



ANO 4 - NÚMERO 1 - MAIO 2019

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 4 - NÚMERO 1 - MAIO 2019

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



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

Cassio Lisandro Telles (Presidente)

Marilena Indira Winter (Vice-Presidente)

Rodrigo Sanchez Rios (Secretária-Geral)

Christhyanne Regina Bortolotto (Secretário-Geral Adjunto)

Henrique Gaede (Tesoureiro)

Alexandre Salomao (Diretor de Prerrogativas)

Escola Superior de Advocacia

Adriana D'Avila Oliveira (Coordenadora Geral da ESA-PR)

Marília Pedroso Xavier (Coordenadora de Direito Privado da ESA-PR)

Francisco Zardo (Coordenador de Direito Público da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Adriana D'Avila Oliveira

Fernando Previdi Motta

William Soares Pugliese

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Claudionor Siqueira Benite

Daniel Ferreira

Eduardo Talamini

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

Ernani Buchmann

Revisão

Ernani Buchmann, Fernando Previdi Motta e William Soares Pugliese

Diagramação

André Bichels

Endereço postal

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Escola Superior de Advocacia

Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú

80.540-340 – Curitiba - Paraná

Distribuição:

Gratuita

Versão eletrônica disponível para download

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

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 Fernando Previdi Motta, William Soares Pugliese, Adriana D'Ávila Oliveira -- v.4, n.1 (maio 2019) -- Curitiba: OABPR, 2019. 336 p.

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. Motta, Fernando Previdi. IV. Pugliese, William Soares. V. Oliveira, Adriana D'Ávila.

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – periódicos 340.05

Índice

PALAVRA DO PRESIDENTE	7
APRESENTAÇÃO.....	10
DOCTRINA	12
UMA ANÁLISE TEÓRICA E PRÁTICA ACERCA DA TITULARIDADE DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.....	13
Marcia Carla Pereira Ribeiro & Pedro Henrique Carvalho da Costa	
FUNÇÃO SOCIAL DA MICRO-EMPRESA	57
Consuelo Guasque	
UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O PODER DE INSTRUÇÃO DO MAGISTRADO..	93
Rosane Pabst Caldeira Smuczek	
PENHORA DE VENCIMENTOS (LATO SENSU) PARA RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	115
Alessandra Cortina Santos & Alexandre Barbosa da Silva	
ADVOCACIA DATIVA: NATUREZA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS DATIVOS E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS.	152
Sabrina Maria Fadel Becue	
A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA NA PRÁTICA EMPRESARIAL	172
Ana Paula de Oliveira & Dânton Zanetti & Flávio Santos Lima & Themis Ortega Sampaio	

**MECANISMOS ESPECÍFICOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL NA ÁREA DE DIREITO DE FAMÍLIA:
CONVENÇÕES DE HAIA E INTERAMERICANA..... 201**

Pierre Lourenço da Silva

**ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... 228**

Edgar Guimarães

**DA GARANTIA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS AINDA
NÃO-EXECUTADOS E A CERTIDÃO POSITIVA
COM EFEITO DE NEGATIVA 271**

Valterlei A. da Costa & Maurício Dalri Timm do Valle

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE..... 304

**REsp 1704520/MT - UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE
O ROL TAXATIVO MITIGADO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO . 305**

William Soares Pugliese

PALAVRA DO PRESIDENTE

Revista da ESA, marco da gestão

A Revista da ESA revelou-se uma importante iniciativa da OAB Paraná, colocando à disposição dos profissionais do Direito temas importantes para o exercício da advocacia. Essa é uma das principais funções da Ordem, a de facilitar o dia a dia da profissão, com doutrina e jurisprudência para que sejam compulsados e utilizados como referência – e a Revista da ESA mostra-se o veículo ideal para isso.

É parte integrante das ações da gestão, que pretende estar, em tempo integral, sintonizada com as reivindicações dos nossos inscritos. Vamos esquadrihar as comarcas paranaenses, indo a campo para conhecer as necessidades em cada canto do território do estado com a Caravana Paraná Total. A Revista da ESA também se insere nesse ideal de encontro com a advocacia, pois é uma forma de diálogo através da produção intelectual dos juristas que integram nossos quadros e outros que possuem afinidades com nossa instituição.

A Revista da ESA consolidou-se após três anos de edições ininterruptas. É hoje fonte de consulta, orientação e debate no cenário jurídico nacional. Abordando temas do cotidiano judicial e extrajudicial, vem contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e evolução da interpretação das normas legais.

Utilizaremos esse canal, além dos cursos presenciais e telepresenciais da ESA, e, também, as atividades nos grupos de estudos das diversas comissões, para buscar a abertura de novos mercados de trabalho para a advocacia, irradiando novos conhecimentos. O Direito está em transformação, a advocacia também; é fundamental que a OAB seja precursora e protagonista nestas mudanças e que instrumentos, como a revista, sirvam de alavanca para formar novas consciências sobre o mundo jurídico, passando pelas novas formas de solução de conflitos, e pelo estudo de novas áreas de atuação do profissional da advocacia.

Como disse Vinicius de Moraes, “a vida é a arte do encontro, embora haja tanto desencontro pela vida”. Nesta gestão da OAB Paraná que tenho a honra de encabeçar, vamos primar sempre pela arte do encontro.

Por isso, é que se pode afirmar que a Revista da ESA é um ato de gestão, materialização do conceito de “Encontro”. Nela os advogados encontram autores de reconhecido saber, encontram assuntos que lhes são úteis, encontram a disposição da Ordem em aprimorar

os conhecimentos jurídicos dos nossos advogados, fornecendo as ferramentas necessárias para tanto.

Boa leitura!

Cassio Lisandro Telles
Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

O filósofo e educador Rubem Alves, em inspirada e poética citação, cravou que “os conhecimentos nos dão os meios para viver, mas é a sabedoria que nos dá razões para viver” (in Paisagens da Alma, Ed. Planeta).

E, para quem abraçou o Direito como profissão e caminho de vida, tão fundamental como amearhar conhecimento (via incessante aprimoramento técnico) é buscar meios de se aproximar da sensibilidade que, na essência, nos ensina a saber ouvir e respeitar a opinião e o olhar do outro; e, mais que isso, a aprender com a divergência.

O respeito ao passado, que auxilia na troca de experiências, aliada ao estudo constante das mudanças legislativas, sociais e tecnológicas possibilitam que os advogados enfrentem, com segurança, as batalhas do dia a dia.

Assim, imbuídos do desejo de concorrer para a lapidação profissional e pessoal dos operadores do Direito é que (com imensa gratidão a todos os nossos cola-

boradores) apresentamos a edição inaugural de 2019 da Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia.

E o fazemos confiantes de que valorizando, enaltecendo e contando com a experiência e o trabalho daqueles que valorosamente nos antecederam podemos assim dar continuidade ao ideal abraçado pela OAB Paraná de permanentemente oferecer oportunidade de crescimento aos advogados; via instigação de verticalizado estudo, significativa reflexão, profícuo questionamento e, acima de tudo, de respeitoso debate de ideias, conceitos e pensamentos.

Boa leitura e excelente aproveitamento a todos.

Dra. Adriana D'Avila Oliveira

Dr. Fernando Previdi Motta

Dr. Willian Soares Pugliese

Coordenadores Científicos

DOCTRINA

UMA ANÁLISE TEÓRICA E PRÁTICA ACERCA DA TITULARIDADE DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Advogada. Professora Titular de Direito Societário da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora Associada de Direito Empresarial da Universidade Federal do Paraná. Doutora pela Universidade Federal do Paraná, com pós-doutorado pela Fundação Getúlio Vargas São Paulo e pela Universidade de Lisboa.

Pedro Henrique Carvalho da Costa

Advogado. Pós-Graduando em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Resumo: O artigo tem como objetivo discutir a titularidade da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI). Sabe-se que, ao ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 2011, muitos foram os questionamentos acerca dessa nova pessoa jurídica. As normas constantes do artigo 980-A do Código Civil (CC) se mostraram insuficientes e lacunosas, criando insegurança para os agentes econômicos brasileiros. Para se debater o cerne da questão, far-se-á um apanhado histórico das modalidades de limitação do patrimônio do empresário individual, verificando as vantagens e desvantagens de cada. Posteriormente, a EIRELI em si será abordada, tentando se identificar suas principais características, bem como algumas das principais incertezas e controvérsias. A questão da titularidade em si será então analisada, tomando como base as normas existentes no CC e da própria Constituição Federal. Considerando o princípio da legalidade, há de se concluir pela possibilidade de pessoas jurídicas também serem titulares de EIRELI, apesar de ir aparentemente de encontro com o propósito do novel instituto. Por fim, analisar-se-ão algumas questões práticas da EIRELI constituída por pessoa jurídica, como qual seria a função e como deveriam ser constituídas.

Palavras-chave: direito empresarial; direito societário; unipessoalidade; EIRELI; titularidade.

1. Introdução

A criação, em meados do século XIX, da espécie societária hodiernamente conhecida como sociedade limitada serviu em muito para estimular pequenos e médios empreendimentos, por uma maior simplicidade de constituição (quando comparada às sociedades anônimas) e pela vantagem da limitação de responsabilidade dos sócios (quando comparada às sociedades em nome coletivo). Para constituir uma sociedade limitada, porém, sempre foram necessárias ao menos duas pessoas. Desde então, autores vêm indagando essa necessidade, bem como se haveria métodos de o empresário individual também limitar sua responsabilidade quanto ao empreendimento, para poder agir com maior segurança.

O presente trabalho pretende analisar o modelo brasileiro de limitação de responsabilidade do empresário individual, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, conhecida pela alcunha de EIRELI; mais especificamente, a controvérsia acerca da possibilidade de ser constituída por pessoa jurídica.

Num primeiro momento, será feita uma retomada das teorias acerca da limitação da responsabilidade do empresário individual, tecendo breves considerações acerca de três modelos que se consagraram com o tempo: patrimônios de afetação, a criação de novas pessoas jurídicas e a aceitação de sociedades unipessoais. Posteriormente, a EIRELI será objeto de estudo, com base na

Lei 12.441/2011, que introduziu o artigo 980-A e seus seis parágrafos no Código Civil. A EIRELI, na qualidade de nova pessoa jurídica no sistema, foi resultado de um processo legislativo que unificou duas propostas distintas. Assim, apresenta características tanto de empresas personalizadas quanto de sociedades unipessoais.

Na sequência, buscar-se-á esclarecer se é possível que pessoas jurídicas sejam titulares de EIRELI. O novel instituto foi pensando, ao menos em sua gênese, para que o empresário individual pudesse ter maior segurança em seus negócios. A boa intenção do legislador, todavia, foi perdida em diversos requisitos (inclusive capital mínimo de 100 salários mínimos), bem como com a omissão da palavra “natural” após “pessoa” no caput do artigo 980-A. Assim, com base no princípio da legalidade, há de se considerar que é possível que pessoas jurídicas sejam titulares de EIRELI, ao menos enquanto perdurar a atual redação do artigo.

Por fim, examinar-se-ão algumas questões práticas acerca de EIRELI constituídas por pessoas jurídicas, encontrando utilidade similar a das subsidiárias integrais, tal qual o modelo previsto na Lei 6.404/1976, com o objetivo de isolar determinados negócios, concedendo independência patrimonial e negocial.

2. Limitação da responsabilidade do empresário individual

A discussão acerca da limitação da responsabilidade do empresário individual é tema relativamente recente na história do direito empresarial¹. Maneiras de proteger o patrimônio do empresário eram vistas de forma negativa, principalmente devido ao preconceito com a admissão de figuras atípicas como sociedades unipessoais ou empresas individuais de responsabilidade limitada².

A necessidade de associação a pelo menos uma outra pessoa para que se pudesse proteger o patrimônio, mediante a limitação de responsabilidade do empresário, acabou levando à proliferação de sociedades que possuíam um sócio “de mentira”, “prestanome”, que não atuam na sociedade, apenas emprestam seu nome para o que o efetivo empresário possa ter o benefício da limitação de responsabilidade³. A discussão pode ser remetida a, pelo menos, a segunda metade do século XIX na Inglaterra⁴. Após a criação das sociedades limitadas nesse Estado, em 1862, têm-se relatos de que, desde 1877, autores criticavam a necessidade da

1 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentário aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 121.

2 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p. 9.

3 ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*. Curitiba: Editora Juruá, 1996, pp. 16-17

4 SIDOU, J. M. Othon. *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 22.

existência de pelo menos dois sócios para a constituição de uma sociedade, notando uma incongruência em se permitir tal benefício – proteção patrimonial – para um grupo de pessoas, mas não para o empresário individual⁵

A doutrina passou, então, a defender a criação de sociedades unipessoais ou outras formas análogas que permitissem maior segurança para empresários em seus negócios, em diversas obras que defendiam essa tese entre as décadas de 1920 e 1950⁶. A adoção da unipessoalidade empresarial com limitação de responsabilidade pelas legislações foi lenta. O primeiro Estado que se tem informação de ter criado uma figura individual com responsabilidade limitada foi Liechtenstein, na década de 1920. Contudo, a fama deste país como paraíso fiscal fez com que outras nações não seguissem em seus passos imediatamente⁷.

Pode-se destacar três diferentes teorias que foram elaboradas para a temática: as teorias do patrimônio de afetação, a criação de empresas individuais de responsabilidade limitada – uma figura não-societária – e a aceitação de sociedades unipessoais⁸.

As teorias acerca do patrimônio de afetação surgem em meados do século XIX, na Alemanha⁹. Elas têm como fun-

5 Idem, p. 23

6 Idem, pp. 26-30.

7 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 9

8 Idem, p. 15.

9 Idem, p. 18.

damento uma crítica à concepção de pessoa jurídica existente à época, a qual, na esteira do que defendia Savigny, era tomada como um ser ficto, que não possuía capacidade plena, apenas patrimonial¹⁰. Para Brinz, um sujeito ficto somente poderia vir a ter relações fictas. Portanto, a solução não deveria ser a criação de um novo certo de imputação de deveres e possuidor de direitos, mas sim a separação e afetação de parte do patrimônio das pessoas naturais, eis que seriam os únicos sujeitos de direito que existem¹¹.

Essa teoria encontrou grande resistência no século XIX, uma vez que reinava o dogma da unicidade do patrimônio¹². Na cultura jurídica vigente à época, era impensável que uma pessoa possuísse mais de um patrimônio ou que o patrimônio fosse dividido em partes, cada uma com funções e atribuições distintas¹³. O modelo pressupõe a divisão do patrimônio com base no interesse do empresário, o que pode causar problemas¹⁴. Destaca-se que, não havendo duas pessoas distintas, a separação patrimonial nunca será totalmente efetiva, sendo mais dificultoso um controle

10 Idem, p. 16.

11 Idem, p. 18.

12 LYNCH, Maria Antonieta. O patrimônio de afetação e empresas individuais de responsabilidade limitada. *Revista de Direito Mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, vol. 148, out.-dez. 2007, p. 102

13 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 147.

14 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI): análise constitucional do instituto, unipessoalidade e mecanismos de controle de abusos e fraudes*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015, p. 63.

efetivo de fraudes e abusos. Da mesma forma, seria de difícil averiguação quais bens do empresário estariam afetados à empresa, o que prejudicaria credores. Além disso, não facilitaria o acesso do empresário a crédito, visto que não há a criação de um novo sujeito de direito¹⁵.

Ao lado dessa possibilidade, muitos sugeriram e teorizaram sobre a criação de entes não-societários como método de proteção do patrimônio do empresário individual¹⁶. A ideia seria a da personificação da própria empresa ou do estabelecimento na condição de nova pessoa jurídica¹⁷. Calixto Salomão Filho comenta que a criação de pessoas jurídicas não-societárias surgiu devido a um preconceito com a aceitação de sociedades unipessoais. A solução encontrada, então, seria menos traumática ao ordenamento jurídico, uma vez que não implicaria mudança de um dogma tão enraizado – a necessidade de pelo menos duas pessoas para formação de uma sociedade¹⁸.

A proximidade desse modelo com o regime das sociedades acaba sendo um de seus maiores problemas. Nos países que criaram novas pessoas jurídicas, acabou-se por criar um regime societário em tudo, menos no nome¹⁹. Em Portugal, Estado que optou pela via não-societária, criou-se a figura do Estabelecimento Individual de Responsabi-

15 Idem, pp. 63-64.

16 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 30.

17 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual...*, p. 55.

18 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 31.

19 Idem, p. 40.

lidade Limitada (EIRL) em 1986. Tratava-se, na realidade, de um patrimônio de afetação, não encontrando grande adesão entre os empresários do país²⁰.

A última solução possível seria a admissão de sociedades unipessoais. A primeira crítica ao modelo, conforme mencionado acima, é o preconceito em se admitir a existência de sociedades com apenas um sócio, o que iria contra a cultura jurídica estabelecida. Essa crítica tem como cerne o próprio conceito de sociedade. Se tomada como base a legislação brasileira²¹, por exemplo, não seria possível que se aceitassem sociedades com apenas um sócio.

A atual definição de sociedade, que não apresenta grandes variações em relação ao que era definido pelo Código Civil de 1916, é arcaica, não se coadunando com a realidade societária atual²². Teorias contemporâneas do direito societário permitem, sem qualquer engodo, as sociedades unipessoais. Calixto Salomão Filho define o contrato social como um contrato organização, diferente da concepção tradicional, do contrato plurilateral. Nas palavras do autor:

Organização, na acepção jurídica, significa a coordenação da influência (jurídica) recíproca entre atos. Ora, é evidente que, liberado do con-

20 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual...*, p. 81

21 Artigo 981 do Código Civil: Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

22 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa...*, p. 146.

ceito de direito subjetivo e preso ao de organização e identificado no ato de constituição de uma sociedade unipessoal um caráter organizativo, resulta admissível caracterizá-lo como contrato associativo ou de sociedade²³.

Entendendo-se o contrato social como ato de criação de um novo sujeito, uma organização, a qual mobilizará seu próprio patrimônio e possuirá vontade distinta dos sócios, a qual permitirá o controle de abusos e de conflito de interesses, sociedades unipessoais são plenamente admissíveis²⁴.

O modelo de sociedades unipessoais foi o que mais se consagrou no direito comparado²⁵. Especificamente na Europa, em 1989, foi editada a XII Diretiva da União Europeia, que, especificamente, previu que os Estados membros deveriam criar formas do empresário individual limitasse sua responsabilidade²⁶. Mesmo Portugal, que foi pioneiro em prever legalmente uma forma não-societária, criou, em 1996, a chamada sociedade unipessoal por quotas²⁷.

No Brasil, o registro mais antigo que se tem do debate remonta a 1947, quando foi apresentado um projeto de lei, do Deputado Freitas e Castro, que pretendia a criação da empresa individual de responsabilidade limitada. O projeto,

23 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 58.

24 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual...*, p. 70-71.

25 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa...*, p. 122.

26 ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais...*, p. 165.

27 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual...*, p. 82.

contudo, restou arquivado²⁸. O tema demorou mais tempo para se consagrar no país, devido à prevalência do dogma da unicidade patrimonial²⁹. Foi com o reconhecimento legal de determinados patrimônios de afetação, como o bem de família³⁰ e o sistema da Lei 9.514/1997, que criou o Sistema de Financiamento Imobiliário³¹, que a noção de que um sujeito somente pode possuir um patrimônio indistinto foi cedendo.

Até a edição da Lei 12.441/2011, apenas se permitia a unipessoalidade empresarial³² em dois casos: unipessoalidade superveniente por prazo determinado em sociedades limitadas³³ e anônimas³⁴, devendo a sociedade ser dissolvida em caso de não ser recomposta a pluralidade de sócios; e a criação de subsidiárias integrais, as quais possuem com único sócio outra sociedade brasileira³⁵.

28 SIDOU, J. M. Othon. *Empresa Individual...*, p. 25.

29 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 42.

30 LYNCH, Maria Antonieta. O patrimônio de afetação..., p. 107.

31 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo...*, p. 170.

32 O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) prevê, desde 2016, a possibilidade da criação de sociedades unipessoais de advocacia. Contudo, como se tratam de sociedades simples e não empresárias, não serão abordadas no presente trabalho.

33 Artigo 1.033 do Código Civil: Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

34 Artigo 206 da Lei 6.404/1976: Art. 206. Dissolve-se a companhia: I - de pleno direito: d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembléia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251;

35 Artigo 251 da Lei 6.406/1976. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

Em que pese acreditar-se que o país estava caminhando para o reconhecimento de sociedades unipessoais³⁶, a solução encontrada pelo legislador brasileiro foi um modelo híbrido, com características tanto de sociedades unipessoais quanto de empresas individuais³⁷.

3. Panorama atual da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, EIRELI, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.441/2011, oriunda do PL 4.605/2009 (BRASIL, 2009), de autoria do Deputado Marcos Montes (DEM-MG). Na justificativa do projeto de lei, o Deputado faz referência à experiência europeia na matéria, citando tanto a XII Diretiva da União Europeia quanto o modelo português não societário como sua influência. Além disso, também menciona a necessidade de criação de algum instituto desse tipo no Brasil, com o intuito de diminuir a quantidade de sociedades com sócios “faz de conta”, além de estimular pequenos empreendedores.

A partir da mencionada lei, empresários têm a opção de criar essa nova pessoa jurídica de forma a incorporar-se ao mercado formal, algo que muitos não faziam ou por não encontrarem um sócio ou por não quererem correr os

36 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 44.

37 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. FERRAZ, Fabio Garcia Leal. Análise e reflexões sobre o primeiro ano de vigência da EIRELI no Brasil. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, vol. 3/2014, mai. 2014, p. 41.

riscos de empreender sob firma individual, destituída de limitação de responsabilidade³⁸.

A inspiração no modelo português é nítida, inclusive pelo nome dos institutos (EIRL lá, EIRELI aqui), o que desperta certa curiosidade, vez que essa forma não-societária não encontrou grande sucesso naquele país³⁹. A nossa legislação, ainda, apresenta grande semelhança com a paraguaia, Estado no qual a empresa individual de responsabilidade limitada existe desde 1983. Uma nítida diferença, contudo, é a maior quantidade de dispositivos na legislação do Paraguai, guiando de forma mais completa os empresários ao criar pessoas jurídicas desse modelo⁴⁰.

No Brasil, o resultado final foi a aprovação de um novo artigo no Código Civil, com seis parágrafos. O *caput* do artigo 980-A⁴¹ traz as características básicas dessa nova figura: a criação de uma nova pessoa jurídica, cujo

38 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada no Brasil: Análise de mercado e perspectivas. In: BARACHO, Hertha U.; POMPEU, Gina Vidal M.; GONÇALVES, Everton das Neves (Orgs.). *Direito e economia I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 261.

39 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ADAMEK, Marcelo Vieira von. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei 12.441/2011): anotações. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, vol. 163, set.-dez. 2013, pp. 31.

40 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. FERRAZ, Fabio Garcia Leal. *Análise...*, p. 15.

41 Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

capital inicial deve ser de pelo menos 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país, sendo este concentrado nas mãos de apenas uma pessoa.

Importante dispositivo é o § 6º do artigo 980-A⁴², o qual prevê que à EIRELI se aplicam, subsidiariamente, as normas das sociedades limitadas. Em que pese a disciplina escassa, o trabalho de se averiguar quais são as normas das limitadas que se aplicam à EIRELI acaba por revelar serem poucas as disposições aplicáveis. As disposições relativas a quotas sociais e a deliberações sociais, por exemplo, são incompatíveis com a natureza da EIRELI. Podem ser pinçadas como incidentes, por sua vez, as normas que dizem respeito à administração, aumento ou diminuição do capital e acerca de dissolução do ente⁴³.

Outra importante disposição que deve valer para empresas individuais é a do artigo 1.052 do Código Civil⁴⁴, a qual prevê a responsabilidade solidária pela integralização do capital social nas sociedades limitadas. Portanto, o titular da EIRELI possui responsabilidade subsidiária perante às obrigações da pessoa jurídica, pela integralização do capital⁴⁵. Além das normas relativas a socieda-

42 § 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

43 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa...*, p. 141.

44 Artigo 1.052 do Código Civil: Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

45 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Empresa Individual...*, p. 50.

des limitadas, também devem ser observadas as normas que disciplinam a empresariedade, bem como acerca da capacidade empresarial, dispostas entre os artigos 966 a 980 do Código Civil⁴⁶. Assim, para ser titular de EIRELI, deve a pessoa ser capaz civilmente, bem como não possuir nenhum impedimento legal, nos moldes do artigo 972 do Código Civil⁴⁷, no que se refere à EIRELI constituída por empresário.

Norma peculiar é insculpida no § 5º do artigo 980-A⁴⁸, que prevê que a EIRELI pode ser constituída para prestação de serviços de qualquer natureza. Dessa forma, é possível a criação de EIRELI simples, para o exercício das atividades excluídas da empresariedade pelo parágrafo único do artigo 966 do Código Civil⁴⁹. Tem se assim o paradoxo da empresa individual de res-

46 BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado...*, p. 68

47 Artigo 972 do Código Civil: Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

48 § 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

49 Artigo 966 do Código Civil. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

ponsabilidade limitada não empresária⁵⁰.

Uma das principais críticas que se faz ao texto de lei aprovado é a exigência mínima de 100 (cem) salários mínimos para a sua constituição. Mostra-se incongruente com as propostas desse novo ente, como o incentivo à atividade empresarial, a exigência de capital mínimo tão elevado, o que acabou afastando empresários de constituírem EIRELI logo de início⁵¹. O regramento da EIRELI é muito lacunoso, tendo o legislador deixado muito dependente dos intérpretes e julgadores⁵².

Em que pese o louvável o esforço legislativo para suprir o atraso em que se encontrava a legislação pátria, o resultado deixou muito a desejar⁵³. A própria natureza do instituto não é clara ao se considerar as disposições do artigo 980-A. O *caput* faz referência à necessidade de o capital *social* ser de pelo menos 100 vezes o maior salário mínimo vigente. Da mesma forma, o § 3º, que fala da possibilidade de criação de EIRELI de forma derivada, menciona a concentração de quotas em um só sócio em *outra modalidade societária*. Há também de se mencio-

50 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Empresa não empresária: Um paradoxo a ser enfrentado. In: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. (Org.). Direito empresarial: Os novos enunciados da Justiça Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 177.

51 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. EIRELI..., p. 273.

52 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa...*, p. 124.

53 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ADAMEK, Marcelo Vieira von. Empresa Individual..., p. 32.

nar que, no projeto de lei originário, mencionava-se que “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único *sócio* (...)”. No projeto de lei, inclusive, as normas da Empresa Individual estariam no novo artigo 985-A, logo após as normas gerais acerca das sociedades. Em sua justificativa, é feita menção tanto a sociedades unipessoais quanto a empresas individuais de responsabilidade limitada, fazendo referência à experiência internacional. Todavia, ao final, menciona que “esperamos tanto nesta Casa para disciplinar *esse novo modelo de sociedade empresária* em nosso País”.

É importante destacar que a Lei 12.441/2011 foi o resultado da aglomeração de dois projetos de lei, o supracitado PL 4.605/2009, do qual a maior parte dos dispositivos se originou, e do PL 4.953/2009⁵⁴. Este, por sua vez, era muito mais robusto, buscando a inclusão de oito artigos novos no Código Civil, do 980-A ao 980-H. Mas a maior diferença era na natureza jurídica da proposta: a do PL 4.605/2009 buscava, mesmo que com uma nomenclatura distinta, a criação de um tipo de sociedade unipessoal; o PL 4.953/2009, por sua vez buscava a personificação do empreendimento, sob a alcunha de Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada (ERLI)⁵⁵. Os dois projetos foram apensados por terem a mesma temática⁵⁶.

54 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual...*, p. 133.

55 Idem, p. 118.

56 SAFFARO, Mateus Alves. TEIXEIRA, Tarcísio. A EIRELI e suas controvérsias pendentes. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, vol. 13,

A Lei 12.441/2011, resultante desse processo legislativo, apresenta características de ambos os projetos, incluindo a confusão terminológica. Realizando uma leitura sistemática do *caput* e de todos os parágrafos do artigo 980-A, Erasmo Valladão e Marcelo Adamek afirmam ser a EIRELI, na realidade, uma sociedade limitada unipessoal⁵⁷.

Essa posição, contudo, não é a majoritária na doutrina brasileira. Na V Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 469, o qual lê “*A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado*”. Similarmente, na I Jornada de Direito Comercial foi aprovado o Enunciado 3, postulando que “*A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária*”.

Alinhando-se a este segundo entendimento, Alfredo de Assis Gonçalves Neto nega ser a EIRELI um tipo societário, colocando-a entre o empresário individual e as sociedades empresárias⁵⁸. Da mesma forma, Haroldo Verçosa critica o que chama de “crise de identidade” dessa figura, ao usar inadequadamente termos referentes a sociedades, colocando-a também como um ente intermediário. Sua posição parece ser a mais coerente, visto que

jan.-fev. 2016, p. 80.

57 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Empresa Individual...*, p. 33.

58 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa...*, p. 127.

foi acrescentado um novo inciso ao artigo 44 do Código Civil, o qual lista as pessoas jurídicas de direito privado – quisesse o legislador que a EIRELI fosse uma espécie societária, não haveria necessidade para um novo inciso⁵⁹. Outro indicativo de que é a EIRELI não é sociedade pode decorrer de sua inclusão após o artigo 980 do Código Civil: caso o legislador tivesse a intenção de que fosse um tipo societário, teria a incluído no capítulo referente às sociedades⁶⁰ – o que era previsto no texto original do PL 4.605/2009⁶¹ e restou alterado na versão aprovada da Lei 12.441/2011. Ademais, nenhuma das espécies de sociedades existentes no ordenamento brasileiro possui a mesma limitação de apenas uma por pessoa natural titular⁶², indicando novamente se tratar de um ente distinto.

Para solucionar o estado caótico, há diversos projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados que buscam trazer mudanças na disciplina da EIREI. São eles: o PL 2.468/2011, que busca a redução de 100 salários mínimos para 50; o PL 6.698/2013, oriundo do PLS 96/2012, que busca extinguir qualquer exigência de capital para a constituição de empresas individuais, bem como a introdução de artigos que disciplinem sociedades limitadas unipes-

59 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 230

60 SAFFARO, Mateus Alves. TEIXEIRA, Tarcísio. A EIRELI..., p. 81.

61 LYNCH, Maria Antonieta. Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 40, out.-dez. 2009, pp. 222.

62 FARIA, Marina Zava de. Empresa Individual..., p. 155.

soais; e o PL 1.523/2015, que busca reduzir para 25 salários mínimos, mas apenas para EIRELI que tenham natureza simples, mantendo em 100 se for empresária, bem como permitindo de forma clara a criação tanto por pessoas naturais quanto por pessoas jurídicas.

Está em trâmite no Senado Federal, ainda, o PLS 10/2018, que busca a extinção de qualquer capital mínimo para a criação de uma EIRELI, bem como clarifica que ela pode ser constituída tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Importante também fazer referência ao Projeto de Novo Código Comercial, em trâmite no Senado Federal. Em que pese ser objeto de grandes discussões e controvérsias, as quais fogem do objeto do presente trabalho⁶³, é importante notar que não passou despercebido pelas discussões acerca da limitação de responsabilidade do empresário individual. No artigo 53 do Projeto lê-se: *“A empresa individual de responsabilidade limitada será exercida: I – pelo empresário individual em regime fiduciário; ou II – pela sociedade limitada unipessoal”*.

A EIRELI, como prevista atualmente, seria extinta, sendo aplicado à nova sociedade limitada unipessoal o mesmo regime das pluripessoais, apenas com as adaptações necessárias à unipessoalidade. Da proposta legislativa pode se extrair ao menos duas conclusões: a primeira, de que fi-

63 Apenas para ilustrar a discussão, vide: <https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2018/02/projetos-para-novo-codigo-comercial-causam-polemica.html> e <https://www.jota.info/justica/novo-codigo-comercial-necessario-ou-inefetivo-10102016>

nalmente ter-se-ia sociedades unipessoais originárias aceitas expressamente pela legislação pátria (além das já existentes subsidiárias integrais); a segunda, de que há uma perpetuação da confusão terminológica entre sociedade unipessoal e empresa individual de responsabilidade limitada, com o artigo tratando as duas figuras de forma unitária.

Todo esse cenário contribuiu para a lenta adoção da EIRELI por parte dos empresários brasileiros⁶⁴. No Estado de São Paulo, por exemplo, durante o primeiro ano de vigência da Lei 12.441/2011, entre 09/01/2012 a 09/01/2013, foram registradas 16.967 EIRELI na Junta Comercial do Estado de São Paulo⁶⁵. Em comparação, no mesmo período, houve o registro de 334.179 empresários individuais e 94.1163 sociedades limitadas. Destas sociedades, foi observado que em pelo menos 50% delas havia concentração de ao menos 80% do capital social nas mãos de um único sócio, o que poderia ser um indicativo de sociedades fictas⁶⁶

A EIRELI se mostra como modelo mais adequado para os empresários que se enquadram como Empresa de Pequeno Porte (com faturamento anual de pelo menos R\$ 360.000,00), pela possibilidade de adoção do Simples Nacional e de diversos outros benefícios. No seu primeiro ano de vigência, os locais nos quais se verificou maior registro

64 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. EIRELI..., p. 272.

65 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. FERRAZ, Fabio Garcia Leal. Análise..., p. 42.

66 Idem, pp. 44-40.

de EIRELI foram exatamente em nichos intermediários da economia, nos quais há predominância de empresas desse porte, como nos Estados de Goiás e Pernambuco⁶⁷.

No Estado do Paraná, durante o ano de 2012⁶⁸, foi registrado um total de 2.392 EIRELI na Junta Comercial do Paraná, ante a 19.348 empresários individuais e 28.774 sociedades limitadas, de um total de 51.743 empresas registradas. Os dados do Paraná, contudo, indicam que, conforme os anos foram passando, a EIRELI se tornou mais aceita entre os empresários locais. Observa-se que, em 2017⁶⁹, foram registrados 15.894 empresários individuais e 18.966 sociedades limitadas, comparadas a 7.738 EIRELI, de um total de 43.204 empresas. Assim, na medida que em 2012 as EIRELI representavam apenas 4,62% do total das empresas registradas, em 2017 já somam 17,91%. Por sua vez, os números de empresários individuais e de sociedades limitadas registradas sofreram quedas de 0,61 e 11,71 pontos percentuais, respectivamente.

Apesar dos percalços, a criação da EIRELI foi de alguma forma louvável, por introduzir no direito brasileiro um modelo, mesmo que de forma tardia⁷⁰, oferecendo aos

67 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. EIRELI..., p. 276.

68 Fonte: http://www.juntacomercial.pr.gov.br/arquivos/File/RELATORIOS_2012/constituicoes_site_dezembro2012.pdf. Acesso em 22 de julho de 2018.

69 Fonte: http://www.juntacomercial.pr.gov.br/arquivos/File/publicacoes/relatorios/rel_ag_2017.pdf. Acesso em 22 de julho de 2018.

70 ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. FERRAZ, Fabio Garcia Leal.

empresários uma figura que lhes traga segurança, com o consequente aumento de arrecadação estatal e geração de empregos formais⁷¹.

4. Titularidade da empresa individual da responsabilidade limitada

Dentre as diversas questões que não foram resolvidas pela Lei 12.441/2011 destaca-se a dúvida sobre quem pode ser titular de uma EIRELI. Por um lado, o artigo 980-A dispõe que *“A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”*, não discriminando entre pessoas naturais ou jurídicas. Ao mesmo tempo, seu § 2º traz uma limitação expressa em relação às pessoas naturais, que podem ser titulares de apenas uma pessoa jurídica dessa modalidade.

A falta de clareza na legislação levou a doutrina e a jurisprudência terem de preencher tal lacuna. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, realizando uma interpretação teleológica do artigo, afirma categoricamente que apenas pessoas naturais podem ser titulares de EIRELI, tendo em vista que o instituto foi criado com o objetivo de facili-

Análise..., p. 53.

71 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. EIRELI..., p. 279.

tar ao empresário individual empreender e organizar juridicamente sua atividade⁷². Considerando o *caput* e o § 2º, o raciocínio correto seria de que apenas pessoas naturais possam constituir esse ente, sob pena de se afrontar a coerência do sistema criado quando vocacionado a evitar possíveis fraudes e abusos com o uso da personalidade jurídica⁷³. A nova pessoa jurídica foi criada com o objetivo de auxiliar o empresário individual, o qual estava alheio a qualquer forma de limitação de responsabilidade, ao contrário do regime diferenciado que já existe para as pessoas jurídicas de direito privado⁷⁴. Esse foi o entendimento que prevaleceu inicialmente. Na IV Jornada de Direito Civil, a título de exemplo, foi aprovado o Enunciado 468, que prescreve: “*A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural*”.

Mais definitiva foi a edição da Instrução Normativa nº 10 de 2013 do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI). Nele, foram aprovados os manuais para a constituição de agentes econômicos, cujas normas devem ser observadas por todas as Juntas Comerciais no ato de registro. No ponto 1.2.11 do Manual da EIRELI, intitulado “Impedimento para ser titular”, havia uma vedação expressa para que pessoas jurídicas fossem titulares

72 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa...*, p. 129.

73 MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos controvertidos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIX, vol. 65, jan.-abr. 2015, p. 41.

74 LYNCH, Maria Antonieta. *Comentários...*, p. 223.

de EIRELI. A atuação do DREI não encontrou aceitação de toda a doutrina⁷⁵. Detratores argumentam que o órgão teria extrapolado de sua competência na condição de órgão administrativo, o qual pode apenas editar instruções normativas com o objetivo de fiel execução da lei, não criar restrições que não estariam nela presentes⁷⁶.

Desde então, foi recorrente a atuação de tribunais para que pessoas jurídicas pudessem também constituir EIRELI. O primeiro processo que tratou do tema foi o Mandado de Segurança 0054566-71.2012.8.19.0001, da 9ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, no qual a juíza Gisele Guida de Faria deferiu liminar⁷⁷ para determinar que a Junta Comercial do Rio de Janeiro arquivasse o ato constitutivo de uma EIRELI cujo titular era uma pessoa jurídica. A justificativa da magistrada foi exatamente a de que o DREI (à época Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC) extrapolou em sua competência, “não cabendo normatizar a matéria inserindo proibição não prevista em lei, que lhe é hierarquicamente superior, a qual se propôs a regulamentar”.

No Tribunal Regional da 4ª Região, igualmente, foi deferida medida liminar em mandado de segurança para

75 SAFFARO, Mateus Alves. TEIXEIRA, Tarcísio. A EIRELI..., p. 86.

76 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. EIRELI..., p. 265.

77 TJRJ – Decisão liminar no Mandado de Segurança 0054566-71.2012.8.19.0001, 9ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, Juíza: Gisele Guida de Faria, proferida em 07/03/2012, publicada em 13/03/2012.

que a Receita Federal suspendesse exigência de que uma empresa constituída sob a forma de EIRELI alterasse seu quadro social, constituído por uma pessoa jurídica⁷⁸. Entre 2012 e 2014, foram realizados três julgamentos no Tribunal Regional Federal da 5ª Região com essa temática⁷⁹⁸⁰⁸¹. A jurisprudência desse tribunal pacificou-se no sentido de que a Instrução Normativa havia ultrapassado a competência do órgão, sendo ilegal a vedação imposta.

Marlon Tomazette alinha seu entendimento com a jurisprudência, afirmando que, apesar de ser um instituto mais útil a pessoas naturais, não há justificativa para vedar que pessoas jurídicas constituam EIRELI em face da redação do artigo 980-A. Ainda, a redação do § 2º, ao invés de indicar apenas a possibilidade de pessoas naturais serem titulares, na realidade indicaria esta não ser a única possibilidade, por criar uma restrição apenas às pessoas naturais, mas não às jurídicas⁸². Erasmo Valladão e Marcelo Adamek, alinhando-se a essa corrente, advertem que nos casos em que o Código Civil pretende que apenas pessoas

78 TRF-4 – Reexame Necessário 5000906-97.2017.4.04.7003, Relatora: Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, 4ª Turma, julgamento em 04/07/2018.

79 TRF-5 – Agravo de Instrumento 0800203-30.2012.4.05.0000, Relator: Des. Federal Lazaro Guimarães, 1ª Turma, julgamento em 06/11/2012.

80 TRF-5 – Apelação 0800278-98.2012.4.05.8300, Relator: Des. Federal Lazaro Guimarães, 4ª Turma, julgamento em 19/03/2013.

81 TRF-5 – Apelação/Reexame Necessário 0802826-80.2013.4.05.8100, Relator: Des. Federal Manoel Erhardt, 1ª Turma, julgamento em 15/05/2014.

82 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 67.

naturais ou jurídicas exerçam determinado direito deixou plenamente discriminado; quando não o fez, é porque não pretende qualquer distinção⁸³.

Há de se levar em conta, igualmente, que a EIRELI tinha como objetivo o incentivo ao exercício da atividade empresarial, indo de encontro ao princípio da livre-iniciativa uma vedação não prevista em lei que resulta em empresários se afastando do instituto⁸⁴. Incongruência também era verificada quanto às EIRELI simples. Por ser a normativa do DREI apenas observável pelas Juntas Comerciais, os Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas permitiam a criação de empresas individuais por outras pessoas jurídicas. Era permitido, inclusive, que uma EIRELI simples fosse titular de outra EIRELI simples⁸⁵.

A mais severa crítica, contudo, parece ser daqueles que afirmam ter o DREI incorrido em violação ao princípio da legalidade, vez que introduziu uma vedação que não era existente em lei, de forma contrária ao próprio tex-

83 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Empresa Individual...*, p. 36.

84 FARIA, Marina Zava de. *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) como mecanismo de efetivação do princípio da livre-iniciativa*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 79, jan.-mar. 2018, p. 157,

85 CATEB, Alexandre Bueno. DIAS, Cristiano Cardoso. *A exigência de capital social mínimo ao empresário individual de responsabilidade limitada*. *Economic Analysis of Law Review*, vol. 6, nº 1, jan.-jun. 2015, p. 25.

to constitucional^{86 87}. Esse foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região ao julgar apelação em mandado de segurança que discutia a matéria⁸⁸, autorizando o arquivamento de alteração contratual contrária à resolução do Departamento à época.

A confusão existente pode, novamente, ser atribuída à vagueza das normas da Lei 12.441/2011. A redação original do PL 4.605/2009 era expressa ao prever que “*A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural (...)*”. Da mesma forma, dispunha “*Qualquer pessoa física que atenda ao disposto no art. 972, que exerça ou deseje exercer, profissionalmente, a atividade de empresário, poderá constituir Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada (ERLI)*”. O texto legislativo aprovado, contudo, suprimiu a palavra “natural”, dando origem à presente discussão.

No direito comparado, a empresa individual de responsabilidade limitada tende a ser permitida apenas para comerciantes individuais. No Paraguai, a Lei 1.034/1983

86 Artigo 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

87 SAFFARO, Mateus Alves. TEIXEIRA, Tarcísio. A EIRELI..., p. 87.

88 TRF-3 – Apelação Cível e Reexame Necessário 0014472-29.2014.4.03.6100, Relator: Des. Federal Peixoto Junior, julgamento em 19/06/2018, publicação em 28/06/2018.

dispõe, em seu artigo 15, que: *“Toda persona física capaz de ejercer el comercio podrá constituir empresas individuales de responsabilidad limitada, asignándoles un capital determinado (...)”*⁸⁹. No Peru, o Decreto-Lei 21.621/1976 similarmente é categórico em seu artigo 4º, ao postular que: *“Sólo las personas naturales pueden constituir o ser Titulares de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada”*⁹⁰. O Chile não foge da tendência. O diploma legal neste Estado, a Lei 19.857, em seu artigo 1º, dispõe que: *“Se autoriza a toda persona natural el establecimiento de empresas individuales de responsabilidad limitada, con sujeción a las normas de esta ley”*⁹¹. Por fim, em Portugal, o Decreto-Lei 248/1986, que instituiu o EIRL, também coloca em seu artigo 1º essa especificação, lendo: *“1 - Qualquer pessoa singular que exerça ou pretenda exercer uma actividade comercial pode constituir para o efeito um estabelecimento individual de responsabilidade limitada”*.

Entretanto, apesar de parecer incongruente com a proposta do instituto, bem como não encontrando nenhum paralelo em outros Estados pesquisados, há de se concluir pela possibilidade de que pessoas jurídicas constituam em-

89 Tradução livre: “Toda pessoa física capaz de exercer o comércio poderá constituir empresas individuais de responsabilidade limitada, atribuindo-a um capital determinado (...)”

90 Tradução livre: “Apenas as pessoas naturais podem constituir ou ser titulares de Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada”.

91 Tradução livre: “É autorizado à toda pessoa natural o estabelecimento de empresas individuais de responsabilidade limitada, sujeito às normas desta lei”.

presas individuais de responsabilidade limitada no Brasil, ante a atual redação do artigo 980-A. A argumentação mais forte parece ser a de que o DREI teria violado o princípio da legalidade ao introduzir uma proibição não prevista em lei. De fato, é no mínimo questionável que o Departamento possuísse competência para editar tal limitação, considerando sua função de regulamentar a operacionalização de leis comerciais⁹². Não é possível que um órgão administrativo emita norma com o condão de restringir norma hierarquicamente superior⁹³.

A competência do órgão está disposta na Lei 8.934/1994, que trata do Registro Público de Empresas Mercantis e do extinto DNRC, bem como no Decreto 8.001/2013, que transformou o DNRC no atual DREI. Ao passo que o artigo 4º da Lei 8.934/1994⁹⁴ lista, dentre as atribuições do órgão, a consolidação de normas e diretrizes para o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e a solução de dúvidas acerca da interpretação das leis comerciais, não se pode interpretar tal norma com o intuito de criar restrições não previstas em lei a direitos dos particulares, sob risco de afronta ao princípio da legalidade.

92 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. EIRELI..., p. 276.

93 CATEB, Alexandre Bueno. DIAS, Cristiano Cardoso. A exigência..., p. 25.

94 Artigo 4º da Lei 8.934/1994. O Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), criado pelos arts. 17, II, e 20 da Lei nº 4.048, de 29 de dezembro de 1961, órgão integrante do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, tem por finalidade.

