embargada” (THEODORO Jr, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 60ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 331).

Discute-se a aplicabilidade da regra do art. 85, § 7º nas hipóteses em que o valor do pagamento permita a expedição de Requisição de Pequeno Valor – RPV. O STJ tem decidido pelo cabimento dos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, ainda que não impugnada, quando o crédito está sujeito ao regime da RPV - Requisição de Pequeno Valor.³⁹ O entendimento é incoerente quando se compara a situação com os casos de cumprimento de sentença contra particular, disciplinado no art. 523, do CPC, o qual permite que o executado pague o valor do débito em até 15 dias do início do procedimento, sem honorários advocatícios. Então, parece incongruente com a sistemática do legislador afastar os honorários nos casos de (i) cumprimento de sentença de pagamento de quantia contra a Fazenda Pública nas hipóteses de expedição de precatório e (ii) cumprimento de sentença de obrigação de pagar contra particular até o prazo de 15 dias da intimação para pagamento do débito; mas permitir a fixação de honorários de sucumbência quando a Fazenda Pública for executada no cumprimento de sentença de pagar que enseje a expedição de RPV.

A questão quanto ao cabimento ou não do arbitramento de honorários advocatícios no cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, quando o crédito exequendo sujeitar-se ao regime de Requisição de Pequeno Valor (RPV) é objeto do Tema 14 de IRDR's admitidos no Tribunal de Justiça do Paraná, ainda pendente de definição da tese jurídica.

Se porventura a Fazenda Pública impugnar o cumprimento da sentença, aí sim serão devidos os honorários de sucumbência, contrários ou a favor, a depender do resultado da

39 AgInt no AREsp 1461383/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/09/2019, DJe 11/10/2019.

controvérsia.

Conforme orientação firmada do Superior Tribunal de Justiça no Tema 973, excepciona-se a aplicação da norma do art. 85, § 7º nos casos de procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, mesmo que não impugnados.⁴⁰

9. CONCLUSÕES

Na análise das regras contidas no Código de Processo Civil sobre os honorários de sucumbência relativos às causas em que a Fazenda Pública é parte, é imprescindível considerar que tal verba é pertencente ao advogado (público ou privado) da parte vencedora pelo seu trabalho exitoso, podendo ser fixada em sentenças e em algumas espécies de decisões interlocutórias, como por exemplo a decisão parcial de mérito.

Merece destaque o método escalonado e em faixas estabelecido no CPC, que substituiu o critério da equidade previsto no diploma processual de 1973. À medida que o valor da causa ou do proveito econômico majora, os honorários de sucumbência devem ser fixados pelo juiz em percentuais menores, o que deve ocorrer tanto quando a Fazenda Pública for vencedora, quanto vencida.

Na interpretação dos parágrafos do artigo 85 do CPC, o Superior Tribunal de Justiça já firmou alguns entendimentos

40 A Tese foi firmada assim: “O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio”.

relevantes quanto aos honorários de sucumbência devidos nas causas em que a Fazenda Pública é parte: para utilização dos percentuais do método escalonado, a sentença deve ser líquida; nos processos em que não houver condenação ou for imensurável o proveito econômico, a fixação dos honorários deverá levar em conta o valor da causa.

Porém, ainda há divergência quanto à possibilidade de aplicação da equidade (CPC, art. 85, § 8º) nas causas em que o valor da causa for elevado.

Por fim, são descabidos honorários no cumprimento de sentença de obrigação de quantia contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, conforme o artigo 85, § 7º do CPC, o que deve ser aplicado por analogia nas hipóteses de obrigação de pagar quantia contra a Fazenda Pública que demande a expedição de Requisição de Pequeno Valor.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro. Curso de processo civil completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

KANAYAMA, Renato Alberto Nielsen; KANAYAMA, Rodrigo Luis. "Os honorários de sucumbência da Advocacia Pública: breve análise sob o olhar do Direito Financeiro", in Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Curitiba: PGE, 2017, p. 160.

LEITÃO, Cristina. “Direito do advogado público ao recebimento de honorários de sucumbência”, in *Revista da Ordem*, OAB Paraná, Curitiba, ed. 57, p. 40.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Manifestação do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) como amicus curiae no incidente de assunção de competência 0004672-46.2017.8.05.0000: aplicação das regras do CPC/2015 sobre os honorários advocatícios aos casos pendentes, in *Revista de Processo*, n. 287, jan., 2019, p. 383-405.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO Jr, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 60ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 2, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: da taxatividade mitigada do caput do art. 1.015 à interpretação analógica do parágrafo único

Carolina Uzeda¹

Manoela Virmond Munhoz²

-
1. Doutoranda pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Membro do Grupo de Pesquisa Meios Adequados de Solução Heterônoma de Conflitos, Dentro e Fora do Estado (UFPR), integrante da Rede ProcNet - Rede Internacional de Pesquisa - Justiça Civil e Processo Contemporâneo. Membro da Processualistas. Advogada.
 2. Mestranda pela Universidade Federal do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Núcleo de Direito Processual Civil Comparado (UFPR), integrante da Rede ProcNet - Rede Internacional de Pesquisa - Justiça Civil e Processo Contemporâneo. Membro do Jovens Processualistas. Advogada.

RESUMO: O presente artigo reflete sobre as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no atual sistema processual civil. Identificam-se, a partir disso, duas distintas hipóteses de cabimento de agravo de instrumento – uma, pelo caput e rol de incisos do art. 1.015; outra, pelo seu parágrafo único. Nesse contexto, o trabalho objetiva fornecer os fundamentos e os critérios para o cabimento do agravo de instrumento em uma e na outra hipótese, de acordo com o fundamento legal, com a fase processual e com as características do procedimento em questão. Destaca, sobretudo, que se trata de dois regimes jurídicos diferentes de recorribilidade por agravo, que devem ser interpretados de acordo com as suas peculiaridades.

PALAVRAS-CHAVE: Agravo de Instrumento; Interpretação analógica; Procedimentos especiais.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O agravo de instrumento foi o recurso cujo regime jurídico mais sofreu alterações nas últimas décadas. A maior parte dessas mudanças revelava ter como nota essencial o objetivo de restringir o seu âmbito de cabimento.³ Apesar disso, como percebe Heitor Sica, assim como o fígado de Prometeu, da mitologia grega, o agravo possui grande capacidade regenerativa, o que resultaria inúteis todas as

3 Sobre a evolução histórica do agravo de instrumento, vide: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 482-488.

tentativas legislativas de restrição ao seu cabimento.⁴⁻⁵

O CPC/2015, em mais uma empreitada legislativa pela limitação do recurso, procurou ser restritivo ao disciplinar o cabimento do agravo de instrumento. A regra passou a ser a irrecorribilidade das decisões interlocutórias não previstas no rol de incisos do caput do art. 1.015, as quais, de acordo com o art. 1009, §1º, não estarão sujeitas à imediata preclusão e poderão ser impugnadas por meio de preliminar de razões ou contrarrazões de recurso de apelação. Assim, com o novo regime, a reação contra a maioria das decisões interlocutórias foi postergada (ou “diferida”).

A postergação apenas não ocorrerá nos casos em que seja prolatada (e impugnada) decisão interlocutória que verse sobre o mérito do processo. É que, nesses casos, a parte poderá recorrer das demais decisões interlocutórias (que, normalmente, não seriam agraváveis) em preliminar de agravo de instrumento. Sobre o tema, há enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que dispõe: “[n]a hipótese de decisão parcial com fundamento no art. 485 ou no art. 487, as questões exclusivamente a ela relacionadas e resolvidas anteriormente, quando não recorríveis de imediato, devem ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento ou nas contrarrazões”

4 SICA, Heitor Vitor Mendonça. O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e afins. Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, v. 9. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

5 Sobre o contexto histórico do agravo de instrumento, vide: PANTOJA, Fernanda Medina. Cabimento do agravo de instrumento: alguns mitos. Texto inédito gentilmente cedido pela autora.

(Enunciado nº 611).⁶

O novo sistema, em termos práticos, foi bem-sucedido. Como demonstra Fernanda Pantoja, a restrição do cabimento do agravo de instrumento surtiu os efeitos esperados: reduziu a interposição de recursos. Além disso, constatou a autora, após apurada pesquisa empírica, que o novo regime não gerou, diferentemente do que alguns afirmavam que ocorreria, aumento no uso de sucedâneos recursais.⁷

Apesar disso, a prática forense mostrou que a complexidade dos processos não tem como ser apreendida por meio de uma lista rígida de hipóteses. Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça afetou recursos que geraram dois Temas Repetitivos relacionados ao cabimento do agravo (Tema 988 e Tema 1.022). Além disso, reformas legislativas começaram a surgir, ampliando o cabimento do recurso: é o caso da Lei nº 14.112/2020, que expressamente prevê, no art. 189, § 1º, II – como já havia definido o Tema 1.022 –, o cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em procedimentos de recuperação judicial e falência.

Defendemos, em outra oportunidade, que o parágrafo único do art. 1.015 do CPC comporta interpretação analógica,

6 Uma das autoras do presente texto diverge do referido enunciado. Entende Carolina Uzeda que, prolatada decisão parcial de mérito e interposto agravo de instrumento, “todas as interlocutórias prolatadas até o momento do julgamento parcial deverão ser impugnadas na preliminar das razões ou contrarrazões do agravo, quando interposto o agravo de instrumento, na forma do art. 1.015, II”: *Interesse Recursal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 220.

7 PANTOJA, Fernanda Medina. Cabimento do agravo de instrumento: alguns mitos. Texto inédito gentilmente cedido pela autora.

para abranger o cabimento de agravo de instrumento diante de decisões proferidas em certos procedimentos especiais, apesar de inexistir previsão expressa.⁸ O presente artigo é o resultado de reflexões mais aprofundadas sobre o tema, não restritas ao procedimento de recuperação judicial e de falências.

É que, a nosso ver, os fundamentos determinantes que levaram o STJ a firmar os mencionados precedentes, que ampliaram o cabimento do agravo de instrumento em relação ao que foi inicialmente previsto pelo CPC/15, permitem a identificação de outras hipóteses de cabimento desse recurso.

2. ART. 1.015, CAPUT, E SEUS INCISOS: O TEMA 988

No julgamento do Tema 988, originário dos Recursos Especiais números 1.696.396/MT e 1.704.520/MT, julgados sob o procedimento especial dos recursos repetitivos, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Corte Especial do STJ decidiu, por maioria,⁹ que a regra prevista no caput do art. 1.015 do CPC é de *taxatividade mitigada*. Conforme o acórdão, o rol do caput do art. 1.015 não autoriza interpretação extensiva, tampouco analógica. As hipóteses ali descritas são taxativas.

8 UZEDA, Carolina. MUNHOZ, Manoela Virmond. Tema 1.022, agravo de instrumento e recuperação judicial: mais uma etapa na interpretação do art. 1.015 do CPC pelo STJ. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/857120885/tema-1022-agravo-de-instrumento-e-recuperacao-judicial-mais-uma-etapa-na-interpretacao-do-artigo-1015-do-cpc-pelo-stj?ref=feed>. Acesso em 23/12/2020.

9 Divergiram os Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

Essa taxatividade, contudo, não impediria que em “situações que não possam aguardar rediscussão em futura apelação”, admita-se, excepcionalmente, o agravo de instrumento como o meio de impugnação adequado e imediato de decisões interlocutórias não previstas no rol.

Por isso, um dos critérios definidores da orientação do STJ na interpretação dessa parte do dispositivo é o de que toda a vez que a decisão recorrida provocar “perigo de dano iminente grave e de difícil reparação, cuja prevenção não possa aguardar o julgamento final da causa”,¹⁰ o agravo será cabível, seja qual for o conteúdo da decisão.¹¹⁻¹²

10 THEORODO JUNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro.” Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20C3%BAnior%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 05.12.2020.

11 É necessário que se diga que, no mencionado precedente, se adota uma noção bastante abrangente do que seja *periculum in mora*. As situações em que se vê este *periculum* (por exemplo, agravo de instrumento de decisão sobre competência) não são exclusivamente aquelas em que há perigo de efetivo perecimento do direito, como consequência da inexecuibilidade da decisão. O que se está em pauta são situações em que a postergação da análise da decisão pelo tribunal resultará inutilidade do provimento.

12 Ao tempo do CPC/73 e comentando suas inúmeras reformas, assim defendia Humberto Theodoro Junior: “A recorribilidade das interlocutórias por meio de instrumento deveria continuar limitada a casos expressamente previstos em lei, como os de prisão civil, levantamento de dinheiro e alienação de bens litigiosos e aqueles em que se comprovasse inequivocamente o perigo de dano iminente grave e de difícil reparação, cuja prevenção não possa aguardar o julgamento final da causa”: O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro.” Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20C3%BAnior%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 05/12/2020.

O que define o cabimento do recurso é a urgência decorrente da impossibilidade de aguardar-se o momento oportuno para apreciação da apelação. Caso a parte espere a apelação para recorrer da decisão interlocutória, haverá um grave risco de inutilidade da tutela jurisdicional. Em outras palavras, é necessário, fazer um juízo hipotético sobre a utilidade (interesse recursal) e a eficácia da eventual e futura apelação em relação à decisão interlocutória não prevista no rol do caput do art. 1.015.

Nesse ponto, é importante deixar claro que o precedente do STJ não repristina o modelo do CPC/73. No sistema do Código revogado, as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento levavam em consideração exclusivamente a urgência. Tanto aquela decorrente da demora do processo, quanto a vinculada ao direito material. Sempre que houvesse risco, caberia o recurso por instrumento.¹³

O precedente do STJ, entretanto, faz referência a um outro tipo de urgência.¹⁴ Embora use a expressão *periculum in mora*, a urgência como suporte fático da norma que permite o cabimento do agravo não é a mesma prevista como suporte fático para concessão de tutela provisória recursal ou atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O risco de dano abrangido pelo novo precedente não decorre da relação jurídica conflituosa

13 Assim previa o CPC/73: "Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento".

14 Sobre o tema: UZEDA, Carolina. Tutela autônoma das situações de urgência autossatisfativas. Artigo inédito.

e não é oriundo do direito material discutido pelas partes. O que provoca esse perigo é única e exclusivamente a decisão prolatada, conjugada com o decurso do tempo existente entre o momento da sua prolação e a sentença. Trata-se de um perigo que surge no processo e é exclusivamente com ele relacionado; o perigo de que, caso a parte aguarde o momento de prolação da sentença, para então impugnar a decisão interlocutória que a prejudica, não subsista utilidade na tutela jurisdicional recursal.

O que temos, no caso, é uma situação de urgência que, em razão da estrutura prevista pelo legislador processual, deixou de ser adequadamente tutelada na via legislativa. Não foi por outro motivo que o próprio voto da Ministra Relatora referenciou a necessidade de se analisar a situação “em conformidade com a mais contemporânea concepção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, embora inicialmente concebido como o mero exercício do direito de ação, passou a incorporar também o direito à tutela jurisdicional e de efetivo acesso à justiça”.¹⁵

Ora, considerando que “não se justificam constitucionalmente quaisquer limitações impostas legal ou judicialmente à

15 O voto da ministra relatora, nesse excerto, cita a lição de Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, para quem a noção contemporânea de inafastabilidade da jurisdição deve “alcançar também a plena atuação das faculdades oriundas do processo e a obtenção de uma decisão aderente ao direito material, desde que utilizada a forma adequada para obtê-la”. (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito processual civil*: vol. 1, parte geral. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 85).”

concessão de medidas de urgência”,¹⁶⁻¹⁷ nada mais justo que, ao interpretar a legislação processual de acordo com suas normas fundamentais e com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o julgador busque meios para garantir que a tutela prestada seja efetiva. Mais do que uma possibilidade, trata-se de um dever.

Assim, no âmbito do Tema 988, como no próprio rol do caput do artigo 1.015, o que se tem em questão é o conteúdo da decisão e a inutilidade de sua apreciação diferida.

Todavia, não se incluem no rol de incisos do art. 1.015, nem no Tema 988, as situações e procedimentos em que, independentemente do conteúdo da decisão impugnada, ou de eventual urgência, o agravo será cabível.¹⁸ Essas hipóteses

16 VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: RT, 2005, p. 59.

17 “A garantia constitucional da proteção à lesão dos direitos não conduz, propriamente ou necessariamente, a tais ideias. Ao contrário, leva à conclusão de que a tutela de urgência se presta a proteger o próprio direito material, ainda que de forma temporária, e mediante uma análise sumária, fundada em juízo de probabilidade (verossimilhança). Em última *ratio*, trata-se de aceitar a autonomia da tutela cautelar, que não deriva nem se resume a uma autonomia procedimental. Refere-se à existência de um direito à cautela como defluência dos princípios da inafastabilidade e do devido processo legal, que deve ser implementado pelo magistrado em qualquer procedimento, desde que, por óbvio, presentes os pressupostos para tanto”: VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: RT, 2005, p. 64.

18 PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE SUSPENDEU O PROCESSO. TEMA REPETITIVO 988/STJ INAPLICÁVEL. INCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO ART. 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015. CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA TODAS AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM LIQUIDAÇÃO

E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, EXECUÇÃO E INVENTÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DO CONTEÚDO DA DECISÃO. 1. No enfrentamento da matéria, o relator do Agravo de Instrumento, em decisão monocrática, lançou os seguintes fundamentos (fls. 123-124, e-STJ): "O recurso não deve ser conhecido. A decisão que determina a suspensão do processo não é agravável de instrumento, conforme dispõe o artigo 1.015 do Código de Processo Civil vigentes, que estabelece hipóteses restritas ao recurso, tanto para a fase de conhecimento quanto para a fase de cumprimento de sentença, liquidação de sentença, ou execução de título executivo extrajudicial. Cabe ao juízo regular e execução e adotar as medidas cabíveis ao cumprimento da sentença, do que não é cabível imediatamente recurso. Não conheço, portanto, do recurso interposto, porque incabível". 2. Outrossim, no julgamento de Agravo Interno, o Tribunal a quo, corroborando o entendimento supra, negou provimento ao Agravo de Instrumento do ora recorrente e assim consignou no acórdão: " Crer que qualquer decisão proferida no âmbito da execução ou do cumprimento da sentença é agravável de instrumento constitui um contra-senso interpretativo, em prejuízo da intenção do legislador ao substituir o Código de Processo Civil de 1973 pela legislação vigente, voltada à celeridade processual". (fls. 164-165, e-STJ). 3. Esclarece-se que o entendimento do Tema Repetitivo 988/STJ não se aplica aos Recursos Especiais que discutam o cabimento do Agravo de Instrumento nos processos ou nas fases procedimentais elencadas no art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015. Com efeito a regra prevista no caput e incisos do art. 1.015, segundo a qual há limitação no cabimento do Agravo de Instrumento em razão do conteúdo da decisão interlocutória (observando-se, nesse particular, a tese da taxatividade mitigada acolhida pela Corte Especial do STJ por ocasião do julgamento do REsp 1.696.396/MT e do REsp 1.704.520/MT, DJe 19/12/2018), somente se aplica à fase de conhecimento. 4. Nos termos da jurisprudência do STJ, "para as decisões interlocutórias proferidas em fases subsequentes à cognitiva - liquidação e cumprimento de sentença -, no processo de execução e na ação de inventário, o legislador optou conscientemente por um regime recursal distinto, prevendo o art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015, que haverá ampla e irrestrita recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, quer seja porque a maioria dessas fases ou processos não se findam por sentença e, conseqüentemente, não haverá a interposição de futura apelação, quer seja em razão de as decisões interlocutórias proferidas nessas fases ou processos possuírem aptidão para atingir, imediata e severamente, a esfera jurídica das partes, sendo absolutamente irrelevante investigar, nesse contexto, se o conteúdo

foram tratadas pelo CPC no parágrafo único do art. 1.015, voltado à disciplina da fase de execução e de determinados procedimentos especiais.

3. ART. 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO

Tudo o que se disse no item acima volta-se exclusivamente ao caput do art. 1.015, com seu rol de incisos, mas não ao seu parágrafo único, cujo texto orienta ser cabível agravo de instrumento “contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

Apesar de, em último caso, haver certa semelhança entre os fundamentos do Tema 988 e o parágrafo único, diferentemente dos incisos do art. 1.015, o parágrafo único não versa sobre o conteúdo das decisões. A afirmação é relevante, já que o Tema 988 não atende plenamente à segurança jurídica,¹⁹ uma vez que o preenchimento dos critérios estabelecidos deve ser analisado casuisticamente, considerando-se, ainda, aspectos subjetivos. Além das armadilhas possíveis de serem

da decisão interlocutória se amolda ou não às hipóteses previstas no caput e incisos do art. 1.015 do CPC/2015”. (REsp 1.747.035/SE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 7/6/2019). 5. Dessume-se que o acórdão recorrido não está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual merece prosperar a irresignação. 6. Recurso Especial provido. (REsp 1762071/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 11/10/2019)

19 WATANABE, Doshin. Agravo de Instrumento no CPC/2015: cabimento, interpretação, integração e meios autônomos de impugnação. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, 2020, p. 170.

criadas pelos tribunais,²⁰ isso poderia induzir as partes a interpor recurso contra toda e qualquer decisão. Ao tornar irrelevante o conteúdo da decisão, o parágrafo único permite, com maior clareza, identificar as hipóteses de cabimento do recurso e o trânsito em julgado das respectivas decisões.

O parágrafo único do art. 1.015, tampouco tem a pretensão de ser exaustivo. Trata-se de dispositivo que, tão-somente, enuncia hipóteses nas quais o procedimento não comporta o regime do art. 1.009, §1º, CPC e, por isso, as decisões interlocutórias ali pronunciadas precisam ser impugnáveis de imediato.

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com a fase de execução. Nela, o processo se desenvolve para buscar a satisfação do credor, e nem sempre haverá a prolação de uma sentença apelável.

Os principais critérios que vislumbramos, dos quais passaremos a tratar, que determinam a recorribilidade imediata por agravo, são: (i) o critério temporal; e (ii) o critério da especialidade do procedimento.

3.1. Critério temporal.

Toda e qualquer decisão prolatada após a sentença da fase de conhecimento (arts. 485 e 487, CPC) é impugnável por agravo de instrumento, independentemente de seu conteúdo.

20 TALAMINI, Eduardo. Agravo de Instrumento: Hipóteses de Cabimento no CPC/2015. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/236240/agravo-de-instrumento-hipoteses-de-cabimento-no-cpc-15>. Acesso em 01/03/2021.

Trata-se de critério temporal que determina o cabimento do recurso: finda a fase de conhecimento, com a prolação de sentença, qualquer decisão subsequente será impugnável de imediato por agravo de instrumento, com fundamento no art. 1.015, parágrafo único, CPC.

Um interessante exemplo prático dessa situação, colhido de julgado do STJ, é caso em que houve pedido de nulidade de todas as intimações ocorridas após a prolação da sentença, indeferido por decisão interlocutória. Essa decisão – não relacionada a atos de execução/cumprimento de sentença – foi recorrida por agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça do Mato Grosso, onde o recurso não fora conhecido.

Levada a questão ao STJ mediante Recurso Especial (REsp nº 1.736.285/MT), cuja relatoria foi incumbida, também, à Ministra Nancy Andrighi, a Corte proveu-o, consignando que “para as decisões interlocutórias proferidas em fases subsequentes à cognitiva (...) o legislador optou conscientemente por um regime recursal distinto, prevendo o art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015, que haverá ampla e irrestrita recorribilidade de todas as decisões interlocutórias”.²¹

21 Veja-se a ementa do mencionado julgado: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE NULIDADE DAS INTIMAÇÕES OCORRIDAS APÓS A PROLATAÇÃO DA SENTENÇA. CABIMENTO DO RECURSO EM FACE DE TODAS AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, EXECUÇÃO E INVENTÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DO CONTEÚDO DA DECISÃO. INCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO ART. 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015. LIMITAÇÃO DE CABIMENTO DO RECURSO, PREVISTA NO ART. 1.015, CAPUT E INCISOS, QUE SOMENTE SE APLICA ÀS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NA FASE DE CONHECIMENTO. 1- Ação proposta em 13/02/2017. Recurso especial interposto em 10/08/2017 e concluso à Relatora em 26/04/2018. 2-

Outros exemplos podem ser mencionados. Veja-se o caso de um pedido de sigilo da sentença, formulado incidentalmente. Em que pese a decisão sobre pedido de tramitação de processos sob sigilo de justiça seja recorrível por força do Tema 988 – já que proferida durante a fase de conhecimento – entendemos que o mesmo regime não seria aplicável para uma decisão incidental, relacionada à sentença. Aplica-se, também, o critério temporal, que determina a recorribilidade

O propósito recursal consiste em definir se é recorrível, de imediato e por meio de agravo de instrumento, a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de declaração de nulidade das intimações ocorridas após a prolação da sentença. 3- Somente as decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento se submetem ao regime recursal disciplinado pelo art. 1.015, caput e incisos do CPC/2015, segundo o qual apenas os conteúdos elencados na referida lista se tornarão indiscutíveis pela preclusão se não interposto, de imediato, o recurso de agravo de instrumento, devendo todas as demais interlocutórias aguardar a prolação da sentença para serem impugnadas na apelação ou nas contrarrazões de apelação. 4- Para as decisões interlocutórias proferidas em fases subsequentes à cognitiva - liquidação e cumprimento de sentença -, no processo de execução e na ação de inventário, o legislador optou conscientemente por um regime recursal distinto, prevendo o art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015, que haverá ampla e irrestrita recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, quer seja porque a maioria dessas fases ou processos não se findam por sentença e, conseqüentemente, não haverá a interposição de futura apelação, quer seja em razão de as decisões interlocutórias proferidas nessas fases ou processos possuírem aptidão para atingir, imediata e severamente, a esfera jurídica das partes, sendo absolutamente irrelevante investigar, nesse contexto, se o conteúdo da decisão interlocutória se amolda ou não às hipóteses previstas no caput e incisos do art. 1.015 do CPC/2015. 5- Na hipótese, tendo sido proferida decisão interlocutória - que indeferiu o pedido de nulidade das intimações após a prolação da sentença - após o trânsito em julgado e antes do efetivo cumprimento do comando sentencial, cabível, de imediato, o recurso de agravo de instrumento, na forma do art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015. 6- Recurso especial conhecido e provido". (REsp 1736285/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019).

pelo parágrafo único do art. 1.015, já que se trata de decisão *posterior* à sentença.

Se de um lado o regime que o legislador adotou para a recorribilidade das interlocutórias prolatadas na fase de conhecimento baseia-se no conteúdo dessas decisões; de outro, uma vez prolatada a sentença que põe fim a fase de conhecimento, o conteúdo deixa de ser determinante para a recorribilidade por agravo. Qualquer interlocutória proferida a partir daí atrairá o regime recursal do parágrafo único, por um critério em verdade *temporal*.

Além dos já mencionados, identifica-se exemplo desse critério em previsão expressa de lei: é esse o critério adotado para a previsão de recorribilidade imediata das decisões prolatadas em sede de liquidação de sentença. A liquidação, como se sabe, não pode ser considerada propriamente uma fase do processo,²² como é o cumprimento de sentença. Possui natureza cognitiva e é um procedimento voltado à apuração do *quantum* devido, que comporta até mesmo produção probatória, a fim de preparar o processo para a fase executiva.²³ Por isso,

22 ARAÚJO, Luciano Vianna. *A liquidação do título executivo judicial*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2020, p. 110. Entendendo a liquidação como uma “verdadeira ação, de que a parte lança mão quando já proferida a sentença condenatória”: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol. 3*. 17. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 119.

23 Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier afirmam que no caso teria havido uma escolha do legislador, uma vez que a ordem de argumentos que justificam a recorribilidade imediata irrestrita nas fases de cumprimento de sentença e na execução, não seriam a ela aplicáveis (*Curso avançado de processo civil, vol. 2*. 16. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 541-542).

Luis Guilherme Aidar Bondioli, por exemplo, chega a ressaltar que não se sabe a razão pela qual foi liberada a interposição imediata e irrestrita de agravos nesses casos.²⁴

Por certo, as razões que levaram o legislador a prever a recorribilidade imediata das interlocutórias proferidas no cumprimento de sentença e na execução não se fazem presentes na liquidação. Não há prática de atos constritivos, invasivos ao patrimônio do executado. E tampouco há o problema de haver uma indefinição sobre a prolação de decisão final. A lógica não é a mesma e, a nosso ver, a opção legislativa pela inclusão dessa hipótese no parágrafo único é outra: trata-se de critério meramente temporal, considerando-se como o marco final para recorribilidade pelo *caput* a prolação de sentença.

3.2. Especialidade do procedimento: o Tema 1.022.

Além do temporal, outro critério deve ser considerado: o parágrafo único abrange situações em que a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias por agravo de instrumento considera a *especialidade do procedimento*, que contém peculiaridades que impedem a aplicação do regime do *caput* e rol de incisos. Foi o que decidiu o STJ no Tema 1.022.

O parágrafo único prevê que o caberá agravo de instrumento, independentemente do conteúdo da decisão, na fase de cumprimento de sentença e nos procedimentos de execução e inventário.

24 *Comentários ao código de processo civil – volume XX (arts. 994-1.044)*; coordenação de José Roberto Ferreira Gôuvea, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

Nesses casos, não se cogita que a parte aguarde até o final da respectiva fase para impugnar as decisões, mesmo porque seu encerramento, muitas vezes, se dá por meio de sentença cujo conteúdo decisório já é em si muito limitado (como, p.ex., aquela que extingue a execução por força da satisfação do direito do credor).²⁵

Ademais, a apelação nem sequer propicia a ampla devolução das questões ao tribunal de segundo grau (nas dimensões horizontal e vertical), tal qual ocorre com esse recurso quando interposto no procedimento comum.

Além disso – e o legislador atentou para essa particularidade –, raramente há laço de prejudicialidade (relação de dependência) entre as decisões interlocutórias e o resultado final do processo.²⁶ Aliás, essa constatação já em si suficiente para tornar inaplicável o regime do art. 1.009, §1º

25 Para William Santos Ferreira sequer há uma sentença de mérito. (Comentário ao art. 1.015. In: *Comentários ao código de processo civil – volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 453).

26 A decisão interlocutória, em alguma medida, tem relação de prejudicialidade com a sentença, já que norteia o 'como' o pedido foi julgado. Sobre o tema, explica Barbosa Moreira: "É sobre a ideia de influência, de condicionamento, que merece aqui ser projetado o foco luminoso. Se a solução de uma questão influi necessariamente na outra, e se em razão de tal influência é que se lhe vai atribuir tal ou qual nomen iuris, parece óbvio que a investigação deva concentrar-se no esclarecimento da relação que liga as duas questões, como dado principal para fundar qualquer esquema classificatório. (...) A denominação de prejudiciais, a essa luz, será aplicável às questões de cuja solução depender necessariamente o teor da solução que se haja de dar a outras questões": *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese de concurso para a docência livre de direito judiciário civil apresentada à congregação da faculdade de direito da UFRJ. - Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 22-26.

aos procedimentos previstos no parágrafo único. Afinal, inexistindo essa relação de dependência/prejudicialidade, toda a razão de ser de se postergar a impugnação das interlocutórias se torna inútil e, conseqüentemente, inaplicável.

Essas três características, que unem as hipóteses previstas no parágrafo único são marcantes em procedimentos concursais. Disso, é possível extrair que a hipótese prevista no parágrafo único nada mais é que uma técnica (recursal) diferenciada, aplicável às hipóteses de procedimentos concursais.²⁷

27 Justamente por isso, os embargos à execução estão excluídos do parágrafo único. Trata-se de ação de conhecimento: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ESTABELECEU CRITÉRIOS DE CÁLCULOS À CONTADORIA E INDEFERIU JUNTADA DE DOCUMENTOS. ART. 1.015 DO CPC. TAXATIVIDADE MITIGADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PROCESSO DE CONHECIMENTO. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.015 DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. 1. Cinge-se a controversia a definir se é cabível o agravo de instrumento contra decisão interlocutória, proferida em embargos à execução, que estabeleceu os parâmetros para o cálculo a ser realizado pela contadoria judicial, bem como indeferiu a juntada de novos documentos. [...] 6. Também não subsiste a tese de que a decisão seria recorrível de imediato por ter sido proferida em liquidação de sentença. Isso porque o processo de embargos à execução é ação de conhecimento incidental à execução, de modo que a ele se aplica o regime da taxatividade mitigada, e não o disposto no parágrafo único do art. 1.015 do CPC. Precedentes. 7. Não há, na hipótese, nenhum prejuízo à parte pelo não conhecimento do agravo de instrumento interposto na origem, haja vista que as questões nele tratadas podem ser suscitadas em eventual apelação ou contrarrazões. 8. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 1788769/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 17/11/2020) No mesmo sentido, do TJRJ: 0069322-10.2020.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). ALEXANDRE ANTONIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 26/11/2020 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. "Direito Processual Público. Agravo de instrumento interposto contra pronunciamento judicial, proferido em embargos do executado, que determinou a remessa dos autos ao contabilista judicial. Embargos do executado que têm natureza de processo de conhecimento. Não inci-

Logo, conclui-se que a *ratio essendi* por trás do parágrafo único não é a mesma que inspirou o 1.015 *caput*, seu rol e o art. 1.009, §1º. No caso do parágrafo único, tem-se decisões contra as quais, em virtude da especialidade do procedimento que será possível a utilização do agravo de instrumento como via de irrisignação imediata.²⁸

O tema foi enfrentado pelo STJ nos recursos especiais números 1.707.066/MT e 1.717.213/MT, julgados sob o regime dos recursos especiais repetitivos. No acórdão, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, afirmou-se que o regime recursal distinto para as hipóteses de liquidação, execução e processo de inventário, se deve ao fato de que são “praticados inúmeros e sucessivos atos judiciais de índole satisfativa (pagamento, penhora, expropriação e alienação de bens, etc.) que se revelam claramente incompatíveis com a recorribilidade apenas diferida das decisões interlocutórias.”

Além disso, afirmou-se que nesses casos haverá uma impossibilidade de rediscussão posterior da decisão

dência do art. 1.015, parágrafo único, do CPC. Decisão interlocutória não elencada nas hipóteses do rol taxativo das decisões agraváveis do art. 1.015 do CPC. Ausência de urgência a justificar a aplicação do entendimento do STJ da taxatividade mitigada. Pronunciamento não impugnável por agravo de instrumento. Recurso inadmissível.”