Uma interpretação do artigo 980-A à luz das normas constitucionais, levando em conta não apenas o princípio da legalidade, mas também o da livre concorrência, leva inexoravelmente à conclusão de que é plenamente possível que pessoas jurídicas constituam EIRELI⁹⁵.

Visando a corrigir esse problema, o Departamento retratou seu entendimento em março de 2017, com a nova edição do Manual da EIRELI, aprovado pela Instrução Normativa nº 38. Além de corrigir vício de ilegalidade, outra mudança positiva está na padronização dos procedimentos adotados pelas Juntas Comerciais, vez que agora não haverá divergência em como agir perante essa situação, nem necessidade de acionar o Poder Judiciário. Inicialmente, a Instrução Normativa nº 38 aplicou às pessoas jurídicas a mesma vedação das pessoas naturais, de poderem figurar em apenas uma EIRELI. Tal entendimento foi revisto na recente Instrução Normativa nº 47 de agosto de 2018, permitindo que pessoas jurídicas figurem em mais de uma. Essa revisão de entendimento foi novamente positiva, visto que o Departamento havia criado nova vedação não prevista em lei, afrontando mais uma vez o princípio da legalidade. Ainda, essa ampliação da quantidade de EIRELI que uma sociedade pode constituir poderá ser de grande utilidade, conforme será exposto mais à frente.

A discussão não foi despercebida pelo Poder Legislativo. De todos os projetos de lei citados anteriormente,

95 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual...*, p. 196.

apenas um não busca melhor disciplinar a questão da titularidade da EIRELI. O PLS 10/2018 tem como único objetivo a modificação do artigo 980-A, com a discriminação de que pessoas naturais e jurídicas podem constituir esse ente, bem como estendendo a limitação do parágrafo 2º para pessoas jurídicas também. O PL 1.523/2015, por sua vez, além de buscar a redução do capital mínimo exigido quando de sua inscrição, também discrimina a possibilidade de a EIRELI poder ser constituída tanto por pessoas naturais quanto por pessoas jurídicas. Por último, o PL 6.698/2013 apresenta uma proposta mais robusta. Ao contrário dos outros, este pretende a limitação de que apenas pessoas naturais possam ser titulares de EIRELI; ao mesmo tempo, busca a inclusão de artigos 1.087-A à 1.087-F no Código Civil, que dispõem sobre a chamada Sociedade Limitada Unipessoal.

Esse último projeto de lei parece ser o mais interessante, por deixar a EIRELI apenas para pessoas naturais, em consonância com o direito comparado e com o objetivo precípua dessa pessoa jurídica, mas criando a possibilidade de constituição da nova sociedade limitada unipessoal por pessoas jurídicas, com objetivo de organizarem seus negócios.

5. Questões práticas acerca da eireli constituída por pessoa jurídica

Sendo plenamente possível que pessoas jurídicas sejam titulares de EIRELI (ao menos no atual momento legis-

lativo), torna-se necessário realizar alguns apontamentos de ordem prática. O principal uso da formação de EIRELI por uma pessoa jurídica seria para isolar determinados negócios de risco, criando um espaço específico e mais propício para esses novos empreendimentos⁹⁶. Função muito similar àquela da subsidiária integral, figura societária unipessoal prevista no artigo 251 da Lei 6.404/1976.

Trata-se de técnica de controle societário na qual uma sociedade anônima é constituída (de forma originária ou derivada) tendo como único acionista outra sociedade brasileira. Destaca-se parte do patrimônio da sociedade controladora, personificando-o e outorgando-o um destino específico⁹⁷.

Calixto Salomão Filho sintetiza a utilidade dessa figura:

A sua utilidade maior está [...] na possibilidade de criação de um *profit center* juridicamente autônomo sobre cuja administração o “sócio” tenha controle absoluto, podendo determinar livremente o fluxo de recursos no interior do grupo de sociedade⁹⁸.

A subsidiária integral se mostrou instrumento muito útil, permitindo a personificação de determinados departamentos de uma empresa, tornando-os centros indepen-

96 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Empresa Individual...*, p. 37.

97 ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais...*, p. 147.

98 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 18.

denes de gestão⁹⁹, levando a uma maior dinamização do grupo societário formado. Ao mesmo tempo, por ser sociedade anônima, ela deve ter órgãos de administração bem definidos¹⁰⁰ e, para proteger o interesse de credores, um conselho fiscal¹⁰¹.

Uma sociedade que constitua uma EIRELI para explorar determinada atividade, por sua vez, possuiria maior liberdade em sua organização interna, tendo em vista a ausência de normas específicas no artigo 980-A, bem como a maior flexibilidade nas normas das sociedades limitadas, aplicadas subsidiariamente. Assim, uma EIRELI subsidiária, com menor burocracia para sua constituição, pode ser mais útil a pequenos e médios empreendimentos¹⁰²; exatamente os que podem fazer melhor uso desse instituto¹⁰³.

Assim, uma sociedade, nacional ou internacional, segundo a IN DREI 38 de 2017, pode se valer de uma EIRELI, na condição de pessoa jurídica unipessoal, para isolar parte de seu patrimônio com o objetivo de explorar determinada atividade econômica relacionada com o objeto da sociedade controladora. A vantagem é evidente: caso o negócio da EIRELI não prospere, a pessoa jurídica

99 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada, volume IV*. 2ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2015, p. 282.

100 Idem, p. 287.

101 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 219.

102 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual...*, p. 198

103 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. *EIRELI...*, p. 276.

titular não teria seu próprio patrimônio afetado. Sociedades estrangeiras que queiram investir no Brasil parecem particularmente beneficiadas, por não ser possível que constituam subsidiárias integrais.

Agora, possuem um mecanismo para isolar parte de seu patrimônio e atuar no país, além de não precisarem passar pelo regramento burocrático e complexo das normas editadas pelo DNRC para atuação de sociedades estrangeiras no país¹⁰⁴. Considerando que a EIRELI foi criada também como instrumento de tutela da livre iniciativa e de estímulo ao empreendedorismo¹⁰⁵, não há que se falar em qualquer ameaça à ordem econômica constitucional a permissão de sociedades estrangeiras investirem no país sob esse modelo¹⁰⁶.

Um dos motivos que levou parte da doutrina à relutância em aceitar essa possibilidade era um receio de que pudesse servir de palco para fraudes¹⁰⁷. Erasmo Valladão e Marcelo Adamek rebatem esse argumento afirmando que não se pode realizar esse julgamento *a priori* apenas por causa da unipessoalidade, por não haver distinção entre as fraudes que podem ser praticadas por pessoas jurídicas pluripessoais¹⁰⁸. Ainda, os autores destacam que não

104 Idem, p. 275.

105 TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual...*, p. 196.

106 Idem, p. 202.

107 SAFFARO, Mateus Alves. TEIXEIRA, Tarcísio. *A EIRELI...*, p. 87.

108 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Empresa Individual...*, p. 36.

é possível falar em finalidade preordenada para a EIRELI, possuindo diversas outras vantagens além da limitação de responsabilidade do titular, como maior facilidade na sucessão em caso de falecimento do titular. Assim, não seria correto alegar desvirtuamento do instituto¹⁰⁹.

De todo modo, ao comparar com a disciplina das subsidiárias integrais, é forçoso concluir que estas apresentam uma estrutura com menor potencial de fraudes, considerando sua composição mais complexa. O legislador falhou quanto à proteção de terceiros nas regras da EIRELI, não prevendo mecanismos suficientes de publicidade de seus atos e de proteção de credores¹¹⁰. Dessa forma, apesar de não haver previsão legal específica, parece interessante, para proteger interesse dos credores e evitar ser usada como potencial instrumento de fraudes, que também a EIRELI subsidiária possuísse conselho fiscal.

A Instrução Normativa nº 38 de 2017 do DREI não prevê um rito específico para que pessoas jurídicas constituam uma EIRELI. Parece razoável, contudo, que essa decisão passe pela respectiva assembleia ou reunião de sócios. Não parece ser diligente a outorga, ao administrador, de poderes para determinar a abertura ou não de subsidiária

109 Idem, p. 38.

110 HÜBERT, Ivens Henrique. Sociedade unipessoal e capital social mínimo – a EIRELI e o tema da proteção de credores: perspectivas a partir de uma análise comparativa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. RIBEIRO, Maria de Fátima (orgs.). *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 434-435.

rias, uma vez que isso implicaria a transferência de, ao menos, 100 salários-mínimos (equivalente a R\$ 95.400,00¹¹¹, em 2018) do patrimônio da controladora para um novo negócio, ainda incerto de se irá prosperar. Assim, no momento de registro da EIRELI, a sociedade deve indicar no ato constitutivo a realização de deliberação com esse propósito, indicando o número de arquivamento da ata na respectiva Junta Comercial ou juntando cópia desta.

Da mesma forma que a subsidiária integral, que pode ser criada de forma originária ou mediante a incorporação de todas as ações de uma determinada sociedade nas mãos de sociedade brasileira, a EIRELI subsidiária pode ser constituída de forma originária, caso a sociedade deseje criar um centro autônomo de imputação de responsabilidade para a exploração de determinada atividade, ou mediante a concentração de todas suas quotas em um sócio apenas.

Essa possibilidade é ainda mais aparente mediante uma leitura sistêmica do Código Civil, especificamente do parágrafo único do artigo 1.033¹¹², uma vez que a sociedade em questão poderia ter como único sócio outra sociedade. Nessa hipótese, a conversão em EIRELI evitaria a dissolução da sociedade. Caso o capital social da sociedade em

111 Decreto nº 9.255, de 29 de dezembro de 2017.

112 Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

questão seja inferior a 100 (cem) salários-mínimos, deverá integralizar quantia de forma a completar o mínimo legal¹¹³.

Por fim, apesar de haver discordância doutrinária acerca da necessidade de a EIRELI realizar assembleias¹¹⁴, a posição de Calixto Salomão Filho quanto à obrigatoriedade de realização de assembleias-gerais nas subsidiárias integrais parece aplicável à presente discussão. O autor defende que as questões que seriam de competência da assembleia-geral da subsidiária sejam avocadas pelo respectivo órgão da controladora, para evitar conflito de interesses dentro do grupo de sociedades. Isso seria especialmente importante em subsidiárias criadas via incorporação das ações de sociedade já existente, na qual os acionistas da incorporada podem ter interesse na tomada de decisões da controladora¹¹⁵.

Não parece haver motivo para conclusão diferente quanto à EIRELI subsidiária, devendo as matérias descritas no artigo 1.071 do Código Civil¹¹⁶, bem como outras

113 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa...*, p. 328.

114 Alfredo de Assis Gonçalves Neto entende que apenas devem se aplicar as normas referentes a deliberações sociais caso o ato constitutivo da EIRELI preveja expressamente (GONÇALVES NETO, 2016, p. 141). Erasmo Valladão e Marcelo Adamek, por sua vez, entendem que essas normas estão no rol das normas das sociedades limitadas aplicáveis subsidiariamente às empresas individuais de responsabilidade limitada, inclusive com a possibilidade de assembleias de um só sócio, comparando com a própria subsidiária íntegra (FRANÇA; ADAMEK, 2012, p. 48).

115 SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade...*, p. 224.

116 Art. 1.071 do Código Civil. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: I - a aprovação das

eventuais previstas em seu ato constitutivo, serem levadas à reunião ou assembleia da controladora para deliberação. Dessa forma, os rumos da subsidiária estarão de acordo com a vontade da sociedade titular.

6. Considerações finais

No presente trabalho, foi possível realizar um breve estudo da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e de uma de suas principais controvérsias, acerca de sua titularidade.

Ao analisar o tema da limitação da responsabilidade do empresário individual, foi percebido que isso possuía duas funções principais: a proteção do patrimônio do empresário individual, para que possa empreender sem ter de arriscar todos seus bens; bem como a tentativa de eliminar sociedades fictas, nas quais a pluralidade de sócios é apenas aparente, para obtenção do registro e da limitação de responsabilidade do verdadeiro empresário. Foram estudadas três formas para tal fim: o uso de patrimônios de afetação; a personificação da empresa; e a aceitação de sociedades unipessoais, todos com suas vantagens e desvantagens. Em que pese na maior parte dos Estados

contas da administração; II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado; III - a destituição dos administradores; IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato; V - a modificação do contrato social; VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação; VII - a nomeação e destituição dos liquidantes e o julgamento das suas contas; VIII - o pedido de concordata.

ter prevalecido a aceitação de sociedades unipessoais, no Brasil o legislador optou por uma figura híbrida, com características tanto de sociedades unipessoais quanto de empresas personificadas.

A EIRELI, em que pese finalmente introduzir essa possibilidade no direito brasileiro, apresenta uma quantidade considerável de contradições e de escolhas ruins em suas normas, como a necessidade de pelo menos 100 salários mínimos para ser constituída. Esse requisito contribuiu para a lenta adoção da nova pessoa jurídica por parte dos empresários brasileiros.

A ausência de clareza acerca da possibilidade de pessoas jurídicas serem titulares de EIRELI levou a posições contrárias na doutrina, prevalecendo, inicialmente, que apenas pessoas naturais as pudessem constituir. Esse, inclusive, foi o posicionamento adotado pelo DREI, que vedava que pessoas jurídicas constituíssem EIRELI. Após grandes críticas doutrinárias, bem como uma jurisprudência combativa que autorizava o arquivamento de atos constitutivos por parte de pessoas jurídicas, o DREI mudou seu entendimento em 2017.

De fato, há de se concluir que não apenas pessoas naturais possam ser titulares dessa novel pessoa jurídica, ante ausência de vedação legal, sob risco de violação do princípio da legalidade caso criada alguma proibição infra legal. O principal uso de EIRELI para sociedades é a organização de grupos societários, tal como a utilidade de sub-

sidiárias integrais. Portanto, apesar da ausência de normas específicas, devem ser observadas as peculiaridades das subsidiárias integrais, como seu método de constituição e suas deliberações sociais.

O futuro, todavia, é incerto, uma vez que há diversos projetos de lei em trâmite cujo objeto é a mudança das normas da EIRELI. Espera-se que os legisladores aprovem leis que tragam maior segurança para os agentes econômicos, aperfeiçoando as normas já existentes, seja com uma previsão expressa de que pessoas jurídicas também podem ser titulares de EIRELI, seja criando sociedades limitadas unipessoais e mantendo a EIRELI exclusiva para pessoas naturais.

Referências bibliográficas

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. FERRAZ, Fabio Garcia Leal. Análise e reflexões sobre o primeiro ano de vigência da EIRELI no Brasil. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, vol. 3/2014, mai. 2014, p. 39.

BERTOLDI, Marcelo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CATEB, Alexandre Bueno. DIAS, Cristiano Cardoso. A exigência de capital social mínimo ao empresário individual de responsabilidade limitada. *Economic Analysis of Law Review*, vol. 6, nº 1, jan.-jun. 2015, pp. 23-33.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada, volume IV*. 2ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2015.

FARIA, Marina Zava de. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) como mecanismo de efetivação do princípio da livre-iniciativa. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 79, jan.-mar. 2018, pp. 143-168.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. ADAMEK, Marcelo Vieira von. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Lei 12.441/2011): anotações. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, vol. 163, set.-dez. 2013, pp. 29-56.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentário aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

HÜBERT, Ivens Henrique. Sociedade unipessoal e capital social mínimo – a EIRELI e o tema da proteção de credores: perspectivas a partir de uma análise comparativa. In: COELHO, Fábio Ulhoa. RIBEIRO, Maria de Fátima (orgs.). *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2012.

ISFER, Edson. *Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada*. Curitiba: Editora Juruá, 1996.

LYNCH, Maria Antonieta. O patrimônio de afetação e empresas individuais de responsabilidade limitada. *Re-*

vista de Direito Mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, vol. 148, out.-dez. 2007, pp. 100-108.

_____. Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, vol. 40, out.-dez. 2009, pp. 215-236.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos controvertidos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIX, vol. 65, jan.-abr. 2015, pp. 38-46.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Empresa não empresária: Um paradoxo a ser enfrentado. In: KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. (Org.). *Direito empresarial: Os novos enunciados da Justiça Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 159-180.

_____. CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos. EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada no Brasil: Análise de mercado e perspectivas. In: BARACHO, Hertha U.; POMPEU, Gina Vidal M.; GONÇALVES, Everton das Neves (Orgs.). *Direito e economia I*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 259-281.

SAFFARO, Mateus Alves. TEIXEIRA, Tarcísio. A EIRELI e suas controvérsias pendentes. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, vol. 13, jan.-fev. 2016, pp. 79-102.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

_____. *O Novo Direito Societário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SIDOU, J. M. Othon. *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, vol. 1*. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI): análise constitucional do instituto, unipessoalidade e mecanismos de controle de abusos e fraudes*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2015.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Direito comercial: teoria geral*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FUNÇÃO SOCIAL DA MICRO-EMPRESA

Consuelo Guasque

Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Pós-graduada em Direito Tributário e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (Brasil). Professora na Universidade UNOPAR Ponta Grossa e Advogada na empresa Guasque & Advogados Associados. E-mail: consuelo@guasque.adv.br. *Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/0919276048505350>.

Resumo: As pequenas empresas possuem estrondosa importância econômica e social, sendo responsáveis por mais da metade dos postos de trabalho no Brasil. Entretanto, é notória a dificuldade que esse segmento encontra para se firmar na economia frente à forte concorrência das grandes empresas que produzem em larga escala. A dificuldade é tanta, que a própria Constituição Federal do Brasil de 1988 prevê a necessidade da concessão de um tratamento jurídico diferenciado ao setor. Devido ao fenômeno da globali-

zação e à integração dos países, ocorreu a relativização das fronteiras nacionais e a formação de parcerias de forma regionalizada, dando surgimento aos chamados ‘blocos econômicos’ - inclusive o MERCOSUL. Nesse viés, surge uma grande oportunidade de expansão de mercado para as pequenas empresas brasileiras, na medida em que o País formou relações privilegiadas com os países membros e associados do respectivo Bloco Econômico. Ocorre que, passados mais de 20 anos da sua formação, não se verificou grande melhoria no setor, especialmente em relação às exportações. Em razão disso, e também pela União Europeia contar com uma participação muito maior das pequenas empresas em sua economia interna e externa, buscou-se realizar um comparativo entre ambos os Blocos Econômicos no tocante às legislações vigentes, nas medidas governamentais adotadas e no tratamento diferenciado dispensado ao setor. Desta maneira, aferir-se-á possíveis melhorias passíveis de implementação pelo Brasil e pelo MERCOSUL para a melhor integração das pequenas empresas em âmbito internacional.

Palavras chaves: Microempresa; Empresa de Pequeno Porte; Pequenas Empresas; MERCOSUL.

1. Introdução

A pequena empresa¹ é um dos maiores pilares da economia de qualquer país, primordialmente em países que visam um crescente desenvolvimento social, uma vez que o investimento maciço nesse setor, o tratamento legal diferenciado e os benefícios governamentais são fundamentais para a redução dos índices de desemprego e para distribuir a renda de forma mais equânime.

Esse setor é um efetivo motor na geração de empregos, sendo responsável direto por pelo menos metade das vagas de empregos formais no Brasil. Além disso, responde por 20% do Produto Interno Bruto - PIB nacional, o que significa um número relativamente baixo levando em consideração que mais de 99% das empresas brasileiras se enquadram neste perfil, conforme dados do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE.

1 Esse termo possui diversas definições, muitas vezes baseadas em números de funcionários, vendas ou ativos. No presente trabalho adota-se esse termo para definir MPE utilizando-se o critério da receita bruta, definindo a microempresa como sociedade empresária, sociedade simples, empresa individual de responsabilidade ilimitada e o empresário, devidamente registrados nos órgãos competentes, que aufera em cada ano calendário, a receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); se a receita bruta anual for superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), a sociedade será enquadrada como empresa de pequeno porte, valores esses referentes às receitas obtidas no mercado nacional. A empresa de pequeno porte não perderá o seu enquadramento se obter adicionais de receita de exportação, até o limite de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) – fonte SEBRAE – 04/2016.

O ingresso do fenômeno da globalização e a consequente formação dos blocos econômicos oportunizou às pequenas empresas fruírem de benefícios derivados dessa integração que uniu mercados nacionais, reduziu as barreiras alfandegárias e disponibilizou grande fluxo de capitais e informações.

Nessa conjuntura, aparecem algumas perspectivas de progresso para as pequenas empresas brasileiras com a formação do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, no sentido de expandirem seus negócios a nível internacional, melhorarem a qualidade dos produtos, diminuírem o custo da sua produção, além de aumentarem seu lucro e solidificarem-se no mercado mundial.

O objetivo deste trabalho é realizar uma reflexão sobre a legislação nacional específica acerca das pequenas empresas; sobre a importância de conceder um tratamento diferenciado ao setor; sobre as oportunidades que surgem com a integralização dos países e com a formação do MERCOSUL. Por fim, buscou-se fazer um paralelo com a União Europeia - UE para aferir as melhorias que podem ser implementadas com base nas experiências de economias mais desenvolvidas e igualitárias.

No tocante ao método, será utilizada a metodologia dialética, numa tentativa de realizar uma reflexão sobre a inserção das pequenas empresas no MERCOSUL, buscando soluções lógicas para incentivar o setor no processo de integração dos países com base nas tentativas exitosas obtidas pela União Europeia.

A seção 2 inicia-se dispendo sobre a conceituação da pequena empresa, o histórico da legislação específica no Brasil e a subdivisão que é realizada, que desdobra o setor em microempresas e empresas de pequeno porte. Em seguida, aborda a questão do tratamento diferenciado dispensado pela legislação nacional e pelos órgãos governamentais, e, ainda, discorre sobre a importância que o setor possui frente ao aspecto econômico e social. Esse capítulo teve como base as obras de Elisabete Vido - Manual de Direito Empresarial; Rubens Requião – Curso de Direito Comercial; e Steven Solomon - A Grande Importância da Pequena Empresa: A Pequena Empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo.

Na seção 3 será abordada a importância do aspecto social das Pequenas Empresas.

Na seção 4 será analisado o aspecto econômico das Pequenas Empresas.

A seção 5 trata da integração dos países com o fenômeno da globalização, do surgimento dos Blocos Econômicos e das barreiras comerciais, especialmente quanto ao MERCOSUL, fazendo uma alusão à sua formação histórica, aos principais tratados homologados pelos países membros e suas respectivas entradas no Bloco Econômico, aos objetivos pretendidos, à estrutura atual que possui e à sua economia. Teve como base as obras de Eduardo Biacchi Gomes – Blocos Econômicos: Soluções e Controversas; e Paulo Roberto de Almeida – MERCOSUL: Fundamentos e Perspectivas.

2. As pequenas empresas

2.1 A Função Social do Estado Contemporâneo

A realidade societária brasileira revela dois lados: de um lado uma economia moderna, porém, do outro lado, milhões de pessoas excluídas de seus direitos, bem como dos serviços proporcionados pelo Estado aos seus “cidadãos”.

Tal diferença é consequência dos processos de exclusão operados pelo sistema, pelos quais setores antes incluídos foram expulsos e marginalizados por processos de mudança social, econômica ou política, ou, ainda, por processos de inclusão limitada, em que o acesso ao emprego, renda e benefícios de desenvolvimento econômico ficam restritos a determinados segmentos da sociedade e da dignidade da pessoa humana.

“A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua posição em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.”²

Por isso, a Função Social do Estado Contemporâneo requer ações que, devido ao dever que tem com a Socie-

2 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

dade, o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o cidadão, atendendo e realizando os seus objetivos, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do cidadão, nesse caso um Estado Fraterno.

“A atenção à Fraternidade como Princípio do Universalismo Político na Modernidade-mundo transpassa as fronteiras dos Estados assistencialistas e protetores para dar ênfase aos direitos sociais como uma pré-condição da democracia, fazendo com que os Estados nacionais atuem em favor de uma redistribuição social e do cumprimento das possíveis formas de controle dos poderes econômicos global pela gestão de bens da vida, retirando, assim, as lógicas proprietárias e de interpretação nacional-nacionalista.³⁷⁷”

O incentivo às microempresas enaltece o cumprimento da função social, além do que, nos momentos de crise, em que vários trabalhadores se vêm sem trabalho, a saída muitas vezes está sendo investir em um negócio próprio. Assim, as micro e pequenas empresas estão abrindo espaço e preenchendo o mercado de possibilidades.

O potencial de transformação de lucro em vagas de emprego é muito grande nas microempresas. Para o microempreendedoríssimo individual a burocracia também é menor se comparada às grandes empresas.

3 SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2015.

2.2 Conceito

As pequenas empresas têm dimensões limitadas e os seus conceitos podem sofrer diversas mutações conforme o interesse e o objetivo visados com o seu enquadramento, podendo ser construídos através do aspecto da estrutura organizacional; pelo volume monetário e econômico da empresa; ou até mesmo pelo número de empregados que possui.

O Código de Comércio alemão foi o primeiro a distinguir os comerciantes plenos dos pequenos comerciantes, com o fim de declarar que não se aplicavam, quanto a estes, as disposições mais complexas que regiam acerca dos registros comerciais, livros de comércio e mandatos mercantis.⁴

Porém, segundo Fernanda Kellner de Oliveira, foi o direito italiano que melhor disciplinou o regime da pequena empresa:⁵

[...] Foi o direito italiano que melhor sistematizou o capítulo da empresa e mais perfeitamente disciplinou o regime da pequena empresa. A primeira pesquisa no direito italiano visa a esclarecer se

4 PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **Microempresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2735/as-micro-e-pequenas-empresas-como-propulsoras-do-desenvolvimento-economico-e-social>>. Acessado em: 06 de julho de 2016.

5 PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **Microempresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2735/as-micro-e-pequenas-empresas-como-propulsoras-do-desenvolvimento-economico-e-social>>. Acessado em: 06 de julho de 2016.

a pequena empresa é um conceito meramente de ordem quantitativa, hipótese em que ela só diferirá da empresa normal pelo volume de negócios e de relações jurídicas, ou se a pequena empresa é qualitativamente distinta das demais, conclusão que faria da “*piccola impresa*” uma nova entidade, com regramento próprio e pouca referência à empresa normal.

Foi árdua a discussão entre os juristas peninsulares, trazendo os partidários de uma e outra corrente os melhores argumentos, quer de Direito, quer de Economia. A conclusão dominante a que a doutrina chegou, foi no sentido de sufragar a opinião, segundo a qual a relação entre os artigos 2.082 e 2.083 do Código Civil italiano (de 1942), é de gênero para espécie, pois o conceito de empresa acolhido no Código foi o de atividade, e o termo se presta tanto para caracterizar as relações de uma empresa normal como de uma empresa média ou pequena.

Tem-se como conclusão que são aplicáveis à pequena empresa todas as leis e normas que regulam a atividade das demais empresas, salvo, é lógico, as que tragam uma derrogação implícita ou explícita.

No Brasil, são admitidas diversas definições para as pequenas empresas, variando conforme a consideração do órgão governamental ou da legislação. A classificação mais utilizada é dada pelo artigo 3º da Lei Complementar 123 de 2006 - Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Anexo I), que teve seu texto alterado pela Lei Complementar 139 de 2011, onde se passou a adotar o conceito de mi-

croempresa para empresas com faturamento anual bruto de até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e de empresa de pequeno porte para a empresa com faturamento anual bruto superior ao limite estabelecido para as microempresas, até o limite máximo de R\$ 3.600.000,00 (três milhões seiscentos mil reais).⁶

Oportuno salientar que legislação específica, apesar de na nomenclatura da lei constar apenas “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, atinge tanto a sociedade empresaria e o empresário individual quanto a sociedade simples, apesar desta última não exercer atividade empresária.⁷

No âmbito dos Poderes da União dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, é adotado o conceito descrito acima, especialmente quanto à apuração e recolhimentos de impostos e contribuições mediante regime único de arrecadação; ao cumprimento de obrigações

6 **Artigo 3º, da Lei 139 de 2011.** Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

7 VIDO, Elisabete. **Manual de Direito Empresarial**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 123.

trabalhistas e previdenciárias; e ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão, nos termos do artigo 1º da Lei 123 de dezembro de 2006.⁸

Já o SEBRAE utiliza também como critério o número de empregados, sendo que a entidade limita o conceito de microempresa como empresa empregadora de até nove pessoas, no caso do comércio e serviços, ou até 19, no caso dos setores industriais ou de construção. Limita também o conceito de empresa de pequeno porte como empresa empregadora de 10 a 49 pessoas, no caso de comércio e serviços, e de 20 a 99 pessoas, no caso de indústria e empresas de construção.⁹

Outros órgãos federais, como o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, podem

8 **Artigo 1º, da Lei 123 de 2006.** Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

9 INDRIUNAS, Luis. **Como funcionam as micro e pequenas empresas.** Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/micro-e-pequenas-empresas-no-brasil1.htm>>. Acessado em: 06.07.2016.

utilizar um aspecto diferenciado do Estatuto para concessão de créditos e outros benefícios, sendo que, para este órgão específico, a microempresa deve ter receita bruta anual de até R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) e as empresas de pequeno porte de até R\$ 10.500.000,00 (dez milhões e quinhentos mil reais).¹⁰

Na legislação brasileira, que adota como critério a receita bruta anual da empresa, o enquadramento é automático, como bem salienta Elisabete Vido. Portanto, se num exercício a atividade da empresa tiver uma receita bruta anual maior do que o previsto em lei, a microempresa pode se enquadrar automaticamente como empresa de pequeno porte, por exemplo. Também, pode sofrer o desenquadramento automático quanto à aplicação da lei se ultrapassado o teto legal.¹¹

2.3 Tratamento Diferenciado

A legislação brasileira prevê alguns benefícios para as microempresas e as empresas de pequeno porte, que acabam recebendo um tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, atendendo à determinação prevista na Constituição de 1988, que, em seu artigo 170, inciso IX, adotou como um dos princípios da ordem econômica e financeira

10 INDRUNAS, Luis. **Como funcionam as micro e pequenas empresas**. Disponível em: <<http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/micro-e-pequenas-empresas-no-brasil1.htm>>. Acessado em: 06.07.2016.

11 VIDO, Elisabete. **Manual de Direito Empresarial**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 123.

do país o tratamento favorecido para as empresas com esse perfil que possuam sua sede e administração no País.¹²

Em seu Manual de Direito Comercial, o Professor Doutor Fábio Ulhoa Coelho faz uma síntese sobre os benefícios que as microempresas e as empresas de pequeno porte possuem frente à legislação instituída:¹³

O tratamento diferenciado da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte resume-se à eliminação de exigências burocráticas no campo trabalhista e previdenciário e direito a condições favorecidas no acesso ao crédito bancário. Além disso, o Estatuto prevê que o Poder Executivo deve estabelecer mecanismos de incentivos fiscais e financeiros, de forma simplificada e descentralizada, para proporcionar o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte.

Na legislação infraconstitucional, como já salientado no tópico anterior, foram estabelecidas normas gerais quanto ao tratamento diferenciado a ser dispensado a este segmento. No aspecto tributário, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte instituiu um Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos de Contribui-

12 **Artigo 170, Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País.

13 COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial.** 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 5.

ções, mais conhecido como Simples Nacional ou Supersimples, visando à substituição de oito tributos pela aplicação da uma alíquota global sobre a receita bruta anual da pequena empresa, facilitando para as empresas atenderem o disposto na legislação, com a conseqüente melhoria no adimplemento dos tributos e regularização em seus cadastros.¹⁴

Quanto à Administração Pública, o mesmo Estatuto garantiu alguns benefícios ao setor, fazendo constar expressamente sobre a possibilidade da concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as empresas enquadradas no perfil de microempresa ou empresa de pequeno porte, concedendo ainda preferência em relação ao processo licitatório em disputa com as empresas de maior porte.¹⁵

No âmbito trabalhista, a relação de trabalho foi simplificada, como se pode observar nas dispensas de requisitos previstas no artigo 51 do Estatuto, como, por exemplo, a dispensa na afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências e na comunicação ao Ministério do Trabalho e Emprego acerca da concessão de férias coletivas.¹⁶

14 ANDRADE, Juliana dos Santos. **Vantagens e Desvantagens do Simples Nacional**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/25729/000751600.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 06.07.2016.

15 **Artigo 47, Lei 134 de 2006**. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

16 **Artigo 51, Lei 134 de 2006**. As microempresas e as empresas de

“O princípio da busca do pleno emprego, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social ao trabalho.¹⁷”

Existem, ainda, outros benefícios específicos expressos no Estatuto, como, por exemplo, no que se refere ao protesto de títulos e também no campo econômico. Em atenção a esses últimos, são concedidos estímulos ao crédito e à capitalização da pequena empresa, com linhas de créditos específicas para esse setor, com objetivo de implicar efetivos ganhos de qualidade e produtividade, resultando maior competitividade no mercado.

3. Aspecto social das pequenas empresas

Apesar de as microempresas e as empresas de pequeno porte serem vistas com certo desprestígio por muitos, que são levados ao equívoco que a nomenclatura lhes propicia cometer, uma vez que acaba por aparentar um baixo significado no setor econômico, essa modalidade de empresa tem um papel fundamental e

pequeno porte são dispensadas: I - da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências; II - da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; IV - da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e V - de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

17 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2015. Especificamente da p. 59 a 350.

imprescindível para o desenvolvimento socioeconômico de um país, também devido à globalização que, como nos ensina José Luiz Bonzan:

“A globalização leva à mudança de perfil da soberania. Esta, antes era concebida como monopólio da força e da política sobre um determinado território, habitado por uma população. Atualmente, devido a novas realidades, houve uma interdependência entre os Estados- Nação, o que acarretou um entrelaçamento na ideia de soberania. Outrossim, ocorreu uma nova concepção da cidadania, baseada não mais no laço que liga o indivíduo ao Estado, mas sim por um conjunto de valores e práticas socioeconômicos, regulados por instituições supranacionais.¹⁸”

Tal importância se consubstancia principalmente quando se analisa a indispensável contribuição que essas empresas oferecem na região específica onde desempenham suas atividades, exercendo diretamente sua função social e contribuindo amplamente com o desenvolvimento local, que, muitas vezes, depende exclusivamente desse tipo de empresa.

Ao contrário das macro-empresas, que estão instaladas predominantemente nas Regiões Sudeste e Sul, as microempresas e as empresas de pequeno porte se encontram amplamente distribuídas pelo País , e, por

18 MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania- Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

derradeiro, acabam por contribuir imensamente para amenização das desigualdades regionais.

Como bem salientado em sua obra, o economista Steven Solomon destaca que a pequena empresa proporciona uma energia vital para a reestruturação econômica, já que, na medida em que não dispõe de capital para aquisição de maquinaria que proporciona às grandes empresas produção em massa de produtos padronizados, acaba por se concentrar em atividades intensivas de mão-de-obra e de baixos custos de instalação, tais como o comércio varejista e os serviços.¹⁹

Desta forma, insta salientar o que vem a ser a função social da empresa. Como Lucas H. Devitto informa em sua obra, “[...] com o advento do Código Civil de 2002, arraigou-se a ideia de que a empresa, além de visar ao lucro, possui eminente papel socioeconômico frente à sociedade”.²⁰

Nesse contexto, a empresa não deve focar somente sobre o fator capitalista que a *priori* se pretende com a abertura de qualquer negócio, mas também no aspecto social que possui frente à sociedade, abrangendo um aspecto muito mais amplo e complexo.

19 SOLOMON, Steven. **A Grande Importância da Pequena Empresa: A Pequena Empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nórdica. 1986. p. 44.

20 DEVITTO, Lucas Hercules. **A microempresa e sua função social**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090220160425830&mode=print>. Acessado em 07 de julho de 2016.

Ao auferir o lucro, o empresário não deve prejudicar o interesse maior da coletividade, devendo, paralelamente, atingir a função social da empresa, imantando a solidariedade, a justiça social, a livre iniciativa, a busca de emprego pleno, a redução das desigualdades sociais, o valor social do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a preservação do meio ambiente, entre outros princípios.²¹

“O mercado- além de lugar e princípio de organização social- é instituição jurídica (= institucionalizado e conformado pelo Direito posto pelo Estado). Sua consistência é função de segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico.”²²

Com essa visão, o legislador prescreveu dispositivos constitucionais nos artigos 170, IX e 179 da Constituição de 1988, que já foram mencionados no tópico 1.3 deste trabalho, onde determinou-se a concessão de tratamento diferenciado para as pequenas empresas, tendo como finalidade impulsionar não somente o aspecto econômico, mas também, em uma conjuntura muito mais ampla, englobando diversos fatores, como o trabalhista e fiscal, alterando toda a dinâmica social do país.

21 DEVITTO, Lucas Hercules. **A microempresa e sua função social**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090220160425830&mode=print>. Acessado em 07 de julho de 2016.

22 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2015. p. 257/258.

É interessante fazer um paralelo com o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXIII, que dispõe sobre a função social da propriedade. *In verbis*:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

[...]

XXIII – a propriedade atenderá sua função social.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, salienta que “o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou quem detenha o controle da empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo de outrem.”²³

Já Fábio Konder Comparato demonstra possuir uma visão muito digna e inteligente acerca do tema:²⁴

“[...] a empresa atua para atender não somente os interesses dos sócios, mas também os da coletividade, e que função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função

23 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2015. p. 252.

24 COMPARATO *apud* CAPEL FILHO, Hélio. **A Função Social da Empresa: adequação às exigências do mercado ou filantropia?** Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos911/a-funcao-social/a-funcao-social2.shtml>>. Acessado em 07 de julho de 2016.

são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. [...] em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.”

Desta forma, as microempresas e as empresas de pequeno porte, ao exercerem a sua função social, se tornam uma das principais frentes para reduzir a desigualdade social e aumentar a desconcentração de renda. Isso porque acaba por diferenciar-se do atual cenário mundial de produção em larga escala, onde a mão-de-obra se torna muito mais seleta em decorrência do implemento da tecnologia e da necessidade de determinadas exigências para a admissão, ocasionando uma massa de desemprego em progressão geométrica.

As empresas de grande porte, até pelo seu perfil de produção em massa, acabam por concentrar a renda. Por sua vez, a criação de um número elevado de empregos pelas pequenas empresas ajuda a manter níveis adequados para proporcionar maior poder aquisitivo da população, auxiliando no processo de estabilidade econômica.

Uma das características mais marcantes das pequenas empresas é justamente a utilização da mão-de-obra não

qualificada ou sem experiência disponível no mercado, o que acaba contribuindo para uma redução no índice de desemprego e conseqüentemente uma melhora no panorama social. No mesmo contexto, se verifica que a pequena empresa também realiza sua função social quando realiza admissão de pessoas que adentraram recentemente no mercado de trabalho, propiciando experiência e treinamento das funções básicas do trabalho.²⁵

A empresa de pequeno porte também abriga grande parte dos empregados em regime de tempo parcial. Esses empregados procuram ajudar no orçamento familiar, englobando nessa conta os aposentados que procuram se manter em atividade.

É nesse sentido que se verifica o objetivo do legislador em dar determinadas prioridades e incentivos para esse setor, sempre visando atingir os objetivos fundamentais da constituição, que, dentre outros, inclui o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Fica bem ilustrada essa temática no trecho da obra de Gladson Mamede:²⁶

“[...] Atende-se assim, não apenas ao comando constitucional específico, como também as nor-

25 SOLOMON, Steven. **A Grande Importância da Pequena Empresa: A Pequena Empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nórdica. 1986. p. 99

26 MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2011. p. 100.

mas basilares; em fato, o pequeno empresário, as microempresas e as empresas de pequeno porte, por sua inserção social, realizam com mais eficácia os fundamentos da República de respeito à dignidade humana e de valorização do trabalho e da livre iniciativa; justamente por isso, tem condição privilegiada de permitir a realização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, cujo registro é sempre pertinente: construir uma sociedade livre, justa, solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Resta, portanto, evidenciada a importância que esse segmento tem no desenvolvimento do país, e, é ponto fundamental na medida em que se possa planejar em uma redistribuição de renda e uma redução da desigualdade social e desenvolvimento sustentável.

4. Aspecto Econômico das Pequenas Empresas

As pequenas empresas possuem importante participação na economia, sendo as grandes responsáveis pela admissão de mais da metade dos empregadores registrados, como já salientado. No tocante ao número de empresas economicamente ativas, elas deixam as empresas de grande e médio porte com porcentagem menor que 1%.

Além disso, as empresas de pequeno porte possuem vital importância perante os números para a produção da economia nacional.

5. A Pequena Empresa no MERCOSUL

A formação do MERCOSUL, no início dos anos 90, se deu num momento em que vigorava uma política econômica voltada completamente a favor dos interesses das grandes empresas, que, através da expansão do mercado e da produção em larga escala, poderiam gerar renda necessária para pagamento da dívida externa e para manter o equilíbrio econômico.

O Brasil e a Argentina vinham de uma grave crise econômica, havendo necessidade de equilibrarem suas contas e aumentarem o número de suas exportações. E assim fizeram com a atração de grandes empresas multinacionais, que se instalaram nos países sul-americanos com diversos incentivos governamentais. Tal medida acabou por gerar grande avanço tecnológico e aumento na qualidade e quantidade das suas exportações.

Economicamente falando, essa visão política foi de suma importância para o desenvolvimento dos países do MERCOSUL, que se tornaram competitivos no mercado internacional e fortaleceram suas economias. O Brasil conseguiu diminuir de maneira drástica sua dívida externa, e suas indústrias passaram a adotar tecnologias de última geração, tornando o País uma das

maiores potencias econômicas do mundo.

Entretanto, o MERCOSUL deixou de lado a participação das pequenas empresas nesse momento por estas não conseguirem grande força de representatividade no firmamento dos acordos comerciais, apesar da importância que possuem frente ao aspecto sociolaboral, já que são responsáveis pela absorção da grande maioria dos postos de trabalho.

Assim, como bem salienta Rafael de Mello Vidal, a ausência das pequenas empresas na consolidação dos acordos acabou por limitar o potencial do MERCOSUL: ²⁷

Embora possa trazer benefícios para alguns setores produtivos e contribuir para o crescimento econômico do País, por meio do ingresso de receitas exportadoras e da geração de empregos setoriais, a negociação no MERCOSUL tem sido feita em detrimento de metas de crescimento mais distributivas de renda e geradoras de emprego, com a ausência de participação mais ativa das pequenas e médias empresas no processo decisório, o que deixa de levar em conta seu papel fundamental na geração de empregos, particularmente no Brasil, bem como sua fortaleza econômica, sua capacidade de inovação e o estímulo que gera para o espírito empreendedor, limitando, assim, o potencial do MERCOSUL como instrumento efetivo de desenvolvimento econômico e social, a serviço das grandes massas.

27 VIDAL, Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul**. 1. ed. Brasília: FUNDAG, 2011. p. 109.

Segundo o professor Paulo Feldmann, as pequenas empresas brasileiras correspondem ao simbólico número de 2% das exportações, ao contrário de outros países como a Itália, onde o setor possui a participação de 45%.²⁸

Em razão de diversos fatores como a alta carga tributária; o excesso de burocracias legais; a falta de concessão de linhas de créditos especiais; e a falta de informação, planejamento e experiência na administração, quase 30% das pequenas empresas brasileiras quebram ainda no primeiro ano, e, o que causa ainda maior espanto, quase 96% encerram as atividades nos cinco anos iniciais, segundo informações do SEBRAE.²⁹

As empresas de pequeno porte argentinas, também conhecidas por *pymes*³⁰, não ficam muito distantes dos números brasileiros, sendo que 80% encerram suas atividades antes dos cinco anos, e 90% não chegam aos dez anos de atividade.³¹

28 FELDMANN, Paulo. **Pequena empresa não ganha eleição**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/20953-pequena-empresa-nao-ganha-eleicao.shtml>>. Acessado em: 05.07.2016.

29 Portal SEBRAE. Disponível em: <[30 Abreviação de *Pequeña y Mediana Empresas*. O enquadramento nesse setor é definido na Argentina pela Secretaria de Pequena e Média Empresa e Desenvolvimento Regional – SEPYMEDR, que realiza o enquadramento conforme a renda anual e o setor produtivo envolvido pela empresa.](http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/estudos_pesquisas/taxa-de-sobrevivencia-das-empresas-no-brasildestaque15,01e9f925817b3410VgnVCM2000003c74010aRCRD.>>. Acessado em 05.07.2016.</p></div><div data-bbox=)

31 Portal GESTIOPOLIS. Disponível em: <<http://www.gestiopolis.com/canales5/emp/ochentapy.htm>>. Acessado em: 22 set. 2012.

Percebe-se que muito pouco se fez para incentivar as pequenas empresas no MERCOSUL, que continuam possuindo muita dificuldade para ampliar seus números frente às exportações, pois acabam por ficar carentes quanto à obtenção de informações, ao acesso a financiamentos adequados para a área, e ao auxílio ao realizar um planejamento em longo prazo.

Somente em 2008 é que o MERCOSUL demonstrou certa preocupação com as pequenas empresas através da criação do ‘Fundo MERCOSUL de Apoio a Pequenas e Médias Empresas’, através da Decisão 22/07 do CMC³², destinado ao incentivo do setor com o objetivo de garantir

32 **Decisão CMC 22/07.** TENDO EM VISTA: O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e a Decisão N.º. 34/06 do Conselho do Mercado Comum. CONSIDERANDO: Que o MERCOSUL deve constituir uma via para o desenvolvimento econômico e social dos Estados Partes. Que o aprofundamento do processo de integração regional e o tratamento das assimetrias compreende as iniciativas de integração das cadeias produtivas dos Estados Partes, mediante aprofundamento da cooperação e interdependência entre os setores econômicos dos sócios. Que seria benéfica para o processo de integração a criação de instrumentos para estímulo e promoção dos investimentos no setor produtivo, em complementação às iniciativas financiadas ao amparo do Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL - FOCEM. Que se faz necessário estudar a constituição de mecanismo de financiamento de apoio a pequenas e médias empresas dos Estados Partes, envolvidos nos projetos de integração de cadeias produtivas no plano regional. O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE: **Art. 1** - Encomendar ao Grupo Mercado Comum que proponha, na XXXIV Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum, alternativas para a constituição de um Fundo MERCOSUL de Apoio a Pequenas e Médias Empresas envolvidas em iniciativas de integração produtiva. **Art. 2** - A presente Decisão não necessita ser incorporada ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL.

operações de crédito às empresas de menor porte que participem de projetos de integração produtiva. Porém, ainda não se pode contar com uma estrutura institucional consistente, pois a microeconomia continua alheia às políticas adotadas no Bloco Econômico.

Desta forma, é importante realizar uma análise das normas que regulamentam o setor em conjunto com o desenvolvimento econômico mundial para somente então aferir a razão de números tão devastadores e das medidas que podem ser tomadas para melhorar essas condições.

Ao contrário da União Europeia, o empreendedorismo continua não sendo muito incentivado pelo MERCOSUL, como bem ilustra Rafael de Mello Vidal:³³

O empreendedorismo está na gênese da criação de empresas. Cumpre uma função social e, naturalmente, está associado às micro, pequenas e médias empresas. Seu estímulo é foco de atenção em vários países, mas não tem merecido tratamento diferenciado na esfera decisória e institucional do MERCOSUL. O crescimento do empreendedorismo na última década reflete-se na adoção de iniciativas políticas que colocam o tema no centro das estratégias de vários governos.

Ainda, o mesmo autor, ao comentar em sua obra uma entrevista concedida por Gonzáles Capriles, Diretor do

33 CAPRILES *apud* Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul**. 1. ed. Brasília: FUNAG, 2011. p. 35.

Programa IBERPYMES (*Programa Ibroamericano de Cooperación para el Desarrollo de la Pequeña y Mediana Empresa*), do Sistema Econômico Latino-Americano, cita que, pelo seu entendimento, a América Latina é carente de política para as pequenas empresas em esfera regional, mesmo sendo estas essenciais para promoção do setor. Desta forma, há, ainda, uma grande necessidade de desenvolvimento de mais medidas governamentais de cooperação internacional e nacional, como a realizada pelo SEBRAE, por exemplo.³⁴

Como salienta Capriles, pouco ou quase nada se fez com as pequenas e médias empresas no MERCOSUL desde a aprovação do Tratado de Assunção, sendo que somente 17 anos depois da assinatura é que se começou a dispensar alguma atenção por meio da aprovação do Programa de Integração Produtiva e do Grupo de Integração Produtiva do MERCOSUL, ainda que de reduzido impacto para o segmento.³⁵

O que se observa é que, até então, houve grande utilização dos benefícios do Bloco Econômico pelas grandes empresas, e seus interesses foram atendidos durante as negociações e decisões, uma vez que elas são responsáveis

34 CAPRILES *apud* Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul**. 1. ed. Brasília: FUNAG, 2011. p. 36.

35 CAPRILES *apud* Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul**. 1. ed. Brasília: FUNAG, 2011. p. 36.

por gerar a maior parcela de capital. Todavia, as pequenas empresas, que são as maiores geradoras de empregos e exercem plenamente sua função social, ainda não podem contar com grandes estruturas institucionais para atender suas necessidades.

De acordo com a nota de divulgação, o Fundo aspira estimular a produtividade conjunta no MERCOSUL, contribuindo para a competitividade dos setores econômicos de países participantes do Bloco. Segundo a nota, serão consideradas pelo Fundo as empresas que possuem sede em território de países participantes do MERCOSUL e que participam de atividades de produção integrada. Ainda, foi informado que, em caso de uso indevido dos recursos, o benefício será cortado de forma plena e imediata, sendo que o Fundo poderá tomar as medidas que achar necessárias para punir a empresa.³⁶

É uma grande inovação para o MERCOSUL, que até então não demonstrava preocupação com o incentivo do pequeno empresariado. O Bloco Econômico ainda está longe de possuir uma estrutura adequada para atender as necessidades do setor, até porque o número das exportações das pequenas empresas continua simbólico. Entretanto, a adoção de medidas inovadoras pelos governos, como por exemplo, a recente criação do Fundo de Garantias poderá alterar o cenário.

36 Portal Terra. Disponível em: <http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idNoticia=20_1206292335_TRR_81359668>. Acessado em 05.07.2016.

José Renato Martins, professor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana, discute as inovações políticas do MERCOSUL em relação à integração social:³⁷

As mudanças operadas nesse período estão apontando para o surgimento de um Mercosul socialmente mais integrado, com demandas próprias e políticas específicas destinadas a atender às imensas carências sociais da região. Essa agenda recente está intimamente associada à emergência do Mercosul social e participativo como novo elemento da governança regional, reconhecendo o papel das organizações da sociedade civil, não só como beneficiárias das políticas sociais, mas como sujeitos atuantes.

Contudo, o apoio ao empreendedorismo continua muito frágil no MERCOSUL, que é fator chave para auxiliar no planejamento das empresas e na formação de uma cultura empreendedora, que estimula, nos empresários, coragem de assumir riscos e criar novos empreendimentos. Porém, se o MERCOSUL seguir essa tendência de dispensar maior atenção ao setor, isso possibilitará maior desenvolvimento da microeconomia, que é de extrema importância para atingir os objetivos da Carta Magna, fundamentalmente a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

37 MARTINS *apud* LIGI, Luciano. **Mercosul - 20 anos**. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2598:catid=28&Itemid=23>. Acessado em 05.07.2016.

No MERCOSUL, não existe uma estruturação que permita passar tais informações técnicas aos pequenos empresários, e estes dificilmente possuem formação necessária para conseguir administrar uma empresa de forma correta, quanto mais inserir seus produtos no comércio exterior. O que se verifica são ações locais realizada pelo SEBRAE e *SEPYME*, mas que acabam não tendo grande força para a tomada de medidas em conjunto com todos os países membros.

6. Considerações finais

O tema escolhido para elaboração deste trabalho é de ampla complexidade, englobando uma vasta gama de assuntos nas mais variadas áreas de estudo, indo desde os primeiros conceitos do direito empresarial até a múltipla rede de comércio internacional, de forma que não se pretendeu, de maneira alguma, esgotar o tema, mas tão somente trazer à tona a relevância que as pequenas empresas possuem no cenário econômico e social.

Como demonstrado amiúde, além do papel que as pequenas empresas exercem frente à economia, a razão essencial do tratamento diferenciado dispensado ao setor é o caráter social que ele possui em qualquer Estado, na medida em que é o principal responsável pela criação de postos de trabalho.

Desta forma, o incentivo ao setor se torna uma das principais políticas para combater a desigualdade na dis-

tribuição de renda e a miserabilidade. Tanto é que a Constituição Federal de 1988 consagra expressamente o tratamento oferecido às empresas de pequeno porte como um dos princípios da ordem econômica.

Apesar da notável evolução desde quando surgiram as primeiras legislações específicas, em meados dos anos 80, com o efetivo reconhecimento da necessidade do tratamento especial para as pequenas empresas, o setor ainda está muito aquém de atingir uma desenvoltura adequada, pois existe um ambiente desfavorável para sua progressão, haja vista que os tributos ainda continuam elevados, as burocracias continuam exacerbadas e existe grande carência no acesso à inovação tecnológica.

A formação do MERCOSUL continua sendo uma grande oportunidade de desenvolvimento para as pequenas empresas brasileiras. Porém, observa-se que as pequenas empresas dos países-membros do MERCOSUL encontram grandes dificuldades no acesso às informações, às traves comerciais, aos financiamentos e à formação de seus profissionais, motivo pelo qual a integração não surtiu grande impacto para a microeconomia, que atualmente resulta em baixo percentual na participação das exportações e, no caso do Brasil, frente à própria economia nacional.

O MERCOSUL se desenvolveu sob um cenário em que grandes empresas sempre predominaram nas negociações do bloco devido à ausência de políticas defensoras das pequenas empresas. Desta forma, a política adotada sempre

ofereceu incentivo no sentido de multiplicar as exportações em larga escala ao invés de incentivar as pequenas empresas, que são propulsoras da redução na desigualdade social.

A legislação do MERCOSUL sempre foi extremamente pobre no campo do microempreendedorismo, prevendo políticas de apoio às pequenas empresas sem metas efetivas ou prazos para cumprimento. Somente nas decisões mais recentes do Bloco Econômico é que se verificou alguma atenção para com o setor.

Os números ainda não tiveram grande impacto, até porque, as inovações citadas são recentíssimas, surgindo, então, a necessidade de trazer à tona a importância que o setor possui frente ao progresso social e econômico, possibilitando a realização de debates assíduos sobre o tema, deixando evidente aos governos que não haverá reestruturação social se não for concedida a atenção e os incentivos necessários às pequenas empresas.

Referências

ANDRADE, Juliana dos Santos. **Vantagens e Desvantagens do Simples Nacional**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/25729/000751600.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 06.07.2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BLANCO, Soila Mazzini Monte. **O MERCOSUL e a Pequena Empresa: Desafios e Oportunidades**. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENE-GEP1997_T6206.PDF>. Acessado em 05.07.2016.

CAPEL FILHO, Hélio. **A Função Social da Empresa: adequação às exigências do mercado ou filantropia?** Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos911/a-funcao-social/a-funcao-social2.shtml>>. Acessado em 07 de julho de 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DEVITTO, Lucas Hercules. **A microempresa e sua função social**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090220160425830&mode=print>. Acessado em 07.07.2016.

FELDMANN, Paulo. **Pequena empresa não ganha eleição**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/20953-pequena-empresa-nao-ganha-eleicao.shtml>>. Acessado em: 05.07.2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2015.

INDRIUNAS, Luis. **Como funcionam as micro e pequenas empresas**. Disponível em: <<http://empresase-financas.hsw.uol.com.br/micro-e-pequenas-empresas-no-brasil1.htm>>. Acessado em: 06.07.2016.

LIGI, Luciano. **Mercosul - 20 anos**. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2598:catid=28&Itemid=23>. Acessado em 05.07.2016

LUCENA *apud* Anal do 2º Congresso UFSC de Controladoria e Finança. Disponível em: <<http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/anais/2CCF/20080718093058.pdf>>. Acessado em: 05.07.2016.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

MAZZI, Carolina. **Jornal do Brasil. Barreiras da Argentina são reflexo de política fracassada do MERCOSUL**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/economia/noticias/2012/06/25/barreiras-da-argentina-sao-reflexo-de-politica-fracassada-do-mercosul/>>. Acessado em 05.07.2016

MELO, Rafael. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul**. 1. ed. Brasília: FUNAG, 2011.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **Microempresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2735/as-micro-e-pequenas-empresas-como-propulsoras-do-desenvolvimento-economico-e-social>>. Acessado em: 06 de julho de 2016.

RESNIK, Paul. **A Bíblia da Pequena Empresa: Como iniciar com segurança sua pequena empresa e ser muito bem-sucedido.** Tradução de Maria Cláudia Oliveira Santos. 1. ed. São Paulo: Makron Books. 1990.

SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Fraternidade: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição.** Curitiba: Juruá, 2015.

SOLOMON, Steven. **A Grande Importância da Pequena Empresa: A Pequena Empresa nos Estados Unidos, no Brasil e no Mundo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Nórdica. 1986.

VIDAL, Rafael de Mello. **A Inserção de Micro, Pequena e Médias Empresas no Processo Negociador do Mercosul.** 1. ed. Brasília: FUNAG, 2011.

VIDO, Elisabete. **Manual de Direito Empresarial.** 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O PODER DE INSTRUÇÃO DO MAGISTRADO

Rosane Pabst Caldeira Smuczek

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Aluna da Pós-Graduação *lato sensu* - Especialização em Direito Processual Civil com ênfase no Novo CPC pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Advogada militante, inscrita na OAB/PR sob nº 25.160. Juíza Leiga no 2º Juizado Especial Cível da Comarca de Curitiba, Paraná. E-mail: rosanepc@gmail.com.

Resumo: Uma das grandes novidades do Código de Processo Civil de 2015 é que, além de consolidar e condensar em dois de seus artigos (190 e 191) a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais típicos, abriu-se também a possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais denominados como atípicos, ou seja, aqueles cujo objeto da convenção ou do acordo não está tipificado na legislação. Este texto, numa análise crítica, busca reconhecer e estabelecer a possibilidade e os

limites da interferência judicial em tais negócios: se esta restringe-se tão somente a um controle de validade ou se pode interferir no mérito mesmo dos negócios jurídicos processuais, ainda que atípicos.

Palavras-chave: negócio jurídico processual – típico – atípico - poder do magistrado – poder de instrução – CPC 2015.

1. Introdução

Considerando o advento da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil Brasileiro de 2015), que positivou um regramento para os “negócios jurídicos processuais” nos seus artigos 190 e 191, possibilitando a flexibilização do processo civil por meio de acordo entre as partes, o qual pode versar quanto aos respectivos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, exsurge a necessidade de analisar e aferir criticamente os seus reflexos no poder de instrução do magistrado, e vice-versa, a partir da verificação das possibilidades de intervenção do juiz na formulação das cláusulas de tais negócios processuais e quais os limites de tal intervenção.

É certo que na vigência do Código de Processo Civil de 1973 já era possível às partes celebrarem negócios processuais ditos típicos, aqueles legalmente previstos e elencados naquele *codex*. Não existia, todavia, qualquer dispositivo que concedesse a possibilidade de escolha do objeto da convenção processual.

Assim, uma das grandes novidades do CPC de 2015 é que, além de consolidar e condensar em dois de seus artigos (190 e 191) a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais típicos (tanto aqueles já existentes na lei anterior, quanto outros novos), abriu-se também a possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais denominados como atípicos, ou seja, aqueles cujo objeto da convenção ou do acordo não está tipificado na legislação.

A partir daí surge a discussão acerca dos limites da liberdade das partes quanto ao autorregramento de suas vontades, ou seja, se essa liberdade é absoluta ou se encontra barreiras no ordenamento jurídico. Em suma, se deve ou não ser submetida ao controle judicial.

Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira assim definem: “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”.¹ (grifei)

No que concerne aos negócios processuais típicos, o principal limite seria, talvez, tão somente a necessidade de perfeito enquadramento do seu objeto às hipóteses previstas na lei. Já quanto aos negócios atípicos, como não há um objeto de convenção preestabelecido na lei, sendo vastas as hipóteses de negociação, frutos

1 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 59-60.

da criação e das necessidades das partes envolvidas no acordo, a fixação dos limites encontraria talvez maior dificuldade de ser estabelecida.

É importante dizer que, via de regra, os negócios jurídicos processuais, típicos ou atípicos, não dependem de homologação judicial mas, obviamente, não podem violar direitos.

Inclusive, o Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), assim dispõe: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

Além disso, teoricamente, nem poderiam depender da chancela do juiz, considerando que muitos desses negócios ocorrem mesmo extrajudicialmente, e não haveria sentido em vincular a eficácia de toda e qualquer pactuação entre as partes à confirmação de um magistrado.

Porém, na prática, em nosso país, não é uma tradição o exercício da autonomia das partes na resolução dos conflitos de direito material, sendo habitual que se invoque a tutela jurisdicional para a resolução da contenda. Em outras palavras, é mais comum serem judicializados os conflitos. Na mesma toada seguem as estipulações de conteúdo processual. Por tal razão, muitos operadores do Direito ainda discutem acerca de uma “necessidade de homologação” dos negócios jurídicos processuais pelo juiz.

A partir disso, justifica-se o presente estudo, com o fito de, numa análise crítica, buscar reconhecer e estabelecer a possibilidade e os limites da interferência judicial nos negócios jurídicos processuais celebrados entre duas partes: se esta restringe-se tão somente a um controle de validade ou se pode interferir no mérito mesmo dos negócios jurídicos processuais, ainda que atípicos.

2. Negócios jurídicos processuais

2.1. Localização dos negócios jurídicos processuais no panorama da Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais e Definição de negócio jurídico processual

Não é objetivo ou proposta da presente pesquisa estabelecer um elenco de classificações dos fatos jurídicos processuais, embora seja isso um admirável trabalho doutrinário.

Inúmeras são as classificações e, visando atingir o objetivo deste estudo, adotar-se-á um posicionamento teórico a esse respeito que talvez possa solucionar a maior parte das questões aqui postas sob análise. Até porque, cediço é que no campo das ideias, e especificamente na seara da produção doutrinária, não existe o certo e o errado, sendo cada ponto de vista respeitável e defensável pelos fundamentos de seu autor.

Dito isso, e citando o mestre Fredie Didier Jr. “É possível estudar o comportamento de um *cardume* ou de um

peixe. É possível estudar o processo como *unidade* ou *cada uma das unidades* que compõem o processo.”²

Aqui o objetivo é, tanto quanto possível, analisar o peixe, *in casu*, os negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos, bem como os limites da influência do Poder de Instrução do Magistrado em seu desenvolvimento e validade.

E por qual motivo a dita análise afigura-se como relevante?

Porque, na prática da advocacia, com a novel legislação, inúmeras serão as situações em que os operadores do Direito deparar-se-ão com a necessidade de modificar o curso do procedimento, ou de estabelecer fora do processo, de comum acordo com a outra parte, regras novas de conteúdo processual. Tais possibilidades alteram um modelo processual que vem sendo praticado há décadas, sempre de uma mesma maneira.

Qualquer inovação, por certo, gera certa insegurança em praticamente todas as áreas do conhecimento. No âmbito jurídico, até que se forme e se firme a jurisprudência, é a doutrina que procura fortalecer as práticas previstas em legislação nova que, por serem inéditas, ou pouco aplicadas anteriormente (ante a precedente falta de positivação), podem gerar polêmica e situações indesejadas na sua aplicação prática.

2 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 18ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 376.

Por causa disso, tem-se que a necessidade de embasamento, de respaldo teórico e doutrinário, objetivando sempre esclarecer e possibilitar a realização de Justiça (esta que é a finalidade maior do Direito e, conseqüentemente do processo) com a aplicação da lei nova. É essa necessidade que motiva sobremaneira o presente trabalho, que tem por singelo escopo auxiliar tanto advogados quanto magistrados na aplicação do disposto nos artigos 190 e 191 do Novo CPC.

Até que ponto a intervenção do juiz é necessária e legítima na realização e para a efetividade dos negócios jurídicos processuais?

Pois bem, comecemos do princípio, sempre recordando que nossa intenção precípua não é estabelecer estudo sobre classificações dos fatos jurídicos processuais.

Não obstante, é importante situar, ainda que de maneira não tão minuciosa, a localização dos negócios jurídicos processuais no panorama da Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Adotaremos, aqui, como premissa, a classificação estabelecida pelo processualista Freddie Didier Jr.³, a qual é baseada naquela do Mestre civili lista Pontes de Miranda⁴, posteriormente desenvolvida por Marcos Bernardes de Mello.⁵

3 DIDIER JR., Freddie. op. cit. 377 e ss.

4 Tratado de Direito Privado. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

5 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano de existência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Sem dúvida, a transposição de conceitos de Direito material para o Direito processual é possível, com as adaptações necessárias, mas sem olvidar que a sua origem vem da Teoria Geral do Direito. Logo, o conceito de “fato jurídico processual” guarda relação direta com o conceito de “fato jurídico” do Direito material, o mesmo ocorrendo com os conceitos de “atos jurídicos processuais” e “atos jurídicos”, com os de “negócios jurídicos processuais” e “negócios jurídicos”.

Segundo Fredie Didier Jr., “no processo, é possível a ocorrência de qualquer uma das espécies de fatos jurídicos. Há os fatos jurídicos processuais em sentido estrito (fatos jurídicos não-humanos), como a força maior (art. 313, VI, CPC), a morte (art. 110, CPC), o parentesco (art. 144, III e IV) e a calamidade pública, de que pode server de exemplo uma enchente de grandes proporções (art. 222, §2º, CPC).”⁶ (grifei)

Quanto aos atos jurídicos, parafraseando Didier⁷, verificamos a ocorrência dos “atos jurídicos processuais em sentido estrito” (exemplos: citação, juntada de documento, etc.), dos “atos-fatos processuais” (atos reconhecidos pelo Direito como fatos, dos quais podemos extrair os “atos-fatos reais”, como o adiantamento de custas; os “atos-fatos caducificantes”, como por exemplo a revelia, e os “atos-fatos indenizativos”, como a execução provisó-

6 DIDIER JR., Fredie. op. cit. 379

7 DIDIER JR., Fredie. op. cit. 380

ria que causou prejuízo ao executado, com superveniente anulação ou reforma do título judicial). E, ainda nesse panorama, verificam-se também os “ilícitos processuais”, como, por exemplo, o ato atentatório à dignidade da Justiça e a litigância de má-fé.

Chegando, finalmente, ao objetivo de estudo deste trabalho, os “negócios jurídicos processuais”, temos a definição de Didier de que “negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.”

Entretanto, a melhor definição do que seriam os negócios jurídicos processuais é a que foi proposta por Antonio do Passo Cabral, que os denomina também “convenções processuais”: “Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”⁸.

Além disso, citado por Didier, Antonio do Passo Cabral ensina ainda que “o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e

8 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 68

fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais ”⁹.(grifei)

2.1.1 Negócios jurídicos – origem, direito comparado e eficácia das convenções

A origem dos negócios jurídicos processuais remonta ao Direito Romano. Ou seja, eles sempre existiram, mas sempre eram típicos. A grande novidade do CPC de 2015 está na atipicidade, que permite que as partes “criem”, não havendo, no direito comparado, dispositivo igual.

A arbitragem, em verdade, é a grande fonte dos negócios jurídicos processuais no Direito brasileiro: se as partes podem “desenhar” o processo perante um julgador privado, porque não poderiam também fazê-lo perante o Poder Judiciário? Essa é a origem subjacente dos negócios jurídicos processuais.

Nesse diapasão, tendo por contexto a aplicação prática na Advocacia, questiona-se a possibilidade de controle pelo Judiciário e pelo Magistrado, para além da questão de validade, e se é possível e legítima eventual limitação ou não reconhecimento de negócio jurídico processual que não tenha ofendido o requisito de validade.

Os mencionados artigos 190 e 191 do Novo CPC assim preveem:

9 DIDIER JR., Fredie. op. cit. 381

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (grifei)

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1o O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2o Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

E o artigo 200 do mesmo CPC assim dispõe:

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

Verifica-se, a teor do artigo 200, acima transcrito, que a regra geral é a eficácia imediata da convenção.

2.1.2 Pressupostos objetivos e subjetivos dos negócios jurídicos processuais

Pela “letra da lei”, tal como ocorre na arbitragem, apenas seria possível a análise da *validade* do negócio processual, não cabendo ao juiz analisar a conveniência, a oportunidade, e os motivos da avença.

Aliás, partindo-se da premissa de que a arbitragem é a fonte subjacente dos negócios jurídicos processuais, cabe destacar que, no âmbito do juízo arbitral, encontramos os conceitos de “arbitrabilidade subjetiva” (que corresponde, em síntese, à necessidade das partes serem capazes para poderem ser parte na arbitragem) e de “arbitrabilidade objetiva” (que consiste na exigência de que o objeto da lide corresponda a um direito patrimonial disponível).

No âmbito dos negócios jurídicos processuais, pode-se falar em “pressupostos subjetivos” ou “negociabilidade subjetiva”, quando da verificação da capacidade das partes de participarem de negócios jurídicos processuais. Ressalte-se que, aqui, a capacidade não corresponde àquela cuja conceituação deriva do Direito material (Código Civil Brasileiro) mas corresponde à uma espécie de capacidade processual, no sentido de que a parte em um processo possa celebrar um negócio jurídico. Cite-se como exemplo a massa falida, que não possui personalidade jurídica, mas

goza de legitimação extraordinária para postular em juízo e celebrar negócios jurídicos processuais.

Há que se dizer, ainda, dos “pressupostos objetivos” ou da “negociabilidade objetiva”, que correspondem à possibilidade de autocomposição através de negócio jurídico processual, ou seja, a situação jurídica, que devem comportar a possibilidade de cessão, de disponibilidade. Mais uma vez, não se trata da disponibilidade do Direito material, mas sim de regra processual. Ou seja, fala-se em uma disponibilidade processual, a possibilidade de a parte apresentar sua pretensão em juízo, da maneira que melhor lhe aprouver e, eventualmente, renunciar a ela ou a certas situações processuais.

Nesse diapasão, tem-se que os negócios jurídicos processuais podem incluir direitos considerados indisponíveis no sentido de Direito material e, em assim sendo, é plenamente possível, por exemplo, a realização de negócios jurídicos processuais nas ações civis públicas e em relações tributárias.

O artigo 190 do CPC de 2015 abriu uma vasta gama de possibilidades. Há os pactos relativos ao “procedimento” e os pactos propriamente “processuais”.

No que concerne ao procedimento, as partes podem negociar, por exemplo, a inversão do momento de atos. Por exemplo, podem negociar que o réu seja ouvido antes do autor; que a testemunha possa ser ouvida antes da prova pericial; e que as testemunhas possam ser ouvidas antes das partes.

Nos negócios jurídicos propriamente processuais, as partes podem convencionar sobre os deveres, ônus, poderes e faculdades processuais. A título exemplificativo, pode-se mencionar: o pacto de que todas as interlocutórias sejam irrecuráveis e/ou de que a sentença seja irrecurável (para ganhar-se celeridade); a convenção de inversão do ônus da prova; a escolha de perito designado pelas partes; a possibilidade de substituição processual por convenção das partes; o acordo de rateio de despesas processuais; a ampliação de prazos processuais; a dispensa consensual de assistentes técnicos; o pacto de impenhorabilidade, dentre outros.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou os seguintes enunciados relativos aos negócios jurídicos processuais:

“Enunciado nº 132: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 191”.

Enunciado nº 133: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do caput do art. 191 não dependem de homologação judicial”.

Enunciado nº 134: “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

Enunciado nº 135: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Ainda, os negócios jurídicos processuais podem ser celebrados, inclusive, fora do processo. Além disso, quando

dentro do processo, eles podem ocorrer até mesmo na fase recursal, embora as possibilidades para o exercício da autonomia da vontade diminuam nesta fase do procedimento.

2.1.3 Negócios jurídicos processuais x limites

A partir do momento em que a novel legislação positivou cláusula geral que consagra os negócios jurídicos processuais atípicos, tornou-se imperioso discutir acerca dos limites para tais composições processuais.

Insta discorrer quanto à atuação da autonomia das partes nos negócios jurídicos processuais, se a mesma é mais ou menos ampla que a autonomia do direito privado, considerando-se o caráter publicista garantista que permeia o processo.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁰ (2016, p. 329) dispõe que “(...) não parece crível que as partes possam acordar pelo afastamento de seus deveres de boa-fé e lealdade processual, transformando o processo em verdadeira ‘terra de ninguém’, obrigando o juiz a aceitar todo tipo de barbaridades sem poder coibir ou sancionar tal comportamento”.

Pedro Henrique Nogueira¹¹ também entende que as próprias normas processuais configuram limites, pois sua

10 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual – Volume único. 8 ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

11 NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. V. Salvador: PODIVM, 2016.

aplicação não pode ser afastada ou desconsiderada pelos interessados, uma vez que se tratam de normas cogentes.

Os princípios e garantias fundamentais do processo, portanto, balizam os negócios jurídicos processuais. Assim também não podem ser desconsiderados os postulados do Estado Democrático de Direito, constituindo-se tais elementos como basilares para a temperança e equilíbrio entre a autonomia da vontade privada e o Direito Público.

2.1.4 Os poderes do juiz e os negócios jurídicos processuais

Leonardo Greco¹², ao realizar análise dos poderes do juiz e da autonomia das partes, fixou que, dentre outros, existem os seguintes limites: “(...) b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.” Entendemos que essa definição é aplicável aos negócios jurídicos processuais, e é por isso eles não podem interferir nos poderes do magistrado. Os negócios jurídicos processuais entre as partes

12 GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007, p. 7- 27, p. 10. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23657/16714>.

não podem dispor sobre direito alheio sem a anuência deste terceiro, no caso, do juiz.

Um exemplo que se pode citar é o calendário processual (art. 191 do CPC de 2015). Parte da doutrina diz que ele é um mero ato postulatório, que não seria negócio jurídico processual porque é necessária a concordância do magistrado. Outra parte, dentre as quais cito o professor Eduardo Talamini¹³, entende que se trata, sim, de negócio jurídico processual, o qual, todavia, depende da concordância do magistrado para conferir ao mesmo efetividade/aplicabilidade.

Questiona-se agora, no sentido inverso (objetivo deste trabalho): Os poderes do magistrado podem interferir nos negócios jurídicos processuais e qual o limite de tal intervenção?

Pois bem, de acordo com a legislação vigente, o controle do negócio processual pelo juiz seria sempre posterior e restrito aos planos da existência e da validade do negócio. Assim sendo, o juiz poderia recusar a aplicação ao negócio processual apenas quando verificasse hipóteses de “nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (art. 190, § único, *in verbis*).

13 Palestra proferida no Simpósio Brasileiro de Processo Civil, da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST, em Curitiba, Paraná, Brasil, em 16 de março de 2017.

Exemplificativamente, citemos o disposto no artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, que assim dispõe:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

No supracitado dispositivo, verifica-se clara limitação legal dos negócios jurídicos processuais, cabendo, certamente, a intervenção judicial na hipótese de violação.

Poderão ainda as partes, por exemplo, convencionar pela não realização de prova pericial no processo. E o que ocorreria na hipótese de o juiz optar pela necessidade de sua realização?

Sob o ponto de vista jurisprudencial atual, aplica-se o princípio do “*in dubio pro probacionis*” (na dúvida, manda-se produzir). Mas, e se a parte não recolher as custas respectivas? Pode o magistrado aplicar-lhe pena ou compeli-la ao pagamento?

Pois bem, o direito à prova é uma garantia fundamental do jurisdicionado, e não do Estado-juiz. E, em havendo conflito quanto ao poder de produção probatória, deve-se

optar pelo entendimento que dê prevalência à vontade das partes em detrimento da vontade do juiz.

Todavia, é entendimento maciço na doutrina que o superavit probatório é admissível, mas o deficit é intolerável e, na referida hipótese de não concordância das partes quanto à realização de prova que o magistrado entende por fundamental ao deslinde do feito, arcarão as mesmas com as consequências da ausência da respectiva produção.

3. Considerações finais

Os dispositivos legais referidos no presente texto, mormente o artigo 190 do CPC de 2015 e os negócios jurídicos processuais atípicos, representam enorme inovação da prática forense civil brasileira. Como já se disse aqui, qualquer inovação gera certa insegurança em praticamente todas as áreas do conhecimento. No âmbito jurídico, até que se forme e se firme a jurisprudência, podem surgir situações indesejadas e polêmicas na sua aplicação prática.

O que se verifica, quanto aos negócios jurídicos processuais, é que os mesmos possuem enorme potencial de possibilitar a realização de Justiça (esta que é a finalidade maior do Direito e, conseqüentemente do processo).

Considerando que esses acordos processuais atípicos constituem inovação no ordenamento pátrio, sendo o Brasil o único país no mundo a positivá-la, e que,

nos dias atuais não é raro observar quase que um “conflito de classes” entre os operadores do Direito (advogados x magistrados), afigura-se como extremamente importante primar pela temperança.

Às partes é lícito negociar, praticando negócios jurídicos processuais previstos em lei, ditos típicos, ou, ainda, criar livremente convenções processuais que melhor lhes aprouverem, desenhando efetivamente o processo e realizando os negócios jurídicos processuais conhecidos como atípicos, que possuem plena validade no mundo jurídico, desde que não extrapolem limites de direito material e/ou processual.

Caso exista tal extrapolação, não será apenas cabível, mas necessária e válida, a intervenção do magistrado. Isso também se faz indispensável caso a legislação exija a convalidação do julgador, tal como ocorre no calendário processual previsto no artigo 191. Assim, os limites de intervenção existem e são reais, mas ousa-se dizer que não maculam a natureza jurídica e, sim, agregam maior estabilidade aos negócios jurídicos processuais.

Por fim, o protagonismo das partes, característica marcante do CPC de 2015, não implica de forma alguma em diminuição da importância do papel do Juiz de Direito, mas constitui, outrossim, uma realocação de energias, rumo ao objetivo de conferir maior efetividade à Justiça.

Referências

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 18ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007, p. 7- 27, p. 10. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23657/16714>.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual – Volume único. 8ª edição. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. V. Salvador: PODIVM, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Palestra proferida no Simpósio Brasileiro de Processo Civil, da Academia Brasileira de

Direito Constitucional – ABDCONST, em Curitiba, Paraná, Brasil, em 16 de março de 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de Processo Civil. Volume 1. 16 ed. Reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JUNIOR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pela saúde.

Agradeço a meus amados pais, marido, filhos, irmã e sogra pelo amor, paciência e apoio incondicional para a conclusão desta especialização.

À querida professora Liliane Maria Busato Batista pela imprescindível orientação acadêmica.

A todas as pessoas, aos amigos e colegas que, direta ou indiretamente, ao longo de minha vida, contribuíram para a construção desse trabalho.

PENHORA DE VENCIMENTOS (LATO SENSU) PARA RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Alessandra Cortina Santos

Especialista em Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel - UNIVEL, Especialista em Docência no Ensino Superior pela Faculdade de Ciências Aplicadas de Cascavel - UNIPAN, Advogada desde 2007.

Alexandre Barbosa da Silva

Doutor em Direito Civil pela UFPR, Mestre em Direito Processual Contemporâneo e Cidadania, Professor de Direito Civil da graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra. Procurador do Estado do Paraná.

Resumo: Os honorários advocatícios são verba de caráter remuneratório e alimentar, caracterizando-se por serem a remuneração do advogado, sua fonte de renda e alimentos, devendo ser priorizados sobre a mesma fonte de seu devedor em caso de conflito. Diante disso, neste trabalho, se buscou demonstrar a possibilidade de penhora de vencimentos (*latu sensu*) do devedor para o pagamento dos honorários advocatícios, posto que tal situação é expressamente prevista em legislação estrangeira. No Brasil, o Código de Processo Civil previu como exceção à regra da impenhorabilidade dos vencimentos apenas o pagamento de prestação alimentícia (aquela mensal e consecutiva), bem como de valores que superem cinquenta salários mínimos (realidade distante da maioria da população brasileira). No entanto, a impenhorabilidade afasta o direito fundamental de prestação jurisdicional do credor, privilegiando o mau pagador e infringindo princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana. Por isso, analisa-se, neste trabalho, o afastamento da impenhorabilidade dos vencimentos para pagamento de crédito, especialmente de natureza alimentar. A penhora dos vencimentos do devedor, no entanto, deve ser parcial, a fim de se preservar o mínimo necessário à sua vida digna, sem, contudo, extrair do credor o direito ao recebimento de seu crédito, afastando, com isso, o sentimento de impunidade (civil) do Poder Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Honorários advocatícios; Vencimentos e Salário; Penhora; Impenhorabilidade; Exceção

1. Introdução

No julgamento do Recurso Especial 1.152.218/RS, analisado e processado na forma de recurso repetitivo, em 07.05.2014, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento (já há muito discutido) de que os honorários advocatícios, quer contratuais, quer sucumbenciais, são crédito de natureza alimentar. Com essa decisão, os honorários advocatícios passaram a ter prioridade no recebimento dentro do processo falimentar, tal qual os créditos de natureza trabalhista.

No âmbito civil – e aqui se discute – a referida decisão também traz (ou deveria trazer) reflexos: um deles diz respeito à possibilidade de penhorarem-se vencimentos (*lato sensu*) para seu recebimento, uma vez que os honorários advocatícios são a remuneração do advogado, sua fonte de renda e alimentos e, por isso, devem ter prioridade sobre a mesma fonte de seu devedor.

É sobre essa possibilidade que este estudo trabalha, diante da importância do tema, especialmente para a classe jurídica, que tem nos honorários sua fonte de sobrevivência. Inicialmente, se apresentará a natureza jurídica dos honorários advocatícios. Depois, se estudará as hipóteses de impenhorabilidade trazidas pelo Código de Processo Civil e suas exceções. Por fim, se fará uma análise da possibilidade da penhora de vencimentos para recebimento de crédito de honorários advocatícios, já que ambos os títulos se resumem em remuneração.

É de se destacar que o Código de Processo Civil, vigente desde março de 2016, não prevê a possibilidade da penhora aqui defendida, mas, pelo contrário, deixa a remuneração (vencimento) como verba impenhorável, com a única exceção para pagamento de prestação alimentícia (também verba de caráter alimentar).

2. Honorários advocatícios

O radical *honor*, do latim, dá origem à palavra “honra”, donde derivou a expressão *honorarium*, que significa “honorários”. Daqui se conclui que os honorários são a honraria recebida em razão dos serviços prestados. Inicialmente, essa honraria (os honorários) não significava, exatamente, proveitos ou benefícios materiais. Como bem destaca Fonseca (2012), no início do patronato judiciário (da advocacia na República Romana), o patrono garantiria a defesa processual de alguém, o qual, em troca, prestaria seus préstimos, sua influência ou até mesmo seu voto. Era uma relação de fidelidade. Com o abuso dos pedidos de contraprestação pelos patronos, foi editada a *Lex Cincia* (em 204 a.C.), que proibia advogados de receberem recompensas, ou honorários, ainda que em forma de doação. A referida norma foi reeditada várias vezes, mas nunca rigorosamente cumprida.

Com o fim do patronato judiciário (na instauração do principado por Otávio Augusto em 27 a.C.), a advocacia passou a ser exercida por cidadãos de camadas sociais de

todo Império. Fonseca (2012) afirma que, gradualmente, os romanos passaram a reconhecer o direito aos honorários advocatícios como efetivo pagamento do trabalho realizado. Assim, no início do Século III, já se poderia cobrar honorários, desde que tivessem sido previamente prometidos, ou arbitrados pelo juiz de acordo com a importância do litígio, do seu talento e do costume do foro.

A partir daí, ao longo da evolução histórica-doutrinária, foram registradas teorias a respeito da natureza dos honorários. Botelho (2014) esclarece que a primeira dessas teorias, defendida por Hennemann, colocava os honorários como forma de pena ou sanção, relacionada à má-fé ou dolo da parte vencida, quer na condução do processo, quer na conduta que deu origem ao mesmo.

Essa teoria foi contestada por Adolph Weber, que afirma que a condenação ao pagamento de honorários era um ressarcimento do prejuízo do vencedor, já que atos injustos e lides injustas deviam ser ressarcidas ao injustiçado, numa aplicação do princípio da culpa aquiliana do direito romano. Em ambas as teorias, o pagamento de honorários (e despesas processuais) tinha caráter de penalidade pelo exercício do direito de ação.

Como evolução dessas teorias, Passos (2015) esclarece que a teoria da sucumbência foi inicialmente desenvolvida por Giuseppe Chiovenda, que reconhecia que toda despesa empreendida para o reconhecimento do direito em juízo deve ser recomposta ao titular do direito, valendo

tanto para o autor quanto para o réu, sendo, portanto, um complemento necessário à declaração do direito.

No entanto, como bem explanou Botelho (2014), a teoria da sucumbência – o critério objetivo da derrota processual – não foi suficiente para determinar a responsabilidade das partes pelas despesas do processo, incluindo honorários, pelo que Piero Pajardi desenvolveu a teoria da causalidade (princípio da causalidade), compreendida através da evitabilidade da lide, ou seja, a parte que deu causa (por culpa) à propositura do processo judicial (não tendo outra alternativa) deveria arcar com os ônus da derrota processual. Note-se que, conforme ensina Cahali (2011, p. 36), não há contraste entre a teoria da sucumbência e o princípio da causalidade, mas sim harmonia, ou, em outras palavras, complementação, já que, na maioria dos casos, aquele que sucumbe no processo é o que provocou sua instauração.

No Código de Processo Civil de 1973, os honorários advocatícios eram tratados como verba de ressarcimento e espécie de despesas processuais, devido pelo vencido ao vencedor (artigo 20, Lei 5.869/1973). No entanto, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.904/1994 – Estatuto da OAB), de forma mais enfática e clara do que a disciplina anterior (Lei 4.215/1963, revogada), alterou o entendimento vigente e estabeleceu que os honorários pertencem ao advogado (artigo 23), sendo que a sentença judicial constitui título executivo em seu favor (artigo 24). Com

isso, os honorários passaram a ter natureza remuneratória (pertencente ao advogado) e não mais verba de ressarcimento (pertencente à parte).

É verdade que a modificação do entendimento apresentada pelo Estatuto da OAB nunca foi bem compreendida e/ou respeitada pelo Poder Judiciário, que continuava apegando-se às normas do Código de Processo Civil vigente (1973), enxergando os honorários como verba de ressarcimento, a ponto de permitir a compensação¹. Hoje, com a vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), os honorários advocatícios são entendidos, claramente, como verba remuneratória, pertencente ao advogado, com caráter alimentar. Assim, pode-se afirmar que, como define o Dicionário Michaelis (2017), a palavra honorários perdeu a conotação subjetiva de honra (como demonstrado no início deste tópico) para dar lugar ao sentido objetivo de pagamento em retribuição a serviços prestados pelos que exercem uma profissão liberal; remuneração. Logo, honorários advocatícios são aqueles pagos ao advogado pelos seus serviços jurídicos.

1 A Súmula 306 do STJ (Superior Tribunal de Justiça), editada em 2004, firmava o entendimento (contrário ao Estatuto da OAB) de que os honorários poderiam ser compensados quando houvesse sucumbência recíproca – implicando em reconhecer os honorários como verba de ressarcimento – permitindo, apenas, que o advogado executasse eventual saldo remanescente, do qual, inclusive, a parte (cliente) também tinha legitimidade para cobrança.

2.1 Espécies de honorários advocatícios

Partindo-se da premissa de que honorários advocatícios são a remuneração do advogado por seu serviço jurídico, há de se ressaltar que, de acordo com o Estatuto da OAB (artigo 22), existem três espécies de honorários advocatícios: os contratuais (convencionais), os de sucumbência, e os arbitrados judicialmente. Strazzi (2015), rapidamente esclarece que honorários contratuais, ou convencionais, são aqueles pagos pelo cliente ao seu próprio advogado, em valor combinado através de um contrato (normalmente escrito). Podem ser estipulados através de remuneração mensal, pagamento no início do processo, no final do processo (*quota litis*) em caso de sucesso, ou, por fim, uma combinação dessas formas.

Os honorários de sucumbência, por sua vez, continua Strazzi (2015), são aqueles pagos pelo vencido do processo ao advogado da parte vencedora. São fixados pelo juiz, de acordo com as regras legais (agora artigo 85 e parágrafos do CPC/2015; antes artigo 20 e parágrafos do CPC/1973). Os honorários sucumbenciais e os contratuais são independentes, de forma que o advogado pode/deve receber ambos, quando assim previsto.

Por fim, os honorários arbitrados judicialmente são aqueles fixados em processo nos casos de inexistência de contrato entre advogado e cliente, ou quando há discordância sobre os valores acordados (normalmente em casos de contrato verbal). Assim, segundo o artigo 22 do Estatuto

da OAB, o juiz fixará remuneração compatível com o trabalho e com o valor econômico da questão, tendo por base a Tabela de Honorários organizada pela Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Vale destacar, também, que o artigo 50 do Novo Código de Ética e Disciplina da OAB, repetindo previsão anterior (artigo 38 da norma revogada), determina que os honorários contratuais somados aos sucumbenciais não podem ultrapassar as vantagens advindas em favor do cliente, limitando a remuneração do procurador a, conseqüentemente, cinquenta por cento do valor da demanda.

2.2 Natureza jurídica dos honorários advocatícios

Como já dito, os honorários advocatícios são hoje vistos como verba remuneratória. Há muito, os advogados vinham batalhando judicialmente para embarcar a natureza alimentar de sua remuneração, até que, em 2014, com o julgamento do Recurso Especial 1.152.218/RS, analisado e processado na forma de recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que os honorários advocatícios são crédito de natureza alimentar, tendo prioridade de recebimento, no processo falimentar, tal qual os créditos de natureza trabalhista. Em evolução, o parágrafo 14 do artigo 85 do Código de Processo Civil atual (2015) estabeleceu, expressamente, a natureza alimentar dos honorários advocatícios, retirando a limitação do processo falimentar imposta pela jurisprudência.

Note-se, como já explanado, que na Roma antiga a advocacia era exercida pela notoriedade, pela fama e pela honra que a atividade conferia. Hoje, no entanto, a advocacia é exercida, também, pela sua remuneração, já que dos honorários é que o advogado retira o sustento seu e de sua família.

Assim, como bem conclui Oliveira (2007), em que pese não se poder confundir honorários com salário, apesar de possuírem afinidades, especialmente no que pertine à finalidade a que se destinam, atualmente não há como afastar o conceito de honorários de sua natureza remuneratória e alimentar.

3. Impenhorabilidade no código de processo civil

Os honorários advocatícios, em qualquer de suas espécies, como visto anteriormente, são verba de caráter remuneratório e alimentar, pertencente ao advogado, o qual, em caso de não recebimento no prazo estipulado, poderá promover a cobrança extra ou judicialmente. A cobrança judicial pode ser embasada em título executivo extrajudicial (como o contrato dos honorários convencionais) ou judicial (no caso dos honorários por arbitramento ou sucumbenciais). Em qualquer das hipóteses, se tratará de processo executivo.

No processo executivo, de forma geral, o devedor é intimado/citado para pagar o débito comprovado por documento escrito, no prazo legal. Não o fazendo, responderá o executado (devedor) com todos os seus bens (presentes e/

ou futuros), nos termos do artigo 789 do Código de Processo Civil, de onde se realizará a expropriação (artigo 824), para satisfação do credor. A penhora dos bens (para expropriação) deve observar a ordem estabelecida no artigo 835 do Código de Processo Civil, iniciando, pela facilidade no pagamento do credor, pela penhora de dinheiro, passando por títulos, bens móveis, imóveis e demais lá elencados.

A questão é, e aqui se chega ao tema deste tópico, que alguns bens e direitos são protegidos contra a penhora judicial, ou seja, não podem ser objeto de constrição judicial para pagamento de débitos cobrados através do processo de execução.

O artigo 833 do Código de Processo Civil apresenta o rol (taxativo) de bens e direitos de propriedade do executado que são impenhoráveis², ou seja, que não podem ser

2 Art. 833 CPC/2015. “São impenhoráveis: I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI – o seguro de vida; VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação,

constritos para pagamento do credor, em atenção ao princípio da menor onerosidade para o devedor. Além desses, lei esparsa (Lei 8.009/90) protege de eventual penhora o denominado bem de família³.