28 Os casos do parágrafo único do art. 1.015 são os dos chamados procedimentos especiais obrigatórios. Na lição de Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, esses procedimentos são criados com o objetivo de atender ao interesse público, tutelar uma situação material extremamente peculiar, ou, ainda, proteger o demandado. Esses, diferentemente dos procedimentos especiais opcionais, são obrigatórios e inderrogáveis, a exemplo do inventário e partilha, interdição, desapropriação e ações do controle concentrado de constitucionalidade das leis. (*Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 40-41).

interlocutória, já que nem sempre haverá apelação nessas “espécies de fases procedimentais e processos”.

Fica claro, portanto, que o que está no parágrafo único é, de fato, uma técnica diferenciada, aplicável a certas espécies de procedimentos. Com a tese fixada no âmbito do Tema 1022, o próprio STJ já deu o primeiro passo na consagração desse entendimento, sendo certo que seus fundamentos determinantes podem ser utilizados para justificar o cabimento do agravo em outros procedimentos especiais, diferentes daqueles previstos na Lei de Recuperação Judicial e Falência.

É o que acontece, por exemplo, nas ações possessórias em casos de desapropriação por utilidade pública, regulada pelo Decreto-Lei 3.365/41. O STJ, analisando o cabimento de agravo de instrumento nesses casos, entendeu pela incidência do regime do parágrafo único. A corte consignou que a tutela provisória de urgência para imissão na posse, segundo o rito especial da desapropriação, observa as regras do cumprimento de sentença, notadamente em relação ao depósito da oferta inicial. Por isso, também para esse caso de procedimento especial, atraiu-se o cabimento do agravo de instrumento pelo parágrafo único do art. 1.015.²⁹

29 “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. INDEFERIMENTO DE LEVANTAMENTO PARCIAL DA OFERTA INICIAL. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. Nas ações processadas sob o regime do Decreto-Lei 3.365/1941, a decisão que versa sobre a imissão provisória na posse e as suas condicionantes específicas notadamente o depósito da oferta inicial trata de tutela provisória de urgência, e a sua efetivação, sob o interesse do desapropriado, para efeito de levantamento parcial do numerário, observa as regras do cumprimento de sentença, daí a hipótese específica de cabimento do agravo de instrumento prevista no art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015. 2. Recurso ordinário em mandado de

Porém, isso não quer dizer que a interpretação analógica do parágrafo único, defendida neste texto, limite-se à abrangência de procedimentos concursais. Muito ainda há de se refletir sobre outros procedimentos especiais, que podem, por suas peculiaridades, atrair esta hipótese de recorribilidade por agravo.

3.2.1. Possibilidade de interpretar analogicamente o parágrafo único.

O texto do art. 1.015, parágrafo único, não é exaustivo. A nosso ver, não se sustenta a ideia de que o legislador teria limitado a possibilidade de interposição imediata de agravo de instrumento apenas à liquidação ou cumprimento de sentença, ao processo de execução e ao inventário.³⁰

Como afirmou uma das autoras do presente texto, em outra oportunidade: “Contrariamente ao rol do artigo 1.015, não entendo o parágrafo único como taxativo. Ele tão somente exemplifica hipóteses em que a utilização da preliminar de apelação como via recursal ordinária seja impraticável. Não em virtude da qualidade da decisão, mas diante do procedimento em que ela é prolatada, o qual ou não terá sentença, ou a recorribilidade dessa sentença seja restrita ou dificultada.”³¹

segurança não provido.” (RMS 60.392/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJE 28/06/2019).

30 Pelo rol do parágrafo único ser meramente exemplificativo: Alvim, Teresa Arruda. *Os agravos no CPC de 2015*. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021, p. 125.

31 O RECURSO CONTRA DECISÃO PROLATADA EM INCIDENTE DE ARGUMENTO DE SUSPEIÇÃO OU IMPEDIMENTO. Um problema para a

Entender em sentido oposto contrariaria, inclusive, o amplo diálogo entre técnicas procedimentais especiais, previsto pelo art. 327 do CPC.³² Vide, por exemplo, o que defendem Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Antonio do Passo Cabral.³³

“Passa a ser natural ao sistema a possibilidade de se tutelarem, por meio de interpretação extensiva ou analogia, relações de direito material similares a outras para as quais exista previsão de procedimento especial, desde que essa aplicação se mantenha fiel à ideia de adequação do procedimento à tutela de direitos. Ou seja, no quadro da flexibilização, a aplicação do procedimento especial pode ser estendida a qualquer outra

apelação exclusivamente contra decisão interlocutória? Artigo publicado em <http://portalprocessual.com/o-recurso-contradecisao-prolatada-em-incidente-de-arguicao-de-suspeicao-ou-impedimento/>. Disponível em https://www.academia.edu/12370199/O_RECORSO_CONTRA_DECIS%C3%83O_PROLATADA_EM_INCIDENTE_DE_ARGUI%C3%87%C3%83O_DE_SUSPEI%C3%87%C3%83O_OU_IMPEDIMENTO. Acesso em 23.12.2020.

- 32 Tratando do Mandado de Segurança, José Carlos Barbosa Moreira ressalta a necessidade de o intérprete atentar para a especialidade do procedimento, quando se depare com lacunas na lei. A regra comum nem sempre, explica, será a mais adequada: “Isto é, os casos em que o Código não se aplica não serão apenas aqueles em que haja disposição expressa e específica na legislação pertinente ao mandado de segurança, mas também aqueles outros que, do ponto de vista sistemático, ofereçam porventura características que nos autorizem a concluir a incompatibilidade entre a norma comum, isto é, a norma contida no Código de Processo Civil, e alguma nota essencial ao instituto do mandado de segurança”: (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Mandado de segurança - uma apresentação. In: *Temas de direito processual - sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 206.
- 33 *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 82.

fattispecie. A lógica do sistema é rejeitar a tipicidade fechada; e as técnicas especiais de tutela diferenciada devem servir como uma “moldura” que possa ser aplicada independentemente do procedimento, a fim de concretizar o direito a um processo adequado.”

Daí a razão pela qual o art. 1.015, parágrafo único, comporta, sim, interpretação analógica, a fim de abranger procedimentos especiais com natureza equivalente aos processos de liquidação, execução e inventário, bem como todos aqueles em que, por suas peculiaridades, não se puder esperar o momento da apelação para recorrer.³⁴⁻³⁵⁻³⁶ É o que acontece no

34 Sobre a diferença entre interpretação extensiva e analógica, explica Teresa Arruda Alvim: “A nosso ver, o primeiro grande erro que se comete é confundir interpretação analógica com extensiva. Ambas levam, direta ou indiretamente, à ampliação do sentido da norma. Mas por caminhos diferentes: a interpretação extensiva constitui no alargamento do núcleo conceitual: por exemplo, entender que a palavra mãe abrange mãe natural e mãe adotiva. A interpretação analógica há quando existe lacuna: por exemplo, considerar-se que pedido de reconsideração seria um recurso, já que semelhante às hipóteses previstas no artigo 944 do CPC: aqui, disciplina-se um caso novo em virtude de semelhança com aquele que é regulado expressamente”: Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>>.

35 Para Miguel Reale: “Voltando à raiz de nosso tema, podemos dizer que o pressuposto do processo analógico é a existência reconhecida de uma lacuna na lei. Na interpretação extensiva, ao contrário, parte-se da admissão de que a norma existe, sendo suscetível de ser aplicada ao caso, desde que estendido o seu entendimento além do que usualmente se faz. É a razão pela qual se diz que entre uma e outra há um grau a mais na amplitude do processo integrativo”: *Lições Preliminares de Direito*. 27. Ed. ajustada ao novo código civil. – São Paulo : Saraiva, 2002, p. 298.

36 Conforme Carlos Maximiliano, “Os fatos de igual natureza devem ser

incidente de suspeição ou impedimento do perito e do membro do Ministério Público, apesar de não serem propriamente procedimentos autônomos, mas desdobramentos incidentais da fase de conhecimento.³⁷

O mesmo é possível dizer de procedimentos assemelhados aos concursais, como é o caso dos processos estruturais.

O processo estrutural é um âmbito em que não se pode diferenciar, de maneira estanque, as fases cognitiva e executiva.³⁸ Nele, essas duas fases se desenvolvem

regulados de modo idêntico. Ubi eadem legis ratio, íbis eadem legis dispositivo; “onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a uma disposição correspondente, da norma referida”: era o conceito básico da analogia em Roma. O uso da mesma justifica-se, ainda hoje, porque atribui à hipótese nova os mesmos motivos e o mesmo fim do caso contemplado pela norma existente. Descoberta a razão íntima, fundamental, decisiva de um dispositivo, o processo analógico transporta-lhe o efeito e a sanção a hipóteses não previstas. Há, portanto, semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica”: *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 191.

37 Evidentemente que esses incidentes podem surgir ao longo da fase de liquidação, da fase de cumprimento de sentença e do processo de execução, mas, nessas situações, o parágrafo único do art. 1.015 incidirá diretamente, e não por interpretação analógica.

38 “De todo modo, o processo estruturante possui uma peculiaridade que consiste na imbricação entre cognição e cumprimento das decisões (execução), de forma constante, o que o difere do (sincretismo do) processo tradicional. Significa isso – como já dito –, que os sujeitos do processo constantemente retomam o debate – durante e após a estipulação e a implementação das medidas determinadas. Afinal, não se pode esquecer que, muitas vezes, a ciência das violações vai sendo conhecido ao longo do processo, mediante implementação e controle de algumas medidas, não sendo adequado ou mesmo útil compartimentar em diversos processos uma lesão que ocorre de forma global, conjunto de outras menores. Assim, com estabilidades mais flexíveis, que permitem a modificação das decisões à medida

concomitantemente, o que é evidenciado, por exemplo, pelo fenômeno dos provimentos em cascata. Primeiro, é prolatada uma primeira decisão, que fixe em linhas mais gerais o objetivo a ser alcançado e que crie o “o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema”; depois, outras decisões, voltadas à implementação da decisão núcleo, são exigidas.³⁹

É por essa característica que Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria qualificam o processo estrutural

que as alterações ocorrem fora do processo (sejam elas fáticas ou jurídicas), não só se tem um regime próprio de preclusões, como também passa a existir um verdadeiro processo sincrético: tanto por unir fases de cognição e de execução, quanto por fundi-las, praticamente abolindo-as. Desse modo, é possível realizar medidas executivas (coercitivas, sub-rogatórias, de apoio) concomitantemente ao conhecimento de questões (anteriores ou novas), que se retroalimentam, num verdadeiro “*looping*” ou uma “simbiose” entre conhecimento e execução.” MARÇAL, Felipe Barreto. Processos Estruturantes. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 163-164.

- 39 Explica Sérgio Cruz Arenhart: “Por outro lado, é muito frequente no emprego de medidas estruturais a necessidade de se recorrer a provimentos em cascata, de modo que os problemas devam ser resolvidos à medida que apareçam. Assim, por exemplo, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase “principiológica”, no sentido de que terá como principal função estabelecer a “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da “decisão-núcleo”, ou para a especificação de alguma prática devida. Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto”: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

como um processo bifásico, que segue o standard do processo falimentar. Na primeira fase, constata-se o estado de desconformidade e estabelece-se a meta a ser atingida. Na segunda, ocorre, propriamente, a implementação da meta estabelecida na primeira. Nesta fase de implementação, há, igualmente, exercício de cognição.⁴⁰

Se na primeira fase o mecanismo adequado de recorribilidade das decisões interlocutórias é o *caput* e incisos do art. 1.015, com possibilidade de aplicação da tese da taxatividade mitigada, para a segunda fase, de implementação das medidas, o regime recursal aplicável é o do parágrafo único.

Deve-se ter em mente que, a rigor, a previsão de cabimento de um recurso nada mais é do que uma presunção, feita pela lei, da existência de interesse recursal. Por outro lado, logicamente, a ausência de previsão do cabimento decorre da falta dessa presunção,⁴¹ pela compreensão de que não haveria prejuízo imediato naquela decisão, a justificar a necessidade de conferir à parte o respectivo meio de impugnação.⁴²

40 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 303. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2020.

41 "A técnica legislativa, ao seu turno, poderá discriminar o que é significativo para fins de despertar interesse recursal, seja por meio de um critério de exclusão, fixando de antemão aquilo que é irrelevante, seja pelo emprego da enumeração taxativa das decisões que comportam recurso": CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.450.

42 Em monografia sobre o tema: UZEDA, Carolina. *Interesse Recursal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 175-183.

Para o agravo de instrumento, a previsão expressa de recorribilidade imediata – seja nos incisos do art. 1.015, seja em seu parágrafo único, ou mesmo em artigos esparsos –, decorre de preocupação do legislador no sentido de que se estaria diante de “casos em que seria irracional deixar a hipótese para ser resolvida pelo tribunal depois que fosse proferida a sentença”.⁴³

Justamente por isso, delineou de forma ampla as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e, ainda, cuidou de anunciar, em seu parágrafo único, situações nas quais, em razão do procedimento adotado, admite-se a interposição de agravo em qualquer caso, independentemente do conteúdo da decisão. Tais situações, em essência, não comportam o regime previsto pela conjugação do *caput* do 1.015 e do art. 1.009, §1º. Aqui temos, portanto, a essência que levou o legislador a formatar o parágrafo único. Ela está dentro do sentido da norma e deve – considerando, repita-se, que sua razão de ser é absolutamente diferente da do *caput* e do rol do 1.015 – ser alcançada por ela, mediante interpretação analógica.

4. CONCLUSÃO

Com o presente artigo, pretendeu-se refletir sobre as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no atual sistema processual civil, a partir do CPC/15 e a partir, também, da legislação extravagante.

43 ALVIM, Teresa Arruda. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>. Acesso em 23.12.2020.

Muito embora tenha o legislador de 2015 objetivado restringir o cabimento do agravo de instrumento a hipóteses taxativas, fato é que hoje, após cinco anos de vigência do Código, isto foi relativizado.

De um lado, percebeu-se as insuficiências do rol de incisos do art. 1.015 para abranger todas as situações em que a recorribilidade imediata das interlocutórias se fizesse necessária, o que levou o STJ à fixação de precedente *mitigando* a sua taxatividade, diante de casos urgentes (urgência qualificada pela inutilidade da apelação).

Mas para além do rol de incisos do art. 1.015, há que se voltar as atenções ao seu parágrafo único, cuja *ratio essendi* é outra.

Defendeu-se, nesse contexto, que o cabimento do agravo de instrumento pelo parágrafo único, diferentemente do que ocorre para o *caput* e para os incisos, não é taxativo, e comporta interpretação analógica. E, para além, que são dois os critérios que autorizam essa interpretação.

O primeiro é o critério temporal, que autoriza a recorribilidade por agravo diante de decisões prolatadas após a sentença. É que, finda a fase de conhecimento, as decisões interlocutórias passam a atrair o regime jurídico do parágrafo único, sendo recorríveis independentemente de seu conteúdo. Isso, considerando-se, sobretudo, a impossibilidade de se recorrer dessas decisões posteriormente, por preliminar de apelação – já que a apelação apenas comporta a impugnação das interlocutórias anteriores à sentença. A hipótese expressamente prevista em lei para tal critério é a da liquidação de sentença, mas é possível de se pensar em outros casos que o atraíam.

O segundo critério que determina a incidência do

parágrafo único é o da especialidade do procedimento, que, diante de estrutura específica, não comporte ou torne demasiadamente oneroso à parte o recurso do art. 1.009, § 1º. Normalmente, o que caracteriza a necessidade de recurso pelo parágrafo único, nesses casos, é a natureza concursal desses procedimentos – como ocorre nos procedimentos de recuperação judicial e de falência, ou mesmo no processo estrutural.

Identificam-se, assim, duas distintas hipóteses de cabimento de agravo de instrumento no atual sistema processual, cada qual com fundamentos específicos e regime próprio, as quais, em conjunto, fecham o sistema de recorribilidade das interlocutórias, garantindo o direito ao recurso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Os agravos no CPC de 2015*. 5. ed. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2021.

_____. Um agravo e dois sérios problemas para o legislador brasileiro. Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/teresa-arruda-alvim-agravo-dois-serios-problemas>>. Acesso em 25/02/2021.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *A liquidação do título executivo judicial*. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Mandado de segurança - uma apresentação. In: *Temas de direito processual - sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Tese de concurso para a docência livre de direito judiciário civil apresentada à congregação da faculdade de direito da UFRJ. - Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao código de processo civil - volume XX (arts. 994-1.044)*; coordenação de José Roberto Ferreira Gôuvea, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

_____; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 303. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERREIRA, William Santos Ferreira. Comentário ao art. 1.015. In: *Comentários ao código de processo civil - volume 4 (arts. 926 a 1.072)*. Cassio Scarpinella Bueno (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2017.

MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos Estruturantes*. Salvador: Juspodivm, 2020.

PANTOJA, Fernanda Medina. Cabimento do agravo de instrumento: alguns mitos. Texto inédito gentilmente cedido pela autora.

REALE, MIGUEL. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2002.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e afins. Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, v. 9. NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Agravo de Instrumento: Hipóteses de Cabimento no CPC/2015. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/236240/agravo-de-instrumento-hipoteses-de-cabimento-no-cpc-15>. Acesso em 01/03/2021.

THEORODO JUNIOR, Humberto. O problema da recorribilidade das interlocutórias no processo civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20C3%20BAnior%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 05.12.2020.

UZEDA, Carolina. *Interesse Recursal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

_____. Tutela autônoma das situações de urgência autossatisfativas. Artigo inédito.

_____; MUNHOZ, Manoela Virmond. Tema 1.022, agravo de instrumento e recuperação judicial: mais uma etapa na interpretação do art. 1.015 do CPC pelo STJ. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/857120885/tema-1022-agravo-de-instrumento-e-recuperacao-judicial-mais-uma-etapa-na-interpretacao-do-artigo-1015-do-cpc-pelo-stj?ref=feed>. Acesso em 23/12/2020.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, vol. 3*. 17. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WATANABE, Doshin. *Agravo de Instrumento no CPC/2015: cabimento, interpretação, integração e meios autônomos de impugnação*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, 2020.

O ACORDO DE QUOTISTAS COMO MECANISMO PARA REGULAR AS RELAÇÕES SOCIETÁRIAS NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Carlos Eduardo Maranhão Santana¹

1. INTRODUÇÃO

É notória a dificuldade para constituir uma sociedade empresária de sucesso, que gere lucros e traga benefícios para a população de um modo geral. Mais difícil ainda é manter essa prosperidade ao longo dos anos, tendo em vista a existência de inúmeras adversidades a serem enfrentadas.

No momento, considerando os impactos da pandemia da Covid-19, o mundo está passando por um momento inesperado, extremamente turbulento e de incertezas.

1 Advogado, inscrito na OAB/PR sob nº 90.301, graduado em direito pela Faculdade de Direito de Curitiba – FDC, pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP.

O cenário brasileiro também é assustador.

Sem contar o caos vivenciado na saúde pública – em que os leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) dos hospitais estão superlotados e muitas pessoas estão perdendo suas vidas – a questão econômica também é preocupante, razão pela qual o meio empresarial e os profissionais liberais, de um modo geral, estão tendo que se reinventar para possibilitar a manutenção das atividades.

Mesmo assim, em que pese o esforço realizado pela sociedade empresária, seus sócios e colaboradores, o negócio pode não prosperar por fatores externos que independem de sua vontade e fôlego do controle.

Conforme amplamente noticiado pela imprensa, já no início da pandemia foi possível verificar um considerável aumento no número de pedidos de falência e de recuperação judicial².

As sociedades de pequeno e de médio porte são as que acabam mais sofrendo por, em muitos casos, não terem a estrutura e a reserva de capital necessária para suportar a crise atualmente vivenciada.

Atingir o sucesso e mantê-lo é o principal objetivo de uma sociedade e, diante de cenários de adversidades, podem aumentar conflitos entre os sócios, quanto à forma de gestão, às decisões tomadas, aos investimentos realizados, dentre diversas outras questões.

2 <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/19/pedidos-de-recuperacao-judicial-e-falencia-crescem-no-pais-e-atingem-mais-as-pequenas-empresas.ghtml> - acesso em 14 de março de 2021.

Isso porque, normalmente, os problemas societários não são verificados no momento da constituição da sociedade, mas sim quando a mesma passa por dificuldades.

A existência de conflitos entre os sócios é extremamente prejudicial para a sociedade empresária e pode, inclusive, leva-la à ruína por questões que poderiam ter sido evitadas caso existissem regras preestabelecidas. Tal situação é notória.

Muitas vezes, permanecendo as divergências entre os sócios, a continuidade das atividades fica insustentável e enseja sua dissolução ou, até mesmo, o pedido de recuperação judicial ou falência.

Desse modo, surge a importância de ser debatido o acordo de quotistas, instrumento que pode dirimir diversos conflitos e que não é conhecido e/ou utilizado por muitas sociedades limitadas, através do qual são estipuladas questões atinentes às relações sociais e de poder.

Afinal, havendo instrumento estipulando regras a serem seguidas, os deveres e obrigações dos sócios e como funcionarão questões relativas à condução do negócio ou à forma de retirada da sociedade, as soluções podem ser mais tangíveis.

Sendo assim, esse artigo servirá para elucidar alguns dos principais pontos abordados no acordo de quotistas, a possibilidade de sua utilização em sociedades limitadas e sua importância para a relação entre os sócios, indicando adequadamente os direitos e obrigações de cada um.

2. DESENVOLVIMENTO

Como já mencionado, o presente artigo tem como objetivo aprofundar o estudo sobre o acordo de quotistas e sua relevância para as sociedades de responsabilidade limitada.

A sociedade limitada é o tipo societário mais utilizado no Brasil, tendo em vista as facilidades e as vantagens que oferece, principalmente em relação à limitação – ao menos no campo teórico – da responsabilização de seus sócios até o valor de suas quotas.

Além disso, a sociedade limitada não possui diversas formalidades exigidas nas Sociedades Anônimas (mais conhecidas como S.A), tem natureza *intuitu personae* e *affectio societatis*, ou seja, a relação e a afinidade entre os sócios é elemento preponderante para formação do vínculo obrigacional.

Dessa forma, dependendo do tamanho e da operação da sociedade, o modelo da limitada, previsto no art. 1.052 e seguintes, do Código Civil, acaba sendo o escolhido pela maioria dos empresários brasileiros.

Apesar de o documento societário mais utilizado nas sociedades limitadas ser o contrato social, o qual é imprescindível para sua formação, importante destacar a relevância do acordo de quotistas como ferramenta para regular as relações entre os sócios, auxiliar na condução do negócio e evitar conflitos desnecessários e prejudiciais para todos.

O contrato social é como se fosse a certidão de nascimento da sociedade limitada e necessita prever questões essenciais para sua constituição (denominação social, objeto social, indicação da participação dos sócios, capital social, tipo societário, atividades desenvolvidas, endereço da sede, prazo

de duração e política de distribuição de lucros), poderá ser acessado por qualquer um e deverá ser registrado no órgão competente.

O acordo de quotistas, por sua vez, busca regular questões estruturais da sociedade empresária e as relações entre os sócios, não havendo matéria obrigatória e/ou específica a ser abordada.

Como o acordo de quotistas não está previsto no Código Civil e não é primordial para a regularização formal, acaba não sendo utilizado por diversas sociedades limitadas por falta de conhecimento de seus sócios ou por não entenderem sua relevância para o dia-a-dia da operação.

Nas Sociedades Anônimas, que normalmente possuem estruturas maiores e contam com um apoio jurídico especializado, o acordo de acionistas é mecanismo comum e muito bem aproveitado para decidir inúmeras questões visando o bom andamento da atividade empresarial.

O jurista Marcelo Bertoldi ensina que, mesmo antes de haver a previsão expressa na Lei das Sociedades por ações, tal instrumento já era muito utilizado na prática:

[...] muito embora não houvesse qualquer preceito normativo a seu respeito, o acordo de acionistas já era utilizado, só que com menor intensidade na medida em que tanto doutrina quanto jurisprudência viam o acordo de acionista com bastante cautela.³

3 BERTOLDI, Marcelo. Acordo de acionistas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23-24.

Pois bem.

O acordo de acionistas está previsto no art. 118, da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), no qual são estipuladas diversas regras a serem seguidas para possibilitar sua viabilidade:

Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 1º As obrigações ou ônus decorrentes desses acordos somente serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos.

§ 2º Esses acordos não poderão ser invocados para eximir o acionista de responsabilidade no exercício do direito de voto (artigo 115) ou do poder de controle (artigos 116 e 117).

§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.

§ 4º As ações averbadas nos termos deste artigo não poderão ser negociadas em bolsa ou no mercado de balcão.

§ 5º No relatório anual, os órgãos da administração da companhia aberta informarão à assembleia-geral as disposições sobre política de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, constantes de acordos de acionistas arquivados na companhia.

§ 6º O acordo de acionistas cujo prazo for fixado em função de termo ou condição resolutiva somente pode ser denunciado segundo suas estipulações. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 7º O mandato outorgado nos termos de acordo

de acionistas para proferir, em assembléia-geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, poderá prever prazo superior ao constante do § 1º do art. 126 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 8º O presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 9º O não comparecimento à assembléia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 10. Os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 11. A companhia poderá solicitar aos membros do acordo esclarecimento sobre suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Considerando a ausência de previsão expressa, o acordo de quotistas é realizado e aceito nas sociedades limitadas, mediante aplicação por analogia do art. 118, da Lei nº 6.404/76, nos termos do art. 1.053, Parágrafo Único, do Código Civil:

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Neste viés, destaca-se o ensinamento de Fábio Ulhoa Coelho:

A aplicação às sociedades limitadas da Lei das Sociedade Anônimas, nos assuntos não regulamentados pelo capítulo próprio do Código Civil e quando prevista pelo contrato social, está sujeita a uma condição: a contratualidade da matéria.⁴

O renomado Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto, ao discorrer sobre o tema, reforça que o acordo de quotistas é aplicado nas sociedades limitadas por conta da aplicação por analogia da Lei nº 6.404/76⁵.

Ainda sobre a possibilidade de realização de acordo de quotistas nas sociedades limitadas, enfatiza-se o contido no enunciado 384, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ, do Conselho da Justiça Federal:

4 COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

5 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 306.

Nas sociedades personificadas previstas no Código Civil, exceto a cooperativa, é admissível o acordo de sócios, por aplicação analógica das normas relativas às sociedades por ações pertinentes ao acordo de acionistas.

A possibilidade de celebração do pacto parassocial, contudo, não pode desrespeitar as normas legais e é aplicável por conta autonomia da vontade das partes, prevista no art. 425, do Código Civil:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Desta forma, o acordo de quotistas deve ser compreendido como a materialização da vontade dos sócios quanto a determinados temas, intrínsecos ao contrato social. Neste ponto, cumpre trazer a conceituação do jurista português Carlos Alberto da Mota Pinto quanto à declaração da vontade:

Pode definir-se a declaração de vontade negocial como o comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial, caracterizando, depois, a vontade negocial como a intenção de realizar certos efeitos práticos, com ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes. Dá-se assim um conceito objectivista de declaração negocial, fazendo-se consistir a sua nota essencial, não num elemento interior – uma vontade real, efectiva, psicológica –, mas num elemento exterior – o comportamento declarativo.⁶

6 PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 416.

Com base nessas informações, é possível constatar que o acordo de quotistas, apesar de não estar previsto no capítulo das sociedades limitadas e tampouco no Código Civil, é instrumento aceito na prática pela doutrina e pela Jurisprudência.

Ao debater sobre o tema, Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik definem o acordo de acionistas/quotistas como:

[...] Um contrato celebrado entre acionistas da companhia para compor seus interesses individuais e para estabelecer normas sobre a sociedade da qual participam, de forma a harmonizar os seus interesses societários e implementar o próprio interesse social⁷.

Gladston Mamede e Eduarda Mamede, por sua vez, lecionam que o acordo de acionistas/quotistas é:

[...] Uma convenção paralela ao ato constitutivo (contrato social ou estatuto social), ato constitutivo esse que é a principal convenção que, como visto, define os atributos de existência e funcionamento da sociedade. Justamente por isso, o pacto parassocial não pode contrariar o ato constitutivo, assim como não pode, obviamente, contrariar a Constituição da República, os princípios jurídicos e as leis.⁸

7 CARVALHOSA Modesto; EIZIRIK, Nelson. **Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 32.

8 MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e suas Vantagens**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 152.

Sílvio Venosa aduz que:

A Lei das S/A oferece um poderoso instrumento de estabilização das relações de poder no interior da companhia. Trata-se do acordo de acionistas, previsto em seu art. 118.

O acordo de acionistas é um ajuste parassocial que cria subvínculos societários entre acionistas, com limitação da matéria objeto do pacto. Tem natureza parassocial porque trata de temas relativos à sociedade, podendo modificar apenas a relação entre as partes, sendo impossível modificar a relação social. O acordo parassocial complementa a regulamentação legal ou estatutária que norteia a sociedade, limitando-se à esfera pessoa dos que a ele se submetem, anota Calixto Salomão Filho (2006, p. 108).⁹

O referido instrumento pode conter previsões sobre os direitos e deveres entre os sócios, mecanismos para entrada e retirada da sociedade empresária, formas para resolução de conflitos entre os sócios (*shotgun*), valor de pró-labore, forma de distribuição de lucros, direito de preferência na aquisição de quotas/ações, condições do direito de venda conjunta (*tag-along*), obrigação de venda conjunta (*drag-along*), direito de retirada e aquisição pelos demais sócios (*put*), regras sobre não concorrência, regras de confidencialidade, regras para manutenção da boa relação, dentre outras matérias internas pertinentes que observem o previsto na legislação pátria.

9 VENOSA, Sílvio de Salva, **Direito civil; direito empresarial**. 4. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, Coleção direito civil, v. 8, p. 191.

Essas medidas são muito relevantes para o bom andamento das atividades empresariais, bem como para trazer uma segurança jurídica para os sócios, ante a delimitação de seus deveres e obrigações e de regramentos quanto à remuneração e forma de alienação de suas quotas.

A matéria a ser abordada no acordo de quotistas é ampla e necessita observar os limites legais para ser considerada regular. Com isso, os sócios podem estipular o que for necessário para adequar as relações societárias em prol de todos.

Logo, o acordo de quotistas não pode ser utilizado para burlar a lei ou para fraudar terceiros, devendo ser utilizado tão-somente para fins lícitos e de acordo com a vontade dos envolvidos.

Apesar de o acordo de quotistas não precisar ser registrado na Junta Comercial, importante estar arquivado para ser oponível contra terceiros, invalidar voto em assembleia que esteja em desacordo com o estipulado e assegurar que os demais signatários representem o sócio faltante nas assembleias ou reuniões para fazer valer os termos acordados, conforme art. 118, §1º, 8º e 9º, da Lei nº 6.404/76.

Sobre sua oponibilidade a terceiros, Waldírio Bulgarelli leciona que:

O acordo de quotistas é válido apenas entre seus signatários, sendo inoponível à sociedade e a terceiros, porque seu objetivo não é influir sobre o contrato social para modificá-lo, pouco importando, assim, que seja ou não oculto. É, portanto, apenas um negócio de efeitos inter-partes, as quais respondem por eventuais danos que causarem a terceiros, pois de acordo com o art.16 do Decreto

no 3.708/19, as “deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações”. Mas, se obedecer o regime do art. 118 da Lei das S/A e for arquivado na sede da sociedade, aí será oponível à sociedade e a terceiros.¹⁰

Independentemente da validade perante terceiros, o acordo de quotistas deve ser respeitado e cumprido entre as partes signatárias por força do *pactum sunt servanda*. Sobre o tema, José Edwaldo Tavares Borba explica que:

Destina-se o acordo de acionistas a reger o comportamento dos contratantes em relação à sociedade de que participam, funcionando, basicamente, como instrumento de composição de grupos. (...)

Não obstante possam ser celebrados acordos de acionistas com outras finalidades, somente os que consagrarem os objetivos previstos na Lei das Sociedades Anônimas gozarão da proteção por ela instituída. Os demais estarão fundados na autonomia da vontade, mas, para que sejam eficazes, terão que respeitar não apenas os princípios e normas que regem a sociedade anônima, mas, igualmente, todos os preceitos que resultem do ordenamento jurídico como um todo.¹¹

Com base nessas informações, é possível verificar que

10 BARBI FILHO, op. cit. p. 249 apud BULGARELLI, 1995, p. 49.

11 BORBA, José Edwaldo Tavares, **Direito societário**, 17. Ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 355-356.

o acordo de quotistas pode ser livremente pactuado entre as partes e prever diversos assuntos, porém não pode extrapolar o contido no ordenamento jurídico pátrio, não havendo como ser utilizado para fins ilícitos ou com o intuito de prejudicar terceiros.

O acordo de quotistas surge, portanto, como importante instrumento a ser utilizado nas sociedades limitadas – de forma semelhante com o que é realizado nas sociedades anônimas – para regular a relação entre os sócios e trazer segurança jurídica aos mesmos em relação à variados temas.

3. CONCLUSÕES

Esse trabalho teve como objetivo abordar a aplicação do acordo de quotistas nas sociedades limitadas, bem como enfatizar sua relevância para as relações societárias, sendo instrumento hábil a prevenir litígios e conservar direitos dos envolvidos.

O acordo de quotistas é mecanismo hábil a prever diversas matérias – não previstas no contrato social – para regular a relação entre os sócios visando melhorias no desenvolvimento da atividade empresarial.

A amplitude de matérias a serem abordadas no acordo de quotistas revela que o mesmo deverá ser elaborado de acordo com o princípio da autonomia da vontade das partes e com o previsto na legislação pátria, não podendo ser utilizado para burlar a lei ou fraudar terceiros.

Sendo assim, conclui-se pela viabilidade e relevância de utilização do acordo de quotistas nas sociedades limitadas para regular as relações sociais e de poder, sem a necessidade

de dar conhecimento à terceiros, desde que não haja interesse nesse sentido.

Caso os sócios desejem que a matéria seja oponível perante terceiros, o acordo de quotistas deverá ser registrado no órgão competente e poder ser acessado por qualquer um, em atenção ao Princípio da Publicidade e ao contido no art. 118, §1º, 8º e 9º, da Lei nº 6.404/76.