Como bem ensina o Professor Medina (2015, p. 1119), as normas jurídicas devem ser interpretadas sempre à luz da Constituição Federal, especialmente quando se voltam à realização dos direitos fundamentais. Por esta razão, o Código de Processo Civil de 2015 (repetindo regramento anterior) traz em seu bojo o rol (taxativo) de bens impenhoráveis, garantindo-se um mínimo patrimonial, necessário à existência digna do executado (como direito à moradia, saúde ou à dignidade da pessoa humana).

A nova legislação processual brasileira pouco inovou a respeito dos bens impenhoráveis. Rodrigues (2015) destaca que, dentre as novidades estão a troca da expressão

saúde ou assistência social; X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII – os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra”.

3 Em que pese não ser objeto do presente estudo, é preciso esclarecer que se considera bem de família aquele que, efetivamente, a entidade familiar utilize como moradia, ou, caso esteja locado, a renda sirva para manutenção do devedor e de sua família. Importante destacar que, como bem confirmou o eminente Ministro José Delgado, em julgamento do REsp 619.722/RS, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 31.05.2004, *“só deve ser considerado como bem de família o único imóvel residencial pertencente ao casal (art. 5º da Lei 8.009/90, vigente à época dos fatos. Terreno sem qualquer benfeitoria, embora único bem do casal, não apresenta características para ser tido como bem de família”*.

antes utilizada (no CPC/1973) de “ao exercício de qualquer profissão” para “exercício da profissão do executado”, o que parece mais adequado no inciso V do artigo 833, onde também foram incluídos os equipamentos, implementos e máquinas agrícolas pertencentes à pessoa física ou empresa individual produtora rural, exceto se forem a garantia do negócio ou a dívida cobrada tiver natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

A impenhorabilidade, porém, não se mantém quando o próprio devedor a renuncia⁴, nomeando bens que, em tese, estariam protegidos da constrição judicial para tal fim. Também vale lembrar que, em que pese a leitura do artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015 sugira que a impenhorabilidade estabelecida se aplica apenas a pessoas físicas devedoras, o entendimento jurisprudencial⁵ tem permitido que a pessoa jurídica suscite a impenhorabilidade dos bens que lhe sejam fundamentais e indispensáveis ao seu funcionamento e sobrevivência (Montenegro Filho, 2016, p. 929).

A impenhorabilidade legal, porém, têm exceções, que são trazidas pelo próprio artigo 833 em seus parágrafos⁶, que serão estudadas a seguir.

4 Cita-se, como exemplo, o julgamento do REsp 470.935/RS, da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 01.03.2004.

5 Cita-se, como exemplo, o julgamento do REsp 512.555/SC, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 24.05.2004.

6 “§ 1º. A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição. §2º. O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipóteses de penhora

3.1 Exceções à impenhorabilidade no Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil, em sua resação, prevê exceções à impenhorabilidade do artigo 833. Veja-se que, com o mesmo olhar constitucional que se protege o mínimo ao devedor, também se retira essa proteção. É o caso da exceção da impenhorabilidade do salário para pagamento de pensão alimentícia (§ 2º), ou de bens móveis de alto valor ou que ultrapassem as necessidades comuns (inciso II), bem como os vestuários de alto valor (inciso III), e ainda, daqueles de onde se originou a dívida (§ 1º). Cândido Dinamarco (1998, p. 245) bem demonstra que a relativização da impenhorabilidade serve para que esta não se converta em escudo capaz de privilegiar o mau pagador, de modo que continue mantendo o mesmo padrão de vida em detrimento do pagamento de seu credor.

Por isso, ainda, o Novo Código de Processo Civil estabeleceu exceção à impenhorabilidade de salários e remunerações quando a dívida executada for relativa à prestação alimentícia de qualquer origem. Ou seja, tanto a pensão devida em razão de obrigação familiar (paren-

para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. §3º. Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.”

tal), quanto aquela devida em razão de ato ilícito, quanto qualquer outra, poderão ser pagas diretamente por desconto da remuneração do devedor.

Além disso, a legislação processual passou a admitir a penhora da remuneração que for superior a cinquenta salários mínimos mensais, valor que se considerou suficiente para manutenção de vida digna do devedor, sem que o direito do credor seja tolhido, bem como a penhora de valores depositados em caderneta de poupança superiores a quarenta salários mínimos (como já ocorria outrora).

Assim, como consequência, de antemão é possível concluir que os valores de remunerações superiores a cinquenta vezes o salário mínimo poderão ser penhorados tanto para pagamento de honorários advocatícios quanto para o pagamento de quaisquer outras dívidas. No entanto, como se sabe, pouquíssimos brasileiros recebem hoje remuneração mensal superior a este limite, sendo que referida regra acaba sendo ineficaz perante a maioria dos devedores do país.

Ademais, quando um advogado busca o recebimento, pela via judicial, de seus honorários advocatícios (de qualquer espécie), presume-se que ele já encerrou as alternativas extrajudiciais de cobrança do mesmo. E mais, quando busca penhorar parte do salário, ou vencimento de forma geral, de seu devedor, provavelmente também já esgotou a possibilidade de penhora de outros bens (espécie, móveis, imóveis, títulos, etc.). Desta for-

ma, conforme se verá no capítulo seguir, é possível a penhora de vencimentos (*latu sensu*) do devedor para o pagamento de honorários advocatícios.

4. Penhora de vencimentos para pagamento de honorários advocatícios: mesma finalidade das verbas

Como visto anteriormente, os salários, remunerações e vencimentos (de forma geral) são impenhoráveis, nos termos do artigo 833 do Código de Processo Civil, mantendo dispositivo da legislação processual anterior (revogada). No entanto, a impenhorabilidade legal tem, no § 2º do artigo 833, duas exceções, sendo que uma delas (de penhora de valores superiores à cinquenta salários mínimos) é quase inaplicável ante a realidade das remunerações dos brasileiros. A outra exceção é a possibilidade de penhora de vencimentos do devedor para pagamento de prestação alimentícia. Além disso, se demonstrará a possibilidade de se penhorar a remuneração do devedor (em sentido amplo) para o pagamento de honorários advocatícios.

4.1 Princípios do processo de execução

Os princípios – fonte do direito – são regras fundamentais de toda a ciência jurídica, utilizados especialmente para alcançar a interpretação e o alcance da norma jurídica com maior efetividade. Mello (2004, p. 841) define princípio como o mandamento nuclear de um

sistema, como verdadeiro alicerce e disposição fundamental irradiados sobre diferentes normas. Segundo o professor citado, “*é o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo*”. Desta forma, quando há conflitos de normas ou não há determinada norma para atender certo caso concreto, o operador do direito deve apelar aos princípios na resolução do litígio.

Para o processo de execução, dentre outros, há quatro princípios que devem sempre nortear o procedimento, sendo eles: o da efetividade, o da menor onerosidade ao devedor, o da responsabilidade patrimonial, e o da proporcionalidade. Pelo princípio da efetividade se tem que as demandas judiciais estão além do simples reconhecimento de um direito pretendido, buscando-se a efetiva satisfação do bem ambicionado na lide (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 47). A efetividade é o preceito crucial de todo o procedimento executório, tendo em vista que se busca a total satisfação do credor.

O princípio da menor onerosidade causada ao devedor, previsto expressamente na legislação processual (artigo 805, CPC/2015), busca salvaguardar o devedor de expropriações que lhe causem exacerbada penúria. Hoje, entretanto, para que o devedor possa pedir a aplicação deste princípio, deve indicar qual a forma menos onerosa para o pagamento do débito ao credor (parágrafo único do artigo 805, CPC/2015).

O princípio da responsabilidade patrimonial demonstra a evolução do direito. Nas antigas civilizações, houve um tempo em que o cidadão era punido severamente (em seu próprio corpo) no caso de causar prejuízo a outrem, havendo situações que o devedor poderia se tornar escravo do credor como forma de pagamento de sua dívida (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 51). Na sociedade contemporânea, com a valorização do indivíduo como pessoa, não é permitida tal prática, sendo que rege no ordenamento jurídico brasileiro o princípio em estudo – da responsabilidade patrimonial – que estabelece que o devedor responde por suas dívidas com todo o seu patrimônio e não mais com seu corpo (artigo 789, do CPC/2015). A única exceção a esse princípio, onde se permite ainda a coação pessoal do devedor, são os casos de cobrança de pensão alimentícia executada nos termos do artigo 528, § 3º, do Código de Processo Civil atual.

Por fim, pelo princípio da proporcionalidade, se busca dar a cada qual aquilo que lhe pertence de maneira isonômica, devendo o magistrado, a cada caso concreto, aplicar de forma proporcional e razoável a norma que cabe, a fim de evitar abusos e arbitrariedades, de modo que o credor seja satisfeito, sem prejuízo demasiado ao devedor, ou vice-versa (DIDIER JUNIOR, 2011, p. 61). Desta forma, tendo em mente os princípios norteadores do processo de execução, passa-se a estudar as possibilidades de penhora de remuneração.

4.2 Penhora parcial da remuneração em outros ordenamentos jurídicos

O que se propõe nesse estudo, a penhora parcial da remuneração do devedor para pagamento de seu credor, já é aceita em alguns ordenamentos jurídicos internacionais, sendo, inclusive, inserida de forma expressa em leis processuais. Agnello (2012) cita como exemplo o ordenamento jurídico boliviano, onde há previsão expressa do pagamento parcial da dívida pelo devedor, e da suspensão do saldo remanescente, quando seu pagamento total possa levá-lo a estado de dificuldade de sobrevivência. O saldo suspenso seria novamente cobrado apenas em momento posterior, quando o devedor apresentasse recuperação em sua condição econômica. Desta forma, o credor não teria seu direito totalmente desamparado, e, ainda, o devedor teria o mínimo para sua subsistência garantido.

No direito alemão, o ZPO– *Zivilprozessordnung*, seu Código de Processo Civil, continua Agnello (2012), dispõe sobre determinados ativos móveis que não podem ser penhorados, objetivando que o devedor mantenha quantidade mínima de bens e valores para uso pessoal e exercício da profissão, considerando (artigo 811, n. 8) impenhorável apenas o mínimo necessário para prover o tempo entre a penhora e o próximo pagamento.

A legislação polonesa prevê, por seu turno, a impenhorabilidade de dois salários mínimos (bem diferente dos cinquenta salários mínimos, como previsto na legislação

brasileira), sendo que os valores superiores a esse limite são penhoráveis em até um quinto (artigo 833, n. 1). No Código de Processo Civil da Polônia, há a previsão expressa (artigo 823, n. 1, letra “e”) da penhora parcial de salário, garantindo-se ao devedor a impenhorabilidade de dois terços de sua remuneração, se este for maior que o limite de dois salários mínimos citados anteriormente (AGNELLO, 2012).

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei de Julgamento Civil) determina o regime de penhora progressiva, de acordo com o valor da remuneração do executado (artigo 607). Para tanto, tem-se em mente o salário “interprofissional” (espécie de salário mínimo nacional), penhorando-se percentuais de 30% a 90% sobre o excedente⁷.

7 A possibilidade de penhora parcial e proporcional dos salários na legislação espanhola é um bom exemplo de efetividade da prestação jurisdicional, garantindo ao devedor o mínimo para sua sobrevivência, e ao credor, a satisfação de seu crédito. Por essa razão, colaciona-se o art. 607 da Lei de Julgamento Civil daquele país: “**Artículo 607 Embargo de sueldos y pensiones.** 1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. 2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala: 1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100. 2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. 3.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100. 4.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100. 5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100. 3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente

Vê-se, portanto, que a penhora parcial de remunera-

serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al Secretario judicial. **4.** En atención a las cargas familiares del ejecutado, el Secretario judicial podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 por ciento en los porcentajes establecidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del apartado 2 del presente artículo. **5.** Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo. **6.** Los anteriores apartados de este artículo serán de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas. **7.** Las cantidades embargadas de conformidad con lo previsto en este precepto podrán ser entregadas directamente a la parte ejecutante, en la cuenta que ésta designe previamente, si así lo acuerda el Secretario judicial encargado de la ejecución. En este caso, tanto la persona o entidad que practique la retención y su posterior entrega como el ejecutante, deberán informar trimestralmente al Secretario judicial sobre las sumas remitidas y recibidas, respectivamente, quedando a salvo en todo caso las alegaciones que el ejecutado pueda formular, ya sea porque considere que la deuda se halla abonada totalmente y en consecuencia debe dejarse sin efecto la traba, o porque las retenciones o entregas no se estuvieran realizando conforme a lo acordado por el Secretario judicial. Contra la resolución del Secretario judicial acordando tal entrega directa cabrá recurso directo de revisión ante el Tribunal.” **Tradução livre: “Artigo 607 Penhora de salários e pensões. 1.** É impenhorável o salário, soldo, pensão, retribuição ou seu equivalente que não exceda à quantia do salário mínimo interprofissional. **2.** Salários, vencimentos, remunerações, retribuições ou pensões que sejam superiores ao salário mínimo interprofissional serão penhorados na seguinte escala: **1º** Para a quantia adicional [o que excede ao valor do salário interprofissional] até ao dobro do salário mínimo interprofissional, 30%. **2º** Para a quantia adicional até ao triplo do salário mínimo interprofissional, 50%. **3º** Para a quantia adicional até ao quádruplo do salário mínimo interprofissional, 60%. **4º** Para a quantia adicional até ao quádruplo do salário mínimo interprofissional, 75%. **5º** Para qualquer montante que exceda a anterior

ção do devedor em benefício ao pagamento de sua dívida perante o credor é amplamente aceita no ordenamento jurídico internacional, sendo que o sistema brasileiro, inclusive, é tido por inaceitável na visão estrangeira. Nesse sentido, reproduz-se o pensamento do doutrinador português José Reis:

O sistema jurídico brasileiro parece-nos inaceitável. Não se compreende que fiquem inteiramente isentos os vencimentos e soldos, por mais eleva-

quantia, 90%. **3.** Se o executado for beneficiário de mais de uma prestação, acumular-se-ão todas elas para deduzir de uma só vez a parte impenhorável. Serão igualmente acumulados os salários, vencimentos e pensões, retribuições ou equivalentes dos cônjuges quando o regime aplicável não seja o de separação de bens, e rendimentos de todo o tipo que deverão manifestar ao tribunal. **4.** Em atenção aos encargos familiares do executado, o tribunal poderá aplicar uma redução situada entre 10 e 15% das percentagens estabelecidas nos itens 1º, 2º, 3º e 4º do nº 2 do presente artigo. **5.** Se os salários, vencimentos, pensões ou retribuições estiverem sujeitos a deduções permanentes ou transitórias de carácter público em razão da legislação fiscal ou da segurança social, o montante líquido que o executado receber, uma vez deduzidas aquelas, constituirá a referência para regular a penhora. **6.** Os itens deste artigo aplicar-se-ão às receitas provenientes de atividades profissionais e mercantis autônomas. **7.** Os valores penhorados em conformidade com as disposições da presente regra podem ser entregues diretamente para a parte executante na conta anteriormente por ela designada, se aprovado pelo juiz responsável pela execução. Neste caso, tanto a pessoa ou entidade envolvida na retenção e posterior entrega como o exequente deve informar trimestralmente o funcionário do tribunal sobre os montantes enviados e recebidos, respectivamente, assegurando-se, em qualquer caso, as alegações que o executado pode fazer, ou porque ele considera que a dívida seja totalmente paga e, conseqüentemente, deve ser anulada bloqueio, ou porque as retenções ou entregas não estavam sendo feitos conforme determinação judicial. Contra a decisão concordando a entrega direta ao credor, caberá recurso ao Tribunal”.

dos que sejam. Há aqui um desequilíbrio manifesto entre o interesse do credor e do devedor; permite-se a este que continue a manter o seu teor de vida, que não sofra restrições algumas no seu conforto e nas suas comodidades, apesar de não pagar aos credores as dívidas que contraiu. (*apud* MAIDAME, 2007, p. 250)

No entanto, vale destacar que parte da jurisprudência brasileira vinha aceitando a penhora parcial de salários antes da vigência do Novo Código de Processo Civil. No entanto, a nova legislação trouxe, de forma expressa, a vedação, e acredita-se que os operadores do direito terão, novamente, muito trabalho para atingir essa satisfação, já que a lei fortaleceu o entendimento dos contrários a esse tipo de procedimento.

4.3 Penhora de salários para pagamento de prestação alimentícia

Alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A prestação alimentícia é, portanto, aquele direito mensal e consecutivo de pagamento de valor para subsistência de alguém, determinado judicialmente, decorrente de relação familiar, ato ilícito, ou outras. O § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil (2015), prevê, expressamente, que a impenhorabilidade dos salários (e remunerações em geral) não se aplica quando o débito discutido se tratar de prestação alimentícia. Essa

exceção tem por base o princípio do respeito à dignidade humana, considerando que se de um lado a execução não pode causar a ruína do devedor e sua família (THEODORO JUNIOR, 2012, p. 131), também não pode causar a fome e o desabrigo do credor.

Ocorre que, em que pese os honorários advocatícios serem verba de caráter alimentar, o Poder Judiciário não tem entendido que a exceção do § 2º do artigo 833, do Código de Processo Civil atual se aplica ao recebimento destes, entendendo que a lei é específica à prestação alimentícia (aquela mensal e consecutiva) e não pode ter interpretação ampliada. No entanto, discordamos de tal interpretação, e propomos a possibilidade da penhora de vencimentos para pagamento de honorários advocatícios conforme tópico seguir.

4.4 Penhora de salários para pagamento de honorários advocatícios

De plano, cabe trazer a lição de Puchta sobre as impenhorabilidades:

As impenhorabilidades no Brasil constituem um sistema rígido, sem a flexibilidade necessária, sem uma ponderação, um equilíbrio necessário, tanto na elaboração de leis como nas decisões no caso concreto. Leis de impenhorabilidade excessiva possuem defeitos e vícios extrínsecos, de modo a macular a ordem jurídica, tornando-a fortemente injusta com quem busca o bem da vida. Em suma, é a própria ordem jurídica voltando-se contra si mesma (...) (PUCHTA, 2008, p. 156).

A impenhorabilidade de salários, salvo melhor juízo, não pode ser considerada absoluta quando for a única forma de garantir o direito do credor em ver satisfeita a obrigação. Havendo uma colisão entre os direitos do credor e do devedor, considerar o salário impenhorável significa deixar de prestar jurisdição ao credor, protegendo-se em demasia o devedor. Alexy (1997, p. 367) destaca que essa proteção exacerbada do devedor desestimula o pagamento pontual de débitos, sendo um precedente condenável.

Na mesma linha, Puchta (2008, p. 47) defende a inconstitucionalidade da impenhorabilidade dos salários ante a afronta dos valores constitucionais, como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada e a dignidade da justiça, tornando inoperante o princípio na inafastabilidade da jurisdição e a duração do processo em prazo razoável.

Assim, tendo em mente que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar, representando uma “*verba necessarium vitae, através da qual o advogado prevê seu sustento*” (STJ, 1ª Turma, REsp 706.331/PR, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18.08.2005, p. 12.09.2005), e a remuneração do devedor, por consequência, tem a mesma natureza jurídica, está-se diante de uma antinomia. Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 26), o aplicador do direito, quando diante de uma antinomia, deve conservar as duas normas incompatíveis, optando por uma delas através da subsunção, aplicando-se os critérios fornecidos pelo sistema normativo. Neste caso, entendemos que os princípios da efetividade da

prestação jurisdicional e da menor onerosidade ao devedor deveria levar o operador do direito a concluir pela penhora parcial do salário, de forma que o credor dos honorários advocatícios tivesse seu direito satisfeito e o devedor não fosse levado à ruína.

Desta forma, Teixeira (2012) conclui, no mesmo sentido defendido por este trabalho, que entre o crédito alimentar do advogado e a natureza idêntica da retribuição pecuniária (vencimentos, salários, proventos, etc.) do devedor, deve-se sobressair o direito do primeiro, uma vez que, na condição de credor, ele deve ter privilégios.

A tese aqui defendida já foi declarada pelo Eminentíssimo Ministro Sidnei Beneti, quando do julgamento do Recurso Especial 948.492/ES, *in verbis*:

(...) O presente processo, como visto, retrata confronto entre o direito do devedor à impenhorabilidade dos frutos de seu trabalho e o direito do credor, que defende fazer jus a prestação que também tem caráter alimentar. Opõem-se, assim, a regra do artigo 649, IV, do CPC, àquelas previstas nos arts. 2º e 5º do Código de Ética da OAB e arts. 22, 23 e 24 da lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), bem como o do art. 20, § 5º, das quais se deduz a natureza alimentar dos honorários advocatícios. (...) No presente caso, opõem-se os direitos apenas do credor e devedor. Não somente os vencimentos deste se consideram verbas alimentícias, mas também o crédito do primeiro, decorrente de verbas de sucumbência. (...) Admitida a natureza alimentícia do crédito vindicado pelo recorrente,

nao há pornão deixar de admitir que se caracteriza a exceção prevista no art. 649, IV, do CPC. Embora o caput do artigo estabeleça serem absolutamente impenhoráveis os bens ali enumerados, prevê exceções nos §§ 1º e 2º. No caso, mostrando-se infrutífera a busca por bens a serem penhorados e dada a natureza de prestação alimentícia do crédito do recorrente, de rigor admitir o desconto em folha de pagamento do devedor, solução que, ademais, observa a gradação do art. 655 do CPC (...) (STJ, 3ª Turma, REsp 948.492/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 01.12.2011, p. 12.12.2011)

Destaca-se, por outro lado, que a penhora dos salários do devedor deve ser parcial, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Em outro julgamento, o Ministro Sidnei Beneti, defendendo a mesma tese, destacou que *“não há razão para se perfilhar a tese de que existem dívidas alimentares que podem excepcionar o regime da impenhorabilidade de vencimento e outras, de mesma natureza, não gozam de tal privilégio”* (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.206.800/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.02.2011, j. 28.02.2011).

Diante disso, é preciso lembrar que, além dos honorários serem verba de natureza alimentar, tal qual a prestação alimentícia (expressa na exceção do § 2º do artigo 833 do CPC/2015), a lei processual prevê a possibilidade de penhora de salários (para quaisquer dívidas) de valores superiores à cinquenta salários mínimos. Em que pese, como já dito, que a dita exceção é tanto distante da reali-

dade das remunerações brasileiras, vale como precedente para demonstrar que o que se pretende é a preservação da manutenção de vida digna ao devedor. É certo afirmar, porém, que é possível que um cidadão brasileiro tenha vida digna com remuneração inferior àqueles cinquenta salários mínimos previstos. Assim, cabe ao Poder Judiciário fixar a penhora parcial dos vencimentos, preservando valores suficientes para subsistência do devedor e sua família.

Destaca-se, inclusive, que na vigência do Código de Processo Civil anterior (1973) a Lei 11.382/2006 tentou incluir o parágrafo 3º ao artigo 649 (que tratava da impenhorabilidade), acabando vetado. O referido parágrafo, se tivesse entrado em vigor, previa a possibilidade de penhora de 40% (quarenta por cento) do salário de devedor que auferisse mais de vinte salários mínimos mensais. O teor do veto (s.m.j. inconsistente e incoerente), inclusive, afirma que era “*difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no país seja considerado como integralmente de natureza alimentar*” (BRASIL, 2006). Note-se, portanto, que o que se pretende com o presente trabalho é algo que há muito se tem discutido e trabalhado.

Almeida (2011, p. 49) destaca que a regra da impenhorabilidade dos vencimentos deve ser mitigada quando a penhora de parcela da remuneração do devedor não comprometer a sua sobrevivência, tendo em vista a exegese constitucional da efetividade processual na tutela executiva, dado que a impossibilidade de constrição de proven-

tos salariais prestigia o devedor em detrimento do direito fundamental do credor. Ademais, a Lei 10.820/2003 estabelece as diretrizes do crédito consignado e a margem consignável⁸, possibilitando ao cidadão a autorizar o desconto de até 30% (trinta por cento) de seus rendimentos para pagamento de débitos por mera liberalidade.

Ora, se o devedor pode dispor, para pagamento de empréstimos, de parte de seus vencimentos, com mais razão o Poder Judiciário poderá utilizar a mesma situação para ver satisfeita a obrigação do pagamento de honorários advocatícios, que, sempre é bom destacar, são crédito de natureza alimentar do advogado, que, na maioria das vezes, depende do recebimento do crédito para a subsistência sua e de sua família.

Forçoso destacar, por fim, que o inadimplemento é, por vezes, reflexo do senso de impunidade, pelo qual a sociedade brasileira está cada mais descrente no Poder Judiciário, não obstante a crise financeira que assola todos os continentes. Em outros casos, o inadimplemento é puro comportamento antiético de certos devedores, praticados em contraposição ao princípio valorativo que exige fomentar o retilíneo cumprimento da obrigação assumida (Teixeira, 2012).

8 O crédito consignado é uma modalidade de empréstimo no qual as pessoas físicas, por mera liberalidade, autorizam que os descontos sejam feitos diretamente em sua folha de pagamento, limitando-se a 30% (trinta por cento) de seu salário, conforme dispõe o art. 1º, § 1º, da Lei 10.820/2003 (RIBEIRO, 2017)

5. Considerações finais

No presente trabalho, buscou-se demonstrar a possibilidade de se penhorar os vencimentos (*latu sensu*) do devedor, para o fim de satisfazer a obrigação do pagamento de honorários advocatícios ao credor-advogado. Iniciou-se explanando os honorários advocatícios, onde se concluiu que estes são verba de caráter remuneratória e alimentar. Apresentou-se, então, a regra geral da impenhorabilidade da remuneração do devedor, bem como sua exceção legal (pagamento de prestação alimentícia ou valor superior a cinquenta salários mínimos).

No quarto e derradeiro capítulo, destacou-se a possibilidade da penhora da remuneração do devedor para pagamento de honorários advocatícios, em vista a necessidade de ser a regra da impenhorabilidade relativizada. Se a impenhorabilidade (artigo 833 do CPC/2015) for regra absoluta, deixar-se-á de observar o direito do credor, afastando a prestação jurisdicional, e, provavelmente, a única forma de receber seu crédito, privilegiando o mau pagador, o que, incontestavelmente, infringiria princípios constitucionais, inclusive o da dignidade da pessoa humana.

É de se dizer, também, que a penhora dos vencimentos não pode ser integral, haja vista a necessidade de se preservar o mínimo necessário à vida digna do devedor e de sua família, sem, contudo, extrair do credor o direito ao recebimento de seu crédito. As garantias devem ser pensadas e prestadas ao credor, e não somente ao devedor, já que não

pode existir um direito sem um dever. Há, sem dúvidas, o direito do devedor de ver preservada sua fonte de sobrevivência, mas há também, e este deve ter destaque, o dever de pagar seus débitos, especialmente quando estes têm caráter alimentar, como é o caso dos honorários advocatícios.

A jurisprudência e doutrina brasileira já haviam evoluído muito no sentido de permitirem a penhora parcial de salários para pagamento de honorários advocatícios. No entanto, a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, sem a referida previsão, fez retroagir, por ora, as decisões, fazendo com que os operadores do direito tenham que, novamente, convencer o Poder Judiciário de sua necessidade.

Não se pode admitir que o devedor, sem outros bens passíveis de penhora, se esconda por traz da impossibilidade de penhora de sua remuneração, para ter o direito do não pagamento de honorários advocatícios. Isto é um retrocesso inadmissível, levando ao sentimento de impunidade, que tanto tenta se afastar do Poder Judiciário brasileiro.

Referências

AGNELLO, Priscila Ramos de Moraes Rego. **A penhora parcial de salário como instrumento à efetiva prestação jurisdicional**. Artigo publicado em maio/2012, Revista n. 100, ano XV, no *site* Âmbito Jurídico.com.br. Acessado em 18.03.2017. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11636

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Centro de estudos constitucionais. Versión Castellana: Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1997

ALMEIDA, Jonathan Eugênio Kilian de. **A (im)penhorabilidade do salário e a efetividade jurisdicional**. Porto Alegre: PUCRS 2011. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

BOTELHO, João Victor Cunha. **A inclusão dos honorários advocatícios contratuais nas despesas processuais como reparação por perdas e danos**. Florianópolis: UFSCm 2014. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Acessado em 09.03.2017. Disponível em [https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/127578/qweqwe.pdf?sequence=1 &isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/127578/qweqwe.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Resolução n. 02/2015. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/2015).

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/1973).

BRASIL. Lei 8.904, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil / Estatuto da OAB).

BRASIL. Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003.

BRASIL, Planalto Central, Veto Presidencial n. 25 de 2006. Acessado em 18.10.2015. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79580>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 306, Corte Especial, 2004. Disponível em <https://www.stj.jus.br>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp (Recurso Especial) 1.152.218/RS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 2014. Disponível em <https://www.stj.jus.br>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp (Recurso Especial) 512.555/SC, Relator: Ministro Francisco Falcão. 2004. Disponível em <https://www.stj.jus.br>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp (Recurso Especial) 470.935/RS, Relatora: Ministra Nancy Andriqui. 2004. Disponível em <https://www.stj.jus.br>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp (Recurso Especial) 619.722/RS, Relator: Ministro José Delgado. 2004. Disponível em <https://www.stj.jus.br>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp (Recurso Especial) 948.492/ES, Relator: Ministro Sidnei Beneti, 2011. Disponível em <https://www.stj.jus.br>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial) 1.206.800/MG, Relator: Ministro Sidnei Beneti, 2011. Disponível em <https://www.stj.jus.br>

CAHALI, Yusef Said. **Honorários advocatícios**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 3ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESPAÑA. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Acessado em 18.03.2017. Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.html

FONSECA, João Francisco Naves da. **O advogado em Roma**. Artigo publicado em 16.01.2012 no *site* da Lex Magister (Lex Editora S/A). Acessado em 09.03.2017 http://www.lex.com.br/doutrina_22841013_O_ADVOGADO_EM_ROMA.aspx

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 6ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIDAME, Márcio Manoel. **Impenhorabilidade e direitos do credor**. Biblioteca de estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. Enc. Especial, ano 2007, edição 2008. São Paulo: Juruá Editora, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas**

comparativas ao CPC/1973. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Acessado em 09.03.2017. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/>

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Antonio José Xavier. **Linhas gerais acerca dos honorários advocatícios**. Generalidade, natureza alimentar, espécies e o novo Código Civil. Artigo publicado em 01/2007. Acessado em 09.03.2017. Disponível em <https://jus.com.br/imprimir/9378/linhas-gerais-acerca-dos-honorarios-advocaticios>

PASSOS, Bruna Rocha. **Honorários advocatícios: cenário atual e perspectivas futuras de acordo com o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Artigo publicado em 2015. Acessado em 09.03.2017. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=18f4af2e90e7feea>

PUCHTA, Anita Caruso. **Penhora de dinheiro on-line**. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

RIBEIRO, Dennys Derkiam Soares. **A possibilidade de penhora parcial do salário em execução por débi-**

tos decorrente de natureza não alimentar. Acessado em 18.03.2017. Disponível em <http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-possibilidade-penhora-parcial-salario-execucao-por-debitos.htm>

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 2 – continuação).** Artigo publicado na Revista de Processo em julho/2015. RT On line. Volume 245/2015, p. 151-222 (DTR\2015\11007)

SOUZA, Daniel Gago. **Os honorários advocatícios e as conquistas da advocacia à Luz do Novo Código de Processo Civil.** Artigo publicado em dezembro/2016, no *site* JusBrasil. Acessado em 09.03.2017. Disponível em https://danielgago.jusbrasil.com.br/artigos/4015351_69/os-honorarios-advocaticios-e-as-conquistas-da-advocacia-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil

STRAZZI, Alessandra. **Honorários advocatícios: Quais os limites?** Artigo publicado em 10.05.2015. Acessado em 09.03.2017. Disponível em <http://alessandrastrazzi.adv.br/cotidiano-advocacia/honorarios-advocaticios-quais-os-limites/>

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **A execução de honorários advocatícios e a penhora sobre a retribuição da pessoa natural devedora.** Artigo publicado em junho de 2012, no *site* Jus.com.br. Acessado em 18.03.2017. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/22041/a-execucao-de-honorarios-advocaticios-e-a-penhora-sobre-a-retribuicao-pecuniaria-da-pessoa-natural-devedora>

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ADVOCACIA DATIVA: NATUREZA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS DATIVOS E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS.

Sabrina Maria Fadel Becue

Bacharel em Direito pela UPFR. Mestre e Doutora em Direito pela USP. Conselheira Estadual Suplente e Presidente da Comissão de Advocacia Dativa da OABPR.

Resumo: A Advocacia Dativa é dirigida por um dever ético que impõe a atuação do advogado em prol dos juridicamente hipossuficientes, quando ausente ou insuficiente os quadros da Defensoria Pública. Ao emergir como resposta à omissão do Estado na sua obrigação de prover assessoria judiciária gratuita e integral, ao ente estatal recai também o ônus de patrocinar os honorários dativos. A transferência deste ônus financeira para terceiros, partes ou outros advogados, infringe o sistema legal. Por sua vez, formas alternativas de assessoria judiciária, a exemplo dos núcleos de práticas jurídicas mantidos pelas Faculdades de Direito por exigência das diretrizes educacionais e voltados à formação dos acadêmicos, não

podem ser assimiladas à advocacia dativa para fins de percepção de honorários dativos.

Palavras-chaves: Advocacia Dativa; Honorários Dativos; Dever Atribuído ao Estado; Núcleos de Prática Jurídica.

1. Introdução

Do reconhecimento legal da advocacia dativa e dos deveres éticos impostos aos advogados

De plano, é necessário rememorar que a advocacia dativa é uma figura antiga no ordenamento pátrio, consagrada em diversos diplomas de cunho processual e que desempenha importante função social. O dever do Estado em prover a assistência judiciária aos necessitados tem assento constitucional desde 1934 – tendo perdido este status apenas na ditadura Vargas. É justamente essa garantia constitucional que dá suporte à advocacia dativa. Todavia, mesmo antes de galgar reconhecimento nas Cartas Magnas, a figura da advocacia dativa, ainda que sem usufruir desta designação, já era conhecida na legislação ordinária e revestia um comportamento ético esperado dos advogados.

A Ordem dos Advogados do Brasil foi criada em 18 de novembro de 1930, pelo Decreto 19.408, e no bojo de seu primeiro regulamento, através do Decreto 20.784/1931,

foi instituído um dever ao profissional da advocacia de “aceitar e exercer, com desvelo, os encargos cometidos pela Ordem, pela Assistência Judiciária, ou pelos juízes competentes” (art. 26, IV) e configurava falta ética “aceitar honorários, ou qualquer recompensa, quando funcionar pela Assistência Judiciária ou nos casos de nomeação pelo juiz, de ofício, salvo se a parte contrária tiver sido condenada a satisfazê-los, por decisão judicial” (art. 27, XI). Estas disposições são, portanto, a semente da previsão contida no EOAB e que ainda hoje reafirma o dever ético do advogado de atuar em prol dos necessitados, na ausência ou insuficiência da Defensoria Pública (art. 34, XII), com o zelo e destemor habituais, de modo que a parte assistida “se sinta amparada e confie no seu patrocínio” (art. 30, Código de Ética e Disciplina).

A advocacia dativa é um dos pilares que enaltece nosso ofício: “A missão do advogado é das mais nobre. (...). Às vezes toca às raias do sublime essa missão, quando visa a defesa do fraco contra os potentados, quando é exercida gratuitamente em prol dos miseráveis, quando traduz a irrestrita dedicação à causa da liberdade e da democracia.”¹

Em sua origem, o ofício se confundia com a defesa de economicamente necessitados sem garantia de remuneração e motivada exclusivamente pelos ditames

1 CARVALHO SANTOS, J.M de. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.** _____ (Coord). Vol. II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s/a, p. 356.

éticos. Tanto é assim que o Código de Processo Civil de 1939² estabelecia a nomeação de advogado para atuar em favor dos beneficiários de justiça gratuita (art. 68, V e parágrafo único) e que a remuneração era devida quando o assistido saía vencedor da causa, a ser custeada pela parte sucumbente (art. 76). O Primeiro Estatuto da Advocacia – Lei 4.215/63 – dispunha sobre a matéria de forma semelhante ao referir-se à gratuidade do serviço prestado (art. 87, XI, 92, 94 e 103, XII e XVIII), excetuando a atuação na esfera criminal (art. 30). Por sua vez, o Código de Processo Penal – editada em 1941 – também prevê a nomeação de defensor dativo na hipótese do réu não constituir advogado particular (art. 261 e 263), a obrigação do advogado aceitar o patrocínio e que, não sendo o réu pobre, a este caberia pagar os honorários dativos (art. 263, parágrafo único)³.

Em meio à divergência sobre suposto conflito entre as normas insculpidas no art. 30 e 92 da Lei 4.215/63 (antigo Estatuto da Advocacia)⁴, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a remuneração do advogado

2 A Lei 1.060/50 também disciplina a nomeação de advogado para atuar em prol dos necessitados.

3 A respeito deste dispositivo, vide comentários abaixo.

4 Lembra Paulo Lôbo: “A legislação anterior considerava dever ético do advogado a prestação gratuita de seus serviços em assistência judiciária. É resquício da antiga concepção do pagamento ao profissional como uma remuneração *honorária* e não uma real e efetiva contraprestação pecuniária pelo trabalho realizado.” (**Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 155).

dativo, a ser arcada pelo Estado⁵. A consolidação da tese, todavia, foi uma conquista do atual Estatuto da Advocacia, Lei 8.906/1994 (art. 22,§1º).

A partir da contextualização histórica do tema e do avanço paulatino na esfera legislativa, o presente artigo discorrerá sobre a responsabilidade do Estado, de forma privativa, em custear os honorários dativos e, via de consequência, a impossibilidade de transferir o ônus financeiro para terceiros (parte e/ou advogados). Na sequência, faremos a necessária distinção entre a advocacia dativa e a atividade desenvolvida pelos núcleos de práticas jurídicas vinculados a instituições de ensino superior, de modo a impedir o arbitramento de honorários dativos em favor destes.

5 Considerado o acórdão paradigmático sobre o tema: HONORARIOS DE ADVOGADO. DEFENSOR DATIVO DE REUS POBRES EM PROCESSOS CRIMINAIS. INEXISTINDO, JUNTO AO ÓRGÃO JUDICIÁRIO, SERVIÇO OFICIAL DE ASSISTÊNCIA GRATUITA A REUS POBRES, EM PROCESSO CRIME, E CABIVEL O PAGAMENTO, NESSES CASOS, PELA FAZENDA ESTADUAL, DE VERBA HONORÁRIA AOS ADVOGADOS NOMEADOS PELO JUIZ, PARA TAL FIM. FIXAÇÃO QUE, NO CASO, É RELEGADA, POREM, PARA A LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 153, PARÁGRAFO 32, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 30 DA LEI N. 4215/63. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO. (RE 103950, Relator(a): Min. OSCAR CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/1985, DJ 11-10-1985 PP-17477 EMENT VOL-01395-04 PP-00636 RTJ VOL-00115-02 PP-00878)

2. Da responsabilidade pelo pagamento dos honorários dativos – dever atribuído com exclusividade ao estado

2.1 Da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 263, CPP⁶

A leitura fria do parágrafo único do art. 263 do Código de Processo Penal cria um obstáculo ao pleno exercício profissional do defensor dativo se, na esteira de alguns julgados⁷, for interpretado como fundamento legal para res-

6 Este tema foi objeto de parecer lavrado pelas Comissões de Advocacia Dativa e Advocacia Criminal da OABPR, complementado pela Comissão de Estudos Constitucionais. Disponível em: <<http://advocaciadativa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/Parecer.-Inconstitucionalidade-art.-263-par.-unico-CPP.-Honor%C3%A1rios.pdf>>. Acessado em 15 de outubro de 2018.

7 Nesse sentido, citamos, para ilustrar, algumas decisões do TJPR: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. (I) PLEITO ABSOLUTÓRIO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RÉU QUE DECLAROU TER CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE CONTRATAR ADVOGADO PARA PATROCINAR A SUA DEFESA NOS AUTOS. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO PELO JUÍZO EM RAZÃO DO ESCOAMENTO DO PRAZO LEGAL PARA APRESENTAR DEFESA PRELIMINAR. RÉU, QUE DURANTE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, COMPARECEU ACOMPANHADO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO, O QUAL PROMOVEU A SUA DEFESA ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO SE VISLUMBRAM NOS AUTOS DOCUMENTOS QUE COMPROVEM A HIPOSSUFICIÊNCIA DO RÉU. ESCORREITA A DECISÃO DO JUÍZO A QUO EM CONDENAR O RÉU AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORA DATIVA. NÃO ACOHLHIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJPR - 3ª C.Criminal - 0000093-49.2009.8.16.0026 - Campo Largo - Rel.: Paulo Roberto Vasconcelos - J. 23.08.2018)

ponsabilizar o réu, não pobre, pelo pagamento dos honorários dativos. Esta não é mensagem que, a nosso ver, deva ser extraída do texto normativo, quer pela interpretação sistemática, quer pela hierarquia das normas e, sobretudo, pela sua antinomia com a Constituição Federal.

O advogado dativo é nomeado pelo magistrado e, por isso, não tem vínculo contratual com o assistido. A depender do caso, pode ter nenhum contato pessoal com a parte. Portanto, ao condenar o assistido a efetuar o pagamento dos honorários dativos, o Poder Judiciário transfere ao advogado o risco de não receber pelo trabalho prestado ou impõe o ônus de iniciar dispendiosa e morosa cobrança, cujas chances de sucesso são incertas. O argumento, contudo, não é meramente pragmático. A transferência da responsabilidade pelo pagamento da verba de honorários dativos do Estado para o réu, ainda que este goza de boas condições financeiras, viola o ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, entendemos que a leitura sistemática do dispositivo não corrobora com esta tese jurisprudencial. O parágrafo único não cria uma obrigação direta de pagamento entre o réu/assistido e seu advogado dativo, mas apenas admite que o Estado, pela via regressa, rei-

“Ressalto que, em regra, a verba honorária devida ao defensor dativo deveria ser arcada pelo réu, e apenas na sua impossibilidade deve ser paga pelo Estado, tal como preconiza o artigo 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Entretanto, a própria sentença já determinou a condenação do Estado do Paraná ao pagamento dos honorários advocatícios, pelo que, mantenho o decreto condenatório neste ponto.” (TJPR - 4ª C.Cr - AC - 1651015-3 - Rel.: Sônia Regina de Castro - Unânime - J. 29.06.2017).

vindique a quantia despendida com os honorários dativos, da mesma forma que o CPP imputa ao vencido o ônus de ressarcir o Estado pelas custas processuais não antecipadas (art. 804⁸, CPP). Esta hipótese é questionável do ponto de vista da atual moldura constitucional e reflete o momento histórico de sua edição (Estado Novo), porém ressoa no art. 10 da Lei Estadual 18.664/2015.

Em segundo lugar, a nomeação de advogado dativo em prol do acusado constitui um dos “meios e recursos” sem o qual o processo penal não pode prosseguir, sob pena de violar a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). Além de ser corolário do direito de defesa, o dever do Estado de prover a assistência judiciária integral e gratuita no âmbito penal foi reforçado pelo Pacto de São José da Costa Rica, tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil. O artigo 8º, 2, *e*), da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece como garantia mínima o “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”. A obrigação do Estado de municiar o acusado com meios de defesa e um advogado para representá-lo perde a conotação

8 Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.

Art. 805. As custas serão contadas e cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados.

financeira – situação de miserabilidade da parte – sendo substituída pelo conceito de hipossuficiência jurídica, ou seja, réu desprovido de defesa porque não tem condições de contratar um advogado ou porque simplesmente optou por não constituir um profissional de sua confiança.

Diante deste cenário, o parágrafo único do art. 263 é inconstitucional ou, quiçá, no mesmo sentido esboçado pela Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR: “a regra (art. 263, parágrafo único, CPP), portanto, não é antinômica ou inconstitucional. É inexistente, pois não foi recepcionada. Considera-se revogada, não recepcionada”⁹.

Em terceiro lugar, para atender o comando constitucional compete ao Estado organizar e amparar a Defensoria Pública no âmbito de todos os entes da federação, com recursos materiais e pessoal suficientes. Não o fazendo, incumbirá ao Estado-Juiz nomear advogado dativo para suprir a falta ou insuficiência da Defensoria Pública. Este dever de matiz constituição não pode, por óbvio, ser transferido ou onerar terceiros. Nessa linha, a Lei 8.906/1994 estabelece que “o advogado, indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado” (art. 22, §1º). O conceito de “juridicamente necessitado”, adotado pelo EOAB, é mais amplo que a

9 Ver supra, nota cinco.

mera hipossuficiência econômica e consagra, conforme já exposto, o disposto no artigo 8º, 2, e, do Pacto de São José da Costa Rica. Ademais, trata-se de regra posterior e específica, sobrepondo-se ao Código de Processo Penal em respeito às competências privativas da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre elas, toda disciplina referente ao exercício e prerrogativas profissionais, bem como ao regime de honorários advocatícios.

Por fim, invocamos a Lei Estadual 18.664/2015 que, dentro de seu âmbito de competência constitucional¹⁰, consolida a obrigação do Estado do Paraná de arcar com os honorários de advogados dativos (art. 5º¹¹), mesmo quando “comprovado que a parte não necessitava do benefício” (art. 10¹²).

De um ou outro vértice, concluímos ser inadmissível (e inconstitucional) condenar o réu do processo penal a efetuar o pagamento dos honorários dativos. Semelhante

10 A Constituição Federal estabelece ser de competência concorrente entre União, Estados e Municípios a disciplina de:

Art. 24. *omissis*:

IV - custas dos serviços forenses; (...)

XI - procedimentos em matéria processual; (...)

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública”

11 Art. 5. O advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná – OAB-PR, nomeado judicialmente para defender réu pobre em processo de natureza civil ou criminal, ou atuar como curador especial, após o trânsito em julgado da decisão, **terá os honorários pagos pelo Estado**, na forma disposta nesta Lei.