REFERÊNCIAS

BARBI FILHO, op. cit. p. 249 apud BULGARELLI, 1995, p. 49.

BERTOLDI, Marcelo. **Acordo de acionistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23-24.

BORBA, José Edwaldo Tavares, **Direito societário**, 17. Ed. – São Paulo: Atlas, 2019, p. 355-356.

CARVALHOSA Modesto; EIZIRIK, Nelson. **Estudos de Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**. Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 306.

MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding Familiar e suas Vantagens**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.152.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 416.

VENOSA, Sílvio de Salva, **Direito civil; direito empresarial**. 4. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, Coleção direito civil, v. 8, p. 191.

<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/19/pedidos-de-recuperacao-judicial-e-falencia-crescem-no-pais-e-atingem-mais-as-pequenas-empresas.ghtml> - acesso em 14/03/2021.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

A OPÇÃO DE NÃO SE VACINAR PODE OU NÃO RESULTAR NO DESLIGAMENTO DO TRABALHADOR POR JUSTA CAUSA?

Anderson Angelo Vianna da Costa¹

Eduardo Alves Borin de Oliveira²

1. INTRODUÇÃO

Em diversos meios de comunicação, incluindo portais jurídicos especializados, circulam notícias e opiniões de diversos profissionais do Direito sobre a obrigatoriedade do trabalhador se submeter à vacinação contra o vírus causador do COVID-19, bem como da possibilidade de eventual recusa

1 Advogado, sócio do escritório Vilela Vianna e Advocacia e Consultoria, professor em diversas instituições de pós-graduação e autor de diversos artigos na área previdenciária e gestão.

2 Advogado e Consultor, integrante do escritório Vilela Vianna Advocacia e Consultoria, Pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil.

pelo trabalhador permitir seu desligamento por justa causa, além de outras implicações na gestão de pessoal e de saúde e segurança do trabalho.

Na maioria dos casos lidos e analisados, essa discussão vem sendo travada à luz de uma equivocada interpretação sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal de que a vacinação compulsória contra COVID-19 seria constitucional³.

Contribuíram também para a celeuma diversas publicações emanadas do Ministério Público do Trabalho, que trouxe alguns apontamentos obscuros sobre a natureza acidentária dos casos de acometimento dessa enfermidade, bem como orientações contraditórias àquelas oriundas da Secretaria do Trabalho, indicando às empresas procedimentos que não encontram amparo legal, inclusive.

Sendo assim, por meio do presente artigo, vamos trazer nossa interpretação, com os respectivos fundamentos lógicos e legais que nos levam às seguintes conclusões, que desde já adiantamos:

- ✓ a vacinação do empregado não pode ser obrigatória;
- ✓ a vacina não pode ser considerada um EPI;
- ✓ a vacinação não pode ser incluída no PCMSO; e
- ✓ a recusa do trabalhador à vacinação não pode resultar em rescisão por justa causa.

3 Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

2. O STF E A VACINAÇÃO COMPULSÓRIA

Entre nós a discussão sobre a vacinação obrigatória é tema de acalorado debate desde o século XX. A chamada revolta da vacina, insurreição popular diante da obrigatoriedade da vacinação contra a varíola, com a edição da Lei nº 1.261/1904, rendeu a célebre frase do jurista baiano Rui Barbosa *“A lei da vacina obrigatória é uma lei morta. (...) Contrário era e continuo a ser à obrigação legal da vacina. (...) Assim como o direito veda ao poder humano invadir-nos a consciência, assim lhe veda transpor-nos a epiderme.”*⁴

Rui Barbosa era contrário à vacina, pois acreditava que ela conduzia o próprio vírus *“em cuja influência existem os mais bem fundados receios de que seja condutora da moléstia, ou da morte”*⁵.

Consta no portal eletrônico da Fundação Oswald Cruz, sanitarista e principal articulador para criação da norma, que a obrigatoriedade da vacina era requisito para contratos de trabalho, matrículas escolares, emissão de certidões e autorizações para viagem⁶. Assim, a norma possuía um caráter compulsório para a sociedade da época.

4 Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/330685/leida-vacina-obrigatoria-e-uma-lei-morta---disse-rui-barbosa-contravacina-de-doenca-mortal-do-seculo-xx>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

5 Idem.

6 Disponível em: <

Todavia, boa parte da população demonstrou descontentamento com a norma, principalmente pela vacinação forçada por parte do Estado. Dessa conclusão, boa parte da população aderiu ao motim desencadeado nas ruas do Rio de Janeiro, à época capital da República, o qual resultou em 945 prisões, 461 deportados, 110 feridos e 30 mortos, situação que obrigou o então Presidente Rodrigues Alves a desistir da vacinação obrigatória.⁷

Um século depois, o tema sobre a obrigatoriedade da vacinação chegou ao Supremo Tribunal Federal, mas com balizas distintas, isto é, a Corte foi provocada recentemente sobre o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas religiosas no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879⁸, e o pedido de declaração de inconstitucionalidade ou interpretação conforme à Constituição do art. 3º, III, “d”, Lei nº 13.979/2020 nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586⁹ e 6587¹⁰.

O movimento antivacinação, amparado no direito à recusa à imunização por convicções filosóficas religiosas, foi inserido no relatório da Organização Mundial de Saúde (OMS) como um dos dez maiores riscos à saúde mundial, considerando a diminuição na adesão de campanhas de vacinação um

7 Idem.

8 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5909870>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

9 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

10 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6034076>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

retrocesso no combate a doenças imunopreveníveis¹¹.

Com base em tal distinção, no presente caso nos interessa a *ratio decidendi* quanto a vacinação compulsória contra a COVID-19 e sua implicação nas relações de trabalho.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587 foram propostas pelo Partido Democrático Trabalhista – PTD e Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, respectivamente. A primeira pretendia a interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, “d”, Lei nº 13.979/2020, enquanto a ADI 6587 buscava a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Em suma, o dispositivo objetado esclarece que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, a determinação de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas, visando assim o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. Confira-se:

Lei nº 13.979/2020

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

(...)

III - determinação de realização compulsória de:

(...)

d) vacinação e outras medidas profiláticas.

11 Disponível em: < <http://www.revistafjn.com.br/revista/index.php/eficiencia/article/view/885>>. Acesso em 16 fev. 2021.

À vista disso, é de se observar que outros diplomas normativos já regulam a possibilidade da vacinação compulsória entre nós, mas nunca a vacinação forçada. Nesse sentido, é o teor do art. 3º da Lei nº 6.259/75:

Lei nº 6.259/75

Art 3º Cabe ao Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações, **inclusive as de caráter obrigatório.**

Parágrafo único. As vacinações obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas, bem como pelas entidades privadas, subvencionadas pelos Governos Federal, Estaduais e Municipais, em todo o território nacional. (Grifamos).

Nesse prosseguir, os arts. 4º e 5º da Portaria 597/2004 do Ministério da Saúde, esclarecem as sanções (caráter compulsório) a serem aplicadas para as pessoas que recusem a vacinação, conforme:

Portaria Nº 597, de 08 de Abril de 2004

Art. 4º O cumprimento da obrigatoriedade das vacinações será comprovado por meio de atestado de vacinação a ser emitido pelos serviços públicos de saúde ou por médicos em exercício de atividades privadas, devidamente credenciadas pela autoridade de saúde competente, conforme disposto no art. 5º da Lei 6.529/75.

Art. 5º Deverá ser concedido prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação do atestado de vacinação, nos casos em que ocorrer a inexistência deste ou quando forem apresentados de forma desatualizada.

§ 1º Para efeito de pagamento de salário-família

será exigida do segurado a apresentação dos atestados de vacinação obrigatórias estabelecidas nos Anexos I, II e III desta Portaria.

§ 2º Para efeito de matrícula em creches, pré-escola, ensino fundamental, ensino médio e universidade o comprovante de vacinação deverá ser obrigatório, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria.

§ 3º Para efeito de Alistamento Militar será obrigatória apresentação de comprovante de vacinação atualizado.

§ 4º Para efeito de recebimento de benefícios sociais concedidos pelo Governo, deverá ser apresentado comprovante de vacinação, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria.

§ 5º Para efeito de contratação trabalhista, as instituições públicas e privadas deverão exigir a apresentação do comprovante de vacinação, atualizado de acordo com o calendário e faixa etária estabelecidos nos Anexos I, II e III desta Portaria

Desse modo, é de se observar que a compulsoriedade da vacinação não corresponde em nenhum invencionismo por parte do Supremo Tribunal Federal, mas sim uma adequação dos fatos (enfrentamento à pandemia causada pela Covid-19) e as normas de direito pátrio existentes (Lei nº 6.259/75 c/c Portaria 597/2004 do Ministério da Saúde).

Assim, no julgamento ocorrido em 17/12/2020, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, fixando a seguinte tese:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada 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 tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente.

(II) Tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (Grifamos).

De plano, é necessário observar que a obrigatoriedade da vacinação não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meio de medidas indiretas (*v.g.*, multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola). Assim, vacinação obrigatória e/ou compulsória não pode ser entendida como sinônimo de vacinação forçada.

Portanto, ao declarar que a vacinação ocorrerá de forma compulsória, o STF esclareceu que cabe ao **Poder Público** a adoção de medidas restritivas previstas em lei (art. 5º, II da CRFB/88 – princípio da reserva legal) como consequências aos indivíduos que não aderirem ao plano nacional de vacinação, principalmente, com a imposição de restrição ao pleno exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares.

Ainda, no plano da competência normativa, o Supremo também entendeu que as limitações podem ser adotadas pela União, Estados, Distrito Federal e pelos Municípios, desde que respeitadas as respectivas esferas de competência. Logo, por exclusão, qualquer regulação sobre Direito do Trabalho, incidência de justa causa ao colaborador que se recusar à vacina, é de competência exclusiva da União, por força do art. 22, I, da CRFB/88.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e **do trabalho**; (Grifamos).

Assim, a (im)possibilidade de demissão por justa causa ao trabalhador que recusa à vacina, hipótese que não foi debatida em nenhum momento pelo STF, não pode ser concretizada por ato particular do empregador, sem que exista previsão legal para tanto. E, não poderia ser diferente, pois o Decreto-lei nº 5.452/43 – CLT –, recepcionada pela CRFB/88 com status de Lei Ordinária, possui rol taxativo (art. 482, CLT) quanto as hipóteses de rescisão por justa causa.

Nessa lógica, a decisão do STF é acertada ao estabelecer a compulsoriedade da vacinação e suas consequências (restritivas) em casos de recusa, pois em que pese a vacinação e a criação da chamada imunidade de rebanho seja medida eficaz no combate ao novo coronavírus, a vacinação obrigatória, ao compelir o direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, fere a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais do indivíduo.

O cerne particular nessa discussão entre a obrigatoriedade ou não da vacinação, consiste justamente no direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do indivíduo. O argumento central do STF ao permitir medidas restritivas para aqueles que recusam a vacina, busca garantir que o Poder Público adote ações restritivas para os indivíduos contrários à vacina, mas também busca proteger a integridade física desses.

Com esse entendimento, o STF reforça a proteção a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pois o critério científico sobre eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes são circunstâncias que devem ser observadas, sendo compreensivo o temor popular de possíveis consequências adversas ao uso da vacina. Os autores entendem que a vacinação deve ser compulsória, que o Poder Público deve vacinar o maior número de pessoas possíveis, mas também entendem que a vacinação não pode ser uma imposição Estatal.

A propósito, esse ponto pode ser debatido mediante a correlação entre a vacinação compulsória e o uso obrigatório de máscaras. A Lei 13.979/2020, que dispõe sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, vias e transportes públicos durante a vigência das medidas para enfrentamento da pandemia da Covid-19, recebeu veto do Presidente da República, especificamente quanto ao seu uso em estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas (inciso III do novo artigo 3º-A, da Lei 13.979/2020)¹².

12 <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448797&ori=1>.

Art. 3º-A. É obrigatório manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme a legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo federal, para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos, bem como em:

(...)

III - estabelecimentos comerciais e industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas.

Todavia, o ministro Gilmar Mendes¹³, do Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs 714, 715 e 718), pois entendeu que *“o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva).”*

Observem que a correlação entre uso obrigatório de máscara (como medida de proteção individual) e a não obrigatoriedade de adesão ao programa nacional de imunização, guarda relação próxima com direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do indivíduo. Isto é: o uso obrigatório de máscara não fere a integridade física do indivíduo, mas sim reduz o risco de contágio e concretiza medida restritiva de acesso a lugares públicos (caráter compulsório) quando o seu uso for obrigatório, tal como fixado pelo STF.

13 <https://www.conjur.com.br/dl/gilmar-vetos-bolsonaro-mascaras.pdf>.

A obrigatoriedade do uso de máscara possui previsão legal, referendada pelo Supremo Tribunal Federal (ADPFs 714, 715 e 718), sendo que a recusa pelo trabalhador poderá resultar em advertência, todavia, persistindo o comportamento falto, é possível sua suspensão e, conseqüentemente, demissão por justa causa, nos termos do art. 482, “h” da CLT.

Nesse prosseguir, o relator das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, ministro Ricardo Lewandowski, ponderou que a obrigatoriedade da vacina é constitucional, todavia, a vacinação sem o expresse consentimento padece de inconstitucionalidade, conforme¹⁴:

*Dos dispositivos constitucionais e precedentes acima citados, forçoso é concluir que a obrigatoriedade a que se refere a legislação sanitária brasileira quanto a determinadas vacinas não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, bem como das demais garantias antes mencionadas. Em outras palavras, **afigura-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação forçada das pessoas, quer dizer, sem o seu expresse consentimento.***

Dito isso, é bastante forçosa a interpretação de que a recusa à vacina pelo trabalhador pode levar à demissão por

14 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6586vacinaobrigatoriedade.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2021.

justa causa, pois o que seria a obrigatoriedade senão uma medida coercitiva capaz de desencadear a aflição pela possível perda do emprego em caso de recusa.

Outro ponto a ser observado é a distribuição de forma universal e gratuita da vacina contra a Covid-19, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, qualquer discussão sobre (im)possibilidade de demissão pela recusa à vacina, somente poderá ser aventada se o plano nacional de imunização atender a totalidade dos brasileiros, pois do contrário a dispensa seria discriminatória.

Desta forma, podemos concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587 não fornece margem interpretativa para permitir a demissão por justa causa ao trabalhador que recusa à vacina.

Assentadas as considerações acima, passaremos a outras ponderações que afastam a hipótese do desligamento por justa causa do empregado que se recusar à vacinação.

3. COVID-19 NÃO É ENFERMIDADE LABORATIVA

Muita discussão foi travada desde o agravamento da pandemia em nosso país, tendo sido publicados diversos textos normativos, provisórios ou orientativos, estabelecendo que os casos de COVID verificados entre os trabalhadores empregados poderiam ou deveriam ser considerados como enfermidades laborativas como se não houvesse em nosso ordenamento vigente a previsão normativa para definir o quadro.

Se observarmos o texto da Lei 8.213/91, em seus

artigos 19 a 23, encontraremos ali a definição do que seria acidente do trabalho, os casos e ocorrências que poderiam ser a ele equiparados, assim como também quais eventos não poderiam ser considerados como acidentários.

Para se caracterizar um acidente do trabalho, há que se verificarem 3 requisitos previstos no artigo 19 dessa Lei 8.213/91. Confira-se:

Art. 19 - Acidente do trabalho é o que **ocorre pelo exercício do trabalho** a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, **provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.** (...)”

Importa, sobretudo, o primeiro requisito: a ocorrência deve ter ocorrido pelo exercício do trabalho, ou seja: o trabalho **deve ser a causa** ou, pelo menos, ter o trabalho contribuído para seu agravamento:

“Art. 20 - Consideram-se acidente do trabalho, **nos termos do artigo anterior**, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a **produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho** peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e **com ele se relacione diretamente**, constante da relação mencionada no inciso I.

No caso de qualquer enfermidade, a definição do nexo laborativo deve ser sempre decorrer de investigação, estando as hipóteses bem delineadas no Decreto 3.048/99 que traz, inclusive, a relação de enfermidades que são passíveis de serem consideradas como laborativas, numa correlação com os possíveis agentes etiológicos ou fatores de risco que poderiam ter-lhes feito surgir.

Tratamos aqui das Listas A e B do Anexo II do Decreto 3.048/99 utilizadas na aplicação do Nexo Profissional quando da caracterização acidentária de uma determinada enfermidade pela perícia médica previdenciária. Podemos observar ali a presença dos agentes biológicos como passíveis de serem considerados como causadores laborativos das enfermidades incapacitantes dos trabalhadores. Confirma-se um trecho dessas Listas A e B:

ANEXO II	
AGENTES PATOGÊNICOS CAUSADORES DE DOENÇAS PROFIS- SIONAIS OU DO TRABALHO, CONFORME PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 8.213, DE 1991	
BIOLÓGICOS	
XXV - MICROORGANISMOS E PARASITAS INFECCIOSOS VIVOS E SEUS PRODUTOS TÓXICOS	
Mycobacteria, vírus; outros organismos responsáveis por doenças transmissíveis.	Hospital; laboratórios e outros ambientes envolvidos no tratamento de doenças transmissíveis.

LISTA A**AGENTES OU FATORES DE RISCO DE NATUREZA OCUPACIONAL RELACIONADOS COM A ETIOLOGIA DE DOENÇAS PROFISSIONAIS E DE OUTRAS DOENÇAS RELACIONADAS COM O TRABALHO**

XXV - Microorganismos e parasitas infecciosos vivos e seus produtos tóxicos (exposição ocupacional ao agente e/ou transmissor da doença, em profissões e/ou condições de trabalho especificadas)

Tuberculose (A15-A19.-)
 Hepatites Virais (B15-B19.-)
 Doença pelo Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) (B20-B24.-)

LISTA B**DOENÇAS INFECCIOSAS E PARASITÁRIAS RELACIONADAS COM O TRABALHO (Grupo I da CID-10)**

IX - Hepatites Virais (B15-B19)

Exposição ocupacional ao Vírus da Hepatite A (HAV); Vírus da Hepatite B (HBV); Vírus da Hepatite C (HCV); Vírus da Hepatite D (HDV); Vírus da Hepatite E (HEV), em trabalhos envolvendo manipulação, acondicionamento ou emprego de sangue humano ou de seus derivados; trabalho com “águas usadas” e esgotos; trabalhos em contato com materiais provenientes de doentes ou objetos contaminados por eles.
 (Z57.8) (Quadro XXV)

X - Doença pelo Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) (B20-B24)	Exposição ocupacional ao Vírus da Imuno-deficiência Humana (HIV), principalmente em trabalhadores da saúde, em decorrência de acidentes pérfuro-cortantes com agulhas ou material cirúrgico contaminado, e na manipulação, acondicionamento ou emprego de sangue ou de seus derivados, e contato com materiais provenientes de pacientes infectados. (Z57.8) (Quadro XXV)
--	--

No mesmo sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua Lista de Doenças Ocupacionais, permite o estabelecimento do nexo causal entre o agente biológico e a atividade laborativa, mas igualmente exigindo a comprovação de um vínculo entre eles, como registra o subitem 1.3.9 (tradução livre, com destaque nosso)¹⁵:

“1.3.9. Doenças causadas por outros agentes biológicos no trabalho, não mencionados nos itens anteriores, em que um **vínculo direto** é estabelecido cientificamente ou determinado por métodos adequados às condições e práticas nacionais, entre a exposição a esses agentes biológicos, **decorrente**

15 International Labour Organization – List of Occupational Diseases (revised 2010): (...) 1.3.9. Diseases caused by other biological agents at work not mentioned in the preceding items where a direct link is established scientifically, or determined by methods appropriate to national conditions and practice, between the exposure to these biological agents arising from work activities and the disease(s) contracted by the worker.

de atividades de trabalho, e a(s) doença(s) contraída(s) pelo trabalhador.”

Logo, nosso ordenamento já é suficiente para nortear os casos de acometimento das enfermidades decorrentes dos riscos biológicos, sobretudo se analisarmos o parágrafo 1º do Artigo 20 da Lei 8.213/91, que estabelece os casos que não poderão ser considerados como laborativos. Vejamos:

Lei 8.213/91

Art. 20 - Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

(...)

§ 1º- **Não são** consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) a que não produza incapacidade laborativa;
- d) **a doença endêmica** adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, **salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.**

(...).

Como se vê acima, a Lei deixou claro que os casos de endemia não serão considerados como laborativos, repetindo uma afirmativa que surgiu de forma expressa no longínquo Decreto 24.637, de 1934¹⁶, sendo essa a regra justamente por não ser possível comprovar o nexa causal.

16 Decreto 24.637/1934, art. 1º, §1º; Decreto-Lei 7.036-1944, art. 7º, parágrafo único e Lei 8.213/91, art. 20, §1º; d.

Entretanto, o texto da Lei trata dos casos endêmicos, o que poderia suscitar a precipitada conclusão de que endemia e pandemia teriam conceitos diferentes e que, por tal razão, a pandemia poderia ser considerada como laborativa.

Mas, ao que parece, no presente momento, essa possível divergência já estaria superada pelo entendimento comum de que para o legislador, a endemia tratada na norma se referia à ocorrência disseminada e sem causa imediata de uma enfermidade numa determinada localidade ou região, durante um período, tornando a população vulnerável ao acometimento da enfermidade. E tais características estão presentes também no caso de pandemia, o que torna possível elastecer aquele alínea d do parágrafo 1º da Lei 8.213/91 para os casos de endêmicos, epidêmicos e pandêmicos, uma vez que nos três casos se verificam uma maior exposição da população ao agente biológico causador da enfermidade, bem como as mesmas possibilidades de contágio para endemia, pandemia ou epidemia, razão pela qual se pode e se deve considerar os casos de pandemia do COVID-19 como **não laborativa**, nos exatos termos aplicados para os casos de endemia, sendo necessária a comprovação de que uma eventual contaminação seja *“resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.”*

Neste sentido, se analisarmos o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como no art. 2º da Lei 9.784/99, veremos que deve ser aplicada a interpretação que leve em considerado a finalidade norma, levando-nos a aplicar a interpretação teleológica:

“LIDB, art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

“Lei 9.784/99, art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Por fim, dias após uma infeliz publicação do Ministério Público do Trabalho (Nota Técnica GT COVI-19 nº 20/2020) a Secretaria de trabalho e Previdência publicou sua Nota SEI 96.376/2020/ME, esclarecendo finalmente os casos de COVID-19 deveriam ser analisados à luz da Lei 8.213/91/91, afastando a hipótese de caracterização presumida do nexo de causalidade.

Se a COVID-19 não é uma enfermidade laborativa, não haverá para as empresas consequências maiores no caso de seu empregado ficar acometido dessa enfermidade.

3.1 Da não emissão de CAT em casos de COVID

Como dito no início deste texto, vários artigos e notícias têm trazido posicionamentos sobre a obrigatoriedade da vacinação, da possibilidade de rescisão por justa causa dos trabalhadores que se recusarem à vacinação, bem como a possibilidade de se considerar a vacina como um EPI (Equipamento de Proteção Individual).

Uma dessas publicações que fomentaram a discussão

foi a Nota Técnica GT COVID-19 nº 20/2020, que trouxe em seu item 7 a necessidade de emissão de CAT por parte do empregador que se deparasse com um quadro de COVID-19. Vejamos:

7. DEVERÃO os médicos do trabalho, sendo constatado, por meio dos testes, a confirmação do diagnóstico de COVID-19, ou ainda que o teste consigne resultado “não detectável” para o novo coronavírus, mas haja suspeita em virtude de contato no ambiente de trabalho, mesmo sem sintomatologia, solicitar à empresa a emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT) dos casos confirmados e suspeitos (art. 169 da CLT); indicar o afastamento do(a) trabalhador(a) e orientar o empregador quanto à necessidade de adoção de medidas de controle no ambiente de trabalho, utilizando-se do instrumental clínico-epidemiológico para identificar a forma de contágio e proceder à adoção de medidas mais eficazes de prevenção (NR7, itens 7.2.2 e 7.4.8).

Ora, a sugestão do MPT para emissão da CAT não encontra amparo na Lei 8.213/91, uma vez que tais enfermidades não são presumidamente laborativas, assim como não é pertinente a caracterização acidentária quando não houver incapacidade laborativa, o que afasta a obrigatoriedade da emissão de CAT nos casos assintomáticos.

A empresa somente deverá emitir CAT quando houver a comprovação de que o adoecimento em grau incapacitante teve origem no ambiente laborativo ou em decorrência da atividade profissional, os termos da Lei 8.213/91, em seus já citados artigos 19, 20 e 23. Isso não significa que, ante a constatação de um caso, não deva tomar todas as medidas para afastar a proliferação dessa enfermidade.

3.2 Das medidas preventivas por parte das empresas, dos riscos ambientais do trabalho, da inclusão no PCMSO e da vacinação como EPI

Ainda que possa faltar clareza neste sentido, as normas trabalhistas relativas à segurança e medicina do trabalho **versam sobre o ambiente laborativo e sobre os riscos à saúde e à vida presentes no local de trabalho ou que se revelem presentes no exercício da atividade empresária**, sendo o que se verifica, por exemplo, nos seguintes artigos da CLT e das Normas Regulamentadoras 7 e 9 abaixo transcritos, com nossos destaques:

NR 7 - Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional

7.2.3. O PCMSO deverá ter caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde **relacionados ao trabalho**, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de casos de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores.

NR 9 - Avaliação e Controle das Exposições Ocupacionais a Agentes Físicos, Químicos E Biológicos

9.1.1 Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA, visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

CLT

Art. 169 – Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Vejamos com mais vagar o conceito de risco ambiental do trabalho, trazido na NR 9:

9.1.5 Para efeito desta NR, consideram-se riscos ambientais os agentes físicos, químicos e biológicos **existentes nos ambientes de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição**, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador.

9.1.5.1 Consideram-se agentes físicos as diversas formas de energia a que possam estar expostos os trabalhadores, tais como: ruído, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes, radiações não ionizantes, bem como o infrassom e o ultrassom.

9.1.5.2 Consideram-se agentes químicos as substâncias, compostos ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória, nas formas de poeiras, fumos, névoas, neblinas, gases ou vapores, ou que, pela natureza da atividade de exposição, possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo através da pele ou por ingestão.

9.1.5.3 Consideram-se agentes biológicos as bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros.

Para afastar ou minimizar os riscos ou seu impacto

sobre a saúde dos trabalhadores, as empresas deverão dedicar seus esforços. Dessa forma, por exemplo, em nosso escritório de advocacia não há riscos biológicos que nos exijam quaisquer medidas preventivas contra uma eventual contaminação, assim como ausente o agente vibração, nos leva a não adotar qualquer medida para reduzir o impacto desse risco físico.

De fato, se observarmos a nossa CLT, veremos que **todos** os artigos do **Capítulo V – Da Segurança e Medicina do Trabalho** trazem o ambiente laborativo e os riscos nele presentes como fatores preponderantes para a adoção de práticas gerenciais e para a responsabilização das empresas. Logo, haverá imposição de obrigatoriedade às empresas quando sua atividade econômica impuser ao trabalhador um risco específico, cabendo-lhe a prevenção e a cobertura destes riscos.

E o adoecimento por COVID-19, assim como o adoecimento por qualquer outra enfermidade viral, **não é um risco ocupacional**. Logo, qualquer medida a ser tomada pelas empresas para evitar o adoecimento dos trabalhadores por COVID-19 **será uma mera liberalidade** quando não houver uma norma proveniente da Secretaria do Trabalho (CLT, art. 182), por mais nobre e necessária que venha a se relevar alguma medida que vise a reduzir ou a prevenir os riscos de contaminação.

Por exemplo, o fornecimento de máscaras pelas empresas aos trabalhadores somente se tornou obrigatório a partir da promulgação da Lei 14.019/2020, em 02/07/2020, ainda que essa medida já estivesse indicada como extremamente necessária e adotada pela maioria esmagadora das empresas. Mas até aquela data, o fornecimento pelos empregadores era uma mera liberalidade.

Outro exemplo de obrigatoriedade e liberalidade: no

momento em que escrevemos este artigo a compra de vacinas por parte das empresas não é uma obrigatoriedade, ainda que diversas empresas estejam buscando meios de operacionalizar essa aquisição, **por mera e louvável liberalidade**, a exemplo da Procter & Gamble, conforme notícia veiculada em 20/01/2021, quando seu gestor médico, alinhado às boas práticas, assim destacou¹⁷: *“Se houver a disponibilidade de vacinas para empresas privadas e a possibilidade de importação, teremos interesse.”* Entretanto, se alguma empresa optar por não comprar as vacinas quando isso se tornar possível, a ela não poderá ser imputada nenhuma responsabilização.

Toda empresa minimamente séria está preocupada com o quadro pandêmico atual e atuando no sentido de afastar ao máximo seus efeitos danosos. E é natural que várias empresas incluam estes cuidados no PCMSO – Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional, ainda que o COVID-19 não possa ser presumidamente considerada uma enfermidade laborativa ou um risco ocupacional.

Mas a inclusão de medidas gerenciais no PCMSO também é uma liberalidade do empregador, adequada à sua realidade e às suas possibilidades, justificada ante a preocupação inerente na preservação da saúde e da vida do trabalhador, individualmente falando, e da coletividade da empresa.

Neste sentido, é possível incluir exames de detecção nos exames médicos admissionais, periódicos ou estabelecer a obrigatoriedade do exame a qualquer tempo. Lembramos aqui

17 In: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/especiais/coronavirus/2021/01/774300-empresas-avaliam-compra-de-vacinas-reforcam-exames-e-mantem-home-office.html.

que o exame de detecção não é invasivo, logo possível de ser imposto ao empregado.

Outra medida gerencial possível será o afastamento do trabalhador de suas atividades ante a mera suspeita do acometimento da doença, ou a adoção de qualquer medida que vise impedir a contaminação dos demais trabalhadores. Todas essas medidas decorrem da liberalidade das empresas, não havendo obrigatoriedade expressa.

Mas note-se: a empresa poderá adotar medidas que entenda cabíveis para preservar a saúde de cada trabalhador e a coletividade de seu quadro funcional, mas não poderá ser incluído no PCMSO a obrigatoriedade da vacinação ao empregado, consoante o exposto no primeiro tópico do artigo, sendo-lhe possível e devido instruir e orientar o empregado, esclarecendo a ele a importância da vacinação, como bem sugere a NR-32, no item abaixo copiado:

NR32 – Segurança e Saúde do Trabalho em Serviços de Saúde

32.2.4.17.5 O empregador deve assegurar que os trabalhadores sejam informados das vantagens e dos efeitos colaterais, assim como dos riscos a que estarão expostos por falta ou recusa de vacinação, devendo, nestes casos, guardar documento comprobatório e mantê-lo disponível à inspeção do trabalho.

Registrada a orientação, caso o trabalhador ainda mantenha seu posicionamento contrário à vacinação, a empresa seguirá tomando todos os demais cuidados para evitar a contaminação dos demais colaboradores.

Ora, considerando que o COVID-19 não se enquadra presumidamente como acidente do trabalho, considerando o conceito de risco ambiental do trabalho e, sobretudo, considerando a impossibilidade de obrigar o trabalhador tomar a vacina, é possível considerar a vacina como um EPI – Equipamento de Proteção Individual?

Parece-me óbvio que não. Além das razões acima, o EPI é um mecanismo de prevenção individual **aos riscos ambientais do trabalho**, assim como o EPC é um mecanismo de proteção coletiva dos mesmos riscos ambientais do trabalho.

Se observarmos o artigo 166 da CLT ali leremos que “*A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco...*”. O risco, neste caso, é o **risco ambiental do trabalho**, que varia de empresa para empresa, de atividade para atividade e de local para local. Novamente: COVID-19 não é risco ocupacional.

Note-se também que aquela Lei 14.019/2020 que tornou obrigatório o fornecimento de máscaras pelo empregador **não transformou as máscaras num EPI**, isso por não se tratar o COVID-19 de um risco ocupacional.

Voltando ao exemplo de nosso escritório: não há obrigatoriedade de os advogados de nossa equipe usarem capacete em nossa sede, ainda que exista um certo risco de uma telha se soltar e atingir um deles; bem como nunca foi obrigatório aos advogados utilizarem máscaras quando visitarem presidiários, num ambiente com alta incidência de tuberculose (ainda que isso se revele uma medida preventiva).

Se observarmos o teor da NR 6 dedicada aos EPIs, veremos que seu texto também remete aos riscos ambientais do trabalho, aos riscos ocupacionais, a exemplo do item 6.3, que

traz textualmente quando será obrigatório o fornecimento do EPI pelo empregador. Confira-se:

NR6 - Equipamento de Proteção Individual

6.3 - A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias:

- a) sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção **contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho;**
- b) enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; e,
- c) para atender a situações de emergência.

Novamente temos acima que o EPI será fornecido como medida contra os riscos ambientais do trabalho e COVID-19 não é um risco ambiental do trabalho, mas um evento pandêmico, cuja possibilidade de contaminação está disseminada e ilimitada. Por fim, se uma norma vir a tornar a vacinação um EPI, seu fornecimento será custeado pelas empresas, após a certificação de sua eficácia.

3.3 E afinal, é possível demitir por justa causa o trabalhador que optar por não se vacinar?

Sem delongas para a nossa conclusão: **NÃO É POSSÍVEL**, por várias razões legais e lógicas.

Vamos primeiro aos fundamentos legais.

A primeira delas tratada no primeiro tópico deste artigo é a natureza invasiva da vacinação e o direito do indivíduo que afastam peremptoriamente a possibilidade de punição ao trabalhador que se recusar à vacinação.

A segunda, também tratada no mesmo tópico, se pauta no artigo 22 do texto constitucional, onde se vê a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais do trabalho. Confira-se novamente:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e **do trabalho**; (Grifamos).

Logo, ante a ausência atual de norma legal que autorize a justa causa em casos de recusa à vacinação, não terá amparo a empresa que assim proceder. Vale lembrar que a justa causa somente será possível nos casos expressos no artigo 482 da CLT, aqui transcrito:

CLT

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a)** ato de improbidade;
- b)** incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c)** negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d)** condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;

- e)** desídia no desempenho das respectivas funções;
- f)** embriaguez habitual ou em serviço;
- g)** violação de segredo da empresa;
- h)** ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i)** abandono de emprego;
- j)** ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k)** ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l)** prática constante de jogos de azar.
- m)** perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Note-se, portanto, que a recusa à vacinação não se encaixa em nenhuma das hipóteses acima. E sem previsão legal, não se pode promover o desligamento por justa causa.