12 Art. 10. Comprovado que a parte não necessitava do benefício de que trata esta Lei, o advogado dativo fará jus a honorários proporcionais ao trabalho realizado, ficando o beneficiário sujeito às sanções impostas em lei.

proibição vigora nos procedimentos regidos pelo Código de Processo Civil, porquanto inexistente previsão legal que transfira o ônus financeiro às partes.

2.2 Da ilegalidade de se condenar terceiros [advogados] a efetuar o pagamento dos honorários dativos

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná já se deparou com dois precedentes judiciais que condenaram advogados a efetuar o pagamento de honorários dativos sob o fundamento que o advogado, constituído ou dativo, faltou a um ato judicial deprecado, mas de sua responsabilidade.

No primeiro caso, o advogado constituído pelo réu achou desnecessário o acompanhamento de uma audiência, via carta precatória, para a oitiva de testemunha de acusação. O magistrado, então, nomeou advogado dativo *ad hoc* na carta precatória, porém condenou o advogado constituído pelo pagamento da verba de honorários dativos. No segundo, houve condenação solidária de uma advogada dativa inscrita para atuar no Paraná e do réu/assistido (ambos ausentes no ato deprecado) a pagar honorários dativos arbitrados em uma carta precatória expedida para o Estado do Rio Grande do Sul.

Estes precedentes são alarmantes e ilegais. Conforme já referido, nos termos do EOAB (art. 22, §1º) compete **ao Estado** arcar com a remuneração do advogado dativo e esta obrigação decorre da Constituição Federal – art. 5º, LXXIV e art. 134. Justamente porque a obrigação primeira

de garantir assistência judiciária gratuita é atribuição do Estado, a ser desempenhada pela Defensoria Pública, a insuficiência ou ausência deste órgão enseja a nomeação de advogados dativos, cuja remuneração deve igualmente ser paga pelo ente estatal. Qualquer tentativa de transferir o ônus aos particulares, outros advogados ou partes do processo, viola o arquétipo legal.

Ademais, eventual punição cabível contra advogado por abandono do processo – quando a hipótese restar caracterizada – encontra-se tipificada em lei (a exemplo do art. 265 do CPP) e exige interpretação restritiva. O Judiciário usurpa competência do legislador e infringe o princípio da legalidade ao punir, por vias transversas, o advogado faltoso com sua responsabilização pelos honorários do defensor dativo. Também não se admite a responsabilização civil, de forma solidária, sem o devido respaldo normativo.

No tocante à atuação da advogada dativa no caso referido acima, é desproporcional e desarrazoada a tentativa de obrigá-la a se deslocar para outro Estado da Federação para cumprir uma carta precatória, quando sabido que a remuneração paga pelo Estado é insuficiente para cobrir tamanhas despesas. O processo judicial não deveria criar ônus ao profissional da advocacia, sobretudo àquele que contribui de forma dativa para a administração da justiça, ao ponto de obrigá-lo a se deslocar por todo território nacional às suas próprias expensas.

Esperamos que estes dois precedentes sejam casos isolados que não sobrevivam após um exame metucioso das funções da advocacia dativa e natureza jurídica da verba honorária.

3. Dos núcleos de práticas jurídicas e do não cabimento de honorários dativos

Urge distinguir a natureza jurídica da advocacia dativa e a assistência judiciária encabeçada pelos Núcleos de Prática Jurídica. O problema não é hipotético e já chegou ao conhecimento do Poder Judiciário, contudo a solução apresentada até o momento é insatisfatória¹³ e não alberga os diferentes regimes jurídicos de cada uma destas figuras.

Por força da Portaria n. 1.886/94 do Ministério da Educação e da Resolução 09/2004 do Conselho Nacional

13 PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. EMBARGOS. 1. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. CHEQUES PRESCRITOS. DECLINAÇÃO DA CAUSA DEBENDI. DESNECESSIDADE. OBSERVÂNCIA AO ENTENDIMENTO PROFERIDO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.094.571/SP E NA SÚMULA Nº 531 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA DÍVIDA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESTE TRIBUNAL. 3. RÉU CITADO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL PELO JUÍZO. PROCURADOR QUE FAZ JUS AO RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS, AINDA QUE INTEGRANTE DE NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DE UNIVERSIDADE. ATIVIDADE EQUIVALENTE À DEFENSORIA PÚBLICA. CONDENAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS EM FAVOR DO CURADOR. 4. SUCUMBÊNCIA. MANUTENÇÃO DO ÔNUS.

(TJPR - 15ª Cível - 0019811-24.2016.8.16.0014 - Londrina - Rel.: Jucimar Novochadlo - J. 15.08.2018)

de Educação, as Universidades são obrigadas a manter Núcleos de Prática Jurídica (NPJ) voltados à formação dos acadêmicos. A portaria dispõe sobre quantidade mínima de horas de estágio obrigatório a ser observado pelos alunos, sob a supervisão direta dos professores do Curso de Direito, e em instalações mantidas pelas faculdades, bem como envolvendo atendimento ao público.

O NPJ pode celebrar convênios com a Defensoria Pública e outras entidades públicas para prestar assistência judiciária à população carente, contudo não se confunde nem substituiu aquele órgão. Aqui reside uma crucial distinção entre o NPJ e a advocacia dativa, justificando a diferença de tratamento no que diz respeito aos honorários.

O escopo do NPJ é complementar a formação acadêmica, ensinar a prática forense aos alunos, capacitando-os para solução de problemas reais. O atendimento à população carente vem a reboque deste princípio, vale dizer, da necessidade de envolver os alunos nos trâmites processuais e avançar do conhecimento ofertado pelos livros para a resolução dos conflitos sociais em litígio. Por conseguinte, os atos são realizados por alunos, com orientação dos professores/advogados que, por sua vez, recebem proventos custeados pela instituição de ensino mantenedora de toda estrutura do Núcleo.

Outra decorrência da configuração assumida pelos núcleos é a atribuição indistinta dos atos processuais privativos de advogados a qualquer profissional ligado ao

NPJ, possibilitando substabelecimento ou simples alteração, a qualquer momento, do advogado encarregado de assinar prazos e participar de audiências. Os advogados integrantes dos Núcleos de Prática Jurídica não assumem qualquer risco pela demora na percepção de suas remunerações – ao contrário, possuem vínculo contratual com as faculdades – e não utilizam recursos próprios no desempenho da atividade.

Em suma, o atendimento à população prestado pelos NPJ deriva de uma obrigação instituída pelo MEC e por outras repartições governamentais que regulam o ensino superior no Brasil tendo em vista exclusivamente a preparação pedagógica dos futuros bacharéis. Os Núcleos de Prática Jurídica podem atuar em concorrência com a Defensoria Pública, vale dizer, em comarcas com número suficiente de defensores públicos, uma vez que a oferta de estágio supervisionado a ser desenvolvido dentro dos núcleos é obrigatória para os cursos de Direito. Da mesma forma, não infringe as atribuições dos núcleos a interrupção da assistência judiciária ou renúncia das nomeações, com modificação superveniente das áreas/localidades de atuação em determinada Comarca ou perante repartição judiciária. Isso porque a organização do NPJ varia de acordo com o currículo escolar e interesse dos alunos, desvinculada do dever ético-institucional.

Do outro lado, a advocacia dativa se erige de um dever ético dos advogados – art. 34, XII, EOAB – de co-

laborar com a Justiça na ausência da Defensoria Pública. A nomeação é lícita e legítima apenas e tão somente “no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço” (art. 22, §1º, EOAB), por isso, dispõe a Lei Estadual 18.664, que “nas comarcas onde estiver implantada a Defensoria Pública, a nomeação de advogado dativo só poderá ocorrer em causas justificáveis, a critério do juiz competente, após prévia manifestação do respectivo defensor público” (art. 7º). O advogado dativo, portanto, faz as vezes de defensor público, razão pela qual o Estado é obrigado a remunerar o profissional liberal. Nesse sentido, citamos Paulo Lôbo: “Sendo dever do Estado a assistência jurídica, cabe a este o pagamento dos honorários ao advogado que patrocinar causa de necessitado, quando houver impossibilidade da Defensoria Pública de realizá-lo no local de prestação dos serviços. (...) O pagamento de honorários, além de universalizar o princípio da remuneração a qualquer trabalho humano, não caritativo ou filantrópico, serve como sanção pecuniária ao descumprimento pelo Estado do dever constitucional de garantir Defensoria Pública aos necessitados.”¹⁴

O advogado dativo não pode recusar a nomeação ou renunciar a causa, salvo justo motivo, nem substabelecer para terceiros, uma vez que a atribuição é pessoal e intransferível¹⁵.

14 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156.

15 Parecer lavrado pela Comissão de Advocacia Dativa. Disponível em: <

Ademais, no Estado do Paraná a advocacia dativa é regida pela Lei Estadual 18.664/2015. Os estágios supervisionados não se submetem a essa normativa. Primeiro, porque a nomeação do núcleo é feita, em regra, de forma genérica e despersonalizada, com cumprimento dos atos por qualquer um de seus membros indistintamente. Ao contrário, a nomeação de advogado dativo exige a identificação de um advogado, devidamente inscrito na OAB, e que será o único responsável pela condução do processo (art. 5º). Segundo, porque o NPJ pode ser instalado em um fórum judicial, com atuação exclusiva e inclusive concorrente à Defensoria Pública; enquanto que as nomeações de advogados dativos devem respeitar a lista elaborada, semestralmente, pela OAB-PR, de modo a garantir o rodízio entre profissionais (art. 6º, §2º) e pressupõe a insuficiência de defensores públicos.

Arbitrar honorários aos profissionais do Núcleo implica enriquecimento sem causa, com prejuízo aos cofres públicos, e violação da norma especial. Os NPJs recebem nomeações “cativas” dentro dos fóruns onde estão instalados, justamente porque celebram parcerias com o Poder Judiciário para prestar atendimento a todos que procuram assistência judiciária naquela localidade. Portanto, ainda que os advogados do NPJ estejam inscritos na lista da OABPR, a assimilação com a advocacia dativa é indevida e camufla uma concorrência desleal.

<http://advocaciadativa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Parecer.-Procura%C3%A7%C3%A3o-e-substabelecimento.pdf>>. Acessado em 15 de outubro de 2018.

Percebe-se, por fim, confusão feita pelo Poder Judiciário¹⁶ entre honorários sucumbenciais e honorários dativos. Aqueles serão sempre devidos aos advogados – dativos, constituídos ou empregados, a exemplo dos profissionais contratados pelos NPIs¹⁷. Já os honorários dativos são pagos pelo Estado aos profissionais liberais que prestam serviço jurídico em prol da população carente ou em favor do acusado no processo penal e estão impedidos de cobrar diretamente do assistido e também não recebem outro tipo de remuneração. Os honorários dativos, uma vez honoríficos

16 A título de exemplo: RECURSO INOMINADO. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS FIXADOS A PROCURADOR DATIVO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA E VIOLAÇÃO DA ORDEM DE NOMEAÇÃO DOS ADVOGADOS DATIVOS EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. APLICAÇÃO DO ART. 46 DA LEI 9.099/95. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Quanto à ilegitimidade, extrai-se da sentença: “O Exequente comprovou que a Reitoria da UNIPAR, anuiu com a percepção dos honorários advocatícios sucumbências, pelos advogados que compõem o Serviço de Assistência Judiciária Gratuita da UNIPAR – SAJUG. Portanto, havendo autorização da universidade é devido o recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais aos advogados integrantes do SAJUG.”

2. Em relação à violação da ordem de nomeação de advogados dativos, [...] não merece acolhida a alegação de violação de destaque da sentença mantida: “ a ordem de nomeação prevista na lista de advogados dativos elaborada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, eis que inexistente comprovação nos autos e, as provas deveriam ter sido trazidas pelo Executado, conforme determina o inciso II do artigo 373 do Código de Processo Civil.”

(TJPR - 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0038689-41.2017.8.16.0182 - Curitiba - Rel.: Camila Henning Salmoria - J. 12.06.2018).

17 O EOAB e novo CPC consagram o direito do advogado aos honorários de sucumbência, regra que, por expressa disposição da Lei Estadual 18.664 (art. 9, II), também vigora para a advocacia dativa.

cos, hoje se revestem de caráter compensatório. Portanto, a autorização das Universidades para que os professores-advogados dos NPIs recebam honorários de sucumbência (de todo, desnecessária) não legitima o arbitramento de honorários dativos. As verbas possuem natureza jurídica e pressupostos distintos.

4. Conclusão

A advocacia dativa é antes de tudo uma virtude, merecedora de todas as honrarias e respeito pelos advogados que dedicam seu tempo e intelecto em favor das pessoas em situação de vulnerabilidade. O critério de hipossuficiência jurídica expõe a fragilidade daqueles que não exercem o direito de escolher o advogado de sua confiança, por questões financeiras ou de outra ordem. O trabalho foi um dia honorífico, porém não seria justo permanecer assim. Compete ao Estado cumprir o mandamento constitucional garantindo assessoria judiciária gratuita e integral a todos que dela necessitam e aos acusados no processo penal, por intermédio da Defensoria Pública ou da advocacia dativa. Corolário deste dever, o custeio da remuneração dativa se atribui, com exclusividade, ao Estado e apenas a ele. Qualquer tentativa de transferir o ônus financeiro a terceiros – partes ou advogados – infringe o sistema vigente.

A função substitutiva é ínsita à advocacia dativa: ela emerge na ausência da Defensoria Pública. Desta feita, não pode ser comparada a nenhuma outra forma de as-

essoria judiciária. Os Núcleos de Práticas Jurídicas auxiliam no aconselhamento jurídico da população – assim como sindicatos, organizações comunitárias e empresariais podem fazer –, todavia não possuem a missão de substituir o papel que, constitucionalmente, recai sobre a Defensoria Pública. E mais: a presença dos NPJs não se acanha pelo aparelhamento da Defensoria Pública, uma vez que os estágios supervisionados são obrigatórios e voltados à capacitação dos futuros bacharéis em Direito. Dada as distinções entre os escopos e fundamentos legais da advocacia dativa e dos núcleos de práticas jurídicas não é possível equiparar as figuras nem arbitrar honorários dativos em favor dos núcleos.

Bibliografia

CARVALHO SANTOS, J.M de. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**. _____ (Coord). Vol. II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, s/a.

_____. **Código de Processo Civil Interpretado**, vol.1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA NA PRÁTICA EMPRESARIAL

Ana Paula de Oliveira

Advogada, pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Unicuritiba, pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNISC; Membro da Comissão de Compliance da OAB/PR, Membro do Comitê Brasileiro de Compliance e Membro da Comissão de Processo Disciplinar da Federação Paranaense de Futebol.

Dânton Zanetti

Advogado, pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-PR, pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Unicuritiba, Professor na Faculdade de Direito Santa Cruz. Membro da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR.

Flávio Santos Lima

Advogado, Membro da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR. Advogado e Consultor na OystR Robôs Inteligentes.

Themis Ortega Sampaio

Advogada, pós-graduada em Direito Contemporâneo pela FEMPAR, pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Unicuritiba, Membro da Comissão de Inovação e Gestão da OAB/PR e Membro do Comitê Brasileiro de Compliance.

Resumo: A Nova Lei Geral de Proteção de Dados, que passa a ter vigência em agosto de 2020, surgiu como um desafio para as empresas que lidam com dados pessoais. Diante disso, nasce a necessidade de entender quais serão os caminhos para a adaptação dessas instituições. Assim, o objetivo do artigo consiste em apresentar medidas que devem ser observadas pelos empresários para estar em conformidade (*Compliance*) com a lei e proteger os usuários efetivamente. Outrossim, observou-se questões como a função do termo de uso e das políticas de privacidade, e o papel do DPO, que recai sobre a figura do encarregado.

Palavras-chave: Proteção de Dados; *Compliance*; Atividade Empresarial.

1. Introdução

O desenvolvimento tecnológico experimentado pela sociedade nas últimas décadas, ofusca o fato de que um longo percurso histórico teve de ser percorrido até que a

privacidade pudesse ser reconhecida como um bem jurídico digno de tutela Estatal, atribuindo-se aos juristas norte-americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis o primeiro artigo científico dedicado ao tema, intitulado “*The Right to Privacy*”, do ano de 1890.¹

No referido escrito os autores sustentam que os direitos individuais derivariam da proteção da *pessoa* ou da *propriedade*, e, de tempos em tempos, alterações no cenário político, social e econômico fariam necessário reavaliar a natureza e extensão de tais bens jurídicos. Nesta esteira, ressignificando o direito à vida em face da mais nova ameaça tecnológica da época – as câmeras fotográficas instantâneas utilizadas pela imprensa – Warren e Brandeis reconhecem a privacidade como “o direito de ser deixado só”.

Desde então, com a evolução das tecnologias, paulatinamente a privacidade, foi ganhando importância e reconhecimento jurídico no cenário internacional, valendo citar, exemplificativamente, documentos expressivos como a Convenção Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, cujo artigo V estatui que “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”², e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, do mesmo ano, que no artigo 12 expressa que “Ninguém será sujeito à

1 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. Harvard Law Review, Vol. 4, Nº. 5. 1890, p. 193-220.

2 Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>; Acesso em 07.01.2019.

interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.³

A preocupação com o tratamento de dados pessoais como desdobramento da privacidade é um efeito colateral da mudança de paradigma trazida pela “Quarta Revolução Industrial”, cujo tom é dado pelo fenômeno da “informatização da sociedade”, iniciado na década de 1970. Seus reflexos impactam diretamente tanto a atividade econômico-empresarial, quanto a atuação do próprio Estado, que, além de criar e consumir informação, controla o fluxo de informações.⁴

Diante dessa transformação exsurge a necessidade de regulamentar o uso dos dados, fenômeno que vem inspirando a edição de leis e regulamentações específicas sobre a matéria a nível global.

No Brasil, o acesso à internet é garantido por força da Lei 12.965/2014 (o “Marco Civil da Internet”), que em seu artigo 7º prevê que o “O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania”. Mais recentemente, em 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei 13.709/2018, a Lei

3 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html>; Acesso em 07.01.2019.

4 BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 13-15.

Geral de Proteção de Dados (LGPD), responsável por aprofundar a regulamentação das questões relativas ao tratamento de dados pessoais no cenário nacional.

Os impactos desta nova norma são expressivos, tanto no aspecto da tutela da privacidade e proteção dos dados pessoais de seus respectivos titulares, quanto, naturalmente, para a atividade empresarial, considerando que a LGPD impõe uma série de diretrizes para que o tratamento de dados seja realizado de forma lícita.

No presente estudo, sem a pretensão de esgotar o tema, serão abordadas algumas medidas consideradas necessárias para a adaptação das empresas diante deste novo cenário. Inicialmente, trata-se da instauração de Programas de *Compliance*, com observância de boas práticas, incluindo os princípios fundamentais, gestão de risco e até mesmo a aplicação da ISO 27001.

Em seguida, passa-se a analisar a tessitura de documentos como os “Termos de Uso” e “Políticas de Privacidade”, largamente utilizados em serviços *online*. Por fim, analisa-se a figura do *Data Protection Officer (DPO)*, que recai na pessoa que exerce a função de encarregado.

2. A lei geral de proteção de dados brasileira em compliance

A nova Lei Geral de Proteção de Dados, publicada em agosto de 2018, trouxe novos desafios para as empresas que lidam com dados pessoais. Até a sua entrada em vigor,

as pessoas naturais e jurídicas que estejam sob sua abrangência devem se adequar às novas exigências legais.

Inicialmente, o empresário que usa, coleta ou armazena dados de qualquer pessoa deve observar, além da boa-fé, os princípios trazidos pela Lei 13.709/2018, no art. 6º, para se manter em *compliance*⁵. Tais princípios apresentam-se discriminados com sua aplicação prática, o que facilita a sua incorporação pelas políticas de proteção de dados.

Pode-se dizer que esses princípios foram desenvolvidos por meio de instrumentos internacionais e transnacionais, a partir do novo contexto da privacidade ligada à proteção dos dados pessoais⁶ e trazidos para a legislação brasileira. Tratam-se de princípios fundamentais dos cidadãos e devem ser efetivados pelas instituições que manipulam dados. Diante disso, busca-se aqui demonstrar a concretização dos princípios mais relevantes, que servem de base para a efetividade dos demais princípios, sendo eles o princípio da finalidade, da transparência, da qualidade de dados e da segurança.

O princípio da finalidade determina que é necessária uma correlação entre o uso dos dados pessoais e o fim comunicado aos titulares quando do momento da coleta. Assim, é possível limitar o acesso de terceiro às informações

5 Conformidade (tradução livre).

6 MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 70.

coletadas. Outrossim, também serve para definir a adequação e razoabilidade do uso de dados. Para o cumprimento deste princípio, deve a instituição estabelecer de forma expressa e limitada “a finalidade do tratamento de dados, sob pena de se considerar ilegítimo o tratamento realizado com base em finalidades amplas ou genéricas”⁷.

Já o princípio da transparência, para se tornar efetivo, precisa que os bancos de dados sejam de conhecimento público. Esta ideia reafirma o preceito democrático de incompatibilidade de bancos de dados sigilosos com um Estado Democrático de Direito. Ademais, a transparência também permite o combate de práticas abusivas a partir do uso dos dados. Para estar em conformidade com esse relevante princípio, as empresas devem publicar seu nome, sede e conteúdo juntamente com o banco de dados. Essas publicações podem ser feitas em “registros públicos, diários oficiais ou meios de grande circulação sob pena de ineficácia desse direito”⁸.

Ainda, importante ressaltar o princípio da qualidade dos dados. Este exige que as informações tenham tratamento leal e lícito, além de estarem adequados à finalidade declarada e possuindo conteúdo objetivo, exato e atualizado. Para isso, as empresas que tratam dados devem ter cautela com a sua gestão⁹, mantendo-os sempre

7 *Ibidem*, p. 71

8 *Idem*.

9 “A Gestão de Identidades e Acessos compreende um conjunto de processos para gerenciar todo o ciclo de vida dos acessos dos usuários, in-

atualizados. Assim, é necessário que se disponha de instrumentos para garantir os direitos de acesso, retificação e cancelamento dos dados¹⁰.

Ademais, imperioso comentar acerca do princípio da segurança, que para ser efetivo precisa de meios que possibilitem a proteção dos dados pessoais contra extravios, destruições, modificações e desvios não autorizados por seus titulares. Decorrente disto, surge o princípio da responsabilização e prestação de contas, “que visa assegurar a reparação adequada e integral dos danos materiais e morais causados ao indivíduo em razão da violação ao seu direito à privacidade”¹¹

Nesse panorama, os Programas de Integridade (*Compliance*) têm se mostrado como um ótimo caminho para superar todos os desafios de adequação, revelando-se, ainda, como estratégia para minimizar os riscos reputacionais e legais das empresas¹².

Diante da necessidade de uma atuação multidisciplinar especializada, que demanda estrutura tecnológica de

ternos ou externos, dentro de uma organização” (SILVA, Felipe. **Gestão de Identidades e Acessos**. In. In CABRAL, Carlos; CAPRINO, Willian (org.). Trilhas em Segurança da Informação, Caminhos e Ideias para a Proteção de Dados. Rio de Janeiro: Brasport, 2015. p.73).

10 MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72

11 Idem.

12 VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.104.

segurança da informação, governança normativa e contratual, e ainda capacitação de equipes, há a exigência de ação imediata por parte das empresas.

Importante observar que o programa ou sistema a ser adotado, poderá ser proporcional ao porte da corporação, bem como aos riscos que ela enfrenta.

Sobre esse aspecto, a Portaria Conjunta da CGU e do Ministério da Micro e Pequena Empresa n. 2279/2015 aponta medidas de integridade com um rigor formal mais simples, a fim de garantir o comprometimento com a ética e a integridade entre as microempresas e empresas de pequeno porte¹³. Desmistifica-se assim o preceito de que “*compliance tem um custo elevado demais*” para estas empresas, tendo em vista que é possível adequá-lo às necessidades especiais de cada companhia.

Em linhas gerais, quanto maior a corporação, e maiores os riscos a que a esta estará submetida, mais complexa é a tarefa de incorporar um sistema de cumprimento normativo¹⁴.

Em se tratando de riscos, as penalidades provenientes do descumprimento da Lei podem ser bastante danosas. São os casos, por exemplo, da publicização da infração, da aplicação de multa diária única, ou ainda de multa de até 2% (dois por cento) do faturamento da

13 Ibidem. p.174.

14 VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.p.276.

pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração.

Estima-se assim que a adequação, de fato, não será tarefa fácil¹⁵, porém a falta dela poderá importar em prejuízos incomensuráveis. Ponderando-se que o *compliance* tem objetivos tanto preventivos, quanto reativos¹⁶, tais danos podem ser consideravelmente reduzidos.

Neste ínterim, tratando-se em definitivo das diretrizes de um Programa de Integridade, é possível defini-lo sob três etapas: A primeira, correspondente à formulação, ou seja, análise e valoração de riscos, definição de medidas de prevenção e a criação de uma estrutura de *compliance*. A segunda, implementação, ou seja, comunicação e detalhamento do programa, consistente em medidas organizacionais para criação de processos de *compliance*. A terceira, por fim, abrangendo a consolidação e aperfeiçoamento, estabelecendo um processo para apuração de violações, critério de sanções e avaliação continuada e aperfeiçoamento do programa¹⁷.

15 FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD: principais repercussões para a atividade empresarial**, 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-principais-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-29082018>> Acesso em: 29/09/2018.

16 VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. p.91.

17 Ibidem, p.277.

No que tange a gestão dos riscos, consiste num processo estruturado¹⁸. Levantam-se os ímpetus possíveis do negócio para, em seguida, dar sequência às demais etapas, buscando formas de reduzir ou eliminar seus efeitos como, por exemplo, coibir severos danos à imagem da empresa, no caso de um eventual vazamento de dados.

BARROS aponta que “risco é composto de dois grandes componentes: a probabilidade de ocorrência e a magnitude de perda”, sendo que esta última consiste em “impacto”¹⁹. Nesse contexto, a probabilidade de ocorrência pode ser representada pela frequência do evento danoso – ou ameaça – em determinado período de tempo. Quanto ao impacto, se revela no “comprometimento de uma das propriedades básicas da segurança de informação: confidencialidade, integridade e disponibilidade”²⁰.

No que tange os mecanismos para desenvolver a conformidade com a Lei Geral da Proteção de Dados, o grupo de normas 27000, publicada pela *International Organization for Standardization (ISO)*, pode-se mostrar também como importante e moderna ferramenta de proteção de da-

18 BARROS, Augusto Paes de. **Gestão de Risco**. In CABRAL, Carlos; CAPRINO, Willian (org.). *Trilhas em Segurança da Informação, Caminhos e Ideias para a Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Brasport, 2015. p. 38.

19 BARROS, Augusto Paes de. **Gestão de Risco**. In CABRAL, Carlos; CAPRINO, Willian (org.). *Trilhas em Segurança da Informação, Caminhos e Ideias para a Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Brasport, 2015. p. 39.

20 *Ibidem*, p. 40.

dos. Estas normas definem requisitos para um sistema de gestão de segurança da informação (SGSI) bem como sua operação, em especial a ISO 27001²¹.

Referida normativa trata-se de padrão internacional reconhecido e validado para segurança de informação. Entre outros aspectos, segue um sistema de gestão que avalia riscos de segurança e proteção, adota procedimentos de controle, e monitora o desempenho dos processos, atuando assim em sintonia e reforçando os programas de integridade que visam a proteção de dados e privacidade.

Assim, considerando-se os riscos do negócio e os preceitos basilares dos programas de integridade, como prevenção, processamento de informações sensíveis, e treinamento de colaboradores, pode-se enquadrar a Lei Geral da Proteção de Dados, perfeitamente como um tema de *compliance*.

Diante disso, para se manter em *compliance* efetivamente, as instituições ainda devem observar outras questões práticas, a exemplo da elaboração de um adequado Termo de Uso e de Políticas de Privacidade.

3. A função dos termos de uso e das políticas de privacidade

Com o advento da LGPD, quebra-se um verdadeiro paradigma na cultura de proteção meramente formal da privacidade do titular de dados, e inaugura-se uma nova

21 Ibidem, p. 52.

etapa em que se impõe a tutela material dos dados pessoais tratados em ambiente digital ou fora dele.

Isto porque, se mesmo no âmbito das relações digitais estabelecidas via *internet* havia legislação própria para regular o tema da proteção de dados— ainda que de forma incompleta, considerando que a questão da proteção de dados até então era regida pela Lei nº 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da *Internet*” – verificava-se abuso contumaz praticado por empresas na coleta, tratamento e exploração de dados pessoais. O cuidado no tratamento de dados realizados fora do meio digital, então, não se sujeitava a qualquer controle mínimo, mesmo havendo outras normas dispostas em leis esparsas, como o Código de Defesa do Consumidor e as leis do Cadastro Positivo (nº 12.414/2011) e de Acesso à Informação (nº 12.527/2011), sem olvidar da garantia fundamental à vida privada, assegurada no artigo 5º, X, da Constituição Federal.

A referida mudança de paradigma, traz impactos relevantes à atividade empresarial, mormente considerando que nesta “Quarta Revolução Industrial”, que tem como traços marcantes a velocidade, amplitude, profundidade e impacto sistêmico (SCHWAB, 2016)²², as relações sociais cada vez mais se desenvolvem digitalmente, razão pela qual os grandes bancos de dados, atualmente, são mantidos em nuvens (*cloudcomputing*) e outras espécies de bancos de dados ex-

22 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução por Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

clusivamente digitais, ganhando enorme relevo atividades de ‘*Data Mining*’ (mineração de dados)²³ e o chamado ‘*Big Data*’ (grande volume de dados)²⁴, por exemplo.

Este fenômeno se deve muito em razão do amadurecimento nas últimas décadas da importância da *informação* como ativo dotado de valor financeiro e de mercado, considerados, sobretudo, os aspectos da ‘maleabilidade’ e ‘utilidade’ da informação, que exponenciam sua influência sobre as tomadas de decisão e a vida cotidiana em geral. Na análise de DONEDA, o efeito disso foi uma crescente expansão de atividades empresariais ligadas à exploração de dados, sistematização da informação e formação de bancos de dados.²⁵

23 Segundo FREITAS e PAMPLONA (2018, p. 8), “A Mineração de Dados (*Data Mining*) tem como objetivo atender estas expectativas e pode ser definida por Fayyad, Piatetsky-Shapiro e Smyth (1996, p. 39-40) como ‘*nontrivialprocessofidentifyingvalid, novel, potentiallyusefulandultimatelyunderstandablepatterns in data*’”.

24 Conforme FRANÇA, “Os dados das redes sociais online podem ser usados para extrair informações sobre padrões de interações interpessoais e opiniões. Esses dados podem auxiliar no entendimento de fenômenos, na previsão de um evento ou na tomada de decisões. Com a ampla adoção dessas redes, esses dados aumentaram em volume, variedade e precisam de processamento rápido, exigindo, por esse motivo, que novas abordagens no tratamento sejam empregadas. Aos dados que possuem tais características (volume, variedade e necessidade de velocidade em seu tratamento), chamamo-los de Big Data.”(FRANÇA, T. C.; FARIA, F. F.; RANGEL, F. M.; FARIAS, C. M.; OLIVEIRA, J.. BigSocial Data: Princípios sobre coleta, tratamento e análise de dados sociais. Artigo publicado nos anais do XXIX Simpósio Brasileiro de Banco de Dados (SBBDD) 2014. Curitiba. 2014, p. 8. Disponível em:<<http://www.inf.ufpr.br/sbbdsbsc2014/sbbdd/proceedings/artigos/pdfs/127.pdf>>. Acesso em 10/10/2018.

25 DONEDA, Danilo. **Proteção de dados pessoais nas relações de**

Uma das consequências diretas deste modelo relacional é a proliferação dos documentos intitulados “Termos de Uso” e “Política de Privacidade”, que se propõem a reger as relações dos usuários de *sites* e serviços de *internet*, inclusive no que tange às ações ligadas ao tratamento de dados pessoais, desde a coleta, passando pelo armazenamento, até sua eliminação.

Para CAVALCANTI e SANTOS (2018), “Torna-se, portanto, obrigatório adotar, desde a concepção de serviços, produtos e modelos de negócio, a prática de se garantir direitos de proteção à privacidade e aos dados pessoais. São os chamados *privacy by design* e *by default*”²⁶, em que o primeiro modelo permite uma adequação do formato e níveis de privacidade a ser cedida por determinado usuário, enquanto o segundo não se concebe tal possibilidade.

Com efeito, ainda é insipiente na doutrina e na própria jurisprudência pátria discussões mais aprofundadas a respeito da natureza jurídica e efeitos emanados dos documentos intitulados “Termos de Uso” e “Política de Privacidade”.

Nada obstante, é possível amolda-los às ferramentas já existentes no ordenamento jurídico pátrio, em espe-

consumo: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC. 2010, p. 22.

26 CAVALCANTI, Natália Peppi; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. **A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil na era do Big Data.** In Tecnologia Jurídica & Direito Digital - II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. 2018, p. 358.

cial às normas pertinentes aos contratos de adesão, cuja principal característica é a existência das figuras do proponente e do aderente. O primeiro é o responsável por estabelecer cláusulas e condições contratuais, enquanto o segundo tem apenas a opção de aceitar ou rejeitar o contrato como um todo, abrindo mão da possibilidade de negociar os termos do contrato. Nas palavras de RIBEIRO e GALESKI JUNIOR (2015):

“Nos contratos de adesão, a liberdade na fixação do conteúdo contratual, entendida como liberdade privada do contratante e contratado é parcialmente afastada, por não resultarem do livre debate entre as partes, mas provirem do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.”²⁷

As definições acima são inteiramente aplicáveis aos Termos de Uso e Políticas de Privacidade, eis que um determinado internauta, ao acessar um *site* de seu interesse – e, portanto, estabelecer uma relação com dada empresa, fornecedora de serviços – tem pouca, ou mesmo nenhuma possibilidade de influir na redação e nos efeitos de qualquer das cláusulas dispostas nos documentos mencionados. Resta-lhe apenas aceitá-los nos moldes em que se encontram propostos, ou rejeitá-los e, assim, ter seu acesso a informação, conteúdos, produtos, serviços, etc., limitado ou até mesmo impedido.

27 RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 58.

De outro lado, a empresa titular de determinado domínio de *internet*, ou aplicativo, mesmo atualmente, enquanto sujeita às disposições legais previstas no Marco Civil da *Internet*, tem o dever de informar àqueles que navegam em seu *site* a respeito dos dados pessoais que pretende tratar, o que, como visto, comumente é disposto nos Termos de Uso e Políticas de Privacidade.

Analisando a natureza desta relação adesiva é bem-vinda a lição de MAGRANI (2014, p. 158) ao afirmar que, “malgrado tratar-se de espaços privados, os usuários não podem sujeitar-se a termos de uso abusivos que restrinjam de forma desproporcional seus direitos garantidos na Constituição”²⁸, ponderando que o uso da *internet* é manifestação palpável da função social desempenhada pela atividade empresarial, e que os ambientes virtuais não mais podem ser enxergados apenas como um espaço para o mero exercício de direitos disponíveis, mas como meio de concretização de diversos direitos sociais e individuais.

Muito embora o dever, em si, quanto à proteção de dados pessoais já existisse sob o pálio do Marco Civil da Internet, a LGPD, no entanto, aprofunda – e muito – as parcas diretrizes estabelecidas naquela norma, impondo às empresas novos desafios para se adequar ao novo estandarte legal.

28 MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá. 2014, p. 158.

Como visto, sobretudo para as empresas que hospedam seus serviços na *internet*, para estar em *compliance* com a LGPD, invariavelmente terão que dispor em seus Termos de Uso e Políticas de Privacidade informações claras e transparentes a seu público a respeito da forma como o tratamento de dados pessoais será realizado, sobretudo para dar fiel atendimento aos princípios previstos nos incisos do artigo 6º, em especial quanto à *finalidade* (I), *adequação* (II), *necessidade* (III) e *transparência* (VI).

A transparência talvez seja justamente a tônica da norma, uma vez que a partir do desenvolvimento deste princípio as partes envolvidas estarão em um patamar informacional equivalente. Neste sentido, DONEDA (2010, p. 84) esclarece que para salvaguarda das informações pessoais, estas deverão ser submetidas “através de uma política de privacidade clara e precisa e do recurso a outros meios que garantam que sua inscrição não se efetive sem o real conhecimento das suas consequências”.²⁹

Para traçar um paralelo, os Termos de Uso e Políticas de Privacidade, embora, como visto, ostentem a natureza instrumental própria dos contratos de adesão, são documentos que muito se assemelham a uma ‘Carta de Intenções’, por meio dos quais se estabelecem premissas acerca dos interesses, direitos, obrigações e demais regras consideradas necessárias para reger uma relação superficial entre as partes, que em muitos casos se limita ao acesso de

29 Op. cit., p. 84.

determinado site, plataforma, aplicativo, etc., adequando tais interesses às balizas legais.

Estas intenções devem refletir fielmente aquilo que se pretende dar e, sobretudo, receber acesso, mormente considerando que tais documentos em regra são concebidos de forma unilateral pela parte que oferece os serviços ou detém a titularidade do ambiente em que a coleta e o tratamento de dados pessoais virá a ocorrer, valendo destacar que os Termos de Uso e Políticas de Privacidade, serão o principal instrumento de comunicação e de registro entre as partes dos moldes da relação entre elas estabelecida, vinculando-os a seus termos.

A título meramente exemplificativo, elencam-se, aqui, algumas disposições possíveis de serem estabelecidas nos Termos de Uso e Políticas de Privacidade como: direitos e deveres dos usuários e clientes; regras para utilização de serviços como *sites*, plataformas, aplicativos, etc., inclusive com relação à proteção de propriedade intelectual sobre conteúdos veiculados pelas partes; responsabilidade e limites de responsabilização, entre outras questões a serem pensadas casuisticamente, de acordo com os interesses envolvidos na consecução da atividade empresarial, que deverão nortear a elaboração dos referidos documentos.

Mais especificamente quanto à privacidade no tratamento de dados, é essencial, por exigência da LGPD, especificar quais serão os dados tratados – cujo tratamento

deve se limitar aos dados mínimos necessários –; qual será a finalidade do tratamento, por qual prazo os dados serão tratados e o de que forma será realizada a eliminação dos dados quando do alcance da finalidade proposta, ou do exaurimento do prazo previsto (art. 15, I e II, LGPD); e qual serão os meios disponíveis para que o titular dos dados (art. 5º, V, LGPD) possa exercer o direito de livre acesso aos dados tratados (art. 9º).

Além disso, tão importante quanto dar ao titular dos dados informações precisas a respeito dos pontos acima elencados – e aqui reside um dos grandes desafios para as empresas, sobretudo aquelas que exploram comercialmente os dados que tratam – é justificar o tratamento dos dados através da subsunção do caso concreto às hipóteses legais previstas no artigo 7º da Lei.

A política de privacidade deve dar ciência ao titular dos dados pessoais de que o tratamento de seus dados apenas será realizado em razão de alguma das hipóteses legais previstas nos incisos do artigo 7º, da LGPD.

Em linhas gerais, a LGPD apresenta dez hipóteses que autorizam o tratamento de dados pessoais, fugindo dos objetivos deste breve estudo tecer considerações mais aprofundadas a respeito de cada uma delas. Contudo, dado o tema a que ora nos debruçamos, mais apropriado do que esta abordagem é estabelecer a *necessidade*, em si, de liame entre os Termos de Uso e Políticas de Privacidade e algumas das hipóteses legais.

Sem embargo, abre-se exceção para tecer breves considerações a respeito da especial hipótese legal quanto ao consentimento (art. 7º, I, LGPD), instituto que, na concepção de CAVALCANTI e SANTOS “tem importante papel na autodeterminação informativa, controle e liberdade do titular em relação aos seus dados, configurando-se elemento central para a proteção de dados pessoais”.³⁰

O consentimento é, notoriamente, uma das principais e mais utilizada das hipóteses, embora seja considerada justamente a mais frágil delas, em razão da possibilidade de sua revogação pelo titular e da possibilidade de considerar-se nula a aquiescência do titular em caso de abuso ou se obtido mediante informações incompletas ou de teor enganoso (arts. 8º, § 5º e 9º, § 1º, LGPD).

A Lei traz em seu artigo 5º todo um rol de definições, conceituando, em seu inciso XII, o ‘consentimento’ como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, cuja descrição se demonstra relevante por carregar densa carga principiológica, sobretudo no aspecto da autodeterminação informativa, um dos fundamentos da LGPD (art. 2º, II).

É também exigência legal que a obtenção do consentimento para tratamento de dados pessoais seja realizada por escrito ou “*por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular*” (art. 8º, § 1º), com cláusula em

30 Op. cit., p. 359.

destaque, cabendo ao controlador o ônus da prova quanto à regularidade do consentimento obtido (art. 8º, § 2º). FRAZÃO (2018), sustenta que o consentimento é *qualificado*, ao afirmar que

“(...) a manifestação de vontade precisa ser (i) livre e inequívoca, (ii) formada mediante o conhecimento de todas as informações necessárias para tal, o que inclui a finalidade do tratamento de dados, e (iii) restrita às finalidades específicas e determinadas que foram informadas ao titular dos dados.”³¹

Cabe atentar ao fato de que o consentimento se torna ainda mais qualificado, quando se pretende o tratamento de dados pessoais sensíveis (art. 11, I) e de menores de idade, caso em que o consentimento deverá ser manifestado por um dos pais ou responsável legal pelo menor (art.14, § 1º).

Com base nestas considerações, conclui-se que esta nova cultura imposta – de maneira ainda mais ostensiva – pela LGPD visa à efetiva proteção, em sentido material, da privacidade dos titulares de dados pessoais e traz grande impacto sobre a atividade empresarial, demandando adequações operacionais no tratamento de dados, mas também providências jurídicas para que as ‘regras do jogo’ sejam claras e estejam compreendidas e aceitas pelos envolvidos, a fim de prevenir a ocorrência de danos e prejuízos aos

31 FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD: a importância do consentimento para o tratamento dos dados pessoais**; disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-a-importancia-do-consentimento-para-o-tratamento-dos-dados-pessoais-12092018>; acesso em 31/10/2018.

usuários e à sociedade em geral, bem como às próprias empresas que realizarem o tratamento de dados pessoais.

Para efetivamente prevenir a ocorrência de danos e prejuízos, importante analisar as funções do controlador e do operador de dados.

4. A figura do Data Protection Officer (DPO)

Uma das obrigações impostas pela LGPD é a necessidade dos controladores de dados pessoais, sejam eles entes públicos ou privados, terem que indicar um encarregado (DPO - *Data Protection Officer*), pessoa natural ou jurídica, que deverá ser o profissional responsável pela proteção dos dados tratados e atuará como intermediador da comunicação entre o controlador e os titulares e a autoridade nacional³².

A identidade do encarregado e a forma de comunicação deverão ser publicadas no site do controlador de maneira clara e objetiva, com a finalidade de facilitar requisições e comunicados dos titulares dos dados e da autoridade nacional.

Inicialmente as atividades do encarregado consistirão em receber reclamações e requisições dos titulares de dados, interagir com autoridade nacional de proteção de

32 BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 de novembro 2018.

dados, orientar os funcionários e prestadores de serviços a respeito de boas práticas, bem como adotar as providências necessárias de proteção dos dados tratados.

Desta forma, é fundamental que o encarregado tenha conhecimento, e possa acompanhar e se envolver com todos os fluxos de processos realizados dentro da empresa controladora, bem como auxiliar diretamente no desenvolvimento de produtos e serviços, na elaboração de termos de consentimento, no processo de anonimização dos dados armazenados em bancos de dados, entre outros, de maneira que possa supervisionar todas as práticas de tratamento de dados, e certificar se estão em *compliance* com a Lei Geral de Proteção de Dados.³³

Para isso, será de suma importância que o encarregado desempenhe suas funções com autonomia e imparcialidade dentro das organizações, podendo ele interferir nos processos internos, e sugerir mudanças e adequações, mesmo que isso afete economicamente a empresa, tendo em vista que sua motivação principal deve ser a de fazer com que a empresa cumpra as normas impostas pela legislação³⁴.

33 MARCONDES, Juliana. **Quem é o Data Protection Officer?**. Disponível em: <http://www.plmj.com/xms/files/2017_PDF/junho/Quem_e_o_Data_Protection_Officer.pdf>. Acesso em: 2 de novembro 2018.

34 LEORATTI, Alexandre. **Nova lei de dados cria carreira no Direito com salários de até R\$ 50 mil**. Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/dados-dpo-carreira-direito-salarios-23102018>>. Acesso em: 2 de Novembro de 2018.

Além disso, a autoridade de proteção de dados, poderá através de normas complementares incluir novas atribuições ao encarregado, bem como definir sobre as hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme o tamanho e a natureza da empresa, bem como o volume de tratamento de dados.

Em linhas gerais, o encarregado pela proteção de dados dentro das empresas controladoras, deverá ser um profissional, com expertise em legislação de proteção de dados, tecnologia da informação em especial criptografia, e gestão de processos, que desempenhará um papel muito importante dentro das empresas a partir da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, e deverá estar capacitado para agir em prol do cumprimento da lei.

5. Conclusão

Diante da universalidade de dados pessoais existentes no mundo virtual, e das novas consequências impactantes na sociedade, foi necessário a criação de legislações específicas sobre o tema. Nesse panorama, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n.º 13.709/2018, foi promulgada no Brasil.

Com isso surgiram novos desafios, especialmente para quem manuseia dados pessoais, a exemplo das empresas privadas. Diante disso, surge a importância do presente estudo, que vem com o intuito de encontrar soluções práticas para a adequação à nova legislação por parte das pessoas jurídicas de direito privado.

Inicialmente, foi apresentada a ideia de *Compliance* como meio de garantir a correta aplicação da nova legislação. Para a instituição do Programa de Integridade, além da observância dos princípios que protegem direitos fundamentais, é necessário ter boa governança corporativa, fazer a correta gestão dos riscos, possuir uma boa estrutura tecnológica de segurança da informação e capacitar adequadamente as equipes de funcionários.