A propósito, temos lido artigos autorizando o desligamento por justa causa após sucessivas advertências ao empregado da necessidade de se vacinar, o que para nós não encontra amparo nas normas vigentes e nem na lógica. Vejamos:

As advertências são pertinentes quando o trabalhador transgredir alguma obrigatoriedade não observada, incorrendo na falta grave prevista no artigo 493 da CLT, aqui copiado:

Art. 493 - Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.

Em alguns casos, sugere-se que o empregador oportunize ao empregado a correção de sua conduta antes do desligamento por justa causa, sendo-lhe pertinente aplicar novas advertências (há aqueles que defendem que seria prudente o empregador aplicar duas advertências, pelo menos, antes de se decidir pelo desligamento por justa causa).

No caso da recusa à vacinação, a referência feita no artigo 493 acima copiado ao artigo 482 recairia para os atos de indisciplina ou insubordinação previstos em sua alínea h. Entretanto, não havendo norma legal que obrigue o trabalhador a se submeter à vacinação, e não sendo a vacinação passível de ser considerada um EPI, não há que se falar em insubordinação, o que afasta a possibilidade da justa causa. Note-se a diferença: se o trabalhador se recusar a usar a máscara, poderá ele sofrer a rescisão por justa causa, uma vez que há uma Lei Ordinária estabelecendo essa obrigatoriedade. Mas para a vacinação, não há norma equivalente.

E convenhamos, seria uma situação ridícula a obrigatoriedade do empregador aplicar advertências sucessivas ao empregado que optar por não se vacinar antes de concretizar o desligamento. Imagine a cena: você orienta o trabalhador à vacinação, e ante sua recusa, você o adverte. No dia seguinte, ao ver que aquele trabalhador ainda não tomou a vacina, você volta a adverti-lo e, num dia posterior à segunda advertência, mantendo o trabalhador seu posicionamento, você aplica a justa causa. Ora, a não vacinação não é um ato reiterado de insubordinação, mas uma decisão continuada, o que tornaria desnecessária as múltiplas advertências para se chegar ao desligamento! Fosse possível a rescisão por justa causa pela não vacinação, seria desnecessária essa sucessão de advertências.

3.4 Mas, não sendo possível o desligamento por justa causa, quais as medidas gerenciais possíveis à empresa no caso do trabalhador que se recusar à vacinação?

O primeiro ponto a ser considerado é a necessidade de se analisar cada caso, para se concluir sobre a possibilidade daquele trabalhador realmente oferecer risco de contaminação aos demais trabalhadores. Existirão casos em que o trabalhador não terá contatos com os colegas e existirão casos em que será impossível evitar uma aproximação passível de gerar alguma contaminação.

Vejamos ainda a hipótese de um único trabalhador optar por não se vacinar. Neste caso, estando todos os demais colegas vacinados, a presença de um trabalhador não vacinado pode ser considerada inofensiva aos demais que estariam protegidos. Ora, o desligamento neste caso hipotético, nos parece desmedida.

Ademais, tal qual ocorre hoje, as empresas podem buscar melhorias procedimentais internas que minimizem o contágio de seus empregados, o que inclui testes de detecção ao trabalhador que se recuse à vacinação ou sua alocação noutra área (se isso for possível e conveniente à empresa, mas jamais uma obrigação).

Poderá ainda a empresa submeter o empregado a algumas obrigadoriedades internas, como, por exemplo, não permitir que ele frequente o refeitório ou as áreas comuns em determinados horários, ou qualquer outra medida possível que vise reduzir os contatos deste trabalhador com os demais empregados, como já ocorre com os fumantes, por exemplo.

Vamos lembrar aqui que estas medidas restritivas foram lembradas pelo STF em sua decisão recente, indicando que poderiam ser aplicadas pelo poder público contra aqueles que se decidirem contrários à vacinação.

Por fim, se a empresa entender ser impossível gerenciar a situação de um determinado trabalhador que optar por não se vacinar mesmo após a adoção de outras medidas preventivas, ou quando for impossível afastar o risco de contaminação dos demais trabalhadores, entendemos possível haver o desligamento **sem justa causa**, sob a justificativa de que os interesses das partes contratantes (empresa e empregado) estão em completo desalinho e que o posicionamento individual do trabalhador é incompatível com as possibilidades gerenciais ou a filosofia da empresa em privilegiar a saúde e segurança da coletividade.

Entendemos e esperamos que este desligamento sem justa causa não seja interpretado como medida discriminatória pelo judiciário trabalhista, mas recomendamos que a empresa, em sua defesa, demonstre as medidas tomadas e demonstre a impossibilidade de se evitar a contaminação dos demais trabalhadores **naquele caso específico** (seremos contrários ao desligamento generalizado apenas pela recusa do trabalhador ser vacinado, sem ter a empresa analisado cada caso ou tomado algumas medidas gerenciais para evitar a contaminação, o que poderia ser considerado uma medida discriminatória).

4. CONCLUSÃO

Talvez premidos pela inquietante situação que estamos vivenciando há mais de um ano, temos visto vários posicionamentos indicando condutas que não são condizentes com

os textos normativos vigentes e que já são suficientes para a solução dos problemas emergentes. E algumas medidas sugeridas, inclusive, contrariam as normas vigentes, ainda que o apelo da proteção geral seja sempre aventado. Outro aspecto verificado nos diversos artigos e notícias: a confusão entre o que seria adequado e o que seria obrigatório. É adequado que todos se vacinem? Parece-nos que sim, mas isso não pode ser obrigatório. É adequado que as empresas adotem práticas preventivistas? Óbvio que sim, mas a obrigatoriedade também deve estar prevista em norma proferida pelo agente, ente ou órgão competente.

Por tais razões, ante a lógica e as normas vigentes, nossa leitura é a de que:

- ✓ a vacinação do empregado **não pode ser obrigatória;**
- ✓ a vacina **não é um EPI;**
- ✓ a vacinação **não pode ser incluída no PCMSO;** e
- ✓ a recusa do trabalhador à vacinação **não pode resultar em seu desligamento por justa causa.**

AS IMPLICAÇÕES DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Lauren Hanel Lang Tabolka¹

Lilian Hanel Lang²

Resumo: O artigo busca analisar a eficácia das medidas protetivas de urgência à mulher em situação de violência doméstica, estabelecidas na Lei Maria da Penha. Desta forma, considerou-se a violência como sinônimo de força, ameaça, dano e sofrimento, demonstrando-se em casos complexos e variadas causas, de ação intencional tanto em forma física como psicológica, acarretando, inclusive, no resultado morte. A violência doméstica

1 Aluna do Programa de Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas – UFFS. Pós Graduada em Direito Previdenciário – UPF. Graduada em Direito – URI. Docente Faculdade Anglicana de Tapejara. Email: adv.advogados@bol.com.br Advogada OAB/RS 69.693.

2 Mestre em História – UPF. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Seguridade Social - UPF; em Gestão Pública – UFSM; em Gestão Pública das Organizações de Saúde – UFSM. Graduada em Direito - URI. Docente da Faculdade IDEAU/Getúlio Vargas-RS. Email: lilianlang@ideau.com.br .Advogada OAB/RS 74282.

registrado dados alarmantes, conforme aponta o Conselho Nacional de Justiça brasileiro. Por sua vez, a Lei Maria da Penha, em suas medidas protetivas de urgência, tem apresentado alterações e inovações para coibir essas práticas violentas perpetradas contra mulher. Essas medidas, em seu caráter preventivo e protetivo, buscam assegurar garantias de proteção à mulher quando em situação de ameaça no meio doméstico, indo desde o imediato afastamento do agressor do meio familiar até a prisão pelo descumprimento da decisão judicial. A Lei Maria da Penha prevê mecanismos protetivos em âmbitos civil, trabalhista, previdenciário, penal, processual e administrativo. Assim, suas medidas protetivas de urgência, unidas às alterações e inovações de caráter preventivo e protetivo têm pontuado aumento de aplicabilidade nos últimos anos, em razão do número de processos em tramitação na justiça, o que demonstra sua eficácia. Contudo, isso revela que a violência doméstica também tem indicado crescimento nos estados brasileiros.

Palavras-chave: Eficácia. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas. Violência doméstica.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha, n. 11.340, de 2006, em seu caráter protetivo de urgência, inaugura a efetiva prevenção de providências de proteção, com a finalidade de firmar obrigações nos atos do agressor, aliadas a pronto atendimento à mulher ofendida e agredida.

No seu teor, a Lei n. 11.340 apresenta uma série de mecanismos de cautela de urgência com o objetivo de travar a violência doméstica, por meio de condutas que possam inibir

atos provocados por infratores, que possam atingir e abalar fisicamente e moralmente a mulher.

Entretanto, dados estatísticos têm pontuado que a violência contra a mulher mostra crescimento considerável nos últimos anos, a partir de indicadores que revelam que o número de processos sobre violência doméstica, no decorrer de 2018, era de milhão de ações, sendo que 5,1 mil processos de feminicídio transitando na justiça brasileira. Em ocorrências de violência doméstica, o crescimento foi em torno de 10%, com o recebimento de 563,7 mil novos processos. Os casos de feminicídio que deram entrada no judiciário aumentaram 5% se confrontados com o ano de 2018. Esses dados estão indicados no Painel de Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CNJ, 2020).

Dados também revelam que o número de medidas de proteção concedidas aumentou, demonstrando 70 mil a mais do que em 2018, perfazendo um crescimento de 20%. O estado com maior número de medidas concedidas foi São Paulo, com 118 mil, sendo seguido pelo Rio Grande do Sul, com 47 mil e depois o Paraná com 35 mil. Ainda foi observado o aumento no índice de sentenças processuais, com 35% a mais nos casos de feminicídio e 14% nas situações de violência doméstica (CNJ, 2020).

A partir de tal constatação, este estudo traz como problema da pesquisa: as medidas protetivas de urgência, estabelecidas na Lei n. 11.340 de 2006, no que compete ao seu caráter preventivo e de atendimento, têm demonstrado sua eficácia na sua prática protetiva à mulher?

Este tema, inicialmente, justifica-se por seu caráter de contribuição no que diz respeito a informações e elucidações

à área acadêmica; mostra-se relevante, também, em cenário social, ao apresentar números de efetivas estatísticas sobre a violência doméstica com agressões à mulher; e, por fim, em seara da justiça, quando busca mostrar a função e atribuição dos órgãos competentes para que sejam postas em prática as medidas de proteção, calcadas na Lei 11.340.

Como objetivo, esta pesquisa busca verificar se as ações que tangem às medidas protetivas de urgência à mulher em situação de violência doméstica, estabelecidas na Lei Maria da Penha, têm demonstrado sua eficácia.

O método de pesquisa escolhido foi o dedutivo, que parte da generalização e confirma-se na particularidade, embasado por material bibliográfico que inclui autores, leis e dados que dizem respeito ao tema em estudo.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: CARACTERIZAÇÕES

A prática da violência doméstica vem se mostrando no decorrer da vida em sociedade como um procedimento que se tipifica sob várias formas agressoras, em especial à mulher, muito embora avanços em lei, no que diz respeito a medidas de proteção, tenham sido firmados com a finalidade de impedir e também penalizar essa prática condenável.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) caracteriza a violência como força, ameaça, dano e sofrimento, sendo um procedimento que mostra o uso intencional da força física, de poder, de ameaça grupo que pode provocar lesão, dano psicológico e morte, entre outras afetações. Dessa forma, a violência se caracteriza por atos atitudes que provocam lesão em outrem via objeto ou força (OMS, 2002).

Conforme expressa Cavalcanti, os atos violentos tipificam-se em práticas de “abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror” (2008, p. 31).

Nessa contextualização, listam-se situações violentas que, segundo Schaiber et al (2007) acontecem no meio doméstico e que são impetradas contra a mulher, em uma desigualdade nas relações de gênero, afetando a sua saúde física e psicológica, com conseqüente abalo à sua qualidade de vida. Essas situações que ocorrem no ambiente de família, de acordo com Santi et al (2010), mostram posturas de dominação psicológica, física ou sexual.

De acordo com Vasconcelos e Pimentel (2009), na esfera familiar, a violência ocorre não por ser em local privado do lar, mas sim, porque envolve pessoas que se ligam por laços consanguíneos e de convivência. Marca-se, dessa forma uma efetiva inversão de valores que se apresentam sob situações de violência.

Em cenário demonstrativo, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, caracterizada como Convenção de Belém do Pará, descreve que essa tipificação da violência engloba a agressão “física, sexual ou psicológica: a) perpetrada no âmbito do ambiente doméstico e familiar; b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa; e c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”. Nesse sentido, a veia identificadora que configura a violência doméstica e familiar impetrada contra a mulher é a prática real

por entes que mostram ou já tiveram uma relação íntima com quem sofre a agressão (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018, p. 5).

Por sua vez, a Lei n. 11.340, de 2006, chamada Maria da Penha, em seu artigo 5^o, caracteriza a violência, denominada de doméstica ou familiar, contra a mulher, norteadas por gênero, e que pode provocar-lhe morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

Essa Lei também tipifica, em seu artigo 7^o, as violências

-
- 3 Art. 5^o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar n. 150, de 2015)
- I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
 - II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
 - III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
- Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).
- 4 Art. 7^o São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.
 - III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não

que podem ser impetradas em âmbito doméstico, sendo incluídas a física, psicológica, moral, sexual e patrimonial. A física, conforme Dias (2013), agrava a saúde do corpo e, ainda que, por vezes, não mostre sinais, a sua força de violência atinge o corpo e saúde da mulher. Por sua vez a psicológica é outra prática de agressão que se demonstra em qualquer comportamento que afeta o lado emocional da ofendida, por meio de ameaça, atos humilhantes e constrangedores.

Já a violência sexual é outra forma de agredir por meio de força e coação e que, segundo Cunha e Pinto (2014), manifesta-se em muitos atos que buscam não só obrigar como intimidar a ofendida. Por fim, o patrimonial, de acordo com Porto (2007), expressa-se em práticas para reter, subtrair e destruir de instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou valores econômicos.

Em seguimento, o próximo item mostra índices de registros e indicadores dos atos de violência doméstica, praticados contra as mulheres nos últimos anos, bem como número crescente de casos que ingressam nos Tribunais de Justiça brasileiros.

desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).

3. ESTATÍSTICAS INDICADORAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica têm demonstrado as suas práticas e seu crescimento considerável nos últimos anos, no Brasil, conforme pontuam os Tribunais de Justiça dos estados brasileiros.

Registros do CNJ e seu Departamento de Pesquisas (2018), nesse sentido, consideram aumento considerável e graves de práticas de violência doméstica contra a mulher por todo o Brasil. Ou seja, em 2017, indicadores revelam o ingresso nos tribunais de justiça dos estados brasileiros no total de 452.988 casos novos que caracterizaram esse tipo de prática de violência, perfazendo um índice de 12% maior que o pontuado em 2016, que foi de uma marca de 402.695. O estado de São Paulo indicou maior número de casos, com 541, seguido pelo Rio Grande do Sul, com 66.355 processos. Após, Minas Gerais apresentou 47.320 à frente do Rio de Janeiro, que verificou 46.340 processos. Já em número menor, o estado do Amapá mostrou 2.936 casos novos, Rondônia, com 1.409 e Alagoas com 1.300 casos novos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

O CNJ aponta que tais indicadores mostram um panorama populacional feminino que reside em cada Estado, e isso revela o Mato Grosso do Sul como o estado que demonstra maior demanda, com registros de 13,2 casos novos a cada mil mulheres que ali residem. Esse percentual pode ser registrado, a seguir, no Distrito Federal que apresenta 11,9 processos novos, sendo, após o Rio Grande do Sul, com mostras de 11,5, o Mato Grosso com 10,5 e o Acre, com 10,2. Os menores percentuais, em valoração por mil, são mostradas na Bahia e em

Alagoas, em índice de 0,6 e 0,7 de novos processos, respectivamente a cada mil mulheres. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

O Ministério da Saúde, através do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), que registra dados sobre doenças e agravos, indica que a violência física contra as mulheres marca predominância e crescimento. Em 2011, foram 43.559 casos, em 2012, 62.869; em 2013, 75.614; 2014, 84.589; 2015, 92.199; e, em 2016, foram afetadas 101.218 mulheres (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018).

No que se refere à violência psicológica, o SINAN pontuou em 2011, 22.726 casos; 2012, com 33.793; 2013, com 40.220; 2014, com 42.891; 2015, com 48.441; e 2016, com 50.955. Já a violência sexual também mostrou crescimento, sendo que, em 2011, foram 14.237 casos; em 2012, 18.642; em 2013, 21.966; em 2014, 23.475; em 2015, 23.914; e em 2016, 27.059 (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018).

O SINAN aponta também situações de violência patrimonial, sendo em 2011, com 1.527; 2012, com 2.135; 2013, com 2.364; 2014, com 2.352; 2015, com 2.620; e 2016, com 3.055 situações (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018).

O CNJ, a partir do seu Departamento de Pesquisas Judiciárias (2018) mostra um quadro de casos de feminicídio, no Brasil, em 2016 e 2017, em uma contagem de cada mil mulheres residentes, conforme apresentam a Figura 1 e 2.

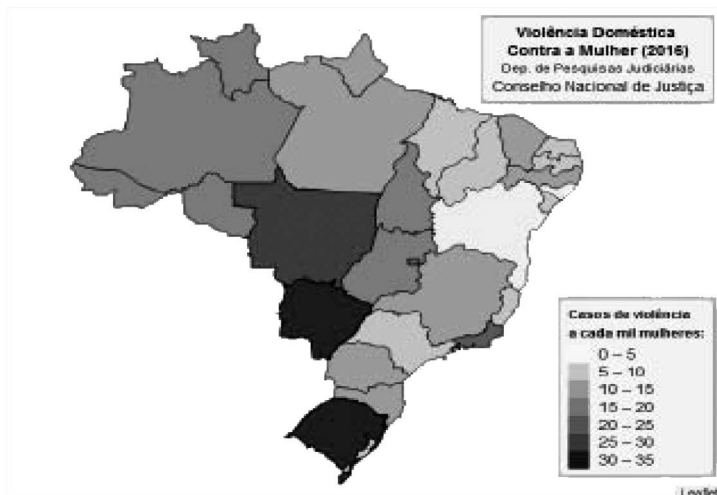


Figura 1 – Casos de violência doméstica a cada mil mulheres em 2016.
Fonte: CNJ (2018, p. 14).



Figura 2 – Casos de violência doméstica a cada mil mulheres em 2017.
Fonte: CNJ (2018, p. 14).

Em seguimento, a Figura 3 apresenta como está sendo feito o monitoramento da Política Judiciária Nacional no que se refere ao enfrentamento da violência contra as mulheres.

**Monitoramento da Política Judiciária
Nacional de Enfrentamento à
Violência contra as Mulheres**



BRASIL	2018	2019	Variação (%)
Violência Doméstica			
Processos Novos no ano	512.973	563.698	9,9% ↑
Processos Novos por 100 mil mulheres no ano	483	530	9,7% ↑
Sentenças em Processos no ano	363.771	413.901	13,8% ↑
Processos Baixados / Encerrados no ano	596.606	706.113	18,4% ↑
Processos em Tramitação em 31/12	978.611	1.036.746	5,9% ↑
Feminicídio			
Processos Novos no ano	1.851	1.941	4,9% ↑
Processos Novos por 100 mil mulheres no ano	1,7	1,8	5,9% ↑
Sentenças em Processos no ano	1.953	2.632	34,8% ↑
Processos Baixados / Encerrados no ano	1.026	1.804	75,8% ↑
Processos em Tramitação em 31/12	3.921	5.127	30,8% ↑
Medidas Protetivas			
Medidas concedidas no ano	336.640	403.646	19,9% ↑
Medidas concedidas por 100 mil mulheres no ano	316	378	19,6% ↑

Figura 3 – Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.

Fonte: CNJ (2019, p. 1).

Esses dados sobre a violência doméstica, no Brasil, apontam o crescente número de processos novos em 2019 em relação a 2018, bem como a prática do feminicídio e a adoção das medidas protetivas concedidas por 100 mil mulheres ao ano.

O próximo item faz uma abordagem sobre as medidas protetivas e sua aplicabilidade obrigatória a quem é agredido, bem como as tomadas de providências quanto à sua segurança e instrumentos para coibir o agressor.

4. AS MEDIDAS PROTETIVAS E SUA APLICABILIDADE

No seu caráter de proteção, as medidas alargaram seus mecanismos jurisdicionais de aplicabilidade com a finalidade de assegurar maior resguardo da vida em meio as relações familiares, diante da constatação crescente da violência perpetrada contra a mulher.

A Lei 11.340/06, na consolidação de medidas protetivas, expõe no seu artigo 19 § 3⁹⁵ sobre a concessão de medidas de urgência ou revisão das já concedidas diante da necessidade da proteção da ofendida, bem como de seus familiares e de seu patrimônio, sendo que tal deve acontecer quando os direitos e as garantias da ofendida forem atingidos, conforme dispõe o art. 22 §1⁹⁶.

Refere Bianchini (2013) que as medidas protetivas se somam aos juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, graças às novas determinações, firmadas na Lei Maria da Penha, o que consolida a prevenção no sentido de combater a violência. Tais determinações traduzem-se em naturezas jurídicas, que podem observar mecanismos que decorrem

-
- 5 Art. 19 § 3^o. Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público. (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).
 - 6 Art. 22 [...] § 1^o As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).

de âmbitos civil, trabalhista, previdenciário, penal, processual e administrativo.

Conforme assinala Dias (2013), as medidas de proteção são consideradas na detenção do agressor como também para a garantia pessoal e patrimonial da mulher agredida e seus filhos, se houver. Esse efeito protetivo compete, além da polícia, ao juiz e Ministério Público, o que não implica somente as atribuições protetivas postas na Lei Maria da Penha, em seus artigos 22, 23⁷ e 24⁸, o que demanda regulamentos das leis esparsas que abordam sobre proteção.

Souza (2013) pontua a urgência das medidas protetivas em um dos principais instrumentos, estabelecidos na Lei

-
- 7 Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
- I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
 - II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
 - III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
 - IV – determinar a separação de corpos. (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).
- 8 Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:
- I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
 - II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
 - III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
 - IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.
- Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).

n. 11.340, que podem amparar a mulher e que busca assegurar a integridade psicológica, física, moral e patrimonial, para que ela, sendo vitimada, possa procurar a proteção estatal e jurisdicional.

Na sua característica de urgência, as medidas protetivas observam a decisão do magistrado quando a concede em um prazo de 48 horas, norteadas pelo art. 18⁹ da Lei 11.340. Tal concessão, conforme o art. 19¹⁰ § 1^o é solicitada pela vítima do agravo sofrido à autoridade policial ou Ministério Público, sendo firmada pelo art. 20¹¹, que refere o decreto do juiz, sem necessidade de audiência ou decisão do Ministério Público. Estabelece, ainda, o artigo 19 § 2^o, a possibilidade sobre a sua

-
- 9 Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:
- I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;
 - II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
 - III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).
- 10 Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.
- § 1^o As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.
- § 2^o As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados. [...] (BRASIL, Lei n. 11.340. 2006).
- 11 Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.
- Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).

substituição desde que a medida mostre eficácia, tanto isolada como cumulativa.

Por sua vez, o art. 22¹², da Lei Maria da Penha, expõe as determinações que são atribuídas ao agressor, na prática de

12 Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) (BRASIL, Lei n. 11.340, 2006).

violência doméstica contra a mulher, e que devem ser decididas pelo juiz, de imediato. São cinco incisos que se iniciam pela determinação da suspensão de posse de armas e que, segundo Cunha e Pinto (2014), mostra-se evidenciado o alerta sobre a condição física da vítima e diante do aumento considerável de atos criminosos contra a mulher, com arma de fogo.

Após, o inciso II, que determina o afastamento do agressor do meio familiar, de acordo com Belloque (2011), traz no seu bojo a preocupação com a saúde física e psicológica da mulher, bem como o cuidado com a preservação do seu patrimônio. Nesse sentido, Biachini (2013) refere a finalidade de tornar o meio familiar mais tranquilo, em especial, para os filhos.

O III inciso, nas suas determinações, proíbe o agressor ter aproximação com a vítima, incluindo seus familiares e testemunhas. Nesse sentido, Dias (2013) refere que tal determinação inibe a possibilidade de reiterados atos agressivos, bem como ameaças e intimidações que possam prejudicar o processo investigativo.

Já o inciso IV restringe e pode até suspender as visitas do agressor aos seus dependentes menores. Para Dias (2013), isso foi estabelecido em razão de possibilidade de haver ameaça à segurança da ofendida e de seus filhos, quando houver. É uma situação, consoante Didier Júnior e Oliveira (2010), que pode provocar risco para o meio familiar e que ter decisão por via liminar, sendo desnecessário procedimento técnico anterior ao provimento da justiça.

Por fim, o inciso V traça normas sobre a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, esclarecendo a sua fixação pelo juiz criminal ou pelo juizado de Violência Doméstica e

Familiar. Nessa contextualização, Porto refere que

[...] alimentos provisórios são aqueles fixados imediatamente pelo juiz, a título precário, ao receber a inicial, na ação de alimentos do rito especial disciplinada pela Lei 5.478/68, ao passo que, provisionais, são aqueles reclamados pela mulher ao propor, ou antes de propor, a ação de separação judicial ou de nulidade de casamento, ou de divórcio direto, para fazer face ao seu sustento durante a demanda (2007, p. 47).

Em 2018, a Lei 11.340 insere em seu teor, por meio da Lei 13.641, o art. 24-A¹³, na seção IV, tornando crime o descumprimento de medida protetiva, sendo passível de decretação de prisão preventiva, conforme determina o art. 313, III¹⁴, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011.

-
- 13 Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)
 Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)
 1º. A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)
 2º. Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)
 3º. O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) (BRASIL, Lei n. 13.641, 2018).
- 14 Art. 313 III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 1941).

Recentemente, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei Federal n 13.827, de maio de 2019, estabelecendo alguns regulamentos na Lei Maria da Penha, com o objetivo de trazer mais rigor ao efeito protetivo para a mulher quando se encontra em situação de violência doméstica e familiar.

Em nova publicação, o art. 2º, do capítulo III do título III da Lei Maria da Penha, apresenta o acréscimo do 12-C¹⁵, dispondo sobre várias medidas urgentes a serem observadas quando a mulher se encontra na iminência de risco à sua integridade física e também de seus dependentes, o que decorre no imediato afastamento do agressor do meio familiar.

Na sua redação, o art. 12-C determina que o agressor deve ter afastamento imediato do meio familiar em que convive com a ofendida, e isso pode ser feito, na sua prerrogativa, pela autoridade judicial, pelo delegado de polícia e também

15 Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

I – pela autoridade judicial; (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

II – pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

III – pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019). (BRASIL, Lei n. 13.827, 2019).

por policial. Nas hipóteses dos incisos. Também o juiz terá de ser comunicado em prazo de 24 horas, decidindo sobre a manutenção ou a revogação da aplicação da medida, cientificando, ainda, o Ministério Público.

Também a Lei n.13.827/19 introduz na Lei Maria Penha o art. 38-A¹⁶, dispondo sobre as competências do juiz para registro da medida protetiva de urgência em banco de dados com a finalidade de efetiva acesso e fiscalização dos órgãos de segurança e de assistência social.

A Lei Maria da Penha também tem contribuído para sejam instituídas delegacias especializadas, por todo o Brasil, com o objetivo de oferecer atendimento às mulheres que são vítimas da violência doméstica bem como facilitando o seu acesso para poderem apresentar seus relatos sobre as ameaças e agressões sofridas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua proposta, este estudo buscou verificar se as ações que tangem às medidas protetivas de urgência à mulher em situação de violência doméstica, estabelecidas na Lei Maria da Penha, têm demonstrado sua eficácia.

16 Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência.

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019). (BRASIL, Lei n. 13.827, 2019).

Considerou-se, assim, em teor inicial, que violência envolve sentido de força, ameaça, dano e sofrimento, sendo vista pela OMS, como situação complexa e de múltiplas causas e que se mostra pela força intencional, em forma física ou psicológica, causando lesão ou morte a partir de uma conjunção de comportamentos e atitudes.

Observou-se, assim, que dados do CNJ apresentam cada vez mais novas situações de violência doméstica contra a mulher, registradas pelos Tribunais de Justiça do Brasil, em um índice demonstrativo e considerável de crescimento. Desde 2016, os índices de violência têm se mostrado em elevação em levantamento a cada mil mulheres nos estados brasileiros.

O legislador brasileiro, embasada pela Lei Maria da Penha, tem feito alterações e inovações, com a finalidade de coibir os atos de violência contra mulher. Nesse sentido, podem ser registradas as recentes modificações elencadas pela Lei 13.641/2018, com inclusão do art. 24-A sobre a detenção diante de descumprimento de medida protetiva, e a Lei n. 13.827/2019, com o art. 12.C, sobre a decretação do imediato afastamento do agressor do domicílio.

As medidas protetivas de urgência buscam inibir esses atos violentos, para garantir que a mulher não seja vítima de violência em ambiente familiar, estabelecendo determinações que possam realmente serem protetivas e que possibilitem ao juiz decisões que mostrem o seu sentido preventivo.

Verificou-se, ainda, que a Lei Maria da Penha compõe-se de vários dispositivos que são norteadores para diversas naturezas jurídicas, e isso conduz a mecanismos que podem levar em consideração os âmbitos civil, trabalhista, previdenciária, penal, processual e administrativo. Logo, as

medidas protetivas devem não só coibir os atos de violência como assegurar que a mulher e seus filhos tenham seu resguardo e patrimônio, pelas decisões do juiz, Ministério Público e do que se encontra posto em outras leis de caráter de proteção.

Registros também consideram a instituição de delegacias especializadas por todo o Brasil para amparar as mulheres que sofrem violência doméstica, quando necessitam relatar as agressões sofridas.

Em conclusão, fica exposto que as medidas protetivas de urgência, elencadas na Lei Maria da Penha, com suas alterações e inovações de caráter preventivo e protetivo, na sua eficácia, têm demonstrado aumento de aplicabilidade nos últimos anos, em especial, no ano de 2019, conforme dados do CNJ. No entanto, isso mostra que a violência doméstica também tem pontuado crescimento nos estados brasileiros.

As considerações construídas foram pertinentes e significativas, no entanto, não esgotam este tema que apresenta grande interesse social e jurídico, uma vez que diante da constatação do crescimento da violência doméstica, devem ter sua atenção quanto ao cumprimento de medidas de proteção, com normatizações e regulamentos de garantias de prevenção à mulher.

REFERÊNCIAS

BELLOQUE, J. G. Da assistência judiciária – arts. 27 e 28. In: CAMPOS, C. H. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BIANCHINI, A. **Lei Maria da Penha**: lei n. 11.340/2006 – aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.827, de maio de 2019**. Altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 Acesso em: 04 ago. 2020.

CAVALCANTI, S. V. S. F. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil**: análise da lei “Maria da Penha”, n. 11.340/06. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Departamento de pesquisas, 2018**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias>. Acesso em: 06 ago. 2020.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Processos de violência doméstica e feminicídio crescem em 2019**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br> > processos-de-violencia-domestica-e-fe... Acesso em: 06 ago 2020.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência doméstica**: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIDIER JÚNIOR, F.; OLIVEIRA, R. Aspectos processuais civil na lei Maria da Penha (Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). In: PEREIRA, R. C. (Coord.). **Família e Responsabilidade**: Teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

OMS – Organização Mundial da Saúde. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra, 2002.

PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL. **Indicadores nacionais e estaduais, n. 1 (2016)**. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2016. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

PORTO, P. R. F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTI, L. N.; NAKANO, A. M. S.; LETTIERE, A. Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social. **Texto Contexto Enferm**, v. 19, n. 3, p. 417-424, 2010.

SCHRAIBER, L. B.; D'OLIVEIRA, A.F. P. L.; COUTO, M. T. C. Violência e saúde: estudos científicos recentes. **Rev Saúde Pública**, v. 40, p. 122-120, 2006.

SOUZA, S. R. **A lei Maria da Penha** comentada: sob a perspectiva dos direitos humanos. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.

VASCONCELOS, R. PIMENTEL, E. **Violência e criminalidade**: em mosaico. Maceió: UFAU, 2009.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

COMPLIANCE E ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS CASOS ENVOLVENDO O GRUPO BOTICÁRIO

Amanda Sousa Castro¹

Eduardo Milléo Baracat²

Resumo: O presente artigo se desenvolve em torno dos impactos do *compliance* no meio ambiente de trabalho, especificamente na redução do assédio moral. Investiga, portanto, o conceito, características e as principais modalidades do

-
- 1 Bolsista CNPq e Graduada em Direito no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).
 - 2 Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2002); *Diplôme Supérieur de Université - Droit du Travail & Sécurité Sociale pela Université Panthéon-Assas/Paris II* (1998). Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra.

assédio moral, assim como o histórico acerca da criação do sistema de *compliance*, as características e a relevância de sua aplicação. Tem como intuito analisar, por meio de casos jurisprudenciais do Grupo Boticário, a forma com que é aplicado o programa de *compliance* na ocorrência e prevenção do assédio moral. Por fim, desenvolve-se quanto à forma como o Tribunal Regional do Trabalho do Paraná decide e entende a respeito desta violência. Baseado em um método dedutivo, busca avaliar a efetividade do programa dentro da empresa brasileira.

Palavras-Chave: Assédio moral – *Compliance* – Código de Conduta – Grupo Boticário.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com pesquisa realizada junto ao Ministério do Trabalho e Emprego e ao Tribunal Superior do Trabalho (MONTEIRO, 2019), de 2009 a 2019 o assédio moral foi a denúncia mais feita no Brasil, sendo que 75,4% dos denunciados eram os superiores hierárquicos.

Percebe-se, portanto, que o ambiente de trabalho, em geral, no nosso país é hostil ao trabalhador e à trabalhadora, na medida em que o assédio moral, além de se dar de forma habitual em relação ao mesmo empregado, causa dano ao assediado, muitas vezes no âmbito de sua saúde.

É relevante, deste modo, a investigação sobre as formas como o assédio moral ocorre, como também mecanismos que buscam coibi-lo.