Em seguida, restou demonstrada a importância das funções dos Termos de Uso e Políticas de Privacidade, que possuem como finalidade informar sobre a utilização dos dados pessoais, de forma clara e transparente. Apesar de possuírem natureza instrumental de contratos, os Termos de Uso e Políticas de Privacidade se mostram como uma “Carta de Intenções”, acerca da coleta e manipulação dos dados pessoais do usuário. Diante disso, foi verificada a importância do consentimento do titular dos dados pessoais para a sua proteção.

Por fim, foi analisada a figura obrigatória do *Data Protection Officer*, que recai sobre o encarregado. Este será sempre pessoa física, responsável pela proteção dos dados pessoais, atuando também como intermediador entre o controlador e os titulares e a autoridade nacional.

Muitos desafios vão surgir para as empresas privadas que manipulam dados pessoais com a futura vigência da Lei Geral de Proteção de Dados. Contudo, os primeiros passos de proteção já se mostram perceptíveis. E, tendo em

vista a proximidade da vigência da nova lei, a atuação para a conformidade deve ser imediata.

Referências bibliográficas

BARROS, Augusto Paes de. **Gestão de Risco**. In CABRAL, Carlos; CAPRINO, Willian (org.). Trilhas em Segurança da Informação, Caminhos e Ideias para a Proteção de Dados. Rio de Janeiro: Brasport, 2015.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 2 de novembro 2018.

CAVALCANTI, Natália Peppi; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. **A Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil na era do Big Data.** In Tecnologia Jurídica & Direito Digital - II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. 2018.

DONEDA, Danilo. **Proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia.** Brasília: SDE/DPDC. 2010.

FRANÇA, T. C.; FARIA, F. F.; RANGEL, F. M.; FARIAS, C. M.; OLIVEIRA, J.. **Big Social Data: Princípios sobre coleta, tratamento e análise de dados sociais.** Artigo publicado nos anais do XXIX Simpósio Brasileiro de Banco de Dados (SBBD) 2014. Curi-

tiba. 2014, p. 8. Disponível em: <http://www.inf.ufpr.br/sbbdsbsc2014/sbbd/proceedings/artigos/pdfs/127.pdf>. Acesso em: 29/10/2018.

FRAZÃO, Ana. **Nova LGPD: principais repercussões para a atividade empresarial**, 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-principais-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-29082018>> Acesso em: 31/10/2018.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; PAMPLONA, Danielle Anne. **A complexa relação entre negócios e direitos humanos: as violações dos direitos de personalidade por meio de Tracking e Profiling em serviços online**. 2018.

LEORATTI, Alexandre. **Nova lei de dados cria carreira no Direito com salários de até R\$ 50 mil**. Disponível em: <<https://www.jota.info/carreira/dados-dpo-carreira-direito-salarios-23102018>>. Acesso em: 2 de Novembro de 2018.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático**. Curitiba: Juruá. 2014.

MARCONDES, Juliana. **Quem é o Data Protection Officer?**. Disponível em: <http://www.plmj.com/xms/files/2017_PDF/junho/Quem_e_o_Data_Protection_Officer.pdf>. Acesso em: 2/11/2018.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

SILVA, Felipe. **Gestão de Identidades e Acessos.**In CABRAL, Carlos; CAPRINO, Willian (org.). Trilhas em Segurança da Informação, Caminhos e Ideias para a Proteção de Dados. Rio de Janeiro: Brasport, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 14ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MECANISMOS ESPECÍFICOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA ÁREA DE DIREITO DE FAMÍLIA: CONVENÇÕES DE HAIA E INTERAMERICANA

Pierre Lourenço da Silva

Graduado pela Universidade da Cidade (Rio de Janeiro). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Emerj. Aluno do programa de doutorado em direito civil pela Universidade de Buenos Aires - UBA. Advogado.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo apresentar algumas formas de cooperação internacional com o objetivo de solucionar os conflitos de interesses entre particulares de nacionalidades diferentes na seara do Direito de Família. Além disso, objetiva-se expor as principais normas e tratados internacionais adotados pelo Estado brasileiro que são aplicados pelos Tribunais.

Palavras chaves: Direito Internacional. Conflito entre particulares. Cooperação internacional. Direito de família.

1. Introdução

A muito tempo se discute no mundo jurídico sobre os mecanismos adotados pelas Cortes Nacionais e Internacionais para a solução de conflitos na área do Direito de Família entre pessoas que domicíliam em países diferentes. Em razão disso, analisaremos nesta obra quais os tratados e convenções internacionais são adotadas pelo Estado brasileiro.

Além disso, serão enfrentadas questões que giram em torno da eficácia dos tratados internacionais no plano nacional, isto é, se estes são adotados ou não no direito pátrio, bem como sobre a efetividade dos mesmos no âmbito do direito de família internacional, em especial, no polêmico caso de guarda internacional do menino Sean Goldman.

A pesquisa objetiva também apresentar as diversas formas de solução de conflitos na seara do Direito de Família de pessoas que domicíliam em países diversos, a fim de que o leitor adquira a percepção da possibilidade de junção do direito interno com o externo, pois um deverá trabalhar em consonância com o outro sempre que for possível.

Por fim, serão abordados os procedimentos adotados pelas Cortes Internacionais sobre litígios que versem a respeito do direito a alimentos, guarda e sequestro de menores na seara internacional.

2. Noções gerais de direito internacional

2.1 Conceito e natureza jurídica da norma internacional

Antes de adentrar no estudo específico dos tratados internacionais sobre o Direito de Família, será necessário tecer alguns comentários sobre a disciplina Direito Internacional para, ao final, se ter uma melhor compreensão da matéria.

Ensina a doutrina pátria, sobretudo os ilustres mestres Flávia Piovesan e Carlos Amorim, que o Direito Internacional é o conjunto de normas que regulam as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional, isto é, os Estados nacionais, podendo se considerar também as organizações internacionais como componentes desse quadro.

Por sua vez, a soberania do Estado pode ser manifestada de duas maneiras, sendo uma face interna e outra externa. Na faceta interna, o Estado encontra-se acima dos demais sujeitos de direito, constituindo-se na autoridade máxima em seu território. Já na face externa, o Estado possuiria a mesma hierarquia com os demais Estados soberanos que constituem a sociedade internacional.

Esta divisão entre as faces interna e externa da soberania do Estado reflete na natureza da norma jurídica, podendo ser de direito interno ou internacional, conforme seja a origem do direito aplicado.

2.2 Relação entre o direito internacional e o direito interno

Nesta parte do estudo sobre o Direito Internacional busca-se enfrentar as divagações sobre a possibilidade de conflito entre o direito interno de um determinado país e o Direito Internacional, bem como qual das duas ordens jurídicas deveria prevalecer.

Francisco Rezek (1989), dentre outros doutrinadores mencionam a existência de pelo menos três sistemas quanto ao relacionamento entre o Direito Internacional e o direito interno de determinado Estado, sistemas estes defendidos por Hans Kelsen (1952), Alfred Verdross (1914), Georg Jellinek (2002) e Georges Burdeau (1980), sendo eles os seguintes: o dualismo, o monismo com supremacia do direito interno e o monismo com supremacia do direito externo.

Primeiro se tem o sistema do dualismo defendido por Triepel (1923) e Anzilotti (1890), em que o direito interno e o Direito Internacional são independentes entre si e a validade da norma de ambos não está condicionada a do outro. De acordo com o sistema dualista, a norma internacional será aplicada na ordem interna apenas se estiver transformada em norma de direito interno, incorporada ao seu ordenamento jurídico interno.

Segundo a teoria da incorporação (Triepel) que está correlacionado ao sistema do dualismo, as normas jurídicas internas e internacionais, por serem as duas

ordens jurídicas independentes, não haveria a ocorrência de conflito entre ambas.

Já o sistema monista defendido por Hans Kelsen (1952), Alfred Verdross (1914) e Léon Duguit (1859-1928), afirma que com a supremacia do Direito Internacional, a ordem jurídica é tida como uma só, mas as normas de direito interno devem ajustar-se ao Direito Internacional.

Este sistema foi formulado por Hans Kelsen (1881-1973) e adotada por outros doutrinadores, tais como Alfred Verdross (1914) e Léon Duguit (1859-1928). Segundo o sistema monista não há coexistência de duas ordens jurídicas, onde ambas são independentes, afirmando haver apenas uma única ordem jurídica, em que o Direito Internacional é tido como superior ao direito interno.

Para esta teoria monista não seria possível o confronto entre o Direito externo com o direito interno, pois prevaleceria a norma externa que seria hierarquicamente superior a legislação interna.

Já no sistema monista com supremacia do direito interno o Estado é dotado de soberania absoluta e, portanto, somente se sujeita a um sistema jurídico que emane de si próprio, não admitindo a aplicação do direito internacional. Assim como no sistema anterior, esta teoria percebe a existência de uma única ordem jurídica, mas prevalece o direito interno aplicado às relações exteriores do Estado.

2.3 Incorporação de tratados no Brasil

Antigamente, parte da doutrina nacional (Flávia Piovesan - 1997) entendia que os tratados internacionais sobre direitos humanos que fossem aderidos pelo Estado brasileiro, restariam incorporados imediatamente ao ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional.

Esse pensamento decorria da interpretação da Constituição Federal, mais precisamente de seu art. 4º, II, que assegura como um de seus princípios fundamentais a prevalência dos direitos humanos e também prevê, em seu art. 5º, § 2º, a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Quanto aos demais Tratados, esses seguiriam a regra geral, ou seja, só teriam validade se fossem ratificados pelo Congresso Nacional, através de decreto legislativo, conforme art. 49, I, da Constituição Federal e o Presidente da República editasse o decreto que o integraria ao ordenamento jurídico pátrio (art. 84, IV, da CRFB).

Ademais, estes tratados não possuiriam *status* constitucional, ou seja, seriam equivalentes às leis ordinárias, conforme determina o art. 49, I, da CRFB, ao afirmar que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Além disso, complementa o art. 84, IV, da Carta Magna, ao dizer que compete privativamente ao Presi-

dente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Atualmente, a regra geral é de que um tratado internacional para ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, e, em consequência, ter força obrigatória, ou seja, gerar direitos e obrigações, deverá necessariamente haver o cumprimento de três fases distintas.

A primeira fase consiste na celebração do tratado pelo Presidente da República em nome da República Federativa do Brasil (CF, art. 84, VIII). Em seguida, deve ser realizada a aprovação definitiva pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo (CF, art. 49, I). A terceira e última fase consiste na promulgação do ato pelo Presidente da República, por meio de decreto (CF, art. 84, IV).

É neste último momento, promulgação pelo Presidente da República, que o Tratado Internacional adquire executoriedade, e, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Além disso, é interessante a questão referente à incorporação dos tratados internacionais quanto ao seu *status*, se ordinário ou constitucional.

Antes da emenda constitucional 45 de 2004, o Supremo Tribunal Federal entendia que os tratados internacionais, mesmo aqueles que abordam matéria relativa

a direitos humanos, seriam incorporados ao direito brasileiro como lei ordinária.

Neste sentido, decidiu a Suprema Corte no julgamento do RHC 79.785, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, publicado no DJ 22/11/02, em que se afirmou prevalecer a Constituição Federal, no Direito brasileiro, sobre quaisquer outras convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José.

Contudo, com a edição da emenda constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, estabeleceu-se, então, a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que, se forem aprovados em cada casa do congresso nacional, por votação em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros das Casas do Congresso, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Segundo o art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República, com a nova redação dada pela emenda constitucional 45, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Deste modo, após a promulgação da emenda constitucional 45, verifica-se a possibilidade de os tratados internacionais serem incorporados no direito brasileiro com

o *status* de norma constitucional, desde que cumpridos cumulativamente dois requisitos.

O primeiro requisito consiste no conteúdo do tratado internacional, devendo este se referir aos direitos humanos. O segundo requisito exigido pela Constituição seria a deliberação no Congresso Nacional, devendo esta seguir os limites formais estabelecidos para a edição das emendas constitucionais, isto é, que haja votação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com três quintos dos votos dos respectivos membros parlamentares. Desta forma, conclui-se que a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com o *status* de lei ordinária ou com o *status* de norma constitucional é ato discricionário do Congresso Nacional.

É importante dizer que, para o Ministro Gilmar Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional, os tratados que versem sobre direitos humanos que não passaram pelo trâmite de incorporação na legislação nacional previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB, que daria *status* de norma constitucional, estes ingressam no ordenamento pátrio com categoria de norma supra legal, isto é, acima das leis e abaixo da Carta Magna.

3. Sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

Segundo Flávia Piovesan (1997), em sua obra sobre Direitos Humanos, a Constituição da República

ao prescrever que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros direitos decorrentes de tratados internacionais, a contrário *sensu*, está a incluir no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Alem do mais, o próprio art. 4º, II, da CRFB, prevê que nas relações internacionais prevalecerão os princípios que versem sobre direitos humanos.

O sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos foi criado com o intuito de romper por definitivo o legado da cultura autoritária e ditatorial instituídos pelos Regimes Militares na América Latina no final do século XX, e consolidar o regime democrático, com pleno respeito aos direitos humanos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

O instrumento de maior importância do sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada também de *Pacto de San Jose da Costa Rica* de 1969, que entrou em vigor em 1978.

A Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito, limitando-se apenas a determinar aos Estados que alcancem a realização dos direitos cultural, social e econômico.

Apenas em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um protocolo

adicional a convenção, protocolo de *San Salvador*, que entrou em vigor em novembro de 1999, prevendo a obrigação do Estado de assegurar o exercício dos direitos cultural, social e econômico.

Com isso, o Estado signatário passou a ter a obrigação de não somente deixar de violar direitos previstos na Convenção, como também de promover políticas afirmativas para garantir o exercício dos direitos previstos na Convenção Americana – *Pacto de San Jose da Costa Rica*.

Dentre os direitos previstos na Convenção Americana, temos alguns que serviram de parâmetro para a adoção de medidas de cooperação internacional a fim de evitar o sequestro de menores, tais como o direito a proteção da honra e da dignidade afirmando que toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Afirma, ainda, que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Já o art. 17 da Convenção Americana institui o princípio da proteção da família ao afirmar que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

Prevê a referida Convenção a proteção aos direitos das crianças afirmando que toda criança terá direito às me-

didadas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Com o intuito de resguardar o direito das crianças foi editada normas protetivas também na Convenção de Haia que são plenamente aplicáveis no direito interno, bem como no direito internacional.

4. Sequestro de menores segundo a Convenção de Haia

A Convenção de Haia veio a tratar sobre o sequestro de menores por pessoas próximas ao menor de idade, tais como os pais, parentes, tutores e curadores.

O sequestro de menores é uma manifestação doentia do exercício do poder familiar, revelando especial conflito na disputa pela guarda da criança por pessoas que possuem responsabilidade sobre ela.

Assim, com o intuito de proteger os interesses da criança que estiver nesta situação, vítima de uma discórdia entre seus familiares, foi instituída em 1980 a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

A Convenção da Haia de 1980 insere os Estados membros em um regime internacional de localização do menor e avaliação da real situação da criança que, assim que encontrada deverá ser restituída ao Estado de residência habitual anterior ao seqüestro.

4.1 Incorporação da convenção de Haia pelo estado brasileiro

A Convenção foi concluída em 1980, contudo, somente foi internalizada no direito pátrio por meio do Decreto 3.413, de 14 de abril de 2000, com o objetivo de regular a guarda e o direito de visita a menores.

Além disso, por dificuldade técnica o termo *abduction* constante na Convenção foi traduzido como sequestro, na versão oficial brasileira, quando na verdade se referia a guarda. Apesar de a Convenção utilizar o termo sequestro, ela pretende regular a transferência ou retenção irregular de menores, tratando da questão da guarda de crianças.

De acordo com o art. 1º, a Convenção tem por objetivo assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente, bem como fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

Nesse passo, a convenção faz valer além das fronteiras nacionais o regramento jurídico sobre a guarda e direito de visitas a respeito do menor, vindo com isso a ultrapassar fronteiras para tornar alcançável uma pessoa à justiça por meio da cooperação internacional.

O art. 2º da Convenção de Haia prevê ainda que os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territó-

rios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência.

De acordo com este artigo o Estado deverá tomar todas as medidas apropriadas, recorrendo, inclusive, a procedimentos de urgência, para assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção.

Ressalta-se que não é a pessoa física, responsável do menor, quem tem que tomar as providências, mas sim o Estado é o responsável pelo cumprimento da Convenção. Dessa forma, a partir do momento em que o Brasil ratificou o tratado passou a ter a obrigação de retornar menores que tenham sido ilicitamente conduzidos ao território brasileiro.

Já o art. 3º da Convenção de Haia trata do que vem a ser a transferência ou retenção ilícita de uma criança ao assegurar que a transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção.

Além disso, é necessário que o direito já estivesse sendo exercido de maneira efetiva no momento da transferência ou da retenção do menor.

O dispositivo supracitado esclarece que ocorre a ilicitude mesmo quando a pessoa que está no exterior não possui a guarda do menor, mas exercia o direito de

forma afetiva no momento da transferência, privando a criança desse convívio.

Registra-se, ainda, que o art. 8º trata dos requisitos para pedido de cooperação internacional de Direito Internacional Privado, estabelecendo o seguinte.

Segundo o art. 8º qualquer pessoa, instituição ou organismo que julgue que uma criança tenha sido transferida ou retirada em violação a um direito de guarda, pode comunicar o fato à Autoridade Central do Estado de residência habitual da criança ou à Autoridade Central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência e assegurado o retorno.

O referido pedido deve conter a informação sobre a identidade do requerente, da criança e da pessoa a quem se atribui a transferência ou a retenção da criança; a data de nascimento da criança; os motivos em que o requerente se baseia para exigir o retorno da criança; todas as informações disponíveis relativas à localização da criança e à identidade da pessoa com a qual presumivelmente se encontra a criança.

Além disso, o pedido pode ser acompanhado por cópia autenticada de qualquer decisão ou acordo considerado relevante; atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central, ou por qualquer outra entidade competente do Estado de residência habitual, ou por uma pessoa qualificada, relativa à legislação desse Estado na matéria; qualquer outro documento considerado relevante.

Na prática, o genitor ou responsável pelo menor, sabendo que a pessoa que detinha a guarda de fato da criança foi para outro Estado com a criança, comunica o fato à autoridade responsável de seu país que, ao ser informada realiza um juízo de admissibilidade de aplicação da Convenção de Haia, podendo aderir a pretensão do requerente e transformá-la em pretensão do Estado. Após isso, será encaminhado o pedido de restituição para o país onde se encontra a criança.

A Convenção de Haia é um exemplo de mecanismo de cooperação internacional, visto que a autoridade central do Estado requerido precisará de um mandado judicial para cumprir a busca, apreensão e restituição do menor.

Nesta hipótese, a União acolherá a pretensão do Estado estrangeiro requerente por conta do seu dever constitucional de cumprir e fazer cumprir as obrigações internacionais impostas ao Estado brasileiro.

O Estado membro da Convenção interessa apenas em prestar a cooperação internacional a que está obrigado, fazendo valer a competência e a autoridade da decisão do Estado estrangeiro requerente da medida onde é discutida toda e qualquer questão relativa à guarda do menor.

Consigna-se que a questão não é de direito de família, mas de cooperação internacional entre Estados. Para o Estado brasileiro pouco importa com quem o menor vai ficar, pois o direito protegido é o da criança, sendo que o seu direito estabelecido na Convenção é

apenas o de ter a sua guarda regulada no país de residência habitual.

Ademais, a ação proposta não é cautelar, mas ação ordinária de conhecimento, ante a necessidade de análise detida de provas. Não importa a nacionalidade das pessoas envolvidas para se definir o foro competente para o julgamento de questões relacionadas à guarda e visitas do menor, já que a competência será o local de residência habitual da criança, conforme se percebe no art.16 da Convenção de Haia.

Dispõe o art. 16 que depois de ter sido informada da transferência ou retenção ilícita de uma criança, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida, não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na Convenção para o retorno da criança, ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da Convenção.

Desta forma, o juiz competente para decidir guarda da criança é o juiz do país de sua residência habitual.

4.2 Finalidade da convenção de haia quanto a medida protetiva do menor

Antes de um casal de nacionalidades diferentes decidirem formar uma família e ter um filho comum, estes devem ter em mente que em caso de separação, o filho poderá se

ver obrigado a perder os laços com a família e a cultura de um dos genitores, caso estes voltem ao país de origem.

Nesse passo, priorizando a manutenção do convívio da criança com seus genitores, a Corte de Haia optou por priorizar a proteção dos interesses dos menores por meio de um acordo internacional denominado de Convenção de Haia.

Os países signatários desta Convenção objetivam facilitar a repatriação do menor ao seu país de origem, por meio de mútua cooperação internacional, localizando a criança, analisando o caso concreto e providenciando a restituição do menor, sempre com o objetivo de buscar atender o princípio do melhor interesse da criança.

Deve-se ressaltar que a determinação do retorno do menor não significa a decisão definitiva sobre a guarda, o que se pretende é fazer com que seja respeitado o princípio do juízo natural, ou seja, acatar a decisão da Corte Internacional no sentido de que a competência para julgar casos considerados como sequestro internacional seja a do Judiciário do local onde o menor residia antes de ser irregularmente retirado.

4.3 Requisitos para aplicação da Convenção de Haia

Perceba-se que para que seja requerida a aplicação da Convenção de Haia, é preciso atender os seguintes requisitos abaixo discriminados.

Primeiramente, os países devem ser signatários da convenção, isto é, o menor que se pretende a repatriação deve ter tido domicílio habitual no país requerente em período imediatamente anterior a de sua retirada do local, devendo o menor ter menos de 16 anos de idade.

De acordo com a Convenção, a guarda seria o direito de cuidar da criança e decidir o seu local de moradia. Já o direito de visita seria o direito de levar o menor por tempo determinado para local diverso de sua moradia.

Determina, ainda, a referida norma que cada Estado membro tenha o direito de designar um órgão, denominado de Autoridade Central, a quem a Corte de Haia deverá se reportar.

No Brasil foi delegada tal função a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) como sendo a autoridade central. Além disso, a convenção determina que qualquer pessoa que tenha ciência do deslocamento irregular de uma criança para outro Estado pode efetuar a denúncia à autoridade central de seu país, que, entendendo cabível, enviará o comunicado à sua correspondente no país onde o menor esteja localizado.

No que tange aos prazos, a Convenção de Haia estabeleceu prazo curtos como forma de se alcançar a celeridade dos procedimentos em razão de se estar tratando com menores, sendo, por exemplo, de apenas seis semanas o prazo para que a autoridade central apresente as informações sobre o caso.

Diz a Convenção que caso a comunicação de sequestro do menor ocorra em um prazo inferior a um ano, o magistrado deverá imediatamente efetuar a devolução do menor ao local de residência habitual anterior para que lá sejam definidos a guarda e visitação.

Caso a comunicação seja posterior há um ano, não haverá mais esta obrigatoriedade, podendo haver discussão sobre possível adaptação do menor no local atual de residência.

4.4 Caso do menino Sean Goldman

Como maior exemplo de repercussão internacional sobre sequestro de menores e aplicação da Convenção de Haia, temos o caso do menino Sean Goldman que chegou aos Tribunais Superiores, tendo por desfecho a devolução do menor ao seu genitor.

Neste caso, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, cassou a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio e determinou a entrega do menor Sean ao pai David Goldman que, em seguida, retornou aos Estados Unidos.

As decisões supracitadas foram tomadas em dois pedidos de Mandados de Segurança ajuizados pela Advocacia-Geral da União e pelo pai biológico de Sean.

Os referidos Mandados de Segurança questionaram a decisão do Ministro Marco Aurélio nos autos do HC 101.985, que suspendeu determinação do Tribunal Regional Federal

da 2ª Região autorizando o retorno do menino, e permitiu sua permanência com a família materna no Rio de Janeiro.

Em sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes (2009) acolhe o pedido da União e do pai biológico de Sean para cassar a liminar que suspendeu a decisão do TRF-2, fundamentando que o caso já foi amplamente debatido no próprio STF por ocasião do julgamento da ADPF 172, ajuizada pelo Partido Progressista (PP) contra a aplicação da Convenção de Haia, que trata do sequestro internacional de crianças.

Além disso, afirmou o Ministro que na ocasião, os ministros não conheceram da ADPF e se manifestaram no sentido de que deveria ser cumprido o que fosse decidido pelas instâncias ordinárias da Justiça. Declarou ainda o Ministro que ficou evidenciado também à época que Habeas Corpus não era o instrumento jurídico adequado para contestar a decisão do TRF-2.

Para o Ministro Gilmar Mendes não há ilegalidade ou abuso de poder na decisão que determinou o retorno do menor Sean aos EUA. Asseverou que o mérito da questão já foi analisado na sentença e acórdão dos autos da ação de busca, apreensão e restituição do menor, bem como afirmou que a jurisprudência da Suprema Corte já assentou competir às instâncias ordinárias a resolução do caso (ADPF 172/RJ e HC 99.945/RJ).

Concluiu o Ministro, por fim, afirmando que a única alteração do quadro fático, desde o julgamento da ADPF

172/RJ e do HC 99.945/RJ, foi a prolação do acórdão em favor da União que decidiu no julgamento do CC 100.345/RJ (STJ) a estipulação de um acordo de visitação entre os parentes brasileiros e americanos, para a garantia do fomento da continuidade das relações familiares.

5. Convenção interamericana sobre obrigação alimentar

A República Federativa do Brasil aderiu ainda no Plenário da Quarta Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (IV CIDIP), realizada em Montevideu, em 15 de julho de 1989, mais um mecanismo de cooperação jurídica internacional no âmbito do direito de família.

Esta Convenção aplicar-se-á às obrigações alimentares para menores de 18 anos e às obrigações derivadas as relações matrimoniais entre cônjuges ou ex-cônjuges (art. 2º).

Segundo o art. 6º da Convenção, incorporada em nosso ordenamento jurídico através do Decreto 2.428 de 1997, nas pretensões em que se requer a fixação de pensão alimentícia aplicar-se-á a legislação que for mais favorável ao credor, dentre aquelas legislações existentes no país do credor ou do devedor.

Dispõe o art. 6º que a obrigação alimentar, bem como as qualidades de credor e de devedor de alimentos, serão reguladas pela ordem jurídica que, a critério de autoridade competente, for mais favorável ao credor,

dentre as seguintes: ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do credor; ordenamento jurídico do Estado de domicílio ou residência habitual do devedor.

Consta na referida Convenção que a competência para a apreciação da demanda em que se requer alimentos poderá ser a do país do domicílio do credor, ou a do país do domicílio do devedor, ou a do país onde o devedor possuir patrimônio, cabendo ao alimentado escolher um destes locais, conforme art. 8º da Convenção.

Assim, o local onde for fixado os alimentos se tornará prevento para conhecer e apreciar futura ação de exoneração ou modificação de pensão alimentícia, conforme o art. 9º da Convenção.

De acordo com o art. 10 da Convenção, o juiz deverá observar o binômio *possibilidade X necessidade*, mais o critério de proporcionalidade ao estabelecer o *quantum debeat* da pensão alimentícia, critério este há muito adotado em nosso ordenamento jurídico interno.

Reza o mencionado artigo que os alimentos devem ser proporcionais tanto à necessidade do alimentando, como à capacidade financeira de alimentante. Se o juiz ou a autoridade responsável pela garantia ou pela execução da sentença adotar medidas cautelares ou dispuser a execução num montante inferior ao solicitado, ficarão a salvo os direitos do credor.

6. Convenção de Haia sobre separação e divórcio

A 11ª Sessão da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, realizada em Haia, no dia 1º de junho de 1979, estabeleceu mais um método de cooperação jurídica entre os Estados membros ao criar regras de competência e ratificação de sentenças que decretem separação e divórcio.

A referida Convenção não abrangeu as disposições relativas à declaração de culpa nem às medidas ou obrigações acessórias proferidas na sentença de divórcio ou de separação de pessoas, nomeadamente as prestações de ordem pecuniária ou as disposições relativas à guarda dos filhos, já que as questões concernentes a alimentos estão previstas na Convenção Interamericana sobre Direito Alimentar de Montevideú, firmada em 15 de julho de 1989, e as disposições concernentes a guarda de filhos estão estipuladas na Convenção de Haia.

O art. 2º da Convenção traz os critérios para fixação de competência estipulando que o divórcio e separação de pessoas são reconhecidos em todos os Estados contratantes, sem prejuízo de outras disposições da Convenção, se, à data do pedido no Estado do divórcio ou da separação de pessoas, o demandado ou demandante tinham aí sua residência habitual.

Nesta segunda hipótese, pedido realizado no Estado da residência habitual do demandante, precisa-se ainda preencher a condição de que a residência habitual tenha durado por pelo menos um ano imediatamente anterior à

data do pedido e que os cônjuges aí tivessem residido habitualmente, em conjunto, pela última vez.

Pode-se requerer também a aplicação da Convenção sobre separação e divórcio se ambos os cônjuges fossem nacionais daquele Estado; ou se o demandante fosse nacional daquele Estado e se verificasse que o demandante aí tivesse a sua residência habitual ou tivesse aí residido habitualmente durante um período ininterrupto de um ano, abrangido, pelo menos em parte, nos dois anos que precedessem a data do pedido.

A Convenção se aplica ainda quando o demandante do divórcio era nacional daquele Estado e se verificar que ele se encontrava nesse Estado à data do pedido e os cônjuges tivessem tido a última residência habitual em comum num Estado cuja lei não conhecia o divórcio à data do pedido.

Assim, caso um casal de nacionalidade diversa pretenda romper os laços matrimoniais poderão fazê-lo por meio desta Convenção, desde que observado os critérios de competência, bem como não se discuta outros assuntos além da separação ou divórcio.

7. Conclusão

Após esta breve exposição sobre o direito internacional aplicável nas relações internas no âmbito do Direito de Família, percebe-se que existe um grande laço entre os Estados com o intuito de dirimir conflitos inicialmente entre

particulares, mas que ganham contornos inimagináveis, pois refletem na esfera do direito de outra nação.

Viu-se também a grande disposição dos Estados em editar Tratados e Convenções Internacionais como um modo de cooperação internacional, a fim de regular as matérias pertinentes ao estado da pessoa, tendo-se como principais exemplos as Convenções de Haia sobre sequestro de menores e sobre divórcio e separação, bem como a Convenção Interamericana sobre Alimentos.

Desta forma, encerra-se a exposição deste artigo afirmando ser essencial a Cooperação entre os Estados, por meio de Tratados e Convenções, como forma de minimizar as consequências devasta do rompimento de uma família.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando & NASCIMENTO E SILVA, G. E. Do. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações Internacionais e Temas Sociais: A década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001.

AMORIM, Edgar Carlos. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAUJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Procam, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm. Acesso em 20/06/2010.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 20/06/2010.

ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Edgar Guimarães

Advogado; Pós-Doutor em Direito pela Università del Salento (Itália). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Professor de Licitação nos cursos de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e da Universidade Positivo; Consultor Jurídico (aposentado) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Membro dos Institutos Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná e do Conselho Científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP/PR. Conselheiro da OAB/PR. Autor de livros e artigos jurídicos.

(*Curriculum* na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4279678597567440>)

1. Introdução

A improbidade administrativa faz parte do grupo de inovações normativa que a Constituição de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Embora a proteção à probidade administrativa já fosse uma preocupação presente em alguns dispositivos penais e em diplomas que disciplinavam a atividade dos agentes públicos, não havia, antes do novo cenário constitucional, um dispositivo que tratasse de um regime específico de combate à improbidade administrativa.

A Constituição de 1946 foi a primeira a prever a edição de lei que tratava do sequestro e do perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, decorrente do abuso de cargo ou função pública. Em cumprimento ao comando constitucional, foi publicada a Lei 3.164/57 que regulava o procedimento de sequestro e perda de bens adquiridos pelo servidor público em virtude da influência ou abuso da função pública. Na sequência, a Lei 3.502/58 disciplinou o sequestro e o perdimento de bens nas hipóteses de enriquecimento ilícito oportunizado pela influência ou pelo abuso do cargo público.

A Constituição de 1967 também previu, no art. 150, § 11, a possibilidade de perdimento de bens por danos causados ao erário ou nos casos de enriquecimento ilícito obtido no exercício da função pública. O enriquecimento ilícito teve o seu escopo ampliado pelo § 11 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ao dispor que o perdimento

de bens se daria por danos ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito ocorrido no exercício de cargo, função, ou emprego na Administração Pública direta ou indireta.

Mas foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a proteção à probidade da conduta dos agentes públicos ganhou contornos de destaque. Além de consagrar o princípio da moralidade expressamente em seu texto, a Constituição ainda previu a instituição de um regime específico de combate à improbidade administrativa em seu art. 37, § 4º, cuja redação dispõe que: *“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em Lei, sem prejuízo da ação penal cabível”*.

Contudo, como qualquer instituto jurídico inovador, a compreensão do conceito e dos limites da improbidade administrativa incitaram dúvidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mesmo após a edição da Lei 8.429/92, que regulamentou o comando constitucional e previu as modalidades de atos de improbidade administrativa. Uma destas controvérsias consiste nos elementos necessários à configuração dos atos de improbidade administrativa.

2. Improbidade Administrativa na Lei nº 8.429/92

A Lei nº 8.429/92, popularmente conhecida como Lei de Improbidade Administrativa - LIA, surgiu para dar materialidade ao comando contido no artigo 37, § 4º, da Cons-

tituição Federal. Seu corpo de normas além de estabelecer a forma de imposição e gradação das sanções aplicáveis aos agentes públicos ímprobos, também fixou um sistema tripartite contemplando três modalidades de atos de improbidade administrativa.

O art. 9º da Lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito do agente público, no exercício da função pública. O tipo geral, disposto no *caput* do artigo, consiste em “*auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade*” nas entidades arroladas no art. 1ª da Lei. A tipicidade prevista no *caput* é esmiuçada nos 12 incisos seguintes em que se descrevem condutas específicas de enriquecimento ilícito no exercício da função pública.

O art. 10º do diploma legal diz respeito aos atos que resultam em prejuízo ao erário. O *caput* do artigo prevê o tipo geral da improbidade composto por “*qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres*” das entidades indicadas no art. 1ª da Lei de Improbidade. Na sequência, o dispositivo elenca 21 tipos específicos de condutas ímprobos lesivas ao erário.

Ainda na seara da modalidade de improbidade que resulta em dano ao erário, incumbe registrar que Lei Complementar nº 157/2016, que acrescentou o art. 10-A à Lei 8.429/92, previu uma nova hipótese desta modalidade de

improbidade. O novo dispositivo aduz que: “*constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõe o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003*”.

O art. 8-A da Lei Complementar nº 116/2003 fixa uma alíquota mínima de 2% ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, e veda a possibilidade de concessão de qualquer forma de isenção, incentivo ou benefício tributário ou financeiro que resulte em aplicação de alíquota inferior à de 2%, excetuando-se os serviços previstos na própria legislação complementar.

Apesar da nova disposição ter sido incluída em artigo apartado das demais hipóteses do art. 10 da Lei de Improbidade – como se fosse uma nova modalidade de improbidade – em verdade ela prevê apenas mais um tipo específico de ato ímprobo que resulta um dano ao erário. A concessão de isenção, incentivo ou benefício tributário ou financeiro fora das exceções previstas na legislação complementar, diminuirá a arrecadação tributária, o que configura uma lesão aos cofres públicos.

Por fim, o art. 11 da Lei 8.429/92 institui atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública. Objeto de grandes controvérsias na doutrina e jurisprudência, este dispositivo prevê a modalidade de improbidade de maior abrangência, pois pode incidir sobre qualquer conduta que infrinja os princípios da Administra-

ção. Tanto o tipo geral disposto no *caput* quanto os tipos específicos, previstos nos sete incisos do artigo englobam condutas que afrontam “*os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*”.

Embora os mencionados artigos da Lei 8.429/92 consignem as modalidades de improbidade administrativa e prevejam, expressamente, condutas ímprobas, a lei não fixou um conceito universal de ato de improbidade administrativa capaz de enquadrar todas as modalidades de improbidade arroladas no seu corpo normativo. Essa omissão legislativa decorre, em boa parte, da dificuldade em se oferecer uma proposta conceitual de ato de improbidade que possa, a um só tempo, gozar do alcance necessário para abranger todas as situações elencadas como atos de improbidade, sem excessos ou omissões injustificáveis.

A falta de um conceito legal de improbidade administrativa cria para o operador jurídico uma grande dificuldade para se identificar os elementos constitutivos do ato de improbidade. Na tentativa de solucionar esta omissão legal e oferecer uma noção adequada de improbidade administrativa, Pedro Roberto Decomain aponta para a tendência de boa parte da doutrina de associar o conceito indeterminado disposto no art. 37, § 4º, da Constituição com a ideia de moralidade administrativa¹. É o caso, por exemplo, de Luís Octavio Sequeira de Cerqueira:

1 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 22.

“A improbidade administrativa constitui uma violação ao princípio constitucional da moralidade, princípio basilar da Administração Pública, estabelecido no *caput* do art. 37 da CF. Assim, a improbidade pode ser classificada como uma imoralidade administrativa qualificada, na medida em que somente as condutas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA podem ser consideradas atos de improbidade administrativa”².

Marcelo Figueiredo segue caminho semelhante ao defender que a noção de improbidade administrativa constitui uma espécie do gênero “moralidade administrativa”:

“Entendemos que a probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, v.g., o art. 37, *caput* e seu § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações. Se correta estive a análise, podemos associar, como faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. (...) A probidade é, portanto, corolário do princípio da moralidade administrativa”³.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, leciona que, enquanto princípios, moralidade e probidade signifi-

2 SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luis Otávio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

3 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48.

cam praticamente a mesma coisa. Todavia, quando pensada como ato ilícito, a improbidade tem uma compreensão muito mais ampla que a moralidade, pois abarca atos que vão além do meramente desonesto ou imoral. Nesse sentido, propugna que:

“quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos e imorais, mas também e principalmente atos ilegais”⁴.

Importante ressaltar que a ilegalidade a que a autora faz referência quando trata dos atos ilegais, não diz respeito à legalidade estrita. A legalidade aqui compreendida é a legalidade em sentido amplo, que abarca não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico. Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que o ato de improbidade não resulta apenas da lesividade ao princípio da moralidade, mas decorre de qualquer conduta do agente público que contrarie a legalidade considerada em sentido amplo:

“Vale dizer que a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de

4 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 975.

improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato; basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa. Concluindo: a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade, e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico”⁵.

Nota-se que enquanto Marcelo Figueiredo e Luís Octavio Sequeira de Cerqueira associam o conceito de improbidade a noção de moralidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro vai além e conceitua o ato de improbidade como qualquer conduta que afronte um dos princípios regentes da Administração Pública, o que denota a existência de uma divergência na doutrina sobre o significado do termo improbidade administrativa.

Mateus Bertoncini retrata a existência de, ao menos, cinco concepções empregadas pela doutrina para compreender a ideia de improbidade administrativa⁶. A primeira, identificada como “substantiva”, reconhece o ato de improbidade como sendo qualquer violação ao princípio da moralidade administrativa. A segunda, chamada de “legalista ou formal”, quando o ato de improbidade deriva de uma violação à estrita legalidade.

5 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 991-992.

6 BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

A concepção mista, os atos de improbidade resultam da violação simultânea dos princípios da legalidade estrita e da moralidade administrativa. Ou seja, para que o ato se constitua como ímprobo, ele deve ser, ao mesmo tempo, ilegal e imoral. O autor ainda elenca as concepções principiológica restrita e principiológica ampla ou da juridicidade. A primeira “entende o ato de improbidade como violação dos princípios do art. 37, caput, da CF”⁷. Já, a segunda, define o ato de improbidade como “violação de todos os princípios da Administração Pública ou como atentado à juridicidade ou à legalidade em sentido amplo”⁸.

Do exposto, é perceptível que a noção de “improbidade” lança suas estruturas com base nos deveres éticos impostos aos exercentes de funções públicas de pautar suas condutas na mais clara, absoluta e inquestionável moralidade. A improbidade, nesse cenário, constitui o desprezo pelos valores principiológicos (entre eles os de ordem moral) que devem presidir a atuação desempenhada em nome da coisa pública.

Contudo, como muito bem ressalta Marcelo Figueiredo, a proximidade dos conceitos de probidade e moralidade administrativa não resulta em uma identidade completa, pois a probidade é um aspecto, peculiar

7 BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

8 BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

e específico, da noção de moralidade administrativa⁹. Marcio Cammarosano segue a mesma linha ao destacar que a improbidade representa uma imoralidade tipificada legalmente como tal, notadamente pelo disposto na Lei 8.429/92. Vejamos:

“improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada, que a relação é entre conteúdo e continente, de sorte que toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta que haja ofensa a esta para que, *ipso facto*, se tenha como caracterizada aquela.”¹⁰

A improbidade administrativa também não se configura com a mera ilicitude da conduta praticada pelo agente público. Cesar Asfor Rocha ressalta que os atos de improbidade administrativa devem ser compreendidos de forma apartada dos atos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa¹¹. A ilicitude administrativa tem um campo compreensivo muito mais amplo do que o âmbito da improbidade administrativa, sendo o ato ímprobo uma conduta ilícita permeada por outros elementos configuradores da improbidade.

9 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

10 CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 109.

11 ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 52.

Nesta esteira, não basta que haja ofensa à moralidade ou à legalidade administrativa para que se configure um ato ímprobo, é necessário que a conduta do agente público preencha outras condicionantes dispostas na Lei de Improbidade Administrativa.

3. Os Elementos Configuradores do Ato de Improbidade Administrativa

A definição de elementos gerais configuradores de todas as modalidades de atos de improbidade é tema tormentoso e que gera grandes controvérsias. A falta de um conceito geral de ato de improbidade administrativa aliado à discrepância existente entre as três modalidades de improbidade previstas na Lei 8.429/92 leva a doutrina, na maioria das vezes, a optar por analisar os requisitos de cada uma de forma individualizada, sem enfrentar o tema de maneira ampla. Não obstante, pensamos ser possível elencar ao menos seis elementos essenciais para a configuração das três modalidades de ato de improbidade.

O primeiro requisito essencial é a existência de uma ação ou omissão infringente do ordenamento jurídico. A improbidade depende da ilicitude da atuação ativa ou manifestação omissiva do agente supostamente ímprobo. Não parece ser crível que um ato totalmente em sintonia com o arcabouço normativo possa dar ensejo a uma improbidade administrativa. Nesse sentido é o pensamento de Marcelo Harger:

“Há quem afirme que a existência de atos legais, porém eivados do vício de improbidade. Diante do conceito de improbidade já exposto, é forçoso refutar essa afirmação. Os atos legais jamais poderão ofender a lei de improbidade. A improbidade depende de ilicitude, mas nem todos os atos ilícitos serão passíveis de punição por improbidade”¹².

Cabe salientar que o conceito de ilicitude mencionado não se identifica com a concepção de legalidade estrita. O ato ímprobo pode decorrer de uma conduta que não viola a lei, em sentido estrito. É o caso, por exemplo, das situações em que um agente público recebe propina para praticar um ato que é, de fato, de sua competência ou na hipótese em que é agraciado patrimonialmente por um terceiro para que promova a dispensa de licitação em situação na qual ela realmente não era obrigatória. Nestes casos, não se configura uma transgressão a lei.

Ocorre que, nestes exemplos, a conduta do agente poderá ser enquadrada como improbidade pelo fato de afrontar os princípios e valores que regem a função administrativa. A ilicitude deve ser pensada por meio do conceito de legalidade em sentido amplo, constituindo-se não só quando o ato viole a lei, mas também quando afronte os princípios e valores incidentes sobre a atividade administrativa. Assim, para a configuração da improbidade administrativa, é imprescindível que a conduta comissiva ou omissiva

12 HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 16.

do agente seja ilícita, isto é, contrarie um comando normativo disposto em uma regra ou princípio incidente sobre a função administrativa.

Entretanto, conforme assentado no primeiro ponto deste trabalho, a mera ilicitude da conduta do agente público não constitui automaticamente um ato de improbidade administrativa. É necessário também que a conduta se enquadre em um dos tipos normativos arrolados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.492/92. Estes três dispositivos são compostos por um tipo geral de improbidade – descrito no *caput* – e tipos específicos dispostos nos incisos de cada artigo.

O art. 9º traz em seu *caput* o tipo geral da modalidade que importa em enriquecimento ilícito, prevendo como critério material a conduta “*auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades*” arroladas na lei.

O art. 10, por sua vez, prevê como núcleo do tipo as ações ou omissões, dolosas ou culposas, que ocasionem “*perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades*” objeto da Lei de Improbidade.

Já o núcleo do tipo geral previsto no *caput* do art. 11 consiste em “*ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*”.

Uma eventual conduta ilícita cometida no exercício da função pública só poderá ser elevada à categoria de improbidade administrativa se dela resultar (i) uma vantagem patrimonial indevida; (ii) um dano ou lesão patrimonial à Administração Pública; ou (iii) uma infração aos deveres inerentes à atividade administrativa. Se do ato ilícito não decorrer nenhuma destas consequências, então se estará diante de uma mera ilicitude, reprimível com outras censuras que não as dispostas na Lei de Improbidade Administrativa.

Da premissa acima fixada é forçoso concluir que a tipicidade aparece como um elemento essencial para configuração do ato de improbidade administrativa. Francisco Octavio de Almeida Prado adota conclusão semelhante ao ressaltar que a exigência de tipicidade revela-se mais intensa em relação aos atos de improbidade administrativa do que para a configuração de outras faltas administrativas, especialmente pela gravidade das sanções passíveis de serem impostas aos agentes ímprobos¹³. No mesmo sentido é o pensamento de César Asfor Rocha que assim assinala:

“o terceiro elemento é a tipicidade entendida esta como o enquadramento perfeito da conduta pessoal do agente em algum dos itens positivados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sem o que não se terá configurada a improbidade, embora se possa até falar na presença de alguma forma de ilegalidade”¹⁴.

13 PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 59.

14 ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de**

Outro requisito essencial para a configuração das modalidades de ato de improbidade administrativa arroladas nos arts. 9º a 11 da Lei 8.429/92 é o sujeito passivo. A Lei de Improbidade, no seu art. 1º, indica como sujeitos passivos dos atos de improbidade a *“administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.*

Já o parágrafo único acrescenta ainda as entidades que recebem *“subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”*. Nota-se que o diploma legal inseriu um grande número de entidades no campo de incidência da Lei de Improbidade, objetivando, com isso, como muito bem ressalta Francisco Octavio de Almeida Prado, proteger *“fundamentalmente o dinheiro público, onde quer que ele se encontre”*¹⁵.

Compõem, portanto, o catálogo de sujeitos passivos da improbidade administrativa todos os órgãos integrantes da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados,

improbidade administrativa. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 53.

15 PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa.** São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 59.

do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios, bem como os órgãos dos Poderes Judiciário e Legislativo de todos os entes federados. Somem-se a elas as empresas que não foram criadas por lei, como as empresas públicas, mas que, por alguma razão, foram incorporadas ao patrimônio público por intermédio da aquisição de ações ou quotas, e as entidades nas quais o Poder Público tenha concorrido para a criação ou custeio, ou que ainda concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Os últimos sujeitos passivos são as entidades que recebem algum tipo de aporte financeiro dos cofres públicos por meio de subvenção, benefício, incentivo fiscal ou crédito, ou que o ente público tenha contribuído com qualquer valor inferior a 50% do patrimônio ou da receita anual. Essas entidades arroladas pelo parágrafo único do dispositivo legal merecem um tratamento diferenciado, pois manuseiam tanto aportes públicos quanto recursos privados.

Considerando que a finalidade da Lei de Improbidade é zelar pela aplicação correta do dinheiro público, não parece fazer sentido aplicar as disposições do diploma da improbidade em situações nas quais estas entidades estejam fazendo uso somente de recursos privados. Isso significa dizer que estas entidades que recebem recursos financeiros oriundos do erário, mas que também manuseiam receitas privadas, somente se submetem à Lei de Improbidade nas situações em que manuseiam verbas públicas. Esse é o entendimento de Marcelo Harger, assim encontrado:

“É necessário esclarecer que as entidades de direito privado que recebam recursos públicos, subvenções, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios recebem apenas parcial proteção da lei de improbidade. Isso ocorre porque essas entidades manuseiam recursos privados e públicos. Não há sentido em submeter os recursos privados que essas entidades receberem ao regramento destinado a proteger o patrimônio público. Isso significa dizer que a lei de improbidade somente se aplica quando estas entidades manusearem recursos públicos”¹⁶.

Ainda no tocante aos requisitos essenciais para configuração de improbidade, a Lei 8.429/92 identifica os sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa. O art. 1º considera como sujeito ativo o agente público, assim conceituado pelo art. 2º como sendo “*todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função*” nas entidades mencionadas no art. 1º da aludida lei.

O conceito de agente público engloba servidores estatutários, empregados públicos, agentes políticos e particulares colaboradores que, no exercício da função pública, pratiquem qualquer tipo de ato ilícito tipificado na Lei de Improbidade. Há que se reconhecer também, por força do disposto no art. 1º da LIA, que integram a

16 HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 100.

categoria de agente público previsto os empregados de pessoas jurídicas de direito privado que recebam receitas, subvenções, benefícios e incentivo fiscal ou crédito do Poder Público.

Além dos agentes públicos, o art. 3º da Lei 8.429/92 inclui como sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa qualquer particular que induza ou concorra para a prática da improbidade, ou se beneficie dos seus efeitos de forma direta ou indireta. Tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas podem vir a ser responsabilizadas pelo cometimento de uma improbidade, mas, para que isso ocorra, é necessário que haja um ato de um agente público. Não é possível que os particulares, desprovidos de *mínus* público, materializem, isoladamente, um ato de improbidade. É preciso, para sua responsabilização, que eles induzam, concorram ou, ao menos, se beneficiem dolosamente da conduta ímproba cometida por um agente público.

Sobre esta última hipótese, é importante ressaltar que o particular de boa-fé, em nenhuma circunstância poderá ser responsabilizado, mesmo que venha a se beneficiar, direta ou indiretamente, dos efeitos oriundos do ato de improbidade administrativa. A aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92 sobre os particulares prescinde do elemento subjetivo dolo na conduta da pessoa física ou jurídica.

Em verdade, a culpabilidade do sujeito ativo é exigida em qualquer hipótese de improbidade administrativa, con-

sistindo no quarto requisito essencial para materialização do ato de improbidade. A exigência da verificação da culpabilidade do sujeito ativo é característica da modalidade da responsabilidade subjetiva, que se contrapõe a modalidade objetiva que dispensa a análise do plano da subjetividade do sujeito ativo.

A responsabilidade subjetiva constitui verdadeira garantia individual positivada na Constituição que impede que o Estado faça uso da sua competência sancionatória ou punitiva para reprimir o indivíduo sem que se atente para o seu plano subjetivo. Como afirma José Roberto Pimenta Oliveira, o princípio da culpabilidade é requisito constitucional de legitimação para edição de qualquer medida sancionatória estatal, inclusive as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa¹⁷.

Compõem o plano de subjetividade do sujeito os elementos do dolo e da culpa. O dolo consiste na vontade consciente do agente em realizar a sua conduta em contrariedade a uma vedação normativa. No plano penal, a doutrina o divide em dolo direto, quando a vontade do agente é dirigida à realização do fato típico, e o dolo eventual, que se dá nas hipóteses em que o agente não almeja diretamente a realização do tipo, mas tem consciência de que a sua conduta pode caracterizá-lo, assumindo, com isso, os riscos da produção do resultado.

17 PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 215.

A culpa, por sua vez, consiste na violação do dever de cuidado inerente à atividade realizada, configurando-se nas situações que o agente age de forma imprudente, negligente ou imperita em que se produz um resultado típico. O enquadramento do elemento subjetivo nas hipóteses de improbidade administrativa tem sido objeto de grande discussão na doutrina, especialmente em virtude da previsão do art. 10 de que a conduta culposa pode dar ensejo à improbidade administrativa. Em razão dessa divergência doutrinária, o elemento subjetivo será tratado em um tópico próprio a seguir disposto.

4. O elemento subjetivo na formação do ato de improbidade

O elemento subjetivo da conduta cumpre um papel fundamental na configuração da improbidade administrativa. É somente após a sua análise que a ação ou omissão típica do agente público ou do particular materializará uma improbidade administrativa. O problema que se constrói por trás do seu enquadramento na Lei 8.429/92 é o de saber se a configuração de um ato de improbidade exige dolo do agente ou pode restar caracterizada nas hipóteses em que a conduta supostamente ímproba é fundada em mera culpa ou inaptidão funcional.

Ao tomar como referência as disposições legais que presidem a matéria, atentando-se para a interpretação literal dos seus termos, desde logo parece possível afirmar que

as condutas descritas no art. 10 da Lei 8.429/92 abrangem atos de improbidade tanto nos casos de dolo quanto nos casos de culpa do agente. Isso se deve ao fato de que a regra legal alude expressamente que, uma ação ou omissão dolosa ou culposa que dê ensejo a prejuízo ao erário consistirá em ato de improbidade.

Em contrapartida, os casos tratados nos arts. 9º e 11 não fazem remissão à modalidade culposa, o que leva a crer que as situações de fato neles descritas somente se constituem se houver a demonstração do dolo do agente na realização da conduta típica. Contudo, no plano da doutrina, a questão ganha maior complexidade, na medida em que há autores que defendem a impossibilidade da caracterização de ato de improbidade decorrente de culpa do agente, e autores que entendem ser possível a modalidade culposa, inclusive em hipóteses previstas além do art. 10 da Lei 8.429/92.

Francisco Octávio de Almeida Prado caminha no sentido da impossibilidade de se caracterizar o ato de improbidade com base em uma conduta culposa. Na concepção do autor, todos os dispositivos tipificadores dos atos de improbidade requisitam dolo para a sua configuração, mesmo os casos estabelecidos no art. 10 da Lei 8.429/92. Vejamos:

“Observa-se, portanto, que os atos de improbidade administrativa, ao contrário do que sucede com as faltas disciplinares, encontram-se muito mais no domínio do dolo que da simples culpa. A ideia de culpa, traduzida na imprudência, imperícia ou

negligência, é incompatível com a noção de improbidade, que, pressupondo um desvio de ordem ética e merecendo uma qualificação infamante, só muito excepcionalmente poderá admitir modalidade meramente culposa. (...).

A previsão do art. 10, quando alude à forma culposa, não admite que esse elemento subjetivo possa configurar o ilícito em todas as hipóteses elencadas, de atos de improbidade que causam lesão ao erário. É que muitas hipóteses, por sua própria formulação, deixam evidente a essencialidade do dolo. Isso ocorre, aliás, com a maioria das hipóteses, convindo lembrar que o vocábulo 'improbidade', constante da formulação constitucional, repele a possibilidade de sancionar, como ímprobos, atos que não evidenciem um desvio ético, uma desonestidade, uma transgressão consciente a preceito de observância obrigatória.¹⁸

Marcelo Harger vai além ao defender a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei de Improbidade, no trecho em que consagra a culpa como elemento suficiente para configuração de ato de improbidade. Na visão do autor, a improbidade pressupõe quebra/ruptura do dever de honestidade. Essa honestidade, por sua vez, não admite sua formação por meio de uma conduta culposa do agente, mas somente através de uma conduta dolosa¹⁹.

18 PRADO, Francisco Octavio Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37-38.

19 HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 21.

Fabio Medina Osório adota opção diversa ao sustentar a constitucionalidade dos atos de improbidade culposos. No seu entender, a própria Constituição da República já autoriza a materialização de atos de improbidade fundados exclusivamente em comportamentos culposos, na medida em que reforçou a proteção dos valores “eficiência” ou “economicidade”, vinculando-os à moralidade administrativa e aos princípios constitucionais da Administração Pública²⁰.

Referido autor também sustenta que a improbidade nos seus tipos culposos não engloba os simples erros cometidos pelos agentes públicos no exercício das suas funções. Não se poderia utilizar a Lei de Improbidade para punir qualquer defeito na conduta dos agentes públicos. Todavia, na sua visão, isso não exclui a possibilidade de se constituir atos de improbidade decorrentes de comportamentos profissionais gravemente culposos²¹.

Com base nestas premissas, MEDINA OSÓRIO aponta para a constitucionalidade da previsão da improbidade culposa do art. 10 da Lei 8.429/92 e vai além ao sustentar que alguns tipos específicos de improbidade arrolados nos incisos do art. 11 da Lei também admitem a forma culposa. Pela sua concepção, o tipo geral previsto no *caput* do art.

20 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231.

21 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231-232.

11 da Lei de Improbidade só contempla modalidades dolosas, mas as situações indicadas nos incisos do dispositivo admitem condutas culposas. Vejamos:

“Entendemos que o *caput* do dispositivo constante do art. 11 a LGIA efetivamente contempla, a título de cláusula geral, apenas condutas dolosas. A transgressão ali descrita conduz, razoavelmente, a essa assertiva. É natural que assim seja, em busca de limitações mais rígidas ao direito punitivo. Porém, os incisos desse mesmo bloco normativo admitem várias condutas culposas, dentro de uma ideia de excepcionalidade e fragmentariedade, respeitadas as peculiaridades sancionatórias da cada tipo setorial e também a perspectiva de colaboração das legislações extravagantes, com inserções pontuais de condutas tipificáveis no universo do art. 11 da LGIA.”²²

José Roberto Pimenta Oliveira, por sua vez, também sustenta ser possível a configuração de improbidade administrativa fundada em conduta culposa, mas somente na modalidade prevista no art. 10 da Lei 8.429/92²³. Na sua concepção, a conduta tipificada no art. 9º - auferir vantagem indevida em razão da função pública – não pode decorrer de negligência, imprudência ou imperícia.

22 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 221

23 PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 275-276.

Ademais, a garantia constitucional da tipicidade não permite que o intérprete estabeleça modalidades de improbidade que fujam ao texto legal. Tal premissa afasta também a possibilidade de configuração de atos ímprobos previstos no art. 11 com base em conduta culposa. Todavia, no caso de lesão ao erário, entendido como zelo a coisa pública, o mencionado autor entende ser possível a materialização de improbidade administrativa baseada em conduta culposa do agente público, tendo o legislador optado por incluir essa hipótese no art. 10 da Lei de Improbidade²⁴.

Marçal Justen Filho adota posicionamento semelhante no sentido de que as hipóteses descritas nos arts. 9º e 11 não comportam a improbidade culposa, ao passo que, excepcionalmente, a modalidade de improbidade prevista no art. 10 da lei pode se constituir mediante a culpa grave do agente²⁵.

Todavia, JUSTEN FILHO ressalta que a maioria dos tipos específicos arrolados nos incisos do art. 10 exigem a presença de dolo para a configuração da improbidade²⁶.

24 PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 276.

25 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1139.

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1140

É o caso, por exemplo, do inciso VIII, o qual dispõe que constituirá improbidade aquele que “*frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente*”.

Na visão do autor, a hipótese em apreço pressupõe o dolo, pois a frustração da “licitude” do certame somente se configurará mediante uma conduta consciente e intencional do agente. A partir disso, conclui que a modalidade culposa de improbidade administrativa só poderá se configurar nas hipóteses que a própria redação legal assim o dispuser, como é o caso do inc. X do art. 10: “*agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda*”. E mesmos nestes casos, a improbidade só restará configurada se a infração culposa do agente público produzir efeitos danosos extraordinários:

“A improbidade não se configura pela mera atuação defeituosa do agente – o que não significa reconhecer a regularidade jurídica de ações e omissões culposas. (...) Para que se configure a improbidade, é necessário que a infração produza efeitos danosos sérios e relevantes. Se a infração não prejudicar, de modo consistente, interesses, bens ou direitos da Administração, não se configura improbidade”²⁷.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1126-1127

Considerando as posições doutrinárias anteriormente colacionadas, é passível de se concluir que a configuração do ato de improbidade admite a modalidade culposa, mas somente nos tipos previstos no art. 10 da Lei 8.429/92. Deste modo, a negligência, imprudência ou imperícia do agente no zelo com o patrimônio público poderá dar ensejo a configuração da improbidade administrativa.

Contudo, não será qualquer comportamento culposos que resultará em um ato de improbidade, ainda que tal conduta encontre previsão no art. 10 da Lei 8.429/92. Não se pode enquadrar os simples erros funcionais ou a mera inépcia do agente como conduta ensejadora de improbidade administrativa. A improbidade culposa deve estar fundada em uma conduta culposa grave, que extrapole os limites tolerados pelo caráter falível dos seres humanos. São comportamentos que demonstrem verdadeiro desdém com relação ao zelo e cuidados elementares exigidos dos agentes públicos.

Ademais, comungando do pensamento de Marçal Justen Filho, entendemos que a conduta gravemente culposa só ensejará uma improbidade administrativa se os efeitos danosos que dela decorrerem forem sérios e relevantes. Se a conduta culposa do agente não promover uma grave lesão à Administração Pública, deverá o agente recompor o erário na proporção do prejuízo a que deu causa e responder administrativamente pela sua conduta, sem que disso resulte uma punição por improbidade.

5. A controvérsia relativa ao elemento do dano

Alguns autores incluem como requisito geral para a configuração das três modalidades de improbidade administrativa o elemento do dano. É o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcelo Figueiredo que sustentam não ser possível punir uma pessoa sem que do seu ato resulte algum tipo de dano ou lesão à Administração Pública.

A Lei de Improbidade Administrativa tratou da exigência ou não da ocorrência do dano para a configuração do ato ímprobo no inciso I, do art. 21, ao dispor que a aplicação das sanções previstas na Lei independe “*da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento*”. Nota-se que o dispositivo legal dispensou a demonstração da ocorrência de dano ao patrimônio público para as hipóteses do art. 9º e 11 da Lei, ressaltando apenas a modalidade de improbidade resultante de dano ao erário, na qual se terá que demonstrar a efetiva lesão ao patrimônio da Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que o dispositivo mencionado, ao se utilizar da expressão “patrimônio público” fez referência ao sentido restrito do termo, que engloba somente o patrimônio econômico-financeiro da Administração²⁸. Contudo, no seu entender, o instituto da improbidade administrativa visa proteger um sentido mais

28 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 992

amplo do termo “patrimônio público”, que engloba a moralidade da Administração Pública.

Na visão da autora, além dos danos ao patrimônio econômico, a ação de improbidade administrativa também reprime condutas lesivas ao patrimônio moral da Administração Pública. Assim, a dispensa da presença de lesão ao patrimônio público, prevista no art. 21, I, da Lei 8.429/92, apenas autorizaria que o ato de improbidade administrativa pode se caracterizar sem a ocorrência de dano econômico-financeiro ao Poder Público, mas isso não quer dizer que a configuração da improbidade prescindiria do elemento dano. No seu entender, qualquer modalidade de improbidade administrativa exige que o ato seja danoso, mesmo que a lesão ocorra no patrimônio moral da Administração”²⁹.

Marcelo Figueiredo adota posição semelhante no sentido de que seria um contrassenso punir o agente sem que houvesse qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral³⁰. De acordo com este autor, a Lei de Improbidade pune não somente atos dos quais decorram prejuízos materiais à Administração, mas também aqueles que resultem em alguma lesão ou violação à moralidade administrativa. Assim, ausente qualquer tipo de prejuízo ou lesão à Administração

29 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 992

30 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 239.

Pública, inexistiria interesse jurídico em reprimir a conduta do agente público³¹.

A existência de um dano como requisito para configuração da improbidade administrativa é questionada por Marcelo Harger. Na sua concepção a formação do ato de improbidade, independentemente da existência de dano, é possível nas hipóteses previstas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, sendo o elemento dano exigido somente nos tipos de improbidade elencados no art. 10 do diploma”³².

Em que pese o respeito às posições mencionadas, entende-se que a ocorrência de dano só é exigível na modalidade prevista na art. 10 da Lei de Improbidade. O conceito amplo de patrimônio público incorporado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcelo Figueiredo parece se assimilar com a noção de ilegalidade, pois bastaria o mero enquadramento da conduta funcional em alguma das hipóteses de improbidade para que, de forma automática, a moralidade administrativa fosse lesada, numa espécie de dano presumido.

Ademais, os termos “dano à moralidade administrativa” ou “lesão ao patrimônio moral” não possuem um conceito claramente determinado, o que dificultaria sobremaneira o trabalho do operador jurídico na tipificação da conduta do agente público nas hipóteses de improbidade.

31 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 238-239

32 HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 116

De fato, seria extremamente dificultoso definir em que situações um ato tipificado como ímprobo viola ou não a moralidade administrativa., a não ser que se parta da premissa que a mera tipificação da conduta como ímproba já resulta em um dano à moralidade.

Nesse aspecto, nos parece mais acertado o entendimento de José Roberto Pimenta Oliveira e Fábio Medina Osório que fazem remissão, respectivamente, à relevância da ofensa ao bem jurídico tutelado e ao desvalor do resultado da ação. PIMENTA OLIVEIRA compreende não ser qualquer ofensa à probidade administrativa que configura um ato de improbidade administrativa. No seu entender, condutas ilegais tipificadas como ímprobadas podem não ser reprimidas pelo sistema de normas da Lei de Improbidade, se o seu nível de agressão aos bens jurídicos tutelados não for relevante³³.

Fábio Medina Osório segue a mesma linha ao sustentar que o desvalor do resultado da conduta tipificada como ímproba constitui um fator determinante para a configuração da improbidade administrativa³⁴. Na visão deste autor, a conduta do agente deve se submeter a uma valorização em que o operador jurídico analisará o contexto

33 PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 281-282.

34 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244.

fático que norteou o comportamento do agente, a fim de se extrair, por meio do postulado da proporcionalidade, o grau de reprovação da conduta tipificada como ímproba³⁵.

Desse modo, a configuração das modalidades de improbidade administrativa irá depender do nível de reprovabilidade da conduta do agente público. Se a ponderação realizada sobre a conjuntura fática que permeou o comportamento do agente público demonstrar que a sua conduta, tipificada como improbidade pela Lei 8.429/92, não possui uma reprovabilidade extraordinária, então não se terá constituído o ato de improbidade administrativa.

Tal conclusão deriva diretamente do princípio da insignificância, que funciona como causa de afastamento da tipificação da conduta quando os seus efeitos forem irrelevantes para a entidade afetada. Assim, concluímos que a ocorrência de dano só constitui requisito essencial para a configuração da modalidade de improbidade administrativa disposta no art. 10 da Lei 8.429/92. O requisito geral configurador de todas as modalidades de improbidade administrativa é o grau de reprovabilidade da conduta do agente público.

Com isso, completa-se o rol de elementos configuradores dos atos de improbidade administrativa: (i) a conduta comissiva ou omissiva ilícita; (ii) a tipicidade; (iii) o sujei-

35 OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 245.

to passivo; (iv) o sujeito ativo; (v) o elemento subjetivo do dolo e, excepcionalmente, da culpa; e (vi) a reprovabilidade extraordinária da conduta do agente.

6. O entendimento jurisprudencial acerca dos elementos configuradores da improbidade administrativa

Os requisitos essenciais para configuração dos atos de improbidade administrativa também têm sido objeto de ampla discussão no âmbito jurisprudencial. Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça tem realizado esforços no sentido de uniformizar um posicionamento acerca da improbidade administrativa e as suas modalidades previstas na Lei 8.429/92.

No julgamento da AIA 30/AM³⁶, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavaski, a Corte Especial do Tribunal enfrentou a questão relativa à distinção entre atos meramente ilegais e atos ímprobos. A lide versava sobre a configuração de atos de improbidade, na modalidade prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, praticados pela Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região quando da edição de Portarias que determinaram o afastamento sumário de juiz substituto do exercício regular de suas funções.

No julgamento, os Ministros, de forma unânime, entenderam que o Ministério Público Federal, então proponente da ação, não cumpriu com o ônus de demonstrar o

36 AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, Corte Especial, julgado em 21.09.2011, DJe 28.09.2011

elemento dolo na conduta praticada. Sem o elemento subjetivo, as condutas relatadas na ação constituíam apenas atos eivados de ilegalidade, o que afastava a incidência das prescrições da Lei 8.429/92.

A Corte entendeu que não é qualquer ato violador dos princípios constitucionais da Administração Pública que constitui uma improbidade administrativa. Para que a conduta ilegal seja elevada à categoria de ato ímprobo é imprescindível que estejam presentes todos os requisitos essenciais da improbidade. No que concerne ao elemento subjetivo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que as hipóteses descritas nos art. 9º e 11 da Lei 8.429/92 prescindem do dolo do agente público, ao passo que a modalidade do art. 10 pode se materializar com base em um comportamento culposo grave.

No Recurso Especial nº 1.528.102/PR³⁷, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, por exemplo, ressaltou-se que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 requer a demonstração de dolo, assim entendido como a simples vontade consciente de realizar a conduta que produzirá os resultados vedados pela norma jurídica ou a simples anuência aos resultados contrários ao Direito.

Outros precedentes que incluíram este raciocínio em sua fundamentação foram: AgRg no AREsp 297.450/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2. T., julgado em

37 Resp 1528102/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., julgado em 02.05.2017, DJe 12.05.2017

16.05.2017, DJe 23.05.2017; AgInt no AREsp 848373/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., julgado em 04.04.2017, DJe 24.04.2017; AgInt no REsp 1624885/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 2. T., julgado em 16.03.2017, DJe 24.03.2017; AgInt no AREsp 755082/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1. T., julgado em 27.10.2016, DJe 22.11.2016.

No caso dos atos de improbidade decorrentes de prejuízo ao erário, o Superior Tribunal de Justiça tem compreendido que a configuração da modalidade culposa só é possível quando fundada em uma culpa grave do agente. Na apreciação do AgInt no Resp 1580128/SP³⁸, o Ministro relator Mauro Campbell Marques assentou como requisitos essenciais para configuração das condutas de improbidade arroladas no art. 10 da Lei 8.429/92 o prejuízo ao erário e o elemento subjetivo, consistindo no dolo ou na culpa grave.

Por sua vez, no AgRg no AResp 77103/PR³⁹, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Corte manteve o acórdão do Tribunal *a quo* que condenou um ex-prefeito por improbidade administrativa fundada em culpa grave. No caso, o agente público ímprobo, enquanto exercente do mandato de Prefeito Municipal determinou a distribuição de 6.000 exemplares da Revista Comemorativa aos 60 anos do Município, na qual se dava amplo

38 AgInt no Resp 1580128/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2. T., julgado em 17.11.2017, DJe. 23.11.2016.

39 AgRg no AResp 77103/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1. T., julgado em 01.10.2013, DJe 24.03.2014.

destaque as suas gestões, fato que configurou propaganda eleitoral às custas do erário.

Diante desse quadro fático, a Corte concluiu que mesmo que não tenha havido a intenção dolosa do agente público de se promover com a distribuição das Revistas, a situação fática levava à conclusão de que a sua conduta foi fundada em, no mínimo, uma culpa grave.

No AgInt no AREsp 413498/DF⁴⁰, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, a Primeira Turma do Tribunal delineou a culpa grave como sendo “*aquela que decorre de uma conduta anterior dolosa*”. Nota-se, portanto, que a compreensão quanto ao conceito de culpa grave se aproxima do elencado pela doutrina, no sentido de ser aquele comportamento que se aproxima, sobremaneira, de uma conduta dolosa.

Acerca dos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, a Reclamação 2790/SC⁴¹, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, criou uma exceção ao conceito de agentes públicos descrito no art. 2º da Lei 8.429/92, ao assentar que os atos de improbidade administrativa praticados pelo Presidente da República não estão sujeitos às penalidades dispostas no diploma de improbidade. De acordo com o Tribunal, o inciso V, do art. 85, da Consti-

40 AgInt no AREsp 413498/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1. T., julgado em 16.03.2017, DJe 24.03.2017.

41 Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02.12.2009, DJe 04.03.2010.

tuição Federal, classifica como crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República contra a “probidade na administração”, o que remete à conclusão de que qualquer ato de improbidade cometido pelo Presidente se submeterá ao regime sancionatório dos crimes de responsabilidade, e não ao corpo de normas da Lei 8.429/92.

Outro ponto que mereceu análise do Superior Tribunal de Justiça foi o papel do dano na configuração das modalidades de improbidade administrativa. Nesse caso, o Tribunal construiu um entendimento no sentido de que o dano só é elemento essencial para a configuração da modalidade de improbidade prevista no art. 10 da Lei de Improbidade.

No julgamento do Recurso Especial 1412214/PR⁴², a Corte fixou a tese de que não há a necessidade de lesão ao patrimônio público em ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito. Entendeu-se, no caso, que a demonstração da incompatibilidade entre os vencimentos e o incremento patrimonial do acusado era medida suficiente para materializar o ato de improbidade, sendo dispensável a comprovação de eventual dano ao erário.

Da mesma forma, no Recurso Especial nº 1192758/MG⁴³, a Primeira Turma do Tribunal entendeu que o art. 11 da Lei 8.429/92 dispensa a apuração de efetivo

42 Resp 1412214/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1. T., julgado em 08.03.2016, DJe 28.03.2016.

43 Resp 1192758/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1. T., julgado em 04.09.2014, DJe 15.10.2014.

dano ao erário para a configuração da modalidade de improbidade ali prevista. No caso, a Corte concluiu ser incabível o não recebimento de ação de improbidade, fundamentada no art. 11 da Lei de Improbidade, com base no argumento de que não há indícios de prejuízo ao patrimônio público.

Por fim, cumpre ainda ressaltar que a reprovabilidade da conduta dos agentes ímprobos tem sido utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça como um elemento para a realização da dosimetria das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, e não para a configuração do ato de improbidade administrativa. Esse foi o posicionamento adotado no Recurso Especial 1130198/RR⁴⁴, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a Primeira Turma do Tribunal assentou que a pena do agente ímprobo deve levar em conta a lesividade e a reprovabilidade da conduta praticada.

7. Conclusões

As considerações lançadas ao longo deste ensaio demonstram que a identificação de elementos gerais que se aplicam às três modalidades de improbidade administrativa descritas na Lei 8.429/92 não encontra calmaria no âmbito doutrinário. A falta de um conceito legal de ato de improbidade administrativa aliada às dessemelhanças das

44 Resp 1130198/RR, Rel. Min. Luiz Fux, 1. T., julgado em 02.12.2010, DJe 15.12.2010.

hipóteses de atos de improbidade, são fatores que colaboram para as divergências registradas neste trabalho.

Em que pese tal contexto, entendemos ser possível identificar ao menos seis requisitos essenciais para a configuração dos atos de improbidade administrativa, são eles: (i) conduta comissiva ou omissiva ilícita; (ii) tipicidade; (iii) sujeito passivo; (iv) sujeito ativo; (v) elemento subjetivo composto pelo dolo e, excepcionalmente, pela culpa grave e; (vi) a reprovabilidade da conduta.

Neste cenário, salientamos como os elementos que mais geram controvérsias na doutrina e na jurisprudência o elemento subjetivo e a reprovabilidade da conduta. A constitucionalidade da previsão do art. 10 da Lei de Improbidade que positivou a modalidade culposa da improbidade é questionada por parcela de estudiosos da matéria. Muitos autores aludem que abrir esta possibilidade significaria reprimir o simples erro funcional ou o defeito não intencional do agente público no exercício da sua função administrativa.

Balizados na corrente doutrinária majoritária e no entendimento jurisprudencial, concluímos que a modalidade culposa é admitida pela Constituição na hipótese de improbidade decorrente de dano ao erário, mas somente nas hipóteses em que a conduta do agente ímprobo estiver fundada em uma culpa grave que, além de se caracterizar como verdadeiro desleixo com o zelo do patrimônio público, também resulta em uma lesão séria e relevante à Admi-

nistração Pública. Se a conduta não gerar um dano grave ao erário, entendemos que seja o caso de punir o agente com outras medidas menos rigorosas que as sanções previstas na Lei de Improbidade.

Quanto à reprovabilidade da conduta, entendemos que a configuração das modalidades de improbidade administrativa irá depender do nível de reprovabilidade. Se a ponderação realizada sobre a conjuntura fática que permeou o comportamento do agente público demonstrar que a sua conduta, tipificada como improbidade pela Lei 8.429/92, não possui uma reprovabilidade extraordinária, então não se terá constituído o ato de improbidade administrativa.

Por fim, afastamos as posições doutrinárias que elencam o dano como um requisito geral de materialização dos atos de improbidade, por entendermos que o conceito amplo de patrimônio público adotado por esta corrente doutrinária para se defender a existência de lesão ao patrimônio moral da Administração em todas as modalidades de improbidade, identifica-se com a ideia de ilicitude. De acordo com essa concepção, o mero enquadramento da conduta do agente em algumas das hipóteses de improbidade já resultaria, automaticamente, em uma lesão ao patrimônio moral da Administração, numa espécie de dano presumido.

Ademais, a imprecisão dos termos “moralidade administrativa” ou “patrimônio moral da Administração” traria dificuldades ao operador jurídico no momento da verificação da subsunção do tipo à conduta supostamente ímproba

do agente, pois sem um conceito claro não haveria como constatar se a conduta do agente está ou não lesando a moralidade da Administração. Por essa razão, concluímos que o dano constitui um elemento essencial somente para configuração da modalidade de improbidade prevista no art. 10 da Lei 8.429/92.

Referência Bibliográficas

ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009.

HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luis Otávio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016.

DA GARANTIA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS AINDA NÃO-EXECUTADOS E A CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA

Valterlei A. da Costa

Mestrando em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela UFPR. Ex-Técnico de Finanças e Controle da Procuradoria da Fazenda Nacional. Advogado em Curitiba. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3426-5878>. e-mail: costa.valterlei@gmail.com

Maurício Dalri Timm do Valle

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília e Professor de Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7361-595X>. Advogado em Curitiba e em Brasília. e-mail: mauricio@ttva.com.br

Resumo: O presente artigo tem por escopo a análise, frente ao novo Código de Processo Civil, da forma mais adequada de o sujeito passivo garantir dívida que possua junto à Fazenda Pública que ainda não esteja ajuizada. Após perpassar os casos expressos que conduzem à concessão de certidão positiva com efeito de negativa, bem como a regulação dada pelo novo sistema processual ao instituto da tutela, conclui então que a tutela de evidência é a mais adequada para, na ausência de execução fiscal, obter-se a referida certidão.

Palavras-chave: direito tributário; novo código de processo civil; tutela; garantia; certidão de débito.

1. Introdução

Muito foi discutido, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobre qual a forma mais adequada de o contribuinte valer-se do seu direito de antecipar a garantia e assim obter a certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do CTN. Afinal, se aquele que já se encontra executado pode, sem maiores obstáculos, apresentar garantia e obter certidão positiva com efeito de negativa, por que razão se negaria a quem nem executado ainda é o mesmo direito?

No entanto, se podemos ter certeza intuitivamente de que a situação do executado não pode ser uma situação melhor do que a daquele que nem executado é, afinal, se-

ria um discriminação sem qualquer padrão, nunca houve um consenso sobre a melhor forma processual de se proceder para se alcançar a isonomia¹.

De todo modo, a discussão foi renovada com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015 e é sobre a forma processual de se garantir um débito tributário ainda não executado, para fins de obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, que tratará este artigo.

1 Eduardo Jardim apontava ainda na vigência do antigo Código de Processo Civil várias possibilidades para se obter a certidão positiva com efeito de negativa em virtude de garantia da dívida antes mesmo da execução fiscal: “[...] entendo como inconcebível a circunstância de o contribuinte em débito ficar na dependência do ajuizamento da execução fiscal para ter a oportunidade de garantir o juízo e, a partir de então, desfrutar de condições para obter a certidão negativa. Por conseguinte, temos uma de duas: a) propor um procedimento cautelar com providência liminar ou mesmo ordinário com tutela antecipada objetivando garantir o juízo, mediante o oferecimento de qualquer garantia enumerada no CPC ou na Lei n. 6.830/80; ou b) impetrar mandado de segurança, no qual comprovará a sua solvabilidade e consequencial direito de participar de certame licitatório ou alienação de bens ou qualquer outro desígnio para o qual haja a referida exigibilidade, restando à Fazenda Pública formalizar a execução *oportuno tempore*”. [JARDIM, 2002, p. 552 (itálicos constam do original)]. A ideia da doutrina, de forma geral, era que a garantia fosse aceita com base no poder geral de cautela: “Deverá o juiz, com base no poder geral de cautela, aceitar o bem oferecido ou determinar outra caução, de modo a evitar algum futuro dano à Fazenda Pública, na forma dos artigos 798 e 799, ambos do CPC [...]”. (BUSCHMANN, 2002, p.114). Mas nada impedia que se buscasse o fundamento específico no art. 829 do antigo CPC: “O obrigado a dar caução deverá, na petição inicial, indicar o valor da causa a que se obrigou e o modo pelo qual essa há de ser prestada, vale dizer, a espécie e forma como se haverá de dar a garantia”. (SILVA, 2001, p.329).

2. Da Certidão Positiva com Efeito de Negativa

Hodiernamente vem se valendo a Administração Pública de várias formas de cobranças indiretas dos tributos. E uma das formas mais comuns de coagir o contribuinte a pagar o tributo que tem ela por devido, independentemente de qualquer processo de cobrança, é a exigência, cada vez maior, de se apresentar certidão negativa de débito para uma série de atos da vida empresarial.

Nos dias atuais, praticamente torna-se inviável a atividade empresarial na ausência de certidão negativa (ou positiva com efeito negativa). Não só nos casos expressos, cuja necessidade de apresentação decorre da lei, mas em uma série de outras situações. Pode-se dizer, *v.g.*, que até a concessão de crédito bancário decorre do referido documento, já que entidades financeiras não costumam fazer operações com quem tem dívida em aberto com o fisco. De igual forma, a compra a prazo com fornecedores é influenciada pela presença/ausência da citada certidão.

Questão à parte sobre a conveniência/constitucionalidade de tal procedimento, que pode ser considerado conforme o prisma, cobrança indireta², é certo que, ao lado da certidão negativa de débito, há a positiva, nos

2 “A Fazenda Pública dispõe de meios legais próprios para compelir o contribuinte ao cumprimento de suas obrigações tributárias. Se acessória, a aplicação das multas correspondentes, e se principais, inclusive as decorrentes das multas, a execução fiscal. Se admitirmos o uso de sanções políticas, ou formas de execução indireta, estaremos amesquinhando seriamente as garantias constitucionais. Não apenas a da liberdade econômica ou profissional, mas também a da jurisdição”. (MACHADO, 2008, p.81).

termos dos arts. 205 e 206 do Código Tributário Nacional³, que, por sua vez, em certos casos, pode ter os mesmos efeitos da negativa:

[...] vale como certidão negativa aquela certidão da qual conste a existência de crédito (a) não vencido; (b) em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora; e (c) cuja exigibilidade esteja suspensa (CTN, art. 206). Tanto uma certidão negativa, isto é, dizendo que eu nada estou devendo ao Fisco, como uma outra dizendo que eu devo, mas o crédito do Fisco contra mim se encontra em uma das três situações mencionadas, produzem o mesmo efeito, porque: [...] b) se o crédito se encontra em processo de execução, com penhora já efetivada, está com sua extinção garantida, de sorte que o Fisco não tem interesse em denegar a certidão; [...]. (MACHADO, 2002, pp. 225-226).

Assim, um débito para com o Fisco, desde que garantido, permite que se obtenha uma certidão, apesar de positiva, com os mesmos efeitos de uma negativa. No entanto, para tanto, deve haver uma execução fiscal, pois é a partir

3 CTN:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. [...]. Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

dela que se é citado para pagar ou garantir a dívida⁴. No entanto, pode não ter sido ainda proposta a execução fiscal por parte da Fazenda Pública. Afinal,

[m]uitas vezes a Fazenda Pública demora para inscrever o crédito tributário em dívida ativa e em executá-lo. Tal situação constitui óbice, ainda que temporário, à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa pelo contribuinte, pois, caso não houvesse a omissão da Fazenda na propositura da execução fiscal, ter-se-ia a garantia do crédito tributário por meio da penhora de bens. (CARVALHO, 2007, p.559).

Não tem o contribuinte o controle de quando irá o sujeito ativo ajuizar a execução fiscal e nada pode fazer a respeito disso. Na verdade, tem esta última, a Fazenda

4 LEF:

Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas: I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;

IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterà, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.

Pública, o prazo prescricional do art. 174 do Código Tributário Nacional para ingressar em juízo para haver o que imagina ter a receber⁵. Sem embargo, se é seu direito, do fisco, a opção pelo quando do protocolo da inicial do executivo fiscal, é direito do contribuinte não sofrer consequências dessa morosidade.

Assim, devemos ter na retina que se é garantido ao executado oferecer bens à penhora e obter certidão positiva com efeito de negativa, *a fortiori*, ao contribuinte devedor sob a ótica do Fisco, porém não executado, deve-se garantir o mesmo direito. Dito isso, não se fazem imperativas maiores explicações para se concluir que é cabível ao sujeito passivo antecipar a garantia que daria caso fosse citado para pagar ao fisco, sem a necessidade de se aguardar a execução fiscal.

3. Da Tutela de Urgência e Evidência

Há em relação à dívida tributária que impede a expedição da certidão negativa duas ideias que devem ser bem distintas. Uma, é a possibilidade de mesmo sem a execução fiscal, garantir-se a dívida e ato contínuo obter certidão positiva com efeito de negativa. Outra, é a discussão sobre a própria dívida. No primeiro caso, “[...] o contribuinte não busca questionar o mérito (se o tributo é devido ou não), mas apenas apresentar a garantia para efeitos do artigo

5 CTN:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

206 do CTN (especialmente obter CPEN)”. (ROSA, 2016, p.630). Na segunda situação, não havendo possibilidade de se oferecer embargos à execução, pois ainda nem execução existe, é cabível além do mandado de segurança, desde que respeitado o prazo decadencial, a propositura da ação declaratória ou ainda da anulatória de débito⁶.

Dadas essas duas ideias, se ainda estivessemos sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, então poderíamos dizer que para o primeiro caso, da garantia, far-se-ia um processo cautelar e então deixaríamos a discussão do débito para o processo principal, com o respeito à autonomia dos processos⁷. Entretanto, o novo *Codex* teve como um dos seus fins imediatos dar cabo da rigidez das formas⁸. Assim, deixou de ter sentido invocar uma separação entre processo de conhecimento

6 “[...] no processo de execução, não se pode embargar sem antes garantir o juízo [...]. Isso, porém, não impede que o cidadão que se sinta prejudicado ou lesado [...] impetre mandado de segurança [...]. Nada impede, ainda, que proponha ação anulatória de débito fiscal [...]. Tratando-se de ação declaratória, pode ela ser proposta pelo interessado em ver declarada a existência ou inexistência da relação jurídica entre o contribuinte e o Fisco [...]”. (PACHECO, 2009, p.332).

7 “O processo cautelar tem objeto e rito próprios. Seja incidente ou antecedente, nominada ou inominada, a medida cautelar dá sempre lugar, a autuação própria, devendo os respectivos autos ser apensados aos da ação principal (art. 809) [do CPC-73]. [THEODORO JÚNIOR, 2002, p.136 (esclarecemos entre colchetes)].

8 “O processo é um meio para viabilização da prestação da tutela jurisdicional. Essa tutela pode ocorrer mediante atividade de conhecimento, atividade de execução ou mediante provimentos que concomitantemente misturem ambas as atividades”. [MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p.550 (itálicos constam do original)].

e processo cautelar, pois “[o] sincretismo processual do CPC/2015 permitiu a veiculação da providência cautelar e da providência satisfativa na mesma petição inicial”. (COUTINHO, 2017, p.150).

Temos portanto que será por meio de um pedido de tutela provisória, após o Novo Código de Processo Civil, que será feita a antecipação da garantia à dívida tributária ainda não executada, ao invés do processo cautelar que já não tem mais lugar na nova sistemática processual. No entanto, ficamos ainda com a seguinte questão: será por meio de uma tutela satisfativa ou cautelar que se obterá tal garantia e a consequente expedição da certidão positiva com efeito de negativa?

Nunca é uma linha fácil de traçar aquela que determina “[...] quando um provimento é ‘meramente conservativo’ ou quando é ‘antecipatório’”. (MACHADO SEGUNDO, 2014, p.473). E tendo isso em conta, o legislador processual previu expressamente a possibilidade da fungibilidade das medidas cautelar e satisfativa a ser determinada pelo juiz⁹. No entanto, a permissão para a conversão do pedido de tutela não afasta a necessidade de se saber qual é a medida que se pleiteia. Isso porque,

9 NCPC:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

Ao conceder a tutela, o juiz deve deixar claro que a tutela concedida é uma tutela antecipada, para que o réu saiba que se não se insurgir contra ela ocorrerá a estabilização prevista no art. 304 do Novo CPC. Ao denegar a tutela, é importante o autor saber se a tutela é antecipada, e assim, deverá aditar a petição inicial no prazo de 5 dias para converter o pedido de tutela provisória em processo principal (art. 303, § 6º, do Novo CPC) ou se a tutela é cautelar, prosseguirá o processo normalmente. (NEVES, 2016, p.497).

Entretanto, como nosso ponto neste artigo é que a dívida fiscal, caso seja questionada, é um caso e a sua garantia, outro, vemo-nos na condição de expor ser a tutela que garante o crédito tributário antes do protocolo da petição inicial da execução fiscal uma tutela satisfativa, que se exaure em si mesmo. Afinal, somente quando houver o ajuizamento da execução fiscal é que a garantia será então convertida em penhora e aí sim se abrirá para o executado o prazo para o oferecimento dos embargos à execução.

Ademais, não se pleiteia, de modo algum, quanto ao crédito do fisco, qualquer medida suspensiva, pois “[...] o contribuinte, ao oferecer caução real, não pretende suspender a exigibilidade do crédito tributário, até porque tal hipótese não consta do rol exaustivo do citado artigo 151, do Código Tributário Nacional”. (ATTIE, 2004, p.65). Com efeito, a garantia da dívida não impede *per se* que se prosiga com a cobrança do tributo. Seu efeito é a obtenção da certidão positiva com efeito de negativa num primeiro mo-

mento e posteriormente oferecer embargos à execução¹⁰. Já a suspensão da exigibilidade do crédito tributário “[...] tem função nitidamente acautelatória, pois não se adianta o pedido da ação que é a extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN, apenas impede-se o processo de cobrança do crédito tributário [...]”. (VERGUEIRO, 2016, p.211). Assim, “[...] não pode ser antecipada a anulação do débito discutido, pois isto implicaria a extinção do crédito tributário, sem se contemplar o disposto no artigo 156, X do CTN que exige decisão judicial passada em julgado”. (COSTA, 2000, p.468).

Não se deve, no entanto, negar a possibilidade de se oferecer a garantia, fazendo a antecipação da dívida, na mesma petição inicial em que instaura uma ação anulatória de débito. Ocorre que isso não significa qualquer caráter de cautelaridade já que não há contato entre a garantia e a discussão sobre o crédito tributário. Apenas por questão célere, utiliza-se um único instrumento para realizar dois pedidos diversos que não se coligam.

De todo modo, tendo em conta o caráter de satisfatoriedade, deve ser expressamente informada a Fazenda Pú-

10 Parte da doutrina entende como não necessária a penhora para que se possa opor embargos à execução: “[...] os embargos, na execução fiscal, não dependem mais de garantia do juízo, mas seu ajuizamento pode ocorrer até 30 (trinta) dias da intimação da penhora”. (CUNHA, 2010, p.405). Outros entendem que devem ser recebidos, mas com função limitada: “Os embargos sem a garantia da execução têm a função de uma defesa pré-processual ou de objeção de pré-executividade [...]”. (CHIMENTI, ABRÃO, BOTTESINI e FERNANDES, 2008, p.199).

blica que caso não recorra da decisão que defere a garantia da dívida antes mesmo da propositura da execução fiscal, então haverá a estabilização da tutela antecipada¹¹.

Demarcado que a tutela provisória que garante a antecipação da garantia é satisfativa, vale por em si, já que não se busca um acautelamento em relação a dívida, então podemos passar à próxima indagação: se ela é de urgência ou também pode ser de evidência, lembrando que, parece-nos, toda tutela de evidência encerra uma satisfação.

O ponto-chave do estudo da tutela provisória de urgência, além da consabida necessidade de se demonstrar a probabilidade do direito¹², é a presença do perigo na demora. Afinal, a própria ideia de urgência transmite essa mensagem.

No caso da certidão negativa, ou positiva com efeito de negativa, não há necessidade de maior arrazoado para demonstrar quanto ela é imprescindível para o bom funcionamento empresarial. E com base nisso, não haveria maiores dificuldades de se comprovar a presença de um perigo da demora que ampare a concessão da

11 NCCPC: Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

12 “[...] não víamos com bons olhos a distinção entre *fumus boni iuris* e a verossimilhança. Sempre nos pareceu artificial a ideia de [que] é possível graduar e separar, no mundo real, algo que seria plausível de algo que seria provável, separando os requisitos, dando maior relevo a um que a outra. O NCCPC agora, unifica os conceitos sob o manto da probabilidade”. [AMEN-DOEIRA JR, 2018, p.758 (itálicos constam do original)].

tutela provisória de urgência quando se tratar de obter certidão quanto à dívida¹³.

Não temos dúvidas, portanto, da razoabilidade de se utilizar de uma tutela de urgência para se conseguir a garantia da dívida para com o fisco e então obter certidão positiva com efeito de negativa, pois quanto à probabilidade do direito, não parece apresentar maiores obstáculos expor que aquele que ainda não foi executado se encontre em situação pior do que aquele que já o foi. Ademais, o perigo da demora também se faz bem presente, já que a atuação de uma empresa sem certidão negativa — no caso, positiva com efeito de negativa — é por demais prejudicada.

Quanto à tutela de evidência, sem entrarmos em discussões sobre o quanto ela é realmente uma inovação do novo Código frente ao sistema de 1973, podemos dispor que “[e]m comparação com a tutela de urgência, a tutela de evidência igualmente exige a plausibilidade do direito invocado, mas prescinde da demonstração do risco de dano”. (NERY JUNIOR e ANDRADE NERY, 2016, p.947). Na verdade, temos, com mais ênfase, que ela exige, é da sua natureza, uma verossimilhança mais do que qualificada, pois, entre uma das suas hipóteses

13 “A falta da certidão positiva com efeito de negativa carreará prejuízos financeiros à empresa, que por sua vez gerará prejuízos à sociedade e, por fim, prejuízo ao próprio Fisco, que arrecadará menos, tendo em vista que o faturamento e o lucro da empresa serão diminuídos com a impossibilidade de contratar com a Administração Pública”. (BUSCHMANN, 2002, p.108).

de concessão, está, além de que devem as alegações ser comprovadas apenas documentalmente, a necessidade de que a tese defendida esteja contemplada por julgamento de casos repetitivos ou ainda em súmula vinculante¹⁴.

Os casos repetitivos passaram, desde a Lei nº 11.672, de 8.5.2008, a ser julgados por amostragem, sendo a técnica mantida pelo Novo Código de Processo Civil, com valorização do precedente¹⁵. Melindres iniciais à parte¹⁶,

14 NCPC:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

15 NCPC:

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

16 “[...] os espíritos mais sensíveis ficarão melindrados com a autêntica renovação do julgamento pretérito por força de simples precedente do STJ. No entanto, a medida guarda coerência com o objetivo maior de assegurar a isonomia dos litigantes, motivo por que o sacrifício do convencimento do órgão fracionário do tribunal justifica-se plenamente”. (ASSIS, 2014, p.878).

a questão é mais um passo no caminho da eficiência e que ganha novos contornos com a tutela de evidência. Já a súmula vinculante adveio pelas mãos da reforma que se deu com a Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004 que incluiu no texto constitucional o art. 103-A¹⁷. A partir de então, o mérito das súmulas¹⁸ foi redimensionado, passando a ter uma importância fundamental no sistema processual.

Toda a ideia da tutela de evidência gira em torno, haja vista a exigência de súmula vinculante ou de decisão que será aplicada a todos os casos repetitivos, de uma qualificada probabilidade de o direito apresentado pelo autor ser ao final concedido pelo judiciário, o que permitiria sua antecipação por meio de uma tutela. Afinal, se a tese defendida é mais do que verossímil e não há a necessidade de dilação probatória para se conhecer os fatos, sendo bastante a documentação apresentada junto com o pedido de tutela, então não haveria um porquê de se fazer o requerente arcar com o custo tempo, permitindo-lhe assim fluir desde o início de seu direito.

17 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

18 “A súmula é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados”. (NERY JUNIOR, 2004, p.109).

E quando se está diante de um pedido de antecipação da garantia da dívida na falta da execução fiscal, pois ainda não proposta pela Fazenda Pública, para então se obter certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional. É possível se utilizar do instrumento processual que é a tutela de urgência. Sobre o tema, inclusive, há decisão favorável ao sujeito passivo proferida sob o rito dos julgamentos de recursos repetitivos.

Decisão essa do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, pela importância para o caso em tela, pede-se vênua para transcrevê-la integralmente:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CAUÇÃO E EXPEDIÇÃO DA CPD-EN. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. INEXISTÊNCIA DE EQUIPARAÇÃO DA FIANÇA BANCÁRIA AO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL DO TRIBUTO DEVIDO PARA FINS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SÚMULA 112/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC, NÃO CONFIGURADA. MULTA. ART. 538 DO CPC. EXCLUSÃO.

1. A fiança bancária não é equiparável ao depósito integral do débito exequendo para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte, cujos

precedentes são de clareza hialina: PROCES-
SUAL CIVIL E TRIBUTARIO. MANDADO
DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO CAUTELAR
DA EXIGIBILIDADE DO CREDITO TRIBU-
TARIO. DEPOSITO EM TDAS OU FIANÇA
BANCARIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO
DESPROVIDO. CONSOANTE PRECEDENTES
JURISPRUDENCIAIS DESTA CORTE, A SUS-
PENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CREDITO
TRIBUTARIO, SO E ADMISSIVEL, MEDIAN-
TE DEPOSITO INTEGRAL EM DINHEIRO,
NOS TERMOS DO DISPOSTO NOS ARTIGOS
151, DO CTN, E PAR. 4. DA LEI N. 6.830/70.
RECURSO DESPROVIDO, POR UNANIMIDA-
DE. (RMS 1269/AM, Rel. Ministro DEMÓCRI-
TO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado
em 18/10/1993, DJ 08/11/1993) TRIBUTARIO.
SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CREDI-
TO. FIANÇA BANCARIA COMO GARANTIA
ACOLHIDA EM LIMINAR. ART. 151, CTN.
LEI 6830/80 (ARTS. 9. E 38). ARTIGOS 796,
798 E 804, CPC). SUMULAS 247-TFR E 1 E 2
DO TRF / 3A. REGIÃO. 1. A PROVISORIEDA-
DE, COM ESPECIFICOS CONTORNOS, DA
CAUTELAR CALCADA EM FIANÇA BAN-
CARIA (ARTIGOS 796, 798 E 804, CPC), NÃO
SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO CREDI-
TO FISCAL (ART. 151, CTN), MONITORADO
POR ESPECIALISSIMA LEGISLAÇÃO DE
HIERARQUIA SUPERIOR, NÃO SUBMISSA
AS COMUNS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA
LEI 6830/80 (ARTS. 9. 38). 2. SO O DEPOSITO
JUDICIAL EM DINHEIRO, AUTORIZADO

NOS PROPRIOS AUTOS DA AÇÃO PRINCIPAL OU DA CAUTELAR, SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO CREDITO TRIBUTARIO. 3. RECURSO PROVIDO. (REsp 30610/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/02/1993, DJ 15/03/1993)

2. O art. 151 do CTN dispõe que, in verbis: 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I - moratória; II - o depósito do seu montante integral; III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança. V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001) VI – o parcelamento.”

3. Deveras, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (que implica óbice à prática de quaisquer atos executivos) encontra-se taxativamente prevista no art. 151 do CTN, sendo certo que a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não ostenta o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas apenas de garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à penhora, com o escopo precípuo de viabilizar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa e a oposição de embargos. (Precedentes: AgRg no REsp 1157794/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010; AgRg na MC 15.089/

RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 06/05/2009; AgRg no REsp 1046930/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 25/03/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; MC 12.431/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 12/04/2007; AgRg no Ag 853.912/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 29/11/2007 ; REsp 980.247/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2007, DJ 31/10/2007; REsp 587.297/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 05/12/2006; AgRg no REsp 841.934/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006).

4. Ad argumentandum tantum, peculiaridades do instituto da fiança demonstram, de forma inequívoca, a impossibilidade de sua equiparação ao depósito, tais como a alegação do benefício de ordem e a desoneração do encargo assumido mediante manifestação unilateral de vontade do fiador, nos termos dos arts. 827 e 835 do Código Civil, verbis: “Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.” “Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo,

sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.”

5. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa.

6. É que a Primeira Seção firmou o entendimento de que: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1057365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009; REsp 1075360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra

DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 24/11/2008; EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ 07.05.2007) 2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: “tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.” A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo. 3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.

4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.

5. Mutatis mutandis o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas.

6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão. (...) 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1123669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

7. In casu, o pleito constante da exordial da presente ação cautelar, juntada às fls. e-STJ 28, foi formulado nos seguintes termos, verbis: “À vista do exposto, demonstrada a existência de periculum in mora e fumus boni juris, pleiteiam as requerentes, com fundamento nos artigos 796 e 804 do Código de Processo Civil, que lhe seja deferida medida liminar para assegurar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto dos Processos Administrativos n°s 15374.002156/00-73 e 15374.002155/00-19 até final decisão de mérito da questão jurídica em debate na AO n° 2007.34.00.036175-5 sem apresentação de garantia ou, quando menos, caso V.Exa. entenda necessária a garantia da liminar, requer a Autora seja

autorizada a apresentação de fiança bancária do valor envolvido, a exemplo do que aconteceria na hipótese de propositura de execução fiscal, tornando-se, assim, válida a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, tal como previsto no art. 206, do CTN.” (grifos no original).

8. O Juízo federal de primeiro grau concedeu a liminar, fundamentando o decisum na possibilidade de expedição de CPD-EN mediante a apresentação de fiança bancária garantidora da futura execução, consoante farta jurisprudência. No entanto, no dispositivo, contraditoriamente, determina a prestação de fiança “em valor não inferior ao do débito ora discutido mais 30% (trinta por cento), nos termos do § 2º do art. 656 do CPC, a qual deverá ter validade durante todo o tempo em que perdurar a ação judicial, sob pena de restauração da exigibilidade dos créditos tributários.”

9. O Tribunal a quo, perpetuou o equívoco do juízo singular, confirmando a concessão da liminar, para suspender a exigibilidade do crédito tributário e para determinar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, mediante apresentação de fiança bancária, ao entendimento de que o art. 9º, §3º, da Lei n. 6.830/80 não estabelecerá qualquer distinção entre o depósito em dinheiro e a fiança bancária, apta a garantir o crédito tributário.

10. Destarte, não obstante o equivocado entendimento do aresto recorrido, verifica-se que o pedido formulado referiu-se à expedição de certidão de regularidade fiscal.

11. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

10. Exclusão da multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, ante a ausência de intuito protelatório por parte da recorrente, sobressaindo-se, tão-somente, a finalidade de prequestionamento.

12. Recurso especial parcialmente provido, apenas para afastar a multa imposta com base no art. 538, § único do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010)

Portanto, quando está o sujeito passivo que possui uma dívida com a Fazenda Pública carecendo de certidão positiva com efeito de negativa, pode então obtê-la de vários modos. Uma forma simples seria depositar o montante da dívida integral. Outra seria apontar alguma irregularidade e ser contemplado com uma decisão que suspenda a exigibilidade do crédito tributário. Pode ainda, se já houver o ajuizamento de execução fiscal para cobrar a dívida, então garantir o juízo. No entanto, ainda pode, além dessas opções, se não houver a execução fiscal, pleitear um tutela exauriente em si, que não discuta o crédito tributário do fisco. E como há

sobre o tema — antecipação de garantia na falta de execução fiscal — decisão proferida sobre o rito dos recursos repetitivos, então a tutela que melhor se enquadra— mesmo que não seja difícil comprovar o perigo da demora que a opção por uma tutela de urgência exigiria —é a de evidência. Afinal, “[p]ara realizar o direito à certidão positiva, com efeitos de negativa, prevista no art. 206 do CTN, a melhor e mais eficiente opção é o requerimento de tutela da evidência [...]” (ATAIDE JUNIOR, 2017, p.1233).

4. Da garantia

A garantia da dívida para com o fisco antes de proposta a execução fiscal, com fito de obter certidão positiva com efeito de negativa, deve respeitar, por óbvio, as mesmas regras que teria de cumprir o sujeito passivo se citado fosse para garantir tal execução fiscal. Assim, sem maiores dificuldades, podemos afirmar que deve respeitar a antecipação de garantia, para fins de se obter a certidão positiva com efeito de negativa, a ordem prevista no art. 11 da Lei de Execução Fiscal¹⁹.

19 LEF:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

Há um rol que estabelece uma ordem a ser seguida *prima facie*, disso não se duvida. E no artigo que traz tal sequência, consta como primeiro item da lista o bem “dinheiro”. No entanto, não se deve apressadamente concluir que apenas “dinheiro” teria o condão de garantir a dívida, pois uma tal interpretação levaria a uma confusão de institutos.

Com efeito, uma coisa é a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de depósito, aí sim, necessariamente em dinheiro e no montante integral da dívida; outra, bem diferente, é a antecipação de garantia de dívida não executada, na qual se busca os efeitos do art. 206 do Código Tributário Nacional, mas não os do art. 151 do mesmo *Codex* fiscal²⁰. Ademais, como já exposto, o que se busca com a antecipação da garantia é a certidão positiva com efeito de negativa e não a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Portanto, deve-se facultar ao autor do pedido de tutela provisória a escolha livre — desde que dentro do rol legal,

VIII - direitos e ações.

20 CTN:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

sendo ainda suficiente e idôneo — do bem que deseja ver como garantia de sua dívida. Isso porque,

No prazo de 5 dias, a contar da citação, tem o executado direito a indicar bens à penhora. Resta saber se há necessidade de seguir *pari passu* a ordem dos incisos deste artigo ou se pode, dentro da lista, indicar o bem que melhor lhe convir. O problema caso a ordem tenha que ser rigorosamente seguida é que não traz vantagem alguma ao executado. Melhor esperar a atuação da Fazenda Pública. Um exemplo, o executado possui como bens penhoráveis um imóvel e um veículo. Ambos garantem a execução fiscal. Por conveniência pretende indicar o veículo, ocorre que, no rol, o imóvel vem ordenadamente primeiro. Qual a vantagem que possui o executado em atender o prazo de 5 dias para oferecer bens à penhora se não pode exercer qualquer escolha? Assim, para se observar que a execução se faça da forma menos gravosa, lícito entender que no prazo legal – 5 dias – pode o executado escolher livremente o bem que deseja ver penhorado, desde que conste no rol deste artigo e garanta idoneamente a execução. (COSTA e VALLE, 2018, p.58).

Se o bem oferecido como garantia de forma antecipada tem o condão de proteger os interesses do fisco, pois, além de classificável na ordem estabelecida pela Lei de Execução Fiscal, é idôneo e suficiente, então deve ser aceito. Entendimento contrário seria um completo esvaziamento da garantia, reduzindo tudo a depósito em dinheiro, pondo fim à possibilidade de outras espécies de garantias.

Por fim, resta-nos expor que se a tutela for deferida, permitindo a antecipação da garantia, então a relação deve ser aperfeiçoada com o comparecimento da parte interessada em Secretaria para assinar “termo de garantia”²¹. Com a realização de tal formalidade, então encontrar-se-á a Fazenda Pública plenamente garantida, com o erário resguardado, devendo então, em reciprocidade, emitir a devida certidão positiva com efeito de negativa, tudo nos termos do art. 206 do Código Tributário Nacional.

5. Conclusão

Não se olvida que a certidão negativa de débitos — ou a equivalente nos efeitos, certidão positiva com efeito de negativa — é de importância basilar para a atividade empresarial. Sendo assim, deve-se ter os devidos cuidados para que sua exigência não se torne, de forma exacerbada, uma via indireta de cobrança de tributos. Deve, com efeito, ficar ao contribuinte passagens para que a obtenha sem que simplesmente tenha de pagar os débitos dos quais discorda.

Já com esse pano de fundo em conta, o legislador do *Codex* tributário garantiu ao sujeito passivo a possibilidade de obter certidão positiva com efeito de negativa se a divi-

21 *Mutatis mutatis*, válidas as palavras de Humberto Theodoro Júnior: “A penhora, para produzir efeito, precisa constar de termo processual adequado. O ato em questão denomina-se ‘auto de penhora’, quando é lavrado fora do processo, pelo oficial de justiça, em cumprimento do mandado executivo; e ‘termo de penhora’, quando redigido pelo escrivão nos próprios autos do processo, diante da aceitação ou aprovação da nomeação feita pelo executado”. THEODORO JÚNIOR, 2004, p.95.

da para com o fisco encontra-se garantida no processo de execução fiscal. Entretanto, silente ficou sobre os casos em que ainda não houve o devido ajuizamento do executivo fiscal pela Fazenda Pública.

Ao longo do tempo, como solução para essa falta de previsão expressa do modo como deveria proceder aquele que consta no rol do fisco como devedor, concebeu a doutrina a possibilidade de antecipação da garantia, haja vista que a situação de quem nem executado é não pode ser pior do que aquela de quem se encontra executado. Posição que foi sendo reconhecida pelo judiciário até tombar em julgamento que se deu pelo rito dos recursos repetitivos.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, de 2015, o interesse pelo tema voltou, pois com o fim do processo cautelar, que era realizado de forma autônoma, surgiu a indagação de como, pela nova sistemática, realizar-se-á a antecipação da garantia — ou seja, na falta de execução fiscal — de débito junto à Fazenda Pública.

Com esse quadro geral, conclui-se que, por haver sobre o tema decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça dada sob o rito de julgamento de recursos repetitivos, a forma mais adequada de se conseguir certidão positiva com efeito de negativa — antecipando-se garantia, pois ausente execução fiscal — é por meio de um pedido de tutela evidência, tudo segundo o Novo Código de Processo Civil.

Referências Bibliográficas

AMENDOEIRA JR, SIDNEI. Tutelas provisórias do novo CPC: características gerais. In: MARCATO, Ana Cândida Menezes; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; DELLORE, Luiz; BARIONI, Rodrigo; MOLLICA, Rogério; AMENDOEIRA JR, Sidnei; FERREIRA, William Santos (Org.). **Reflexões sobre o código de processo civil de 2015: uma contriobuição dos membros do centro de estudos avançados de processo — CEAPRO**. São Paulo: Verbatim, 2018, p.749-770.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Certidão positiva, com efeito de negativa, mediante garantia antecipada: como obtê-la após o CPC/2015?. In: In: VALLE, Maurício Dalri Timm do; VALADÃO, Alexsander Roberto Alves; DALLAZEM, Dalton Luiz. **Ensaio em homenagem ao professor José Roberto Vieira: ao mestre e amigo, com carinho ...** São Paulo: Noeses, 2017, p.1215-1235.

ATTIE, Paulo Margonari. Certidão positiva de débito com efeitos de negativa frente à existência de débitos à espera de execução fiscal. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo, n. 106. p.61-69, jul., 2004.

BUSCHMANN, Marcus Vinicius. Obtenção de certidão e ação cautelar com pedido de caução real – princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo, n. 83. p.107-115, ago., 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; ABRÃO, Carlos Henrique; BOTTESINI, Maury Ângelo; FERNANDES, Odmir. **Lei de execução fiscal comentada e anotada**: lei 6.830, de 22.09.1980: doutrina, prática e jurisprudência. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COUTINHO, Sheyla Yvette Cavalcanti Ribeiro. As tutelas provisórias de urgência e evidência no processo tributário: permissões e vedações legais. **Revista de direito tributário contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, vol. 7, p.141-167, jul.-ago./2017.

COSTA, Valterlei A. da. Tutela antecipada como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. **REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA IOB** – v. I: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo: IOB, n. 18, p.468-469, 2ª quinz. set. 2000.

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, p.58.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Arts. 205 a 208. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Comentários ao código tributário nacional**, volume 2,

3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Execução fiscal: novos questionamentos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Execução fiscal**: pesquisas tributárias, nova série – n.14. São Paulo: RT, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v.1.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à lei de execução fiscal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSA, Íris Vânia Santos. Antecipação de garantia tendente à satisfação do crédito tributário que esteja por ser executado. In: SOUZA, Priscila de (Org.); CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **50 anos do Código Tributário Nacional**. São Paulo: Noeses: IBET, 2016, p.630.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**: comentários e jurisprudência. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VERGUEIRO, Camila. A tutela provisória, o Código de Processo Civil de 2015 e o processo tributário. In: CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa (Coord.). **O novo CPC e seu impacto no direito tributário**. 2.ed. São Paulo: Fiscosoft, 2016, p.210.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

REsp 1704520/MT - UMA ANÁLISE DA DECISÃO SOBRE O ROL TAXATIVO MITIGADO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

William Soares Pugliese

Pós-doutorando pela UFRGS. Professor do PPGD em Direito da Unibrasil. Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR). Advogado.

Resumo: O presente estudo tem como escopo analisar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em recurso especial representativo de controvérsia, em que a Corte decidiu acerca da interpretação do art. 1.015, do Código de Processo Civil. A decisão, que interpretou o rol de matérias impugnáveis por agravo de instrumento como uma regra de taxatividade mitigada, será objeto de

um estudo que busca sua ratio decidendi. Para tanto, o trabalho expõe o conteúdo da fundamentação e, em última análise, a regra tecida pela Corte a respeito das matérias impugnáveis por agravo de instrumento, no âmbito do direito processual civil. Ao final, também serão tecidos breves comentários sobre a iniciativa de modulação dos efeitos da decisão.

Palavras-chave: Agravo de instrumento. Taxatividade mitigada. Fundamentação.

1. Introdução

O presente estudo tem como escopo analisar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em recurso especial representativo de controvérsia, em que a Corte decidiu acerca da interpretação do art. 1.015, do Código de Processo Civil¹. A decisão tornou conhecida a expressão de que o rol do referido dispositivo deve ser compreendida de forma “taxativa mitigada”. A expressão tem sido criticada no cotidiano forense, tendo em vista a aparente incompatibilidade entre seus elementos. No entanto, um estudo a respeito da ratio decidendi da decisão relatada pela Min. Nancy Andrichi permite a adequada compreensão da proposta interpretativa do STJ e sua apreensão pelo sistema recursal brasileiro.

1 STJ. CORTE ESPECIAL. **REsp 1704520/MT**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 05/12/2018.

Assim, a proposta do presente artigo é desvelar o que o Superior Tribunal de Justiça denominou de taxatividade mitigada, expondo o conteúdo da fundamentação e, em última análise, a regra tecida pela Corte a respeito das matérias impugnáveis por agravo de instrumento, no âmbito do direito processual civil. Ao final, também serão tecidos breves comentários sobre a iniciativa de modulação dos efeitos da decisão.

2. O estágio da controvérsia no momento anterior à decisão do STJ

O primeiro ponto necessário para a compreensão do acórdão é a identificação do estado da arte prévio à decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça. Isto é relevante por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o debate doutrinário a respeito da interpretação do art. 1.015, do CPC, foi o elemento que catalisou a discussão e justificou a afetação do recurso. Em segundo, porque a discussão sobre o tema foi efetivamente considerada pelo acórdão, de modo que a compreensão do tema constitui premissa para a adequada leitura da tese da taxatividade mitigada.

O art. 1.015, do CPC, tem a seguinte redação:

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

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de descon sideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá 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.

A questão levada ao Superior Tribunal de Justiça, colocada de forma bastante simples, é se existe alguma hipótese de cabimento de agravo de instrumento que não esteja expressamente prevista pelo artigo citado, ou não prevista

de forma explícita no texto do próprio Código de Processo Civil de 2015 (como indica o inciso XIII).

A fim de melhor compreender a discussão, o acórdão do STJ parte da exposição de motivos da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto de Código de Processo Civil. Naquela oportunidade, defendia-se o cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias apenas em quatro oportunidades: (i) tutelas provisórias; (ii) interlocutórias de mérito; (iii) proferidas na execução ou no cumprimento de sentença; (iv) demais casos previstos expressamente em lei, inclusive e especialmente no próprio CPC.

Após avaliar a tramitação do Projeto de Lei n. 166/2010, é possível concluir que houve uma opção política consciente, por parte do Poder Legislativo, pela taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Ou seja, a mens legis do Código de Processo Civil seria, à primeira vista, a de que o art. 1.015 não admite interpretação extensiva.

No entanto, o Projeto de Lei não passou incólume a críticas. Houve, inclusive, proposta de emenda ao texto do Código para contemplar o agravo de instrumento como recurso cabível contra qualquer decisão interlocutória. Isto demonstra que o assunto não passou sem críticas, inclusive no próprio Legislativo.

Após a publicação da Lei e sua entrada em vigor, o STJ observou a organização de três correntes doutrinárias acerca do tema. As correntes foram assim sintetizadas pelo

acórdão: (i) o rol é absolutamente taxativo e deve ser interpretado restritivamente; (ii) o rol é taxativo, mas comporta interpretações extensivas ou analogia; (iii) o rol é exemplificativo. Cada uma dessas posições será exposta a seguir.

A primeira tese é a de que o rol do art. 1.015 é absolutamente taxativo e que sua interpretação deve ser restrita². Esta proposta está fundada na ideia de que a opção legislativa foi a enumeração taxativa das hipóteses que autorizam a interposição de agravo de instrumento. Para além disso, sustentam os autores que defendem esta tese que as partes que confiaram na taxatividade do dispositivo legal não poderiam ser surpreendidas com uma interpretação em contrário.

Vale ressaltar, ainda, que o próprio STJ havia indicado, previamente, a opção pela tese da taxatividade absoluta³.

2 As posições mencionadas, evidentemente, são anteriores ao julgamento do STJ. Foram citados, como representantes desta linha doutrinária, os seguintes autores: ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, n. 251. São Paulo: RT, jan. 2016, p. 207/228; BECKER, Rodrigo Franz. rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. **Publicações da Escola da AGU**, n. 04, Brasília: EAGU, out./dez. 2017, p. 237/252; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Recorribilidade das interlocutórias e sistemas de preclusões no novo CPC – primeiras impressões. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 65. Porto Alegre: Magister, mar./abr. 2015, p. 22/66. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. Evidentemente, os trabalhos referenciados são anteriores à decisão.

3 PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO AFETADA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS TENDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA O RESP Nº 1.704.250/MT. AFETAÇÃO, CONTUDO, DESPROVIDA DE EFEITO SUSPENSIVO, MO-

A segunda tese verificada antes do julgamento, pelo STJ, é a de que o rol do art. 1.015, do CPC, é taxativo, mas

DULANDO O DISPOSTO NO INCISO II DO ART. 1.037/CPC. POSSIBILIDADE, ENTÃO, DE ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL PRESENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCABIMENTO. ART. 1.015 do CPC/2015. ROL TAXATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. NÃO HÁ SIMILARIDADE ENTRE OS INSTITUTOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO E REJEIÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL PARA A EXTENSÃO PRETENDIDA. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que negou seguimento ao Agravo Interno, em segundo grau, que rejeitou Agravo de Instrumento, com base no entendimento de que as matérias concernentes à competência do Juízo e ao indeferimento de produção de prova não estão contidas no rol do art. 1.015 do CPC/2015, sendo, por esse motivo, descabido o manejo do Agravo. 2. A controvérsia acerca de a decisão interlocutória relacionada à definição de competência desafiar o recurso de Agravo de Instrumento em razão da interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, foi afetada ao rito do art. 1.036 do Novo CPC (correspondente ao art. 543-C do CPC/73), ou seja, o rito dos recursos repetitivos. A discussão é objeto do ProAfr no REsp 1.704.520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 28/2/2018. Contudo, observa-se no acórdão acima transcrito que a Corte Especial, embora afete o tema ao julgamento pelo rito repetitivo, expressamente decidiu pela NÃO suspensão dos demais processos, modulando os efeitos do inciso II do art. 1.037 do CPC/2015. Assim, apesar de afetado ao rito dos recursos repetitivos, o presente julgamento pode continuar. 3. Acerca do caso, considera-se que a interpretação do art. 1.015 do Novo CPC deve ser restritiva, para entender que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento. Observa-se que as decisões relativas à competência, temática discutida nos presentes autos, bem como discussões em torno da produção probatória, estão fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015. 4. Por outro lado, não é a melhor interpretação possível a tentativa de equiparação da hipótese contida no inciso III (rejeição da alegação de convenção de arbitragem) à discussão em torno da competência do juízo. 5. Recurso Especial não provido. STJ. Segunda Turma. **REsp 1700308/PB**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 17/04/2018.

que comporta interpretações extensivas ou analogia. Deste modo, cada inciso do dispositivo legal poderia ser ampliado, por meio de interpretações não literais, de modo a acomodar situações semelhantes ou próximas àquelas expressamente mencionadas no respectivo inciso.

Esta posição vinha sendo acolhida por significativa parte da doutrina⁴ e em decisões do STJ⁵. O acórdão

4 Dentre os autores que se filiaram a esta posição, destacam-se os mencionados no acórdão: ARRUDA ALVIM, Teresa (*et al.*). **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018; MARRANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial. **Revista de Processo**, n. 256, São Paulo: RT, jun. 2016, p. 147/168; ROCHA, Felipe Boring; NETTO, Fernanda Gama de Miranda. A recorribilidade das decisões interlocutórias sobre direito probatório. **Revista Brasileira de Direito Processual**, nº 101. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2018, p. 99/123.

5 PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESES DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. DECISÃO QUE AFASTA A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. 1. É certo que as hipóteses de Agravo de Instrumento trazidas pelo CPC de 2015 são taxativas, mas também é certo que o exegeta pode valer-se de uma interpretação extensiva. 2. A decisão sobre prescrição e decadência é, consoante o art. 487, II, de mérito, não havendo razão para somente permitir a interposição de Agravo de Instrumento da decisão que reconhece os dois institutos. 3. É inadequada a preclusão prematura da decisão que afasta as prejudiciais de mérito elencadas na contestação, razão pela qual, por meio de interpretação extensiva, deve-se reconhecer a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nesses casos, ou mesmo por interpretação literal,

também destacou que a tese da interpretação extensiva

diante do teor do art. 1.015, II, do CPC. 4. Recurso Especial conhecido e provido. STJ. Segunda Turma. **REsp 1695936/MG**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 21/11/2017.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 1.015, X, DO CPC/2015. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. ISONOMIA ENTRE AS PARTES. PARALELISMO COM O ART. 1.015, I, DO CPC/2015. NATUREZA DE TUTELA PROVISÓRIA. 1. A questão objeto da controvérsia é eminentemente jurídica e cinge-se à verificação da possibilidade de interpor Agravo de Instrumento contra decisões que não concedem efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 2. Na hipótese dos autos, a Corte Regional entendeu que não é impugnável por meio de Agravo de Instrumento a decisão que deixou de atribuir efeito suspensivo aos Embargos à Execução, pois o rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 é taxativo. 3. Em uma interpretação literal e isolada do art. 1.015, X, do CPC, nota-se que o legislador previu ser cabível o Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que concederem, modificarem ou revogarem o efeito suspensivo aos Embargos à Execução, deixando dúvidas sobre qual seria o meio de impugnação adequado para atacar o decisum que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 4. A situação dos autos reclama a utilização de interpretação extensiva do art. 1.015, X, do CPC/2015. 5. Em que pese o entendimento do Sodalício a quo de que o rol do citado art. da nova lei processual é taxativo, não sendo, portanto, possível a interposição de Agravo de Instrumento, nada obsta a utilização da interpretação extensiva. 6. “As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos”. (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3. Fredie Didie Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. ed. JusPodivm, 13ª edição, p. 209). 7. De acordo com lição apresentada por Luis Guilherme Aidar Bondioli, “o embargante que não tem a execução contra si paralisada fica exposto aos danos próprios da continuidade das atividades executivas, o que reforça o cabimento do agravo de instrumento no caso”. (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XX. Luis Guilherme Aidar Bondioli. ed. Saraiva, p. 126). 8. Ademais, o pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução poderia perfeitamente ser subsumido ao que preconiza o inciso I do art. 1.015 do CPC/2015, por ter

foi defendida pela maioria das entidades que atuaram como amici curiae no caso.

Por fim, o STJ expôs a tese de que o rol do art. 1.015, do CPC, é exemplificativo. Nesta linha, os incisos do dispositivo legal são apenas ilustrações de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, havendo outras situações em que o recurso seria cabível. Para ilustrar a tese, o acórdão cita William Santos Ferreira, segundo o qual a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias deve ser avaliada sob a ótica dos elementos de interesse recursal e da eventual inutilidade futura da impugnação diferida por meio de apelação⁶. Outros autores também acresciam exemplos específicos, tais como questões relacionadas à ordem pública e as nulidades absolutas⁷.

natureza de tutela provisória de urgência. Dessa forma, por paralelismo com o referido inciso do art. 1015 do CPC/2015, qualquer deliberação sobre efeito suspensivo dos Embargos à Execução é agravável. 9. Dessa forma, deve ser dada interpretação extensiva ao comando contido no inciso X do art. 1.015 do CPC/2015, para que se reconheça a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento nos casos de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo aos Embargos à Execução. 10. Recurso Especial provido. STJ. Segunda Turma. **REsp 1694667/PR**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 05/12/2017.

6 FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. **Revista de Processo**, nº 263. São Paulo: RT, jan. 2017, p. 193/203.

7 O acórdão cita CRUZ E TUCCI, José Rogério. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento. **Conjur**. 18/07/2017; GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Processo Civil de 2015**. Salvador: Juspodivm, 2016.

Após avaliar as três correntes, o STJ aponta no acórdão que tomou conclusões preliminares. Pela importância destes itens, são eles transcritos a seguir:

(i) A controvérsia limita-se, essencialmente, à recorribilidade das interlocutórias na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceto o processo de inventário, em virtude do que dispõe o art. 1.015, parágrafo único, do CPC, que prevê ampla recorribilidade das interlocutórias na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

(ii) A majoritária doutrina se posicionou no sentido de que o legislador foi infeliz ao adotar um rol pretensamente exaustivo das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento na fase de conhecimento do procedimento comum, retornando, ao menos em parte, ao criticado modelo recursal do CPC/39.

(iii) O rol do art. 1.015 do CPC, como aprovado e em vigor, é insuficiente, pois deixa de abarcar uma série de questões urgentes e que demandariam reexame imediato pelo Tribunal.

(iv) Deve haver uma via processual sempre aberta para que tais questões sejam desde logo reexaminadas quando a sua apreciação diferida puder causar prejuízo às partes decorrente da inutilidade futura da impugnação apenas no curso de apelação.

(v) O mandado de segurança, tão frequentemente utilizado na vigência do CPC/39 como sucedâneo recursal e que foi paulatinamente reduzido pelo CPC/73, não é o meio processual mais adequado para que se provoque o reexame da questão ventilada em decisão interlocutória pelo Tribunal.

(vi) Qualquer que seja a interpretação a ser dada por esta Corte, haverá benefícios e prejuízos, aspectos positivos e negativos, tratando-se de uma verdadeira “escolha de Sofia”.

(vii) Se, porventura, o posicionamento desta Corte se firmar no sentido de que também é cabível o agravo de instrumento fora das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, será preciso promover a modulação dos efeitos da presente decisão ou estabelecer uma regra de transição, a fim de proteger às partes que, confiando na absoluta taxatividade do rol e na interpretação restritiva das hipóteses de cabimento do agravo, deixaram de impugnar decisões interlocutórias não compreendidas no art. 1.015 do CPC.

Verifica-se, desde logo, que o STJ foi convencido a respeito da insuficiência do art. 1.015, do CPC. Na ótica da corte, o problema que precisava ser enfrentado dizia respeito a situações urgentes que demandariam julgamento imediato por um tribunal, mas que não estavam previstas no rol taxativo do dispositivo legal. Este foi o ponto central para a tomada da decisão, exposta no próximo item.

3. A nova hipótese de cabimento de agravo de instrumento

A partir das premissas estabelecidas acima, o STJ, em acórdão relatado pela Min. Nancy Andrighi, decidiu que o art. 1.015, do CPC, possui taxatividade mitigada⁸.

8 RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art.

1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia

É importante destacar que a resposta da Corte foi muito mais completa do que a mera afirmação da referida mitigação da taxatividade. Ao contrário, a fundamentação da decisão permite a formação de uma teoria muito mais completa e coerente do que a simples repetição do nome conferido ao tema aparenta.

Em primeiro lugar, o STJ destacou a importância de se compreender o Direito Processual como um siste-

pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.
5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na ripristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência.

9- Recurso especial conhecido e provido.

STJ. CORTE ESPECIAL. **REsp 1704520/MT**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 05/12/2018.

ma jurídico, vinculado à Constituição como elemento de validade e de normatividade. Nesta linha, o acórdão também destacou as Normas Fundamentais do Processo Civil, conjunto de princípios considerados, pelo próprio Código, como parâmetros para sua interpretação⁹. Esta observação permite ao órgão julgador identificar a interpretação mais coerente a respeito da questão.

Assim, destaca o STJ que a exposição de motivos do anteprojeto do CPC e os posicionamentos manifestados na tramitação do Projeto de Lei tinham o objetivo de, efetivamente, restringir a utilização do agravo de instrumento. Compreendido como sistema, é forçoso reconhecer que CPC não vê o agravo de instrumento como o recurso que desafia qualquer decisão interlocutória. Ao contrário, a regra geral, estabelecida pelo CPC, é a recorribilidade das decisões interlocutórias em sede de preliminar de apelação, exceto nos casos em que cabe agravo de instrumento. Ou seja, entendeu o STJ que o art. 1.015, do CPC, é, essencialmente, um caso de derrotabilidade expressa da regra geral do Código.

No entanto, o próprio legislador conferiu ao agravo de instrumento a função de permitir o imediato reexame, por um tribunal, de matérias ou situações que não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de ape-

9 ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. V. 3. São Paulo: RT, 2016, p. 8.

lação. Ocorre que o Código, na visão do STJ, não foi – e jamais seria – capaz de prever todas as hipóteses em que há matéria decidida em decisão interlocutória que não pode aguardar a discussão em eventual recurso de apelação. Por isso, sustenta o acórdão que é “tarefa desta Corte, pois, conferir à regra do art. 1.015 do CPC a interpretação que melhor se coaduna com a sua razão de existir e com as normas fundamentais insculpidas pelo próprio CPC”¹⁰.

A chave para a compreensão do fundamento do acórdão do STJ surge neste ponto. O entendimento da Corte é de que existem situações que devem ser impugnadas por agravo de instrumento, mas que não foram previstas pelo art. 1.015. Estas situações não podem ser reduzidas a um texto no formato de regra (“se F, então CN”) justamente porque não há como delimitar a natureza de tais situações. No entanto, é possível delimitar as condições para que o recurso de agravo de instrumento seja admitido nessas hipóteses.

Para o STJ, o critério essencial de cabimento do agravo em situações não previstas pelo art. 1.015, do CPC, é a presença da urgência. Nos termos do acórdão, este é o “elemento que deverá nortear quaisquer interpretações relacionadas ao cabimento do recurso de agravo de instrumento fora das hipóteses”¹¹ previstas pela lei. O acórdão vai mais além e afirma que é possível verificar, a priori,

10 STJ. CORTE ESPECIAL. **REsp 1704520/MT**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 05/12/2018, p. 37.

11 STJ. CORTE ESPECIAL. **REsp 1704520/MT**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 05/12/2018, p. 38.

diversas situações urgentes que não foram contempladas pelo legislador e que não podem ser deixadas apenas para análise quando do recurso de apelação, pois a prestação jurisdicional ocorreria de forma tardia.

Dentre as situações identificadas pelo STJ, não previstas pelo art. 1.015, do CPC, está a decisão que indefere a decretação de segredo de justiça ao processo. Neste caso, não havendo previsão legal, a parte só poderia discutir novamente o direito ao segredo de justiça em preliminar de apelação, ou seja, após toda a instrução processual tramitar de forma pública. Este caso é um exemplo do que o STJ denominou de “inutilidade de a questão controvertida ser examinada apenas por ocasião do julgamento do recurso de apelação”. Como afirmado acima, a chave para a compreensão desta hipótese é a urgência: se o tribunal competente não apreciar a questão por meio de agravo de instrumento, a apreciação posterior será prejudicada ou causará dano à parte.

O acórdão destaca, também, que a solução de interpretação extensiva ou analógica não é suficiente para resolver o problema. Afinal, existem situações urgentes que não poderiam ser identificadas no rol do art. 1.015, ainda que houvesse interpretação extensiva. No caso do segredo de justiça, por exemplo, não há qualquer inciso na lei que permita desenvolver esta conclusão.

A Corte oferece outro exemplo para demonstrar que o critério estabelecido tem a urgência como ponto central e a necessidade de provimento jurisdicional

imediatamente como objetivo. É a hipótese de recorribilidade para impugnar decisão sobre competência. De acordo com o acórdão, “não é crível, nem tampouco razoável, que o processo tramite perante um juízo incompetente por um longo período e, somente por ocasião do julgamento da apelação (...) seja reconhecida e determinado o retorno ao juízo competente”.

O critério estabelecido pela Corte, diante destes argumentos, pode ser sintetizado da seguinte forma: é cabível agravo de instrumento diante da urgência de reexame da questão e da futura inutilidade da apreciação do tema quando do julgamento da apelação.

A decisão proferida pelo STJ não acolheu nenhuma das teses propostas pela doutrina. Afastou a tese da taxatividade absoluta, admitindo o cabimento de outra hipótese não prevista pela lei. Por outro lado, afastou a tese da taxatividade com interpretação extensiva, pois não admitiu a interpretação dos incisos do art. 1.015. Igualmente, não admitiu que o rol é meramente explicativo, considerando que há uma razão de ser na limitação das matérias impugnáveis por agravo de instrumento.

O nome dado à tese, “taxatividade mitigada”, é apenas uma forma de designar a tese construída pela Corte Especial do STJ. Não se trata, ao contrário do que se pode imaginar, que cada um dos incisos do dispositivo legal pode ser mitigado diante de alegações feitas no caso concreto. Na verdade, a mitigação da taxatividade ocorreu porque o

STJ admitiu uma nova hipótese de cabimento de agravo de instrumento não prevista na lei: a que decorre da urgência da apreciação da matéria, pelo tribunal.

4. A proposta de modulação dos efeitos da decisão

O presente artigo não tem o objetivo de oferecer juízo de valor sobre a decisão comentada. Seu propósito foi, como declarado no início, oferecer elementos para a compreensão da ratio decidendi do acórdão, o que foi cumprido no item anterior. Há, porém, um último assunto que merece destaque. O STJ, atento às alterações que sua decisão poderia provocar nos processos em curso, dedicou capítulo de sua decisão para tratar da modulação dos efeitos de seu novo posicionamento.

É que, ao se admitir uma nova hipótese de recorribilidade pela via do agravo de instrumento, ao mesmo tempo se retira do ordenamento uma hipótese de cabimento de preliminar de apelação. Ou seja, a decisão do STJ poderia gerar, como efeito cascata, uma série de preclusões de matérias urgentes que não foram impugnadas por agravo de instrumento, entre os anos de 2016 e 2018, em razão da interpretação de que o rol do art. 1.015 era taxativo.

Sobre o tema, o STJ apresentou duas considerações. Em primeiro lugar, o acórdão afirma que a hipótese excepcional de recorribilidade por agravo de instrumento, quando não exercida pela parte, não implica preclusão. Isto ocorre por três razões. No que toca à preclusão temporal,

a Corte optou por preservar o texto legal, de modo que não se considera preclusa a matéria até a oportunidade de alegá-la como preliminar de apelação. Em segundo lugar, sobre a preclusão lógica, destacou o STJ que a matéria não impugnada de imediato está momentaneamente imune à preclusão – novamente, por força do texto legal. Por fim, sobre a preclusão consumativa, também não há produção de efeitos do instituto, uma vez que o juízo negativo do agravo de instrumento preserva a possibilidade de discutir o tema pela via da apelação.

Ou seja, não recebido o agravo, a matéria pode ser alegada por preliminar de apelação. Não interposto o agravo, a matéria não preclui até a interposição do recurso de apelação.

Para além da explicação teórica, o STJ também consignou, expressamente, que o regime proposto pelo acórdão somente passará a ter validade com a aplicação da tese após a publicação do acórdão.

5. Considerações finais

Em que pese a expressão empregada pelo STJ a respeito de sua interpretação sobre o art. 1.015, do CPC, ter gerado debate no âmbito forense, a compreensão do acórdão aponta para uma solução bastante razoável e coerente, por parte da Corte. A melhor compreensão a respeito do assunto, portanto, é abandonar – ou não buscar o significado literal – da expressão “taxatividade mitigada”.

Em verdade, o que fez o STJ foi preservar as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento previstas no código e acrescentar uma última, de caráter aberto, a fim de admitir o cabimento do recurso diante da urgência de reexame da questão e da futura inutilidade da apreciação do tema quando do julgamento da apelação.

Caberá aos tribunais, a partir de agora, avaliar as situações de urgência, contribuindo para a formação de precedentes que confirmam materialidade ao acórdão do STJ, sempre preservando os ideais de coerência, integridade e estabilidade da jurisprudência.

Alessandra Cortina Santos
Alexandre Barbosa da Silva
Ana Paula de Oliveira
Consuelo Guasque
Dânton Zanetti
Edgar Guimarães
Flávio Santos Lima
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Maurício Dalri Timm do Valle
Pedro Henrique Carvalho da Costa
Pierre Lourenço da Silva
Rosane Pabst Caldeira Smuczek
Sabrina Maria Fadel Becue
Themis Ortega Sampaio
Valterlei A. da Costa
William Soares Pugliese