É bem verdade que o assédio moral pode ser confundido com outras modalidades de conflito no âmbito laboral,

tais como o estresse profissional, e agressões pontuais, por exemplo.

O combate ao assédio moral no ambiente de trabalho muitas vezes também preocupa o empregador, sobretudo grandes companhias, seja em razão de vultosas condenações trabalhistas, seja, ainda, como forma de preservar a imagem da empresa, evitando-se que o público a veja de maneira negativa.

O *compliance*, por essa razão, é adotado por muitas companhias com o objetivo de reduzir as hipóteses de assédio moral, sobretudo diante das imensas gerências, departamentos, divisões que possuem seus respectivos gestores, em determinadas situações abusam do poder de direção que lhe é delegado de maneira perversa.

O programa de *compliance* foi, inicialmente, pensado para combater condutas de corrupção e subornos transnacionais que envolviam, sobretudo, instituições financeiras, com o intuito de melhorar a imagem e a confiança das empresas envolvidas em escândalos de fraudes. Atualmente, o sistema tem relevância além das instituições bancárias, e é utilizado como importante canal para redução do assédio moral. Por meio de setores específicos, instituídos pelos programas de *compliance*, orientam-se as condutas de gestores e subordinados, criam-se canais de denúncia, analisam-se riscos empresariais, como também casos de descumprimentos das normas previstas em seu Código de Conduta e, ainda, estipula-se, eventual, sanção.

Uma das maiores companhias paranaenses e brasileiras no âmbito da indústria de cosméticos – o Grupo Boticário – criado em 2004, adotou, pela primeira vez, um Código de Conduta em 2009, com alterações introduzidas em 2016, com a finalidade, dentre outras, de coibir práticas assediadas no âmbito do ambiente de trabalho.

Como uma empresa de grande porte no país, mundialmente reconhecida, e em constante crescimento, é um exemplo da aplicação do sistema de *compliance*, por isso, extremamente relevante o estudo dos casos que o envolvem, assim como a análise de suas providências em relação ao assunto.

O objetivo desse estudo, portanto, é o de verificar a eficácia do *compliance* criado pelo Grupo Boticário, por meio da análise de casos julgados pelo TRT-PR, em que se discutiam existência de assédio moral.

Procura-se, assim, verificar o impacto do *compliance* no número de casos de assédio moral envolvendo a referida empresa. Deste modo, analisam-se os casos ocorridos antes de 2009, tempo em que não havia norma de conduta no âmbito do Grupo a respeito do assédio moral e modelos de conduta; e, ainda, os casos posteriores a 2009 - ano que teve instaurado o primeiro Código de Conduta da empresa. Em seguida, são estudados casos que aconteceram a partir de 2016, ano em que a empresa atualizou seu Código de Conduta.

É importante perquirir acerca da efetividade do sistema de *compliance*, ou seja, em que medida foi eficaz para a redução do assédio moral no ambiente de trabalho do Grupo Boticário.

Para enfrentar essa problemática, o trabalho foi dividido em três partes.

Primeiramente, analisa-se a forma com que a nomenclatura e o contexto sociocultural podem interferir no entendimento e definição do assédio moral, para então discorrer acerca de suas características, principais modalidades e o entendimento aplicado nos casos concretos dos Tribunais do Trabalho, tendo como maior relevância o de Marie-France Hirigoyen.

Aborda-se a respeito das consequências à vítima e a responsabilidade da empresa aos casos que alcançam os Tribunais.

Em seguida, expõe-se o poder diretivo do empregador como meio para a criação do sistema de *compliance* e suas limitações. É apresentada a evolução histórica, as características e a importância da implementação do *compliance*, assim como a relevância de uma gestão de riscos e efetiva aplicação a fim de reduzir a responsabilidade da empresa.

Por fim, são analisados os casos de assédio moral levados ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, tanto situações ocorridas antes da implementação do Código de Conduta, portanto, anteriores a 2009, quanto os ocorridos após a implementação do Código, posteriores a 2009, até 2019. Incluindo as alterações feitas no ano de 2016. Investigam-se quais as principais formas de assédio moral praticados na empresa e sua eventual caracterização.

2. ASSÉDIO MORAL

2.1 Conceito e classificação de assédio moral na relação de emprego

Em alguns países, como o Japão, são aceitas determinadas condutas em razão do crescimento da empresa, que na América Latina, por exemplo, não são vistas da mesma forma. Situações em que o empregado é humilhado ou constrangido no ambiente de trabalho podem ser facilmente aceitas nas empresas orientais: entende-se que a conduta tem como motivação principal o desenvolvimento econômico da empresa, sem conotação pessoal, mas relacionadas com o bem-estar da

instituição. Por esse motivo, acredita-se que o assédio moral deve ser analisado em um contexto sociocultural (HIRIGOYEN, 2005).

Importante frisar que o assédio nada tem a ver com condutas isoladas ou pontuais. Nas palavras de Heinz Leymann, entende-se que o estresse, por exemplo, é um estado biológico, que, diferente do assédio, só causa dano quando vivido em excesso. O assédio “é destruidor por si só” (HIRIGOYEN, 2005,p.20).

Hirigoyen sustenta que, a princípio, não haveria conflito no assédio moral, diante da inexistência de diálogo entre o assediador e o assediado; pensamento oposto ao de Leymann, que acredita que o assédio moral advém de um conflito mal resolvido.

Outro aspecto importante do conceito de assédio moral para Hirigoyen é a repetição da agressão que, segundo a autora, deve ocorrer por, pelo menos, seis meses, embora admita que estabelecer um prazo para atitudes humilhantes pode ser um equívoco e um excesso, pois a gravidade da conduta não depende, exclusivamente, do tempo em que durou (HIRIGOYEN, 2005).

Ainda de acordo com Hirigoyen, agressões como, violência física, sexual, más condições de trabalho, imposições profissionais e discriminação, em princípio, não se confundem com o assédio moral, embora admita a autora que, na maioria das vezes, são elas que dão início ao assédio moral (HIRIGOYEN, 2005).

Com tais reflexões, Hirigoyen e outros doutrinadores³, definem o assédio moral como uma conduta perversa, abusiva, humilhante e constrangedora com a intenção de ferir o psicológico, a autoestima e a dignidade da vítima, de forma continuada e repetida.

Na visão de Francisco Navarro Gonzalez o bem jurídico a ser tutelado é a alma do trabalhador, maior bem afetado pelo assédio moral. Deste modo, define a agressão como uma relação jurídica de conflito frequente e sistemático que tem como objetivo dominar ou destruir a alma do trabalhador (GONZALEZ, 2002, p.176).

Exemplificativamente, Daniel Chiesse e Regina Villas Bôas (CHIESSE e BÔAS, 2013, p.445) trazem condutas recorrentes do assédio moral, como, isolar a vítima, degradar suas condições de trabalho, atribuir tarefas humilhantes, deixá-la ociosa ou entregar-lhe quantidade exagerada de trabalho.

Em relação à classificação o assédio moral é dividido em três modalidades: vertical descendente ou estratégico, vertical ascendente e horizontal.

O vertical descendente corresponde à violência vinda do superior hierárquico. É a modalidade mais recorrente na prática, mas também a que gera maior dificuldade probatória

3 NASCIMENTO, Sonia A. C. Mascaro. **Assédio moral no ambiente do trabalho**. jul.2004; HELOANI, José Roberto Montes. **Assédio moral**: Um ensaio sobre a expropriação da dignidade no trabalho. RAE-eletrônica, São Paulo, vol.3, nº1, art.10, jan./jun. 2004; NAVARRO, Francisco González. **Acoso psíquico em eltrabajo** (El alma, bien jurídico a proteger). 1.ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 176; MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio Moral**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, n.13. 2007, p. 438.

(HIRIGOYEN, 2005). Ilustrativamente, têm-se os casos em que o trabalhador retorna de uma licença, normalmente em casos de doença, e torna-se alvo de condutas agressivas com o intuito de afastá-la do grupo e renunciar sua estabilidade. Além disso, pode ocorrer em situações de prêmios jocosos, uma espécie de inversão do parágrafo 4º do artigo 457 da CLT, que expõem e humilham os empregados menos produtivos, episódios em que o menos produtivo deve vestir-se de um determinado animal, dançar na frente dos colegas ou ainda, exercer sua atividade em sala chamada “aquário”, visível e exposta a todos, por vezes até suja e insalubre.

Uma vertente do assédio moral vertical descendente, segundo Adriane Reis de Araujo (ARAUJO, 2007), é o assédio estrutural ou organizacional. Segundo a autora, o objetivo desta prática é tornar um trabalhador ou um grupo de trabalhadores exemplos de improdutividade. Exemplifique-se com a fixação pelo superior hierárquico de metas inatingíveis e cobranças excessivas dessas metas.⁴

O assédio moral vertical ascendente, verifica-se quando a violência advém do subordinado para seu superior. Acontece, majoritariamente, quando um empregado se sente

4 Nesse sentido: DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. COBRANÇA EXCESSIVA DE METAS. ABUSO DO PODER DIRETIVO. CONFIGURAÇÃO. A cobrança de metas de produtividade, por si só, especialmente em setores competitivos, não se revela suficiente à caracterização do dano moral. Lado outro, o abuso do poder diretivo com o intuito de forçar o cumprimento de metas abusivas, de forma reiterada, justifica a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, em decorrência de assédio moral e pode caracterizar, inclusive, assédio moral organizacional (BRASIL, TRT-PR-0010110-77.2020.5.03.0057 (RO), 1ª Turma, Relatora Adriana Goulart de Sena Orsini. DJ 01/09/2020). Disponível em: www.trt3.jus.br. Acesso em: 29/01/2021.

preterido em relação aos demais, e tenta responsabilizar o cargo mais elevado, ou ainda, empregados que não aceitam a nova chefia. Para Márcia Guedes (GUEDES, 2003) trata-se da falta de comunicação interna.

A terceira modalidade é o assédio moral horizontal: violência praticada pelos colegas de trabalho de um mesmo grau hierárquico. Hirigoyen (HIRIGOYEN, 2005) acredita que isso ocorra, normalmente, entre pessoas que disputam um cargo ou promoção. Além disso, pode ocorrer em situações decorrentes de discriminação em razão da cor, orientação sexual, deficiência.

Para Hirigoyen (HIRIGOYEN, 2005) ainda existe um quarto tipo de assédio que engloba os dois primeiros, o chamado assédio moral misto. Segundo a autora, essa forma de assédio pode acontecer quando o superior hierárquico toma conhecimento da violência ocorrida entre um mesmo nível hierárquico e ainda assim não o impede, torna-se cúmplice da violência. Assim como pode ocorrer de forma contrária, caso em que o superior assedia o empregado, e os demais colegas aderem, passando a assediá-lo também.

No Brasil, ainda não há lei federal positivando essa agressão, contudo, o Projeto de lei nº 4.742/2001 visa tipificar criminalmente o assédio moral no Código Penal brasileiro, acrescentando o artigo 146-A, uma das razões pelas quais o assédio moral deve ser trabalhado de forma multidisciplinar.⁵

É importante frisar que há um risco muito grande de

5 BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei 4.742-A, de 2001, do Sr. Marcos de Jesus.

existência de preceito legal estabelecendo os contornos conceituais do assédio moral, uma vez que, conforme mostram estudos de Marie-France Hirigoyen e Heinz Leymann, a violência deve ser vista caso a caso, de forma individual. Em virtude disso, uma definição estrita do termo poderia deixar sem proteção determinados casos, bem como poderia impedir que outros que venham a surgir sejam identificados e tratados nessa categoria.

2.2 Consequências e responsabilidade

Além das consequências diretas à vítima, o assédio moral pode ser visto em um âmbito social e econômico, assim explica Sérgio Martins (MARTINS, 2007, p.444): o trabalhador atingido pela agressão desenvolve doenças ou se ausenta da atividade com frequência, com prejuízo à produtividade. Consequentemente, o desenvolvimento geral da empresa é afetado. O Estado, por sua vez, tem mais gastos com saúde, ou, ainda, com a aposentadoria precoce do trabalhador, por invalidez, elevando-se os gastos públicos, o que torna o tema também de interesse público.

Importante corrente doutrina, entende que não há necessidade da comprovação do dano psíquico-emocional para a caracterização do assédio moral.

Mago Pacheco, por exemplo, sustenta que o assédio moral não precisa de comprovação, uma vez que se trata de violação a “bem jurídico de relevância constitucional” (CHIESSÉ, BÔAS, 2013, p.449). Do mesmo modo, Rodolfo Pamplona Filho advoga que o dano psíquico-emocional é “consequência natural da violação dos direitos da personalidade da vítima”.

Outra consequência importante, é a reparação do dano sofrido pela vítima, conforme dispõe os arts. 186 e 927 do do Código Civil, como também o art. 5º, X, da Constituição.

Chiesse e Bôas aduzem que, apesar de não ser condição obrigatória para constituir o assédio, o dano à saúde poderá ser requisito para majoração de eventual indenização. Majoração que é prevista no art. 944, parágrafo único do Código Civil brasileiro.

Todavia, quantificar o dano sofrido pode ser uma tarefa árdua aos julgadores, por isso a lei permite que o magistrado reduza a indenização quando houver desproporção excessiva. Exemplo de excessividade se deu em julgado em que foi demonstrada a violação do art. 944 do Código Civil, o magistrado em questão afirmou que a finalidade da compensação é apenas abrandar os sofrimentos da vítima, não levá-la ao enriquecimento sem causa, deste modo, deve haver proporcionalidade entre o dano causado e o valor a ser ressarcido.⁶

Também poderá o empregado assediado, postular a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do artigo 483, “a”, “b”, “d” e “e”, que trata de descumprimento do contrato por parte do empregador, exigências excessivas, tratamento excessivamente rígido e condutas que atinjam sua honra e boa fama, bem como de seus familiares.

A responsabilidade da empresa para com o assediado é novamente garantida pelos artigos 932, inciso III, e 933,

6 BRASIL, TST, RR: 17804920125020203, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 18/03/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015.

uma vez que assegura sua responsabilização por atos de seus empregados, reafirmando a responsabilidade objetiva recaída sobre o empregador.

A dispensa por justa causa do empregado assediador, nos termos do art. 482, “b” e “j” da CLT, é uma faculdade do empregador, pois se configurariam as hipóteses de incontinência de conduta e ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa.

Situações de assédio moral propiciam à empresa passivos contenciosos judiciais, mas além disso, denigrem a imagem e a boa reputação da instituição. Por esse motivo, é fundamental e inteligente que haja uma regulamentação de condutas, éticas e morais, como forma de prevenção de prejuízos, pois a legislação citada, normalmente, é insuficiente para evitar essa prática. Muito mais do que isso, é necessário que haja medidas específicas para cada tipo de atividade.

Desta forma, vem sendo utilizado o sistema de *Compliance*, que, dentre outras funções, possui a de auxiliar na mitigação de violências, tal qual o assédio moral.

3. PODER DE DIREÇÃO E COMPLIANCE

3.1 Poder diretivo

O *compliance* é inserido por meio do poder de direção do empregador, decorrente da livre iniciativa de iniciar e desenvolver uma atividade econômica, o que lhe confere, portanto, a liberdade de ditar regras para seus empregados, nos limites da ordem jurídica.

O poder diretivo se manifesta pelos poderes de organização, hierárquico, disciplinar e regulamentar. E é por meio do poder regulamentar que pode ser estabelecido o *compliance*.

Octávio Magano expõe limitações ao poder diretivo. A limitação externa trata-se da lei, pois mesmo que, enquanto cidadãos sejam iguais, quando há um contrato, estabelece-se uma relação de subordinação (MAGANO, 1982, p.228). Ainda, há a limitação interna que está interligada com o poder diretivo e o exercício regular deste poder.

A autolimitação permite que o empregador institua programas de *Compliance* e regulamentos internos, ou seja, dita limitações ao seu próprio poder. Já as heterolimitações decorrem da lei e de convenções (MAGANO, 1982, p.231).

O “*jus variandi*”, decorrente do poder diretivo, permite que o empregador modifique o exercício da atividade conforme o interesse da empresa, seguindo os limites contratuais. Contudo, o direito do empregador de instituir suas regras não pode se sobrepor aos direitos fundamentais da pessoa humana, que é um grande limitador deste poder. (MAGANO, 1982, p.121)

3.2 *Compliance*

O *compliance* é, primordialmente, uma ciência comportamental, que visa regular e organizar condutas humanas dentro da empresa, com a finalidade de promover uma sociedade ética e íntegra. Patricia Diniz e Marcia Ribeiro sustentam que o sistema objetiva garantir a efetividade das noções de valores de uma empresa. Não é possível afirmar, portanto, que se trata de um mero cumprimento de regras (DINIZ, RIBEIRO, 2015, p.88).

Camila Forigo acredita que o *compliance* é uma variante da autorregulação regulada, que “corresponde a uma atuação” dos empresários, exercentes de atividade econômica, com a atuação do Estado. Por este motivo, se faz necessária a criação de códigos de conduta, sistemas de informação, órgãos que efetivem, protejam e organizem o sistema e a criação de um controle externo a fim de garantir a credibilidade da política aplicada (FORIGO, 2017, p.84,87).

Da mesma forma, Bruno Maeda considera essencial que o sistema esteja em consonância com a atividade exercida, conseqüentemente, não existe uma fórmula para sua criação, pois deve ser criado de acordo com os riscos e individualidade inerentes à empresa (MAEDA, 2013, p.168).

3.2.1 Matriz de riscos e responsabilidade

A gestão de riscos tem como finalidade identificar vulnerabilidades que tenham como consequência fraude e corrupção⁷. Sendo possíveis duas abordagens na avaliação e identificação dos riscos: a qualitativa, que analisa a probabilidade da ocorrência e o impacto que poderá gerar, e a quantitativa, que avalia numericamente os riscos uma vez levantados.

A abordagem mais utilizada é a mensuração qualitativa (DE PAULO, et al., 2007), o risco é avaliado com base

7 MINISTÉRIO DA TRANSPARENCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Guia prático de gestão de riscos para a integridade. Orientações para a administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, set./2018. p.13-19. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-deriscos.pdf>>. Acesso em: 21 de fev. de 2020.

na fórmula conhecida como “Pareto 80-20”, isto é, de 80% dos riscos acometidos pelas empresas, apenas 20% deles possuem maior potencial de riscos reais, cabe à empresa avaliar o quanto estará disposta a assumi-lo (LOUZADA, 2017).

Em relação à disposição da empresa, acredita-se que está diretamente ligada ao seu tamanho, atividade exercida e o mercado a que está disposta, pois mesmo que se encontre em altos riscos de frequência (fato que está fora do controle do gestor) e alta severidade, podem não gerar grandes impactos financeiros, assim sendo, estaria em nível desejável à empresa (DE PAULO, et al., 2007).

Além disso, apesar das peculiaridades de cada instituição, é preciso incorporar todos os setores possíveis para maior efetividade, e também elaborar o sistema de forma clara, até mesmo para que os treinamentos e comunicações dentro da empresa possam ser de fácil execução. Camila Forigo entende que, políticas e procedimentos, para serem eficazes, devem ser compreensíveis a todos os mais diversos tipos de pessoas a que se destinam (FORIGO, 2017, p.193).

Como consequência, os canais de denúncia devem ser acessíveis e de conhecimento geral, para que possam ser comunicados quaisquer tipos de violações ao Código de Conduta.

Maeda acredita que a adoção destes sistemas e sua aplicação adequada, podem isentar de forma efetiva a responsabilidade da empresa (MAEDA, 2013, p.174).

4. O *COMPLIANCE* E O ASSÉDIO MORAL NO GRUPO BOTICÁRIO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

4.1 Surgimento do Grupo Boticário

Em 1977 nasceu a farmácia de manipulação O Boticário, criada por Miguel Krigsner. Em 1980 revolucionou o mercado de perfumarias do Brasil, vendendo as primeiras franquias. A primeira fábrica foi inaugurada em 1982, em São José dos Pinhais, região metropolitana da cidade de Curitiba, no Paraná. Alguns anos mais tarde foram inauguradas lojas fora do Brasil.⁸

Somente em 2004 fundou-se o Grupo Boticário, visando maior interação cultural com a sociedade e as relações com o mundo, integrando as marcas Eudora, Quem Disse Berenice?, O Boticário e The Beauty Box. No ano de 2005 passou a ser signatário do Pacto Global da ONU.⁹

O Código de Conduta do Grupo foi lançado em 2009, e sofreu alterações em 2016. Neste mesmo período ganhou o prêmio de reconhecimento pelo atendimento e relacionamento com o consumidor.¹⁰

O primeiro Código de Conduta era aplicado não só

8 Grupo Boticário. **Nossa História**. Disponível em: <http://nossahistoria.grupoboticario.com.br/pt-br/Paginas/interna_decadas.aspx?ano=1970s>.

9 Idem.

10 Idem.

aos colaboradores e trabalhadores diretos da empresa, mas também às empresas que prestavam serviços ou parceiras do Grupo.

Abordava de forma ampla o assédio moral apresentado no tópico “Abuso de Poder e Assédios”, descrevendo-o com as palavras de Marie-France Hirigoyen. Entendia-se como assédio moral qualquer conduta que tinha como intuito atingir a dignidade da pessoa, prejudicando o ambiente laboral.

Além disso, foi disponibilizada uma Ouvidoria *on-line* ou por telefone, que recebia denúncias de forma anônima, quando da ocorrência de descumprimento das normas estabelecidas pelo Código.

A primeira edição do Código se preocupava com o Meio Ambiente, Direitos Humanos, liberdade de expressão, igualdade de direitos e respeito ao próximo. Buscava a transparência de informações em seu ambiente interno, estimulando um bom relacionamento desde seus colaboradores até a mais alta hierarquia (CÓDIGO DE CONDUTA, 2009).

Em setembro de 2010, as 3000 lojas já seguiam o Código de Conduta (SEBRAE, 2011). Seis anos depois, a empresa quintuplicou o número de empregados, contando com mais de 7000 trabalhadores e 4000 lojas, sendo 93 internacionais (EXAME, 2016). Como o sistema de *Compliance* se trata de um programa que acompanha o desenvolvimento da empresa em que é aplicada, foram necessárias mudanças.

Em 2015, foi criada uma área específica de *Compliance*, Comitê de Conduta e Comitê de Riscos e Auditoria visando estruturar o programa e o Código com a

finalidade de “prevenir, detectar e responder” irregularidades relatadas.¹¹

No ano de 2016 o Código de Conduta sofreu alterações para acompanhar o desenvolvimento do Grupo, tanto em relação ao número de empregados, como em razão das pessoas que passaram a se comprometer ao cumprimento do Código, como acionistas, membros do Conselho de Administração, entre outros (CÓDIGO DE CONDUTA, 2016).

Neste modelo as condutas do assédio têm livre interpretação. Em relação ao assédio moral, é definido de forma menos detalhada, garantindo maior abrangência de casos. Reafirma sua repulsa a comportamentos que possam hostilizar e intimidar o ambiente de trabalho ou o bom relacionamento interno e externo (CÓDIGO DE CONDUTA, 2016).

Nas modificações de 2016 o Grupo acrescenta um canal de Ouvidoria, mas sugerem o contato direto com seus gestores ou ao setor de recursos humanos, antes de reportar-se ao Canal de Ouvidoria (CÓDIGO DE CONDUTA, 2016).

4.2 Jurisprudência do trt-pr sobre o assédio moral do Grupo Boticário

Analisados os conceitos de assédio moral e de *compliance*, necessário investigar, nessa quadra da pesquisa, se a adoção de um programa de *compliance* pelo Grupo Boticário que buscava coibir as práticas de assédio moral foi exitoso.

É importante destacar, contudo, que a figura do assédio

11 Op cit.

moral, embora exista desde muito tempo, passou a ser judicializada há poucos anos, o que, de alguma forma, explica os poucos julgados encontrados abordando esse tema, antes de 2009.

4.2.1 Jurisprudência antes do Código de Conduta de 2009

No período que correspondente à criação em 2004 até o primeiro Código de Conduta, foram analisados 70 acórdãos do TRT-PR, dos quais, apenas 5 deles abordavam o tema de assédio moral; o restante reclamava situações como equiparação salarial, danos materiais e morais por acidente de trabalho, verbas rescisórias, doença ocupacional.

Ainda, a maioria dos casos analisados tinha relação com o poder diretivo do empregador e o abuso dele, portanto, não reconhecidos como assédio moral. Contudo, os que recebiam o reconhecimento se tratavam, sobretudo, de assédio moral vertical descendente.

Em caso levado à 5ª Turma do TRT-9, por exemplo, entendeu-se como assédio moral a prática de revista dos trabalhadores na saída da empresa. A Turma entendeu como violação dos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, uma vez que a empresa possuía meios proporcionais para evitar furtos, como câmeras e etiquetas magnéticas¹².

Outro julgado, desta vez da 1ª Turma do TRT-PR, o assédio moral foi reconhecido porque a empregada era obrigada

12 BRASIL, TRT-9, RO nº 3621900-60.2009.5.09.0029 da 20ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Interbelle Comércio de Produtos de Beleza Ltda., Botica Comercial Farmacêutica S.A., Gelre Trabalho Temporário S.A., Rel. Des. Ney Fernando Olivé Malhadas, 5ª Turma, publicado em 16/05/2013.

a trabalhar de pé, além de ser humilhada por parte do fiscal de segurança e de seu superior hierárquico, como também sofrer discriminações pelo fato de ser mulher. A empresa culpou a trabalhadora por não ter comunicado a direção. Contudo, foi configurado o assédio, sem a caracterização de culpa da vítima¹³.

Em outro julgado, a empregada que alegou sofrer pressões no exercício da atividade, trabalho durante horas extras para cumprimento de produção, teve como resposta da 3ª Turma que a cobrança de metas é meio lícito ao empregador para o exercício da atividade, por isso, não se trata de assédio moral. A Turma afirmou ainda que, nestes casos, o reconhecimento do assédio moral depende da “exacerbação desarrazoada e desproporcional do poder diretivo”, isto é, a conduta deve gerar desrespeito à dignidade do trabalhador¹⁴.

Em outro caso, apesar de a reclamante assegurar que os constrangimentos sofridos resultaram-lhe em um quadro de depressão, a 16ª Vara de Curitiba/PR decidiu que não houve a intenção de afastá-la de suas atividades. Além do mais, a testemunha ouvida afirmou que o superior tratava a todos da

13 BRASIL, TRT-9, ROnº 28247-2007.028.09.00.1 da 19ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica S.A. (responsabilidade subsidiária), Metropolitana Vigilância Comercial e Industrial S.A. e Distribuidora de medicamentos Santa Cruz Ltda., Rel. Des. Edmilson Antonio de Lima, 1ª Turma, publicado em 27/02/2009. Acesso em: agosto/2019.

14 BRASIL, TRT-9, RO nº 00657-2007.892.09.00-6 da 2ª Vara de São José dos Pinhais/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica S.A., Rel. Des. Altino Pedrozo dos Santos, 3ª Turma, publicado em 21/09/2011. Acesso em: agosto/2019.

equipe da mesma forma grosseira¹⁵.

Deste modo, os casos mais recorrentes tratavam-se de gestão por injúria, condutas isoladas, desentendimentos, bem como o mero exercício do poder diretivo, ausente o elemento principal para a caracterização do assédio moral: a habitualidade.

4.2.2 Jurisprudência após o primeiro Código de Conduta – 2010 a 2016

A pesquisa, neste intervalo de tempo, encontrou 136 acórdãos envolvendo a empresa, dos quais, vinte buscavam o reconhecimento judicial da hipótese de assédio moral.

Em análise dos casos levados à 1^a¹⁶ e 2^a¹⁷ Turmas, em que foram alegadas cobranças excessivas de metas, entendeu-se que a prova testemunhal não foi convincente.

No primeiro não foi possível comprovar o constrangimento pela exposição sofrida, uma vez que os feedbacks do

15 BRASIL, TRT-9, RO nº 33830-2007.016.09.00.4 da 16ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A., Rel. Des. Dirceu Pinto Junior, publicado em 17/02/2009. Acesso em: agosto/2019.

16 BRASIL, TRT-9, RO nº 0010161-97.2016.5.09.0013 da 13ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. e DBM Call Center Ltda., Rel. Des. Neide Alves dos Santos, publicado em 05/09/2019. Acesso em: setembro/2019.

17 BRASIL, TRT-9, RO nº 0000016-53.2015.5.09.0130 da 5ª Vara de São José dos Pinhais/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica Ltda. e Keeper Trabalho Temporário Ltda. – EPP, Rel. Des. Ana Carolina Zaina, publicado em 09/08/2016. Acesso em: setembro/2019.

empregador eram feitos na presença de todos. O segundo se tratava de limitação de idas ao banheiro e cobrança de metas. As Turmas entenderam que ambos os casos tratavam-se do exercício regular do poder diretivo do empregador.

Ainda, em julgado da 2ª Turma do TRT-PR¹⁸, apesar de caracterizados diversos elementos do assédio moral, não foi reconhecido, porque a trabalhadora possuía um relacionamento afetivo com seu superior, e passou a sofrer tais violências somente após o término da relação, entendendo-se tratar de ato unilateral.

Em julgado da 6ª Turma¹⁹, em que a reclamante afirmou que os trabalhadores eram vigiados por meio de câmeras, entendeu-se que é necessária a comprovação de abalo psíquico grave, não demonstrado no caso em tela.

O assédio alegado em recurso levado à 2ª Turma²⁰ seria o tipo horizontal, já que a reclamação foi de que os colegas de trabalho na mesma posição hierárquica faziam piadas e a humilhavam em relação ao seu corpo e doenças que a acometiam. Contudo, as narrativas se contradiziam, decidindo-se

18 BRASIL, TRT-9, RO nº 0000333-69.2014.5.09.0006 da 6ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica Ltda., Keeper Trabalho Temporário Ltda, Rel. Juíza Convocada Odete Grasseli, publicado em 10/09/2015. Acesso em: setembro 2019.

19 BRASIL, TRT-9, RO nº 0001669-70.2014.5.0.0245 da Vara de Pinhais/PR, Reclamada O Boticário Franchising S.A. e Marcia Westphal Peruzzo, Rel. Des. Francisco Roberto Ermel, publicado em 16/12/2015. Acesso em: novembro/2019.

20 BRASIL, TRT-9, RO nº 0001874-64.2015.5.09.0892 da 2ª Vara de São José dos Pinhais/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica Ltda., Rel. Des. Ana Carolina Zaina, publicado em 25/09/2018. Acesso em: setembro/2019.

pela inexistência do assédio moral.

Além dos casos demonstrados, muitos outros foram levados ao Tribunal, entretanto, a maioria não foi reconhecida em razão da dificuldade comprobatória ou a confusão do tipo de violência sofrida.

Acredita-se que muitos dos casos de assédio moral advêm de condutas discriminatórias, situação demonstrada em caso levado à 1ª Vara do Trabalho de Curitiba. A reclamante foi admitida para preencher vaga destinada a pessoas com deficiência, todavia, por meses foi submetida a treinamentos e ao fim, recebeu tarefas fictícias, como encaminhar e-mails que, mais tarde, descobriu que nunca chegaram ao destinatário informado; ademais, recebia tarefas incompatíveis com sua deficiência ou não recebia tarefa nenhuma, razão pela qual entendeu-se haver tratamento perverso²¹.

Além disso, no ano de 2011, outra vítima que teve seu caso levado à 3ª Turma, afirmou que era exposta em meio aos colegas de trabalho pelo superior hierárquico e, apesar de relatado o fato ao Canal de Ouvidoria, nada foi feito por parte da empresa. O Colegiado entendeu caracterizado o assédio moral, sem a necessidade de comprovação do sofrimento, já que demonstrados o dano e o nexa causal.²²

21 BRASIL, TRT-9, RO nº 0011755-85.2016.5.09.0001 da 1ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. e O Boticário Franchising S.A., Rel.Des. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, publicado em 10/07/2018. Acesso em: outubro/2019.

22 BRASIL, TRT-9, RO nº 0001695-88.2015.5.09.0130 da 5ª Vara de São José dos Pinhais, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica Ltda, Rel. Des. Arion Mazurkevic, publicado em 13/06/2018. Acesso em: dezembro/2019.

É possível notar o crescimento, a partir de 2009, dos processos levados ao TRT-PR, sob a alegação de assédio moral em relação ao período anterior. Percebe-se, entretanto, dificuldade comprobatória por parte dos reclamantes, uma vez que se trata de uma violência subjetiva, isto é, a visão e o sentimento da vítima em relação ao ocorrido, sem provas palpáveis, na maior parte dos casos.

Todavia, também é possível notar que neste intervalo de tempo, além dos casos de assédio moral, houve um aumento de situações em geral envolvendo o Grupo.

4.2.3 Jurisprudência após alteração do Código de Conduta – 2016 a 2019

Neste último período analisado, de 162 acórdãos envolvendo o Grupo Boticário, foram encontrados apenas 2 envolvendo reclamações sobre o assédio moral.

Em contrato vigente na atualização do Código, a autora recebeu acusações de desvio de produtos, sua coordenadora divulgou a informação de modo que a empregada passou a ser perseguida dentro e fora da empresa. O fato atingiu sua honra e dignidade, razão pela qual a 2ª Turma²³ entendeu caracterizado o assédio moral.

No acórdão seguinte, o autor alegou que era maltratado e insultado por seus colegas de trabalho em razão de sua

23 BRASIL, TRT-9, RO nº 0000166-12.2019.5.09.0965 da 3ª Vara de São José dos Pinhais/PR, Reclamada Maranatha Perfumaria e Cosméticos Naturais Ltda. – EPP, Rel. Des. Ana Carolina Zaina, publicado em 15/10/2019. Acesso em: dezembro/2019.

orientação sexual e que, além disso, foi dispensado pelo mesmo motivo, sendo, portanto, discriminado. Garantiu que mesmo comunicando os fatos aos superiores hierárquicos, não foi tomada nenhuma providência. Contudo, a superiora hierárquica fundamentou a dispensa em comportamentos inadequados por parte do autor e que não teve conhecimento do assédio ocorrido. A 6ª Turma do TRT-PR²⁴ entendeu legítimo o rompimento do contrato pelo empregador, como regular exercício de seu poder de direção, não comprovada a ciência dos superiores hierárquicos sobre o ocorrido. Além do mais, compreendeu-se que não restou comprovado o requisito para reconhecimento do assédio moral: a conduta reiterada.

Nota-se, deste modo, uma diminuição de casos após a alteração do Código de Conduta, dada a dificuldade em localizá-los, apesar do crescente número de acórdãos envolvendo o grupo por discussões acerca de outros temas. Por outro lado, é possível concluir que, de todos os casos analisados, anteriores e posteriores ao Código, em sua maioria tratam-se de assédio moral em sua modalidade vertical descendente, ou seja, praticados pelos superiores hierárquicos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se observar, durante o desenvolvimento dessa pesquisa, que, o assédio moral ocorre, majoritariamente, na

24 BRASIL, TRT-9, RO nº 0010404-47.2016.5.09.0011 da 11ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, Reclamada O Boticario Franchising S/A, Rel. Paulo Ricardo Pazzolo, publicado em 18/12/2017. Acesso em: dezembro/2019.

hipótese vertical descendente, ou seja, do superior hierárquico para com seu subordinado. Apenas dois casos foram da forma horizontal.

Ainda, é possível concluir que houve certa oscilação dos julgados acerca, por exemplo, da necessidade da comprovação do dano psíquico por parte da vítima, o que, de qualquer forma, se atribui à evolução do conceito, por meio da doutrina e jurisprudência.

Também se observou que em muitos casos, confundiram outras formas de violência com assédio moral, principalmente por falta de um de suas características mais importantes que é a continuidade da violência.

Em relação à efetividade do *compliance*, percebeu uma importante falha na sua utilização, relativa ao funcionamento do Canal de Ouvidoria, pois se percebeu dos julgados, que quando levada a reclamação ao seu conhecimento, não se obtinham retornou ou o auxílio necessário. Essa constatação leva a uma crítica ao *compliance* quando se anuncia instrumento de combate ao assédio moral: criação de mecanismos meramente formais, sem poder de decisão, para efetivamente coibir as violências no ambiente de trabalho.

Note-se que essa falha, de alguma forma foi identificada no âmbito do Grupo Boticário, tanto é que na última modificação feita no Código de Conduta do Grupo Boticário, a responsabilidade inicial de receber os relatos foi dada aos superiores hierárquicos diretos, o que, de qualquer forma, representou medida incoerente, visto que as condutas reconhecidas como assédio moral advém, majoritariamente, dos próprios superiores.

Apesar da impossibilidade de conclusão acerca da

real diminuição do assédio moral com a implantação do sistema de *Compliance* no Grupo Boticário, é notável a diminuição dos casos encontrados em cada período, levando em consideração a proporção de acórdãos sobre temas gerais dos contratos trabalhistas.

Todavia, a efetividade vem da explicação acerca do tema, isto é, uma vez que o Código de Conduta expõe sua versão do que é considerado assédio, de forma clara e simples, as pessoas a que são impostas as regras, como os trabalhadores de dentro da empresa, colaboradores, acionistas, empresas parceiras e prestadoras de serviços, passam a ter conhecimento e condições de avaliar as situações a que estão expostas.

Em relação aos empregadores, os sistemas de *compliance* trazem extrema relevância, pois a partir deles é possível analisar e gerir os riscos inerentes à sua atividade, políticas de consequência e até mesmo benefícios à empresa que o aplica. Nestes casos, há menor responsabilização, vez que entende-se o empenho da empresa em reduzir práticas ilícitas. Ainda, beneficiam o trabalhador, que é protegido por uma norma interna específica à atividade que realiza, além das leis gerais que asseguram seus direitos fundamentais.

Há muitas dificuldades a serem enfrentadas, como a falta de efetividade das Ouvidorias e a dificuldade de comprovar as condutas de assédio moral, todavia, a correta aplicação do sistema de *compliance* e seu Código de Conduta têm efeitos positivos na empresa analisada.

Há, contudo, um longo caminho a percorrer para que mecanismos internos de combate à violência no ambiente de trabalho sejam efetivos, o que depende, antes de tudo, do treinamento dos gestores.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Adriane Reis de. **Assédio moral organizacional**. Revista TST, Brasília, vol. 73, n. 2, abr/jun 2007.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. 2009. Dissertação (mestrado) **A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho**: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BarrosJA_1.pdf> Acesso em: 15 de jan. de 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BBC News. **América Latina é região que mais rejeita “bullying” no trabalho**. jul.2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/07/130702_bullying_trabalho_pesquisa_jp> Acesso em: 07 de jul. de 2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0000016-53.2015.5.09.0130 da 5ª Vara de São José dos Pinhais/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica Ltda. e Keeper Trabalho Temporário Ltda. – EPP, Rel. Des. Ana Carolina Zaina, publicado em 09/08/2016. Acesso em: setembro/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0000166-12.2019.5.09.0965 da 3ª Vara de São José dos Pinhais/PR, Reclamada Maranatha Perfumaria e Cosméticos Naturais Ltda. – EPP, Rel. Des. Ana Carolina Zaina, publicado em 15/10/2019. Acesso em: dezembro/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0000333-69.2014.5.09.0006 da 6ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica Ltda., Keeper Trabalho Temporário Ltda, Rel. Juíza Convocada Odete Grasseli, publicado em 10/09/2015. Acesso em: setembro 2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0001669-70.2014.5.0.0245 da Vara de Pinhais/PR, Reclamada O Boticário Franchising S.A. e Marcia Westphal Peruzzo, Rel. Des. Francisco Roberto Ermel, publicado em 16/12/2015. Acesso em: novembro/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0001695-88.2015.5.09.0130 da 5ª Vara de São José dos Pinhais, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica Ltda, Rel. Des. Arion Mazurkevic, publicado em 13/06/2018. Acesso em: dezembro/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0001874-64.2015.5.09.0892 da 2ª Vara de São José dos Pinhais/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica Ltda., Rel. Des. Ana Carolina Zaina, publicado em 25/09/2018. Acesso em: setembro/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0010161-97.2016.5.09.0013 da 13ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. e DBM Call Center Ltda., Rel. Des. Neide Alves dos Santos, publicado em 05/09/2019. Acesso em: setembro/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0011755-85.2016.5.09.0001 da 1ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A. e O Boticário Franchising S.A., Rel.Des. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, publicado em 10/07/2018. Acesso em: outubro/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 00657-2007.892.09.00-6 da 2ª Vara de São José dos Pinhais/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica S.A., Rel. Des. Altino Pedrozo dos Santos, 3ª Turma, publicado em 21/09/2011. Acesso em: agosto/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 33830-2007.016.09.00.4 da 16ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Cálamo Distribuidora de Produtos de Beleza S.A., Rel. Des. Dirceu Pinto Junior, publicado em 17/02/2009. Acesso em: agosto/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 3621900-60.2009.5.09.0029 da 20ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Interbelle Comércio de Produtos de Beleza Ltda., Botica Comercial Farmacêutica S.A., Gelre Trabalho Temporário S.A., Rel. Des. Ney Fernando Olivé Malhadas, 5ª Turma, publicado em 16/05/2013.

BRASIL, TRT-9,RO nº 28247-2007.028.09.00.1 da 19ª Vara de Curitiba/PR, Reclamada Botica Comercial Farmacêutica S.A. (responsabilidade subsidiária), Metropolitana Vigilância Comercial e Industrial S.A. e Distribuidora de medicamentos Santa Cruz Ltda., Rel. Des. Edmilson Antonio de Lima, 1ª Turma, publicado em 27/02/2009. Acesso em: agosto/2019.

BRASIL, TRT-9, RO nº 0010404-47.2016.5.09.0011 da 11ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, Reclamada O Boticario Franchising S/A, Rel. Paulo Ricardo Pazzolo, publicado em 18/12/2017. Acesso em: dezembro/2019.

CGU.GOV. **Convenção da OEA**. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacaointernacional/convencao-da-oea>> Acesso em: 06 de nov. de 2019.

CHIESSE, Daniel Roxo de Paula, BÔAS, Regina Vera Villas. **Assédio Moral, Discriminação e Reparação Jurídica dos Danos: Violência à Dignidade da Condição Humana**. Revista Jurídica Direito e Paz, Lorena/SP, ano 15, n. 28, 2013.

Código de Conduta Grupo Boticário, 2009. Disponível em: <<https://www.boticarioprev.com.br/documentos/CodigoConduta.pdf>> Acesso em: 10 de out. de 2019.

Código de Conduta Grupo Boticário, 2016. Disponível em: <https://www.boticarioprev.com.br/documentos/Codigo_de_Conduta_do_Grupo_2017.pdf> Acesso em: 10 de out. de 2019.

CSTV Entrevista. Del. Felipe Hayashi, Diretor do Departamento de Justiça do Paraná. 29/10/2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XnZg5x7jx6M>> Acesso em: 31 de out. de 2019.

DE PAULO, Wanderlei de Lima et al. **Riscos e controles internos: uma metodologia de mensuração dos níveis de controle de riscos empresariais**. Revista Contabilidade e Finanças, São Paulo, vol.18, nº43, jan./abr. 2007.

Exame. **Boticário atira para todos os lados e acerta crescimento**, 1.dez.2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/boticario-atira-para-todos-os-lados-e-acertacrescimento/>> Acesso em: 11 de nov. de 2019.

FAZENDA.GOV. **Atuação Internacional em PDL/FT**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-alavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo>> Acesso em: 03 de nov. de 2019.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. 1.ed. Campinas/SP: Russel, 2004.

FORIGO, Camila Rodrigues. **A figura do Compliance officer no direito brasileiro**: funções e responsabilização penal. 1.ed. Multifoco: Rio de Janeiro, 2017.

FREIRE, Débora Ribeiro de Sá. **Compliance**: Will Accuracies the Liability Administrator? Disponível em: <https://www.academia.edu/19819682/Hist%C3%B3rico_da_Compliance> Acesso em: 03 de nov. de 2019.

Grupo Boticário. **Nossa História**. Disponível em: <http://nos-sahistoria.grupoboticario.com.br/pt-br/Paginas/interna_deca-das.aspx?ano=1970s> Acesso em: 11 de nov. 2019.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

HELOANI, José Roberto Montes. **Assédio moral**: Um ensaio sobre a expropriação da dignidade no trabalho. RAE-eletrônica, São Paulo, vol.3, nº1, art.10, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v3n1/v3n1a12.pdf>> Acesso em: 09 de jul. de 2019.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho**: redefinindo o assédio moral. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

LOUZADA, Paula. **Gerenciar projetos**: Como Pareto pode te auxiliar? 07 de ago. de 2017. Disponível em: <<https://www.fm2s.com.br/gerenciar-projetos-utilizando-pareto/>> Acesso em: 26 de fev. de 2020.

MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance Anticorrupção**: importância de elementos essenciais. Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MAGANO, Octávio Bueno. **Do poder diretivo na empresa**. 1 ed. Saraiva: 1982.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio Moral**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, n.13. 2007.

MONTEIRO, Cristina Lima. **A atuação do Compliance na redução dos casos de assédio moral no ambiente de trabalho.** jun.2019. Site Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI303882,11049A+atuacao+do+compliance+na+reducao+dos+casos+de+assedio+moral+no>> Acesso em: 09 de jul. de 2019.

NASCIMENTO, Sonia A. C. Mascaro. **Assédio moral no ambiente de trabalho.** jul.2004. Site JusBrasil. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5433/o-assedio-moral-noambiente-do-trabalho>> Acesso em: 09 de jul. de 2019.

NAVARRO, Francisco González. **Acoso psíquico em eltrabajo** (El alma, bien jurídico a proteger). 1.ed. Madrid: Civitas, 2002.

PARODI, Lorenzo. **Fraudes Contábeis e Internas:** Introdução à Lei Sarbanes-Oxley (SOx). 2017. FRAUDES.ORG. Disponível em: <<http://www.fraudes.org/showpage1.asp?pg=312>> Acesso em: 04 de nov. de 2019.

Portaria CGU 909/2015. Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/legislacao/arquivos/portarias/portaria_cgu_909_2015.pdf> Acesso em: 14 de out. de 2019.

RBA – Rede Brasil Atual. **Dieese:** reforma trabalhista é retrocesso da proteção social. Maio.2017. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2017/05/dieesereforma-trabalhista-e-retrocesso-da-protecao-social/>> Acesso em: 05 de abr. de 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, DINIZ, Patricia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas.** Revista de Informação Legislativa, ano 52, n. 205, jan.mar./2015.

SEBRAE. **Lojas da rede O Boticário começam a seguir código de conduta,** 12.mar.2011. Disponível em:<<http://sebraemg-comvoce.com.br/lojas-da-rede-o-boticario-comecam-a-seguir-codigo-de-conduta/>> Acesso em: 11 de nov. de 2019.

SFALSIN, Eliana. **Compliance**: História e Importância, 2018. Administradores. Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/compliance-historia-e-importancia>> Acesso em: 16 de ago. de 2019.

SILVA, Leda Maria Messias da. **O Assédio Moral no ambiente de trabalho**: estudo comparado entre o Brasil e Portugal. Revista Eletrônica. Ago. 2013.

XXXVII Encontro da ANPAD, 2013, Rio de Janeiro, 7 a 11 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_EPQ1900.pdf> Acesso em: 03 de nov. de 2019.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

**LEI DE ABUSO DE
AUTORIDADE – NOVA
LEI 13.869/2019.
UMA ANÁLISE QUE VAI ALEM
DA ESFERA PENAL – ANÁLISE
DA RESPONSABILIDADE
ADMINISTRATIVA**

JOYGLER LUIZ PEREIRA MAKIYAMA¹

CESAR AUGUSTO SCHERER SARDETO²

Resumo: O presente artigo tem por finalidade geral analisar os principais aspectos da lei 13.869/2019, também amplamente conhecida como a nova lei do abuso de autoridade, o qual estabelece a responsabilidade dos agentes políticos e autoridades

-
- 1 Bacharel em Direito pela PUC-PR, advogado atuante no Direito Administrativo, Presidente da COFEPRO da OAB Subseção Colombo.
 - 2 Bacharel em Direito pela Universidade Positivo, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Bacellar, advogado atuante no Direito Administrativo, Assessor jurídico Comissionado da Presidência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, lotado na 4a. inspetoria de controle externo, de 2016 a 2019.

que eventualmente cometem o abuso de autoridade, prevenindo a responsabilização penal e administrativa dos mesmos. O Artigo tem como pretensão abordar a esfera prática de algum nível do funcionalismo público, seja em Esfera Federal, Estadual ou Municipal, ao passo que a escolha de uma categoria de profissionais que estão aptos ou sujeitos a sofrer abuso de autoridade, nas mais diversas expressões que possa se manifestar, seja elevado a essa análise, como forma de abordagem prática, sempre vinculada com a pretensão teórica da questão. Portanto essa escolha ainda pende de apreciação e deliberação de seus membros, (Joygler e César), eis que algumas ideias já foram levantadas, e pendem de novos estudos. Tudo será resumido em termo e delineado nos prazos estipulados pelo Regimento da CAI e seus anexos e deliberações da Presidente, Ilustre Dra. Katiely.

Palavras Chaves: lei de abuso de autoridade, responsabilização administrativa, poder disciplinar

1. INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DE UM PANORAMA GERAL DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI Nº 13.869/2019)

Inicialmente cabe considerar o cenário político vivido no Brasil nos últimos anos, período este recheado de aspectos históricos, principalmente, no que refere ao combate do Estado aos crimes de corrupção, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro.

Escândalos políticos iniciaram uma onda de processos criminais, desde o Governo de Luiz Inácio Lula da Silva, onde estourou a conhecida investigação “mensalão”, até o início da

Operação Lava Jato que data do ano de 2014 e está presente até os dias de hoje.

A Operação Lava Jato tornou réu inúmeros empresários, políticos e doleiros, dentre eles autoridades famosas e influentes em Brasília (alto escalão político nacional), em esquemas criminais altamente complexos que se revelaram existir há anos em nosso País.

Por envolver autoridades poderosas e com alto poder de influência, se iniciou um combate judicial que, por muitas vezes, gerou ondas de críticas pelos métodos utilizados pelos Procuradores do Ministério Público Federal, Juízes Federais, Desembargadores Federais e até mesmo Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Surfando nesta onda de críticas, se iniciou um movimento político no sentido de coibir práticas tidas como abusivas e que supostamente violam os direitos previstos em nossa Constituição Federal.

Neste sentido o professor Vladimir Passos de Freitas³ (Desembargador Aposentado do Tribunal Regional Federal da 4^a Região e Professor da PUC-PR):

“(…) A polêmica Lei 13.869, com certeza, é fruto do inconformismo de parlamentares com determinadas iniciativas de agentes do Ministério Público e decisões judiciais, bem como com ações policiais. Em um país que adotou, a partir da Constituição de 1988, a judicialização como regra, fazendo

3 <https://www.conjur.com.br/2019-set-29/segunda-leitura-lei-abuso-autoridade-aprovada-clima-tensao>. Acessado em 22/09/2020.

com que o Judiciário assumisse um protagonismo nunca visto na história do Brasil, com um número aproximado de 27 mil magistrados e agentes do Ministério Público em exercício, não é de admirar que surjam problemas.

Na verdade, ninguém tem e provavelmente jamais alguém terá, uma radiografia completa de tudo o que sucede, nas milhares de Varas Judiciais espalhadas existentes. O gigantismo do nosso território não permite esta espécie de controle. Assim, os desgostos ficam por conta da experiência de um na comarca X ou de outro na Vara Federal ou do Trabalho Y ou Z, desgostos estes que, relatados por alguém que se diz vítima de um abuso de autoridade, podem ou não ser verdadeiros. (...)”

Foi neste cenário que em 10/05/2017, o Senador Randolfe Rodrigues apresentou o Projeto de Lei (PL) nº 7596/2017, que buscava dispor sobre os crimes de abuso de autoridade e alterava as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994⁴.

O projeto de lei tramitou perante o Congresso Nacional e enfim foi aprovado com vetos parciais, se tornando então a conhecida “Nova Lei de Abuso de Autoridade” (Lei nº 13.869/2019⁵), objeto do presente artigo.

4 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>. Acessado em 22/09/2020.

5 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acessado em 22/09/2020.

2. A INDEPENDÊNCIA DA PUNIÇÃO PENAL DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

Com a leitura da Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de autoridade), possível se verificar que o legislador focou muito mais no aspecto criminal, prevendo tipos penais e autoridades que podem ser responsabilizadas (sujeito ativo penal) e eventualmente estarem no papel de réu numa ação penal.

Muito embora o foco seja o direito penal, quis o legislador assegurar a independência da responsabilidade penal e administrativa daquela autoridade presente na Lei nº 13.869/2019.

Assegurar tal questão em lei é dar força ao princípio da independência entre instâncias que há tanto tempo já está predominante em nosso ordenamento jurídico, cujo princípio norteia a ideia de que um mesmo sujeito pode ser responsabilizado em esferas diferentes pelo mesmo fato, sem que haja a ocorrência do *bis in idem*, que oportunamente venha a gerar nulidade.

Não menos importante, frisa-se que o princípio em questão é fruto daquele maior, previsto na Constituição Federal e conhecido por “princípio da separação de poderes”.

A luz da Constituição Federal:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁶

6 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 25/09/2020.

Há doutrinadores que afirmam que o princípio da separação de poderes, cuja origem se dá à época da Revolução Francesa, surgiu juntamente com o próprio Direito Administrativo, motivo pelo qual, não há como falar de tal princípio sem que se aborde o Direito Administrativo ou vice-versa. Nas palavras da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“(…) Na realidade, pode-se afirmar que, qualquer que tenha sido o intuito inicial da criação do Direito Administrativo, o fato é que, sob o ponto de vista jurídico, ele nasceu junto com o constitucionalismo e com o Estado de Direito, não tendo como furtar-se à influência dos ideais filosóficos que inspiraram a Revolução Francesa (representados especialmente pelas figuras de Rousseau e de Montesquieu) e deram nascimento aos princípios da separação de poderes, da isonomia, da legalidade e do controle judicial. (...)”⁷

Pois então quis o legislador federal, editar lei cujo alicerce principal é o direito criminal, mas também proteger o princípio constitucional da Separação de Poderes, como podemos verificar com a leitura do art. 6º e 7º da Lei nº 13.869/2019⁸:

“Art. 6º As penas previstas nesta Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza

7 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição On-line, fls. 1373 – 1374.

8 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acessado em 25/09/2020.

civil ou administrativa cabíveis.

Parágrafo único. As notícias de crimes previstos nesta Lei que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração.

Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.”

Ainda que a independência de responsabilização entre as esferas penal e administrativa seja amplamente conhecida, o legislador tratou de prever 02 (duas) hipóteses em que a esfera penal irá acarretar efeitos no âmbito cível e administrativo.

Tais hipóteses estão previstas no art. 8º da Lei nº 13.869/2019:

“Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

Deste modo, tal comunicação entre esferas penais e administrativas ocorrerão quando uma sentença penal absolver a autoridade, reconhecendo a inexistência de fato ou autoria, bem como, estar evidenciado a existência de fatos que causem a exclusão da ilicitude (art. 23 e 24 do Código Penal⁹).

9 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acessado em 25/09/2020.

Vale relembrar as hipóteses de exclusão de ilicitude:

“Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. “

De outro lado, cabe salientar que nos casos chamados de *excesso punível* previsto no parágrafo único do art. 23 do Código Penal, poderá a autoridade ser responsabilizada criminalmente e, **também, administrativamente**.

Assim como a absolvição da autoridade no âmbito criminal por ausência de fato ou autoria repercute em outras instancias, a condenação criminal confirmando autoria e fato também, por obvio, também deverá repercutir no âmbito administrativo, não cabendo rediscussão de tal mérito no âmbito cível e administrativo, justificando o que se prevê no art. 7º da Lei nº 13.869/2019, colacionado alhures.

Ainda neste tema, a Doutrinadora Maria Sylvia Zanella, traz a análise de dois aspectos importantíssimos a serem considerados quando da busca da responsabilidade administrativa do agente, vejamos:

“(…) Quando se analisa o tema, bastante complexo, da repercussão da decisão proferida pelo juiz criminal sobre a órbita administrativa, devem-se separar duas hipóteses profundamente diversas:

1. uma em que a infração praticada pelo funcionário é, ao mesmo tempo, definida em lei como ilícito penal e ilícito administrativo;
2. a outra em que a infração praticada constitui

apenas ilícito penal.
 Na primeira hipótese, instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal, prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa. (...)”¹⁰

Desta forma, podemos observar que a autoridade prevista na Lei nº 13.869/2019, somente será responsabilizada no âmbito administrativo, desde que o ato tido como ilícito penal, também seja um ilícito administrativo, previsto em leis, estatutos ou regulamentos aplicáveis ao mesmo.

Ainda, na primeira hipótese apontada por Maria Sylvania Zanella, a mesma chama atenção para a chamada falta residual, vejamos:

“Totalmente diversa é a situação se o funcionário público for processado na esfera penal por fato que constitui crime mas não corresponde a ilícito administrativo. Nesse caso, quer-nos parecer que a decisão absolutória proferida pelo juiz criminal, **qualquer que seja a fundamentação da sentença**, repercute sobre a esfera administrativa, porque, nessa matéria, a competência é exclusiva do Judiciário; o funcionário só pode ser punido pela Administração se, além daquele fato pelo qual foi

10 Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvania Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição On-line, fls. 1373 – 1374.

absolvido, houver alguma outra irregularidade que constitua infração administrativa, ou seja, a chamada **falta residual** a que se refere a Súmula nº 18 do STF, *in verbis*: “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. Não havendo falta residual, a absolvição na esfera criminal tem que ser reconhecida na órbita administrativa. Nesse sentido é o pensamento de José Armando da Costa (1987:237), quando afirma: “sem embargo, acentue-se que toda sentença penal absolutória repercute na instância disciplinar quando a falta funcional, em sua definição legal, se escudar exata e precisamente num tipo penal. Nesses casos, o decisório criminal definitivo, qualquer que seja o seu fundamento, constituirá *res judicata* no âmbito disciplinar”¹¹

Em síntese, na segunda hipótese - fato considerado crime, mas não irregularidade administrativa -, somente haverá responsabilidade administrativa da autoridade caso se avalie que dentro dos fatos que imputaram a responsabilidade penal, persista outro ilícito administrativo, o qual o Supremo Tribunal Federal se refere como “falta residual”.

Chama-se a atenção para o fato de que o princípio de independência entre instâncias possibilita a tramitação de processo criminal e processo administrativo disciplinar ao mesmo tempo, não sendo necessário a Administração Pública aguardar o desfecho do Poder Judiciário para aplicar eventual sanção, vez que detém de meios próprios para averiguar a

11 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição On-line, fls. 1376 – 1377.

existência de fato e autoria do ilícito administrativo (sindicância e/ou processo administrativo disciplinar).

Este é o entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E CRIMINAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O atual entendimento jurisprudencial desta Corte é o de que “o reconhecimento de transgressão disciplinar e a aplicação da punição respectiva não dependem do julgamento no âmbito criminal, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos, pois as instâncias penal, civil e administrativa guardam independência e autonomia entre si” (MS 19.779/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 18/12/2017). 2. Este também é o entendimento da Suprema Corte, firmado no sentido “da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos” (RMS 28.919 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 12/02/2015). 3. Como se afirmou na decisão agravada, o acórdão recorrido, porque alinhado ao entendimento das Cortes Superiores,

não merece reforma. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no RMS: 53362 MT 2017/0035457-6, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 10/04/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2018)¹²

Observa-se que a Administração Pública possui prazos de prescrição autônoma para aplicação de sanção administrativa, de modo que aguardar o Poder Judiciário aplicar pena a autoridade e somente após iniciar sindicância ou processo administrativo disciplinar, em alguns casos poderá estar prescrita a pretensão punitiva administrativa.

Cabe apontar que, especificamente no nosso caso, quando a Lei nº 13.869/2019 prevê um fato como crime e este fato também se faz um ilícito administrativo, para fins de prescrição, a Jurisprudência tem aplicado o mesmo prazo prescricional criminal para o âmbito administrativo.

Tal entendimento já está expresso no Estatuto dos Servidores da União (Lei nº 8.112/1990):

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

(...)

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.”¹³

12 <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574633301/agravo-interno-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agint-no-rms-53362-mt-2017-0035457-6>. Acessado em 25/09/2020.

13 <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8112-11-de-zembro-1990-322161-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em 25/09/2020.

A propósito disso, a jurisprudência tem sido no seguinte sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA N.º 23/2010 DO MINISTRO DE ESTADO CHEFE DO GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEMISSÃO DO IMPETRANTE DOS QUADROS DA ABIN. PRÁTICA DA INFRAÇÃO DO ART. 117, XI, DA LEI 8.112/90. ATUAÇÃO COMO PROCURADOR EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS NA DEFESA DE INTERESSE DE TERCEIROS. OCORRÊNCIA. PENA DE DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE AFASTADA. PREVISÃO LEGAL. ART. 132, XIII, DA LEI 8.112/90. AUSÊNCIA DE PUNIÇÃO PELO CRIME DE ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. DESCARACTERIZAÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. (...) 7. A ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. 7.1. Nesse ponto, o impetrante defende que, como a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90 também configura o crime de advocacia administrativa, previsto no art. 321 do Código Penal, a prescrição não se dá em cinco anos, mas em dois, nos termos do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, verbis: “Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão. § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”. Assim, como o crime de advocacia administrativa tem prazo prescricional de dois anos, defende que este deve ser o prazo aplicável à espécie, por tratar-se de infração disciplinar que também configura um crime. 7.2. A tese não prospera por quatro motivos: (a) o impetrante não foi punido

pelo crime de advocacia administrativa, expressamente afastado pelo parecer da Comissão Processante, que gerou a Portaria n.º 23/2010, ora impugnada. Assim, não tendo sido imputada ao impetrante a prática de qualquer crime, mas apenas de uma infração disciplinar, não deve ser aplicado o art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, mas o inciso I, primeira parte, desse mesmo dispositivo, segundo o qual “a ação disciplinar prescreverá (...) em cinco anos, quanto às infrações puníveis com demissão”, que é o caso dos autos; (b) o crime de advocacia administrativa, previsto no art. 321 do CP, não se confunde, necessariamente, com a infração disciplinar prevista no art. 117, XI, da Lei 8.112/90. A infração disciplinar, para configurar-se, não exige que o agente patrocine interesse privado, nem que se valha da sua condição de funcionário público. Basta, para tanto, que atue como procurador ou intermediário junto a repartições públicas. Nesses termos, não havendo identidade, necessária, entre o crime de advocacia administrativa e a infração disciplinar do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, a exclusão em abstrato do ilícito penal impõe a adoção, para a infração administrativa, do prazo prescricional regulado na própria Lei 8.112/90; c) Para o Superior Tribunal de Justiça, o prazo de prescrição previsto na lei penal somente aplica-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, quando o próprio ato de demissão tipifique a conduta do agente como ilícito criminal. Igualmente, entende-se que a mera presença de indícios de prática de crime sem a devida apuração nem formulação de denúncia obsta a aplicação do art.142, § 2º, da Lei 8.112/90; e (d) mesmo que aplicável a regra do Código Penal, não estaria consumada a prescrição, pois, diferentemente do que defende o impetrante, o prazo regulado pelo Código Penal aplicável à espécie seria de quatro

anos, e não de dois anos. Com efeito, o art. 321 do Código Penal comina pena máxima em abstrato de 1 (um) ano para o crime de advocacia administrativa. Já o art. 109, V, do CP determina que a prescrição deve ser regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade prevista em abstrato, sendo de quatro anos o prazo quando “o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois”. (...) (MS 15.437/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2010, DJe 26/11/2010)”¹⁴

Deste modo, resta claro que a independência entre instâncias é efetivamente aplicada em nosso ordenamento jurídico, sendo que sua não aplicação na lei de abuso de autoridade poderia causar até mesmo uma inconstitucionalidade, já que tal princípio é fruto daquele conhecido por Princípio da Separação de Poderes, previsto na nossa Carta Magna.

3. ANÁLISE DE ABERTURA DE SINDICÂNCIAS, PROCESSOS DISCIPLINARES E EVENTUAIS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM FACE DE JUÍZES SOB O ASPECTO DAS LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS

Ao passo que verificamos que as autoridades previstas na Lei nº 13.869/2019, podem ser responsabilizadas no âmbito administrativo sem prejuízo da apuração criminal,

14 https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001128157. Acessado em 25/09/2020.

devemos fazer uma breve análise de sobre a aplicação de pena administrativa.

Neste ponto, os autores deste artigo optaram por fazer uma análise da Magistratura Estadual do Paraná que configura como autoridade capaz de figurar no polo ativo de um processo criminal fundamentado na Lei nº 13.869/2019.

Vejamos:

“Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a:
(...)
IV - membros do Poder Judiciário;”¹⁵

Quando passamos a analisar a Lei nº 13.869/2019, verificamos que grande parte dos tipos penais previstos é capaz de atingir principalmente a Magistratura, motivo pelo qual a opção de tratar especialmente quanto a tal autoridade.

Essa previsão legal de abuso, surge a partir do ambiente político e cenas da história recente quando tratamos de Operação Lava-Jato, fato tratado alhures, razão pela qual a referida lei é cercada de críticas, ainda mais quando analisamos os tipos penais e verificamos que tratam-se de dispositivos legais extremamente abertos (capazes de inúmeras

15 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acessado em 14/10/2020.

interpretações), que podem causar uma grande insegurança jurídica na atuação da Magistratura.

Ao entrar em vigência, não foi incomum ler que magistrados estavam negando pedidos de advogados para penhorar contas via sistema BACENJUD, por receio de, eventualmente, serem enquadrados na lei de abuso de autoridade (art. 36 da Lei nº 13.869/2019)

Muito embora a intenção principal não seja a análise de cada tipo penal previsto na Lei nº 13.869/2019, mas sim análise de aplicação de pena administrativa, aponta-se brevemente que a magistratura estadual pode ser imputada nos artigos 9, 10, 20, 25, 28, 30, 31, 32 e 36 de referida Lei.

No que se referente a processamento de magistrados no âmbito administrativo, as normativas são previstas no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, vide resolução 1/2010, publicada no E-DJ nº 430, de 15 de julho de 2010¹⁶.

Basicamente, quanto ao processamento administrativo disciplinar, inicialmente haverá uma investigação preliminar, onde havendo a verificação de irregularidade funcional, será instaurada a sindicância ou proposta direta de instauração de processo administrativo disciplinar.

“Art. 436. O Corregedor-Geral, no caso de Magistrados de primeiro grau, ou o Presidente, nos

16 <https://www.tjpr.jus.br/documents/13302/25121813/REGIMEN-TO+INTERNO9qO9EcUV.pdf/a46968b2-0363-a2a5-8285-9b-f6105d4157>. Acessado em 14/10/2020.

demais casos, quando tiver ciência de irregularidade, é obrigado a promover a apuração imediata dos fatos, observados os termos da Resolução nº 135, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça e deste Regimento Interno.

Parágrafo único. Se da apuração em qualquer procedimento ou processo administrativo resultar a verificação de falta ou infração atribuída a Magistrado, será determinada, pela autoridade competente, a instauração de sindicância ou proposta, diretamente, ao Tribunal, a instauração de processo administrativo disciplinar.”

Conforme art. 431 do referido regimento, aos magistrados estaduais é possível aplicar penas de advertência, censura, remoção compulsória, disponibilidade, aposentadoria compulsória e em último caso, a demissão, sendo previsto um processo administrativo disciplinar, onde o magistrado poderá apresentar defesa, a luz do princípio da ampla defesa e do contraditório, aplicável também aos processos disciplinares (não sendo este um fato questionável).

O Código de Ética da Magistratura prevê:

“Art. 20. Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

Art. 37. Ao magistrado é vedado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções.”

É neste aspecto que as leis aplicáveis, seja o código de ética, o regimento interno do Tribunal de Justiça do Paraná ou a Lei Complementar nº 35/1979, o magistrado estará sujeito à pena de advertência e em casos de reiteração ou procedimento incorreto, a pena será de censura. Quando a irregularidade for mais grave, na qual a advertência ou censura não seja suficiente, poderá o magistrado ser removido do seu local de trabalho e em não existindo vaga, poderá o mesmo ser posto em disponibilidade.

Vejamos o que prevê o regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“Art. 432. O Magistrado negligente no cumprimento dos deveres do cargo está sujeito à pena de advertência; na reiteração e nos casos de procedimento incorreto, a pena será de censura, se a infração não justificar punição mais grave.

Art. 433. O Magistrado de qualquer grau poderá ser removido compulsoriamente, por interesse público, do órgão em que atue para outro, quando incompatibilizado para o exercício funcional em qualquer órgão fracionário do Tribunal, na Vara ou na Comarca em que atue; não havendo vaga, ficará em disponibilidade até ser aproveitado na primeira que ocorrer.

Art. 434. O Magistrado será posto em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, ou, se não for vitalício, demitido por interesse público, quando a gravidade das faltas não justificar a aplicação de pena de censura ou remoção compulsória.”

É também neste sentido a Resolução nº 135/2011 do Conselho Nacional de Justiça:

“Art. 4º O magistrado negligente, no cumprimento dos deveres do cargo, está sujeito à pena de advertência. Na reiteração e nos casos de procedimento incorreto, a pena será de censura, caso a infração não justificar punição mais grave.”

Como a lei de abuso de autoridade prevê tipos penais que podem ser cometidos pela autoridade judiciária (magistrado), sob pena de ser denunciada criminalmente, a Lei Complementar nº 35/1979, nestes casos prevê:

“Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo:
I - em ação penal por crime comum ou **de responsabilidade;**”

Assim, temos uma lei aplicável a magistratura estadual, onde expressamente prevê que, havendo crime de responsabilidade (como é o caso das previsões da Lei nº 13869/2019), poderá o magistrado perder o cargo (demissão).

O *caput* do art. 26 foi alvo de veto, no entanto, com a leitura da mensagem do veto, somente foi vetado a expressão “*por sentença judiciária definitiva*”¹⁷.

A demissão no processo administrativo disciplinar é tido como pena grave, quis então, o próprio legislador, tratar transgressões de abuso de autoridade como fato grave, por consequência lógica.

17 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/antecedente_98/Vep-Lcp-35-79.pdf. Acessado em 14/10/2020.

Muito embora tal consideração acima, a previsão do art. 435 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná, abre margem para que juízes vitalícios possam ser aposentados compulsoriamente com proventos proporcionais em casos graves, a luz da interpretação da norma, podendo ser aplicado a casos de abuso de autoridade, tratamento diferente pode ser aplicado a juízes não vitalícios (art. 440 e seguintes).

Conforme o Jornalista Matheus Pichonelli, do UOL.

“(...) Os prognósticos permitem a conclusão. Dados do CNJ levantados pela Folha de S.Paulo mostram que, em 15 anos, apenas 104 magistrados foram punidos no país desde que o órgão foi instituído; deles, 66 foram punidos com a pena máxima de aposentadoria compulsória e salário proporcional ao tempo de serviço. (...)”¹⁸

É por conta de tais críticas que o fim da aposentadoria compulsória dos juízes é pauta de inúmeros Projetos de Lei e PEC, sendo que até a presente data, nada de efetivo foi aprovado no Congresso Nacional, havendo de um lado o conjunto de pessoas que acreditam que a pena administrativa de aposentadoria compulsória não é sansão e de outro lado, aqueles que acreditam que os juízes devem ser protegidos por conta de sua função.

Em consulta ao ementário do Conselho Nacional de Justiça, possível se verificar como tem sido o posicionamento

18 <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/08/29/afastamento-remunerado-o-que-o-caso-do-desembargador-diz-sobre-a-justica.htm>. Acessado em 14/10/2020.

dos membros quando falamos na Lei nº 13.869/2019:

“RECURSO ADMINISTRATIVO – CONSULTA – INTERPRETAÇÃO DE EXPRESSÕES CONTIDAS EM DISPOSITIVOS DA LEI Nº 13.869/2019. LEI QUE TIPIFICA CONDUTAS COMO INFRAÇÕES PENAIS. MATÉRIA ESTRANHA À COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Recurso administrativo contra decisão que não conheceu do pedido relacionado à interpretação de expressões contidas em dispositivos da Lei de Abuso de Autoridade.

2. Consiste em matéria eminentemente jurisdicional e, portanto, alheia à competência desse Conselho, fixar interpretação sobre expressões contidas em artigos de lei que tipifica condutas como infrações penais.

3. Recurso a que se nega provimento. (CNJ - RA – Recurso Administrativo em CONS - Consulta - 0007426-29.2019.2.00.0000

- Rel. LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM - 70ª Sessão Virtual - julgado em 31/07/2020)”¹⁹

Fato é que, por se tratar de tipos penais extremamente abertos, que causam certa insegurança na atuação dos magistrados, ainda não foi possível verificar efetivamente a responsabilização destas autoridades quando acabam por praticar ato previsto como crime na Lei nº 13.869/2019.

19 <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.htseam?jurisprudenciaIdJuris=51868&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acessado em 14/10/2020.

4. A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE É RESPEITADA, OU TEM FORÇA DE CONTRATO DE GAVETA?

Voltando em alguns aspectos iniciais da lei, para após entrar no tema deste tópico, com a medida, a nova legislação trouxe algumas práticas que se tornaram comum a ser passíveis de punição. Entre elas, decretar condução coercitiva de testemunhas ou investigados antes de intimação judicial e/ou realizar interceptação de comunicações telefônicas, informáticas e telemáticas ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial.

No contexto político e histórico acima retratado, podemos afirmar de certa forma, que a lei de abuso de autoridade, foi uma espécie de contra-ataque, da classe política, especialmente o substrato, núcleo prejudicado por “excessos” cometidos nas operações contra corrupção, demasiadamente necessárias e que de certa forma, reviveram a orgulhosa operação Italiana, *Mãos limpas*, que acabou por exterminar a época os mafiosos daquela nação Europeia.

Sem mais delongas, ao passo que tal artigo não se transforme em um texto opinativo, o que ocorre com a nova lei, é que boa parte das ações já eram considerada proibidas, mas de modo genérico e com punição mais branda. Além disso, a legislação anterior, existente desde 1965, visava, exclusivamente, o poder Executivo. Agora, membros do Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, de Tribunais ou Conselhos de contas também podem ser alvos de penalidades, sendo efetivamente assertiva a lei neste ponto, pois a lei, ou mesmo o rigor da lei é para todos.

A lei prevê medidas administrativas (perda ou afastamento do cargo), cíveis (indenização) e penais (detenção, prestação de serviços ou penas restritivas de direitos). As penas podem chegar até 4 anos de reclusão.

Após a breve digressão, entra-se no tópico em questão, tendo a noção técnica, em que todo poder carece de justificação e de controle. Nenhum exercício de poder deve extrapolar os limites legais. O abuso de autoridade, nesse sentido, constitui útil e motivado controle da atividade estatal, em proteção ao cidadão e as instituições.

Ademais, da questão acima levantada, sobre um viés eminentemente teórico, é importante que enquadremos a lei no contexto vivenciado, o aspecto prático de aplicação de lei deve ser levado em consideração, pois é dele que se observa o dia-a-dia da aplicação jurisdicional do novo diploma.

É fato notório que a lei representa uma evolução no controle de arbitrariedades, que deve ser celebrado no meio jurídico, ainda mais pela classe dos advogados que luta, incessantemente, pela boa aplicação das normativas em vigência.

Porém, não podemos perder de vista, que o abuso de autoridade, em muitas vezes, é praticado igualmente por Magistrados deste Brasil a fora, de forma sutil, para esconder igualmente outros ilícitos.

Ainda, quando revelados tais atos e comprovados, os Órgãos de 2º Grau, competentes para responsabilização e aplicação de sanções administrativas, eis que possuem o poder coercitivo e disciplinador, acabam por maquiar e aliviar as investigações, face o corporativismo exacerbado entre seus próprios pares, sendo que deveriam denotar exemplo na aplicação, quando a justiça os ampara a penalizar seus doutos colegas.

A Nobre Justiça deve respeitar o princípio da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser aplicada a todos, sem discriminação de cargo, raça, idade, ou qualquer outro termo, tal como estipula nossa Constituição de 1988 em suas disposições dos direitos fundamentais do Art. 5º.

Em suma, os juízes, não podem pairar acima da Constituição e das normas legais em geral, vale dizer, não estão acima do bem e do mal, porque, apesar de investidos em funções relevantes, estão sujeitos ao erro e outros pecados menores e maiores, assim igualmente sujeitos ao abuso de autoridade em suas diversas expressões.

Segundo Walter Maierovitch, Desembargador aposentado do TJ-SP, fomenta toda a discussão posta em tela.

“Um juiz ou agente público bem intencionado não deve ter nenhum medo dessa lei porque ele jamais vai praticar algum dos atos previstos. Não vejo nenhum problema. Fico preocupado quando existe corporativismo, quando associações de classe protestam. É uma lei que protege a sociedade e, em especial, os mais fracos, os excluídos”.²⁰

Comentando, igualmente, o autor e doutrinador, Carlos Ari Sundfield:

“Sinceramente, acredito que não se pode negar que tudo que está nessa lei são irregularidades

20 <https://www.terra.com.br/noticias/juristas-respondem-projeto-de-lei-de-abuso-de-autoridade-deve-ser-vetado,6c0f5726b60502b-80ce525f1f9a24546r682l71x.html>. Acessado em 01/10/2020.

que têm ocorrido com frequência. Tudo isso será mediado pelo Poder Judiciário e acredito que haverá sensibilidade para modular a aplicação da lei. Jamais farão uma aplicação de modo descuidado que possa levar a um medo generalizado das autoridades. Há mecanismos para controlar isso. Talvez pudéssemos ter feito reações mais leves, mas quem vai operar essa bomba atômica é o Poder Judiciário”.²¹

Se os próprios responsáveis pela missão, da aplicação, do poder judicante sobre tal norma, conflitam em seu entendimento, perigo se mostra eminente em uma Nação que tenta se tornar mais prospera.

É uma breve discussão, que nunca esgotaria o tema, pois aqui alinhado em breves linhas, sem qualquer pretensão generalizante, pois existem milhares de Magistrados que orgulham a nação ao vestir a toga em sua missão institucional de dizer o direito.

Posto isso, somente no ponto específico delineado, a tendência seria, a dizer que a lei de abuso de autoridade tem a força vinculante de um contrato de gaveta, valido, eficaz e vigente, mas aplicado somente a critério de conveniência ou até mesmo por uma política destorcida da boa vizinhança.

21 <https://www.terra.com.br/noticias/juristas-respondem-projeto-de-lei-de-abuso-de-autoridade-deve-ser-vetado,6c0f5726b60502b-80ce525f1f9a24546r682l71x.html>. Acessado em 01/10/2020.

5. OS PONTOS DE INFLEXÃO DA NOVA LEI, ARTIGOS POLÉMICOS

Tal como referido no tópico anterior, a autoridade, agente público *latu sensu* e magistrado responsável pela interpretação, em ocasiões específicas tende a ser parcial, oportunidade que denuncia uma falha sistêmica que deve ser sanada e oportuniza a verticalização do estudo, com intuito de aprimorar a interpretação da legislação, definindo assim alguns artigos específicos, que podem e devem ser revistos, tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

O primeiro artigo que merece atenção especial trata-se do Art. 27, que tem a seguinte redação: *“Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa”*.

Para facilitar o entendimento, o que se diz no corpo do artigo, é que, não é possível iniciar uma investigação caso não houver um indício da prática de crime.

Ocorre que no artigo 239 do Código de Processo Penal Brasileiro, existe um conceito de que indício é circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, permite induzir ou deduzir algo.

O artigo da lei de abuso de autoridade traça balizas, às vezes inalcançáveis, em que se exige que em um momento pré-processual, tal como inquérito policial, que em muitas vezes, da própria investigação policial, se criará indícios ou até provas fidedignas, para instauração de um processo de natureza criminal ou administrativa.

Assim não é razoável o que tal lei propõe.

Hoje em dia, para fazer um paralelo, alguém que se sente vítima de um crime, procura a delegacia e faz uma notícia de um delito a partir da qual, em verificação rápida, o delegado decide instaurar o inquérito policial num juízo de valor de mera possibilidade, uma prova ou indício, o que não é requisito essencial, tal como propõe o novo diploma.

O Código Penal, tal como deve ser, em um primeiro momento, concede maior liberalidade ao Delegado, que munido de uma investigação (inquérito policial) que corre com o sigilo necessário, dirá, ao final deste tramite, se foram reconhecidos e colhidos elementos suficientes para instauração de um feito criminal.

Deste modo, caso o rigor da lei seja aplicado, o delegado ficará numa situação delicada e terá que decidir se está suficientemente calçado para iniciar uma investigação, já que a lei é taxativa e mais restritiva em sua interpretação.

A nova lei gerará impactos negativos, por exemplo, na proteção de mulheres em casos de violência doméstica, que procuram pelo apoio do aparelho estatal, para noticiar, que estão sendo ameaçadas de morte pelos seus companheiros entre outras diversas situações corriqueiras.

O Art. 30 repete de certa forma, a mesma imprecisão técnica, ao passo, que o rigor da aplicação da nova legislação, tende a criar mais problemas práticos do que soluções, ao ditar que: *“É crime dar início ou proceder a persecução penal, civil ou administrativa, sem justa causa fundamentada ou contra quem se sabe inocente”*. Assim, tem de ser revista tal redação, pois é notório que se confundiu diversas expressões eminentemente técnicas, sem a cautela de verificar seu cabimento, tal artigo

não deve prosperar.

Novamente, sem pretexto, de esgotar todos os artigos polêmicos, o último que se mencionara, é o artigo 31, que tem a seguinte redação: *“Passa a ser crime estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a, em prejuízo do investigado ou fiscalizado”*.

Para entender, o que passava na cabeça do legislador, necessário revisitar o contexto de criação de tal lei, que de certa forma representou um anseio político desenfreado, que deliberando às pressas em um momento que a sociedade estava desavisada, sem votação nominal, neste aspecto totalmente ilegítimo, pois queria frear e enfraquecer, investigações e operações, que nunca tiveram tanta magnitude nesse país, tal como a Operação Lava Jato, em que muitos réus, eram políticos de alto escalão.

Essa breve explicação, já elucida muita coisa referente ao art.31, da incessante imprecisão técnica utilizada, no intuito, de usar expressões genéricas, que pudessem ser utilizadas em larga escala, em diversos contextos, ao passo, que se esqueceu da boa técnica.

Existe uma tabela no Código Penal que nos diz que há um tempo para investigar, o qual é chamado de tempo da prescrição, que é contado da data do crime até o recebimento da denúncia, ocasião em que ele se renova. Qualquer investigação que vá além do tempo da prescrição implicaria na extinção da punibilidade.

O Direito Penal prevê prazos de controle da investigação de 30 em 30 dias, permitindo a renovação do prazo sempre que o caso for considerado de “difícil elucidação” e o investigado estiver solto, mas também prevê prazos prescricionais para

o exercício de uma pretensão punitiva. Enquanto não estiver prescrito um crime pode seguir sendo investigado.

Noções basilares, que a nova lei, por meio de conceitos jurídicos indeterminados, tende na tentativa infame de burlar, tais institutos, pedras de toque e orientadoras de toda ciência jurídica moderna do Direito.

É salutar e totalmente necessária uma atualização da lei de abuso de autoridade. Alguns tipos penais criados até são relevantes e fundamentais, porém, quando do estudo, verifica-se, que a lei é única e exclusivamente voltada para Polícia, Ministério Público e Judiciário, não havendo sequer uma figura penal que se encaixe em possíveis abusos da classe política, novamente enfraquecendo nossa dimensão de um Estado Democrático de Direito, diretriz basilar de qualquer Constituição Moderna, inclusive, a Brasileira.

REFERÊNCIAS

<https://www.conjur.com.br/2019-set-29/segunda-leitura-lei-abuso-autoridade-aprovada-clima-tensao>. Acessado em 22/09/2020.

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>. Acessado em 22/09/2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acessado em 22/09/2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 25/09/2020.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição On-line, fls. 1373 – 1374.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acessado em 25/09/2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acessado em 25/09/2020.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição On-line, fls. 1373 – 1374.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição On-line, fls. 1376 – 1377.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574633301/agravo-interno-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agint-norms-53362-mt-2017-0035457-6>. Acessado em 25/09/2020.

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8112-11-dezembro-1990-322161-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em 25/09/2020.

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001128157. Acessado em 25/09/2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acessado em 14/10/2020.

<https://www.tjpr.jus.br/documents/13302/25121813/REGIMENTO+INTERNO9q09EcUV.pdf/a46968b2-0363-a2a5-8285-9bf6105d4157>. Acessado em 14/10/2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto_anterior_98/Vep-Lcp-35-79.pdf. Acessado em 14/10/2020.

<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/08/29/afastamento-remunerado-o-que-o-caso-do-desembargador-diz-sobre-a-justica.htm>. Acessado em 14/10/2020.

<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=51868&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acessado em 14/10/2020.

<https://www.terra.com.br/noticias/juristas-respondem-projeto-de-lei-de-abuso-de-autoridade-deve-ser-vetado,6c-0f5726b60502b80ce525f1f9a24546r682l71x.html>. Acessado em 01/10/2020.

<https://www.terra.com.br/noticias/juristas-respondem-projeto-de-lei-de-abuso-de-autoridade-deve-ser-vetado,6c-0f5726b60502b80ce525f1f9a24546r682l71x.html>. Acessado em 01/10/2020.

COMPLIANCE E O GRAU DE RISCO DE INTEGRIDADE (GRI) NAS LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA

Rodrigo Pironti¹

Uma das grandes pautas no cenário da Gestão de Riscos e do *Compliance* é a discussão sobre o GRI (grau de risco de integridade), que, em síntese permite o afastamento de potenciais interessados em participar dos processos de licitação em razão de seu alto grau de risco de integridade.

Para que não se diga que a análise que se faz neste presente artigo impõe uma opinião verticalmente contrária a avaliação de potenciais futuros contratados realizada com base no grau de risco de integridade e de que o GRI não é um importante e eficaz instrumento de combate à corrupção, importante evidenciar desde já: **trata-se de um instrumento muito importante para que as contratações públicas no**

1 Pós Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR. Advogado e parecerista.

país sejam pautadas pela ética e pela moralidade, portanto, não qualquer contrariedade à exigência, contudo, tal exigência nunca poderia ser utilizada para fins de exclusão do processo competitivo (porque isto é evidentemente inconstitucional), mas apenas para fins de reforço às garantias e exigências contratuais. Caso contrário, esta importante ferramenta, terá sua inconstitucionalidade questionada e seguramente reconhecida pelo Poder Judiciário, quando for manejada tese concreta neste sentido².Explico.

Nesse sentido, compartilho alguns aspectos que devem ser observados neste tema, e os faço por meio de questões objetivas:

1. É POSSÍVEL SOLICITAR O PREENCHIMENTO, POR POTENCIAIS LICITANTES OU CONTRATADOS, DE QUESTIONÁRIO DE DUE DILIGENCE DE INTEGRIDADE (INFORMAÇÕES RELACIONADAS A PERFIL DA PESSOA JURÍDICA, GESTÃO DA ENTIDADE, RELACIONAMENTO COM AGENTES PÚBLICOS, HISTÓRICO DE LITÍGIOS, PROGRAMA DE INTEGRIDADE E RELACIONAMENTO COM TERCEIROS)?

-
- 2 As demandas até então relacionadas ao tema se limitaram a questionar a noção de GRI sob o prisma do combate à corrupção (e isso em minha ótica não se discute, pois como já versamos, é um instrumento importante e eficaz), mas nunca sob o prisma de sua evidente inconstitucionalidade material, como por exemplo, que passa ao largo da discussão feita neste artigo.

É perfeitamente possível. Essa exigência não conflita com os princípios gerais das licitações públicas previstos no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988, tampouco com as normas gerais disciplinadas na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 13.303/2016, ao contrário, busca exaltar os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, de modo a conjugar esforços para concretização da integridade contratual, mitigação e redução dos riscos e obtenção de melhores resultados.

A due diligence, como conceito, é um processo que visa buscar informações sobre determinadas empresas e pessoas com as quais a Administração tem a intenção de se relacionar. Esses processos podem ser realizados em diversas situações, como a contratação de fornecedores, prestadores de serviços, terceiros, patrocinados, consorciados e empregados (*background check*), entre outras situações.

Durante esse processo, analisam-se informações fornecidas pela pessoa física ou jurídica interessada, bem como informações coletadas por meio de bases de dados específicas para cada diligência.

Essas informações – no caso dos contratos com estatais, por exemplo – são estruturadas de forma que apoiem determinadas decisões e os controles relativos à contratação pretendida.

Portanto, esse questionário tem como principal objetivo permitir que a Administração conheça efetivamente seu contratado e suas práticas de mercado, principalmente aquelas vinculadas a condutas éticas em sua atuação comercial ou, ainda, outras que possam prejudicar o relacionamento das partes durante o período de vigência contratual.

O questionário deve ter como premissa a avaliação de risco de integridade, podendo, por exemplo, utilizar-se de parâmetros de avaliação e localização geográfica da empresa e da execução de seus negócios, de seu histórico reputacional e relacional, de sua interação com agentes públicos, bem como da efetividade de seu eventual programa de integridade entre outros.

2. EM QUE MOMENTO DO PROCEDIMENTO É POSSÍVEL EXIGIR ESSE PREENCHIMENTO? PODE-SE EXIGI-LO COMO CONDIÇÃO PARA INTEGRAR O CADASTRO DE FORNECEDORES, COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO OU COMO CONDIÇÃO DE CONTRATAÇÃO?

Aqui, existem dois cenários distintos: (a) o primeiro refere-se ao momento em que é possível exigir o questionário; (b) o segundo refere-se ao momento em que essa exigência pode tornar-se executável do ponto de vista de exclusão do licitante/interessado no processo competitivo.

Com relação à exigência do questionário, a resposta não demanda maiores problemas, por um simples fator: é possível exigir o preenchimento do documento em quaisquer das fases do procedimento – quando do cadastro de fornecedores; como declaração constante dos documentos que compõem a habilitação da empresa; ou ainda, no momento da convocação para a assinatura do contrato. Exigir o preenchimento, portanto, é mera formalização da vontade administrativa em conhecer seu futuro contratado, sem que, com isso, decorra ônus algum aos licitantes ou aos interessados.

Agora, bastante distinta é a pergunta relacionada ao momento em que é possível exigir, para fins de exclusão da participação do licitante/interessado, pois daqui, derivam aspectos constitucionais e legais relevantes. Vejamos.

2.1 A questão das inconstitucionalidades formal e material da exigência do GRI

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade formal aventam que a exigência dos questionários de integridade nas licitações, independentemente da fase, estaria violando a competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos, disciplinada no art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal de 1988. Isto é, as inovações normativas criariam uma condição especial mais restritiva, que somente poderia ser veiculada por meio de norma geral, ou seja, de novo diploma normativo de caráter geral que previsse, especificamente, esse critério como condição limitadora do relacionamento entre as partes.

Neste ponto, em minha análise, a exigência de questionários de integridade nas relações com a Administração Pública (direta ou indireta) não imputa nenhuma inconstitucionalidade formal, já que, ao contrário dos que entendem que não haveria fundamento de validade da referida exigência em norma de caráter geral, a requisição de “indicadores de integridade” vai exatamente ao encontro (corrobora) das diretrizes básicas da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que, como normas gerais aplicáveis respectivamente à Administração direta e indireta, deixam evidente seu apego e sua aderência aos princípios da moralidade e da probidade administrativa, conferindo, portanto, caráter constitucional à exigência.

Em suma, sob o aspecto formal, não há inconstitucionalidade alguma, pois as leis gerais que regem as contratações pretendidas ratificam os princípios da legalidade, da moralidade e da probidade administrativa, que balizam a referida exigência. É que, se a requisição está em estrita concordância às diretrizes da norma geral, ainda que esta não tenha disciplinado de modo expresse determinada obrigação – o que sequer é de sua natureza, já que as normas gerais disciplinam balizas, que serão mais bem delineadas pela legislação específica sobre o tema –, não há de se falar em inconstitucionalidade.

A questão polêmica sobre a inconstitucionalidade da exigência decorre da análise de seu fundamento material de constitucionalidade diante da exigência de questionários de integridade como condição nos processos de contratação pública.

E neste tema, me parece evidente que, ao tratar-se da inconstitucionalidade material, haveria restrição à competitividade do certame pela violação direta do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, que assegura a igualdade de concorrência entre todos os participantes.^[1] É aqui que a questão ganha relevância, ou seja, na análise das fases em que a exigência é executada (ou executável).

Obviamente que, para fins de participação na licitação – quando a exigência é solicitada como condição excluyente de participação no processo competitivo –, há direta e evidente violação do caráter material previsto na Constituição. Não se pode permitir, por lei ou ato normativo posterior, de caráter não geral, a previsão de condições restritivas de competição. Isso viola a própria lógica do processo concorrencial e de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Portanto, **não se pode, por um indicador de risco da**

futura contratação, impedir que um licitante/interessado participe livremente do processo competitivo, sob pena de inconstitucionalidade material da exigência.[2]

E que não se diga que o art. 32 da Lei das Estatais (Lei 13.303/16) autoriza interpretação contrária ao texto constitucional, pois ao mencionar que “nas licitações e contratos de que trata esta Lei” será observada a “política de integridade nas transações com partes interessadas”, a referida Lei nunca esteve a autorizar: a) o estabelecimento de caráter restritivo que derroga a previsão constitucional de não restrição de competitividade e; b) que a política de integridade como ato normativo seja utilizado como veículo de impedimento do direito de contratar pelo particular, com caráter sancionador, sem o devido processo legal (ampla defesa) e contrário à regra expressa do art. 37, XXI da CF.

Referida inconstitucionalidade, em minha análise, ganha contornos mais evidentes com a objetivação de alguns conceitos, que ainda não foram colocados à análise do Poder Judiciário e reforçam a inconstitucionalidade da medida para fins de exclusão do processo. Sob essa perspectiva é importante a análise: (a) Qual o conceito de risco?; (b) Os critérios da *due diligence* (DDI e GRI) são pautados pela Administração ou por critérios aferíveis em um contexto dialógico (de participação com o particular)?; (c) Os critérios da *due diligence* (DDI e GRI) são fixados previamente e abertos ao contraditório em sua formação, ou exigidos do particular e, eventualmente, conferido contraditório posterior?

Essas são questões fundamentais à confirmação da inconstitucionalidade da exigência para fins de exclusão de participação do certame competitivo. Vejamos objetivamente:

a) O conceito de risco “envolve a quantificação e qualificação **da incerteza**, tanto no que diz respeito às ‘perdas’ como aos ‘ganhos’, com relação ao rumo dos acontecimentos planejados, seja por indivíduos, seja por organizações” (IBGC, 2007, p. 11, grifamos). O próprio Tribunal de Contas da União define risco como a “**possibilidade** de ocorrência de um evento que afete adversamente a realização de objetivos” (TCU, 2018a, grifamos) e ratifica tal conceito quando assevera que os riscos são “o **efeito da incerteza** sobre objetivos estabelecidos. É a **possibilidade** de ocorrência de eventos que afetem a realização ou alcance dos objetivos, combinada com o impacto dessa ocorrência sobre os resultados pretendidos” (TCU, 2018b, grifamos). Não há dúvida, portanto, que, ao balizar a exigência em indicadores de risco às contratações públicas, os questionários de integridade não podem ser utilizados como excludentes de participação do processo competitivo. Ora, seria não apenas ilegal, mas também ilógico pautar a exclusão de um pretenso licitante, que pode, inclusive, determinar a proposta mais vantajosa à Administração, **por critérios futuros e incertos**, que não são passíveis de materialização naquele contrato. É impedir a reabilitação da empresa, condicioná-la a uma penalização vinculada à lógica de “verdade-sabida” e com caráter atemporal. É dizer, a condição excludente não se sustenta pela natureza jurídica da própria exigência, pautada em uma incerteza que, não necessariamente, será materializada naquela contratação. Ora, se não há sobre estas empresas a penalidade administrativa de suspensão do direito de contratar, não pode a administração inovar uma condição de participação no certame

que, para além de inconstitucional, se converte em sanção, aplicada sem o devido processo legal e não prevista na norma.

- b)** A segunda questão proposta consolida, ainda mais fortemente, a impossibilidade dessa exigência como excludente de participação no processo competitivo. Ora, **se a incerteza por si só já impediria a exclusão**, o que dizer, então, dos critérios para definição de *due diligence* para possível materialização da incerteza? Veja que a definição de “apetite de risco” traz a noção de “quantidade de risco em nível amplo que uma organização está disposta a aceitar na busca de seus objetivos” (TCU, 2018b), ou seja, o critério para definir o apetite de risco é discricionário e pode variar de uma organização para outra. É dizer, compelir o particular (licitante/interessado), como condição de participação nos processos competitivos da Administração, a estar aderente ao apetite discricionário de todos os entes/entidades em que tenha interesse em se apresentar como concorrente é algo que, além de não parecer razoável, traria inúmeras distorções à isonomia. Exemplifico: imaginemos que, em uma estatal, um dos critérios para aferição do nível de integridade seja a existência de “política de consequência ao código de conduta” e, em outra, isso não integre o questionário de integridade como condição de aferição do nível de risco e da aderência empresarial. Nesses casos, vislumbra-se claramente que as exigências seriam tão díspares e inerentes ao apetite de risco de cada uma das estatais que, sob o aspecto de competição isonômica, ficaria quase impossível a um particular estar plenamente aderente a todas as exigências estipuladas nos

diversos “apetites de riscos” das estatais nas quais participa de processos competitivos e essa quebra de isonomia concorrencial é outro fator determinante para a ilegalidade da exigência para fins de exclusão do processo concorrencial.[3]

- c) Por fim, como os critérios da exigência são definidos com base no apetite de risco da Administração, sequer é dado ao particular a possibilidade de participar da formação da “vontade estatal” em excluí-lo do processo concorrencial, pois os critérios de *due diligence* não são passíveis de impugnação por sua própria natureza jurídica. É dizer, além de todos os aspectos que justificam a análise de inconstitucionalidade da exigência, ainda este último complementa a assertiva, pois justifica condição restritiva e excludente de participação, sem que os critérios que fundamentam tal exclusão sejam passíveis de insurgência pelo particular. Mesmo que fosse dada, portanto, possibilidade de impugnação ou de recurso posterior à exclusão, isso poderia conferir um simulacro de legalidade, que, após já definida a exclusão por critérios de não atenção a requisitos discricionários de risco, submeteria o particular a um *double-check* de conformidade, sem a mínima chance de revisitação dos fatos que ensejaram sua classificação, que sob o aspecto reputacional – inclusive – lhe agrega um “carimbo” negativo, que sequer as eventuais sanções em processos anteriores lhe outorgaram.

Em uma leitura apressada deste texto, pode-se imaginar que a opinião aqui externada seria que a exigência é – em todos os casos – inconstitucional. Ora, isso não corresponde

à realidade. Fica claro, de tudo o que foi aqui exposto, que a exigência de questionários de integridade (ou de programas de integridade) **como condição de participação no processo competitivo é inconstitucional**, porém, não há nada de inconstitucional nessa mesma exigência para fins de contratação, é dizer, quando já houve a seleção da proposta mais vantajosa adjudicada a um dos licitantes do processo. Aqui, o preenchimento de questionários de integridade é exigida como **obrigação contratual**, e não como condição de habilitação ou participação. Em outras palavras, não se trata de uma condição à participação no certame, mas de uma obrigação que deverá ser concretizada após a assinatura do contrato. Assim, qualquer empresa poderá participar da licitação, e os critérios de risco avaliados no preenchimento do documento servirão para reforço de gestão contratual ou, ainda, como exigências de algumas condições mitigadoras do risco avaliado, a exemplo da obrigatoriedade de implementação de programa de *compliance*, do reforço aos controles internos ou de outras atividades de submissão a maior rigor na fiscalização contratual.

Dessa forma, é possível concluir que a exigência do preenchimento de questionários de integridade e a avaliação de grau de risco de integridade é possível, porém não pode restringir a possibilidade de participação dessas empresas no processo competitivo (licitação) em razão do grau de risco aferido pela análise do questionário aplicado pela Administração. Em contrapartida, é plenamente possível – não havendo inconstitucionalidade formal ou material – que tal exigência figure como condição de contratação, após a seleção da proposta mais vantajosa e no ato de assinatura do contrato, seja pelo estabelecimento de exigências posteriores e com prazo ao particular, a exemplo do estabelecimento de um programa de integridade com requisitos objetivos em um

prazo para implementação, como disciplinado recentemente na nova lei de licitações (Lei 14.133/21).

O combate à corrupção é fundamental e o grau de risco de integridade um importante instrumento para sua efetivação, contudo, sem os devidos cuidados, o remédio – hoje visto como heróico – pode, em um futuro próximo, ser prejudicial ao próprio interesse que hoje o legitima.

REFERÊNCIAS

IBGC – INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Guia de orientação para gerenciamento de riscos corporativos*. São Paulo: IBGC, 2007.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Gestão de riscos: avaliação da maturidade*. Brasília: SEGECEX, ADEGECEX, SEMEC, 2018a.

_____. *Referencial básico de gestão de riscos*. Brasília: SEGECEX, ADEGECEX, SEMEC, 2018b.

[1] “Art. 37. [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

[2] E que não se diga que o art. 58, inc. I, da Lei nº 13.303/2016 autoriza expressamente tal exigência como condição excludente de habilitação, pois, da leitura do referido inciso, fica claro que o objetivo de sua redação é pautar a razoabilidade da exigência de documentos relativos à habilitação jurídica do licitante e não dá “carta em branco” ao regulamento de licitações para criar condições excludentes distantes da norma constitucional, que preza

pela isonomia concorrencial nos processos competitivos. O art. 37, inc. XXI, da CF é claro ao estabelecer que a lei deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, **e não o contrário.**

[3] Deixo de considerar ainda – pois tratamos, aqui, de uma situação objetiva e com a premissa da exigência para fins de probidade e ética relacional – a utilização de critérios distintivos (vinculados ao apetite de risco) pelas estatais para excluir “legalmente” determinadas empresas do processo competitivo, sem que isso fosse revisitado pelo Judiciário, em razão de albergar o mérito da análise administrativa.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

LEI DE ARROLAMENTO FISCAL ANOTADA

VALTERLEI A. DA COSTA¹

Lei nº 9.532, de 10 de dezembro 1997²⁻³.

- 1 Doutorando em Direito Tributário pela USP e em Direito do Estado pela UFPR. Mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela UFPR. Ex-Técnico de Finanças e Controle da Procuradoria da Fazenda Nacional. Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR e do Instituto de Direito Tributário do Paraná. Professor dos cursos de pós-graduação em direito *lato sensu*. Advogado em Curitiba/PR. E-mail: costa.valterlei@gmail.com.
- 2 Lei que é conversão da Medida Provisória nº 1.602, publicada no DOU, de 11.12.1997.
- 3 Podem ser levantadas sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei de arrolamento fiscal de bens e direitos, quer formais, quer materiais.
Quanto à *forma*, que deveria ter sido instituído por lei complementar, uma vez que “[o] arrolamento de bens de que se cuida é sem dúvida uma garantia do crédito tributário. [...]. Com efeito, essa matéria está reservada às leis complementares pelo art. 146, inciso III, alínea *b* da Constituição Federal [...]. Para ser formalmente compatível com a Constituição, o arrolamento de bens do sujeito passivo deveria constar de Lei Complementar”. Hugo de Brito Machado, Arrolamento de bens do contribuinte, **Revista de direito tributário**, n. 82, p. 29. Ou seja, a lei complementar do art. 146, III, b, da CF/88 seria o instrumento legislativo hábil, pois “[...] o arrolamento fiscal é sim um ato com que se assegura o cumprimento de obrigação, emoldurada como garantia do crédito tributário [...]”. Mantovanni Colares Cavalcante, O arrolamento fiscal como ato administrativo de múltiplos efeitos, in Paulo de Barros Carvalho (presid.), **Sistema tributário**

Lei nº 9.532, de 10 de dezembro 1997, altera a legislação tributária federal e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

[...]

Art. 64. A autoridade fiscal competente⁴ procederá ao

brasileiro e as relações internacionais, p. 788.

Quanto ao conteúdo, que “[...] o arrolamento fiscal, na forma como instituídos pelos arts. 64 e 65 da Lei 9.532/97, é inconstitucional por ofensa direta aos princípios do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição)”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 123.

Em relação ao primeiro tema, da necessidade de lei complementar, desconhecemos qualquer apreciação do E.STF; quanto ao segundo, da ofensa ao devido processo legal, não foi conhecido Recurso Extraordinário, alegando-se que seria mero caso de ofensa reflexa à Constituição:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. APONTADA OFENSA AO ART. 5º, LIV E LV, DA CF/88. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. AFRONTA REFLEXA. [...]”.

2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. [...]”.

(STF, ARE 1122971 ED-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 07/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018).

- 4 “Os arts. 64 e 65 da Lei 9.532/97 atribuíram novos poderes às autoridades fazendárias das três esferas [...]”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, *Revista dialética de direito tributário*, n. 73, p. 116. Assim, tanto a administração tributária da União, dos Estados e dos Municípios podem-se valer desta Lei nº 9.532/97. Agora, deve-

arrolamento de bens e direitos⁵

se ter em conta que a competência para realizar o arrolamento fiscal de bens e direitos, e também o ônus, é da autoridade dos entes federativos, não podendo ser transferida para o sujeito passivo, pois “[...] o ato dos fiscais de determinar ao contribuinte que proceda ao arrolamento, além de ilegal pode ser considerado um meio vexatório e gravoso de cobrança do tributo, que a lei não autoriza. Especialmente se seguido da ameaça de qualquer natureza”. Hugo de Brito Machado, Arrolamento de bens do contribuinte, Revista de direito tributário, n. 82, p. 33.

- 5 Não deve o presente arrolamento de bens e direitos ser confundido com aquele estabelecido pelo art. 33, § 2º, do Decreto nº 70.235, de 06.03.1972, que previa a necessidade de se “arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% da exigência fiscal” para que fosse admitido recurso voluntário; exigência a qual, de todo modo, acabou sendo julgada inconstitucional:

“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

(STF, Súmula Vinculante nº 21, Sessão Plenária de 29/10/2009).

Também não deve ser identificado com a antiga ação cautelar de arrolamento de bens (art. 855 do CPC/73), que no NCPC (art. 301) aparece como tutela de urgência de natureza cautelar, pois “[...] o ‘arrolamento administrativo’ [...] não tem nenhuma semelhança jurídica com a ação cautelar de arrolamento prevista no Código de Processo Civil [...]. Seus pressupostos são completamente distintos [...]. Extrema-se também os institutos em questão no que concerne a seus objetivos e efeitos [...]”. James Marins, Direito processual tributário, p. 394. Nessa linha, o arrolamento de bens e direitos previsto nesta lei “[...] é mero inventário [...] a fim de informar o Poder Público a respeito dos bens que poderão ser gravados em eventual execução fiscal, e permitir o controle de fraudes [...]”. Hugo de Brito Machado Segundo, Processo tributário, p. 321. Agora, por ser uma medida administrativa, não pode tornar os bens e direitos do sujeito passivo indisponíveis, sob pena de ofensa ao art. 5º, LIV, da CF/88, o qual estabelece o devido processo legal para situações que impliquem restrição à propriedade. Em razão disso, a transferência ou alienação de bens e direito arrolados não necessitam de autorização fazendária, bastando a mera comunicação:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. RECURSOS

do sujeito passivo⁶ sempre que o valor dos créditos

ADMINISTRATIVOS PENDENTES DE JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE HIPÓTESES DE CANCELAMENTO. [...].

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o arrolamento de bens, instituído pela Lei 9.532/1997, gera apenas um cadastro em favor da Fazenda Pública, destinado a viabilizar o acompanhamento da evolução patrimonial do sujeito passivo da obrigação tributária. O devedor tributário continua em pleno gozo dos atributos da propriedade, tanto que os bens arrolados, por não se vincularem à satisfação do crédito tributário, podem ser transferidos, alienados ou onerados, independentemente da concordância da autoridade fazendária. [...].”

(STJ, AgRg no REsp 1313364/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015).

Todavia, é de se registrar a seguinte decisão:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ARROLAMENTO DE BENS. LEI N. 9.532/97. ACÓRDÃO A QUO. HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. [...].

4. A medida acautelatória, sob a ótica do interesse público, tem o intuito de evitar o despojamento patrimonial indevido, por parte de contribuintes. [...].”

(STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1190872/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 19/04/2012).

Sobre a necessidade de comunicação dos atos que transfiram, alienem ou onerem bens e direitos arrolados, ver nota ao art. 64, § 3º, desta Lei 9.532/1997. Sobre os efeitos práticos do arrolamento fiscal de bens e direitos, ver nota ao art. 64, § 5º, desta Lei 9.532/1997.

- 6 Nos termos do art. 121, parágrafo único, do CTN, o sujeito passivo pode ser contribuinte ou responsável. Com isso, é possível que o arrolamento fiscal não seja apenas de bens e direitos do contribuinte, mas também do responsável:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS DOS SÓCIOS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA DEVEDORA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO CUJA CONCLUSÃO RESULTA DA ANÁLISE DO ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. [...].

2. Embora o arrolamento administrativo, via de regra, refira-se somente aos bens do próprio devedor tributário, há situações em que a responsabilidade pelo pagamento do tributo poderá ser atribuída a terceiros, de forma solidária ou subsidiária, de tal sorte que, na constatação da existência de fraude, ilícitos penais

tributários⁷ de sua responsabilidade for superior a trinta

correlatos ou de alguma das situações previstas nos artigos 132, 133, 134 e 135 do CTN, pode o fisco proceder ao arrolamento de bens que não sejam da propriedade do devedor originário, desde que comprove os requisitos legais necessários à responsabilização". (STJ, AgRg no REsp 1420023/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 27/10/2015).

- 7 O que importa é se o crédito tributário existe ou não existe, ou seja, se está ou não constituído, o que ocorre com a notificação do sujeito passivo, não havendo a necessidade de definitividade:
- "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. ARTIGO 64 DA LEI 9.532/97. PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. IRRELEVANTE. [...]".
3. O arrolamento de bens e direitos não acarreta a indisponibilidade dos bens do devedor, nem fica condicionado à conclusão de eventuais processos pendentes na via administrativa ou judicial. Basta, para sua realização, que os créditos estejam constituídos, o que possibilita que se verifique a materialização dos seus requisitos. [...]". (STJ, REsp 1073790/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 27/04/2009).
- Nessa linha, a suspensão da exigibilidade do crédito, mesmo que por parcelamento, não impede o arrolamento de bens e direitos:
- "TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. PARCELAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE ANTES DA MEDIDA FISCAL. IRRELEVÂNCIA. PREMISSA DE EXISTÊNCIA DO CRÉDITO, NÃO DE EXIGIBILIDADE. ATO MERAMENTE ADMINISTRATIVO E ACAUTELATÓRIO DE MONITORAMENTO DA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DO SUJEITO PASSIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1.022 DO CPC/2015 E 151, VI, DO CTN NÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 135, III, DO CTN. ENQUADRAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NO SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA E JURÍDICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS. NÃO CONHECIMENTO. INVIABILIDADE DE APRECIÇÃO. [...]".
7. A premissa do arrolamento é a existência, não a exigibilidade de crédito tributário, o que torna desimportante qualquer a hipótese de suspensão prevista no art. 151, VI, do CTN.8. Verificada a circunstância objetiva de o crédito tributário ser superior a trinta

por cento⁸ do seu patrimônio conhecido⁹.

§ 1º Se o crédito tributário for formalizado contra pessoa física, no arrolamento devem ser identificados, inclusive, os bens e direitos em nome do cônjuge¹⁰, não gravados com

por cento do patrimônio conhecido do sujeito passivo, e a soma dos créditos ultrapassar o valor estabelecido na legislação de regência, passível juridicamente o arrolamento fiscal, que somente é liberado após liquidado ou garantido o crédito tributário que tenha motivado o ato, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (art. 64, § 9º, da Lei nº 9.532/1997). [...]”.(STJ, REsp 1665017/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017).

- 8 A exigência de que o crédito tributário supere 30% do patrimônio conhecido do sujeito passivo é condição necessária e também suficiente para que se decrete o arrolamento fiscal de bens e direito, não sendo um imperativo, como na antiga ação cautelar de arrolamento de bens, prevista no art. 855 do CPC/73, o qual impunha a demonstração de “[...]fundado receito de extravio ou dissipação de bens [...]”. Ovídio Baptista da Silva, **Do processo cautelar**, p. 447. De toda sorte, “[...] para fins de cálculo do limite de 30% (trinta por cento) do patrimônio do contribuinte pessoa jurídica, serão considerados os créditos tributários [...] imputáveis a *todos* os estabelecimentos e, da mesma forma, o *patrimônio integral* da pessoa jurídica”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 116-117.
- 9 “Mas ‘conhecido’ por quem? Obviamente, o sentido da lei é de considerar o patrimônio conhecido pelo *Fisco* [...]”. Marco Aurélio Greco, Arrolamento fiscal e quebra de sigilo, *in* Valdir de Oliveira Rocha (coord.), **Processo administrativo fiscal**, v. 3, p. 165-166. Ver nota ao art. 64, § 2º, desta Lei 9.532/97.
- 10 “A posição visa a perscrutar o regime de bens do casal, sem alimentar a perspectiva de se comprovar o benefício incorrido, ou eventual argumento de não existir responsabilidade tributária do cônjuge”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 184.

a cláusula de incomunicabilidade¹¹⁻¹².

§ 2º Na falta de outros elementos indicativos, considera-se patrimônio conhecido, o valor constante da última declaração de rendimentos apresentada¹³.

-
- 11 A MP nº 449, de 03.12.2008, alterou este parágrafo, mas acabou não sendo, neste ponto, convertida em lei: "Art. 31. Os arts. 62 e 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação: § 1º No arrolamento, devem ser identificados também os bens e direitos: I - em nome do cônjuge, desde que não comunicáveis na forma da lei, se o crédito tributário for formalizado contra pessoa física; ou II - em nome dos responsáveis tributários de que trata o art. 135 da Leiº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional".
- 12 "CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE. É denominação dada à condição imposta pelo testador, o que também pode advir do doador, para que os bens herdados ou doados não se comuniquem pelo casamento, conservando-se como propriedade particular do cônjuge favorecido, ou beneficiário, mesmo que o casamento se tenha feito ou se faça sob o regime da comunhão universal". De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 173.
- 13 "O conhecimento do Fisco pode ter sido obtido de três maneiras básicas: a partir de diligências realizadas pelo próprio Fisco junto a órgãos oficiais, empresas, entidades etc., ou pela troca de informações entre os fiscos federal, estaduais e municipais, nos termos do artigo 199 do C.T.N.; b) a partir de comunicações feitas ao Fisco por terceiros, relativamente a atos ou operações realizadas pelo sujeito passivo (p. ex. comunicação que os Tabelionatos de Notas realizam das transações imobiliárias realizadas); c) a partir de *informações prestadas pelo próprio sujeito passivo*, em cumprimento a uma determinação legal". Marco Aurélio Greco, Arrolamento fiscal e quebra de sigilo, *in* Valdir de Oliveira Rocha (coord.), **Processo administrativo fiscal**, v. 3, p. 166. Agora, como a declaração de bens e direitos é feita à União, "[...] presume-se que as autoridades fazendárias concederão às autoridades estaduais e municipais amplo acesso às declarações de rendimentos dos contribuintes [...]". Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 116.

§ 3º A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los¹⁴, aliená-los¹⁵ ou onerá-los¹⁶, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo¹⁷.

§ 4º A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza

14 “[...] na linguagem jurídica, a transferência designa o ato pelo qual a pessoa cedente, alienante, ou renunciante, transmite a outrem direitos, ou coisas, que lhe pertenciam”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 829.

15 **“ALIENAR**. É verbo que significa a ação de passar para outrem o domínio de coisa ou o goza de direito que é nosso”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 55.

16 **“ONERAR**. Do latim *onerare* (carregar, cobrir), na significação jurídica quer exprimir: *agravar, impor encargos ou obrigações*”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 573.

17 É caso para ajuizamento de cautelar fiscal transferir, alienar ou onerar os bens e direitos arrolados sem a devida comunicação. Todavia, não há a necessidade de que tal comunicação seja feita previamente:

“TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. ARROLAMENTO DE BENS. NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO FAZENDÁRIO. REQUISITO PREENCHIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RESTABELECE A SENTENÇA DE FLS. 1.058/1.067.

1. A Lei 9.532/97, que deu nova redação à Lei 8.397/92, em seu art. 64, § 3º., não exige que a notificação ao órgão fazendário seja prévia à alienação, mas simplesmente que exista a comunicação. [...]”.

(STJ), REsp 1217129/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2016, DJe 21/11/2016).

o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo¹⁸.

§ 5º O termo de arrolamento de que trata este artigo será¹⁹ registrado²⁰ independentemente de pagamento de

18 Na antiga ação cautelar de arrolamento, art. 855 do CPC/73, “[a] alienação dos bens arrolados sem autorização judicial é [era] ato ineficaz [...]”. Humberto Theodoro Júnior, **Processo cautelar**, p. 353 (adaptamos entre parênteses). Agora, no arrolamento fiscal, por um lado, não fica impedido o sujeito passivo de dispor de seus bens e direitos, mas, por outro, tem a obrigação de comunicar tais atos ao fisco, sob pena de ter ajuizada contra si ação cautelar fiscal. Ver nota ao art. 64, *caput*, desta Lei nº 9.532/97.

19 Apesar da existência de julgamento pelo C.STJ no sentido de que “poderá” ser registrado o arrolamento de bens e direitos, entendemos como melhor interpretação a que prestigia a literalidade desta lei. Desse modo, o arrolamento de bens e direitos “será”, ou melhor, “deverá ser” registrado. De toda sorte, segue a referida decisão:
 PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ARROLAMENTO ADMINISTRATIVO DE BENS E DIREITOS. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. VERIFICAÇÃO NA PRESENTE VIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESSALVA DAS VIAS ORDINÁRIAS. ART. 64, § 5º, DA LEI N. 9.532/97. AVERBAÇÃO DO TERMO DE ARROLAMENTO FISCAL NOS ÓRGÃOS COMPETENTES. LEGALIDADE. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N. 10/STF. [...].
 IV - O termo de arrolamento fiscal de bens e direitos pode ser registrado nos órgãos competentes, conforme previsão expressa do art. 64, § 5º, da Lei n. 9.532/97. Precedentes. [...].
 (STJ, AgRg no REsp 1123242/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016).

20 “Os atos de registro se processam pela inscrição, transcrição, arquivamento e averbação”. De Plácido e Silva, **Vocabulário jurídico**, p. 691.

custas ou emolumentos²¹⁻²²:

-
- 21 A partir da concepção de que se cobra taxa para se efetuar registro, então estabelece este artigo verdadeira isenção tributária. Todavia, como é o registro um serviço estadual, estaríamos diante de uma isenção heterônoma, a qual é expressamente proibida pela Constituição (art. 151, III, da CF/88). “Ora, tendo a Constituição estabelecido o regime federal e, por conseguinte, fixado a isonomia entre as pessoas que compõem a Federação [...] não há falar-se em supremacia de uma pessoa sobre outra”. Aires Barreto e Paulo Ayres Barreto, **Imunidades tributárias**, p. 60. Ademais, também não se poderia alegar imunidade recíproca, pois ela só alcança os impostos (art. 150, VI, a, da CF/88). Assim, “[c]omo sabido, a imunidade em foco abrange tão-somente os impostos, tributos não vinculados a uma atuação estatal. [...]. Não há, à evidência, impedimento à exigência de taxas, contribuição de melhoria e contribuições sociais”. Regina Helena Costa, **Imunidades tributárias**, p. 139. No mais, ver art. 39 da LEF, pois “[a] Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos, mas deve arcar com as despesas [...]”. Valterlei A. da Costa e Maurício Timm do Valle, **Lei de execução fiscal anotada**, p. 111.
- 22 Por que se registra o arrolamento de bens e direitos? “Para criar contra o proprietário dos bens arrolados um clima negativo, que na prática corresponderá a uma quase proibição de dispor de seus bens”. Hugo de Brito Machado, O arrolamento de bens do contribuinte, *in* Valdir de Oliveira Rocha, **Processo administrativo fiscal**, v. 3, p. 67. Assim, o registro do arrolamento torna-se problemático, pois busca um efeito que a lei não pode estabelecer, pois seria inconstitucional, que é o de tornar indisponíveis os bens e direitos do contribuinte arrolados sem que haja, todavia, uma medida judicial para tanto, ou, na melhor das hipóteses, o que também seria inconstitucional, “[...] o patrimônio do contribuinte tem seu valor de mercado diminuído após ser arrolado pelo fisco [...]”. Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 122. Entretanto, não é esse o único impasse que pode ser apontado em relação ao registro, pois entra em cena também o sigilo fiscal, que é a “[...] contrapartida da exposição do contribuinte ao poder-dever do Fisco de fiscalizar o cumprimento da legislação tributária [...]”. Marcelo Guerra Martins, Comentários aos arts. 194 a 200, *in* Vladimir Passos de Freitas (coord.), **Código Tributário Nacional comentado**, p. 1044. Logo, “[...] ‘registrar’ o Termo de arrolamento [...] parece-me ser uma previsão que padece nitidamente de ‘ilegitimidade constitucional’ por conflitar com o artigo 198 do CTN e inconstitucionalidade

I - no competente registro imobiliário, relativamente aos bens imóveis²³;

II - nos órgãos ou entidades, onde, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados ou controlados²⁴;

III - no Cartório de Títulos e Documentos e Registros Especiais do domicílio tributário do sujeito passivo, relativamente aos demais bens e direitos²⁵.

§ 6º As certidões de regularidade fiscal expedidas deverão conter informações quanto à existência de

por violar a parte final do § 1º do artigo 145 da CF-88 [...]”. Marco Aurélio Greco, Arrolamento fiscal e quebra de sigilo, *in* Valdir de Oliveira Rocha (coord.), **Processo administrativo fiscal**, v. 3, p. 168-169.

- 23 “Quando o arrolamento dispuser de bem imóvel, a sua consecução implementará medida de averbação junto à matrícula, no cartório da circunscrição imobiliária, impedindo a alegação de desconhecimento, e para sequencia (sic) cronológica se apurar fraude”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 187.
- 24 “[...] tratando-se de veículo, perante a repartição de trânsito; se ações, junto à entidade custodiante; e a busca de valores da localidade, marcas e patentes perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial [...]”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 187.
- 25 “[...] tratando-se de sociedade empresária, com arrolamento das quotas do capital social, tornar-se-á registrado o ato perante a Junta Comercial [...]”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 188. Por sua vez, “[...] quando o consorciado submeter-se ao regime de aquisição a prazo de um determinado bem, os direitos serão alvo de arrolamento, comunicando-se à administradora”. (*Ibidem*, p. 187).

arrolamento²⁶.

§ 7º O disposto neste artigo só se aplica a soma de créditos de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)²⁷.

§ 8º Liquidado²⁸, antes do seu encaminhamento para

26 Por um lado, o arrolamento fiscal de bens e direitos não impede a emissão de certidão positiva com efeito de negativa, devendo nela, todavia, constar a observação de que há, contra o sujeito passivo, tal medida. Por outro lado, o arrolamento fiscal per se não autoriza sua emissão, pois não se considera o crédito tributário plenamente garantido para ensejar os efeitos do art. 206 do CTN, uma vez que os bens e direitos podem ser ainda transferidos, alienados ou onerados: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. REQUISITO SUFICIENTE PARA A EXPEDIÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL (POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA). IMPOSSIBILIDADE. [...]".

2. Trata-se de procedimento que: a) não versa sobre créditos tributários ainda a vencer; b) não implica qualquer tipo de oneração dos bens do sujeito passivo, em favor do Fisco (penhora), ou medida de antecipação da constrição judicial a ser efetivada na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública (caução); e c) não constitui hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

3. Nesse contexto, o arrolamento, isoladamente, não se presta a autorizar a emissão da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (art. 206 do CTN). [...]".

(STJ, REsp 1099026/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 20/08/2009).

Ver nota ao art. 64, caput, desta Lei 9.532/1997.

27 Decreto nº 7.573, de 29.11.2011: "Art. 1º O limite de que trata o § 7º do art. 64 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passa a ser de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)".

28 Ao invés do termo "liquidado", melhor seria o vocábulo "extinto", com referência ao CTN: "Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a

inscrição em Dívida Ativa, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, a autoridade competente da Secretaria da Receita Federal comunicará o fato ao registro imobiliário, cartório, órgão ou entidade competente de registro e controle, em que o termo de arrolamento tenha sido registrado, nos termos do § 5º, para que sejam anulados os efeitos do arrolamento²⁹.

consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado; XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei”.

- 29 Posteriormente, caso deixe o crédito tributário de somar 30% ou mais do patrimônio conhecido do sujeito passivo, isso não implicará o cancelamento do arrolamento. Nesse sentido, vem decidindo a primeira turma do C.STJ:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARROLAMENTO FISCAL DE BENS E DIREITOS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO ATUALMENTE INFERIOR A 30% (TRINTA POR CENTO) DO PATRIMÔNIO CONHECIDO DO SUJEITO PASSIVO. IRRELEVÂNCIA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS À ÉPOCA DA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA. AFASTAMENTO DA CONSTRICÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO DÉBITO OU DE GARANTIA DA EXECUÇÃO. ART. 64, §§ 8º E 9º, DA LEI N. 9.532/97. PRECEDENTES. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. [...]”.

II - É irrelevante, para efeito de arrolamento fiscal de bens e direitos, que os atuais valores dos débitos tributários alcancem patamar inferior a 30% (trinta por cento) do patrimônio conhecido do sujeito passivo, porquanto somente a liquidação ou a garantia da execução permitem o afastamento da medida, implementada anteriormente com a observância dos requisitos legais. Precedentes. [...]”.

(STJ, AgInt no REsp 1642816/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, Dje 15/09/2017).

Bem como a segunda turma do C.STJ:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO

§ 9º Liquidado ou garantido³⁰, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, após seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, a comunicação de que trata o parágrafo anterior será feita pela autoridade competente da Procuradoria da Fazenda Nacional.

§ 10. Fica o Poder Executivo autorizado a aumentar ou

DE PROPRIEDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. RECURSOS ADMINISTRATIVOS PENDENTES DE JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE HIPÓTESES DE CANCELAMENTO. [...].

3. A existência de recursos ou impugnações administrativas nos procedimentos fiscais, apesar de acarretar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do CTN, não obsta a realização do arrolamento fiscal. O arrolamento de bens será cancelado somente nos casos em que o crédito tributário que lhe deu origem for liquidado antes da inscrição em dívida ativa ou, se após esta, for liquidado ou garantido na forma da Lei n. 6.830/1980. Precedentes. [...]”.

(STJ, AgRg no REsp 1313364/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015).

Ademais, as condições para o cancelamento do arrolamento de bens e direitos devem ser interpretadas de forma restritiva:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. ARTIGO 64 DA LEI 9.532/1997. [...]”.

2. Os §§ 8º e 9º do art. 64 da lei nº 9.532/1997 dispõe expressamente sobre as hipóteses de cancelamento do arrolamento do bem, sendo que somente será cancelado nos casos em que o crédito tributário que lhe deu origem for liquidado antes da inscrição em dívida ativa ou, se após esta, for liquidado ou garantido na forma da Lei nº 6.830/1980, não havendo autorização na legislação de regência para que o agente da administração cancele o arrolamento fora das disposições expressamente previstas. Precedentes. [...]”.

(STJ, AgRg no AREsp 780.107/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015).

30 Sobre o termo “liquidado”, ver nota ao art. 64, § 8º, desta Lei nº 9.532/97; sobre a garantia da execução fiscal, ver art. 9º da LEF.

restabelecer o limite de que trata o § 7º deste artigo³¹.

§ 11. Os órgãos de registro público onde os bens e direitos foram arrolados possuem o prazo de 30 (trinta) dias para liberá-los, contados a partir do protocolo de cópia do documento comprobatório da comunicação aos órgãos fazendários, referido no § 3º deste artigo³²⁻³³.

31 Incluído pela Lei nº 11.941, de 27.05.2009.

32 Incluído pela Lei nº 12.973, de 13.05.2014.

33 Havendo a comunicação da transferência ou alienação de bem ou direito, não deve mais permanecer a averbação ou registro:
 “ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA. ARROLAMENTO DE BENS E DIREITOS. ARTIGO 64 DA LEI N. 9.532/1997. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL ARROLADO. ANULAÇÃO DOS EFEITOS DO ATÓ DE ARROLAMENTO. [...]”.
 2. O bem imóvel regularmente adquirido do devedor tributário não mais pode constar de arrolamento administrativo, razão pela qual devem ser anulados seus efeitos, pois não mais poderá servir de garantia à satisfação do crédito tributário. [...]”.
 (STJ, REsp 1532348/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015).
 Todavia, a baixa do registro ou da averbação somente pode ocorrer depois da alienação ou transferência e não antes:
 “PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. ADESÃO AO PARCELAMENTO DE QUE TRATA A LEI Nº 11.941/09. MANUTENÇÃO DE ARROLAMENTO DE BENS REALIZADO ANTES DA ADESÃO AO PARCELAMENTO. LEGALIDADE DO INCISO I, DO § 11, DO ART. 12 DA PORTARIA CONJUNTA PGFN/RFB Nº 6/2009. [...]”.
 5. O fato de o contribuinte devedor estar com dificuldades para receber a cobertura securitária do veículo roubado, em cujo registro consta o arrolamento do bem, bem como o fato de não estar conseguindo alienar outro dos veículos arrolados por temor dos terceiros adquirentes à vista dos referidos arrolamentos não lhe confere direito líquido e certo ao cancelamento da medida administrativa. [...]”.
 (STJ, REsp 1467587/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 06/02/2015).

§ 12. A autoridade fiscal competente poderá, a requerimento do sujeito passivo, substituir bem ou direito arrolado por outro que seja de valor igual ou superior, desde que respeitada a ordem de prioridade de bens a serem arrolados definida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e seja realizada a avaliação do bem arrolado e do bem a ser substituído nos termos do § 2º do art. 64-A³⁴.

Art. 64-A. O arrolamento de que trata o art. 64 recairá sobre bens e direitos suscetíveis de registro público³⁵, com prioridade aos imóveis, e em valor suficiente³⁶ para cobrir o montante do crédito tributário de responsabilidade do sujeito

34 Incluído pela Lei nº 13.043, de 13.11.2014.

35 Por não compreender o arrolamento fiscal uma forma de constrição, então não pode ser alegada a questão da impenhorabilidade dos bens e direitos:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COLACIONADOS COMO DIVERGENTES. ARROLAMENTO DE BENS. ARTS. 64 E 64-A DA LEI N. 9.532/97. AUSÊNCIA DE CONSTRIÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1º DA LEI N. 8.009/90. [...]”.

3. Por não implicar qualquer tipo de oneração dos bens em favor do Fisco, tampouco medida de antecipação da constrição judicial a ser efetivada na Execução da Dívida Ativa, não se confunde o arrolamento de bens com a penhora e, assim, não se há falar em impenhorabilidade de bem de família. [...]”.

(STJ, AgRg no REsp 1147219/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 17/11/2009).

Ver nota ao art. 64, caput, desta Lei nº 9.532/97.

36 “[...] fica a dúvida [...] de saber se o valor do bem imóvel é aquele constante da escritura, do valor venal ou, simplesmente, o levantado pelo Fisco, respeitando ao último lançamento tributário existente. Partilhamos do pensamento de que, em termos de avaliação, deverá prevalecer aquela de mercado [...]”. Carlos Henrique Abrão, **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**, p. 193.

passivo³⁷.

§ 1º O arrolamento somente poderá alcançar outros bens e direitos para fins de complementar o valor referido no *caput*³⁸.

§ 2º Fica a critério do sujeito passivo, a expensas dele, requerer, anualmente, aos órgãos de registro público onde os bens e direitos estiverem arrolados, por petição fundamentada, avaliação dos referidos ativos, por perito indicado pelo próprio órgão de registro, a identificar o valor justo dos bens e direitos arrolados e evitar, deste modo, excesso de garantia³⁹.

[...]

Brasília, 10 de dezembro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Instrução Normativa Receita Federal do Brasil nº 1565, de 11 de maio de 2015⁴⁰.

37 Incluído pela MP nº 2.158-35, de 24.08.2001.

38 Incluído pela MP nº 2.158-35, de 24.08.2001, e renumerado para § 1º pela Lei nº 12.973, de 13.05.2014.

39 Incluído pela Lei nº 12.973, de 13.05.2014.

40 Publicado no DOU de 12.05.2015.

Estabelece procedimentos para o arrolamento de bens e direitos e representação para propositura de medida cautelar fiscal.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 280 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e nos arts. 64 e 64-A da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, resolve:

[...]

Art. 17. É facultado ao sujeito passivo apresentar recurso administrativo no processo de arrolamento de bens e direitos, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da ciência da decisão recorrida, nos termos do art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999⁴¹⁻⁴².

41 Redação dada pela IN RFB nº 1769, de 18.12.2017. Redação anterior: "Art. 17. É facultado ao sujeito passivo apresentar recurso administrativo no processo de arrolamento de bens e direitos, no prazo de 10 (dez) dias contado da data da ciência da decisão recorrida, nos termos dos arts. 56 a 65 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999".

42 A Lei nº 9.532, de 10.12.1997, não prevê qualquer recurso contra o arrolamento fiscal de bens e direitos, o que faz dela, ao menos nesse ponto, inconstitucional: "[...] o arrolamento fiscal, como previsto na Lei 9.532/97, é incompatível com o comando constitucional que garante a contraditório e a ampla defesa [...] e isso porque *simplesmente não há previsão legal de contraditório no arrolamento fiscal*". Rogério Pires da Silva, Arrolamento fiscal, **Revista dialética de direito tributário**, n. 73, p. 121. Em razão disso, com vistas à correção, é que por instrução normativa foi estabelecida a possibilidade de se apresentar recurso administrativo à União, no prazo de 10 dias, a

§ 1º O recurso será apreciado pelo chefe da divisão, do serviço, da seção ou do núcleo competente para realizar as atividades de controle e cobrança do crédito tributário da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo que, se não o acatar, o encaminhará ao titular da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 2º A decisão proferida pelo titular da unidade da RFB do domicílio tributário do sujeito passivo será definitiva na esfera administrativa.

[...]

JORGE ANTONIO DEHER RACHID

REFERÊNCIAS

ABRÃO. Carlos Henrique. **Da ação cautelar fiscal e do arrolamento de bens**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARRETO, Aires F.; BARRETO, Paulo Ayres. **Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2001.

CAVALCANTE. Mantovani Colares. O arrolamento fiscal como ato administrativo de múltiplos efeitos: a garantia da garantia da garantia do crédito tributário. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (presid.). SOUZA, Priscila (coord.). **Sistema tributário brasileiro e as relações internacionais**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 773-791. (X Congresso Nacional de Estudos Tributários).

contar da intimação do arrolamento fiscal de bens e direitos. Todavia, é recurso que se dá em instância única, o que permite continuar a questionar-se a observância do devido processo, por ausência de um duplo grau.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias**: teoria e análise de jurisprudência do STF. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Valterlei A. da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. **Lei de execução fiscal anotada**: segundo o novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GRECO, Marco Aurélio. Arrolamento fiscal e quebra de sigilo. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Processo administrativo fiscal**, v. 3. São Paulo: Dialética, 1998, p. 161-173.

MACHADO, Hugo de Brito. Arrolamento de bens do contribuinte. Exações com exigibilidade suspensa. O dever de fazer o arrolamento. Invalidez jurídica do procedimento. **Revista de direito tributário**, São Paulo: Malheiros, n. 82, p. 21-35, [2001?].

_____. O arrolamento de bens do contribuinte. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Processo administrativo fiscal**, v. 3. São Paulo: Dialética, 1998, p. 65-71.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2014.

MARTINS, Marcelo Guerra. Comentários aos arts. 194 a 200. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Código Tributário Nacional comentado**: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 991-1062 e 1116 a 1160 respectivamente.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Rogério Pires da. Arrolamento fiscal: algumas reflexões sobre a Lei 9.532/97. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo: Dialética, n. 73, p. 116-125, out. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 20.ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito. 2002.

Selo editorial



www.livroslegais.com.br



EDIÇÃO POR
DEMANDA

Produtora de Livros

www.edicaoordemanda.com.br

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR