Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Mariana Passos Beraldo
Coordenadores

ESTUDOS JURÍDICOS:
CONSTITUCIONAL E EMPRESARIAL

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR FERNANDO PASSOS

20 anos de coordenação do Curso de Direito da Uniara

APRESENTAÇÕES
Luiz Felipe Cabral Mauro
Ives Gandra da Silva Martins
Almino Affonso
Marcelo Barbieri

CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS
Michel Temer
Gilmar Ferreira Mendes

AUTORES CONVIDADOS
André Santa Cruz
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Antônio Garbelini Junior
Armando Luiz Rovai
Arthur Gabriel Rodrigues do Amaral
Carla Abrantkoski Rister
Dimas Ramalho
Edmundo Alves de Oliveira
Edson Ricardo Saleme
Ernesto Gomes Esteves Neto
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando da Costa Tourinho Filho
Filomeno Moraes
Francisco Satiro
Gerardo Figueiredo Júnior
Gesner Oliveira
Gianpaolo Poggio Smanio
Gilberto Giusti
Guilherme de Souza Nucci
Gianluca Martins Smanio
Gustavo Ramiro Costa Neto
Manoel Carlos Toledo Filho
Marcelo Doval Cesarino Affonso
Marcelo Melo Barreto de Araujo
Marcos da Costa
Maria Cristina Mattioli
Mariana Passos Beraldo
Mauricio Moreira Menezes
Nelson Antonio Daiha Filho
Newton De Lucca
Orides Mezzaroba
Paulo Ricardo Arena Filho
Pedro Zanotta
Rubens Beçak
Rudson Coutinho da Silva
Samantha R. Meyer-Pflug Marques
Sérgio Campinho
Sérgio de Oliveira Médici
Tiago Romano
Uinie Caminha
Vicente Bagnoli
Wagner Menezes

UNIARA
UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA



A UNIARA e o Curso de Direito

A UNIARA iniciou suas atividades no ensino superior em 1968. Atualmente, possui 32 cursos de graduação, incluindo Direito, Engenharia e Medicina, cinco Mestrados: Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente, Engenharia de Produção, Ciências Odontológicas, Educação, Biotecnologia e Direito, e dois Doutorados: Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente e Biotecnologia.

O Curso de Direito iniciou em 1970, e colabora intensamente para que a Universidade exerça o seu papel como instituição concebida e estruturada a partir dos princípios normativos e valorativos da sociedade.

Neste meio século de existência vem contribuindo com a formação técnico-jurídica da grande maioria dos operadores do direito da região por ter sempre adotado uma formação entre a prática e os conteúdos teóricos. Foi pioneira na adoção das disciplinas de Educação Ambiental e Mediação, Conciliação e Arbitragem.

O Curso promove a articulação entre ensino, pesquisa e extensão, que materializam a função social da Universidade e se destacam na produção de espaços democráticos de discussão e ampliação da dignidade da pessoa humana, da justiça, da ética e da cidadania.

Dos 50 anos, a presença do professor Fernando Passos nestes últimos 20 anos como Coordenador do Curso de Direito é certamente esteio desta tradição.

ESTUDOS JURÍDICOS:
CONSTITUCIONAL E EMPRESARIAL

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR FERNANDO PASSOS

20 anos de coordenação do Curso de Direito da Uniara

UNIARA
UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA

RiMa

ESTUDOS JURÍDICOS:
CONSTITUCIONAL E EMPRESARIAL

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR FERNANDO PASSOS

20 anos de coordenação do Curso de Direito da Uniara

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Mariana Passos Beraldo
(coordenadores)

Apresentações
Luiz Felipe Cabral Mauro • Ives Gandra da Silva Martins •
Almino Monteiro Alvares Affonso • Marcelo Fortes Barbieri

Contribuições Especiais
Michel Temer • Gilmar Ferreira Mendes

Autores Convidados e Coautores
André Santa Cruz • Antonio Carlos Rodrigues do Amaral • Antônio Garbelini Junior • Armando Luiz Rovai • Arthur Gabriel Rodrigues do Amaral • Carla Abrantkoski Rister • David França Ribeiro de Carvalho • Dayane Garcia Lopes Criscuolo • Dimas Ramalho • Edmundo Alves de Oliveira • Edson Ricardo Saleme • Emerson Antônio Maccari • Ernesto Gomes Esteves Neto • Fábio Ulhoa Coelho • Fernando da Costa Tourinho Filho • Filomeno Moraes • Francisco Satiro • Gabriel Vargas de Menezes • Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro • Gerardo Figueiredo Júnior • Gesner Oliveira • Gianluca Martins Smanio • Gianpaolo Poggio Smanio • Gilberto Giusti • Giovanna Longo Eischen • Guilherme de Siqueira Castro • Guilherme de Souza Nucci • Gustavo Ramiro Costa Neto • Igor Azevedo • Manoel Carlos Toledo Filho • Marcelo Doval Cesarino Affonso • Marcelo Melo Barreto de Araujo • Marcos da Costa • Maria Cristina Mattioli • Mariana Passos Beraldo • Mauricio Moreira Menezes • Nelson Antonio Daiha Filho • Newton De Lucca • Orides Mezzaroba • Paulo Ricardo Arena Filho • Pedro Zanotta • Ricardo Augusto Bonotto Barboza • Rubens Beçak • Rudson Coutinho da Silva • Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques • Sérgio Campinho • Sérgio de Oliveira Médici • Silvia E. B. Saborita • Stéphanie Rolando Bodal • Tiago Romano • Uinie Caminha • Vicente Bagnoli • Wagner Menezes

UNIARA
UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA
RiMa

Copyright © 2020 dos autores

Direitos reservados desta edição
UNIARA – Universidade de Araraquara

E82e

Estudos jurídicos: constitucional e empresarial – em homenagem ao Professor Fernando Passos: 20 anos de coordenação do curso de Direito da UNIARA / coordenado por Antonio Carlos Rodrigues do Amaral e Mariana Passos Beraldo – São Carlos: RiMa Editora, 2020.

593 p. il.

ISBN – 978-65-88549-03-2

1. UNIARA. 2. Fernando Passos. 3. Direito. 4. Constituição. 5. Direito Empresarial. I. Autores. II. Título.

COMISSÃO EDITORIAL
Dirlene Ribeiro Martins
Paulo de Tarso Martins
Carlos Eduardo M. Bicudo (Instituto de Botânica - SP)
Evaldo L. G. Espíndola (USP - SP)
João Batista Martins (UEL - PR)
Michèle Sato (UFMT - MT)

RiMa

Rua Virgílio Pozzi, 81 – Santa Paula
13564-040 – São Carlos, SP
Fone/Fax: (16) 988064652

Sumário

Palavras Iniciais

Palavras Iniciais 9
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral

Apresentações

Prof. Fernando Passos 13
Luiz Felipe Cabral Mauro

Breves Linhas sobre o Professor Fernando Passos 15
Ives Gandra da Silva Martins

Fernando Passos – Grande Exemplo 17
Almino Monteiro Alvares Affonso

Fernando Passos: Militância política, jurídica e universitária 19
Marcelo Fortes Barbieri

Contribuições Especiais

A Harmonia do Sistema Constitucional Brasileiro 27
Michel Temer

Debates Necessários à Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos Acordos de Colaboração 33
Gilmar Ferreira Mendes

Autores Convidados e Coautores

A Lei da Liberdade Econômica e as mudanças na Legislação de Registro Empresarial 45
André Santa Cruz

Anticorrupção Global e o Projeto de Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira (FEPA) dos Estados Unidos 55
Antonio Carlos Rodrigues do Amaral

As Universidades e a Advocacia da Concorrência 63
Antônio Garbelini Junior

Do Impacto da Crise do Coronavírus na Seara Jurídica, Contratual e Negocial 73
Armando Luiz Rovai

O *Yates Memorandum* e os Acordos de Leniência sob os auspícios da Lei Brasileira Anticorrupção 83
Arthur Gabriel Rodrigues do Amaral e *Stéphanie Rolando Bodal*

O *Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA* e sua influência sobre a Troca Internacional de Informações em Matéria Fiscal 97
Carla Abrantkoski Rister

De Bresser aos Dias Atuais: Caminhos e desafios do Terceiro Setor 107
Dimas Ramalho

A Função Social da Graduação em Direito da Universidade de Araraquara: A trajetória de um curso que foi protagonista da formação conciliadora 117
Edmundo Alves de Oliveira, Ricardo Augusto Bonotto Barboza, Emerson Antônio Maccari e *Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro*

Solução de Controvérsias no Mercosul e o Ingresso do Estado Plurinacional da Bolívia 129
Edson Ricardo Saleme e *Silvia E. B. Saborita*

Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno: Comentários sobre a proteção dos direitos da pessoa com deficiência no Brasil a partir da atuação da Organização das Nações Unidas 141
Ernesto Gomes Esteves Neto

A Execução de Obrigação Garantida por Alienação Fiduciária de Bem Imóvel e a Recuperação Judicial do Fiduciante 157
Fábio Ulhoa Coelho

A Presunção de Inocência e o Trânsito em Julgado 167
Fernando da Costa Tourinho Filho

Max Weber: Pandemia, morte e legado teórico-político-constitucional 177
Filomeno Moraes

Credor Garantido por Alienação Fiduciária no Processo de Recuperação Judicial: Impossibilidade de execução individual 191
Francisco Satiro

O Brasil e o *Food Law* – Um novo modelo para o enfrentamento da questão alimentar 199
Gerardo Figueiredo Júnior e *Giovanna Longo Eischen*

É eficiente diminuir a Multa de Empresas que adotem Programas Prévios de *Compliance* Antitruste? 211
Gesner Oliveira e *Igor Azevedo*

A Proteção Conferida aos Metadados de Comunicação na Interceptação Telemática no Brasil 221
Gianpaolo Poggio Smanio e *Gianluca Martins Smanio*

As Garantias de Cumprimento da Sentença Arbitral 239
Gilberto Giusti

Os Fatores Distintivos na Aplicação da Pena e Seus Critérios Práticos 253
Guilherme de Souza Nucci

Novo Marco Legal das Franquias Empresariais: Breves reflexões sobre o dever de informação e as consequências da inobservância do prazo de entrega da circular de oferta de franquia 273
Gustavo Ramiro Costa Neto

Covid-19 e o Direito do Trabalho – Um enfoque preliminar 283
Manoel Carlos Toledo Filho

A imprescindibilidade do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração e os desafios em conciliar Desburocratização e Segurança 297
Marcelo Doval Cesarino Affonso

Divagações sobre Direito Digital, Privacidade e Proteção de Dados Pessoais 307
Marcelo Melo Barreto de Araujo

Impacto da Tecnologia sobre a Justiça 319
Marcos da Costa

Relações Coletivas de Trabalho no Brasil: Cenário para uma reforma 327
Maria Cristina Mattioli

Fair Share of Taxation e o Caso Starbucks na União Europeia 339
Mariana Passos Beraldo

Diálogos entre os Regimes Fiscal e Societário no contexto do Aproveitamento de Ágio 353
Mauricio Moreira Menezes e *Gabriel Vargas de Menezes*

O Pacto de Mediação Obrigatória: Eficácia obrigacional *versus* autonomia da vontade e (in)aplicabilidade aos contratos de adesão e às situações de vulnerabilidade 371
Nelson Antonio Daiha Filho

A Covid-19 e a absoluta necessidade de Medidas Emergenciais 385
Newton De Lucca

A Democracia Eletrônica: (Re)modelagem para o sistema democrático no mundo em rede 401
Orides Mezzaroba

Uma Análise da Organização Judiciária sob a ótica da Teoria Geral dos Sistemas: Um indicativo de como a sua eficiência é vital para a sua sobrevivência 409
Paulo Ricardo Arena Filho

Colaboração entre Empresas em Cenário de Crise 425
Pedro Zanotta e *Dayane Garcia Lopes Criscuolo*

Digital Tracking and Tracing (DTT) Systems, Controle Epidemiológico e Privacidade em Tempos de Covid-19 no Brasil 439
Rubens Beçak e *Guilherme de Siqueira Castro*

Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: Eficácia direta e o legislador ordinário 459
Rudson Coutinho da Silva

O Papel das Forças Armadas e o Art. 142 da Constituição de 1988 479
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

Responsabilidade das Sociedades Agrupadas 495
Sérgio Campinho

Ensaio sobre o Concurso de Normas Penais 511
Sérgio de Oliveira Médici e *Ernesto Gomes Esteves Neto*

A mudança de Prenome e do Gênero no Registro Civil como premissa de garantia dos Direitos Humanos 525
Tiago Romano

Responsabilidade de Credores por Atos de Controle Societário 535
Uinie Caminha

Ferramentas Inovadoras para Defender e Promover a Concorrência: A experiência da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo 549
Vicente Bagnoli

Os Sistemas de *Opting-Out* e *Opting-In* da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG) e sua aplicação no Brasil 557
Wagner Menezes e *David França Ribeiro de Carvalho*

Palavras Iniciais

Palavras Iniciais

A presente obra, elaborada por iniciativa dos professores, alunos e graduados do Curso de Direito da tradicional Universidade de Araraquara (UNIARA), é justa expressão de homenagem e agradecimento aos 20 anos de intensa e vitoriosa coordenação do professor Fernando Passos.

Certamente por nossas afinidades e, sobretudo, pela amizade fraterna com o Prof. Fernando Passos e sua família, além de ter com ele participado de incontáveis iniciativas institucionais, acadêmicas e profissionais ao longo de décadas, inclusive relacionadas à UNIARA, coube-me a honra de ter sido convidado a co-coordenar este significativo livro. A tarefa foi imensamente facilitada tanto pela esmerada dedicação de nossa diligente co-coordenadora Profa. Mariana Passos Beraldo quanto pela acolhida ao convite e satisfação com que os autores invariavelmente contribuíram com suas inestimáveis reflexões doutrinárias.

As superiores Apresentações feitas por insignes e estimados amigos de Fernando Passos – Prof. Luiz Felipe Cabral Mauro, Magnífico Reitor da UNIARA, Prof. Ives Gandra Martins, Almino Affonso e Marcelo Barbieri – tocam diversos aspectos da sua personalidade modelar e caráter irrepreensível: como talentoso e laborioso advogado e liderança na advocacia araraquarense, paulista e brasileira; como notável acadêmico e professor admirado por seus pares e milhares de alunos formados sob sua coordenação ou nas suas disciplinas de Direito Empresarial; como escritor festejado por suas crônicas e centenas de artigos e colunas; como líder estudantil e político destacado ao início de sua carreira; como pai de família (e também avô!) afetuoso, empenhado e compreensivo; e como cidadão de comportamento cívico e ético exemplar.

Além de somar fileiras aos elogios enaltecidos nas Apresentações, conheço Fernando desde nossa juventude, pouco após nos formarmos em Direito (ele na USP e eu no Mackenzie). E desde então tem sido amigo leal e de todas as horas, sempre pronto a estender seu caloroso abraço. Um verdadeiro irmão, não mais velho, mas tarimbado pelas boas e mais difíceis experiências da vida, generoso com seu tempo e aberto aos desafios com um sorriso e a ternura inigualável de um grande coração!

Fernando é eternamente apaixonado pela querida Rosângela, verdadeira musa inspiradora, companheira inseparável e amor adolescente que permanece sempre jovem! Viajante contumaz, conhece praticamente o mundo todo. Apreciador dos bons vinhos, é um genuíno *connoisseur*.

Fernando Passos é *único* na acepção mais preciosa do termo!

Quanto aos renomados autores convidados e ilustres coautores e sobre o excepcional nível dos artigos doutrinários – que se iniciam com abalizado estudo do ex-presidente da República Michel Temer, erudito professor de Direito Constitucional, seguido de instigante exposição teórica do eminente ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal –, cabe distinguir que são exímias colaborações ao aprimoramento das políticas públicas e contribuições marcantes para o avanço das instituições e do pensamento jurídico e acadêmico pátrios.

Parabéns ao Prof. Fernando Passos por esta justa e merecida homenagem!

Boa leitura a todos!

Prof. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral

Doutor e Mestre em Educação, com distinção (USP). *Master of Laws* (*LL.M*.) e *ITP*, com distinção de excelência acadêmica (*Harvard Law School*). *Visiting Scholar* (*Columbia Law School*, 2018-2020). Professor de Direito e integrante do Comitê Estratégico do Mackenzie Integridade – Centro de Estudos Avançados em Políticas de Integridade e Políticas Públicas da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Acadêmico titular da Academia Paulista de Direito (APD), da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ) e da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT). *Legal Consultant* admitido pela *Supreme Court of New York* (*Appellate Division*, *Manhattan*) e *Foreign Legal Consultant* certificado pela *Florida State Bar Association*. Advogado e parecerista no Brasil.

Apresentações

Prof. Fernando Passos

Luiz Felipe Cabral Mauro[1]

Esta obra coroa, com êxito, o trabalho e a dedicação do Dr. Fernando, grande educador de nossa Universidade que colocou nosso curso de Direito entre os dez mais bem conceituados do Brasil, e é um dos coordenadores mais antigos da área, no estado de São Paulo. Porém, não nos referimos apenas ao educador, mas também ao querido amigo e companheiro, para quem poderíamos escrever páginas e páginas exaltando suas excelentes qualidades.

Ao longo de décadas de trabalho e amizade dedicadas à família UNIARA, pudemos compartilhar vários momentos, alegres e tristes, e comemorar conquistas, reconhecimentos e aprendizados.

O querido amigo Fernando tem sido fundamental para nós da UNIARA; sua competência, resiliência, inteligência, humildade e altruísmo fazem a diferença para aqueles que têm o privilégio de com ele conviver e aprender diariamente.

Aliada às suas qualidades como ser humano, o Dr. Fernando Passos reune invejável bagagem em educação superior; é formado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), porém não se acomodou na profissão, tornando-se mestre em Direito pela UNESP de Franca, chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e coordenador do curso de Direito da UNIARA, desde 2000, desempenhando, com maestria, funções políticas, diplomáticas e acadêmicas, orientando também projetos de pesquisa do nosso Mestrado em Direito. Mesmo com tantas atribuições, nunca abriu mão da tarefa essencial do professor de despertar a alegria de trabalhar e conhecer, mantendo contato com os alunos aos quais ministra aulas de Direito Empresarial.

Queremos ainda ressaltar a competência do Dr. Fernando no tratamento das questões de interesse da UNIARA junto ao Conselho Nacional de Educação, como também ao Ministério da Educação. DIPLOMACIA, eis o termo preciso para o seu desempenho constante junto às autoridades educacionais do país ao qual são devidas em grande parte as nossas conquistas. Sua atividade acadêmica, marcada pela ampliação e valorização do ensino jurídico no Brasil, é motivo de muito orgulho para nós e para toda a comunidade acadêmica da UNIARA.

---

1. Reitor da UNIARA, Doutor em Ciências Humanas (Educação) pela Universidade Mackenzie e Mestre em Desenvolvimento Social pela UERJ.

Nosso conterrâneo, o Dr. Fernando Passos, tem prestado relevantes contribuições à nossa cidade, ocupando a presidência da Academia Araraquarense de Letras, com eficiência e grande orgulho.

É, para nós, uma honra e um privilégio poder expressar, nestas palavras, nossa profunda admiração por esse profissional e ser humano fantástico, desejando-lhe ainda mais sucessos.

Obrigado, caro amigo Fernando, por toda a sua dedicação neste longo tempo de convivência.

Breves Linhas sobre o Professor Fernando Passos

Ives Gandra da Silva Martins[1]

Conheci o professor Fernando Passos quando Abram Szajman apresentou-me para compor o Conselho Superior de Direito, que eu presidia desde 1989. Tal encontro ocorreu no início da década de 1990.

Era um jovem advogado, vereador em sua cidade natal (Araraquara), e já um brilhante orador. Impressionou-me desde a sua primeira manifestação em nosso colegiado, por seu posicionamento nas diversas questões, visto que unia a prudência ao conhecimento da temática, apresentando sugestões e soluções quase sempre aprovadas.

O Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP muito deve à sua atuação de décadas, não só nos debates em plenário, mas nas Comissões de que participou, nas representações da entidade no Brasil e no exterior e nos livros, revistas e publicações em que elaborou estudos.

Tive o privilégio de examiná-lo em sua titulação para o mestrado na UNESP, Faculdade de Direito, tendo merecido o grau máximo da banca examinadora pela qualidade da dissertação que sustentou, respondendo às indagações dos examinadores com pertinência, serenidade e elegância.

Fui convidado uma vez para ministrar palestra na Universidade em que leciona, uma das mais prestigiosas do Estado de São Paulo, tendo admirado, na ocasião, não só a qualidade do ensino na instituição e o brilho acadêmico de seus lentes, como a inquestionável liderança de Fernando Passos perante seus alunos, em que o respeito e a gratidão pela excelência de suas aulas eram facilmente notados.

Fernando Passos é, hoje, um dos grandes juristas do país, pois, além de uma intensa atividade profissional, exerce o magistério com especial dedicação

---

1. Professor emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de S. Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor *honoris causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS. Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP. Ex-presidente da Academia Paulista de Letras (APL) e do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

e competência, não poucas vezes apresentando expressiva exposição doutrinária de suas teses e ideias.

Não sem razão, quando o Conselho Superior de Direito encampou o projeto de Código Comercial de Fábio Ulhôa Coelho, também seu conselheiro, designou, para acompanhar o eminente professor titular da PUC-SP, o professor Fernando Passos, que com ele esteve em inúmeros contatos em Brasília e além fronteiras, participando intensamente de audiências públicas, conferências e escritos.

Tenho a satisfação de ter escrito inúmeros livros com Fernando Passos.

Acresce-se ao profissional bem-sucedido, competente e responsável, a figura do pai de família, num casamento em que a presença de Deus não falta, tendo inclusive em seu escritório uma capela para o Santo da Vida Cotidiana, no dizer de São João Paulo II, ou seja, São Josemaria Escrivá.

Por essa razão, entre colegas, clientes, companheiros de trabalho, magistrados, professores e acadêmicos, é Fernando Passos reconhecido como um dos expoentes do Direito da nova geração brasileira.

Fernando Passos – Grande Exemplo

Almino Monteiro Alvares Affonso[1]

Retorno ao tempo já distante, embora não consiga retê-lo: quase adolescente – o Fernando Passos era um jovem – no redemoinho do Comitê Político de 1982, no qual eu plantara minha candidatura ao Senado Federal. As esperanças me alimentavam a luta, mas as nebulosas predominavam... O que fazia entre nós o jovem Fernando Passos? Chegara um dia, retornara sem delongas, ganhara a simpatia... Atendia o telefone se necessário. Revia o texto que Milena – adorável datilógrafa – compusera. Levava cartas ao correio. Creio que lhe encantavam as pregações políticas do candidato. Talvez porque se detinham nas questões sociais ou ganhavam fôlego ao polemizar em defesa da "Petrobras" como renomado militante do "Centro Acadêmico XI de Agosto". Outros jovens também nos acompanhavam – estudantes de Sociologia, de Direito, de Ciência Política... Ou talvez tudo se explique pelas contingências familiares. Seu pai – que eu tive a honra de conhecer – enfrentara o desemprego, pagando o preço de haver liderado uma greve. Mas continuara sendo um lutador: candidato a vereador em Araraquara! O filho, ao que parece, tinha a quem puxar! Mas como, ao mesmo tempo, sem eira nem beira? Suponho que a força de minhas palavras, mesmo nos comícios improvisados, transformava-se em mensagens de sua própria vida!

A rigor, como estudante de Direito (do "Largo de São Francisco"), Fernando Passos fora definindo seus rumos... Mesmo a certa distância (pelo menos eleitoral) lhe agradava ouvir Fernando Henrique Cardoso, Mário Covas, José Serra, até o próprio Franco Montoro – candidato a governador do Estado... Paradoxos a meu ver: pois todos eles apoiavam Severo Gomes para o Senado, não obstante haver sido ministro de Estado do Governo Militar! Mas o próprio Partido Comunista o apoiava! Suponho que, em meio a essas contradições da realidade política, Fernando Passos foi trabalhando o seu perfil intelectual e de honradez pessoal. Não lhe foi pequeno o desafio: pois Severo Gomes lograra ser eleito senador! Mas eu lhe deixara um exemplo a ser lembrado: pois guardei com orgulho 1.861.000 votos e a fidelidade democrática para sempre.

---

1. Advogado formado pelo Largo de São Francisco (turma 1953), ministro do Trabalho e Previdência Social do governo João Goulart, deputado federal por vários mandatos, secretário dos Negócios Metropolitanos em São Paulo, vice-governador do Estado de São Paulo, conselheiro da República (2004/2007), autor de diversos livros, de história, biografia, contos e poesia, incluindo a indicação para o Premio Jabuti do livro "1964 na visão do Ministro do Trabalho de João Goulart".

Não obstante as ponderações (que as mantenho), Franco Montoro fora eleito governador do estado e me convidara para assumir a Secretaria de Estado dos Negócios Metropolitanos, que supervisionava a "Emplasa" e o "Metrô" em plena expansão. Não me detenho na análise de minha administração, embora dela me envaideça. E tenho a alegria de haver incorporado ao meu gabinete tantos jovens de talento, que ainda hoje dão brilho a São Paulo pela eficiência e honradez: desde logo – Fernando Passos, o jurista Dr. João Chaquian, o engenheiro Emiliano Stanislau Afonso, o administrador Abelardo Blanco e os sociólogos Carlos Muanis e Cezar Pinheiro, inclusive com obras publicadas.

No exercício da assessoria, Fernando Passos ganhou asas próprias. Não por acaso, ao final do governo Montoro, fora nomeado diretor do Escritório do Governo da Região de Araraquara. E logo mais, quando fui eleito vice-governador do estado, convidei-o a assumir a Chefia de Gabinete, de cuja competência e brilho guardo a lembrança mais significativa. A bem da verdade, desde então, Fernando Passos tornou-se ave de voo constante. Por decorrência de minha renúncia, candidatou-se a deputado estadual pelo PDT, tendo sido o mais votado em Araraquara.

Abandonando a política partidária em definitivo, se entregou com absoluta dedicação à advocacia. Em 1993 inicia o magistério do Curso de Direito da UNIARA na área de Direito Comercial. Manteve – por deferência – na elaboração do projeto de transformação da instituição de ensino FEFIARA em Universidade de Araraquara. De algum modo contribuí nessa empreitada, e muito me orgulho de vê-la consagrada no Centro Universitário, entre os cinco primeiros do País, e posteriormente na própria pujante Universidade de Araraquara, que tantos serviços presta ao país.

A esta altura, Fernando Passos já integra o Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio de São Paulo, presidido pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins, com o qual coordena duas obras. Faz seu Mestrado de Direito na UNESP em Franca, tendo sido aprovado em 2001 com a maior nota da história do Pós\Direito de Franca até então.

Na verdade, Fernando Passos é incansável e acumula essas funções entre outras duas de enorme relevância: coordenador de Direito e chefe do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Araraquara (UNIARA). Por conta de sua especialidade profissional, integrou a Comissão Especial da Câmara dos Deputados para análise do Projeto de Novo Código Comercial Brasileiro.

Relembro o Fernando Passos quando, em plena juventude, ajudou-me a semear ideias para – de algum modo – consolidar a Democracia em nosso país. Festejo a ascensão do jovem militante de minha campanha eleitoral em 1982 e imagino com que orgulho seu pai admirável está dizendo: "Que grande filho!". E a Senhora, sua mãezinha, com as Asas Brancas a envolvê-lo, complementa: "Porque aprendeu contigo!".

Fernando Passos: Militância política, jurídica e universitária

Marcelo Fortes Barbieri[1]

Falar do professor Dr. Fernando Passos nos dias atuais é tarefa que se reveste de grande responsabilidade, haja vista o papel inovador e em defesa das instituições que ele tem representado, com sua atuação nas diversas *Lives* em tempos de quarentena e de ensino a distância. Suas *Lives* ganharam maior repercussão nacional após a entrevista com o presidente da Câmara Federal, deputado Rodrigo Maia (DEM-RJ), que o colocou como *O Professor de Direito da UNIARA* que contribuiu para o debate democrático de ideias nesta quadratura de grave crise de saúde que tem posto em cheque alguns pilares da democracia, em nível nacional.

Destaco aqui a raiz das convicções democráticas do coordenador Fernando a partir da história de seu saudoso pai, Neil, que foi o primeiro presidente da União dos Ferroviários de Araraquara (UFA), tendo sido cassado pela ditadura. Procurarei situar a inestimável contribuição do professor Fernando nos 20 anos como coordenador do Curso de Direito da UNIARA a partir da sua história. Nascido em 20 de julho de 1963, filho de Neil dos Passos e de Hellé-Nice de Souza e Silva, irmão de Marina, José Luiz, Débora e Adriana, casado com Rosângela, pai de Mariana e Mayara, avô de Bento, Maria Anna e Lara, estudou nas escolas públicas de Araraquara, E.E. Antonio J. de Carvalho, E.E. Victor Lacorte e Colégio Poli, ingressando e se formando na Escola Superior de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Desde cedo viu despertar o grande interesse pela leitura e pelos ensinamentos que vinham da livraria de seu pai Neil, a inédita Livraria Acadêmica. Ali com certeza foi despertado o interesse do Dr. Fernando para se dedicar de corpo e alma ao ensino superior de Direito, sendo durante estes últimos 20 anos o motor do crescimento, reconhecimento e excelência de estudos jurídicos na atual Universidade de Araraquara (UNIARA).

Sua graduação na São Francisco (1981-1985) foi acrescida pelo mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca (2001), o que o leva a ser, a partir de 2000, o chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e coordenador do Curso de Graduação em Direito, onde desempenha

1. Deputado federal (1991-2006) e prefeito de Araraquara (2009-2016).

funções políticas, gerenciais e acadêmicas. Acresce-se a tudo isso o desenvolvimento de pesquisa no Programa da Pós-graduação em Direito, ministrando aulas na Graduação em Direito Empresarial.

Sua vida acadêmica é marcada pela ampliação e valorização do ensino jurídico no Brasil. Mas cabe falar aqui da presença do jovem estudante Fernandinho, como era chamado pelos colegas das Arcadas e também no meio político, por ter ingressado e militado no então PMDB. Sua atuação se deu nos últimos anos da ditadura militar no Brasil, e junto à chamada Juventude do PMDB se destacou pela bravura, eloquência e vigor dos acalorados discursos na defesa firme e intransigente do Estado Democrático de Direito que se concretiza quando da eleição, no Colégio Eleitoral, de Tancredo Neves e José Sarney. Cria vínculos de amizade com vários líderes do partido, dentre eles o então vice-governador Orestes Quercia e o presidente estadual do partido Almino Afonso, com quem veio a trabalhar no Palácio dos Bandeirantes, quando o mesmo ocupou o cargo de vice-governador do Estado de São Paulo – foi seu chefe de gabinete. Nesse período ocorre a Assembleia Nacional Constituinte, que gerou a Constituição de 1988, a mais participativa e democrática Constituição da nossa história, e o jovem recém-formado Fernando Passos encontrava-se com frequência com o presidente da Constituinte, deputado Ulisses Guimarães, na antessala do vice-governador Almino.

E é em 1988 que ele se lança vereador, em sua cidade natal, Araraquara, e surpreende a cidade, elegendo-se em quarto lugar entre 19 eleitos, recebendo 2.048 votos (2,49%), ficando atrás de três fortes veteranos: Deodata do Amaral, também do PMDB, a mais votada, com 3.428 votos, em seguida Darcy Moralles (PTB) e Elias Damus (PDS), com 2.378 votos cada um.

Ali parecia nascer uma brilhante carreira política. Sua atuação na elaboração da Lei Orgânica foi algo memorável, tendo sido relator da Comissão de Sistematização e relator da Comissão de Finanças e Orçamento para a elaboração da Lei Orgânica de Araraquara, que virou referência no interior do Estado de São Paulo. Conseguiu, com seus relacionamentos em São Paulo, que grandes juristas o ajudassem, dentre eles foi consultor contratado pela Câmara o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Exmo. Dr. Ricardo Lewandowski.

A atuação destacada do vereador Fernando continuou muito forte em várias outras áreas. Em 1990, foi membro titular da Comissão Especial que estudou, junto ao Executivo Municipal, o Estatuto do Magistério Municipal. Foi ainda membro da Comissão Especial que pretendia elaborar o projeto do Novo Regimento da Câmara Municipal, adequando-o às normas da Lei Orgânica Municipal.

Nesse ano de 1990, filia-se ao Partido Democrático Trabalhista, acompanhando seu grande amigo Almino Afonso, que havia se filiado ao PDT visando à candidatura a governador do Estado de São Paulo.

Em 1991 foi membro da Comissão Municipal de Trânsito e da Comissão Especial que apreciou os diversos projetos de lei complementares do Executivo Municipal que se encontravam em tramitação no legislativo.

Substituiu os vereadores Manoel Marques de Jesus Junior e Alício Torres Junior na Comissão Permanente para a Indústria e Comércio. Ainda no mesmo ano, foi presidente da Comissão Especial que, juntamente com outras autoridades, objetivava visitar o presidente do Grupo Pão de Açúcar a fim de dar destinação correta à loja do grupo em Araraquara.

Foi também membro da Comissão Especial que se encontraria com o secretário da Educação do Estado de São Paulo para apresentar diagnóstico local sobre os problemas educacionais e para buscar possíveis soluções. Além de membro da Comissão de Líderes dos Partidos Políticos a fim de pleitear, junto ao prefeito municipal, a contratação de uma empresa de consultoria econômica que ajudasse a apontar as diretrizes para o crescimento econômica de Araraquara.

Foi membro, e posteriormente presidente, da Comissão Especial que estudou a reestruturação do quadro de cargos/salários e regime previdenciário dos funcionários da Câmara Municipal.

Foi indicado como representante para compor a Quarta Comissão de Seleção do Departamento de Assentamento Fundiário – Instituto de Terras – Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo.

Foi membro da Comissão Especial que estudou a situação dos mananciais de Araraquara.

Em 1992, último ano da Legislatura, foi membro da Comissão Especial de Inquérito para analisar a situação jurídica da Companhia Troleibus Araraquara (CTA) e obter outros dados relativos à empresa.

Terminou seu brilhante e histórico mandato .

Em 1992, o PDT decide apoiar Roberto Massafera (PMDB) a prefeito, mas sem coligação na chapa de vereadores. Fernando obtém excelente votação, estando tranquilamente entre os eleitos, mas o PDT não atinge o quociente eleitoral, e o vereador Fernando se despede da Câmara Municipal e deixa a vida política eleitoral.

Cabe registrar que, em 1990, Fernando Passos foi candidato a deputado estadual pelo PDT na chapa de Almino Afonso (governador), sendo o mais votado em Araraquara, obtendo 8.767 (9,75%) dos votos da cidade, resultado excelente para um jovem candidato de apenas 27 anos.

A vida mudou em 1993. Encerrada a atuação no Parlamento Municipal e deixando de lado a carreira política, tratou de partir com total empenho e dedicação ao nobre exercício da advocacia, agora com a importante experiência legislativa, o que muito agregou à sua profissão. Fundou, com seu primo irmão Webert José de Souza e Silva, estudioso do Direito, o escritório de advocacia Passos, Souza e Silva Advogados Associados.

Com um conceito inovador em termos de atendimento aos clientes e com o uso de todas as ferramentas tecnológicas existentes, o escritório teve um crescimento muito grande. Hoje é uma das mais importantes bancas do interior de São Paulo, com um corpo de advogados altamente qualificados e uma atuação que tem apresentado ótimos resultados aos clientes e à comunidade.

Além do empenho na profissão de defender o que estava na Constituição no escritório, o que mais motivou o Dr. Fernando, nesse período, foi ingressar na vida acadêmica. Começou dando aulas como assistente, ainda na antiga FEFIARA, e logo se firmou por sua capacidade didática reconhecida hoje por seus milhares de alunos, que tiveram acesso aos seus densos ensinamentos.

Sua presença na então faculdade chamou a atenção do diretor professor Luis Felipe de Cabral Mauro, que, com sua inteligência e perspicácia, logo começou a atribuir funções extraclasse ao jovem advogado professor.

Foi assim que Fernando começou a frequentar Brasília, acompanhando os processos de interesse da instituição e se tornando muito conhecido no Conselho Federal de Educação, bem como no Ministério da Educação. Foi com sua presença que a FEFIARA se tornou Centro Universitário UNIARA, em 1997, com o então ministro da Educação, ex-reitor da UNICAMP, Paulo Renato, no governo Fernando Henrique Cardoso. Fernando passou a frequentar as dependências do Congresso Nacional, fato recorrente antes da pandemia do coronavírus, principalmente nos debates sobre o Novo Código Comercial Brasileiro, do qual é hoje um dos principais articuladores, inclusive participando de debates na TV Senado e na Câmara Federal, nas reuniões da Comissão Especial destinada a elaborar o novo Código.

Sua trajetória deixa patente o entusiasmo pelas atividades de coordenador do curso de Direito a partir do ano 2000, com o fortalecimento, por parte do magnífico reitor da Universidade, Prof. Luis Felipe, a partir de 1997, do seu papel de representante da UNIARA junto aos poderes em Brasília. As duas situações permitem um fortalecimento muito grande do curso e um incremento do seu papel de criador de novas e importantes atividades, tais como o Centro Judiciário de Conciliação (CEJUSC), uma parceria UNIARA/TJSP, o Núcleo Especial Criminal (NECRIM), em parceria com a Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo, e a implantação do Mestrado com ênfase na Gestão de Conflitos. Aliás, seu perfil conciliador tem tudo a ver com esse curso de alto nível de interesse da Justiça no Brasil.

O coordenador também integra o Conselho Superior de Direito da Fecomércio-SP e o Grupo de Trabalho do Projeto do Novo Código Comercial da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), e em 2019 contribuiu com a honrosa obra dos 30 anos do Conselho Superior de Direito da Fecomércio-SP, como integrante do Conselho e organizador do livro já publicado.

Seu engajamento na Coordenadoria se comprova em atividades inúmeras, e o espaço aqui seria diminuto para relacionarmos todas. Mas apenas para que se tenha uma noção da grandiosidade do seu trabalho, alguns dados ilustram tal feito.

Em 2019, realizou a XLVIII (47) versão da Semana Jurídica, que nos últimos 20 anos ganhou destaque no calendário dos estudos jurídicos, em São Paulo e no Brasil, pelas presenças destacadas de grandes juristas e autoridades que delas participaram, sempre graças à intensa articulação realizada pelo Dr. Fernando.

Segundo o site de monitoramento de assuntos jurídicos *Escavador*, Dr. Fernando participou de 130 bancas de defesa de tese relacionadas ao Direito, orientou a tese de 53 alunos de Direito, publicou 19 textos com alto conteúdo jurídico em edições especializadas e acadêmicas, esteve e está envolvido em oito projetos de pesquisa no Direito, neste momento concentrado nos temas "Poder Judiciário e Gestão de Conflitos" e "Regulação das Atividades Empreendedoras de Startups Biotecnológicas".

Além de toda essa atividade acadêmica e intelectual, conseguiu ser colunista semanal do jornal *Tribuna Impressa*, com enorme legião de leitores, fazer programa na Rádio CBN – Araraquara: "Pítaco com Fernando Passos", e participar de inúmeros programas de entrevistas em diversos veículos de comunicação, sempre focando assuntos relacionados ao Direito. Neste último período de pandemia, como já falado, destaca-se com suas *Lives*, sempre focadas nas questões de alçada do Direito, do interesse público e da democracia.

Como dito anteriormente, a política perdeu um grande ator, mas a academia ganhou um gigante na arte de promover o ensino de qualidade, em uma área fundamental para o desenvolvimento civilizatório que é o Curso de Direito.

Para finalizar, temos de enaltecer, de forma a fazer justiça, a dedicação de Fernando a seus valores, como sua família, seus amigos, sua religião, em que também se destaca como conselheiro do bispo diocesano, e sua alegria pelo degustar de um vinho.

Parabenizo a UNIARA, na pessoa do magnífico reitor Prof. Luis Felipe, pela escolha, no ano 2000, do coordenador Fernando Passos. O tempo mostrou o absoluto acerto da sua escolha. Os beneficiados com isso foram os incontáveis alunos que por esse curso passaram nos últimos 20 anos.

Contribuições Especiais

A Harmonia do Sistema Constitucional Brasileiro

Michel Temer[1]

Minha primeira fala é de homenagem à Constituição Federal, que logo completará 32 anos de vigência. Excluída a de 1891, é a mais longeva das Constituições nacionais. Essa longevidade decorre da harmonia do seu sistema. Foi capaz, por ser pormenorizada e detalhista, de abrigar todos os desejos nacionais. É verdade que, sendo minuciosa, diminui a margem de discricionariedade do Legislativo e do Judiciário. Isto porque ela trata de quase tudo. Reduzida a discricionariedade, a capacidade de escolha do legislador ordinário, este é obrigado a propor emendas à Constituição. Hoje, são 105, além de 6 emendas de revisão constitucional. E tramitam pelas Casas Legislativas cerca de 1.700 projetos de Emenda.

Apesar do número excessivo de propostas, o Congresso Nacional tem tido o cuidado e a sabedoria de levar adiante apenas aquelas que interessam ao povo e ao país. Tudo pode funcionar em razão da harmonia do sistema que, se bem cumprido, traz a chamada e alardeada segurança jurídica. Falaremos disso mais adiante. Convém, agora, fazer breve histórico dos sistemas constitucionais desde a Primeira República para revelar a distância entre o que está escrito na Constituição e o que se passa na vida do Estado. É a conhecida distinção doutrinária entre Constituição formal (o que está escrito) e a Constituição real (o cotidiano da sociedade estatal). Essa dissonância é produtora da insegurança jurídica. E é interessante ressaltar que a cada 20/30 anos entende-se que é preciso uma nova Constituição, ou seja, um novo Estado. É um sentimento perverso de nossa cultura político-institucional.

De fato, proclamada a República e instituída a Federação pelo Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, instalou-se Assembleia Constituinte, que trouxe à luz a Constituição de 1891. Tinha ela dizeres democráticos, já que bastante inspirada nos princípios da Constituição norte-americana de 1787. Sua redação democrática não coincidiu com o cotidiano, uma vez que muitos movimentos insurrecionais se verificaram no período de sua vigência. Até que chegou 1930,

1. Ex-presidente do Brasil e professor de Direito Constitucional.

quando o movimento nascido no Rio Grande do Sul tomou o poder e iniciou fórmula centralizadora que passou pela Constituição de 1934 e chegou à Constituição de 1937. Esta com dicções nada democráticas. Perdurou até 1946, quando promulgada, a 18 de setembro, nova Constituição. Apesar do texto liberal e preservador dos direitos individuais e coletivos, havia, mais uma vez, dissonância entre a Constituição formal e a real. Durou pouco em face dos vários conflitos institucionais. Até que sobreveio o Ato Institucional de 1964.

O fundamento de validade da Constituição de 46, que era a Assembleia Constituinte, passou a ser esse Ato Institucional que disse: "Continua em vigor a Constituição de 1946....". Aí que veio a lume a Constituição de 1967, modificada radicalmente por Emenda Constitucional de 1969. Também não durou muito. Insurreições, movimentos políticos institucionais patrocinados por várias instituições, levaram à Assembleia Constituinte de 87/88 e a um novo Estado nascido aos 5 de outubro de 1988.

Este breve histórico foi para revelar, repito, a absoluta insegurança jurídica que presidiu o país ao longo de todos esses períodos em face da inaplicação rigorosa dos vários textos constitucionais. Convém que se registre uma obviedade merecedora de repetição constante: o direito existe para regular as relações sociais e entre as pessoas. É isso que dá segurança jurídica. Se eu contrato ou tenho um trabalho ou uma atividade, ou exerço uma função pública, sei quais são meus direitos e deveres. Sei, por exemplo, que eventuais direitos meus, se transgredidos, ganharão a manifestação judiciária na convicção de que a norma jurídica será rigorosamente aplicada.

Examinemos, portanto, se a Constituição foi estruturada harmoniosamente. Se o seu sistema não enseja lacunas jurídicas que possam permitir, em face delas, uma criação executiva, legislativa ou jurisdicional. Se ela permite ou não um construtivismo pautado pelas inclinações populares ou não. Tenho a mais absoluta convicção da harmonia com que se montou o sistema.

Começo por dizer que, ao estruturarmos o Estado em 1988, saíamos de um sistema centralizador e autoritário. Daí porque, embora Estado de Direito e Estado Democrático sejam expressões sinônimas na Ciência Política, fizemos questão de dizer que se trata de um Estado Democrático de Direito. Ou seja: enfatizamos a democracia. E fomos além, dizendo que o único poder existente no Estado pertence ao povo, que o exerce indiretamente por meio de órgãos determinados: um que legisla, outro que julga e outro que executa. São órgãos exercentes e não titulares do poder. Aliás, convém lembrar uma lição de Carlos Ayres Brito quando identifica o significado da palavra ***poder*** no texto constitucional. Quando fala que o **poder** emana do povo está se referindo à **soberania**, ou seja, a um poder incontrastável de mando e de decisão; quando diz "são **Poderes** da União o Executivo, o Legislativo e o Judiciário", está atribuindo-lhe

a significação de **órgão;** quando diz o **Poder** Legislativo, o **Poder** Executivo, o **Poder** Judiciário são exercidos por tais e quais entidades, está falando em **função.** Caminhando, também determina que o povo pode exercer diretamente o poder por meio do Plebiscito, do Referendo e da Iniciativa Popular. Não foram poucos, aliás, os projetos de iniciativa popular que tramitaram vitoriosamente no Congresso Nacional. Estes são os órgãos regentes do Estado debaixo dos quais coexistem todos os demais. Há uma harmonia nessa distinção entre **titularidade e exercício do poder**. **Titular** é o povo, que o **exerce** diretamente nas hipóteses já mencionadas, **exercentes** são os Poderes do Estado.

Em outra via ressalto que o Constituinte de 88 teve a sabedoria de amalgamar os **princípios liberais** com os **princípios sociais** e fazer um longo elenco dos **direitos individuais e coletivos**. Exemplificando, vejam-se os princípios referentes a **iniciativa privada** e a **propriedade**, ambos motores do desenvolvimento nacional e de sua harmonia, conectados aos **direitos sociais e coletivos** previstos abundantemente nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal.

Ao mesmo tempo examine-se o artigo 5º da Constituição, que tem 78 incisos, além de prever que os tratados internacionais referentes aos Direitos Humanos também se incorporam a esses **direitos individuais.** Dentre estes últimos, a liberdade como apanágio do Estado Democrático: a **liberdade** de informação, a liberdade de **imprensa**, a liberdade de associação, a liberdade de pensamento, a liberdade política e a liberdade **individual.**

Detenho-me em rápidas palavras na **liberdade de imprensa e na individual**. A de imprensa, fundamental para as instituições, não é garantida em função do jornalista ou do proprietário do veículo de comunicação, mas em favor do povo, já que ela é conteúdo de um continente maior, qual seja a **liberdade de informação**. O povo tem o direito de ser integralmente informado. Não é sem razão que a Constituição prevê o direito de resposta cujo objetivo, nitidamente, é garantir a **informação** por inteiro. Aliás, nos últimos tempos observo que a imprensa, ao noticiar matérias, sempre busca colocar "o outro lado". Notem a harmonia do sistema. No tópico **liberdade individual,** não só garante a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, como cria o instrumento chamado *habeas corpus* para impedir cerceio ilegal à liberdade de locomoção. Ou seja: só em casos excepcionais é que se pode reduzir a livre locomoção. Tão importante que qualquer indivíduo pode impetrar a ordem. Tanto que, diz a doutrina, pode ser oferecido até em folha de papel de embrulho.

A independência e a harmonia entre os Poderes é uma das principais afirmações constitucionais. Anoto que se fala muito em independência e não se costuma enaltecer a **harmonia.** Quando os Poderes se **desarmonizam** estão praticando uma **inconstitucionalidade** porque a soberania popular, ao manifestar-se criando o Estado, determinou independência funcional e de atividade, mas ao

mesmo tempo o **entrosamento** dessas atividades de maneira concertada e harmoniosa. Não aludo, claro, a divergências de natureza política, mas sim àquelas prejudiciais à governabilidade. Ou seja, repito, os Poderes devem agir entrosadamente nas questões que digam respeito ao interesse do povo e do país.

Afinal, quando os Poderes se manifestam estão exercendo uma atividade secundária em nome do povo. Por isso devem obedecer à dicção constitucional. E aqui ingresso em dois temas: o primeiro o de que os exercentes do poder não são autoridades, primariamente, mas autoridades **constituídas** pela vontade popular. Isto me permite repetir que a única autoridade existente no Estado é o povo, **que vocaliza seus desejos** por meio da lei. Não ignoro a **medida provisória**, medida excepcional, que só ganha definitividade quando convertida em lei. Estas afirmações me autorizam comentar que a **lei de abuso de autoridade**, importantíssima, recentemente editada, tem caráter exemplificativo, já que a autoridade popular, repito, é verbalizada pelo Legislativo por meio do instrumento chamado lei, ou se quiserem, norma jurídica. Portanto, toda vez que um gesto da autoridade constituída, em qualquer dos Poderes, ultrapassa os limites da lei, está havendo abuso da autoridade.

Importante ressaltar esses conceitos para que algumas autoridades constituídas não julguem que chegaram ao poder trazidos por uma centelha divina. A centelha que o conduz à função é o voto popular, direta ou indiretamente. Mesmo na magistratura, de fora a parte, o concurso para o ingresso inicial na carreira, nos demais graus de jurisdição a escolha é feita pelos chefes do Executivo referendado por órgão legislativo. Escolha popular indireta, portanto. Por outro lado, registre-se que o Estado é estruturado por meio dos Poderes e só excepcionalmente é que a Constituição autoriza uma eventual independência funcional ou administrativa, jamais permitindo que certos órgãos possam agir imunes ao princípio da hierarquia. É assim no Executivo, com presidente, ministros e toda a administração; é assim com o Judiciário, com seus graus de jurisdição; e é assim com o Legislativo, em razão de todo o processo criativo que comporta iniciativa, discussão em várias comissões, discussão em plenário, sanção e veto. Não é bom e é desarmonizante falar-se em autonomia plena de qualquer órgão do Estado. A harmonia do sistema determina essa interação que estou a mencionar.

Ressalte-se que a construção é tão harmoniosa que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a **omissão legislativa ou administrativa** impeditiva do desfrute de direitos em face da não regulação de dispositivo constitucional demandante de legislação integrativa. Isto por meio de **ação direta de controle da constitucionalidade por omissão** proposta por entidades elencadas no art. 103 da Constituição Federal ou individualmente por meio do **mandado de injunção**. Está a significar que o STF tem esta relevante

função sem precisar legislar ou executar. Declara a omissão. O Constituinte deu-lhe essa competência.

A criação, por sua vez, do **mandado de segurança** coletivo busca permitir que coletividades definidas possam buscar conjugadamente os seus direitos. É novidade que complementa os direitos individuais para harmonizá-los.

Outro tema revelador de um sistema que busca harmonia interna é a ênfase que se dá à **paz**, interna e externa. Basta mencionar que no preâmbulo da Carta Magna (*preâmbulo* significa antes de caminhar, de ambular) menciona-se a palavra, repetida várias vezes no texto definitivo. Só para exemplificar: o não preconceito em função de raça, cor, sexo, idade, origem é para salientar: "unam-se todos, busquem a paz"; de igual maneira, o art. 4º, VI, que prega a defesa da paz acrescentando-se seu inciso VII que determina a solução pacífica dos conflitos. De igual maneira posso mencionar a utilização de artefatos nucleares que só podem ser empregados para fins pacíficos, jamais para os bélicos (art. 21, XXIII, a).

Lembro o caso da introdução do ***habeas data***, que, apesar da obrigatoriedade constitucional de entrega de certidões do serviço público, esse novo instrumento permite a coleta dos seus dados e a retificação deles perante os órgãos públicos. Foi a partir daí que surgiu a lei de acesso aos documentos públicos.

Ressalte-se, também, o grande passo que se deu no tocante à **igualdade** entre pessoas. Hoje não se diz que "todos são iguais perante a lei", mas sim que **"homens e mulheres são iguais em direitos e deveres**" (Art. 5º, I), a revelar a importância da mulher na sociedade.

Todo esse sistema harmônico que acabei de relatar deve compatibilizar-se com o cotidiano do Estado, sob pena de gerar insegurança jurídica extremamente prejudicial para as relações pessoais e funcionais. Verifico que muitos, hoje, não se preocupam com a ordem jurídica violando a harmonia do sistema que acabei de descrever.

Muito provavelmente é isso que gera a desarmonia entre os Poderes, entre as entidades federativas e até entre pessoas, fazendo nascer a malfadada insegurança jurídica. Judiciário, especialmente, Legislativo e Executivo hão de conjugar esforços para fazer prevalecer a ordem jurídica. Ninguém precisa ser herói perante a opinião pública ou publicada. Haverão, sim, de harmonizar sua atividade nos termos imperativos determinados pela Constituição. Para serem heróis, aí sim, da pacificação nacional.

Não é demais voltar a propor, como já propus, um pacto entre os Poderes conjugadamente com os partidos e lideranças políticas da situação e da oposição, com os governadores, prefeitos e demais agentes políticos, visando a um trabalho conjunto para sairmos de impasses rotineira e cotidianamente gerados no país.

Debates Necessários à Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos Acordos de Colaboração

Gilmar Ferreira Mendes[1]

Introdução

A colaboração premiada tornou-se, nos últimos anos, importante mecanismo para a descoberta de ilícitos, bem como para a recuperação de ativos financeiros relacionados a estes. A Operação Lava-Jato é claro exemplo do potencial de tal instituto para garantir a punição de pessoas envolvidas em crimes graves, notadamente a corrupção, a lavagem de dinheiro, dentre outros.

Entretanto, é igualmente verdade que tal Operação levou a práticas que extrapolaram os limites da Lei de Organizações Criminosas. Diversos são os casos de concessão de benefícios não previstos em lei, como a definição da pena a ser cumprida e o estabelecimento de regimes prisionais inexistentes. Além disso, os reiterados vazamentos – com a exposição à opinião pública de delatados em casos nos quais até mesmo os relatos se mostraram inverídicos ou exagerados – demonstraram a evidente existência de um conflito entre o interesse do delator em obter benefícios e os riscos de vulneração à honra e aos direitos fundamentais dos demais envolvidos. Em meio a essa tensão, junta-se, é claro, o interesse público na devida apuração dos ilícitos.

O presente capítulo, nesse complexo quadro, busca analisar a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a colaboração premiada e delinear considerações sobre alguns pontos em que novas reflexões merecem ser realizadas. Nesse sentido, a primeira parte aborda o desenvolvimento inicial na Corte de uma visão civilista de tal instituto, em que se conferiu grande liberdade às partes e se impossibilitou o controle por terceiros. Diante da maior clareza quanto às consequências e os riscos presentes na colaboração, a segunda parte faz uma reflexão sobre pontos nos quais o Tribunal merece realizar novas discussões, notadamente: a possibilidade de impugnação dos acordos de colaboração premiada e a discussão sobre os efeitos da nulidade desses.

---

1. Doutor em Direito pela Universidade de Münster (Alemanha). Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

A Jurisprudência Firmada pelo Supremo Tribunal Federal e a Necessidade de Sua Reanálise

Definido como negócio jurídico processual, o acordo de colaboração premiada é celebrado entre acusador público (ou delegado de polícia) e o imputado, com a assistência de seu defensor técnico. Sem dúvidas, tal panorama rememora um contrato bilateral, que envolve interesses dos sujeitos envolvidos.

Assim, partindo da premissa de que "*o acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica*", o Plenário do STF destacou a impossibilidade de questionamento de terceiros, nos seguintes termos:

> "(...) a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração".[2]

Tal visão civilista implicou uma série de decisões nas quais se reforçou esse caráter negocial, referendando, de forma aparente, uma possível discricionariedade das partes na definição e negociação das cláusulas contratuais. Tudo isso, sem qualquer possibilidade de questionamento por terceiros e, portanto, sem o devido controle por parte das instâncias revisoras.

À época, as consequências da definição desse entendimento sobre os acordos não estavam claras. Embora devidamente embasado, o precedente passou a ser questionado em razão do surgimento de novas situações fáticas, nas quais o caráter hermético até então forjado passou a conflitar com garantias penais de grande relevância aos cidadãos e ao Estado de Direito.

Nesse sentido, vale citar o precedente assentado pela Segunda Turma do STF no HC 151.605.[3] Na oportunidade, discutia-se a instauração de inquérito que teria se originado de acordo de colaboração premiada homologado em usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Por maioria, embora se tenha mantido a posição majoritária sobre a impugnabilidade do acordo por terceiros, reconheceu-se a importância do controle judicial. Assim, excepcionou-se tal visão restritiva para permitir a impugnação quanto à competência para homologação do acordo, já que isso

2. STF, HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015, p. 40.

3. STF, HC 151.605/PR, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2018.

diz respeito às disposições constitucionais relativas à prerrogativa de foro, bem como se entendeu pela ineficácia probatória dos atos de colaboração premiada.

O caso demonstra como a lógica civilista até então assentada deve ser lida com cautela na esfera penal. O precedente, ao qual poderiam ser somados outros, revela a necessidade de se aprofundar o debate sobre a colaboração premiada em diversos aspectos, em especial quanto à blindagem dos acordos ao escrutínio judicial.

Debates Necessários à Evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Possibilidade de anulação do acordo

O primeiro ponto fundamental a ser discutido sobre a jurisprudência acerca da colaboração premiada relaciona-se aos limites a tal liberdade de negociação e à necessidade de se garantir o devido respeito ao princípio da legalidade. O estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção de nosso sistema jurídico, para assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida e a liberdade dos imputados.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já se reconheceu a impossibilidade de homologação de cláusulas sem embasamento legal.[4] A decisão, proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, realizou um cotejo entre as previsões da lei e o acordo, concluindo-se pela ilegalidade de várias das disposições:

> "Não há, portanto, qualquer autorização legal para que as partes convencionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena. Em razão disso, concluo que não se mostra possível homologar um acordo com tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação – convém sempre relembrar – configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário, órgão que, ao lado do Executivo e Legislativo, é um dos Poderes do Estado, conforme consigna expressamente o art. 3º do texto magno".

Por outro lado, embora com os devidos cuidados, especialmente quanto à segurança jurídica e à proteção às legítimas expectativas do delator, os acordos já homologados também devem ser passíveis de apreciação pelo Magistrado sob a ótica da legalidade, pois tais previsões caracterizam limitação ao poder negocial no processo penal. Portanto, em caso de ilegalidade manifesta em

4. STF, PET 7.265, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14.11.2017.

acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário também deve agir para a efetiva proteção de direitos fundamentais.

Vale destacar que tal possibilidade, inclusive, encontra-se referendada pelo julgamento pelo Pleno do STF da QO na PET 7.074, na qual se definiu que

> "*o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil*".[5]

Nos termos do citado parágrafo, "*os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei*" (art. 966, §4º, CPC).

A possibilidade de reconhecimento da nulidade dos acordos decorre, ademais, por ser considerado um meio de obtenção de provas, conforme reconhecido na Lei 12.850/2013 e consignado em diversos precedentes. Trata-se, assim, de instituto de natureza semelhante à interceptação telefônica e deve, portanto, submeter-se à mesma sistemática de nulidade prevista na legislação processual penal.

Inúmeros são os casos de ilegalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em atos relacionados a interceptações telefônicas. Igualmente, não há motivo para afastar tal possibilidade quanto a ilegalidades que permeiam acordos de colaboração premiada.[6]

Nesse ponto, outra importante reflexão a ser realizada pelo Supremo diz respeito aos efeitos de tal anulação. Quanto às provas, o reconhecimento da ilegalidade do acordo de colaboração premiada efetivamente pode levar à nulidade dos atos probatórios, pois, nos termos da Constituição, os elementos colhidos por meios ilícitos não são tolerados no processo penal.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim destacam que *"a invalidação das decisões homologatórias e, se for o caso, do seu conteúdo, significará a extinção do(s) ato(s) impugnado(s) do mundo jurídico e dos efeitos jurídicos que tenham sido dele(s) decorrente(s)".*[7]

---

5. STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017.

6. Na doutrina, expõe-se tal incongruência citando-se também o exemplo das buscas e apreensões, também classificadas como formas de obtenção de prova (CRUZ, Flávio A. *Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v. 1, n. 2, p**.** 206, dez. 2016).

7. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, p. 177, mai./ago. 2016. No mesmo sentido, entende Ada

Já em relação aos benefícios, são necessárias algumas ponderações quanto à conduta das partes e às relações de confiança e previsibilidade decorrentes. Isso porque, a depender da postura do colaborador, mostra-se inequívoca a necessidade de se avaliar a possibilidade de manutenção de seus benefícios, especialmente quando a nulidade decorrer de postura abusiva por parte do órgão de acusação.

Por um lado, toda a lógica negocial que tem sido progressivamente inserida no processo penal brasileiro, em uma influência global inquestionável, parte de premissas em que a previsibilidade é fundamental para o sistema.[8] Nesse sentido, o precedente do Plenário do STF definiu que "*caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial*".[9]

Assim, em um caso de evidente violação dos ditames legais por parte das autoridades, não parece razoável prejudicar o delator que havia atuado de boa-fé durante toda a negociação e efetivamente cumprido com suas obrigações. É necessário, nesses casos, respeitar as legítimas expectativas criadas pela parte.

Ademais, o STF já assentou que os benefícios ao delator podem ser concedidos pelo julgador ainda que sem prévia formalização de acordo com a acusação, de modo que, embora reconhecida a nulidade do acordo, mostra-se possível ao magistrado apreciar a postura do réu e o aporte à investigação por ele promovido.

Trata-se da possibilidade de "colaboração premiada unilateral", nos termos definidos pela doutrina.[10] Sobre a questão, no voto do eminente Min. Dias Toffoli,

---

Pellegrini Grinover, ao analisar em parecer um caso de delação premiada anterior à Lei 12.850/2013: "*(...) a infringência das regras constitucionais do devido processo penal, por inobservância do procedimento probatório para a realização do 'depoimento do delator` (rectius: interrogatório), seja quanto ao momento procedimental, seja à publicidade dos atos processuais, e, por fim, à impossibilidade de exercício do contraditório pelos delatados, caracteriza, sem dúvida, a ilicitude da prova resultante*". (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo.** III Série. Brasília: Gazeta, 2013. p. 234).

8. Corroborando com a necessidade de segurança jurídica, Frederico Valdez Pereira destaca a impossibilidade de análise discricionária por parte do juiz ou do Ministério Público quanto à concessão ou não do benefício: "*(...) uma vez reconhecido em concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração, servindo os depoimentos do agente para subsidiar a atuação da autoridade policial ou do órgão de acusação no juízo criminal, cumprindo o colaborador com os compromissos assumidos anteriormente, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício, não podendo haver aí discricionariedade ao Ministério Público ou ao magistrado*" (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. 3. ed. Juruá, 2016. p. 146)

9. STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffolli, j. 27.8.2015, p. 63.

10. SANTOS, Marcos Paulo. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 157, jan./abr. 2017.

relator do precedente HC 127.483, o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/1999; no art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.269/1996 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986; e no art. 41 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente.[11] Tal decisão foi defendida em outras oportunidades no Supremo Tribunal Federal, como no Inq. 3.204 e no RE-AgR 1.103.435.[12]

Possibilidade de questionamento por terceiros delatados

Embora, como afirmado acima, os acordos de colaboração premiada contenham uma evidente perspectiva negocial, a vedação a questionamento de terceiros mostra-se como outro ponto sobre o qual o Supremo Tribunal Federal deve se debruçar.

Isso porque, ao mesmo tempo, o acordo de colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, de investigação, em que o Estado se compromete a conceder benefícios a imputado por um fato criminoso, com o objetivo de incentivar sua cooperação à persecução penal.

Conquanto o acordo de colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/2013, possa apresentar distintos objetivos, em regra a sua principal função probatória é instruir o processo penal, visando à melhor persecução penal de coimputados nos fatos investigados. Ou seja, o Estado oferece um tratamento mais leniente a um acusado, com o objetivo de obter provas para punir outros imputados.

Resta evidente, portanto, que o acordo de colaboração premiada acarreta gravoso impacto à esfera de direitos de eventuais corréus delatados. E, mais do que isso, ele toca intimamente em interesses coletivos da sociedade, tendo em vista que possibilita a concessão de benefícios penais pelo Estado.

A despeito de a jurisprudência ter bem ressaltado que a homologação do acordo de colaboração premiada não assegura ou atesta a veracidade das declarações do delator, não se pode negar que o uso midiático de tais informações acarreta gravíssimos prejuízos à imagem de terceiros. Além disso, diversas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma questionável, autorizam a decretação de prisões preventivas ou o recebimento de denúncias com base em declarações obtidas em colaborações premiadas.

---

11. STF, HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015.

12. STF, Inq. 3.204, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.6.2015; STF, RE-AgR 1.103.435, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2019.

Ou seja, é evidente e inquestionável que a esfera de terceiros delatados é afetada pela homologação de acordos ilegais e ilegítimos, conforme destaca J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão:

> "na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada".[13]

Sem dúvidas, a tese adotada pelo STF no sentido de não impugnabilidade do acordo por terceiros possuía, naquele momento, premissas pertinentes. Contudo, isso ocasionou uma quase total intangibilidade e incontrolabilidade dos acordos de delação, ao passo que aqueles que poderiam impugná-lo (colaborador e MP), normalmente almejarão interesse completamente inverso, no sentido de fazer o máximo para a sua manutenção. Por efeito colateral, tornou-se os acordos de colaboração premiada praticamente intocáveis.

Vale destacar que os interesses da sociedade são claramente violados ao se homologarem acordos ilegais de colaboração premiada. Por meio de tais "negócios jurídicos", o Estado se compromete a conceder benefícios, como a redução de pena ou até o perdão judicial, para incentivar réus a colaborarem com a persecução penal. Não se pode aceitar que o Estado "incentive" investigados criminalmente com benefícios ilegais ou ilegítimos.

Tal preocupação é também externada por Vinicius G. Vasconcellos:

> "Trata-se de benefício oferecido para retirar o acusado de sua posição de resistência, inerente à estruturação formal do processo penal. Ainda que o acordo, em si considerado, não seja elemento de prova e que os corréus possam realizar o exame cruzado no momento do depoimento do delator, é legítima a irresignação diante do oferecimento de benefícios em acordo, por qualquer motivo, ilegal. Não se trata aqui de ato para incentivar a mentira e a ocultação de informações, mas de proteção a direitos fundamentais e à vedação de premiações ilícitas pelo Estado ao colaborador."[14]

O fato de que os coimputados possam, posteriormente, defender-se das declarações dos delatores em exame cruzado na audiência de instrução e

13. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, p. 146, jul. 2017.

14. VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. RT, 2018. p. 119.

julgamento não esvazia a necessidade de controle de legalidade na homologação do acordo. Trata-se de fases diferentes do procedimento probatório: admissibilidade do meio de obtenção e, depois, exercício do contraditório no momento de produção do meio de prova.

Afinal, na esteira do exposto anteriormente, o reconhecimento da ilegalidade dos acordos pode levar à decretação de nulidade dos elementos probatórios colhidos, como ocorre em outros meios de obtenção de prova, a exemplo da busca e apreensão e da interceptação telefônica. O interesse do delatado é, assim, evidente também sob tal aspecto.

Portanto, em razão do impacto na esfera de direitos de terceiros e da necessidade de legalidade dos benefícios penais oferecidos pelo Estado, pensa-se que o acordo de colaboração premiada deve ser passível de impugnação e controle judicial.

Conclusão

Como qualquer novo instituto, os acordos de colaboração premiada geraram, ao lado de importantes ganhos à persecução penal, grande discussão na doutrina e na jurisprudência. As análises iniciais, como exposto nesta breve reflexão, mostraram-se importantes para definir os primeiros contornos de tal novidade, a qual vinha se desenvolvendo de forma acelerada e ao largo de um debate mais amplo dentro do Poder Judiciário e, em especial, do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assentadas as primeiras balizas sobre a colaboração premiada, é importante avançar a jurisprudência sobre o tema e garantir a sua abertura aos novos casos, que todos os dias apresentam nuances e situações novas sobre o tema. Sem embargo da importante contribuição realizada pelos primeiros entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o presente ensaio demonstra algumas perspectivas sobre as quais é necessário a ampliação do debate.

Em primeiro lugar, viu-se como a declaração de nulidade dos acordos deve ser entendida como uma possibilidade dentro da sistemática processual-penal aplicável à colaboração premiada. Como meio de obtenção de provas, inexistem motivos para afastá-la do devido escrutínio judicial e, portanto, da possibilidade de reconhecimento de eventuais ilegalidades. Até mesmo pelos direitos fundamentais relacionados de forma inerente ao sistema penal, é necessário garantir o devido respeito às normas aplicáveis, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nos processos futuros, aprofundar o debate também sobre as consequências da declaração de nulidade, que, como visto, não são simples e merecem a devida reflexão pela Corte.

Em segundo lugar, foi constatada a plena possibilidade de terceiros questionarem os acordos de colaboração premiada firmados. A perspectiva

civilista consagrada em alguns julgados, ao negar tal possibilidade ao delatado, acabou por subordinar os seus legítimos interesses e também os da própria sociedade aos dos signatários do acordo. De fato, para além dos aspectos formais, é evidente que o acordo, embora bilateral, causa efetivo dano – ou perigo de dano – aos corréus, bem como lida com o interesse público, o qual pode ser vulnerado por acordos ilegais. Mais grave, o entendimento então firmado blinda os termos firmados de qualquer tipo de questionamento e revisão pelas instâncias superiores, dificultando a própria evolução jurisprudencial sobre o tema.

Nesse sentido, as breves reflexões sobre a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal demonstram a necessidade de se reafirmar a função do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais. Os pontos aqui abordados tratam de temas caros ao Estado de Direito e levantam o relevante debate sobre a importância de se garantir um sistema de persecução penal que se desenvolva dentro dos limites da Constituição e da legislação aplicável, que, no caso da colaboração premiada, devem guiar o magistrado ao devido balanceamento entre os direitos dos delatores e dos delatados e a proteção ao interesse da própria sociedade.

Referências Bibliográficas

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017.

CRUZ, Flávio A. *Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v. 1, n. 2, dez. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, mai./ago. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo.** III Série. Brasília: Gazeta, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. 3. ed. Juruá, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. RT, 2018.

Autores Convidados e Coautores

A Lei da Liberdade Econômica e as Mudanças na Legislação de Registro Empresarial

André Santa Cruz[1]

Introdução

Muito feliz e honrado com o convite para homenagear o querido amigo Fernando Passos, grande comercialista brasileiro, advogado brilhante e professor vocacionado como poucos, escrevo este breve ensaio sobre as recentes mudanças provocadas pela Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) na Lei 8.934/1994 (Lei de Registro Público de Empresas).

Trata-se de tema atualíssimo e de extrema relevância para o Brasil, que desde o início de 2019 vem adotando uma agenda econômica liberal com o objetivo de melhorar o ambiente de negócios do País.

Breve Histórico da Lei da Liberdade Econômica

No último relatório *Doing Business*, do Banco Mundial, apresentado em outubro de 2019, o Brasil figurou na constrangedora 124ª posição do *ranking* global, que é resultado da sua posição em dez indicadores distintos, dentre os quais se destaca o que analisa a "abertura de empresas".

Nesse indicador específico, o Brasil ocupa uma posição ainda pior: somos o 138º país quando se medem o tempo médio, a quantidade de procedimentos e o custo para abrir uma empresa.[2]

Como o atual governo manifestou, desde o início do seu mandato, que teria um sério compromisso com a desburocratização e a simplificação da máquina pública, era de se esperar que mudanças na legislação de registro empresarial (Lei 8.934/1994) seriam feitas.

Nesse sentido, foi editada a Medida Provisória 876, publicada em 13 de março de 2019, que na sua redação original fazia duas alterações na Lei 8.934/1994: a primeira alteração foi nos arts. 41 e 42, para estabelecer o registro automático de atos constitutivos de empresários individuais, empresas indivi-

---

1. Doutor em Direito Empresarial pela PUC-SP. Professor de Direito Empresarial e Econômico do Centro Universitário IESB-DF. Procurador federal da Advocacia-Geral da União. Diretor do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração do Ministério da Economia.

2. De acordo com o relatório *Doing Business*, o tempo médio para abertura de empresas no Brasil é 17 (dezessete) dias, tendo de ser cumpridos 11 (onze) procedimentos ao todo.

duais de responsabilidade limitada e sociedades limitadas, quando os empreendedores fizessem uso de instrumento padrão fixado pelo DREI (Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração); a segunda alteração foi no art. 63, para permitir que advogados e contadores declarassem a autenticidade de documentos no âmbito das Juntas Comerciais, dispensando-se a autenticação em cartório nesses casos.

A referida MP ficou sob a relatoria do deputado Áureo Ribeiro (SD-RJ) e recebeu ao todo 28 (vinte e oito) emendas, algumas delas alinhadas com o ideal de simplificação e desburocratização que inspirou o texto original da norma.

Assim, embora a MP trouxesse apenas duas mudanças na Lei 8.934/1994, o PLV (Projeto de Lei de Conversão) aprovado na comissão mista presidida pelo senador Jorginho Mello (PL-SC) acabou sendo bem mais amplo, prevendo outras importantes alterações na legislação de registro empresarial.

No entanto, infelizmente o mencionado PLV não foi lido e votado nos plenários de ambas as Casas do Congresso Nacional, o que determinou a perda de eficácia da MP 876, nos termos do art. 62, § 3º, da Constituição Federal.

Além de coincidir com o período em que a Câmara estava votando a PEC da Reforma da Previdência, o PLV não foi lido e votado nos plenários do Congresso porque houve um forte *lobby* de entidades de classe contra a sua provação, em razão de uma regra do seu texto determinar o fim do vocalato das Juntas Comerciais.

Para salvar o texto do PLV da MP 876, que acabara de perder eficácia, ele foi incorporado, com exceção das regras que extinguiam os vogais, no PLV da MP 881 (que após aprovada se tornou a Lei 13.874/2019, a conhecida Lei da Liberdade Econômica).

As Mudanças na Lei de Registro Empresarial

A Lei da Liberdade Econômica, que, como já destacado na Introdução deste texto, incorporou as regras originais da MP 876 e algumas regras do seu PLV, alterou substancialmente a Lei de Registro Empresarial (Lei nº 8.934/1994).

Tais alterações foram provocadas pelo art. 14 da Lei 13.874/2019, as quais analisaremos em detalhes nos subtópicos seguintes.

Fim do preço público relativo ao CNE

A primeira mudança feita pela Lei da Liberdade Econômica na Lei 8.934/1994 foi a inclusão de um parágrafo único no art. 4º, com a seguinte redação:

> Art. 4º. (...).
> Parágrafo único. O cadastro nacional a que se refere o inciso IX do caput deste artigo será mantido com as informações originárias do cadastro estadual de

> empresas, vedados a exigência de preenchimento de formulário pelo empresário ou o fornecimento de novos dados ou informações, bem como a cobrança de preço pela inclusão das informações no cadastro nacional.

O Cadastro Nacional de Empresas (CNE) está previsto no inciso IX do art. 4º da Lei 8.934/1994, que diz ser competência do DREI "organizar e manter atualizado o cadastro nacional das empresas mercantis em funcionamento no País, com a cooperação das juntas comerciais".

Para manutenção desse cadastro, cobrava-se dos empreendedores um preço público, com base no art. 3º do Decreto-Lei 2.056/1983, que era de R$ 10 (dez reais) para empresários individuais e de R$ 21 (vinte e um reais) para sociedades empresárias.

Esse custo para os empreendedores (estimado em R$ 36 milhões por ano, segundo cálculos do próprio DREI), após a entrada em vigor da Lei da Liberdade Econômica, não existe mais.

Publicação dos atos decisórios das Juntas Comerciais na internet

Outra alteração provocada pela Lei da Liberdade Econômica na Lei 8.934/1994 foi em seu art. 31, que trata da publicação dos atos decisórios das Juntas Comerciais.

Na sua redação original, o mencionado dispositivo determinava o seguinte: "os atos decisórios da junta comercial serão publicados no órgão de divulgação determinado em portaria do presidente, publicada no Diário Oficial do Estado e, no caso da Junta Comercial do Distrito Federal, no Diário Oficial da União".

Como a MP 861/2018, depois convertida na Lei 13.833/2019, transferiu a Junta Comercial do Distrito Federal da União para o Governo do Distrito Federal[3], ela apenas corrigiu a parte final do dispositivo em comento, substituindo o Diário Oficial da União pelo Diário Oficial do Distrito Federal.

Em suma: cabia ao presidente da Junta Comercial determinar onde seriam publicados os atos decisórios, e essa determinação devia ser feita em Portaria, a qual deveria ser publicada no respectivo Diário Oficial local.

Alguns presidentes de Juntas Comerciais editaram portarias determinando que a publicação deveria ser feita no sítio eletrônico da Junta Comercial na *internet*. Assim, a Lei da Liberdade Econômica simplificou a questão, já estabelecendo isso no próprio texto legal:

> Art. 31. Os atos decisórios serão publicados na internet no sítio eletrônico da Junta Comercial.

3. A Junta Comercial do Distrito Federal era a única ainda subordinada administrativamente à União. As demais 26 (vinte e seis) Juntas Comerciais já se subordinavam administrativamente aos respectivos estados em que sediadas, em que pese tecnicamente subordinadas ao DREI.

Essa regra está em total consonância com a transformação digital de serviços que tem sido uma característica marcante do processo de modernização das Juntas Comerciais.

Registro automático de informações meramente cadastrais

A Lei da Liberdade Econômica também alterou o art. 32 da Lei 8.934/1994, incluindo dois parágrafos nesse dispositivo legal:

> Art. 32. (...).
> §1º. Os atos, os documentos e as declarações que contenham informações meramente cadastrais serão levados automaticamente a registro se puderem ser obtidos de outras bases de dados disponíveis em órgãos públicos.
> §2º. Ato do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração definirá os atos, os documentos e as declarações que contenham informações meramente cadastrais.

Trata-se de regra absolutamente alinhada com os ideais de simplificação e desburocratização que nortearam a Lei da Liberdade Econômica: com efeito, se as informações do documento ou declaração levados a registro são meramente cadastrais e já constam da base de dados de outros órgãos públicos, não faz sentido exigir do empreendedor nova comprovação delas, tampouco se faz necessário estabelecer rito formal de alteração para que elas sejam registradas nas Juntas Comerciais.

Vale destacar, porém, que essa regra não tem aplicabilidade imediata, estando ainda pendente de regulamentação pelo DREI.

Desnecessidade de autorização governamental prévia para o registro empresarial

Outra importante alteração da Lei 8.934/1994 provocada pela Lei da Liberdade Econômica foi no art. 35, que teve o inciso VIII revogado e o parágrafo único alterado.

O inciso VIII do art. 35 determinava que as Juntas Comerciais não podiam arquivar "os contratos ou estatutos de sociedades mercantis, ainda não aprovados pelo Governo, nos casos em que for necessária essa aprovação, bem como as posteriores alterações, antes de igualmente aprovadas".

Essa regra foi revogada, e a atual redação do parágrafo único do art. 35 ainda destaca o seguinte:

> Art. 35. (...).
> Parágrafo único. O registro dos atos constitutivos e de suas alterações e extinções ocorrerá independentemente de autorização governamental

> prévia, e os órgãos públicos deverão ser informados pela Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Redesim) a respeito dos registros sobre os quais manifestarem interesse.

Assim, a etapa do registro empresarial, no procedimento de abertura de empresas, não pode mais ser paralisada à espera de autorizações governamentais de órgãos públicos específicos.

Isso provavelmente exigirá que o DREI revogue a sua IN 4/2013, que elenca os atos que obrigatoriamente devem ser registrados somente após a aprovação prévia de determinados órgãos públicos específicos, como ANAC, ANATEL, BACEN, etc.

Não se está a dizer que a autorização prévia desses órgãos não é mais necessária, mas apenas que ela não é mais condição para se efetuar o registro empresarial na Junta Comercial respectiva. Os empreendedores que atuam nessas áreas reguladas sabem que, mesmo após registrados, só podem iniciar suas atividades após a autorização do órgão regulador.[4]

Desnecessidade de indicação do NIRE para arquivamento de atos

O art. 35, parágrafo único, da Lei 8.934/1994, que foi alterado conforme descrito no tópico anterior, tinha a seguinte redação original: "a junta não dará andamento a qualquer documento de alteração de firmas individuais ou sociedades, sem que dos respectivos requerimentos e instrumentos conste o Número de Identificação de Registro de Empresas (Nire)".

Como visto, a nova redação desse dispositivo trata de assunto diverso. Ademais, a Lei da Liberdade Econômica também revogou o art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.934/1994, que tinha a seguinte redação: "fica instituído o Número de Identificação do Registro de Empresas (NIRE), o qual será atribuído a todo ato constitutivo de empresa, devendo ser compatibilizado com os números adotados pelos demais cadastros federais, na forma de regulamentação do Poder Executivo".

Em suma: em razão da revogação do art. 2º, parágrafo único, e da nova redação do art. 35, parágrafo único, da Lei 8.934/1994, não há mais obrigatoriedade de instituição do NIRE, bem como é desnecessária, obviamente, a sua indicação nos atos levados a arquivamento nas Juntas Comerciais.

Trata-se de uma mudança importantíssima em termos de simplificação e desburocratização: além de não fazer sentido essa duplicidade de cadastros (já

4. Essa nova regra da Lei 8.934/1994 está em sintonia com o art. 8º, inciso II, alínea 'a' da Lei Complementar 123/2006, que apenas prevê, como etapa anterior ao registro na Junta Comercial, a viabilidade locacional e de nome empresarial.

existe o CNPJ, que todos conhecem)[5], quem atua com registro empresarial sabe que muitas vezes os processos eram colocados em exigência pelas Juntas Comerciais pelo simples fato de não ter sido informado o NIRE.

Simplificação da análise de atos de sociedades anônimas

A Lei 8.934/1994 estabelece dois regimes distintos para tomada de decisão no âmbito das Juntas Comerciais: regime de decisão singular, em que cabe a um vogal ou a um servidor, por delegação da presidência, decidir; e regime de decisão colegiada, em que a decisão cabe a uma turma de vogais ou ao plenário.

Na redação original do art. 41, inciso I, alínea 'a', da Lei 8.934/1994, todos os atos relativos a sociedades anônimas levados a arquivamento na Junta Comercial se submetia ao regime de decisão colegiada.

A Lei da Liberdade Econômica alterou esse dispositivo da Lei 8.934/1994, e agora apenas os atos relativos à constituição de sociedades anônimas serão decididos pelas turmas de vogais. Assim, os demais atos relativos a essas sociedades (alterações, por exemplo) agora se submetem ao regime de decisão singular, o que confere mais celeridade ao arquivamento deles.

Registro automático de atos que utilizem instrumento padrão fixado pelo DREI

Talvez a mais importante regra da Lei 8.934/1994 que foi alterada pela Lei da Liberdade Econômica foi o art. 42, com a inclusão de diversos parágrafos que passaram a prever o registro automático da constituição, alteração e extinção de empresas, quando for utilizado instrumento padronizado nos termos fixados pelo DREI.[6]

> Art.42. (...).
> § 2º. Os pedidos de arquivamento não previstos no inciso I do caput do art. 41 desta Lei serão decididos no prazo de 2 (dois) dias úteis, contados da data de seu recebimento, sob pena de os atos serem considerados arquivados, mediante provocação dos interessados, sem prejuízo do exame das formalidades legais pela procuradoria.
> § 3º. O arquivamento dos atos constitutivos e de alterações não previstos no inciso I do caput do art. 41 desta Lei terá o registro deferido automaticamente caso cumpridos os requisitos de:

5. Vale destacar que o art. 8º, inciso III, da Lei Complementar 123/2006 estabelece que "será assegurado aos empresários e pessoas jurídicas (...) identificação nacional cadastral única que corresponderá ao número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ".

6. Ainda na vigência da MP 876, o DREI editou a IN 62, fixando os instrumentos padronizados para a constituição automática de empresário individual, EIRELI e sociedade limitada.

> I - aprovação da consulta prévia da viabilidade do nome empresarial e da viabilidade de localização, quando o ato exigir; e
>
> II - utilização pelo requerente do instrumento padrão estabelecido pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) da Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.
>
> § 4º. O arquivamento dos atos de extinção não previstos no inciso I do caput do art. 41 desta Lei terá o registro deferido automaticamente no caso de utilização pelo requerente do instrumento padrão estabelecido pelo DREI.
>
> § 5º. Nas hipóteses de que tratam os §§ 3º e 4º do caput deste artigo, a análise do cumprimento das formalidades legais será feita posteriormente, no prazo de 2 (dois) dias úteis, contado da data do deferimento automático do registro.
>
> § 6º. Após a análise de que trata o § 5º deste artigo, a identificação da existência de vício acarretará:
>
> I - o cancelamento do arquivamento, se o vício for insanável; ou
>
> II - a observação do procedimento estabelecido pelo DREI, se o vício for sanável.

Conforme já mencionamos na Introdução deste texto, a redação original da MP 876 previa o registro automático apenas para a constituição de empresários individuais, empresas individuais de responsabilidade limitada e sociedades limitadas, que representam 96% dos atos arquivados no Brasil, segundo dados da Federação Nacional das Juntas Comerciais (FENAJU).

No entanto, a redação final aprovada pelo Congresso Nacional no PLV da MP 881, que incorporou o texto do PLV da MP 876, acabou estendendo o registro automático para as cooperativas, além de ampliar sua aplicação também para os atos de alteração e de extinção.

Essa regra do registro automático não apenas torna mais célere a etapa do registro empresarial no âmbito das Juntas Comerciais[7], mas também reduz o número de processos que são colocados em exigência.

Substituição do Recurso ao Ministro pelo Recurso ao DREI

Na redação original da Lei 8.934/1994, o processo revisional no âmbito do registro empresarial tinha como última instância recursal o ministro de Estado ao qual estava vinculado o DREI (atualmente é o ministro da Economia).

---

7. No último relatório *Doing Business*, do Banco Mundial, o indicador sobre abertura de empresas apontou que a etapa do registro na Junta Comercial demora em média 4 (quatro) dias, praticamente um quarto do tempo médio para a conclusão de todo o procedimento de abertura, que dura 17 (dezessete) dias. Sendo o registro automático, dá pra imaginar o quanto podemos avançar nesse indicador nos relatórios futuros.

Como o DREI é o órgão que tem expertise no assunto e como o trâmite até a decisão do ministro era longo e lento, optou-se por delegar o julgamento dos recursos ao DREI, por meio da Portaria Interministerial nº 319, de 26 de junho de 2019, dos ministros da Economia e da Casa Civil.

Assim, a Lei da Liberdade Econômica apenas consolidou essa competência do DREI, passando a estabelecê-la diretamente na Lei 8.934/1994:

> Art. 44. O processo revisional pertinente ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins dar-se-á mediante: (...)
> III - Recurso ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração.
> Art. 47. Das decisões do plenário cabe recurso ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração como última instância administrativa.

Em suma: confirmou-se na lei uma competência do DREI que já estava sendo exercida por meio de delegação.

Prova da publicidade de atos societários

Em consonância com a tendência de transformação digital de serviços, a Lei da Liberdade Econômica também alterou o art. 54 da Lei 8.934/1994.

A redação original desse dispositivo legal era a seguinte: "a prova da publicidade de atos societários, quando exigida em lei, será feita mediante anotação nos registros da junta comercial à vista da apresentação da folha do Diário Oficial, ou do jornal onde foi feita a publicação, dispensada a juntada da mencionada folha".

Após a mudança provocada pela Lei da Liberdade Econômica, o texto legal passou a deixar claro que a prova da publicidade de atos societários ocorrerá com a apresentação da versão eletrônica do Diário Oficial:

> Art. 54. A prova da publicidade de atos societários, quando exigida em lei, será feita mediante anotação nos registros da junta comercial à vista da apresentação da folha do Diário Oficial, em sua versão eletrônica, dispensada a juntada da mencionada folha.

Como dito, é mais uma mudança legislativa que se coaduna com o processo de transformação digital de serviços que tem sido empreendido pelas Juntas Comerciais.

Isenção para extinção de empresários individuais, empresas individuais de responsabilidade limitada e sociedades limitadas

Muitos já devem ter ouvido ou lido a seguinte frase quando se discute a burocracia brasileira relacionada ao registro empresarial: "no Brasil, abrir uma empresa é muito difícil, mas mais difícil ainda é fechar uma empresa".

Com o objetivo de mudar essa realidade, criando incentivos para a extinção regular de atividades empresariais, a Lei da Liberdade Econômica incluiu um parágrafo no art. 55 da Lei 8.934/1994, estabelecendo uma isenção de preço público para arquivamento de documentos relativos à extinção do registro do empresário individual, da empresa individual de responsabilidade limitada e da sociedade limitada:

> Art. 55. (...).
> § 2º. É vedada a cobrança de preço pelo serviço de arquivamento dos documentos relativos à extinção do registro do empresário individual, da empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli) e da sociedade limitada.

Segundo cálculos do DREI, estima-se que a nova regra acarretará uma redução de custos para os empreendedores de aproximadamente R$ 58 milhões.

Declaração de autenticidade de documentos por advogado ou contador

Finalmente, vale mencionar uma importante regra de simplificação e desburocratização que constava na redação original da MP 876: foi acrescido o § 3º ao art. 63 da Lei 8.934/1994, passando-se a permitir que o advogado ou o contador da parte interessada declare, sob sua responsabilidade pessoal, a autenticidade da cópia de documento levado a registro:

> Art. 63. (...).
> § 3º. Fica dispensada a autenticação a que se refere o § 1º do caput deste artigo quando o advogado ou o contador da parte interessada declarar, sob sua responsabilidade pessoal, a autenticidade da cópia do documento.[8]

É verdade que a Lei 8.934/1994 já permitia que as Juntas Comerciais, mediante a apresentação do documento original, realizassem o cotejo com a cópia, dispensando a necessidade de autenticação em cartório, mas essa regra era muitas vezes desrespeitada pelas Juntas Comerciais. Ademais, como muitas vezes não era o empreendedor que se dirigia à Junta Comercial, e sim um advogado, contador ou despachante, a necessidade de portar o documento original tornava a regra pouco eficaz.

Conclusão

A melhoria do ambiente de negócios de um país é fator decisivo para o seu desenvolvimento econômico e social, porque são os empreendedores que geram emprego e renda para a população, e não o Estado.

8. Ainda na vigência da MP 876, o DREI regulamentou essa regra por meio da edição da IN 60, de 26 de abril de 2019.

Com a Lei da Liberdade Econômica, o Estado brasileiro parece finalmente caminhar para cumprir sua verdadeira função em relação à economia do País: não atrapalhar quem deseja empreender.

As mudanças provocadas pela Lei da Liberdade Econômica na Lei de Registro Empresarial seguem essa diretriz, na medida em que simplificam procedimentos, diminuem exigências burocráticas e reduzem custos.

Anticorrupção Global e o Projeto de Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira (FEPA) dos Estados Unidos

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral[1, 2]

> *"As empresas norte-americanas no exterior são regularmente alvo de extorsões estrangeiras. Os cleptocratas transnacionais se escondem sob o verniz da autoridade e abusam de seu poder de deformar o ambiente regulatório, tentando cooptar ou eliminar legítimos criadores de emprego e empreendedores que seguem as leis. A Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira* [FEPA] *protegeria as empresas norte-americanas desses indivíduos, punindo o lado da demanda do suborno. Atualmente, uma empresa extorquida por suborno só pode dizer: 'Não posso pagar um suborno porque é ilegal e posso ser preso'. Esse projeto há longo tempo esperado permitiria que eles adicionassem: 'e você também'!"*
>
> Deputado John Curtis (Republicano – UT)[3]

Os malefícios da corrupção são por demais conhecidos e compreendem uma das formas de violência mais danosas. As parcelas vulneráveis da população são as que mais sofrem com a perda de oportunidades de desenvolvimento econômico, cultural e social. Há precarização de serviços públicos como saúde, educação, transporte e saneamento. Dissemina-se o crime organizado e comum, tornando os mais pobres reféns da miséria e da violência. A sociedade como um todo é vitimada, pois a corrupção instiga a corrosão do mercado competitivo, criando uma barreira à entrada de novos concorrentes e induzindo a que operem

---

1. Doutor e Mestre em Educação, com distinção (USP). *Master of Laws* (*LL.M.*) e *ITP*, com distinção de excelência acadêmica (*Harvard Law School*). *Visiting Scholar* (*Columbia Law School*, 2018-2020). Professor de Direito e integrante do Comitê Estratégico do Mackenzie Integridade – Centro de Estudos Avançados em Políticas de Integridade e Políticas Públicas da Universidade Presbiteriana Mackenzie. *Legal Consultant* admitido pela *Supreme Court of New York* (*Appellate Division*, *Manhattan*) e *Foreign Legal Consultant* certificado pela *Florida State Bar Association*. Advogado e parecerista no Brasil.

2. O presente artigo é um estudo de questões doutrinárias de Direito Comparado. Para avaliação do alcance e efeitos das regras da FCPA vide https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-guidance; da SOX vide https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763; da DODD-FRANK vide https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173; e da FEPA vide https://www. congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/4140.

3. https://www.csce.gov/international-impact/press-media/press-releases/representatives-jackson-lee-curtis-malinowski. Acesso em: 5/5/2020. Tradução livre.

em escalas menores, improdutivas e ineficientes, estimulando a informalidade, a sonegação fiscal e o desemprego. É um forte obstáculo à inovação, afetando substancialmente o crescimento das empresas, independente do seu tamanho. Conduz à malversação de recursos por dirigentes e empregados, alastrando a fraude corporativa, os abusos e desperdícios.

A corrupção cresce em sociedades nas quais se ausentam valores éticos fundamentais e há desrespeito aos direitos humanos. Autoridades e trabalhadores honestos sofrem nas mãos dos maus, trazendo à memória as lições de Rui Barbosa: "*De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto*".[4]

Por razões de certa forma semelhantes, na sequência do escândalo do Watergate nos Estados Unidos, o presidente Jimmy Carter, observando que as leis anticorrupção domésticas não puniam a corrupção praticada no estrangeiro por empresas norte-americanas, promoveu a edição da Lei de Práticas Corruptas Estrangeiras (Foreign Corrupt Practices Act – FCPA) de 1977. É uma legislação exemplar voltada a punir a prática de corrupção no exterior e que serviu para fomentar a edição de legislações congêneres ao redor do mundo, como a Lei Brasileira Anticorrupção – LAB (Lei n° 12.846/2013)[5].

A FCPA é, assim, uma lei federal dos EUA conhecida principalmente por duas de suas principais provisões, uma voltada a estabelecer a punibilidade por decorrência de suborno a autoridades e funcionários públicos estrangeiros e outra que trata dos requisitos de transparência e contabilização fraudulenta de subornos no âmbito da legislação de mercado de capitais (Securities Exchange Act de 1934). As disposições anticorrupção do FCPA aplicam-se tanto aos nacionais dos Estados Unidos quanto a estrangeiros que venham a emitir instrumentos de crédito ou a operar no mercado de capitais dos EUA. Alterada em 1998, a FCPA aplica-se também a indivíduos e empresas estrangeiras que, diretamente ou por meio de seus agentes, dão assistência à prática de corrupção no território norte-americano (sendo, assim, cúmplices ou partícipes nas violações), por atos como, por exemplo, remeter recursos financeiros a partir de uma conta bancária norte-americana, lá realizar reuniões ou telefonemas, ou enviar comunicações eletrônicas (e-mails) que transitem por um servidor nos EUA.

---

4. Trecho do discurso "A Falta de Justiça, a Fonte de Todo o Nosso Descrédito", proferido no Senado Federal, em 1914. http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/16040_V41_T3/PDF/16040_ V41_T3.pdf. Acesso em: 5/5/2020 (p. 91/479).

5. Há, no entanto, diversas diferenças fundamentais entre a FCPA e a LAB, como, por exemplo, a FCPA tratar de responsabilidade penal e civil subjetiva e a LAB impor sanções civis e administrativas de natureza objetiva.

Outras legislações norte-americanas mais recentes também se juntam ao conjunto de leis de combate às fraudes e ilícitos corporativos. Na primeira década do século XXI, na sequência dos escândalos das fraudes financeiras da ENRON e da World.com, os EUA também editaram a lei Sarbanes-Oxley – SOX (2002), que trata de transparência nas demonstrações financeiras e proteção a investidores contra fraudes corporativas; e, após a crise do *subprime* de 2008, foi promulgada a lei DODD-FRANK (2010), que promoveu reformas no mercado financeiro e de capitais, principalmente de swaps e de derivativos e de pagamento de bônus de performance, além de elevar critérios de governança corporativa e obrigações de transparência, com maior responsabilização de dirigentes, conselheiros e mesmo de consultores e auditores externos. A DODD-FRANK contém também disposições para proteção de empregados que façam denúncias de fraudes financeiras em suas empresas. Desse modo, o conjunto de leis norte-americanas formado pela FCPA, SOX e DODD-FRANK, além das legislações criminais internas que punem corrupção doméstica, peculato e extorsão, ilícitos no mercado de capitais e também sonegação fiscal, dentre outras, compõem um potente arsenal para as autoridades processarem e prenderem corruptos e fraudadores e aqueles que promovem desperdícios e abusos ilegais e criminosos em território norte-americano ou com uma conexão territorial com aquela jurisdição.

No que se refere à corrupção no exterior, como mencionado, a FCPA proíbe empresas e cidadãos norte-americanos de pagarem subornos a autoridades ou a funcionários públicos estrangeiros para ilicitamente promoverem seus negócios. As punições da FCPA alcançam também empresas internacionais listadas nas bolsas de valores norte-americanas, inclusive seus conselheiros, executivos, empregados, agentes e acionistas, dentre outros, independentemente de sua nacionalidade ou residência. No entanto, para punir outros estrangeiros, como a autoridade ou funcionário público corrupto de outro país, a FCPA exige uma conexão territorial entre o ato ilícito do acusado e a jurisdição norte-americana (viagens ou utilização de agentes, uso do sistema financeiro, de meios de comunicação ou de internet nos EUA, etc.). Nesse sentido, o objetivo da FCPA é a punição, nos EUA, das empresas corruptoras e de seus dirigentes, empregados ou acionistas pelos ilícitos praticados no exterior, e não o castigo do servidor estrangeiro corrupto pelo ato criminoso praticado no seu país de origem.

A FCPA, portanto, não atinge diretamente os funcionários públicos estrangeiros que receberam ou exigiram subornos no exterior. No passado, tribunais dos EUA inclusive já vedaram a extensão da FCPA para abarcar tais práticas desonestas extraterritoriais (em U.S. v. Hoskins, 2d Cir., 2018; e em U.S. v. Castle, 5th Cir., 1991). Isto levou o Departamento de Justiça norte-americano (DOJ, equivalente ao Ministério Público no Brasil) a processar funcionários

públicos estrangeiros corruptos não mais com fundamento na FCPA, mas sim com base na legislação geral de lavagem de dinheiro ou antifraudes. No entanto, nesses casos também é necessário que haja algum nexo territorial entre o crime e a jurisdição norte-americana.

Mas isto poderá mudar!

O projeto da Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira (H.R.4140 – Foreign Extortion Prevention Act – FEPA, 116th Congress 2019-2020), em debate no Congresso em Washington D.C. desde agosto de 2019, visa remover limitações fronteiriças no combate à corrupção global. Propugna estabelecer meios legais para permitir processar, nos EUA, funcionários públicos estrangeiros que recebam ou exijam suborno de empresas norte-americanas no exterior, por meio de extorsão, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, mesmo quando a ação desonesta (extorsão) não tenha um nexo territorial com aquela jurisdição.

Em outras palavras, como foi destacado em evento promovido pelo Center for the Advancement of Public Integrity (CAPI) da Universidade de Columbia[6], em Nova York, a FEPA destina-se a permitir e reforçar a aplicação, pelos EUA, de suas normas criminais domésticas sobre atos ilícitos ocorridos no exterior, punindo a extorsão e a corrupção praticadas por funcionários públicos estrangeiros que exijam ou recebam subornos em troca de realizar ou influenciar ações governamentais em seu país de origem. Portanto, haveria expansão da competência extraterritorial dos EUA para processar e punir políticos e servidores públicos estrangeiros nos casos de corrupção, no exterior, contra empresas dos EUA e aquelas a elas equiparadas. Assim, as empresas dos EUA e as internacionais listadas nas bolsas norte-americanas, seus dirigentes, empregados, agentes e acionistas, seriam processados por corrupção no exterior com base na FCPA e, por sua vez, a autoridade ou funcionário público estrangeiro corrupto seria julgado com alicerce na FEPA.

O texto em discussão no Congresso Federal dos Estados Unidos é o seguinte[7]:

---

6. O evento no CAPI em Nova York foi realizado em 25/11/2019 sobre A Responsabilização de Líderes Estrangeiros pela Corrupção: Considerando Abordagens Legais Inovadoras (Holding Foreign Leaders Accountable for Corruption: Considering Innovative Legal Approaches). Conforme informado pelo CAPI, foi estabelecida "*uma parceria com o Fórum Anti-Kleptocracy do Harriman Institute para discutir a Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira (FEPA), um projeto destinado a fortalecer a aplicação* [de normas] *anticorrupção no exterior, criminalizando a extorsão por autoridades estrangeiras e permitindo que a aplicação da lei dos EUA indicie estrangeiros que exigem ou recebem subornos em troca de realizar ou influenciar ações do governo*". https://web.law.columbia.edu/public-integrity/conferences-and-events/past-events. Acesso em: 5/5/2020. Tradução livre.

7. https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/4140.Acesso em: 5/5/2020.Tradução livre.

116º CONGRESSO

1ª Sessão

H. R. 4140

Alterar o título 18, Código dos Estados Unidos, para proibir um funcionário estrangeiro de exigir suborno e para outros fins.

NA CASA DE REPRESENTANTES

2 de agosto de 2019

Jackson Lee (por si mesma, Curtis, Malinowski e Hudson) apresentou o projeto de lei a seguir; encaminhado ao Comitê de Poder Judiciário

. . . .

Alterar o título 18, Código dos Estados Unidos, para proibir um funcionário estrangeiro de exigir suborno e para outros fins.

Seja ele promulgado pelo Senado e pela Câmara dos Representantes dos Estados Unidos da América no Congresso reunido,

SEÇÃO 1. . . .

Esta lei pode ser citada como a "Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira".

SEC. 2. PROIBIÇÃO DE DEMANDA PARA SUBORNO.

A seção 201 do título 18, o Código dos Estados Unidos é emendado –

(1) na subseção (a), adicionando ao final o seguinte:

"(4) O termo "funcionário estrangeiro" significa qualquer autoridade ou funcionário –

"(A) de um governo estrangeiro ou qualquer departamento, agência ou instrumentalidade do mesmo;

"(B) de uma organização pública internacional; ou

"(C) qualquer pessoa que atue em capacidade oficial para ou em nome de qualquer governo ou departamento, agência ou instrumento, ou para ou em nome de qualquer organização pública internacional.

"(5) O termo "organização internacional pública" significa:

"(A) uma organização designada por ordem executiva de acordo com a seção 1 da Lei de Imunidades das Organizações Internacionais (22 U.S.C. 288); ou

"(B) qualquer outra organização internacional designada pelo Presidente por ordem executiva para os fins desta seção, efetiva a partir da data de publicação de tal ordem no Registro Federal"; e

(2) adicionando no final o seguinte:

"(F) Quem, seja um funcionário estrangeiro ou uma pessoa selecionada para ser um funcionário estrangeiro, exceto os previstos em lei para o cumprimento adequado de suas obrigações oficiais, direta ou indiretamente, exige de forma corrupta, procura, recebe, aceita ou concorda em receber ou aceitar algo de valor pessoalmente ou para qualquer outra pessoa ou entidade, em troca de:

"(1) ser influenciado no desempenho de qualquer ato oficial; ou

> "(2) ser induzido a praticar ou omitir qualquer ato que viole o dever oficial desse funcionário ou pessoa, será multado sob este título ou preso por não mais de dois anos ou ambos."

A proposta da FEPA nasceu da iniciativa bipartidária de um grupo de deputados Republicanos e Democratas, objetivando combater a corrupção no exterior não mais apenas do lado da "oferta" (das empresas corruptoras, que pagam as propinas, como se dá com a FCPA), mas também atacar o lado da "demanda" (dos funcionários públicos corruptos, que promovem a extorsão ou aceitam ser subornados). Diferentemente da FCPA e das legislações contra a lavagem de dinheiro e antifraudes, a FEPA não mais exigiria nexo territorial da ação ilícita da autoridade ou funcionário público estrangeiro corrupto para ser processado e condenado nos EUA. A competência para punição pelas autoridades norte-americanas se daria, pois, pelo simples fato de se ter recebido ou exigido suborno de uma empresa norte-americana ou equiparada em uma jurisdição estrangeira. Embora a eficácia da punição pela FEPA pudesse ser reduzida em razão de o funcionário público estrangeiro não ser, em várias situações, passível de extradição (como no caso de brasileiro nato, por vedação constitucional), a existência do processo e a punição do corrupto pelos EUA teriam forte efeito dissuasório sobre práticas ilícitas. Seria dificultada a gestão de recursos fraudulentos em praças internacionais e desestimuladas viagens do transgressor ao exterior pelo risco de sua prisão nos EUA ou em países com acordo de extradição (inclusive preventiva, com base em possíveis investigações sigilosas pelas autoridades norte-americanas).

Veja-se, por exemplo, o caso brasileiro do ex-governador Maluf. Em face de suas condenações por ilícitos penais no exterior e até enfim ser condenado e preso no Brasil, por anos teve de abandonar viagens internacionais pelo receio de ser preso com base na "difusão vermelha" (*rednotice*) da Interpol (e também deixou de usufruir de recursos financeiros mantidos em paraísos fiscais, supostamente de sua propriedade e de origem ilícita, e que acabariam por ser confiscados). No caso da operação Lava Jato, envolvendo políticos, dirigentes e funcionários de estatais como a Petrobras e a Eletrobras (empresas listadas nas bolsas norte-americanas e, portanto, sob o alcance da FCPA), a FEPA também facilitaria que os corruptos fossem processados nos EUA. Ademais, o fato de um funcionário público estrangeiro ser processado nos EUA presumivelmente provocaria investigações e processos pelas autoridades dos países onde a corrupção teria sido, de fato, praticada. O corrupto malfeitor seria constrangido por acusações criminais no seu próprio país, além do risco de extradição por grande parcela de nações que possuem acordos bilaterais para a remoção forçada de investigados ou criminosos para os EUA.

Nas palavras do deputado Republicano Richard Hudson, um dos patrocinadores do projeto de lei da FEPA:

> *"Perseguir os que praticam extorsão é crucial para acabar com todo o sistema de suborno internacional. Mesmo que um cleptocrata não possa ser imediatamente extraditado, uma acusação dos EUA serviria caso-a-caso* [para apurar] *o crime cometido que poderia ser usado para apoiar medidas adicionais – como sanções – e forçar criminosos transnacionais a pensar duas vezes antes de viajar para o exterior para gastar seus ganhos ilícitos. Além disso, uma acusação dos EUA poderia ajudar as forças do Estado de Direito em outros países a eliminar a corrupção, pressionando o governo interno em questão a acusar o indivíduo.*
>
> *A Lei de Prevenção de Extorsão Estrangeira colocará as leis dos EUA em consonância com as melhores práticas internacionais. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que mantém a Convenção Antissuborno da OCDE – um mecanismo internacional fundamental para combater o suborno estrangeiro –, reconheceu a importância de criminalizar a extorsão transnacional em um relatório recente. Além disso, países como Reino Unido, França, Holanda e Suíça já criminalizaram a extorsão estrangeira*."[8]

A proposta da FEPA não pretende a alteração da FCPA, mas é um projeto de emenda ao Código Penal dos EUA (Title 18 U.S. Code §/ 201. Bribery of public officials and witnesses), na parte que trata de extorsão e de atos de corrupção praticados por funcionários públicos norte-americanos, visando atingir também os estrangeiros. A definição de "funcionário público estrangeiro" na FEPA é ampla e segue aquela da FCPA, abarcando servidores em geral da administração pública direta e indireta, políticos, funcionários de estatais, agências e órgãos públicos dos diversos níveis governamentais e organismos internacionais. A alteração pretendida pela FEPA ampliaria significativamente as categorias de réus potencialmente alcançados pela FCPA, sob o ângulo da punição de extorsão ou de corrupção no exterior pela aplicação do Código Penal dos EUA.

Assim, uma vez promulgada, a FEPA objetivaria punir a prática de um "ato ofício" ou a violação a um "dever de ofício", ou seja, a conduta criminosa de uma autoridade ou funcionário público estrangeiro que, atuando com lastro em sua competência legal, tivesse recebido ou exigido suborno de uma empresa norte-americana ou equiparada. Isto exigiria a prova da ocorrência de um "ato oficial" praticado (ou indevidamente omitido) em face do suborno, conforme a orientação jurisprudencial da Suprema Corte (em McDonnell v. U.S., 2016), em questões semelhantes. Ainda assim, diferentemente da FCPA, como a FEPA,

8. https://www.csce.gov/international-impact/press-media/press-releases/representatives-jackson-lee-curtis-malinowski. Acesso em: 5/5/2020. Tradução livre.

quando estiver em vigor, não mais exigirá nexo territorial com os EUA para se investigar, processar e condenar um funcionário público estrangeiro envolvido com suborno de uma empresa dos EUA ou equiparada (por exemplo, a Petrobras e a Eletrobras, que são listadas em bolsas norte-americanas), o seu alcance extraterritorial seria um tormento a mais, e bem contundente, para os corruptos em geral.

Em suma, a aprovação da Foreign Extortion Prevention Act (FEPA) pelo Congresso norte-americano representará um importante avanço no combate à criminalidade global pelos EUA, aumentando o temor e a possível punição de autoridades e funcionários públicos estrangeiros corruptos, na esteira da revolução iniciada com a FCPA, que é a referência mundial na luta contra a corrupção.

As Universidades e a Advocacia da Concorrência

Antônio Garbelini Junior[1]

Histórico

A efetiva defesa da livre concorrência é um tema relativamente novo no Brasil. Muito embora desde a década de 1930 nossa legislação já abordasse a questão, é possível afirmar que o primeiro diploma legal que efetivamente tratou da matéria, de forma específica e ampla, foi a Lei nº 8.884/94, também conhecida como Lei de Defesa da Concorrência, ao estabelecer as regras gerais de conduta que deveriam ser seguidas para que a livre concorrência pudesse ser alcançada em nosso país.

Essa legislação veio regulamentar o disposto na Constituição Federal de 1988, que estabeleceu, em seu artigo 170[2], que a ordem econômica deveria observar o Princípio da Livre Concorrência.

O que existia, anteriormente, em nosso arcabouço legal, eram leis e normativos que mais visavam ao controle de preços do que à livre concorrência. Na verdade, em função das altas taxas de inflação que assolaram o Brasil por décadas, não havia preocupação por parte dos formuladores de política econômica ou dos legisladores com esse tema.

Pelo contrário, muitas vezes políticas governamentais contrárias à livre concorrência eram implementadas como forma de tentar controlar a espiral dos preços.

Cabe mencionar, nesse sentido, a criação do Conselho Interministerial de Preços (CIP), por meio do Decreto nº 63196/1968, que tinha a *"atribuição de fixar e fazer executar as medidas necessárias à implementação da sistemática*

---

1. Pós-graduado em Economia de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (CEAG – FGV/SP - 1983). Graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (EAESP – FGV - 1981). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP - 1985). Curso de Especialização em Contratos Internacionais pela San Diego University, USA (1986). Atuação há mais de 30 anos nas áreas de direito econômico, direito do comércio internacional e direito empresarial, com ênfase em defesa da concorrência e infraestrutura.

2. Art. 170. 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:
(...)
IV - livre concorrência;

reguladora de preços". Por meio do Decreto-Lei nº 808/1969, o CIP foi ainda definido como o *"órgão através do qual o Governo Federal fixará e fará executar a política de preços no mercado interno buscando sua harmonização com a política econômica financeira global"*.

De fato, a questão da proteção da concorrência em nosso país já havia sido tratada por sucessivas legislações desde a Constituição de 1934. Entretanto, por ter sido a economia brasileira, até o final da década de 1950, essencialmente agrícola, exportadora de *"commodities"* e importadora de produtos industrializados, a proteção da concorrência, embora prevista na lei, não era exercitada, já que não havia produção econômica suficiente para merecer tal atenção.

Com a industrialização do país, ocorrida em meados dos anos 1960, a proteção da concorrência voltou à cena, com a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por meio da Lei nº 4.137/62. Ocorre, porém, que o modelo de industrialização incentivado a partir de 1964 baseava-se na intervenção governamental direta na economia, bem como na forte atuação de empresas estatais, que controlavam a maioria dos setores produtivos. Assim, a proteção da concorrência, embora contemplada pela lei, continuou esquecida.

O sistema de controle de preços praticados pelo Conselho Interministerial de Preços acabou criando no empresariado nacional uma cultura de preços tabelados, fixados em gabinetes ministeriais, sem a menor preocupação com a defesa da concorrência ou mesmo do consumidor.

Com a abertura comercial implementada pelo governo Collor, no início dos anos 1990, de um momento para outro a defesa da concorrência passou a ser uma preocupação não só dos governantes, mas também dos empresários brasileiros.

Assim, estabelecidas as condições básicas para o funcionamento de uma economia efetivamente de mercado, com poucas barreiras de importação, sentia-se a falta de uma legislação de *proteção* da concorrência que atendesse à necessidade dos novos tempos. Foi então promulgada a Lei nº 8.158/91, vindo a substituir a Lei nº 4.137/62 que coibia o abuso do poder econômico.

Posteriormente, com o aumento da competição interna, acirrada com a maior liberdade de importações, bem como a chegada de empresas estrangeiras, sentiu-se a necessidade de aprimorar a legislação concorrencial, com a edição da Lei nº 8.884/94, a qual veio melhor regulamentar as funções do Cade e do chamado "Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência", à época composto pela SDE (Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça) e pela SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda).

Com a legislação de 1994, algumas condutas que eram aceitas, ou mesmo incentivadas governamentalmente na época do controle de preços e inflação desenfreada, passaram a ser vedadas, sendo sua prática passível de aplicação

de sanções bem severas, criadas pelo novo marco legal da defesa da concorrência, o que causou muita incerteza no empresariado nacional.

É importante mencionar, nesse sentido, que o Cade adotou uma atitude prudente nos primeiros anos de aplicação da Lei nº 8.884/94, ao impor somente as penas mínimas e apenas contra as empresas. Somente com o passar do tempo que elas foram aumentando e alcançando as pessoas físicas dos administradores e funcionários envolvidos em algum ilícito concorrencial.

Assim, o Cade, passou de uma autarquia quase desconhecida por algumas décadas para uma posição de proeminência no panorama econômico do Brasil.

Também é importante reiterar que a Lei nº 8.884/94 criou o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secretaria Especial de Acompanhamentos Econômicos (Seae), que teve importante papel na difusão da defesa da livre concorrência.

A atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sempre foi pautada em três pilares[3]: (i) atuação preventiva; (ii) ação repressiva; e (iii) atuação proativa:

> "Ação preventiva: envolve a análise e aprovação das operações de concentração (fusões, aquisições e incorporações de empresas) e cooperação econômica ("joint ventures");
>
> Ação repressiva: envolve a investigação e punição de condutas anticompetitivas das empresas, como a formação de cartel e algumas práticas abusivas das empresas dominantes (acordos de exclusividade, vendas casadas, preços predatórios, etc);
>
> Ação proativa (advocacia da concorrência): envolve a análise e proposição de políticas públicas com o objetivo de se identificarem barreiras e entraves à concorrência, de forma a estimular incrementos na eficiência alocativa dos recursos econômicos, bem como um papel educativo de difusão da importância da concorrência para a sociedade."

Dentro da mencionada estrutura, a SDE tinha por função proceder à instrução dos procedimentos administrativos junto ao Cade, bem como promover a advocacia da concorrência. Por sua vez, a função da Seae era a de "emitir pareceres sobre a matéria de sua especialização".

Com a Lei nº 12.529/11, que veio substituir a Lei nº 8.884/94 como Lei de Defesa da Concorrência, o SBDC passou a ser composto apenas pelo Cade e pela Seae, a qual deixou de emitir pareceres, passando a realizar a Advocacia da Concorrência perante órgãos governamentais e a sociedade.

3. http://www.fazenda.gov.br/assuntos/concorrencia.

Posteriormente, a Seae foi extinta por meio do Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018, sendo sucedida pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac). Segundo o sítio da Seprac na internet, ela:

> "Exerce, prioritariamente, atividades de advocacia da concorrência, opinando sobre qualquer ato normativo ou proposição legislativa nos aspectos referentes à defesa da concorrência, especialmente em mercados regulados.
>
> Elabora estudos setoriais e pareceres analíticos sob demanda de órgãos da administração pública ou que sirvam de insumo para formulação de políticas públicas setoriais.
>
> Sempre que identificar ato normativo ou propostas de leis que tenham caráter anticompetitivo, a secretaria pode manifestar-se a respeito do tema mediante propostas de medidas e revisões cabíveis para defender a concorrência. Nesse sentido, atua no escopo proativo da política de defesa da concorrência."[4]

Dessa forma, do ponto de vista legal, o Brasil conta com uma estrutura robusta no que se refere à defesa da livre concorrência. Entretanto, o que falta, ainda, é que a sociedade brasileira conheça e se envolva mais com essa questão.

Ou seja, que livre concorrência deixe de ser uma questão apenas tratada pela Constituição Federal e pela legislação concorrencial e passe a ser uma bandeira de todo o cidadão. Aí se encontra a importância da chamada Advocacia da Concorrência e o papel das Universidades na sua difusão, conforme será visto mais adiante.

Advocacia da Concorrência

A Advocacia da Concorrência pode ser definida como sendo *"as atividades conduzidas pelas autoridades públicas responsáveis pela promoção da concorrência através de mecanismos preventivos e não coercitivos que visam promover um ambiente competitivo para as atividades econômicas – em particular por meio da articulação dentro do governo e pela conscientização da população acerca dos benefícios da competição, podendo incluir também a atuação de atores da esfera privada como promotores da competição, em particular associações acadêmicas"*[5], conforme predica a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac).

Sua finalidade primordial é a de incutir, nos diversos agentes econômicos, no poder público e na população brasileira, uma cultura concorrencial no sentido de gerar o respeito às boas práticas concorrenciais.

4. http://www.fazenda.gov.br/assuntos/concorrencia.

5. http://www.fazenda.gov.br/assuntos/concorrencia.

Para o Cade, a Advocacia da Concorrência, que o órgão desempenha, conforme competência legal, tem função educativa, qual seja a de *"instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas"*.[6]

A ideia da Advocacia da Concorrência já era mencionada na antiga Lei de Defesa da Concorrência, de 1994, quando incluiu entre as competências do Plenário do Cade, "*instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica"*. Da mesma forma, estabeleceu que a SEAE também tinha a competência de *"instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão"*.

Não obstante o trabalho que o Cade e a Seprac têm desempenhado na divulgação dos valores da livre concorrência e da necessidade de as normas concorrenciais serem respeitadas pelos agentes econômicos, é importante que tais valores sejam entendidos e difundidos para a população. É nesse ponto que as Universidades brasileiras têm uma importante missão a desempenhar.

O Papel das Universidades

Em razão de a defesa da livre concorrência ter sido positivada em passado recente, o seu estudo no ensino superior no Brasil também é novo, mas, infelizmente, é feito de maneira incipiente, ou, por vezes, inexistente.

Como visto anteriormente, o fato de a defesa da livre concorrência ser algo relativamente novo na economia brasileira fez com que nossas Universidades levassem algum tempo para perceber a necessidade de discutir melhor essa questão.

Isso também é devido ao fato de os livros sobre direito econômico, editados até as décadas de 1970 e 1980, pouco tratarem do direito concorrencial. Nesse sentido, já tive a oportunidade de discorrer sobre a pouca literatura existente sobre a matéria, em obra comemorativa aos 30 anos de formatura da Turma de 1985 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da qual o professor Fernando Passos foi ilustre orador.

No artigo intitulado A Evolução do Direito da Concorrência no Brasil, observei que, nas *"primeiras lições de direito econômico ministradas pelo saudoso Prof. Geral de Camargo Vidigal*[7]*, não existe a menção a direito da con-*

6. http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna.

7. Vidigal, Geraldo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1977.

corrência, mas sim a direito administrativo econômico e direito da organização de mercados..."[8].

Também mencionei que José Nabantino Ramos[9], em obra editada no ano de 1977, *"fazia uma pequena menção ao CADE, ao dedicar-lhe um pouco mais do que meia página, resumindo a forma de sua atuação à época"*.

Entretanto, com a maior proeminência da atuação do Cade, o direito da concorrência passou a ter maior destaque, com o surgimento de diversas obras doutrinárias.

Não obstante, o ensino da defesa da concorrência é ainda restrito a algumas faculdades de direito, economia e administração. O ideal seria a disseminação do estudo do direito da concorrência em todos os cursos superiores do Brasil, como forma de criar uma cultura de defesa da livre concorrência entre os nossos universitários.

É nesse ponto que se percebe a necessidade de a Universidade brasileira adotar como uma de suas bandeiras a Advocacia da Concorrência no país, o que não é nada difícil ou custoso.

Um dos exemplos exitosos de promoção da concorrência no meio universitário decorreu da parceria entre o Centro de Integração Empresa Escola (CIEE) e o Cade, entre os anos de 2001 e 2016.

O CIEE[10], além de proporcionar programas de estágio e de menor aprendiz, busca complementar a formação desse jovens, por meio de diversas iniciativas, como cursos, palestras e também a realização de prêmios literários, que são abertos à participação não apenas dos estudantes auxiliados pelo CIEE, mas para todos os alunos, com objetivo de cumprir sua missão, que é a de: *"Contribuir para o acesso e integração ao mundo do trabalho fortalecendo o exercício da cidadania"*.

Nesse sentido, visando incrementar a Advocacia da Concorrência no Ensino Superior brasileiro, com o propósito de difundir o conceito da livre concorrência no País, o CIEE e o Cade criaram o Prêmio Literário CIEE/Cade, que teve 13 edições.

O Prêmio tinha por objetivo mostrar para as instituições de ensino superior no Brasil, não apenas a necessidade de preparar futuros profissionais para

8. Fattori, Sara Corrêa. **Arcadas: 30 anos da Turma de 1985**. São Paulo: Max Limonad. p. 41.

9. Ramos, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico, história, doutrina, legislação até 31-7-76**. São Paulo: Resenha Tributária.

10. O Centro de Integração Empresa-Escola (CIEE) é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos e de fins não econômicos, reconhecida como entidade de assistência social que, por meio de diversos programas, dentre eles o de aprendizagem e o estágio de estudantes, possibilita aos adolescentes e jovens uma formação integral, ingressando-os no mundo do trabalho.

atuarem na área do direito concorrencial, mas também de difundir os valores da livre concorrência para as demais áreas do conhecimento universitário.

Isso porque, naquela época, essa área de conhecimento encontrava-se, ainda, reservada a poucos especialistas, mas desconhecida de grande parte da população e dos estudantes do ensino superior.

Os assuntos tratados ao longo de suas treze edições foram os mais diversos, abrangendo vários pontos de interesse da defesa da livre concorrência.

Na sua primeira outorga, no ano de 2001, o prêmio tinha como mote *"A promoção da livre concorrência no Brasil"*.

Vários outros temas se sucederam. Para a sua 2ª edição, foi eleita a temática: *"A repressão das infrações à ordem econômica em tempos de globalização"*. Na 3ª versão o CADE solicitou o tema *"O direito da concorrência nas Américas"*. Já a 4ª versão abordou *"O direito da concorrência e as suas relações com o direito penal"*. Na 5ª versão foi discutida *"A concorrência no setor bancário"*, sendo que, na 6ª edição, foi abordado um tema de muito impacto social, qual seja, *"A concorrência no setor da saúde"*.

Com o evidente interesse dos estudantes e sua maior divulgação nos meios universitários, as versões seguintes do Prêmio Literário CIEE/Cade começaram a se aprofundar em questões mais específicas do antitruste. Isso pode ser percebido na 7ª versão, que abordou o tema *"O poder da compra na análise antitruste"*, sendo que a 8ª/9ª versões adentraram a questão do *"Sham Litigation – o abuso do direito de ação"*. Essa especificidade continuou na sua 10ª edição, que abordou as especificidades do *"Termo de compromisso de cessação"*, sendo que a 11ª versão teve por objeto de interesse o "*Desafio da análise prévia em ato de concentração"*.

Finalmente, a 12ª versão teve por tema *"O acordo de leniência e a política de combate a cartéis no Brasil"*, e a questão do *"Compliance concorrencial"* foi tema de debate na sua 13ª edição.

Cabe consignar que se constatou, a cada versão do Prêmio, que os estudantes, instigados pelo tema da livre concorrência, passaram a buscar informações em jornais, revistas, publicações especializadas, monografias e, inclusive, por meio de conversas com advogados e economistas especialistas no assunto.

Também é necessário ressaltar, que o Cade e o CIEE partiram da premissa de que é necessária a existência de uma sociedade bem informada e vigilante para que a livre concorrência seja considerada um dos indutores do desenvolvimento sustentado da economia do Brasil.

Dessa forma, pode-se afirmar, com certeza, que o objetivo pretendido pode ser considerado atingido pois, se as primeiras edições traziam apenas trabalhos escritos por aluno das faculdades de direito e economia de alguns

grandes centros como São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília, nas últimas edições já era possível constatar a participação de estudantes universitários de todo o Brasil, e dos mais diversos cursos superiores.

Por isso, a Universidade tem papel de grande relevância na Advocacia da Concorrência e deve levar tal conhecimento não apenas aos alunos de direito, economia e administração, atualmente os únicos destinatários das matérias que envolvem a defesa da concorrência, mas também para as demais áreas do conhecimento universitário.

Na verdade, o ideal seria que esse valor constitucional, que é a defesa da livre concorrência, fosse objeto de ensino para os mais jovens, como modo de formar uma consciência nacional na defesa não apenas de seus direitos individuais como consumidores, mas também como forma de preservar a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica nacional.

O professor Fernando Passos sempre foi um entusiasta dos assuntos relacionados à defesa da livre concorrência e procurou transmitir esses valores para seus alunos, bem como nas entidades da qual participa.

No ano de 2004, foi nomeado presidente da Comissão de Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Secção de São Paulo, sendo reconduzido ao cargo no ano de 2005. Exerceu o cargo de vice-presidente dessa mesma Comissão nos anos de 2007 e 2008.

Cabe aqui mencionar sua participação na obra *Guia da concorrência*, de 2008, editado pelo Sindicato das Entidades Mantenedoras de Estabelecimentos de Ensino Superior no Estado de São Paulo (Semesp) na qual discorreu sobre a Secretaria de Direito Econômico (SDE), no artigo intitulado "O papel de acompanhar o equilíbrio do mercado".

É possível destacar, nesse sentido, sua atuação como membro do Conselho Superior de Direito da Fecomércio, na reunião do Grupo de Trabalho (GT) do Código Comercial, criado pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), referente ao projeto de lei do novo Código, realizada nos dias 30 e 31 de janeiro de 2019, na qual, analisando os princípios do Código, destacava a necessidade de uma legislação que garanta que *"a responsabilidade do sócio, desde que atue nos princípios da boa-fé, da organização, seguindo o princípio da livre iniciativa, respeitando a concorrência, não infringindo a lei, etc"*.

Também é necessário relembrar sua participação na obra *30 anos do Conselho Superior de Direito da Fecomércio-SP: história e estudos jurídicos*, de 2019, com o artigo "Visão geral do sistema concorrencial brasileiro", no qual traça um panorama histórico da defesa da livre concorrência em nosso país. Seu apreço pela defesa da concorrência está bem claro nessa obra quando declara que: *"Defender a concorrência por todos os meios é a forma mais saudável de propiciar bem-estar econômico a todos os cidadãos"*.

Portanto, mirando-se no exemplo do professor Fernando Passos, é necessário que as Universidades, por meio de seus docentes, tenham sempre presente a importância de divulgar para seus alunos os princípios que norteiam a defesa da livre concorrência, por intermédio de cursos e palestras específicas sobre esse tema tão rico e tão caro para a sociedade brasileira.

Mais ainda, o ideal seria que tal ensino não fosse limitado à Universidade, mas que também fosse ensinado às nossas crianças e jovens, desde os anos mais básicos da educação, como forma de criar uma consciência social que permita o desenvolvimento econômico sustentável e que possa garantir uma vida digna para todos os brasileiros.

Do Impacto da Crise do Coronavírus na Seara Jurídica, Contratual e Negocial

Armando Luiz Rovai[1]
Paulo Sérgio Nogueira Salles Júnior[2]

O presente estudo está dividido em seis seções, sendo que na primeira seção trataremos de um estudo introdutório acerca dos principais pontos jurídicos afetados pela pandemia de Covid-19; na segunda, observaremos as alterações legislativas no âmbito do direito societário; na terceira trataremos da importância da dilação dos prazos de cobrança dos tributos; na quarta abordaremos os pontos mais relevantes na seara do direito consumerista; na quinta discorreremos sobre os efeitos causados pela decretação do estado de calamidade nas relações locatícias e o excesso de ajuizamento de ações revisionais; por fim, na sexta seção, concluiremos acerca da importância da garantia dos princípios jurídicos do *pacta sunt servanda* e da boa fé em um momento de crise como este.

1ª Seção – Introdução

A pandemia de Covid-19 tem abalado não somente a saúde dos brasileiros, como também a saúde financeira do país e do mundo. O Brasil tem mais de 20 milhões de empreendimentos, sendo que quase 70% destes são pequenos negócios, concentrando-se, principalmente, no setor de serviços, ou seja, vislumbramos um enorme desafio de sobrevivência pela frente, pois o efeito dominó pode ser fatal para muitos empresários em meio às políticas públicas de distanciamento social.

Em momentos como este, a inovação do mercado será a força motriz para a reconstrução de muitas empresas nos próximos anos, uma vez que esse cenário atual tem impacto direto na rotina de trabalho de sociedades e associações, que muitas vezes dependem da realização de reuniões e assem-

1. Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito Comercial da PUC/SP e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (na qual também é chefe do Departamento do Núcleo de Direito Comercial). Ex-presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo por quatro mandatos. Foi presidente do Ipem/SP. Foi secretário Nacional do Consumidor – SENACON/MJ.

2. Advogado, mestrando em direito empresarial na PUC/SP. Ambos advogados no escritório ALR – Advogados.

bleias para a tomada de decisões, como a redução do quadro de funcionários, adaptações do modelo de negócio à crise e até mesmo a exclusão de sócios, seja por caso de morte ou falência.

Visando esclarecer as últimas atualizações do governo quanto ao tema de Covid-19 no Brasil, trataremos de assuntos relacionados aos campos do Direito Societário, Contratualista, Consumerista e Tributário, sendo possível a compreensão das perspectivas de mercado e oportunidades, assim como medidas de boas práticas legais que dizem respeito aos mais diversos setores e atividades.

2ª Seção – Inovações Societárias

Vê-se que, no âmbito do direito societário, o Poder Público, por meio de seus representantes e dirigentes, no caso as pastas do governo federal, ou seja, o Ministério da Justiça e o DREI (Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração), adotou uma postura ativa e correta em uma situação de crise, como no caso da edição da Medida Provisória 931, de 30 de março de 2020.

O principal objetivo da MP foi amenizar os transtornos decorrentes dessa necessária paralisação, observando-se, em especial, as corretas medidas de restrição ao funcionamento das Juntas Comerciais e dos adiamentos das realizações e instalações de reuniões e assembleias de sócios das sociedades empresárias.

No que tange às Sociedades Limitadas, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio determina que a Reunião Anual de sócios, para deliberações acerca da aprovação de contas dos administradores e validação do balanço patrimonial, correspondente ao final do exercício, deve ser realizada nos quatro meses subsequentes ao término do período social, ou seja, na grande maioria das sociedades, até o mês de abril (quarto mês do presente ano).

Excepcionalmente, em razão da pandemia, no ano de 2020, a reunião poderá ser realizada até o sétimo mês posterior ao encerramento do exercício social, estabelecendo ainda que, caso o contrato social disponha que reuniões ou assembleias devam ser realizadas em prazo inferior ao legal, deverão ser desconsideradas no ano de 2020, com o intuito de evitar que ocorram aglomerações e contatos próximos de sócios.

Para não haver problemas de continuidade dos atos societários, os mandatos de diretores e administradores que tenham o seu termo final antes da realização dessas reuniões ou assembleias serão prorrogados, automaticamente, até a data do evento.

Importante destacar que as medidas trazidas para as sociedades limitadas, como a prorrogação do prazo das reuniões, aplicam-se, da mesma forma, para as sociedades anônimas, no caso das realizações das AGO e AGE, sendo que os mandatos, também, serão prorrogados, automaticamente, até o momento das deliberações.

Neste diapasão, a Medida Provisória 931/20, como implemento para que haja a desburocratização dos atos societários, bem como primando pelo isolamento social e saúde da população, em seus artigos 7º, 8º e 9º altera as redações sobre a forma de realização de reuniões e assembleias nas Sociedades Limitadas, Anônimas e Cooperativas. Esclarece-se que tal mudança legislativa permite a realização desses atos societários por meio de videoconferência, possibilitando, ainda, que o sócio exerça seu direito de voto, conforme manda o diploma legal brasileiro, de maneira digital.

Percebe-se que houve uma dilatação nos prazos legais para os atos societários e também efeito retroativo aos atos que já tenham sido praticados pelas sociedades e necessitem de registros nas Juntas Comerciais, uma vez que estas se encontram com as atividades suspensas, ou seja, enquanto perdurar o fechamento das repartições públicas e as medidas de isolamento, os atos que forem levados a registro na reabertura terão seus efeitos a partir da data da assinatura dos documentos.

Ao nosso ver, enfim, por vivermos uma situação atípica, ou seja, uma pandemia global, a aplicação desta Medida Provisória deve-se adequar à necessidade e conveniência de seus sócios, da diretoria, da empresa e do efetivo exercício da preservação da empresa e do cumprimento de sua função social, não devendo, em hipótese alguma, seu eventual descumprimento (por motivos fortuitos ou de força maior) ensejar condenações por danos morais ou qualquer outra penalidade cabível em situação de normalidade.

Isto posto, tendo em mente a absoluta necessidade de desenvolvimento da atividade produtiva com a consequente retomada econômica, pretende-se do poder público a imediata simplificação dos processos para as empresas e empreendedores, tomando por essenciais condutas desburocratizantes.

3ª Seção – Dilação dos Prazos Tributários

Na seara do direito tributário, novamente, vemos uma atuação racional e louvável do Ministério da Economia, lutando, incessantemente, para evitar o colapso econômico.

Um exemplo foram as edições de algumas medidas que impactaram diretamente o sistema tributário nacional, visando à prorrogação das datas de pagamento de determinados impostos e concedendo aos empresários e cidadãos fôlego para superar a grave paralisação que ocorreu no mercado como um todo.

A referida dilação das datas de pagamento dos impostos mereceu um tratamento particular e específico do Poder Público, sendo que no âmbito dos tributos federais temos a seguinte situação: i) no caso do Imposto de Renda Pessoa Física, o prazo para entrega das declarações foi adiado em 60 (sessenta

dias); ii) já no caso do INSS Patronal, do PIS e do COFINS, os vencimentos foram alterados de forma diferente, sendo que o encargo relativo à competência de março foi alterado para o mês de agosto e o de abril para outubro; iii) ainda, acerca da parcela federal relativa ao SIMPLES nacional, foi concedido um adicional de 6 (seis) meses para que as pessoas venham a adimplir com as obrigações.

Na mesma toada, os tributos arrecadados pelos Estados e pelos Municípios também sofrerão adequações em seus vencimentos, a fim de auxiliar os contribuintes, visto que o ICMS e o ISS tiveram seu prazo de cobrança prorrogado em 90 (noventa) dias.

É urgente e necessário, portanto, que o governo aplique medidas tributárias coerentes com o momento histórico que vivemos, a fim de garantir a atividade produtiva e os empregos dos brasileiros, em especial no que se refere às classes menos favorecidas, que são a grande maioria da população de nosso país; lembrando, sempre, que não se deve aproveitar esta calamidade causada pela pandemia para criar novos tributos ou encargos para os cidadãos.

4ª Seção – Alterações no Direito do Consumidor

Outro setor extremamente afetado pelo momento pandêmico vivido é o mercado de turismo (incluindo agências de viagens e companhias aéreas) e de eventos, que organizam shows, apresentações teatrais e festas com grande aglomeração de pessoas em ambientes fechados e com circulação restrita de ar.

Assim, uma questão passou a pairar: como os consumidores que tiveram seus eventos desmarcados, viagens canceladas ou optaram por não ir, com medo de contágio, deveriam proceder? Foi neste diapasão que o Ministério Público Federal se manifestou para que eventuais desmarcações ocorressem sem a cobrança das respectivas taxas de cancelamento, pois esta conduta seria caracterizada como abusiva em relação ao consumidor.

Exatamente neste sentido que, para dirimir quaisquer outras arestas e controvérsias acerca do assunto, também foi editada a Medida Provisória nº 948/2020, especificamente, "sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da Covid-19".

A referida MP, sinteticamente, prescreveu que as empresas, em virtude de cancelamentos de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, por causa da pandemia do novo coronavírus, não deverão ser obrigadas a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem ao consumidor: i) a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos

cancelados; ii) a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas; ou iii) outro acordo a ser formalizado com o consumidor (...)".

Cabe esclarecer que os empresários afetados por essa legislação são, respectivamente, os prestadores de serviços turísticos, cinemas, teatros, plataformas digitais de vendas de ingressos pela internet, em conformidade com a Lei nº 11.771/08, que dispõe sobre a Política Nacional de Turismo e define as atribuições do Governo Federal no planejamento, desenvolvimento e estímulo ao setor turístico.

Vale salientar, por oportuno, a existência de elementos próprios no segmento de turismo, que, no caso de remarcação dos serviços, numa das hipóteses acima elencadas, deve observar a sazonalidade do segmento e o valor que foi cobrado originalmente, não podendo haver prejuízos ao cidadão.

Caso seja acordado que o valor pago vai ser disponibilizado ao consumidor, este terá o prazo de 12 meses para utilizar o crédito, porém este prazo só terá o seu termo inicial quando do término do estado de calamidade e consequente reinício das atividades que foram ora prejudicadas/desmarcadas.

Em consonância com a orientação dos Procons e também do Ministério Público Federal, o governo, por meio desse decreto, ratifica que as operações referidas no artigo 2ª da MP 948/2020 não podem gerar ônus ou encargos ao consumidor, devendo ser suportada pelas empresas prestadoras dos serviços.

Quanto aos artistas e outros profissionais que tenham sofrido algum cancelamento de evento, a norma traz que estes não serão obrigados a efetuar o reembolso imediato dos valores aos consumidores, devendo o evento/show ser remarcado no prazo de 12 meses, também a contar do encerramento do estado de calamidade pública, decretado pelos governantes.

Nos casos em que o serviço não for remarcado no período legal estipulado, ou seja, descumprido algum dos requisitos legais, a MP impõe que os artistas, empresas, bem como outros profissionais que tenham sido afetados, devolvam o valor ao consumidor, com a devida correção monetária pelo IPCA-E, de acordo com o parágrafo único do artigo 4ª, da estudada Medida Provisória.

Elucidamos que, por vivermos uma situação atípica, ou seja, uma pandemia, todas as relações de consumo que são regidas por esta Medida Provisória devem ser enquadradas nas hipóteses legais de caso fortuito ou força maior, não podendo, via de regra, ensejar em condenações por danos morais ou qualquer outra penalidade cabível em situação cotidiana normal.

Deve ser observado, ainda, que, para a melhor condução das atividades comerciais e negociais, em geral, os órgãos de defesa do consumidor deverão fiscalizar eventuais práticas abusivas dos empresários, como a cobrança de valores excessivos dos produtos de limpeza e proteção ao contágio.

Por fim, tendo em mente a absoluta necessidade da harmonia, transparência e reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, como elementos fundamentais para o equilíbrio nas relações de consumo, considera-se como essencial a tomada de condutas e atitudes solidárias, por parte de particulares, integrantes da iniciativa privada e do governo. A defesa do consumidor, por óbvio, tem de estar ao lado do cidadão.

5ª Seção – Das Relações Locatícias

Nas relações locatícias, verifica-se que a paralisação dos serviços e atividades que não são considerados essenciais pelo Poder Público causou o fechamento da maioria dos estabelecimentos comerciais e, via de consequência, está atingindo as relações contratuais dos aluguéis residenciais e não residenciais.

Diante deste cenário, a atividade produtiva foi drasticamente reduzida em alguns setores, como no caso de bares e restaurantes, comércio varejista de produtos eletrônicos, utensílios e de bens de consumo em geral, principalmente aqueles que não desenvolveram alguma plataforma ou sistema de comércio eletrônico. Excetuam-se, aqui, os supermercados e farmácias que, por razões de evidente necessidade básica da população, permanecem abertos e em pleno funcionamento.

Vale esclarecer, contudo, que, buscando amenizar os danos causados à atividade produtiva neste momento de calamidade, foram tomadas certas medidas paliativas como a de diminuição de jornadas de trabalho e consequente redução de salários, a fim de garantir empregos e manter viva a chama da atividade empresarial, como prevê a redação da MP 936/2020. Outras medidas têm sido tomadas e criadas pelo Poder Público, diga-se de passagem, com certo exagero de produção legislativa, às vezes dentro de uma pertinência e cabimento jurídicos duvidosos.

Especificamente, retornando ao tema "relações contratuais", na modalidade dos contratos de locação, percebe-se que não foram editadas legislações novas para a disciplina, chamando atenção, apenas, para o trâmite no Senado, do Projeto de Lei 1.179/2020, que versa sobre a proibição de concessão de liminares nas ações de despejo, até o término do mês de outubro do presente ano.

O que se nota, neste momento *sui generis* para a manutenção do equilíbrio das relações locatícias, é o seguinte: i) primeiro e como regra a ser seguida, devem as partes ter em mente a necessidade do cabal cumprimento dos contratos de locação, nos moldes firmados no momento de sua entabulação, a fim de viabilizar a devida segurança jurídica, privilegiar o ambiente de negócios e proporcionar a mais rápida retomada do estado das coisas; ii) na hipótese de inviabilidade do cumprimento dos contratos, por conta da evidente calamidade causada pela pandemia, as partes envolvidas nas relações de locação (locadores

e locatários), permeadas pelo bom senso e pela boa vontade, devem viabilizar possíveis negociações extrajudiciais, pautando-se por condutas absolutamente éticas e sinceras, lastreadas pelo princípio da boa-fé, a fim de buscarem uma solução consensual para o pagamento dos aluguéis e eventuais atrasos, em vista da paralisação das atividades negociais como um todo.

Percebe-se que o caminho do consenso e do acordo extrajudicial é a única forma de não tornar mais danosa os já suficientes problemas econômicos que todos enfrentamos, não abarrotando, assim, o Poder Judiciário com demandas inoportunas e morosas. É, portanto, o meio mais inteligente de darmos o efetivo cumprimento às relações locatícias, sejam elas residenciais ou não residenciais, com menor prejuízo às partes.

Cumpre verificar, também, num sentido holístico, que o excesso de legislações que estão sendo elaboradas e promovidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, neste momento de pandemia, a pretexto de combater seus efeitos, vem gerando dúvidas e insegurança jurídica desnecessárias. Isso porque já temos Leis suficientes, inclusive com dispositivos próprios, para o enfrentamento de situações supervenientes ou de fatos ocasionados por motivos de força maior, impedindo que ocorram abusos indevidos nas relações contratuais em geral, conforme, por exemplo, a disposição legal contida no artigo 187 do Código Civil Brasileiro: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Destarte, retornando ao tema locacional, vê-se como justo e mais acertado que em tempos de pandemia, nos casos em que o locatário apresentar dificuldades para adimplir o pagamento do valor correspondente ao seu aluguel, torna-se premente que se busque apaziguar a situação, com equilíbrio e respeito, a fim de possibilitar um acordo entre as partes e não gerando enriquecimento indevido nem para locadores, nem para locatários.

Até que a economia se recupere e volte ao normal, aqueles que estão envoltos em conflitos contratuais devem buscar medidas de composição, extrajudicialmente, evitando o ajuizamento demasiado e desnecessário de ações judiciais. Os céticos de plantão podem discordar e considerar utópico tal assertiva, porém os atuais tempos emanam a necessidade de solidariedade e compreensão das necessidades dos outros. Não podemos entrar num cenário de judicialização desenfreada, o que irá colapsar toda a dinâmica do sistema processual.

Entrementes, então, podemos concluir este breve ensaio da seguinte maneira: a) contratos representam obrigações que *a priori* e a rigor devem ser taxativamente cumpridas; b) se em razão da pandemia não for possível cumpri-las, as partes envolvidas devem buscar exaustivamente todos os esforços para

que se cumpram de forma extrajudicial; e c) em situações extremas, principalmente naquelas em que uma das partes está querendo se valer indevidamente da situação para obter alguma vantagem indevida, aí, sim, autoriza-se a propositura de demandas, de qualquer natureza, a fim de buscar o devido e necessário equilíbrio negocial e social. Isto posto, não será diferente para assuntos locatícios, em que, caso os signatários do contrato de locação não cheguem a um consenso extrajudicial, a parte prejudicada poderá também se valer do instituto jurídico da revisão contratual, momento em que o Poder Judiciário será instado a agir para dirimir a lide e viabilizar um valor de aluguel de acordo com o mercado, conforme bem dispõe a Lei do Inquilinato, em seu artigo 18.

Observe-se que é preocupante, na hipótese de uma excessiva série de ajuizamentos de ações irresponsáveis, que venhamos a nos deparar com um caos no Poder Judiciário e, consequentemente, com um acréscimo no ativismo Judicial, o que é prejudicial à atividade negocial do país, à segurança jurídica e seu ambiente de negócios. Neste diapasão, cabe depreender que o Brasil vinha caminhando numa toada de fortalecimento, preservação e manutenção das relações contratuais, conforme determina as normas contidas na Lei 13.874/2019 – Declaração de Direitos de Liberdade Econômica –, diametralmente oposta ao exagerado e equivocado emprego da teoria da imprevisão na revisão dos contratos, que deveria ser aplicada como uma medida unicamente circunstancial, fora do comum, para a revisão dos contratos, em situações tópicas e totalmente excepcionais, o que, eventualmente, se tornará cabível em tempos de coronavírus – Covid-19.

6ª Seção – Conclusão

Diante de todo o exposto conclui-se que o momento que vivenciamos afetou diversos setores da sociedade e do direito, atingindo desde o direito do consumidor até o direito societário.

Verifica-se, ainda, que a epidemia passará, mas diversas mudanças permanecerão nos hábitos dos cidadãos, principalmente quando observamos o implemento de medidas desburocratizantes adotadas pelo Poder Público.

Ademais, como ponto fulcral do presente estudo, verifica-se que, mesmo em um cenário de extrema recessão, os princípios básicos de Liberdade Econômica devem ser preservados, ou seja, as partes sempre se pautarem pelo princípio da boa-fé.

Quanto à teoria da imprevisão, sua aplicação deve se restringir a hipóteses excepcionais em que haja um desequilíbrio entre as partes, somente nestes casos devendo ser aplicada.

Por fim, vê-se que a grande lição deste momento é a necessidade de as relações negociais serem pautadas pela solidariedade entre as partes, a fim de

promover a mais rápida retomada da atividade empresarial e negocial, uma vez que a economia é possível de ser retomada, a vida não!

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco/Aristóteles**. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Commercial Brasileiro**. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v. I.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 2.v.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos Modernos de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 255.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 2.v.

ROVAI, Armando Luiz. **Atualidades do Direito Empresarial Brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

Sites

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv931.htm. Acesso em: 18 de maio de 2020, às 21:54.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm. Acesso em: 18 de maio de 2020, às 21:54.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 18 de maio de 2020, às 21:54.

O *Yates Memorandum* e os Acordos de Leniência sob os Auspícios da Lei Brasileira Anticorrupção

Arthur Gabriel Rodrigues do Amaral[1]
Stéphanie Rolando Bodal[2]

Introdução

Condutas ilegais são praticadas por pessoas físicas, estejam elas por detrás do véu corporativo ou não. O *Yates Memorandum* (Memorando Yates), de autoria da então procuradora geral do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ), Sally Quillian Yates, datado de 9 de setembro de 2015, visa assegurar a obtenção de informações específicas acerca dos indivíduos que cometeram atos ilícitos, durante a fase de investigações e quando da negociação de acordos de leniência com o DOJ, com o objetivo de permitir a sua persecução civil ou criminal.

De acordo com o Memorando Yates, a identificação e responsabilização dos indivíduos envolvidos em condutas ilícitas, paralelamente à responsabilização das pessoas jurídicas relacionadas, estão voltadas a coibir condutas semelhantes no futuro e incentivar mudança de comportamento no ambiente corporativo, aumentando a confiança da população nas autoridades e nas próprias empresas.

Em consonância com o que foi exposto sobre o Memorando Yates, em apertada síntese, pode-se dizer que, caso uma empresa queira se beneficiar de um acordo de leniência com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, ela deverá identificar os indivíduos responsáveis pelas infrações. Ademais, ainda que de maneira secundária, o Memorando Yates explora os conceitos de cooperação entre as autoridades nas investigações, assim como analisa as questões que devem ser ponderadas por seus procuradores ao considerarem se devem ou não iniciar um processo contra determinada pessoa física.

---

1. *Master of Laws* (LL.M.), com distinção (*Harlan Fiske Stone Scholar*), pela Columbia Law School; mestrando em Direito Político e Econômico e bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; pós-graduado (MBA) em Economia, Investimento e Setor Financeiro pela Fipe-USP. Cursou programas complementares em direito, economia e finanças na Harvard University, Columbia University, University of California-Los Angeles e London School of Economics.

2. Pós-graduada em Direito Internacional pela City University of London; pós-graduanda em compliance pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Law); bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Já o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como a Lei Brasileira Anticorrupção (ou LBA), prevê a necessidade de cooperação integral com as investigações, inclusive a identificação dos envolvidos na infração, mas sem entrar em maiores detalhes ou especificar quais medidas deverão ser tomadas pelas empresas que visam celebrar acordos de leniência com as autoridades brasileiras.

O presente artigo visa analisar os requisitos para celebração de acordo de leniência por pessoas jurídicas no âmbito da LBA e os princípios apontados no Memorando Yates para verificar como (e se) podemos aplicar esses princípios às investigações anticorrupção e acordos de leniência no Brasil, com o objetivo de assegurar a eficácia da justiça e a efetiva persecução judicial e administrativa dos responsáveis por condutas ilegais, *vis-à-vis* o interesse público.

Acordos de Leniência sob os Auspícios da LBA

A LBA "dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira", bem como traz a possibilidade da execução de acordos de leniência pelas empresas que realizaram atos vedados tanto pela referida lei, regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 (o Decreto nº 8.420/2015), como pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Em relação aos acordos de leniência, cabe lembrar que são uma alternativa às duras penas imponíveis às empresas que cometeram ilegalidades, que podem incluir a dissolução mandatória da pessoa jurídica, a proibição de contratar com o governo ou obter fundos de entes ou bancos públicos, com vistas ao maior interesse do Estado e da sociedade. Para Amaral[3], professor de direito na Universidade Mackenzie:

> "[...] o acordo de leniência não é uma forma de favorecer uma segunda vez a empresa já favorecida antes pela propina. Não é perdão a malfeitos, como uma borracha passada sobre um borrão. Não é gesto de generosidade, nem ato de mera tolerância. Pautado pelo mais legítimo interesse público, o acordo de leniência é uma ferramenta do Estado para obrigar as empresas a se enquadrarem a um rígido padrão de governança ética."

Nos termos dos artigos 28 e 30 do Decreto nº 8.420/2015, para que um acordo de leniência seja celebrado, os seguintes requisitos deverão ser cumulativamente preenchidos: a pessoa jurídica deverá (i) identificar as demais pessoas envolvidas na infração, caso aplicável; (ii) auxiliar as autoridades a obter

3. AMARAL, 2016, p. 64.

informações e documentos comprobatórios do ato que está sendo investigado, de forma célere; (iii) ser a primeira empresa a manifestar seu interesse em auxiliar as autoridades com a investigação do ato; (iv) cessar integralmente a atividade ilegal; (v) admitir sua culpa; e (vi) cooperar integralmente com as investigações e com o processo, às suas expensas, até a sua conclusão.

Ainda sobre os acordos de leniência, merecem destaque, mesmo que brevemente, as disposições da LBA em que são mencionadas as autoridades competentes para celebrá-los. Nesse sentido, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos ilícitos vedados pela referida lei. Além disso, fica estabelecido que, no âmbito do Poder Executivo Federal ou na hipótese de os atos lesivos atentarem contra a administração pública estrangeira, os acordo de leniência serão celebrados entre a pessoa jurídica e a Controladoria-Geral da União (atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU).

Na prática, no entanto, as empresas que tenham praticado atos vedados pela LBA não raras vezes se encontram em situação desconfortável quanto à celebração de acordos de leniência envolvendo apenas as autoridades expressamente indicadas pela referida lei. Assim, sob pena de fechar um acordo de leniência, exemplificativamente, apenas com a CGU e sofrer futuramente com a imposição de sanções administrativas, ainda que em dissonância com o princípio do *non bis in idem*, ou sanções cíveis oriundas de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, as empresas muitas vezes negociam acordos específicos com cada uma das autoridades interessadas[4], tornando o processo moroso, complexo e ineficiente. Em relação à insegurança jurídica enfrentada pelas empresas que firmam acordos de leniência, Pietro assinala[5]:

> "A pessoa que firmou o acordo de leniência, colaborando com as investigações, com o objetivo de obter o abrandamento ou isenção da punição, acredita e espera que esse acordo seja cumprido pelo Estado, em todas as esferas sancionatórias. Se assim não for, o acordo de leniência tende a se tornar pouco atraente para os infratores."

A experiência tem mostrado que, não raras vezes, a celebração dos acordos de leniência, não apenas com as autoridades previstas na LBA, pode trazer mais segurança, apesar de não afastar por completo a possibilidade de persecução

4. Além da CGU, autoridades que têm interesse na celebração de acordos de leniência no âmbito da LBA incluem a Advocacia-Geral da União (AGU), o Tribunal de Contas da União (TCU), o Ministério Público Federal (MPF), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outras.

5. PIETRO, 2020, p. 1083.

civil e administrativa, ainda que para tanto o Ministério Público[6] e outras autoridades tenham de pinçar no ordenamento jurídico brasileiro outros dispositivos que, por meio de interpretação extensiva, embasem a sua competência para figurar como partes nesses acordos.

Nos últimos anos, presenciamos a criação de normas que tratam da cooperação entre autoridades, como aquelas presentes na Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013 (Lei de Combate às Organizações Criminosas) ou, mais especificamente, relacionada a acordos de leniência, como a Portaria Conjunta n° 4 de 9 de agosto de 2019 entre CGU e Advocacia Geral da União (AGU), que, apesar de ser um primeiro passo para negociações mais bem coordenadas, não minimiza os problemas enfrentados com órgãos como Ministério Público, TCU e CADE. Assim, analisando a realidade vivenciada pelas empresas que buscam celebrar acordos de leniência no Brasil, verificamos que a necessidade do Poder Público de assegurar maior cooperação entre diferentes órgãos e, especialmente, mais segurança jurídica é premente.

O Memorando Yates

O Memorando Yates, emitido para diversas divisões do DOJ, tem por assunto a responsabilização das pessoas físicas envolvidas nos ilícitos empresariais, como coibir condutas semelhantes no futuro e incentivar mudança de comportamento no ambiente corporativo, aumentando a confiança da população nas autoridades e nas próprias empresas.

Porquanto não limitado a acordos de leniência no âmbito da lei anticorrupção norte-americana, o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), o memorando é um guia para os promotores e procuradores dos EUA quando da negociação de quaisquer benefícios para empresas investigadas pelo DOJ, com o objetivo de identificar as pessoas físicas responsáveis pelas infrações.

O memorando indica seis questões que devem ser consideradas pelos procuradores do DOJ quando negociarem acordos de leniência. Passemos, então, à breve análise de cada um desses pontos, tendo por base os princípios e considerações apontados por Yates:

i. **"Para ser elegível a receber qualquer crédito por cooperação, empresas deverão fornecer ao DOJ todos os fatos relevantes sobre as pessoas físicas envolvidas nos ilícitos."** Questão central do Memorando

6. A competência do Ministério Público para celebração de acordos de leniência não raras vezes é embasada nos seguintes dispositivos legais: (i) Art. 129, inciso IX da Constituição Federal; (ii) Art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública); (iii) Art. 3º, §2º e §3º, da Lei nº 12.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil); e (iv) Arts. 840 e 932, inciso III, da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Yates, para que empresas possam se beneficiar de qualquer acordo com o DOJ (seja no âmbito criminal ou civil), elas deverão cooperar integralmente com os promotores para identificar todas e quaisquer pessoas físicas envolvidas no ato ilícito, independentemente de sua posição na empresa, bem como deverão fornecer todos os fatos e informações acerca das ilegalidades cometidas pela pessoa física. Além disso, caso a cooperação da empresa seja necessária após a celebração de um eventual acordo com o DOJ, esse acordo deverá prever que a empresa continuará cooperando com as autoridades para identificar os indivíduos envolvidos no ilícito. Importante notar que a cooperação da empresa com a identificação das pessoas físicas envolvidas não quer dizer que os promotores não deverão conduzir suas próprias investigações. Pelo contrário, eles deverão comparar seus achados com as informações prestadas pelas companhias, visando garantir a completude das informações e a correta identificação da atuação de cada pessoa envolvida.

ii. **"Investigações empresariais cíveis e criminais deverão focar nas pessoas físicas desde o início das investigações."** Segundo Yates, investigações focadas desde o início na identificação das pessoas físicas envolvidas nos ilícitos trazem três grandes vantagens. Primeiramente, ela permite que seja identificada a integralidade da conduta ilícita da empresa, haja vista que uma empresa é formada por pessoas, sendo essas pessoas que cometem atos censuráveis. Além disso, aumentam-se as chances de encontrar pessoas com conhecimentos da conduta investigada e com desejo de cooperar com as autoridades, prestando mais informações para os investigadores, muitas vezes, inclusive, em relação à alta hierarquia da empresa. Por fim, aumentam-se as chances de as investigações resultarem em processos cíveis e/ou criminais contra a empresa e contra os indivíduos responsáveis.

iii. **"Procuradores cíveis e criminais cuidando de investigações empresariais deverão estar em comunicação constante uns com os outros."** Essa interação constante tem por objetivo garantir a correta responsabilização das empresas e pessoas físicas envolvidas no ilícito, seja ela no âmbito civil, criminal ou em ambos. Isso porque, porquanto não seja possível responsabilização na seara criminal, isto poderá ocorrer no âmbito civil, ou vice-versa.

iv. **"Salvo por circunstância extraordinária ou política departamental, o DOJ não isentará de responsabilidade pessoas físicas por responsabilização cível ou criminal em acordos com empresas."** Questão relacionada ao ponto central do Memorando Yates, acordos com

empresas não poderão, como regra, isentar ou garantir imunidade a pessoas físicas relacionadas ao ilícito, tanto civil quanto criminal.

v. **"Procuradores do DOJ não deverão concluir acordos com uma empresa sem um plano claro para concluir as investigações relacionadas às pessoas físicas, e deverão formalizar quaisquer considerações nesse sentido. O objetivo desse ponto é garantir a persecução legal dos indivíduos responsáveis pelos atos ilícitos."** O ideal é que investigações relacionadas com as pessoas físicas estejam concluídas quando da celebração de um acordo com a empresa. No entanto, caso isso não seja possível, os investigadores deverão, quando da solicitação de autorização para celebrar um acordo com a empresa, indicar em seu pedido as pessoas físicas potencialmente responsáveis pelos ilícitos, o andamento das investigações, o que ainda precisa ser feito e seu plano para concluir os trabalhos antes que sejam atingidos prazos prescricionais.

vi. **"Procuradores cíveis deverão focar constantemente nas pessoas físicas e na empresa e avaliar se deverão processar uma pessoa física baseando-se em questões além de tão-somente sua capacidade de ressarcimento"**. As ações cíveis não têm como único objetivo a recuperação de dinheiro para o erário público, mas também a responsabilização das pessoas físicas pelas condutas por elas realizadas, como forma de coibir atos ilícitos semelhantes no futuro. Em razão disso, os procuradores deverão levar em conta uma série de questões quando analisarem a possibilidade de iniciar uma ação cível contra uma pessoa física, e não somente sua capacidade de ressarcir os danos financeiros causados, tais como a seriedade da conduta, a existência de provas suficientes para obter uma condenação e os demais interesses públicos envolvidos no processo.

Como podemos observar, o Memorando Yates coloca forte ênfase na identificação das pessoas físicas responsáveis pelos atos praticados pelas empresas, determinando que seus procuradores investiguem, desde o início, quem foram os indivíduos envolvidos nos ilícitos, sendo que as equipes cível e criminal devem trabalhar lado a lado para garantir o sucesso das investigações e a correta responsabilização dos agentes (pessoas físicas e jurídicas) perpetradores dos ilícitos.

Aplicação dos Princípios do Memorando Yates às Investigações de Corrupção e Acordos de Leniência no Âmbito da LBA

Acordos de leniência podem ser uma excelente ferramenta para o Estado identificar e coibir atos ilícitos praticados tanto por pessoas jurídicas quanto físicas. No entanto, a falta de uma regulamentação compreensiva sobre o assunto gera uma série de problemas, tais como a falta de cooperação entre as diversas autoridades interessadas e insegurança jurídica.

A necessidade da criação de um regramento compreensivo para acordos de leniência é de suma importância para o desenvolvimento desse importante instituto. Apesar de o Memorando Yates ser aplicável ao modelo e legislação norte-americanos, seus princípios de cooperação entre as autoridades, a ênfase na identificação das pessoas físicas e os objetivos buscados com a persecução judicial de infratores podem servir de base para melhorar a experiência brasileira, levando-se em consideração os desafios e peculiaridades de nosso país.

Trabalhando a ideia de cooperação entre as equipes de investigação mencionada no Memorando Yates, o Poder Público brasileiro poderia estabelecer um órgão único que fosse responsável pela coordenação de acordos de leniência com as empresas. Atualmente, são diversos os órgãos e autoridades que precisam ser ouvidos quando uma empresa decide negociar um acordo de leniência, mas nenhum deles é responsável pela centralização das discussões e conclusão do acordo. Como aponta Amaral[7]:

> "Infelizmente, nenhum setor da administração pública tem alçada integral sobre o assunto nem pode dar a palavra final sobre a leniência. Existe um ministério, o da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, conhecido pela sigla CGU, ao qual cabe cuidar da prevenção e do combate à corrupção pública. Existe a Advocacia-Geral da União (AGU), que, entre outras coisas, cuida da viabilização jurídica das licitações e contratos. Existe o Tribunal de Contas da União (TCU), que tem poder para declarar que uma empresa é inidônea. Há o Ministério Público Federal, encarregado das investigações da Lava Jato. Sem falar do Cade, que trata de práticas anticoncorrenciais e combate a cartéis, e da CVM, que também cuida de coibir modalidades de fraude ou manipulação. [...] Todas essas estruturas oficiais precisam ser ouvidas, precisam dar sua palavra, têm direito a um aval, mas nenhuma tem poder de comandar sozinha o espetáculo. Às empresas resta ficar correndo feito barata tonta de um balcão para outro, sem saber como dialogar com 'o Estado'."

A centralização das demandas em um único órgão estatal com representantes de todas as autoridades competentes trará uma série de benefícios

7. AMARAL, 2016, p. 65.

para o Estado e para as empresas. As principais vantagens para as empresas são maior agilidade e segurança jurídica, pois ela negociaria com um único órgão para cobrir todas as questões possíveis relacionadas à conduta ilícita. Já para o Estado, essa concentração resultará em maior cooperação entre as autoridades, reduzindo custos e aumentando a efetividade dos acordos de leniência *vis-à-vis* o interesse público.

A criação de um órgão centralizado para a negociação de acordos de leniência, inclusive, incentivará a cooperação entre as autoridades desde o início dos trabalhos, como propugnado pelo Memorando Yates na jurisdição norte-americana. A cooperação entre as autoridades relevantes é importante para que sejam atingidos os objetivos fundamentais vislumbrados pelo acordo de leniência. Porquanto cada órgão tenha um interesse específico, o grande foco do acordo de leniência é resguardar o interesse público, incluindo não só a eventual restituição de dinheiro ao erário público, mas também a responsabilização dos envolvidos (sejam eles pessoas físicas ou jurídicas) e a coibição de novas infrações.

Nas palavras de Martins e Amaral, em carta endereçada ao então presidente da República Michel Temer[8]:

> "O objetivo fundamental subjacente ao acordo de leniência com empresas é o atendimento ao interesse público. Ou seja, impõe-se avaliar se é melhor para o País, do ponto de vista da segurança jurídica e da justiça social, em vez de sua dissolução, a manutenção das empresas beneficiárias dos acordos para evitar graves prejuízos na prestação de serviços públicos e às necessidades nacionais decorrentes de obras públicas de envergadura, além de se viabilizar, com maior eficácia e certeza, a reparação dos danos causados e a punição dos infratores diretos (acionistas, dirigentes e empregados responsáveis pelos malfeitos). Interesses apenas econômicos do País ou privados na continuidade da empresa são relevantes, mas a predominância é sempre do interesse público. É de se notar, inclusive, que o artigo 5º da Convenção da OCDE Anticorrupção, da qual o Brasil é signatário, ao tratar da execução das investigações e processos por corrupção envolvendo agentes internacionais, destaca didaticamente que tais medidas não deverão ser restringidas por considerações de interesse econômico."

A atual estrutura para negociação e celebração de acordos de leniência, exigindo a interação em separado com várias autoridades, cada qual com sua competência específica, não permite que seja cumprido o objetivo maior do Estado e da sociedade, razão pela qual se faz mister a criação de uma entidade centralizadora e com amplos poderes para negociar acordos de leniência "globais".

8. MARTINS; AMARAL, 2016, p. 1.

Em relação à proposta de criação desse órgão centralizador, com grande potencial de trazer benefícios, contudo, são necessárias breves considerações. Primeiramente, a criação e organização do órgão devem se dar de forma bem planejada para que não surtam efeitos contrários aos esperados, isto é, para que não tragam ainda mais burocracia e gastos desnecessários ao Estado. Nesse sentido, há de se ter cuidado para que este não se torne apenas mais um órgão ao qual as empresas que pretendam celebrar um acordo de leniência tenham de recorrer e, sim, um órgão unificador, facilitador e desburocratizador das negociações. Assim, entendemos que deverá haver amplo debate legislativo para que o Congresso Nacional, que constitucionalmente é o órgão com competência para tanto, possa dispor de maneira satisfatória sobre a organização do órgão que se propõe.

Feitas as considerações acima e uma vez determinada a necessidade de um foro único para discussão e celebração de acordos de leniência "globais", envolvendo todas as autoridades relevantes, passemos à análise do requisito para empresas poderem cooperar plenamente com as investigações.

Como já discutido anteriormente, empresas são formadas por pessoas. São as pessoas que praticam condutas ilícitas, não as empresas. Não queremos com isso dizer que as empresas não possam ou não devam ser responsabilizadas por atividades de seus dirigentes e empregados, até porque muitas vezes a reparação por perdas e danos só é possível se considerarmos o patrimônio da pessoa jurídica. No entanto, deve ser requisito primordial para celebração de acordo de leniência a identificação das pessoas físicas responsáveis pelas infrações sendo investigadas, como propugnado pelo Memorando Yates.

Qualquer empresa que queira receber benefícios por sua cooperação com as investigações deve se comprometer não só a cessar as atividades ilícitas e cooperar integralmente com as investigações, mas também a identificar todos os agentes envolvidos nas infrações, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Para cumprir essas obrigações, as empresas devem ser solicitadas a realizar uma investigação interna completa, conduzida por profissionais experientes, contando com advogados, auditores e especialistas forenses. Os custos da investigação interna (que pode chegar a centenas de milhões de reais) devem ficar a cargo da própria empresa que busca o benefício.

O objetivo da investigação interna deverá incluir: (i) a identificação de todas as atividades ilícitas realizadas pela ou na empresa (muitas vezes, só descobertas no âmbito de uma investigação interna mais completa); (ii) a identificação das falhas e deficiências de controles internos que facilitam transgressões; (iii) a identificação de todas as partes envolvidas nos ilícitos, inclusive as pessoas físicas; e (iv) a mensuração da vantagem econômica percebida em decorrência do ilícito.

Interessante destacar que a prática de realizar investigações internas para identificar, remediar e prevenir condutas ilícitas e falhas de controles internos é denominada *corporate self-cleansing* nos Estados Unidos. Segundo Pereira e Schwind[9]:

> O sistema jurídico norte-americano reconhece as virtudes da *corporate self-cleansing* ao incentivar que as autoridades públicas tratem com maior leniência uma organização que adote ações corretivas apropriadas depois da prática de atos ilícitos. Assim, empresas que tenham adotado medidas apropriadas e eficientes contra a ocorrência de atos ilícitos podem ter alguns benefícios por terem se mostrado como boas corporações em vez de permitirem a ocorrência de situações similares.

Entendemos, assim, que deveria ser requisito essencial para a celebração de acordo de leniência a realização de *corporate self-cleansing* pelas empresas interessadas. Além disso, as autoridades públicas devem acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos da equipe de investigação interna, por meio da participação em reuniões e apresentações preliminares, para que possam substanciar seus trabalhos e processos em andamento, bem como ao final terem conhecimento integral, por meio de relatórios, dos resultados e evidências obtidas. Essa cooperação entre empresa/equipe de investigação corporativa e autoridades públicas, inclusive, é vantajosa para o Poder Público, pois estará se beneficiando de uma investigação interna sendo realizada por uma equipe experiente no assunto e com capacidade suficiente para se aprofundar nos trabalhos e realizar tarefas em tempo hábil (sendo que, como é sabido, os recursos públicos são limitados).

No que diz respeito aos relatórios e informações obtidas no curso e ao final dessas investigações, há de se notar que uma das grandes preocupações de empresas que possuem ações listadas em bolsas de valores no exterior, principalmente nos Estados Unidos, diz respeito ao "attorney-client privilege". Para a legislação norte-americana, relatórios e outros produtos de trabalho de advogados são "privilegiados" (i.e., protegidos por sigilo profissional cliente-advogado) e não podem ser utilizados em juízo, desde que a empresa não tenha dispensado o privilégio. Segundo a jurisprudência norte-americana, a disponibilização de produtos de trabalho de advogados para terceiros, inclusive autoridades governamentais, poderá constituir dispensa do privilégio. Sendo esse o caso, querelantes em uma *classaction* ou ação coletiva nos Estados Unidos pleiteando perdas e danos em decorrência da corrupção, por exemplo, poderiam utilizar os resultados da investigação corporativa a seu favor. Não obstante esse

9. PEREIRA; SCHWIND, 2015.

risco, entendemos que as empresas que buscam se beneficiar de acordos de leniência com as autoridades brasileiras deverão compartilhar, sem restrições, os resultados de uma investigação interna, sob pena de não cumprimento com o requisito de cooperação integral com as investigações.

Uma vez recebidos os relatórios e demais documentos da investigação interna conduzida pela empresa, as autoridades interessadas deverão comparar as informações apresentadas com o resultado de suas próprias análises, em consonância com o que é defendido no Memorando Yates. Nesse sentido, em muitos casos, inclusive, o Poder Público possui maiores informações que o particular (como resultado, por exemplo, de outras investigações relacionadas) ou conhecimentos técnicos específicos sobre determinado assunto do que os profissionais do setor privado[10].

A criação de uma entidade estatal centralizadora para negociar acordos de leniência se mostra novamente benéfica. Uma vez recebidos os produtos da investigação privada, todas as autoridades relevantes poderão se beneficiar da análise específica realizada por cada uma delas, cada qual em sua esfera de competência e conhecimento, sem sobreposição de esforços. Além disso, eventuais questionamentos ou pedidos de complementação serão realizados de maneira coordenada, facilitando as interações com o setor privado.

Compiladas e analisadas todas as informações fornecidas pela empresa negociando o benefício legal, é importante que as autoridades tenham informações e provas suficientes para processar administrativa ou judicialmente, no âmbito cível e criminal, os agentes que não são parte do acordo de leniência, inclusive as pessoas físicas que realizaram as condutas ilícitas em nome próprio ou por conta da empresa. É primordial que as informações obtidas pelas autoridades brasileiras no âmbito de um acordo de leniência sejam suficientes para permitir a persecução civil ou criminal dos responsáveis, conforme aplicável.

No tocante à decisão de iniciar ou não um processo contra determinado agente, as autoridades brasileiras devem levar em consideração uma série de fatores, como também vislumbrado pelo Memorando Yates. É certo que o interesse público é indisponível, mas os recursos públicos são escassos e não devem ser desperdiçados com causas sem valor intrínseco relevante ou cujas chances de sucesso sejam pequenas. Por valor intrínseco não queremos nos referir apenas àqueles processos que resultarão em um ganho financeiro material para o Estado, mas sim àqueles que trarão benefícios efetivos para a sociedade. Lembremos que uma das funções da pena é prevenir ocorrência de

10. O TCU, por exemplo, possui unidades técnicas com profundos conhecimentos de determinadas questões, tais como aquelas relacionadas a sobrepreço.

novos delitos, como ensinam Gomes e Molina[11]: "o princípio da prevenção (diferentemente do que propugna a retribuição) olha para o futuro, isto é, a pena teria a finalidade de evitar a reincidência ou novos delitos (do próprio agente ou de outras pessoas)". Portanto, é importante que sejam consideradas todas as circunstâncias que permeiam determinado caso, para que seja adotada a melhor decisão perante os interesses do Estado e da sociedade.

Por fim, assim como no caso norte-americano, nos termos igualmente apresentados pelo Memorando Yates, entendemos ser crucial para o interesse público que os acordos de leniência não restrinjam de maneira alguma a possibilidade de autoridades processarem as pessoas físicas envolvidas nos ilícitos. Ainda que a experiência brasileira com acordos de leniência no âmbito da legislação anticorrupção seja muito limitada, o Estado deverá se atentar para não permitir que autoridades aceitem a vinculação de acordos de leniência à concessão de imunidades ou de outros institutos (tais como colaborações premiadas) como pré-requisitos para a total cooperação da empresa investigada. A identificação e posterior responsabilização das pessoas físicas por atos ilícitos cometidos sob o véu corporativo devem ser prioridade em qualquer investigação de autoridades governamentais.

Conclusão

Apesar de o Memorando Yates ser aplicável ao modelo e legislação norte-americanos, seus princípios de cooperação entre as autoridades, importância na identificação das pessoas físicas e objetivos visados com a persecução judicial de infratores podem servir de base para a criação das regras balizadoras para a negociação e celebração de acordos de leniência no âmbito nacional, levando-se em consideração os desafios e peculiaridades brasileiros.

Acordos de leniência podem ser uma excelente ferramenta para o Estado identificar e coibir atos ilícitos praticados tanto por pessoas jurídicas quanto físicas. No entanto, a falta de uma regulamentação compreensiva sobre o assunto gera uma série de problemas, tais como a falta de cooperação entre as diversas autoridades competentes. A criação de um amplo regramento para negociação e execução de acordos de leniência é de suma importância para o desenvolvimento desse importante instituto.

Faz-se mister a criação de uma entidade coordenadora responsável pela negociação e celebração de acordos de leniência "globais" com as empresas no Brasil, formada por representantes das autoridades relevantes (CGU, AGU, TCU, CADE, MPF). Essa centralização de esforços garantirá maior facilidade para as empresas que buscam essa vantagem legal, assim como contribui para uma

11. GOMES; MOLINA, 2009, p. 472.

maior e mais eficiente cooperação entre as diversas autoridades envolvidas, a adequada punição dos corruptos e ressarcimento aos cofres públicos.

Com relação à obrigação de cooperar integralmente com as investigações das autoridades, inclusive com a identificação dos demais envolvidos, entendemos que esse requisito deverá englobar a realização de *corporate self-cleansing* pelas empresas, demandando a realização de uma ampla investigação interna, às suas expensas, com o objetivo de identificar as atividades ilícitas realizadas pela ou na empresa, as falhas e deficiências de controles internos que facilitam transgressões, todos os agentes envolvidos nos ilícitos, inclusive as pessoas físicas responsáveis, e mensurar a vantagem econômica percebida em decorrência do ilícito.

Como parte de sua cooperação, empresas buscando acordos de leniência deverão disponibilizar o resultado integral de sua investigação interna para as autoridades públicas. As autoridades, então, deverão comparar o que receberam contra os resultados de sua própria investigação, de maneira a complementar seus próprios achados, garantir que a empresa está cooperando integralmente com o Estado e ter certeza de que possui informações e provas suficientes para garantir a condenação dos responsáveis pelos atos ilícitos, inclusive as pessoas físicas, assim como elementos que possibilitem o ressarcimento dos danos ao erário público.

Por fim, é crucial para o interesse público que os acordos de leniência não restrinjam de maneira alguma a possibilidade de autoridades processarem as pessoas físicas responsáveis pelos graves ilícitos de corrupção. Com relação à decisão de processar ou não determinado agente, as autoridades brasileiras devem levar em consideração o valor intrínseco e pedagógico que a persecução jurídica terá para a sociedade, e não só o potencial valor financeiro que poderá ser ressarcido ao Estado, como também propugnado pelo Memorando Yates.

Sem dúvida, a experiência norte-americana no combate à corrupção, também no que se refere aos acordos de leniência, às investigações internas (*corporate self-cleansing*) e à cooperação entre as várias autoridades competentes – na linha também vislumbrada pelo Memorando Yates –, tem muito a positivamente contribuir na evolução da práxis brasileira.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Arthur G. Rodrigues do; Amaral, Antonio Carlos Rodrigues do. Direito Comparado, Anticorrupção e Investigação Interna: **International Law Quarterly - Challenges Post-Operation Carwash in Brazil: Leniency Agreements and Internal Investigations**. Revista da **International Section da Florida Bar** (EUA), Flórida (EUA) v.1, p. 20 et seq, 2017.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. O Desafio Pós-Lava-Jato. **Veja**, São Paulo, edição 2500, ano 49, n. 42, p. 64-65, 19 out. 2016.

GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablo. **Direito Penal Parte Geral.** v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 665 p.

GRILLO, Brenno. Lei Anticorrupção inovou ao permitir responsabilização de empresa. **Revista Consultor Jurídico**, 1 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-01/lei-anticorrupcao-inovou-permitir-responsabilizacao-empresa>. Acesso em: 31 maio 2020.

LUCHETE, Felipe. Descompasso entre MPF, CGU e AGU ainda freia leniência na "lava jato". **Revista Consultor Jurídico**, 22 fev. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-22/descompasso-entre-mpf-cgu-agu-freia-leniencia-lava-jato>. Acesso em: 31 maio 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. [Carta] 23 jun. 2016, São Paulo [para] EXMO. SR. PRESIDENTE DA REPÚBLICA MICHEL TEMER, Brasília, DF. 7 p. Correspondência do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio do Estado de São Paulo – Fecomércio/SP, ref. acordos de leniência e interesse público em face da situação extraordinária envolvendo questões de corrupção.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Valor devolvido pela Lava Jato Já ultrapassa os R$ 4 bilhões. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/valor-devolvido-pela-lava-jato-ja-ultrapassa-os-r-4-bilhoes. Acesso em: 31 maio 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato. Resultados. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 31 maio 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Guia Prático 5CCR. Acordos de Leniência. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia>. Acesso em: 31 maio 2020.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. **Migalhas**, 26 ago. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225754,71043-Autossaneamento+selfcleaning+e+reabilitacao+de+empresas+no+direito>. Acesso em: 31 maio 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 33. ed. Forense, 2020. p. 1073-1088.

YATES, Sally Quillian. Individual Accountability for Corporate Wrongdoing. **U.S. Department of Justice**, 9 set. 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>. Acesso em: 3 jun. 2020.

O *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)* e Sua Influência sobre a Troca Internacional de Informações em Matéria Fiscal

Carla Abrantkoski Rister[1]

Introdução: Globalização e Tributação Internacional

Nas últimas décadas, o fenômeno da globalização, dentre outras repercussões, tem se manifestado numa maior integração financeira entre os países: o desenvolvimento das tecnologias de comunicação e dos meios de transporte permite, de um lado, que processos industriais e comerciais sejam concomitantemente realizados por partes sediadas em pontos diferentes do globo e que expressivas somas em dinheiro sejam transferidas virtualmente e com celeridade de um ponto a outro; por outro, possibilita também que indivíduos ricos e empresas multinacionais se desloquem com facilidade, muitas vezes motivados por melhores condições tributárias oferecidas pelos países de destino.

Essas novidades, apesar de remontarem a décadas atrás, ainda ostentam esse título porque a comunidade internacional permanece articulando formas de lhes fazer frente, pois são inúmeros os problemas que as novas dinâmicas impõem, não se mostrando apta ao seu enfrentamento a adoção de ferramentas tradicionais.

Dentre esses problemas, destaca-se a perda de arrecadação tributária, seja por parte dos países desenvolvidos, seja por parte dos países em desenvolvimento, em prejuízo da capacidade de manterem sua estrutura física e de pessoal e de prestarem serviços públicos essenciais. Essa crise, em última instância, leva à perda da legitimidade do Estado, em decorrência da incapacidade de atender aos anseios da população e, num segundo momento, ao próprio questionamento da eficiência das instituições democráticas.

A perda de arrecadação tributária ocorre de várias maneiras, formando um espectro que vai desde a evasão fiscal até a ausência de instrumentos legislativos para tributar novas expressões de riqueza. Há a evasão fiscal mediante o uso de paraísos fiscais, em que jurisdições dedicadas a esse tipo de prática, abrigadas sob o manto da soberania nacional, proporcionam a pessoas físicas e

1. Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo, professora da Graduação em Direito e do Mestrado Profissional em Direito da Universidade de Araraquara.

jurídicas o estabelecimento de esquemas de ocultação de patrimônio e redução ou não pagamento de tributos que seriam devidos às jurisdições nas quais efetivamente residem ou em que os fatos tributáveis efetivamente acontecem. Há a elisão fiscal, em que indivíduos ricos e empresas multinacionais se valem da complexidade das interações entre os sistemas tributários nacionais para explorar brechas que lhes permitam reduzir ou ilidir o pagamento de tributos. E há, por fim, situações novas, como as apresentadas pela economia digital globalizada, em que as legislações nacionais não são suficientes para alcançar fatos tributáveis cuja ocorrência é de difícil precisão em termos geográficos, dependendo, portanto, da criação de mecanismos e acordos internacionais.

Nesse contexto, merece destaque a publicação pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 1998, de um relatório intitulado *Harmful Competition – An Emerging Global Issue*, ou Competição Fiscal Prejudicial – Uma Questão Global Emergente, em tradução livre, em que foi abordado o problema dos paraísos fiscais e da competição fiscal entre países, assim como as distorções e desafios daí decorrentes. Esse documento inaugura uma série de esforços da comunidade internacional em prol de um novo arranjo entre os sistemas tributários nacionais, capaz de evitar que Estados percam suas fontes de arrecadação por causa da globalização e seus novos desafios. O papel da OCDE é preponderante nessa série de esforços, que se estendem até os dias de hoje sem perspectiva de um ponto final, representativo da solução definitiva do problema.

Ao lado do protagonismo da OCDE, a iniciativa de um outro ator global se destaca por seu alcance e repercussão. Trata-se do *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA),* que é uma seção da *Public Law 111/147,* dos Estados Unidos da América (EUA), também conhecida como *Hiring Incentives to Restore Employment Act* (2010)[2], que consiste num conjunto de regras destinadas a disciplinar as relações entre o Tesouro Norte-Americano e as instituições financeiras estrangeiras (*foreign financial institutions – FFI)*, de modo que estas verifiquem em seus registros a existência de pessoas com "status norte-americano", a fim de fornecer relatórios anuais sobre determinadas transações financeiras, sob pena de retenção de 30% de suas transações que envolvam os Estados Unidos.

O FATCA

A motivação histórica remota do FATCA se encontra no começo dos anos 2000, quando um cidadão russo residente nos EUA, chamado Oleg Olenikoff,

2. U.S. CONGRESS. **Public Law 111-147-Mar. 18, 2010**. Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ147/PLAW-111publ147.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2018.

foi acusado de fraude fiscal por utilizar estruturas societárias complexas envolvendo paraísos fiscais no Caribe associadas a contas bancárias na instituição suíça UBS. A fim de evitar uma escalada penal do caso, o banco suíço firmou um vultoso acordo com as autoridades tributárias norte-americanas. Na sequência, porém, de posse das informações obtidas com o caso, essas autoridades moveram nova ofensiva contra a UBS, desta vez com o objetivo de obter informações sobre cinquenta e duas mil contas-correntes de cidadãos norte-americanos por ela mantidas[3]. Nesse ínterim, as autoridades norte-americanas começaram a perceber que a evasão fiscal que ocorria por meio de operações financeiras estrangeiras era imensa e que a legislação então vigente não se mostrava suficiente para coibi-la. Por isso editaram o FATCA, como forma de impor às instituições financeiras estrangeiras que fornecessem informações de que precisavam para levar a cabo a tributação daqueles que tentavam se evadir[4].

Em linhas gerais, por força do FATCA, as instituições financeiras estrangeiras devem firmar acordos de troca de informações com o governo norte-americano, pelos quais se comprometem a fornecer dados sobre cidadãos e empresas norte-americanos com os quais mantenham relação. A recusa é sancionada com retenção fiscal de até 30% dos rendimentos enviados a tais instituições tendo os EUA como ponto de partida. As instituições participantes também se comprometem a reter e repassar ao governo norte-americano valores que pagarem a outras instituições não participantes ou a quaisquer de seus correntistas dos quais não tenha sido possível obter informações suficientes sobre eventual conexão fiscal com os Estados Unidos. Esse tipo de retenção busca impedir que instituições não participantes, ou clientes que não tenham disponibilizado seus dados à própria instituição participante com que mantêm relação, se escondam por trás da instituição participante e evitem a incidência da retenção[5].

Como a maior parte das instituições financeiras estrangeiras, num primeiro momento, afirmaram não ser possível observar as regras do FATCA em razão da existência de normas impeditivas dos países em que se situavam, especialmente normas de sigilo bancário, para sua melhor implementação os EUA passaram a celebrar acordos diretamente com esses países para superar tais obstáculos, os chamados acordos intergovernamentais, ou IGAs, na sigla em inglês.

---

3. CORONAS VALLE, D. La lucha contra el fraude y la evasión fiscal en América y Europa: perspectiva desde las dos orillas. **TSN***,* n. 2, p. 170-171, 2016.

4. FARIA, W. R.; ROCHA, A. M. G. O combate internacional à evasão fiscal - como FATCA pode afetar as instituições financeiras brasileiras. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 59, p. 381, 2013.

5. SALOMÃO NETO, E. Convenções, acordos internacionais, FATCA e sigilo bancário. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 12, n. 46, Belo Horizonte, p. 54-55, 2014.

Há dois modelos de acordo; no primeiro, a instituição estrangeira fornece informações à autoridade responsável do país em que está situada, e esta autoridade então repassa as informações aos EUA; já no segundo, as informações são prestadas diretamente pelas instituições financeiras estrangeiras ao Tesouro Norte-Americano.

Em última instância,a finalidade do FATCA é assegurar o cumprimento da legislação tributária norte-americana e evitar a evasão fiscal internacional. Trata-se, assim, de uma solução doméstica para um dos maiores problemas globais contemporâneos, difícil de ser imitada por outros países sem a força geopolítica e penetração no mercado financeiro mundial que talvez só os EUA possuam, ainda hoje[6].

O FATCA e Sua Influência

No Brasil, o acordo relativo ao FATCA foi internalizado em 2015 pelo Decreto Presidencial n. 8.506/2015[7].

Em seu preâmbulo, destaca-se a alusão à assinatura entre Brasil e EUA, em março de 2007, de um acordo para o intercâmbio de informações relativas a tributos, um TIEA (*Tax Information Exchange Agreement*), no qual havia previsão de troca automática de informações; o reconhecimento de que, talvez, instituições financeiras brasileiras não fossem capazes de cumprir o FATCA em razão de impedimentos legais internos; e o estabelecimento do compromisso de reciprocidade por parte dos EUA.

No item "3" do artigo 6º, os signatários firmam o compromisso de "*trabalhar com Jurisdições Parceiras e com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para adaptar os termos do presente Acordo* [...] *a fim de encontrar modelo comum de troca automática de informações, inclusive o desenvolvimento de parâmetros para a prestação de informações e diligência devida para instituições financeiras"*.

Para a troca de informações, é utilizado inicialmente o arcabouço jurídico interno na captação dos dados em cada administração tributária, e, para a troca efetiva, utiliza-se o IGA. Dessa forma, no Brasil, internamente, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) colher os dados e enviá-los aos EUA, e de lá receber, por reciprocidade, dados de brasileiros em situações análogas.

O acordo prevê que deverão ser colhidas e reportadas informações referentes a saldos em contas no último dia do ano, rendimentos anuais brutos pagos ou creditados, além de receitas de juros, dividendos e outras receitas que

6. U.S. INTERNAL REVENUE SERVICE. **FATCA Information for Governments**. Disponível em: <https://www.irs.gov/businesses/corporations/fatca-governments>. Acesso em: 6 abr. 2018.
7. BRASIL. **Decreto n. 8.506/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm>. Acesso em: 6 abr. 2018.

tenham sido creditadas às contas. Tais informações a que se refere o IGA têm relação com fato gerador de tributo no Brasil, sendo, portanto, desde antes passíveis de coleta pela administração tributária brasileira; em verdade, já havia obrigatoriedade de serem informadas pelas instituições financeiras ao Fisco brasileiro, baseada no art. 5º, da Lei Complementar (LC) nº 105/2001[8].

A validade da LC nº 105/2001 foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), dada suposta ofensa ao sigilo bancário, protegido em nível constitucional, pois permite que a Receita Federal acesse informações bancárias dos contribuintes sem autorização judicial nos casos de apuração de fraudes fiscais. Todavia, o Supremo confirmou sua validade, por 9 votos a 2[9].

O próprio acordo não passou infenso a críticas pela comunidade jurídica nacional desde quando foram dados os primeiros passos rumo a sua implementação: foram-lhe atribuídas diversas inconstitucionalidades formais e materiais, ressaltando-se ainda que importava grave violação da soberania brasileira; outra acusação foi a de que poderia se transformar num empecilho à efetiva celebração de um tratado para evitar a dupla tributação com os EUA, "*na medida em que as autoridades fazendárias brasileiras assumiriam o ônus da "troca de informações" sem o bônus de se obter legítimas concessões junto ao Governo dos Estados Unidos*"[10]

Muito embora o FATCA tenha sido uma iniciativa eminentemente doméstica dos EUA, tendo em vista seus próprios interesses, é certo que a força e eficiência com que foi implementado globalmente contribuíram para criar uma nova visão sobre os prejuízos potenciais de uma concepção rígida de sigilo bancário sobre a capacidade arrecadatória dos Estados, e essa mudança de paradigma, por sua vez, fez avançarem os esforços internacionais multilaterais contrários à evasão fiscal.

Nesse sentido, deve ser destacada a promoção pela OCDE, em 2014, do *Common Reporting Standard (CRS) – Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*[11], ou Relatório Padrão Comum – Parâmetro para Troca Automática de Informações Financeiras em Matéria

---

8. BRASIL. **Lei Complementar n. 105/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

9. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL. ***STF garante ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial.*** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>. Acesso em: 6 abr. 2018.

10. AMARAL, A.C.R. e TORRES, H.T. **Inconstitucionalidade do Acordo para Intercâmbio de Informações Tributárias Brasil-Estados Unidos**. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano II, n. 10, Porto Alegre, set-out/2008, p. 35.

11. OECD. **Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters.** 2. ed. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 03. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267992-en>. Acesso em: 10 abr. 2018.

Tributária, numa tradução livre, que objetiva levar as jurisdições competentes a obter informações de suas instituições financeiras e trocá-las anualmente com outras jurisdições, e estabelecer os registros financeiros a serem trocados, as instituições financeiras que devem fornecer informações, os diferentes tipos de registros e contribuintes abrangidos, assim como diligências procedimentais a serem seguidas pelas instituições financeiras.

Desde a publicação do já mencionado relatório de 1998, a comunidade internacional vinha procurando instrumentos para neutralizar os efeitos perniciosos dos paraísos fiscais. As iniciativas voltadas à harmonização tributária, isto é, a que todos os países observassem níveis mínimos de tributação – por exemplo, sobre a renda –, não lograram êxito, pois sempre esbarravam na soberania nacional, que confere ampla liberdade a cada Estado para instituir o sistema tributário que melhor lhe aprouver. A fim de evitar esse impasse, passou-se a promover a troca de informações fiscais entre países, de tal modo que cada um, nos limites de sua soberania, pudesse tomar medidas capazes de neutralizar ou minimizar os efeitos nocivos dos paraísos fiscais, a partir das informações obtidas. Muitas vezes, a falta de conhecimento sobre elementos do fato tributável encontráveis no estrangeiro constituía o principal óbice à imposição tributária. Segundo a lógica desses esforços, quanto mais difundida a prática da troca de informações fiscais, mais eficaz a neutralização dos efeitos dos paraísos fiscais; nesse sentido, primeiro foi promovida a troca de informações a pedido, baseada em tratados bilaterais; depois, como ideal, a troca automática de informações, baseada em tratados multilaterais. A troca a pedido está inserida num contexto repressivo, de investigação de contribuintes específicos contra os quais existam indícios de fraude; muitas vezes, por isso mesmo, dependem da comprovação junto ao país solicitado da existência desses indícios. Já a troca automática está inserida num contexto preventivo, em que situações comumente catalisadoras de evasão fiscal motivam desde logo a troca de informações, permitindo assim ao Fisco a tomada tempestiva de providências destinadas a realizar a imposição tributária.

A troca automática de informações não é de fácil execução, pois envolve o emprego ostensivo de tecnologia, além da análise de vastos bancos de dados. Não se poderia, portanto, pretender que fosse implementada em âmbito global sem uma padronização técnica e logística. É aí que surge o CRS como uma padronização global da troca de informações, a princípio não de todas as informações tributárias, mas especificamente daquelas relacionadas às transações financeiras, isto porque o FATCA já criara os instrumentos para que fossem reportadas; tal influência é admitida pelo próprio *Common Reporting Standard* em sua introdução[12]. Quando a aplicação do FATCA a instituições financeiras

11. OECD, 2017, p. 10.

estrangeiras encontrou obstáculo na proteção que lhes dispensava as legislações de onde estavam sediadas, os norte-americanos desenvolveram junto à Espanha, França, Alemanha, Itália e Reino Unido um "Modelo 1" de acordo intergovernamental para sua implementação, o qual serviu de base para o que depois seria o "FATCA global", isto é, o CRS[13].

Exemplificando essa evolução histórica, pode-se mencionar que, previamente ao acordo internalizado pelo Decreto Presidencial nº 8.506/2015 (relativo ao FATCA), como indicado pelo preâmbulo deste, Brasil e EUA já haviam firmado um Acordo para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, um TIEA nos moldes propostos pela OCDE, que fora promulgado pelo Decreto Presidencial nº 8.003/2013[14].

Nele, o foco estava na troca de informações a pedido, conforme o demonstram os artigos I (objeto do acordo) e V (intercâmbio de informações a pedido); também se tratava explicitamente de fiscalizações tributárias no exterior (artigo VI); porém, tanto o artigo I como o artigo X davam abertura para um troca mais eficaz de informações, o que incluía a troca automática, ao mencionarem, respectivamente, "*o intercâmbio de informações a pedido conforme o Artigo V* ***e por outras formas conforme acordado pelas autoridades competentes segundo o Artigo X****, em conformidade com os termos deste Acordo"*, e que as "*autoridades competentes deverão adotar e implementar os procedimentos necessários para facilitar a implementação deste Acordo,* ***inclusive formas adicionais de intercâmbio de informações que promovam o uso mais eficaz possível das informações***".

Na sequência dessas iniciativas, e aprofundando sua aplicação, Brasil e Estados Unidos celebraram mais tarde um Acordo entre as Autoridades Competentes para regulamentar tecnicamente a troca automática de informações financeiras[15].

Atualmente, as iniciativas da comunidade internacional em prol do aperfeiçoamento da interação entre sistemas tributários nacionais, potencializadas no passado recente pelo FATCA, é o *Action Plan on Base Erosion and Profit*

---

13. MARTOS BELMONTE, P. FATCA y CRS como paradigmas del intercambio de información tributaria y lucha contra el fraude fiscal. ***Actas de las X Jornadas de Seguridad, Defensa y Cooperación.*** Universidad Internacional de Andalucía, 2017. p. 91.

14. BRASIL. **Decreto n. 8.003/2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8003.htm>. Acesso em: 6 abr. 2018.

15. SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Acordo entre as autoridades competentes dos Estados Unidos da América e o governo da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-intercambio-de-informacoes-relativas-a-tributos/estados-unidos-da-america/caa-brasil-usa-versao-em-portugues.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2018.

Shifting (BEPS, na sigla em inglês), de 2013[16], ou Plano de Ação sobre Erosão das Bases Tributáveis e o Deslocamento do Lucro, numa tradução livre, um projeto ambicioso, no qual as informações tributárias passam a ser enfatizadas não apenas como subsídio para a fiscalização de operações tributáveis determinadas, mas antes como fonte de conhecimento para o estabelecimento de políticas fiscais efetivas e o acompanhamento de sua execução.

Conclusão

Problemas globais exigem respostas globais. A crise recente dos sistemas tributários nacionais, manifestada na perda da capacidade arrecadatória dos Estados, revela que apenas uma concentração de esforços da comunidade internacional será capaz de evitar maiores danos.

Os EUA, dado seu protagonismo na geopolítica mundial, foi capaz de implementar o FATCA como instrumento de restabelecimento de suas fontes de arrecadação, na medida em que cidadãos e empresas norte-americanos se valiam das camadas de complexidade dos sistemas tributário e financeiro internacionais para não pagar tributos. Nesse sentido, os EUA padeciam dos mesmos problemas que países menos desenvolvidos.

Apesar de ser uma iniciativa de fins domésticos, o FATCA acabou beneficiando outros países indiretamente, pois os instrumentos adotados na sua execução serviram de inspiração para que a OCDE levasse sua campanha pela disseminação da troca automática de informações tributárias a um novo patamar, dotando-a de uma padronização que facilitou sua implementação técnica e, em última instância, sua difusão mundial.

O aperfeiçoamento da interação entre os sistemas tributários nacionais ainda está longe de ser concluído. Atualmente, a comunidade internacional se reúne em torno do projeto anti-BEPS, o qual, tal como as iniciativas anteriores, é fortemente dependente do elemento informação.

Referências Bibliográficas

AMARAL, A.C.R.; TORRES, H.T. Inconstitucionalidade do Acordo para Intercâmbio de Informações Tributárias Brasil-Estados Unidos. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, ano II, n. 10, Porto Alegre, set-out/2008.

CORONAS VALLE, D. La lucha contra el fraude y la evasión fiscal en América y Europa: perspectiva desde las dos orillas. **TSN**, n. 2, 2016.

FARIA, W. R.; ROCHA, A. M. G. O combate internacional à evasão fiscal - como o FATCA pode afetar as instituições financeiras brasileiras. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 59, 2013.

16. OECD. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.** Paris: OECD Publishing, 2013.

MARTOS BELMONTE, P. FATCA y CRS como paradigmas del intercambio de información tributaria y lucha contra el fraude fiscal. **Actas de las X Jornadas de Seguridad, Defensa y Cooperación.** Universidad Internacional de Andalucía, 2017.

SALOMÃO NETO, E. Convenções, acordos internacionais, FATCA e sigilo bancário. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, 2014.

Outras referências documentais

BRASIL. **Decreto n. 8.003/2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8003.htm>. Acesso em: 6 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 8.506/2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm>. Acesso em: 6 abr. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 105/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

OECD. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.** Paris: OECD Publishing, 2013.

OECD. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue.** Paris: OECD Publishing, 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>. Acesso em: 10 abr. 2018.

OECD. **Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters.** 2. ed. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267992-en>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ***Acordo entre as autoridades competentes dos Estados Unidos da América e o governo da República Federativa do Brasil.*** Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-intercambio-de-informacoes-relativas-a-tributos/estados-unidos-da-america/caa-brasil-usa-versao-em-portugues.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL. **STF garante ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>. Acesso em: 6 abr. 2018.

U.S. CONGRESS. *Public Law 111-147-MAR. 18,2010.* Disponível em: <https://www.congress.gov/111/plaws/publ147/PLAW-111publ147.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2018.

De Bresser aos Dias Atuais: Caminhos e desafios do Terceiro Setor

Dimas Ramalho[1]

Introdução

Turbulência política e crise econômica são fatores com potencial para estremecer os fundamentos de uma nação, sobretudo se ambos estiverem atrelados. É natural, portanto, que os brasileiros se questionem sobre a eventual necessidade de uma reforma no alicerce e nas estruturas do Estado, como de fato tem acontecido há alguns anos.

No intuito de vislumbrar caminhos, o presente artigo se propõe a fazer uma breve retrospectiva da trajetória brasileira rumo à modernização da administração pública nas últimas décadas e a analisar, especificamente,a inserção do Terceiro Setor no âmbito dos serviços essenciais e não exclusivos do Estado, para tentar identificar os principais avanços e dificuldades.

O texto adota como marco teórico o Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, proposto em 1995 pelo então ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira. Trata-se de uma iniciativa valiosa, baseada em um amplo diagnóstico, que foi capaz de nortear a agenda de aprimoramento da gestão pública.

Inicialmente, o trabalho revisita conceitos básicos usados no referido Plano, como a administração pública gerencial e o processo de publicização. Em seguida, são expostos os pontos considerados relevantes na adaptação do setor de serviços essenciais e não exclusivos, tanto no âmbito legal quanto no cultural. Na sequência, o artigo aponta críticas e obstáculos à implementação do novo modelo de administração pública e, por fim, apresenta reflexões sobre as perspectivas atuais.

A Mudança de Paradigma na Administração Pública

Sob a influência de uma grave crise fiscal e a consequente perda de efetividade do Estado, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado buscou

1. Conselheiro-corregedor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, coordenador dos Cursos de Pós-Graduação *latu sensu* em Direito da Uninove (Universidade Nove de Julho) e professor licenciado da UNIARA (Universidade de Araraquara). Foi membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, deputado estadual e federal.

referências internacionais para propor uma mudança de paradigma na gestão pública brasileira.

O projeto deflagrado no primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998) quis impulsionar a transição do modelo burocrático de administração para o modelo gerencial, no intuito de reconstruir o Estado enquanto espaço público e de aumentar sua capacidade de governar com eficiência e eficácia.

A proposta atestou a obsolescência da administração pública burocrática, originária do Estado liberal do século XIX, que tentou, à época, superar o patrimonialismo predominante em uma máquina centrada, até então, na vontade deliberante dos detentores do Poder. Para tanto, o Estado burocrático tinha como preocupação central a ordem e a segurança jurídico-administrativa das relações, mediante o formalismo procedimental, suficiente para garantir a impessoalidade e combater privilégios e corrupção, o que exigia controles administrativos rígidos de todo e qualquer processo. Esse foco no controle de distorções, no entanto, acabou trazendo como efeito colateral uma estrutura voltada para si mesma e incapaz de atender da forma desejada às novas funções absorvidas pelo Estado ao longo do século XX.

EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PATRIMONIALISTA =>	BUROCRÁTICO =>	GERENCIAL
(herança colonial)	(fruto do Estado Liberal)	(fim do séc. XX)

Já a administração pública gerencial surge como superação ou resposta – a depender da corrente que a interprete – ao modelo burocrático, em um contexto de globalização e crise do Estado, na segunda metade do século passado. O novo paradigma trouxe métodos clássicos do setor privado, como a fixação de metas e foco no resultado, com maior autonomia aos gestores. "A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados" (BRESSER PEREIRA, 1995). Essa mudança de chave, tanto no aspecto institucional-legal quanto no aspecto cultural, era o objetivo geral da proposta apresentada, há 25 anos, pelo então ministro.

Processo de Publicização

O projeto de reforma do aparelho do Estado previu a reformulação de todos os setores, passando pela profissionalização da cúpula do funcionalismo

e pela continuidade da privatização de atividades voltadas exclusivamente ao mercado. Contudo, restringiremos o objeto deste trabalho ao setor de serviços essenciais e não exclusivos, aquele em que o Estado convive com a iniciativa privada na prestação de serviços sociais em áreas como saúde, educação, cultura e pesquisa científica.[2]

A opção metodológica decorre do simbolismo atribuído por Bresser Pereira ao setor no contexto da reforma. Ao tratar especificamente dos serviços essenciais e não exclusivos, o projeto previu um Plano Nacional de Publicização, para transferir essas atividades da estrutura estatal às mãos do Terceiro Setor em forma de Organizações Sociais. Esse tipo de entidade surgiu anos depois com um desenho institucional que buscava garantir o controle social dos serviços e do uso dos recursos públicos por meio de Conselhos de Administração, que teriam, entre seus integrantes, membros da comunidade local e do Estado, obrigatoriamente.

O pressuposto ideológico impunha ao Estado continuar custeando serviços ligados aos direitos fundamentais dos cidadãos, porém, de forma mais eficiente, agora por meio de entidades que comporiam o setor público não estatal, um espaço intermediário entre o Estado e o mercado.

Esse processo representaria de forma exemplar a migração do modelo burocrático para o modelo gerencial. Em vez de prestar os serviços diretamente, empregando servidores públicos e processos supercontrolados – essencialmente lentos –, o Estado passaria a subsidiar entidades sem fins lucrativos, com maior autonomia e agilidade para prestá-los, com qualidade e eficiência. Caberia ainda ao Estado planejar as ações, controlar sua execução e avaliar, junto com a sociedade, os resultados, a partir de relatórios de desempenho e prestações de contas.

O programa de publicização, nas palavras de Bresser Pereira (1998), representava "uma alternativa ao estatismo, que pretende tudo realizar diretamente pelo Estado, e à privatização, pela qual se pretende tudo reduzir à lógica do mercado e do lucro privado". Na prática, o processo exigiria a extinção da entidade estatal até então responsável pelo serviço, ou retração dos órgãos da Administração Direta, com consequente absorção por Organizações Sociais criadas por pessoas físicas sob o regime de direito privado. Essas Organizações Sociais poderiam receber recursos, bens e servidores públicos em cessão, por meio de um contrato de gestão, em troca do cumprimento de metas e da elevação na qualidade do serviço.

2. Ao expor o escopo de seu projeto, Bresser Pereira faz uma distinção conceitual para esclarecer que 'aparelho do Estado' é a estrutura organizacional constituída pelo governo, por um corpo de funcionários e pelos militares. O 'Estado', por sua vez, é mais abrangente, pois inclui o sistema constitucional-legal, que possui o monopólio da violência legal, de legislar e de tributar uma população.

A Adaptação do Setor de Serviços Essenciais Não Exclusivos ao Novo Paradigma

A construção de um espaço público não estatal a partir das Organizações Sociais, que assumiriam gradativamente os serviços públicos de saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia, era, portanto, estratégica e simbólica para o início da transformação do modelo burocrático em um modelo gerencial de administração pública.

O que se observou ao longo dos anos foi, de fato, uma forte inserção do Terceiro Setor nessas áreas, mas de forma bem menos ordenada do que a planejada no processo de publicização, seja por questões legais ou culturais.

Âmbito legal

A normatização das Organizações Sociais (Lei das OSs, 9.637/98) e, logo em seguida, das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei das OSCIPs, 9.790/99) buscou lançar, no final dos anos 1990, as bases legais para a transferência dos serviços essenciais e não exclusivos das mãos do Estado para o Terceiro Setor. Ambas as leis previram desenhos institucionais complexos, além de instrumentos jurídicos específicos, para que o setor público fizesse transferências de recursos. O objetivo era diferenciar as entidades que conseguissem a titulação, para padronizar o tratamento legal entre elas e estabelecer mecanismos de controle.

Desde então, no entanto, a relação entre o Estado e as entidades prestadoras dos serviços sociais não ficou restrita às figuras das OSs e das OSCIPs. Barreiras burocráticas, como os inúmeros requisitos legais de qualificação, fizeram com que o setor buscasse caminhos muitas vezes improvisados. O resultado foi uma absorção das atividades, em grande parte, por organizações sem o devido credenciamento e o formato imaginados.

As duas décadas que se seguiram foram marcadas pela ausência de uma legislação estruturante e abrangente para o Terceiro Setor. As transferências de recursos aos prestadores de serviço de interesse público utilizaram majoritariamente instrumentos jurídicos inadequados ou insuficientemente regulados, como convênios – criados, em princípio, para descentralização das atividades da Administração Federal para os Entes Federados (Decreto-Lei nº 200 de 25.02.1967) e, posteriormente, estendendo-se às entidades privadas sem fins lucrativos (Decreto nº 93.872, de 23.12.1986). Isso contribuiu para a insegurança jurídica e para a falta de homogeneidade nos critérios de escolha das entidades parceiras e na definição de suas práticas de gestão e de prestação de contas.

Em consequência desse cenário, o setor inteiro enfrentou a estigmatização resultante de um processo de escrutínio que incluiu duas Comissões Parlamentares de Inquérito no Congresso Nacional, em 2002 e 2007, para investigar

irregularidades na destinação de recursos públicos a Organizações Não Governamentais. A exposição do Terceiro Setor evidenciou a insegurança jurídico-legislativa existente, estimulando o debate que resultou em uma proposta de regulamentação e, finalmente, nas Leis 13.019/2014 e 13.204/2015, o chamado MROSC (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), em vigor desde o início de 2016.

Para aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional das relações entre organizações da sociedade civil e o Estado, a nova legislação criou instrumentos apropriados para a transferência de recursos públicos, a exemplo do termo de colaboração e do termo de fomento (obviamente, excepcionando-se as hipóteses expressamente previstas), independentemente de titulação ou certificação das entidades, o que significou uma revisão da proposta original de Bresser Pereira, para ampliar a legitimação das relações do Estado para com todo o setor.

> As experiências do termo de parceria da Lei das OSCIPs e do contrato de gestão da Lei das Organizações Sociais foram analisadas e consideradas, mas a avaliação geral era de que a exigência de titulação impunha restrições desnecessárias. Trabalhou-se, portanto, na criação de instrumentos voltados a formalizar a celebração de parcerias com um universo mais amplo de organizações, de objetos e formas de execução mais transversais, aproximando-os da realidade das organizações (SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015, p. 72).

Outro importante avanço normativo em relação às parcerias está relacionado à democratização e transparência no acesso aos recursos. Ficou consolidada a regra do chamamento público, em que se privilegia a isonomia na seleção das entidades para a execução de serviços vinculados a políticas públicas. A norma também prevê comissões de monitoramento e avaliação, responsáveis por apoiar gestores das entidades e, eventualmente, corrigir rumos. Integrado por ao menos um servidor da administração pública, o colegiado retoma de forma adaptada a ideia original do Plano de Bresser Pereira, que se preocupava em manter as atividades sob a observação direta do Estado e da sociedade.

Também vale destacar o papel atribuído às plataformas digitais, que elevaram exponencialmente, neste século, o potencial de efetivação do controle social. Diferentes dispositivos do MROSC estabelecem a internet como instrumento de publicização, exigindo, dentre outras coisas, que informações detalhadas sobre todas as parcerias firmadas sejam disponibilizadas tanto nas páginas oficiais do ente estatal quanto nas das organizações da sociedade civil. A legislação também determina à administração que viabilize o acompanha-

mento on-line da liberação dos recursos públicos e ofereça canais de representação sobre eventual aplicação irregular.

Nesse sentido, ainda, merece registro a contribuição dada pela Lei Federal n° 12.527/2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação, cujo art. 2º dispõe que os dispositivos da norma devem ser aplicados, no que couber, às entidades do terceiro setor quanto às atividades realizadas mediante repasse. O parágrafo único do mesmo artigo não deixa dúvida de que a expressão "no que couber" abrange, no mínimo, a obrigatoriedade de dar publicidade ativa da "parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas", conforme defendi em artigo publicado (2018) por ocasião dos seis anos da vigência da lei.

Âmbito cultural

Para além das barreiras e omissões legais, o processo de adaptação do setor de serviços essenciais não exclusivos sofreu também influxo cultural, cujas causas e consequências são mais difusas, mas não menos impactantes. A estrutura estatal, as entidades do Terceiro Setor e a própria sociedade foram consideradas como atores vívidos e interativos no modelo gerencial de administração pública imaginado no Plano Diretor, o que exigiria a implantação de novos métodos e práticas.

Por parte do setor público, a transição para o modelo com foco nos resultados acabou se demonstrando bastante difícil e lento, sobretudo pela falta de parâmetros e ferramentas que permitissem uma aferição e uma avaliação objetivas e fidedignas dos resultados do trabalho realizado pelas entidades do Terceiro Setor.

Como observa a própria publicação da Secretaria-Geral da Presidência sobre o MROSC, a priorização dos resultados exige dos órgãos públicos conhecimento avançado sobre custos, métodos e indicadores para que existam condições de se saber se o valor repassado pelo Estado é justo e adequado ao programa em questão e à região analisada (p. 113 e 114). A adaptação necessita, portanto, mais do que reforma da moldura jurídica da relação institucional. Demanda uma nova mentalidade de quem presta o serviço e de quem o controla, inclusive a adoção de práticas administrativas de coleta e análise de dados, criação de indicadores, mecanismos de acompanhamento e também de responsabilização no controle *a posteriori*.

Em relação ao papel e engajamento da sociedade nesse processo, pode-se dizer que há um longo caminho a ser percorrido para que se alcance um grau satisfatório de participação comunitária no controle das políticas públicas executadas pelo Terceiro Setor a partir de recursos públicos. A mudança envolve desde a avaliação concomitante dos usuários – principais fiscais do serviço

usufruído – até a disponibilidade ostensiva de dados de gestão e financeiros para a comunidade.

Segundo Motta (2013), o processo de transição para o novo modelo de administração pública sofre forte influência dos valores e crenças que permeiam o contexto cultural. Por isso, o sistema gerencial, conforme o autor, teve maior aderência em países tradicionalmente menos legalistas e formalistas, como Inglaterra, EUA e Nova Zelândia, onde já havia um domínio do "pragmatismo gerencial" mesmo antes das respectivas reformas do aparelho estatal. Essa influência da tradição cultural também poderia explicar parcialmente a limitada participação do cidadão brasileiro no monitoramento e controle dos serviços públicos, afinal trata-se de um país marcado, em grande medida, pelo persistente patrimonialismo na gestão pública e patriarcalismo na entrega de bens e serviços, sem apropriação, por legitimidade, pelos cidadãos. Apesar de reconhecer o pioneirismo do diagnóstico realizado por Bresser Pereira, Abrucio (2007) aponta certa dificuldade do então ministro em "traduzir politicamente" as transformações internacionais para as "peculiaridades brasileiras".

Outras Barreiras ao Modelo Gerencial e a Inafastabilidade da Lógica Política

Boa parte dos obstáculos que o Brasil enfrentou, em qualquer esfera de governo ou Poder da República, durante essa tentativa de migração para o modelo gerencial, provavelmente decorrem não só do contexto nacional, mas da natural complexidade de adaptação dos princípios do setor privado à máquina estatal.

A diferença de finalidade dos dois setores é fundamental para se entenderem essas dificuldades. Enquanto a iniciativa privada está atenta a qualquer inovação e oportunidade capaz de elevar sua produtividade e seu lucro, o setor público depende de consensos para efetivar qualquer guinada, a partir de processos legislativos ou atos normativos oriundos de um governo sujeito às pressões políticas setoriais.

Além disso, soa ingênuo considerar que o gestor público, em geral, não é mais eficiente por desconhecer métodos modernos de administração. Mais razoável é entender que sua função não permite que se vislumbrem somente resultados, uma vez que recaem permanentemente sobre seus ombros conflitos políticos, além da limitação crônica de recursos financeiros diante de planejamentos carentes de ferramentas sólidas. A chave parece estar na forma de integração desses instrumentos gerenciais privados ao setor público, que sempre estará vinculado à lógica política. Tal influência, porém, deveria estar mais limitada às diretrizes gerais e menos às práticas administrativas cotidianas. A

inevitabilidade dessa contradição é exposta no clássico de Dwight Waldo, *O Estado Administrativo*, de 1948, relembrado por Motta:

> A legítima função política é fazer funcionar as organizações públicas, segundo diretrizes, democraticamente conquistadas em eleições, e não se imiscuir no seu funcionamento. Impor diretrizes políticas no expediente das organizações públicas é o preço que se paga para se ter democracia fora dele (2013).

Em suma, as eventuais dificuldades que possam surgir em razão da prevalência da política na gestão da esfera pública não devem ser vistas como obstáculos a serem removidos, mas como elementos integrantes e constitutivos da democracia. Cabe ao governante e ao gestor administrar conflitos e pressões da melhor forma possível, lançando mão cada vez mais das ferramentas próprias do setor privado, trazidas pelo modelo gerencial de administração pública, que podem otimizar processos e economizar recursos na prestação de serviços ao cidadão.

Considerações Finais

Repassados os principais pontos que marcaram a tentativa de reforma do aparelho estatal, especificamente no setor de serviços essenciais e não exclusivos do Estado, podemos tentar entender até que ponto o objetivo da publicização proposta no Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado foi alcançado e quais os caminhos que ainda podem ser trilhados para aprimorá-la.

Em relação aos ganhos em eficiência e eficácia dos serviços públicos, tão esperados com a forte entrada do Terceiro Setor nas áreas sociais, cabe dizer que ainda são modestos em relação ao seu potencial.

A transição para um cenário de alta qualidade e economicidade depende de maior institucionalização das relações entre Estado e organizações da sociedade civil e da construção de melhores mecanismos de controle, capazes de avaliar o desempenho das entidades parceiras e de orientar as futuras decisões dos órgãos do Estado. A necessária moldura legal parece estar disponível com o MROSC, restando aos órgãos de controle interno e externo a responsabilidade de zelar por sua correta implementação nas novas parcerias. A importância do marco regulatório pode ser resumida pela observação de Abrucio (2007), segundo o qual "nenhum ente privado ou ONG fará melhor que o Estado caso não seja regulado".

Já a desejada aproximação da sociedade aos serviços públicos, para que o cidadão os fiscalize diretamente, também teve avanços pontuais. No entanto, uma mudança estrutural e mesmo cultural dificilmente ocorrerá apenas com medidas formais, como a criação de assentos para membros da comunidade em um conselho fiscal ou de administração.

O tema poderia ser mais bem trabalhado a partir de instrumentos já existentes e muitas vezes subestimados, como os conselhos setoriais de políticas públicas e as ouvidorias, conforme já expus anteriormente (2016). Poucas vezes viveu-se um período tão turbulento e, ao mesmo tempo, tão oportuno para estimular o uso desses canais de participação direta, uma vez que a própria sociedade demanda mais atenção e espaço na cena política, seja nas ruas ou em plataformas digitais. Colocar esses canais à disposição de todos aqueles que tenham interesse em contribuir e participar da formulação e do controle das políticas públicas parece ser o caminho mais apropriado e natural para o Estado canalizar a pressão popular e conduzir uma reforma consistente.

Referências Bibliográficas

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória Recente da Gestão Pública Brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. **Revista de Administração Pública,** Rio de Janeiro, v. 41, n. spe, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 18 mai. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 24 mar. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.** Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil [...]. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1 ago. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015.** Altera a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 15 dez.2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13204.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. As Organizações Sociais. In: **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998. cap. 13. p. 234-250.

_____. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Caderno 1, 5. ed. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Secretaria da Reforma do Estado, 1997.

_____. As Organizações Sociais. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 22 maio 1995. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/5/22/opiniao/9.html. Acesso em: 9 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. **Organizações Sociais**. Caderno 2, 5. ed. Brasília: Secretaria da Reforma do Estado, 1998. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/OS/caderno2.pdf. Acesso em: 8 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Secretaria da Reforma do Estado, 1995. Plano aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República em setembro de 1995. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf/view. Acesso em: 8 jul. 2020.

MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O Estado da Arte da Gestão Pública. **Revista de Administração de Empresas,** São Paulo, 2013, v. 53, n. 1. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902013000100008. Acesso em: 8 jul. 2020.

RAMALHO, Dimas Eduardo. O Subestimado Papel dos Conselhos Municipais de Políticas Públicas, **JOTA,** 29 out. 2016. Disponível em: https://jota.info/artigos/o-subestimado-papel-dos-conselhos-municipais-de-politicas-publicas-29102016. Acesso em: 8 jul. 2020.

RAMALHO, Dimas. Seis Anos de Lei de Acesso à Informação e o Terceiro Setor. **JOTA,** 16 maio 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/seis-anos-de-lei-de-acesso-a-informacao-e-o-terceiro-setor-16052018. Acesso em: 9 jul. 2020.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: A Construção da Agenda no Governo Federal – 2011 a 2014**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.participa.br/articles/public/0016/8824/04.12.15_MROSC_ArquivoCompleto_Capa_Miolo.pdf. Acesso em: 8 jul. 2020.

A Função Social da Graduação em Direito da Universidade de Araraquara:
A trajetória de um curso que foi protagonista da formação conciliadora

Edmundo Alves de Oliveira[1]
Ricardo Augusto Bonotto Barboza[2]
Emerson Antônio Maccari[3]
Geralda Cristina de Freitas Ramalheiro[4]

Introdução

O presente texto tem por objetivo fazer algumas exposições sobre a função social e a função social do Direito, compreendendo esta como uma Teoria de Direito, cujas premissas residem no fato de que o Direito deve atender e alcançar uma função predisposta na estrutura dogmática da norma jurídica e, por essa razão, o conteúdo da norma deve atender aos fins delineados pelo legislador, a partir do dado hipotético sob o qual foi criada a regra de direito. Tentaremos trazer algumas compreensões que reputamos necessárias, para nos direcionar nesta questão que entendemos ser crucial em pleno terceiro milênio, sob a qual repousa a dúvida e a incerteza quanto ao conceito, alcance, conteúdo e efeitos das relações jurídicas negociais pautadas pela função social e pela função social do Direito, pensando sempre no âmbito educacional.

Este texto foi construído para a publicação no livro em homenagem ao professor Fernando Passos e pelos seus 20 anos frente à Chefia do Departamento de Ciências Jurídicas e da Coordenação do Curso de Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA).

---

1. Professor da Universidade de Araraquara (UNIARA) e coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito da UNIARA. Graduado em Ciências Sociais, com doutorado em Sociologia pela UNESP/SP.

2. Professor da Universidade de Araraquara (UNIARA) e coordenador adjunto do Programa de Mestrado Profissional em Direito da UNIARA. Graduado em Ciências Econômicas com pós-doutoramento em Inovação pela UNESP/SP.

3. Coordenador geral de bolsas e projetos da Diretoria de Internacionalização da CAPES. Graduado em Ciências Administração, com livre-docência em Administração pela USP/SP.

4. Pesquisadora da Universidade de Araraquara (UNIARA). Graduada em Administração Pública, com doutorado em andamento pelo Programa de Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente (UNIARA).

Entende-se, neste sentido, que o Direito apresenta uma função social bem detalhada quando levamos em consideração o ensino do Direito enquanto ciência, sendo que neste processo é inegável a contribuição do Curso de Direito da Universidade de Araraquara, capitaneada há 20 anos pelo professor Fernando Passos, para o contexto local e também regional

Esperamos que este breve escrito possa contribuir para o fortalecimento da área do Direito e para o compromisso que todos devemos ter com a construção de uma democracia solidária e inclusiva para o Brasil.

A Importância do Percurso Universitário

O percurso universitário é fundamental para a formação acadêmica e para a definição da futura carreira dos discentes. Durante a graduação, o estudante tem a chance de conhecer melhor a profissão para a qual está se preparando, obtém elementos para refletir se a profissão escolhida é aquela que realmente gostaria de seguir e encontra possibilidades de adquirir conhecimentos e desenvolver competências fundamentais para o exercício profissional futuro (SILVA; COELHO; TEIXEIRA, 2013).

No ensino do Bacharelado em Direito busca-se prover uma sólida formação geral e humanística, capaz de despertar no egresso a capacidade de análise, de domínio de conceitos e das terminologias jurídicas, de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica (BRASIL, 2018).

Para a efetividade na promoção do perfil de egresso delineado, as Instituições de Ensino Superior (IES) devem priorizar a interdisciplinaridade e a articulação de saberes. Portanto, devem disseminar conteúdos de formação geral, para que o aluno seja capaz de promover um diálogo com as demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico, sendo assim destacam-se o intercâmbio com as áreas da Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia (BRASIL, 2018).

Em adição, as IES devem prover ainda uma sólida formação técnico-jurídica, para que o egresso seja detentor de conhecimento dos diversos ramos do Direito, para que seja capaz de compreender mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, e as respectivas interfaces dessas alterações na dinâmica da atuação profissional, logo o discente deve apresentar aprofundamento teórico-prático nas áreas de Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direito Processual, Direito Previdenciário, Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Além de discernir sobre os novos

desafios que se apresentem ao mundo do Direito, tais como: Direito Ambiental, Direito Eleitoral, Direito Esportivo, Direitos Humanos, Direito do Consumidor, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Agrário, Direito Cibernético e Direito Portuário (BRASIL, 2018).

A formação técnico-jurídica demanda das IES integração entre a prática e os conteúdos teóricos; para tanto, devem ofertar atividades capazes de estimular o discente para a resolução de problemas emergentes e transdisciplinares. Neste contexto, o estímulo à prática jurídica se torna um componente curricular obrigatório, e, por consequência, todos os cursos de Direito passam a dispor de um Núcleo de Práticas Jurídicas, um ambiente em que se desenvolvem e são coordenadas as atividades de prática jurídica do curso. Em paralelo, os cursos devem estimular a realização de atividades curriculares de extensão ou de aproximação profissional que articulem o aprimoramento e a inovação de vivências relativas ao campo de formação, podendo, também, dar oportunidade de ações junto à comunidade ou de caráter social, tais como clínicas e projetos (BRASIL, 2018).

Ao adotarem tais atitudes, os cursos de Direito promovem a articulação entre ensino, pesquisa e extensão, materializam a função social da universidade e se destacam na produção de espaços democráticos de discussão e ampliação da dignidade da pessoa humana, da justiça e da cidadania planetária. Dentre as atividades extraclasses (e outras não obrigatórias) mais mencionadas, no contexto brasileiro, estão: participação em monitorias, iniciação científica, estágios, centros estudantis, representação em órgãos colegiados, empresa júnior, viagens, congressos científicos, trabalho dentro dos campi, disciplinas não obrigatórias, encontros de estudantes, grupos de estudo, palestras, reuniões, discussões e debates entre estudantes, participação em atividades de moradia estudantil, manifestações artísticas e culturais, dentre outras (FIOR; MERCURI, 2003; SILVA; COELHO; TEIXEIRA, 2013). Salienta-se, contudo, que, apesar de as universidades disponibilizarem atividades acadêmicas de forma razoavelmente igualitária a todos os alunos, estes constroem percursos muito diferenciados dependendo de seu interesse, motivação e maturidade. Conforme Pascarella e Terenzini (2005) indicam, nem todos os alunos se beneficiam da mesma forma das mesmas experiências.

Neste contexto, este capítulo propõe-se um triplo objetivo: busca revelar como e em que medida as universidades desempenham a função social ao ofertarem Curso de Direito; investiga as aderências dos discentes às atividades inerentes à função social; e revela a trajetória da Universidade de Araraquara para a formação conciliadora dos graduandos, indicando as ações protagonizantes de um novo paradigma para a vida profissional dos operadores do Direito. As seções que seguem evidenciam tais resultados.

A Função Social dos Cursos de Bacharelado em Direito

As universidades são instituições sociais (CHAUÍ, 2011) concebidas e estruturadas a partir dos princípios normativos e valorativos da sociedade. Além de refletir os conhecimentos e as relações sociais, possibilitam a transformação das concepções de mundo, ou seja, podem alterar as formas de ver, compreender e produzir para além do presente, com visões futuras, projetando novas ações (MORÉS, 2017). Neste contexto, as IES, dentre outros pontos, percebem a divisão social, econômica e política da sociedade na qual estão inseridas, e desse lugar repensam a si mesmas, sua função social, com práticas fundadas no reconhecimento público de sua legitimidade e de suas atribuições (MORÉS, 2017).

Pontua-se, assim, que no processo histórico a universidade é, cada vez mais, convidada a se adaptar para atender a novas expectativas e solicitações de uma sociedade em transformação, logo a universidade precisa repensar sua trajetória e assumir os desafios que lhe estão sendo impostos (MORÉS, 2017).

Salienta-se que, por essência, as IES são instituições propícias à promoção do debate e da reflexão em atenção às demandas sociais e promoção da diversidade cultural e da pluralidade ideológica da sociedade. A incidência do debate e do diálogo propicia a construção de sujeitos e coletividades, da crítica comprometida com a ética, imbuída de princípios da verdadeira e da justiça (PANIZZI, 2002).

Esse diálogo da universidade com a sociedade demanda a articulação do ensino, da pesquisa e da extensão, ou seja, da promoção da comunicabilidade entre a academia e a comunidade, o que proporciona, para ambos os envolvidos, uma oportunidade de reflexão acerca da realidade social, das mazelas e das possíveis formas de mudança e melhoria (DIEHL; TERRA, 2013). Neste contexto, a pesquisa e a extensão retroalimentam o ensino e funcionam como uma engrenagem dotada de harmonia (DIEHL; TERRA, 2013)

Outra face da função social exercida pelas Instituições de Ensino Superior seria a formação de cidadãos com valores e princípios humanos, democráticos e civilizatórios voltados para a dignidade humana, solidariedade, igualdade, bem como a aceitação e o respeito às diferenças. (DIEHL; TERRA, 2013). Neste contexto se destaca o protagonismo dos cursos de ensino jurídico, uma vez que a maioria dos ingressantes nos cursos jurídicos recebe formação precária nos ensinos médio e fundamental, apresenta elevado alheamento político, deficiências crônicas de leitura de mundo, de análise e percepção de conflitos de interesses (PEREIRA, 2011).

Nos últimos anos, a vertente da educação superior do ensino jurídico experimentou reformulações diversas, que lhe propiciaram uma nova nomenclatura, passando a ser chamada de “educação jurídica”, e estimularam maior

oferta de conteúdos voltados para um entendimento multidisciplinar da realidade em que está inserido o discente (PEREIRA, 2011). Além disso, foi pactuado que o ensino jurídico deve reverberar seus efeitos para além da academia, produzindo resultados em toda a sociedade, o que inaugurou uma remodelação nos pressupostos de uma eficiente aprendizagem, que não mais se satisfaz com respostas prontas e fórmulas consolidadas de transmissão de conteúdos moldados para produzir resultado unívoco (PEREIRA, 2011).

Nesta configuração, ficou claro para todos que é papel do Curso de Direito auxiliar na difusão social dos conceitos e abrangência das normas jurídicas, habilitando e capacitando o cidadão a entender seus direitos e obrigações (PEREIRA, 2011). Para tanto, espaços de diálogo, de integração, de troca, devem ser oportunizados para que as propostas ou objetivos planejados sejam compreendidos pelos envolvidos no processo de ensino e aprendizagem (GHIRARDI; OLIVEIRA, 2016).

A Função Social do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Araraquara

Na Universidade de Araraquara (UNIARA) há aproximadamente dez mil alunos nos cursos de graduação, pós-graduação e extensão. Os 7.286 alunos da graduação estão distribuídos em 35 cursos (bacharelados, licenciaturas e superiores de tecnologia), oferecidos em cinco unidades acadêmicas na cidade de Araraquara.

O ensino de graduação compreende bacharelados e licenciaturas nas áreas de Ciências da Saúde, Ciências Biológicas, Ciências Sociais Aplicadas, Ciências Humanas, e Engenharias. Na formação de tecnólogos, a instituição implantou cursos que se inserem nos eixos tecnológicos do Design e Produção Cultural, Gestão e Negócios, Hospitalidade e Lazer e Recursos Naturais. Somam-se a essa oferta quase uma centena de cursos de pós-graduação *lato sensu*, presenciais e a distância, que atendem a 2.016 alunos.

A pesquisa, desenvolvida desde a criação do Centro Universitário, foi fundamental para a obtenção de credenciamento para sete programas de pós-graduação *stricto sensu* (seis mestrados: Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente, Engenharia de Produção, Ciências Odontológicas, Educação, Biotecnologia e Direito; e dois doutorados: Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente e Biotecnologia). Além disso, programas institucionais de incentivo à pesquisa e à produtividade científica propiciam a participação de docentes e estudantes em programas de iniciação científica e projetos de pesquisa.

Já a extensão universitária registra o envolvimento de centenas de alunos, de todos os cursos, em importante contribuição à prestação de serviços nas áreas do Direito, da Saúde, Educação e Ambiente. Considerando todas as

unidades que ofertam as diferentes modalidades de ensino superior, a UNIARA conta atualmente com 443 professores e 319 funcionários técnico-administrativos.

O forte compromisso social da instituição dá origem a um consistente programa de atenção ao aluno, que acompanha inúmeros indicadores relacionados à atividade educativa e propaga essa cultura para a comunidade local e regional em que se situa a universidade. Dentre todo o portfólio de formação, destaca-se a formação em Direito, enquanto referência regional de ensino de qualidade.

O Curso de Graduação em Direito da UNIARA foi autorizado a funcionar em 1970, pelo Decreto nº 66.643/70, e oficialmente reconhecido pelo Decreto nº 74.166/74. A renovação de reconhecimento deu-se pela Portaria nº 109, de 25/06/2012, publicada no D.O.U. de 26/06/2012. O curso é ministrado na Unidade 1 da Universidade de Araraquara e oferece 370 vagas anuais: 250 para o período noturno e 120 para o período matutino. O curso está vinculado ao Departamento de Ciências Jurídicas. A centralidade na formação humanista, cidadã e ética está umbilicalmente ligada à preparação para o exercício profissional, na busca em habilitar o concluinte para os exercícios práticos da profissão do Bacharel em Direito nas mais diversas modalidades de atuação profissional. Desta forma, o Colegiado do Curso de Direito aprovou o projeto pedagógico do curso, fundamentado na formação de nível superior como um processo contínuo, autônomo e permanente, com uma sólida formação básica e uma formação profissional fundamentada na competência ético-teórico-prática, de acordo com o perfil de um formando adaptável às novas e emergentes demandas de uma sociedade da mudança, que se define mais pela síndrome da obsolescência do que pela continuidade.

O Curso de Direito conta também com instalações específicas e exclusivas para o Núcleo de Prática Jurídica, compostas de salas de atendimento individualizadas, salas de estudo e redação, sala para práticas simuladas, sala exclusiva para o responsável pelo escritório e cartório simulado, com instalação própria. Nessa infraestrutura encontra-se instalada um centro de atendimento com profissionais contratados em dedicação exclusiva, acompanhados por alunos do curso, que realiza prestação de serviço jurídico e extrajurídico para a comunidade.

A coordenação do curso, em conjunto com o Diretório Acadêmico de Direito da UNIARA e o Diretório Central dos Estudantes (DCE), desenvolve a semana jurídica, evento que congrega estudantes e profissionais em torno de um tema e de diversas palestras com professores/pesquisadores/profissionais nacionais e internacionais, além da realização de diversos eventos comuns durante todo o período letivo. Ao longo de sua trajetória acadêmica, a UNIARA

construiu condições pedagógicas, de infraestrutura e administrativas que permitiram o desenvolvimento e a expansão da atividade de pesquisa.

Nesse contexto destacam-se as contribuições do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Araraquara (CJUSC) e do Núcleo Especial Criminal (NECRIM). O CJUSC foi o primeiro centro com essa especialidade situado no interior do estado de São Paulo. Está instalado na UNIARA desde novembro de 2011, quando foi firmado convênio com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo qual vem realizando milhares de atendimentos e tem conseguido um resultado expressivo de mais de 70% de eficácia na resolução dos conflitos. Já o NECRIM, que funciona no mesmo prédio do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Araraquara, é um projeto da Polícia Civil em parceria com a UNIARA que tem a missão de estimular acordos e resolver conflitos entre vizinhos e familiares, acidentes de trânsito com vítimas leves e ameaças ou difamações. O desenvolvimento desses projetos extensionistas evidenciou a demanda por pesquisas inovadoras na seara da desjudicialização.

A Universidade de Araraquara também incentiva a pesquisa dos docentes. A pesquisa científica ajuda a introduzir no campo pedagógico do Direito a tolerância com a visão discordante e fundamentada, num questionamento à "dogmática". A pesquisa, enquanto prática acadêmica cotidiana, transforma o ensino num processo vivo e estimulante, provocador da curiosidade do aprender, porque vislumbra a possibilidade da descoberta do novo e não a monotonia da trilha do sempre antigo. O incentivo à pesquisa, na Universidade de Araraquara, é garantido pelas Atividades de Iniciação Científica, com regulamento próprio, e pela publicação periódica de Revista de Divulgação.

A instituição orgulha-se de, nestas cinco décadas, ter investido ininterruptamente na formação intelectual, científica e profissional de seus alunos. Neste sentido, acompanha também seus egressos, de modo especial, informando-se sobre aprovação nos exames da OAB, em concursos públicos, bem como sobre suas carreiras no mundo jurídico. Por meio de um banco de dados, a UNIARA mantém os egressos informados sobre eventos que ocorrem na instituição, repassa notícias e informações importantes para suas carreiras. O perfil do egresso do curso é o norte orientador das ementas, programas e bibliografias dos componentes curriculares. Para tanto, o curso possui recursos materiais e infraestrutura adequados para efetivar a proposta curricular: salas de aula, biblioteca, equipamentos multimídia, locais específicos para a prática jurídica.

Todo o desenvolvimento de atividades de prática jurídica, em situações reais ou simuladas, dentro da perspectiva de formação integral, de caráter interdisciplinar, está coordenado e regulamentado pelo Núcleo de Prática Jurídica, que se organiza por meio de regulamento próprio e compõe-se de um

escritório experimental de advocacia, de programa de prática simulada e programa de prática real. Todos são componentes curriculares obrigatórios em obediência às diretrizes.

Para a formação completa no mundo acadêmico, e em especial no jurídico, a ação da Coordenação, capitaneada pelo professor Fernando Passos, sempre busca inovar e ampliar os horizontes de formação para os alunos. O Curso de Direito, em consonância com a Diretrizes Curriculares, estabelece uma dinâmica de programação extraclasse de cursos, palestras e atividades acadêmicas de extensão e científicas. Programação que articula o contato do aluno com realidades diferentes do dia a dia universitário e que o aproxima da sociedade e da vivência profissional. Tais programações têm também a finalidade de propiciar à comunidade o estabelecimento de uma relação de reciprocidade com a instituição, não se confundindo com o estágio de prática jurídica e podendo ser integrada nas atividades complementares. Ela deve ser promovida de forma permanente, proporcionando um efetivo envolvimento de seus docentes e discentes com a comunidade, por meio de programas de assessoria jurídica, convênios, atividades de formação continuada e eventos extracurriculares periódicos. Além do caráter formativo, tais atividades contribuem para que a UNIARA seja reconhecida como um polo regional de prestação de serviços que se envolveu com a cidade de Araraquara e região e que se antecipa na resolução de problemas em várias áreas. Atuando sem fins lucrativos, a Associação São Bento de Ensino, mantenedora da UNIARA, investe cada vez mais nos serviços prestados à comunidade. A iniciativa de levar conhecimento e prestação de serviços à população deve-se não apenas à necessidade de realização de estágios, mas também ao compromisso assumido pela universidade com a comunidade de Araraquara e região.

A UNIARA mantém ainda uma Rádio Educativa e Programas de Televisão Educativos veiculados no Canal 21 da NET em Araraquara, em que são prestados inúmeros serviços de formação e esclarecimentos à população sobre temas que vão do direito aos cuidados da saúde, esporte, cultura, entretenimento e notícias. São desenvolvidas inúmeras atividades extraclasse que auxiliam na complementação do processo de ensino aprendizagem, bem como trazem novos conteúdos, perspectivas e a vida prática. São convidados para essas atividades professores/pesquisadores/profissionais de reconhecida qualificação e experiência.

Em sua vida acadêmica, o professor Fernando Passos, que comemora agora seus 20 anos como chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e coordenador do Curso de Graduação em Direito, sempre foi um entusiasta e incentivador da pesquisa científica.

A Proposta do Programa de Mestrado Profissional em Direito

O Programa de Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos (PMPD) da Universidade de Araraquara se sustenta no pressuposto básico de que a complexidade dos problemas gerados pela conjugação entre acesso à justiça, judicialização e dinâmica dos institutos de direito remete, necessariamente, a uma abordagem relacional e sistêmica que oriente a produção de pesquisas inovadoras capazes de contribuir para a celeridade e dinamicidade das estruturas e institutos de justiça. Neste sentido, há um encaminhamento de uma agenda de pesquisa que envolva temas voltados ao estudo das relações entre gestão de conflitos, modelos de solução de conflitos, desjudicialização e poder judiciário.

Salienta-se que a qualidade das atividades do PMPD vem sendo construída ao longo de mais de 40 anos de pesquisa e ensino em Direito, nos cursos de graduação e pós-graduação da Uniara. De modo geral, o projeto do Programa de Mestrado Profissional teve sua origem na articulação entre a consolidada experiência da UNIARA na área de gestão de conflitos, um corpo docente altamente qualificado e o amplo espectro de demandas por formação trazido pelo poder judiciário brasileiro.

As concepções do PMPD, pela UNIARA, guardaram estreita relação com as demandas da sociedade. Os operadores do Direito buscavam soluções e formações capazes de expandir o leque de atuação, seja no âmbito da celeridade do judiciário, seja na promoção das soluções extrajudiciais. Diante da constatação de demandas por capacitações profissionais na área do Direito, a Universidade de Araraquara propôs, em 2017, a criação do mestrado profissional em Direito, com concentração na seara da Gestão do Conflito.

Em síntese, o propósito do programa veio ao encontro da realidade atual do judiciário, cuja estrutura segue congestionada, o que gera o efeito oposto do sugerido no Código de Processo Civil Brasileiro, que propôs em sua reforma, vigente a partir de 2015 (Lei 13.140), inserir os métodos alternativos de solução de conflitos com o claro intuito de diminuir a morosidade que é o retrato do nosso sistema vigente. Foi uma proposta de articulação entre conhecimento atualizado, domínio da metodologia pertinente e aplicação técnica orientada à resolução de problemas reais inerentes à judicialização e desjudicialização de conflitos

A temática “Gestão de Conflitos” é inovadora e com grande potencial de exploração em pesquisas científicas, havendo tão somente dois programas de mestrados profissionais alinhados a essa temática: a proposta da UNIARA, no estado de São Paulo, e a proposta da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), no estado do Ceará. A experiência da área do Direito com mestrados profissionais em gestão de conflitos ainda é recente, portanto há potencial para expansão. Fato este que justificou a proposição do programa pela UNIARA.

A área de concentração do Direito que discute as questões da gestão de conflitos está voltada para o estudo da gestão como instrumento de transformação das práticas profissionais no sistema judiciário. Contempla questões do âmbito da judicialização e da desjudicialização, desde os métodos de prevenção, tais como a comunicação e a negociação, que reforçam a importância do diálogo, até os modelos extrajudiciais de solução de conflitos, tais como a conciliação, mediação e arbitragem, que promovem a celeridade processual e funcionam também como instrumentos de justiça. Discute, também, o papel da justiça comunitária e suas contribuições no processo de resolução de conflitos de modo participativo e legítimo, além da investigação dos procedimentos aplicados pelo Poder Judiciário e as políticas de inovação de conflitos estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Há ainda, no centro da discussão, os "novos direitos", a cidadania e o acesso à justiça; a atuação e regulação dos operadores de direito; a modernização, a sustentabilidade e as tecnologias que interfaceiam a promoção da gestão de conflitos. Além disso, lança-se um olhar sobre as peculiaridades da administração pública, da administração privada, do terceiro setor e do setor 2.5 (os negócios com impacto social). E se observa a complementaridade do sistema produtivo, do sistema educacional, dos entes federados e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Busca-se, assim, subsídios para uma formação humanística totalizante, orientada à otimização da gestão; ao mesmo tempo em que se centralizam produções técnicas resolutivas e específicas para demandas sociais, melhorias de resultado, de processos e ampliação de impactos. Percebe-se que uma imensidão de temas podem ser estudados e farão parte do escopo das pesquisas produzidas, sempre impregnadas de um caráter técnico-científico com aspirações práticas e com potencial de alteração da dinamicidade local.

Acentua-se que as características centrais do PMPD-UNIARA são: a) qualidade das atividades de prática da ciência do Direito, a investigação científica e o ensino aplicado do Direito; b) atualização contínua na área específica do conhecimento; e c) matriz curricular que atenda à multiplicidade de tendências e conhecimento científico na área de Direito com foco na Gestão de Conflitos.

Na continuidade desse pensamento e com o firme propósito de inserir a pesquisa no cotidiano dos(das) mestrandos(as), foi criado o grupo de pesquisa LPJUDI (Laboratório de Pesquisa Jurídica da Uniara: Diálogos e Integrações), que tem por objetivo geral difundir, ao lado do estudo das disciplinas obrigatórias e optativas, a relevância da pesquisa acadêmica na grande área da Gestão de Conflitos, com destaque para a segunda linha, que aborda a desjudicialização.

Em adição, assevera-se que outro objetivo do mestrado é promover a difusão do conhecimento técnico produzido pelos docentes e discentes; desta

forma, tem-se um segundo grupo de pesquisa voltado à democratização do acesso do conhecimento acadêmico, via acordos de cooperação e transferência de conhecimento. Esse grupo se dedica à elaboração de manuais, à publicação de estudos orientados à prática, de modo a auxiliar efetivamente na tomada de decisões das autoridades constituídas, além de promover maior integração entre a Uniara e a comunidade de Araraquara e região, bem como entre essa instituição de ensino e órgãos públicos, tais como o Ministério Público, o Poder Judiciário, o Poder Legislativo, bem como a iniciativa privada, tudo de modo a corroborar para a melhoria da gestão de conflitos no âmbito do Poder Judiciário e a desjudicialização, com o arrefecimento de conflitos e desavenças, de modo a concorrer para a promoção da paz social.

Percebe-se que o programa está testando novas formas de se fazer pesquisa em Direito, com ênfase na abordagem interdisciplinar, na integração da teoria com a prática e na atuação coletiva de professores e alunos.

Para evidenciar um ensino integrado às demandas da sociedade, outra estratégia que foi inicialmente formulada em 2019 e que está em vias de implementação foi a criação de uma rede de instituições conveniadas ao programa. Esses convênios buscarão, por um lado, propiciar intensa interlocução do mestrado com as organizações, uma vez que os conveniados direcionarão *stakeholders* para assistência acadêmica; por outro, são espaços que contribuirão para a qualificação do debate, uma vez que são impactados pelas questões e problemas empreendidos na agenda de pesquisa do programa.

Enfatiza-se que as temáticas de estudo selecionadas pelos discentes têm revelado, cada vez, mais, sua importância não apenas do ponto de vista acadêmico, pois as discussões sobre os conflitos e os respectivos mecanismos de gestão tendem a ser abordadas cientificamente por inúmeras perspectivas, mas também do ponto de vista das necessidades reais da população e das melhorias dos padrões de vida e sociabilidade de comunidades e territórios.

Em linhas gerais, observa-se que a proposta do mestrado profissional em Direito e gestão de conflitos da UNIARA destina-se a profissionais experientes e recém-formados. Os primeiros já dominam a técnica na sua área de atuação e desejam ampliar o repertório teórico e aprimorar competências práticas, são advogados públicos e privados, promotores, defensores, julgadores, gestores e formuladores de políticas públicas, assim como membros da estrutura de justiça desjudicializada, principalmente, tabeliões, cartorários, conciliadores, mediadores e árbitros. O segundo grupo é constituído por graduados que buscam promoção na carreira via desenvolvimento de competências e habilidades acadêmicas. Nesses dois grupos, há ainda uma subdivisão entre operadores do direito cuja trajetória profissional se estruturou em torno da formação jurídico-legal, seja na graduação em ciências jurídicas, seja em especializações da área.

Destacam-se também outros profissionais, como educadores e gestores públicos, que procuram formação interdisciplinar e ampliação do conhecimento a partir da proposta do programa.

Conclusão

Como discorrido ao longo deste texto, o Curso de Direito da Universidade de Araraquara é atualmente um dos mais antigos e um dos que mais influenciam a área do ensino jurídico do interior paulista. Sua história é um reflexo da permanente busca pelo pensar na área. Pensar este que é marcado pelos desafios de um contexto acadêmico de interdisciplinaridade e de multidisciplinaridade.

Com aproximadamente 40 anos de existência, o curso se desafia a pensar o campo, enquanto ciência e profissão, numa "área do conhecimento" em interseção, sujeita à instabilidade e crises, de uma constante (re)organização teórica. São vários os fatos que marcam esses desafios. O primeiro foi a gestação do curso. Seus primórdios datam do ano de 1968, e ele foi reformulado diversas vezes para contemplar os desafios sociais.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Educação jurídica e crises: o marco regulatório do ensino do direito. **Cadernos de Direito – UNIFESO**, Teresópolis, v. 1, n. 1, p. 201-239, 2016.

CHAUÍ, Marilena. **Escritos sobre universidade**. São Paulo: Unesp, 2001.

DIEHL, Bianca Tams; TERRA, Elisa Lübeck. A indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão: do legal ao real. **Rev. Humanidades**, Fortaleza, v. 28, n. 2, p. 166-185, jul./dez. 2013.

FIOR, C. A.; MERCURI, E. Formação universitária: o impacto das atividades não obrigatória. In: MERCURI, E.; POLYDORO, A. J. (Eds.). **Estudante universitário: Características e experiências de formação**. Taubaté: Cabral, 2003. p. 129-154.

GHIRARDI, José Garcez; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de. Caminhos da superação da aula jurídica tradicional: o papel das instituições de ensino. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 379-404, 2016.

MORÉS, Andréia. A universidade e sua função social: os avanços da EAD e suas contribuições nos processos de ensino e aprendizagem. **Revista Reflexão e Ação**, Santa Cruz do Sul, v. 25, n. 1, p. 141-159, jan./abr. 2017.

PANIZZI, Wrana M. **Universidade: um lugar fora do poder**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002.

PEREIRA, Donizett. Função social da educação jurídica. **Direito e Sociedade: Rev. Estudos Jurídicos e Interdisciplinares**, Catanduva, v. 6, n. 1, p. 31-45, jan./dez. 2011.

SILVA, C. S. C.; COELHO, P. B. M.; TEIXEIRA, M. A. P. Relações entre experiências de estágio e indicadores de desenvolvimento de carreira em universitários. **Revista Brasileira de Orientação Profissional**, v. 14, n. 1, p. 35-46, 2013.

Solução de Controvérsias no Mercosul e o Ingresso do Estado Plurinacional da Bolívia

Edson Ricardo Saleme[1]
Silvia E. B. Saborita[2]

Introdução

Este trabalho tem por objeto essencial a análise do Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul – atualmente objeto de regulação do Protocolo de Olivos (PO), assinado em 18 de fevereiro de 2002 e vigente desde 1º de janeiro de 2004 – e questões possíveis relacionadas ao ingresso da Bolívia no Mercosul. Antes desse instrumento, aplicava-se o Anexo III do Tratado de Assunção e, até a entrada em vigor do PO, o Protocolo de Brasília.

O Decreto Federal nº 922, de 1993, promulgou o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, em cumprimento do disposto no Artigo 3 e no anexo III do Tratado de Assunção de 26 de março de 1991, pelo qual os Estados-Partes se comprometeram a adotar um Sistema de Solução de Controvérsias para vigorar durante um período de transição. Este teria por objeto a solução de eventuais controvérsias que pudessem advir dos Estados-Partes acerca da interpretação, aplicação ou mesmo descumprimento de disposições existentes no Tratado de Assunção (TA), de eventuais acordos celebrados em sua vigência ou ainda das decisões emanadas do Conselho do Mercado Comum (CMC). O primeiro passo, na hipótese de controvérsia, seria a busca por meio de "negociações diretas". O Grupo Mercado Comum (GMC) devidamente consultado, por meio da Secretaria Administrativa, do andamento de gestões efetivadas no âmbito dessas negociações e de seus possíveis resultados.

Caso tais procedimentos não fossem capazes de solucionar a controvérsia, qualquer das partes nela envolvidas poderia comunicar à Secretaria Administrativa da intenção de recorrer ao procedimento arbitral. O Tribunal arbitral

---

1. Pós-doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador geral do Ministério das Relações Exteriores (MRE). Professor do Curso *Stricto Sensu* da Universidade Católica de Santos. Coordenador e professor dos cursos de especialização da ESA-SP.

2. Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Mestre em Direito Ambiental pela Unisantos. Professora da Universidade Paulista.

atribuído *ad hoc* teria jurisdição suficiente para dar solução da controvérsia e, com isto, se comprometeriam a acatar as decisões.

As questões que aqui se colocam são: como o Protocolo de Olivos viabiliza o fato de o TPR ser, ao mesmo tempo, um tribunal arbitral, direto e de revisão, como se operacionaliza a sua função consultiva e se existem problemas para que a Bolívia se adapte ao sistema de solução de conflitos. A questão que se coloca é se existe algum entrave capaz de gerar conflitos entre o ingresso desse país da América Latina e do sistema do TPR vigente por ocasião do PO.

Esta pesquisa foi precedida de processos discursivos e argumentativos. A abordagem empregou a pesquisa documental buscando uma análise de conteúdo com o conseguinte reexame de como se procede o funcionamento atual e anterior do órgão mercosulino de solução de controvérsias. O procedimento de pesquisa explora premissas e condições relativas ao tema com o intuito de verificar elementos fundadores do sistema e como o ingresso do novo estado-membro pode ou não afetar seu funcionamento. Para tanto, faz-se necessária a utilização de dados primários e secundários, bem como de outras fontes jurídicas tradicionais.

Antecedentes do Mercosul e Seus Principais Órgãos

Antes de ingressar na sistemática do Mercosul, será feita uma pequena digressão acerca dos primeiros passos em prol da formação desse mercado interno. A União de Estados Nacionais surgiu como possibilidade, diante da globalização e outros fatores econômicos, do fortalecimento da região e enfrentamento do comércio já existente entre os países desenvolvidos. Um dos primeiros passos em prol da criação desse tipo regional de organização internacional tem por objeto fundamental a redução recíproca das barreiras comerciais tarifárias. Essas disposições podem ser estendidas a todos os demais membros que venham a ingressar. Estes acordos propiciam, em termos de comércio internacional, a paulatina diminuição de tarifas. Os exemplos mais claros dessa sistemática podem ser encontrados nas rodadas do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e sua sucessora, a Organização Mundial do Comércio (OMC).

A globalização, em processo há muitos anos, provoca um verdadeira desterritorialização e reterritorialização entre os agentes envolvidos, nas palavras de Costa (2001, p. 127). A primeira ocorrência se verifica no abandono do território, e a segunda pela busca da reconstrução de novo território. Essas intercorrências estão geralmente interligadas em um movimento cada vez maior.

Interessante notar que Kerber (2000) já assinalava que os Estados nacionais, que buscavam soberania da forma tradicional, trataram de enfrentar essa nova realidade com outras armas. A unificação de Estados surgiu como fórmula

adequada para frear ataques relacionados ao que denominou de "guerra comercial-econômica".

A Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) pode ser apontada como uma das primeiras organizações intergovernamentais na América Latina a criar um ambiente propício para a união. O problema, primeiramente concebido como a solução possível, foi ter se baseado no reconhecimento da *"cláusula da nação mais favorecida"* e no princípio da reciprocidade entre as partes. Esses fatores formaram verdadeiros obstáculos e inviabilizaram a consolidação do Bloco. Outras causas que certamente influenciaram foram a falta de infraestrutura regional para a consolidação do comércio entre os Estados-membros, problemas relacionados ao alto endividamento externo acompanhado de altas taxas de inflação e a respectiva instabilidade cambial, existência de ditaduras e governos autoritários, gerando verdadeiros obstáculos ao surgimento de um bloco democrático, dificuldades na cooperação, dentre outros de grande envergadura (SMÂNIO e GAMBA, 2016).

Mesmo diante de esforços em sua consolidação e diante dos bons resultados positivos gerados à época, sobretudo com o incremento de parcela do comércio na região, a ALALC não logrou permanecer e sucumbiu diante de perversos problemas econômicos e políticos, havendo a paralisação das negociações multilaterais e a sua final dissolução.

Rui Stoco (2012) afirma que "[...] o Mercosul seria um dos resultados positivos da aplicação dos princípios preconizados pela ALADI". Acrescenta que essa Associação serviu como fonte de inspiração para o Mercado Comunitário Centro-Americano, o Pacto Andino e o Mercosul (Tratado de Assunção). Esta, criada em 1960, foi substituída pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), a fim de continuar o processo de integração e expansão da região. De acordo com as informações institucionais desse órgão (2020), seu objetivo é garantir o desenvolvimento econômico e social e sua meta final é a criação de um mercado comum.

Os acordos regionais são celebrados pelos mais diversos motivos. Entre os mais frequentes, apontado como o principal e o real motivo para criá-los, está a viabilização de um crescimento econômico para os Estados-membros envolvidos. A existência de um mercado regional impulsionaria uma economia como um fator de produção em grande escala. Na verdade, os blocos têm opções que estão claramente consignadas em seu tratado constitutivo. Pode evoluir ou não para uma união econômica, inclusive com a possibilidade de ser administrada por uma instituição supranacional. Porém, como fica claro em notícia recente do periódico *O Estado de S. Paulo* (2020, A-3), o Mercosul se encontra longe desse estágio, pois sequer consolidou sua tarifa externa comum, que apesar de institucionalizada é descumprida pelos seus Estados-membros.

Mesmo diante desse quadro não muito favorável, o Mercado Comum do Sul possui, além de seus cinco Estados-membros efetivos (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela), esta última suspensa desde 2016, Estados associados que são importantes parceiros comerciais. Uma vez que o Tratado de Assunção está aberto à adesão de outros Estados-membros da ALADI, o Estado Plurinacional da Bolívia assinou, em 17 de julho de 2015,o Protocolo de adesão ao Mercado Comum do Sul (Mercosul), em Brasília. Deve adotar a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), a Tarifa Externa Comum (TEC) e o Regime de Origem do Mercosul. Este processo foi adiado *sine die* por motivos relacionados às políticas dos principais países envolvidos.

Solução de Controvérsias

Como referido no introito deste trabalho, a prevenção e solução de controvérsias já tinha sido prevista nos termos do Anexo III do Tratado de Assunção e, até a entrada em vigor do PO, o Protocolo de Brasília foi ratificado por meio do Decreto Federal nº 922, de 1993. Por meio desse protocolo, antes do início da arbitragem pelo órgão *ad hoc*, buscavam-se tentativas de conciliação amigáveis.

Esse Bloco apresenta atualmente diversos entraves que podem ou não ser próprios das associações regionais de países; contudo, parece que, diante do longo decurso de tempo que se encontra estabelecido, deveriam existir menos diferenças e mais cooperação. Aqui se pode citar Cassese (2010, p. 43), que, com a clareza de suas pesquisas, afirmou que a crescente cooperação entre os diversos Estados tornou-se elemento interessante e recorrente nos dias atuais. Isso pelo fato de não produzir um governo mundial, a Cosmópolis imaginada, mas sim um verdadeiro mundo de relações densas, com baixo nível de institucionalização, com a prevalência de negociações e acordos com interferências, sobreposições e outros fatores complexos.

O autor (2010), em suas ilações, segue afirmando que a hierarquia estatal é substituída por fórmulas transestatais interdependentes com variações próprias. Sales (2020) entende que, diante da falta de solidez institucional e a diferença entre as tradições jurídicas dos Estados-membros, considerando sua condição de países em desenvolvimento, não há a supranacionalidade, ou seja, não existe autoridade suprema que possa impor o Direito de forma vertical. Condição esta que leva seus diversos membros a decidir por meio de consensualidade.

O Protocolo de Brasília serviu como a primeira fórmula em busca da solução de controvérsias nesse sistema. Eliane O. Martins (2008) assinala que pelo julgamento dos três primeiros laudos arbitrais observaram-se algumas deficiências, e uma nova sistemática deveria ser adotada para garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo.

O Sistema Intergovernamental foi o adotado no modelo de solução de controvérsias do Bloco, nas palavras de Strenger (2009). Trata-se de acordo multilateral que abrange todo os Estados-membros. Este, seguindo os padrões da OMC, não busca dirimir conflitos por meio de painéis, o que pressupõe a inexistência de um compromisso arbitral. No sistema mercosulino existe um tribunal *ad hoc* por meio de compromisso arbitral previamente estabelecido.

Neste sentido, segue o autor, as características desse sistema foi a "Regra do Consenso" e a sua transitoriedade. Portanto, inexistem órgãos supranacionais em que os Estados tenham transmitido parcela de sua soberania. O que se pressupõe, diante do modelo adotado, é a passagem de uma Zona de Livre Comércio para um Mercado Comum, após a harmonização de políticas e eliminação de algumas restrições econômicas locais.

Talvez essa interpretação tenha sido muito otimista em face do atual modelo e das diversas fases pelas quais o Bloco passa. Neste momento, todos os seus Estados buscam combater o inimigo comum da pandemia; porém, diante das experiências sofridas, possivelmente, o Bloco possa ter chances de revitalização e ampliação do comércio inter-regional, sobretudo com a carência de produtos de primeira necessidade e o iminente ingresso de novos parceiros.

Ainda que o Mercosul tenha nascido com o propósito de se tornar cada vez maior, englobando mais países sul-americanos, nos termos indicados no parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal, os estágios estão sendo alcançados a passos trôpegos e não há sequer uma harmonização satisfatória de alguns aspectos jurídicos relevantes. No aspecto arbitral, por outro lado, parece já ter alcançado determinado grau de maturidade.

O surgimento de controvérsias reside em um desacordo ou mesmo divergência de opiniões ou pontos de vista entre dois ou mais sujeitos de direito, nas palavras de Amaral Jr. (2013). Consiste em alguma "[...] desavença sobre a materialidade de um fato, sobre a interpretação de uma regra ou a qualificação jurídica de um fato ou de uma situação".

Ainda, segundo o autor, o desacordo se origina a partir da possibilidade de um dos Estados elaborar sua própria interpretação de algum objeto ou fato. Desta feita, a opinião formulada ou mesmo o ponto de vista, de acordo com suas novas interpretações ou qualificações, pode ir de encontro a interesses de outro Estado. Este pode concordar ou não com o ponto de vista daquele. Contudo, diante de alguma oposição ou mesmo uma opinião dissonante daquela inicialmente afirmada pelo primeiro, pode ocorrer uma contenda.

Nessa fase, os Estados envolvidos podem ou não realizar acordos para que haja uma posição comum entre eles. Destarte, se chegarem a essa solução, resolvem entre elas o litígio; contudo, na hipótese de dissensão, é possível que

decidam submeter a dissidência para a apreciação de um terceiro, a quem caberá dar a palavra final acerca daquela contenda.

O Protocolo de Olivos

O Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias do Mercosul, de 18 de fevereiro de 2002, em vigor a partir de 13 de agosto de 2004, revogou o Protocolo de Brasília, de 1991. Este teve caráter provisório. O Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, em seu artigo 44, por sua vez, dispôs que, antes mesmo de se ultimar o processo de convergência da TEC, os Estados deveriam realizar uma revisão do então sistema adotado para solução de controvérsias.

O Protocolo de Olivos, diante da redação do próprio artigo 51, é, da mesma forma, provisório. O que se pode verificar em redação semelhante ao que dispôs o artigo 44 do Protocolo de Ouro Preto. O Protocolo de Brasília possuía procedimento separado em três fases distintas. Iniciava-se com a negociação direta entre Estados. Buscava-se eventual conciliação em face do Grupo Mercado Comum e a constituição do Tribunal Arbitral *ad hoc*. O que fosse decidido pelo órgão estabelecia obrigações entre os Estados, sem possibilidade de recurso. Amaral Júnior (2013) acrescenta que "o acolhimento das reclamações efetuadas pelos indivíduos e pessoas jurídicas privadas, graças ao instituto da proteção diplomática, era indispensável para que viessem a participar do sistema".

Quanto à sistemática, é possível indicar o afirmado por Vasconcellos (2016) de que

> O próprio preâmbulo do Protocolo de Brasília indicava claramente tratar-se de um sistema provisório para a solução de litígios e referia-se ao período de transição citando, inclusive, o artigo 3 do anexo III do Tratado de Assunção, de onde se pode extrair que deveria ter terminado em 31 de dezembro de 1994. O mecanismo previa a solução de disputas por meio da realização de três fases. A primeira delas, instituída no capítulo II do protocolo, consistia em uma fase política obrigatória, baseada em negociações diretas entre os Estados. No caso de impossibilidade de composição havia, conforme disposto no capítulo III, a interferência do Grupo Mercado Comum, o qual exercia papel conciliador e formulava recomendações. Fracassadas as tentativas de solução diplomática e política, constituía-se um Tribunal Arbitral *ad hoc*, o qual deveria proferir um laudo definitivo.

A existência de um órgão de solução de conflitos é indispensável para que o Bloco Regional tenha um curso harmonioso em seu processo integracional. Importante dizer que o sistema estabelecido na União Europeia é distante do aqui aplicado, pois existe um órgão que emite opiniões supranacionais, a serem

acatadas por todos os estados. No Mercosul, no que tange ao modelo proposto nos atos constitutivos do Bloco, houve opção pelo modelo intergovernamental, por meio de um tribunal de arbitragem.

A partir da adoção do modelo instituído pelo Protocolo de Olivos, que derrogou o de Brasília, anteriormente vigente, aqui enfocado, estabeleceu-se um Tribunal Permanente de Revisão, cujo propósito, certamente, foi a geração de decisões uniformes e com maior homogeneidade. Esta é a opinião de Octaviano (2009).

No Protocolo de Olivos (2002) há um procedimento que se inicia, após a observância da controvérsia, em uma tentativa de negociações diretas (artigo 4º), que não poderão exceder a 15 dias (artigo 5º). O Grupo Mercado Comum será notificado pela Secretaria acerca de possível resultado. O procedimento arbitral pode ser iniciado, submetendo-se previamente ou não ao Grupo Mercado Comum (pode formular recomendações para findar a divergência, por prazo não superior a 30 dias) para que faça suas considerações (artigo 6º). Caso esses procedimentos em nada resultem, é possível que se estabeleça o tribunal *ad hoc* composto por três árbitros (em caso de danos irreparáveis, pode-se solicitar medida provisória). O laudo do tribunal *ad hoc* deverá ser lavrado em 60 dias (prorrogável por mais 30). Desde que não seja a decisão baseada nos princípios *ex aequo et bono*, pode ser suscetível de revisão pelo Tribunal Permanente de Revisão (TPR), que poderá confirmar, modificar ou revogar a fundamentação jurídica e as decisões do Tribunal Arbitral *ad hoc* (artigo 22.1). O artigo 23.1 assegura acesso direto ao TPR, em única instância, sem passar por outro órgão anteriormente.

Outro elemento essencial é o fato de o Protocolo de Olivos (PO) ter sido a primeira norma que possibilitou a emissão de opiniões consultivas dentro do sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Por opinião consultiva se pode afirmar, segundo o Rodas (2009), como sendo "[...] pronunciamentos fundamentados do Tribunal de Revisão em torno de perguntas de caráter jurídico que diga respeito à interpretação e aplicação das normas do Mercosul em algum caso concreto, com o objetivo de resguardar sua aplicação uniforme no território de todos os Estados-parte".

Ainda que sejam importantes tais pareceres, o artigo 11 do Regulamento do Protocolo de Olivos (2003) esclarece que "as opiniões consultivas emitidas pelo TPR não serão vinculantes nem obrigatórias".

Este pode ser considerado algo inusitado que se extrai das normas do Protocolo, qual seja, a falta de obrigatoriedade do pronunciamento opinativo do TPR. Destarte, sua emissão não gera qualquer fórmula autoexecutória e torna-se apenas um elemento informativo, prestado a quem o ato normativo conferiu

competência para solicitar. Seriam estes os Estados-partes do Mercosul, atuando individual ou conjuntamente, ou ainda os órgãos com capacidade decisória do Mercosul, os respectivos tribunais superiores de jurisdição nacional acerca unicamente da interpretação dos atos constitutivos do Bloco e seus protocolos.

Existe um elemento importante, apontado por Vasconcelos (2016), no sentido de que as fórmulas procedimentais adotadas pelos atos normativos citados conferem ao Bloco um "caráter eminentemente jurídico, mas nada impede que os Estados encontrem uma solução diplomática para a controvérsia, mesmo após o início do procedimento arbitral". Segue adiante afirmando que o Protocolo dá aos Estados a legitimidade ativa de iniciar o procedimento, sem necessidade de comprovação de prejuízo; os particulares, representados pelos Estados, também podem participar levando em consideração qualquer norma relacionada ao Mercosul, seja originário ou derivada.

Sob o escólio do autor, ainda é possível constatar que a submissão à via jurisdicional indica exemplo adequado da primazia do direito regional sobre os interesses políticos dos litigantes. O TPR funciona na capital do Paraguai e foi criada para servir de tribunal revisional, o que não impede que emita sua opinião em primeira e única instância. O fundo que administra verbas a serem disponibilizadas como honorários aos árbitros são gerenciadas pelo TPR desde 2015. O procedimento não é imposto aos árbitros, desde que respeitem o que preceitua o Protocolo.

Características do Estado Plurinacional da Bolívia

O Mercosul, nas palavras de Gilberto Kerber (2000), representa a criação de uma nova estratégia para o desenvolvimento latino-americano. Porém, para que um processo de integração possa se consolidar, não pode prender-se a paradigmas convencionais e vinculados ao clássico Direito Internacional Público. Os novos tempos exigem atitudes arrojadas e de vanguarda, como as motivadas pela União Europeia e seu Direito Comunitário.

Diante dessas normas questionam-se alguns problemas relacionados ao Estado Plurinacional da Bolívia, que está na iminência de ingressar no Mercosul. Em princípio cabe afirmar que houve substancial ampliação de direitos humanos naquele país, conforme Magalhães Santos (2013), na Constituição de 2009, quase retratando a Declaração Universal de Direitos Humanos e pactos decorrentes. Além deles há um "componente constitucional na planificação do Estado plurinacional".

Talvez o mais importante seja o disposto no artigo 199 e seguintes, que estabelecem fórmulas para que os magistrados possam ingressar no Tribunal Constitucional Plurinacional. A condição substancial é que tenham, além de profundo conhecimento jurídico, experiência em direitos humanos. Outras

carreiras, tal como a Defensoria Pública, também devem estar em consonância com esses preceitos, sobretudo na divulgação de relatórios periódicos à população. No caso de reformas constitucionais, consigna-se que os direitos humanos, além de integrar o denominado "bloco de constitucionalidade", estão inseridos em um rol de normas que, seja qual for a mudança, devem sempre ser preservados (MAGALHAES SANTOS, 2013).

Relativamente à Bolívia deve-se destacar o apontado por Villizio (2015) no sentido de que esse Estado não se manteve nos tratados bilaterais de investimento (TBI) em vigor na América do Sul e saiu do Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimento (ICSID), juntamente com o Equador e Venezuela, proveniente do sistema legal internacional de solução de controvérsias investidor-Estado baseado nos referidos TBIs.

A Bolívia, segundo ainda Magalhães Santos (2013), com suas bases plurinacionais, buscou igualar toda a população, "desconsiderando a diversidade da população heterogênea, diversa e plural" que se estabeleceu em seu território. Ainda, sob o escólio do autor, existem "[...] limites, entraves e avanços graduais, sobretudo pela inovação proposta". Nesse intenso esforço apresentado pelo Estado revela-se seu novo marco constitucional, "que procura aproximar a sociedade e o Estado, espelhando-a na sua armação institucional e orgânico-administrativa". Diante desse cenário se constatam "tendências de uniformização e homogeneidade como elementos de dominação, de hegemonia, de um Estado que não quer reconhecer que o diferente é o que faz agregar e construir a igualdade e, ao revés, o idêntico mantém a desigualdade".

Considerações Finais

O Mercado Comum do Sul surgiu como a possibilidade de enfrentamento ao comércio existente entre os países desenvolvidos a partir da reunião de quatro países do Cone Sul. A redução recíproca das barreiras comerciais seria o primeiro passo desse tipo associativo, por meio do livre-comércio. Essas fórmulas são expressamente indicadas nas rodadas do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e sua sucessora, a Organização Mundial do Comércio (OMC), como mecanismo de fortalecimento regional e melhor assentamento do mercado interno.

O Mercosul possui, além de seus Estados-membro efetivos, Estados associados. Por conta da possibilidade de adesão do Tratado de Assunção, o Estado Plurinacional da Bolívia fez sua adesão em 17 de julho de 2015. Desde então é considerado "Estado associado em processo de adesão". O Projeto de Decretos Legislativos de Acordos Tratados ou Internacionais (PDC 754/2017), que permitiria a entrada desse país no Bloco, está suspenso para votação. O ingresso deve ser aprovado pelo parlamento de todos os países-membros.

A característica do Sistema de Solução de Controvérsias aplicado ao Mercosul é a da "Regra do Consenso". Não há órgãos supranacionais de jurisdição. Pelos sinais atualmente obtidos há complexa dificuldade de passagem de uma Zona de Livre Comércio para um Mercado Comum, isto porque falta uma harmonização de políticas, bem como a eliminação de alguns entraves locais.

O Protocolo de Olivos para Solução de Controvérsias do Mercosul, em vigor a partir de 13 de agosto de 2004, revogou o Protocolo de Brasília, de 1991. A criação desse órgão é fundamental para que o Bloco seja exitoso em seu processo integrativo. O procedimento adotado se inicia pela tentativa de negociações diretas, com ou sem a intervenção do Grupo Mercado Comum. Caso não haja nenhuma decisão, os países divergentes podem optar por constituir um tribunal *ad hoc* ou mesmo tornar o TPR como única e final instância. Esse Tribunal possui uma função consultiva dos Estados-membros ou de seus tribunais superiores.

Diante dessas particularidades, discute-se a conveniência ou não do ingresso da Bolívia no Bloco, mesmo diante da possibilidade implícita de adesão constante no TA, com suas significativas adversidades sociais e econômicas, não obstante seja importante parceira do Brasil na América Latina. Sabe-se que esse Estado plurinacional está se esforçando para aplicar e ratificar preceitos relativos aos direitos humanos em suas diversas normas. Contudo, por informes diversos, constata-se sua presente condição e os enormes entraves em se atingir uma possível igualdade diante de grande diversidade cultural e social lá existente.

Referências Bibliográficas

ALADI. **Associação Latino-Americana de Integração**. Disponível em: http://www.aladi.org/sitioaladi/?page_id=1360&lang=pt. Acesso em: 30 maio 2020.

AMARAL JÚNIOR. A. Reflexões sobre a solução de controvérsias no Mercosul. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión,** año 1, n. 1, 2013. Disponível em: http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/10/5. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regulamento do Protocolo de Olivos.** XXV CMC. Montevidéu, 15/XII/03. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/publicacoeseeventos/livros.html/legislacaotextosbasicos.html/regulamentoolivos.html. Acesso em: 30 maio 2020.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas-SP: Saberes Editora, 2010.

COSTA, Rogério Haesbaert da. **O mito da desterritorialização: do fim dos territórios 'multiterritorialidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

O ESTADO DE S. PAULO. A Argentina e o Mercosul. *Estadão*, A3, ano 141, n. 46214, p. 3, 28 abr. 2020.

GAMBA J. C. M. e SMANIO G. P. Desenvolvimento econômico e o desafio da integração social na América Latina: o Mercosul e a Unasul. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** v. 96, p. 247-274, jul.-ago., 2016.

KERBER, Gilberto. ***Mercosul e supranacionalidade: um estudo à luz das legislações constitucionais.*** 2000. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

MAGALHÃES SANTOS. Bráulio de. O Estado plurinacional e os desafios à democracia comunitária na América Latina. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión,** año 1, 2013. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/16-165-1-PB.pdf. Acesso em: 29 maio 2020.

MERCOSUL. *Protocolo de Olivos.* 2002. Disponível em: http://www.mercosul.gov.br/40-normativa/tratados-e-protocolos/122-protocolo-de-olivos. Acesso em: 30 maio 2020.

OCTAVIANO MARTINS, E. M. **Sistemática de Solução de Controvérsias do Mercosul: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/70431/sistematica-de-solucao-de-controversias-do-mercosul-o-protocolo-de-brasilia-e-o-protocolo-de-olivos. Acesso em: 30 maio 2020.

RODAS, João Grandino. **Palavras es el presidente del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Exposiotres/A_Competencia_do_Tribunal_Permanente_de_Revisao_do_Mercosul_para_emitir_Opinioes_ConsultivasJoao_Grandino_Rodas_portugues.pdf. Acesso em: 30 maio 2020.

SALES, Pedro Carneiro. Mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL e o direito administrativo global. **Rev. Secr. Trib. Perm. Revis**., año 8, n. 15, p. 31-50, mar. 2020.

STRENGER, R. D. **Laudos arbitrais do MERCOSUL e seus princípios norteadores**. 2009. Dissertação (Mestrado) – USP, São Paulo, 2009.

STOCO, Rui. MERCOSUL e a internalização de suas regras. **Doutrinas Essenciais de Direito Internacional**, v. 2, p. 1229-1282, 2012.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. O Mercosul e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias. **Rev. Secr. Trib. Perm. Revis**., año 4, n. 8, p. 113-135, ago. 2016. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/198-986-1-PB.pdf. Acesso em: 30 maio 2020.

VILIZZIO, Magdalena Bas. Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión,** año 3, n. 5, 2015. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/120-570-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno: Comentários sobre a proteção dos direitos da pessoa com deficiência no Brasil a partir da atuação da Organização das Nações Unidas

Ernesto Gomes Esteves Neto[1]

1. Introdução: Mudança de Perspectiva na Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno

Recentemente, por meio do Decreto Federal nº 9.522, de 8 de outubro de 2018, foi promulgado o "Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso", assinado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013.

Trata-se de mais um importante instrumento que se coloca no arcabouço jurídico-normativo brasileiro, vindo a cumprir importante papel na temática da acessibilidade, enquanto instrumento material da concretização dos direitos das pessoas com deficiência.

Entretanto, para além de sua evidente relevância para a pauta propriamente dita, há de se destacar que esse novo instrumento vem a consagrar, vez mais, a importância que o parlamento brasileiro tem dado ao reconhecimento, à afirmação e à construção dos direitos das pessoas com deficiência, sobretudo a partir de uma perspectiva arrojada de influência do Direito Internacional sobre o Direito Interno nesse tema.

Tal influência é um truísmo na medida em que fatos concretos levam a crer que, quando o assunto é "pessoa com deficiência", existe maior abertura e sensibilidade do Congresso Nacional ao Direito Internacional, haja vista que todos os tratados que foram internalizados segundo o rito especial de constitu-

1. Bacharel e mestre em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Assessor especial da Presidência da República (2015/2016). Coordenador geral do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2014/2015). Atualmente é procurador da administração indireta do Município de Araraquara e professor da Universidade de Araraquara (UNIARA).

cionalização previsto no §3º do Art. 5º da Constituição Federal[2], a partir de inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, versavam justamente sobre direitos das pessoas com deficiência. São eles: a "Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência" e seu protocolo facultativo[3], ambos promulgados pelo Decreto Federal nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, bem como a já citada "Convenção de Marraqueche".

Se, por um lado, em 16 anos de vigência do §3º do Art. 5º da Constituição Federal, apenas três foram os atos internacionais incorporados segundo o rito especial que os elevaria ao mesmo patamar das emendas à Constituição – o que legitima, é verdade, reflexões críticas sobre a utilidade da novidade trazida –, por outro, é sintomático o fato de que, nos três episódios em que o expediente foi utilizado, o ato incorporado versava direitos das pessoas com deficiência.

Ademais, para além da própria temática do direito dos atos internacionais – no caso, direito dos tratados –, há de se destacar que o Direito Internacional, atuando de maneira transnormativa[4], promove uma ressignificação da nomogênese do direito positivo brasileiro em diversas dimensões (da jurídica à política)[5], na medida em que esse direito positivo se abre conceitualmente àquele, absorvendo conteúdos, modelos e inspirações internacionais que serão reproduzidos, localmente, como se direito nacional fossem.

Seja como for, ora pela abertura do Direito Nacional ao Direito Internacional por meio do processo de incorporação de tratados, ora pela influência material direta que os *standards* do Direito Internacional promovem sobre o processo nomogenético brasileiro, é inegável que existe, modernamente, uma nova perspectiva[6] de relacionamento entre essas esferas jurídicas – perspectiva

---

2. Art. 5, §3º, Constituição da República Federativa do Brasil: "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".

3. Considerando que o protocolo foi ofertado de maneira autônoma aos Estados, considera-se documento internacional distinto do texto-base da convenção.

4. Esse processo por meio do qual o Direito Internacional – captando a porosidade e a abertura do constitucionalismo contemporâneo ao plano internacional – passa a ser fonte do Direito Interno dos Estados é chamado de transnormatividade e pode ser entendido como uma implicação normativa da compreensão transnacional da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, na esteira do proposto por Philip Jessup – conforme suprarreferido – ainda na década de 1950. Nesse sentido, cf. MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. p. 203.

5. NETO, Ernesto Gomes Esteves. **A ONU e a proteção de direitos sociais no Brasil.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 95.

6. Tal perspectiva decorre de uma mudança de estrutura do Direito Internacional, que passou a assimilar novos temas, ampliando o seu espectro de incidência material. Nesse sentido: FRIEDMANN, Wolfgang. **The changing structure of international law.** New York: Columbia University Press, 1964. p. 368.

essa que, no passado, era tratada apenas sob o ponto de vista teórico, em discussões estéreis acerca da prevalência de uma ou outra corrente dogmática de justificação, para aqueles que sustentavam a prevalência de uma ou de outra esfera jurídica (internacional e local) sobre a outra.

Em verdade, na atual sistemática do relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno dos Estados importa pouco o modelo teórico a ser considerado – quer seja ele dualista ou monista. Vale mais a reflexão sobre a harmonização prática dessas realidades que se entrelaçam e se influenciam mutuamente, convivendo em simbiose.

No ponto, convém ressaltar que a atual perspectiva de relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno advém, dentre outros motivos, de um esforço concreto da Organização das Nações Unidas que, a despeito da crítica de muitos, vem concretizando seus propósitos, dentre os quais se destaca "*conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião*"[7].

Nesse sentido, ao longo do presente capítulo discorrer-se-á a respeito do incremento protetivo observado no Brasil, nos últimos anos, no que tange aos direitos das pessoas com deficiência, com enfoque na contribuição dada ao tema pelo Direito Internacional, especialmente a partir da atuação da Organização das Nações Unidas[8].

---

7. Art. 1º, Item "3", da Carta das Nações Unidas (promulgada pelo Decreto Federal nº 19.841, de 22 de outubro de 1945).

8. Não é novidade que a atuação da Organização das Nações Unidas, até mesmo para o atendimento de seus propósitos, cumpre uma forte agenda social. Ao longo da década de 1980, foram convocadas, pela Assembleia Geral, diversas conferências multilaterais para a discussão de temas sociais que demandavam um tratamento mais efetivo por parte da Organização. Tais conferências, programadas para os anos 90, debruçaram-se sobre diversos temas, preenchendo a década de 1990, referida por José Augusto Lidgren Alves como a "Década das Conferências" (Cf. ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão e Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001. p. 31). A agenda social daquela década compreendeu vários encontros, quais sejam: a Cúpula Mundial sobre a Criança, realizada em 1990, na cidade de Nova York; a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, na cidade do Rio de Janeiro; a Conferência sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993; a Conferência sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994; a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social, realizada em Copenhagen, em 1995; a Conferência sobre as Mulheres, realizada em Pequim, em 1995; e a II Conferência Mundial sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul, em 1996.

2. A Organização das Nações Unidas e a Proteção da Pessoa com Deficiência

A deficiência é uma questão complexa que dialoga com diversos setores. Muito embora transite pela saúde e pela assistência social, transborda essas searas por se tratar de uma realidade enquanto processo social[9,10].

O próprio conceito de "pessoa com deficiência"[11], proposto pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências[12,] já indica a implicação social da sua definição, pois leva em conta a interação entre a pessoa e a sociedade.

Por esse motivo, merece o devido reconhecimento enquanto direito inerente a uma parcela relevante da população e que, muito embora, grande parte das vezes, se apresente de maneira esparsa e seja considerada isoladamente, representa parcela significativa da população mundial.

Na temática dos direitos humanos, contudo, a questão da proteção dos direitos da pessoa com deficiência também é multifacetada, colocando-se, com frequência, na linha dos direitos relativos à igualdade, mas é também verdade que a proteção desses direitos tem na dignidade da pessoa humana – núcleo essencial dos direitos sociais – o fundamento que demanda a ação estatal.

---

9. A respeito da importância de se situar a deficiência em diálogo com várias ciências, cite-se o entendimento de Adriana Dias, *v.g*.: "Inegavelmente, deficiência é um conceito em disputa. Ela aciona diferentes interesses, sejam eles produzidos nas áreas do saber nas ciências nos âmbitos internacional e nacional, sejam forças oriundas dos movimentos sociais e das políticas públicas. Por um lado, temos um crescente debate em torno das configurações pelas quais as deficiências são abordadas do ponto de vista teórico, desde a Biomedicina, passando pela Psicologia até as Ciências Sociais. Diferentes relações com outras temáticas e problemas são postos em operações para validar o conceito neste ou naquele campo" (DIAS, Adriana. **Deficiências, direitos humanos e etnografia**. Apresentação em Mesa Redonda na 39ª Reunião da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Caxambu, MG, 2015).

10. A respeito da estrutura social da deficiência, cf. Débora Diniz, *in verbis*: "[...] Deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas que também denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente. Assim como outras formas de opressão pelo corpo, como o sexismo ou o racismo, os estudos sobre deficiência descortinaram uma das ideologias mais opressoras de nossa vida social: a que humilha e segrega o corpo deficiente" (DINIZ, Débora. **O que é deficiência.** São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 9-10).

11. Art. 1º, *in fine,* da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (promulgada pelo Decreto Federal nº 6.949/2009): "Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, **os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas**" (grifo nosso).

12. A propósito, Maurício Maia destaca a contribuição da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência para a evolução do conceito de deficiência, tanto no Direito Internacional quanto no Interno (Cf. MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. **Revista da AGU**, v. 12, n. 37, p. 289-306, jul./set. 2013).

Além de ter o seu fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana, o direito da pessoa com deficiência flerta com outros direitos sociais, como a saúde, a educação, o acesso ao trabalho, a cultura, o gozo de um padrão de vida adequado.

2.1 A Convenção das Nações Unidas sobre o direito das pessoas com deficiência e a sua incorporação

A temática da proteção internacional dos direitos das pessoas com deficiência encontra-se prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 25, no qual são elencadas hipóteses em que deverá ser assegurada a seguridade social.

No plano internacional, entretanto, o principal marco normativo do tema é a Convenção das Nações Unidas sobre o direito das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, ambos de 2006, aprovados na cidade de Nova York[13], ocasião em que a Convenção e o Protocolo foram abertos à assinatura dos Estados.

Em que pese não ter sido o primeiro marco normativo sobre o assunto[14], a Convenção, que atualmente conta com 181 ratificações[15], é o instrumento mais representativo da atuação da Organização das Nações Unidas na proteção internacional dos direitos da pessoa com deficiência, assim inseridos na temática da proteção internacional dos Direitos Humanos.

A Convenção das Nações Unidas desponta como resultado da atuação de um grupo de trabalho *ad hoc* – criado em 2001 pela Resolução nº A/RES/56/168, da Assembleia Geral, e que recebeu propostas de Estados-membros da Organização e também da Sociedade Civil –, da então Comissão de Direitos Humanos da Organização e da Comissão para o Desenvolvimento Social, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

As obrigações específicas a respeito dos direitos em espécie propostos pela Convenção encontram-se previstas entre os arts. 5º e 30, sendo que tais direitos deverão ser implementados com a observância dos princípios gerais propostos

13. Resolução da Assembleia Geral nºA/RES/61/106, de 2006.

14. A década de 1970 foi um período muito relevante para o desenvolvimento do direito das pessoas com deficiência. Isso porque, nesse período, iniciou-se o processo de internacionalização desses direitos, ocorrida a partir da aprovação, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1971, da Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, por meio da Resolução nº A/RES/2856(XXVI). Sobre essa abordagem dos direitos da pessoa com deficiência enquanto Direitos Humanos, cf. https://www.un.org/development/desa/ disabilities/history-of-united-nations-and-persons-with-disabilities-a-human-rights-approach-the-1970s.html. Acesso em: 29 jun. 2020.

15. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html. Acesso em: 29 jun. 2020.

no art. 3º da Convenção, quais sejam, o respeito pela dignidade inerente, pela autonomia individual e pela independência das pessoas com deficiência; a não discriminação; a plena e efetiva inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e a aceitação da condição das pessoas com deficiência; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre os sexos; e o respeito pelo desenvolvimento das crianças com deficiência.

A Convenção traz uma série de obrigações impostas aos Estados no que se refere ao monitoramento e implementação dos direitos que são seu objeto. Merecem destaque, entretanto, os dispositivos constantes do protocolo facultativo à Convenção, nos quais se encontra prevista a criação de um Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência[16], cuja atribuição principal é receber e considerar comunicações a respeito de situações de violação de direitos das pessoas com deficiências realizadas por Estados-partes da Convenção.

Tendo entrado em vigor em 03/05/2008[17], a Convenção foi assinada pelo Brasil em 30/03/2007. Após tramitação congressual, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09/07/2008. Em seguida, foi depositado instrumento de ratificação em 01/08/2008[18] e promulgada pelo Poder Executivo brasileiro no Decreto Federal nº 6.949/2009, de 25/08/2009.

No âmbito da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, suprarreferida, merecem reflexão os avanços trazidos pela incorporação da Convenção pelo Estado brasileiro, sob dois aspectos principais, quais sejam: a hierarquia dos tratados e a cooperação dos Estados-partes para a regulamentação da Convenção a partir de avanços legislativos no ordenamento interno dos Estados.

2.1.1 O direito das pessoas com deficiência e a hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro

Discutir os tratados de Direitos Humanos significa, segundo André de Carvalho Ramos, posicionar-se sobre o seu processo legislativo, sobre a sua hierarquia e sobre a sua aplicabilidade[19]. Nesse sentido, merece destaque a contribuição da incorporação da Convenção para a hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

---

16. Art. 1.1, do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (promulgado pelo Decreto Federal nº 6.949/2009).
17. A respeito do *status* de ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, cf. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&cl ang=_en. Acesso em: 29 jun. 2020.
18. Id., ibid.
19. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 386.

Além de contribuir para a reafirmação dos Direitos da Pessoa com Deficiência enquanto Direitos Humanos[20], o referido ato internacional, bem como o seu protocolo facultativo, foi incorporado ao quadro normativo brasileiro, seguindo o rito estabelecido pela nova redação do § 4º do art. 5º da Constituição Federal, dada pela Emenda à Constituição nº 45/2004.

Desta forma, tanto a Convenção como seu protocolo gozam, desde a publicação do Decreto de promulgação, de *status* constitucional, o que importa dizer que seus dispositivos possuem a mesma hierarquia e cogência de dispositivos constitucionais.

2.1.1.1 A hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro

O cerne da discussão perpassa a reflexão acerca dos efeitos jurídicos da Emenda à Constituição nº 45/2014, que introduziu o já citado § 3º no art. 5º, da Constituição Federal.

A despeito do que se esperava, muito embora a proposta de emenda que originou a reforma constitucional almejasse solucionar um debate acerca de posicionamentos doutrinários e hermenêuticos sobre a hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, ela deu uma solução parcial *ex post facto*. Ademais, a referida proposta abriu caminho para uma série de questionamentos sobre a interpretação da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos que, ratificados e promulgados antes da vigência da emenda, foram aprovados pelo rito ordinário do processo legislativo então previsto.

Anterior à entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2014, as discussões a respeito da hierarquia de tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro gravitavam em torno da exegese do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Da teleologia do parágrafo, é possível afirmar que a redação do § 2º visa estabelecer um rol não taxativo de direitos e garantias, de onde se conclui que não é defeso afirmar que o leque de garantias constitucionais contém os direitos e as garantias previstos no art. 5º, *caput,* bem como em outros dispositivos contidos no texto constitucional, muito embora não se encerrem no conteúdo

20. Após a entrada em vigor da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas (CDPD), a deficiência é cada vez mais considerada uma questão de direitos humanos. A deficiência é uma importante questão de desenvolvimento com cada vez mais evidências de que pessoas com deficiência experimentam piores resultados socioeconômicos e pobreza do que as pessoas não deficientes (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório mundial sobre a deficiência**. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 2011. p. xxi).

constitucional positivado em 1988. O intérprete, para alcançar a real dimensão da garantia dos direitos fundamentais, deve buscar a sua fonte também nos tratados dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

A respeito do referido § 2º, o entendimento majoritário da doutrina, capitaneada por Flávia Piovesan et al.[21], era no sentido de que as garantias e os direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal, acrescidos dos tratados sobre o tema em que o Brasil era parte, compunham um "bloco de constitucionalidade" em matéria de proteção aos Direitos Humanos, de tal sorte que seria correto, em tese, afirmar que os tratados celebrados em matéria de Direitos Humanos, pela teleologia do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, teriam *status* e hierarquia constitucional.

Se, por um lado, parte da doutrina advogava a tese do bloco de constitucionalidade e, consequentemente, da hierarquia constitucional dos Tratados de Direitos Humanos, também havia quem defendesse que os tratados de Direitos Humanos, assim como os tratados de outros temas, devido ao seu processo legislativo, tinham hierarquia legal correspondente à legislação ordinária, dada a similitude entre a aprovação de uma lei ordinária e o rito de incorporação dos tratados.

De tal tese surgiu, em 1988, o entendimento, agasalhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de que, em eventual conflito de normas no tempo, envolvendo, de um lado, legislação ordinária e, do outro, um tratado, a questão deveria ser resolvida com recurso aos critérios clássicos de solução de antinomias aparentes, conforme sugere Norberto Bobbio[22], considerando-se que *lex posterior derogat priori:* isto é, na medida de sua incompatibilidade, um tratado poderia derrogar lei ordinária a ele anterior, e vice-versa.

Tal entendimento encontra-se expresso no acórdão proferido em sede do julgamento do HC 72.131/1995, que tratava sobre a prisão civil em matéria de alienação fiduciária, no qual o relator, ministro Celso de Mello, concluiu que: "*É pacífico na jurisprudência dessa Corte que os tratados internacionais ingressem em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária*"[23].

---

21. "Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado 'bloco de constitucionalidade', densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta" (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 115. e-book). No mesmo sentido, cf. LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2005. p. 17-18.

22. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 237 e ss.

23. Cf. HC 72.131/1995/RJ, julgamento em 23 de novembro de 1995. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/ paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573. Acesso em: 8 jan. 2017.

Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2014, aquilo que era para ser uma luz à interpretação do tema, motivou inúmeros debates, uma vez que não havia clareza sobre a forma de interpretar os tratados de Direitos Humanos anteriores à emenda: por um lado, para parte da doutrina que defendia o bloco de constitucionalidade, tal emenda apenas dificultou a exegese do § 2º da Constituição, posto que, se todos os tratados de Direitos Humanos pertencerem, à luz deste parágrafo, a um seleto bloco hierarquicamente superior, qual seria a utilidade do novo § 3º? A resposta veio da doutrina: Antônio Augusto Cançado Trindade, quando juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sede do julgamento do Caso Damião Ximenes-Lopes (2005), afirmou que o parágrafo seria um retrocesso, por ter prejudicado a interpretação conforme os tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro[24]. Em hipótese extrema, há quem falasse, inclusive, em inconstitucionalidade do próprio § 3º da Constituição Federal por desvio de finalidade, por suplantar cláusulas pétreas concernentes à vedação do retrocesso em matéria de direitos humanos[25].

---

24. Texto do voto em separado do juiz Cançado Trindade, no caso Ximenes-Lopes vs. Brasil (2005), da Corte Interamericana de Direitos Humanos: *"[…] 30. This new provision seeks to grant, in an inexperienced way, constitutional status, in the scope of the Brazilian domestic law, only to human rights treaties that are approved by a 3/5 majority of the members of both the House of Representatives and the Senate (thus becoming equivalent to constitutional amendments). Badly conceived, badly drafted and badly formulated, it represents a regrettable backward step regarding to the open model consecrated by paragraph 2 of Article 5 of the Federal Constitution of 1988, which was the result of a proposal of my authorship to the National Constitutional Assembly, as historically documented. Regarding to previously approved treaties, it creates an imbroglio that state-centered publicists – insensitive to the needs of protection of the human being – like so much; with regard to the treaties yet to be approved, it creates a possibility of differentiation that autistic and short-sighted publicists – so little acquainted with the achievements of International Human Rights Law – like so much, as well as the representatives that pay attention to them. / 31. This backward step creates a risk to the interrelation or indivisibility of the rights protected by the respondent Government (provided for in the treaties that bind it), threatening them with fragmentation or atomization, in favor of the excess of a legal formalism and inscrutability tainted by obscurantism. The new provision is seen with complacence and sympathy by the so called "internationalist constitutionalists," who claim to be jusinternationalists when in fact they are not even close to that, as they only conceive the international legal system through the national Constitution. The constitutionality of the regrettable paragraph 3 of Article 5 is not even proved, and my intention here is not to express an opinion on the matter; what I do affirm in this Opinion – just as I supported in the conference I lectured on March 31, 2006 in the crowded auditorium of the Superior Tribunal de Justiça (STJ) in Brasilia, at the end of the public hearings before this Court which took place at the historical External Session of the said Court recently held in Brazil –, is that, as long as the new paragraph 3 of Article 5 of the Brazilian Federal Constitution opens the possibility of undue restrictions in the direct applicability of the set of provisions for the protection of certain human rights treaties in the Brazilian domestic law (being even capable of turning it inapplicable), it openly proves incompatibility with the American Convention on Human Rights (Articles 1(1), 2 e 29)".* (Disponível em: http://www.corteidh.or. cr/docs/casos/articulos/seriec_139_esp.pdf. Acesso em: 8 jan. 2017).

25. RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., 2014. p. 391.

Por outro lado, pautando-se numa leitura apenas textual da Constituição Federal, há quem advogue a tese de que os tratados de Direitos Humanos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004 teriam *status* compatíveis com lei ordinária, juntamente com aqueles que, após a emenda, não tivessem se submetido ao rito referido na redação do novo § 3º do art. 5º da Constituição.

Diante das dúvidas interpretativas em torno da compatibilização temporal do novo § 3º, art. 5º, da Constituição Federal, novamente discutindo a legalidade da prisão civil da figura do depositário infiel, o STF, no julgamento do REx 466.343/SP, resolveu discutir novamente seu posicionamento a respeito da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos anteriores à emenda constitucional ora referida.

Nos debates, as principais possibilidades interpretativas que despontavam eram: (i) hierarquia supraconstitucional dos Tratados de Direitos Humanos, a par de uma interpretação de matriz internacionalista[26]; (ii) hierarquia constitucional dos Tratados, antes ou após a emenda, considerando a tese do bloco de ampla constitucionalidade (tese esta que, inclusive, tornaria inócuo o efeito do § 3ºdo Art. 5º da Constituição Federal)[27]; (iii) hierarquia equiparada à lei ordinária, reafirmando o antigo posicionamento do STF, suprarreferido[28]; e, por fim, (iv) hierarquia supralegal dos tratados de Direitos Humanos anteriores à emenda e dos posteriores à emenda e que não tiverem passado pelo rito do *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, conforme

---

26. Neste ponto, o relator, ministro Cezar Peluso, afirma que: "A tendência dogmática do mundo, hoje, é dar aos tratados internacionais uma importância quase supraconstitucional. E nisso está, aliás, um dos entraves, por exemplo, ao desenvolvimento do Mercosul. É a resistência dos ordenamentos nacionais a permitir que o projeto da comunidade latino-americana se desenvolva". Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/ paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444 (p. 10). Acesso em: 8 jan. 2017.

27. Afirma, também, o ministro Peluso: "Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias – como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Fabris, 2003. v. I, p. 513, item n. 13); FLÁVIA PIOVESAN (**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-77); CELSO LAFER (**A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005. p. 16-18) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (**Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 682-702, item n. 8), dentre outros eminentes autores – que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade". Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP =AC&docID=595444 (p. 24 de seu voto). Acesso em: 8 jan. 2017.

28. Cf. HC 72.131-RJ/STF/1995.

sugestão do ministro Gilmar Mendes[29]. Este resgatou precedente do voto vencido do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC 79785-RJ/2003 (questionamento sobre o Direito ao duplo grau de jurisdição, em face da noção de foro privilegiado).

Prevaleceu o entendimento proposto pelo ministro Gilmar Mendes, segundo o qual os tratados de Direitos Humanos, quando não submetidos ao rito de hierarquização previsto no § 3º do art. 5º, da Constituição Federal, devem ser interpretados segundo um *status* supralegal. Conclui-se daí que o STF, em 2008, quando do julgamento do REx 466.343-SP, tentou achar uma posição intermediária entre a antiga posição externada no HC 72.131-RJ, que caminhava na esteira do nível legal dos tratados, e a teoria do bloco de constitucionalidade, defendida por juristas de verniz internacionalista.

Em resumo, o STF entendeu que, se, por um lado, os tratados não pudessem ser considerados em uma hierarquia constitucional, por ausência de previsão legal, sobretudo antes da Emenda Constitucional 45/2004, por outro, não poderia o plenário da Corte deixar de considerar a universalidade e a centralidade dos Direitos Humanos, motivo pelo qual essas características permitiriam aceitar uma relevância peculiar dos tratados sobre o tema em face da lei ordinária. Conclui-se, então, que, entre 1988 e 2008, as antinomias entre tratados e lei ordinária eram solucionados segundo um critério exclusivamente temporal, ao passo que, a partir de 1988, existe um deslocamento desse enfrentamento do critério temporal para o hierárquico. Para os tratados anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, prevalece o critério hierárquico da supralegalidade, enquanto para os posteriores à Emenda, se submetidos ao critério do art. 5º, § 3º da Constituição Federal, prevalece a hierarquia constitucional; se não submetidos, prevalece a hierarquia supralegal.

2.1.1.2 A relevância do direito das pessoas com deficiência no âmbito das discussões a respeito da hierarquia de tratados no ordenamento jurídico brasileiro

Apesar de as discussões a respeito da Emenda Constitucional nº 45/2004 e dos seus efeitos já terem se desenvolvido à exaustão tanto no Judiciário, quanto – e principalmente – na Doutrina, convém salientar o caráter *obter dictum* de tal discussão naquilo que concerne à importância do processo de

29. Voto em separado, vencedor, do ministro Gilmar Mendes, no REx 466.343-SP/STF/2008: "Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos

incorporação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Essa incorporação se deu segundo o novo rito previsto pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal, confirmando que a Convenção e o seu protocolo facultativo foram aprovados com rito idêntico às Emendas Constitucionais, motivo pelo qual os textos incorporados gozam da mesma hierarquia de normas constitucionais.

Com efeito, a importância da Convenção para o ordenamento jurídico brasileiro decorre do fato de ter sido o primeiro tratado incorporado segundo o novo rito introduzido pela Reforma Constitucional de 2004. Ele revela a importância da temática da proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência a partir de um documento oriundo da Organização das Nações Unidas, o qual paira sobre as discussões doutrinário-jurisprudenciais a respeito da hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

Coincidente e recentemente, foi promulgado o terceiro documento internacional incorporado segundo o rito previsto no art. 5º, § 3º da Constituição Federal, que também versa sobre o Direito das Pessoas com Deficiência. Trata-se da Convenção de Marraqueche, *supramencionada*, que visa facilitar o acesso a obras publicadas para pessoas cegas, e que versa, sobretudo, sobre a participação das pessoas com deficiência na vida cultural, direito esse que também se encontra previsto no art. 30 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

3. A Influência da Organização das Nações Unidas sobre a Aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão)

Desde 2003 tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 6/2003 (rebatizado, na Câmara dos Deputados, de Projeto de Lei nº 7.699/2006), denominado "Estatuto do Portador de Deficiência", que recebeu diversas emendas e tramitou com centenas de projetos alternativos a ele apensados nos termos do Regimento Interno de ambas as casas legislativas[30]. Infere-se, daí, a

direitos da pessoa humana. Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC n° 79.785-RJ, pelo voto do eminente relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais [...]".

30. Art. 142 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17/1989) (Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RIC D%20atualizado%20ate%20RCD%2017-2016.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020); e art. 258 do Regimento do Senado (Resolução nº 3/1970) (Disponível em: http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4. Acesso em: 29 jun. 2020).

existência de muitos debates a respeito da necessidade de tutelar os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

A propósito, no que concerne à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, grande foi a sua importância para a aprovação do atual Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015), sobretudo durante sua tramitação na Câmara dos Deputados.

Isso porque, apesar de entre o projeto original e a aprovação de um texto final no plenário de ambas as casas terem transcorridos quase 12 anos, a tramitação do projeto original não ignorou as discussões que estavam ocorrendo no âmbito da Organização das Nações Unidas e que antecederam a aprovação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Resolução A/RES/61/106, de 2006).

Conforme se infere do parecer da relatora[31] designada para se manifestar sobre as emendas de plenário ao projeto nº 7.699/2006 – a então deputada federal e hoje senadora Mara Gabrili –, esta propôs subemenda substitutiva global que resultou no texto da lei atualmente em vigor.

A tramitação do projeto de lei aguardou o deslinde da Convenção da Organização das Nações Unidas para que pudesse ser aprovado, já devidamente adequada ao novo referencial internacional.

---

31. Do corpo do parecer: "**No entanto, esta Casa não procedeu imediatamente à análise do Projeto de Lei nº 7.699, de 2006 e de seus apensos por uma razão fundamental: em dezembro de 2006, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – Organização das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**, que tem como objetivo promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. A aprovação desse tratado internacional de direitos humanos com equivalência de emenda constitucional, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, passou a ser o objetivo precípuo do movimento das pessoas com deficiência naquele momento. O envio da mensagem presidencial nº 711/2008, sugerindo a aprovação da Convenção com base no referido dispositivo constitucional, representou o primeiro passo para essa importante conquista. Na sequência, o então presidente da Câmara, deputado Arlindo Chinaglia, realizou a Comissão Geral nesta Casa para debater o Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, ocasião em que diversos representantes da Casa ressaltaram a importância da aprovação da Convenção antes da proposta de estatuto. Como resultado dessa demanda, foi criada a Comissão Especial para apreciação da Convenção e de seu protocolo facultativo, em 23 de novembro de 2007, sob a relatoria do deputado Eduardo Barbosa. No primeiro semestre de 2008, após intensa mobilização dos diversos segmentos que compõem o movimento em defesa dos direitos da pessoa com deficiência, o Congresso Nacional deu mostras, mais uma vez, de que está aberto ao debate de nossas demandas e anseios. Com a aprovação do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, ratificou-se [*sic*] a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, com o quórum previsto no art. 5º, § 3º da Carta Política de 1988. Em 2009, com a edição do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o texto foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. [...]". Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306736&filena me=PPP+1+%3D%3E+PL+7699/2006. Acesso em: 29 jun. 2020 (grifo nosso).

Percebe-se, pois, que a influência da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência é inconteste e não se restringe apenas ao contexto da tramitação do projeto de lei nacional, pois há também relação explícita entre o conteúdo do tratado internacional e o da lei brasileira. Isso porque o parágrafo único do art. 1º da lei brasileira inova ao trazer uma referência expressa ao tratado, apontando-o como base da norma doméstica[32].

Não se trata, portanto, da hipótese de que o conteúdo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência tenha influenciado no conteúdo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Trata-se, na verdade, da constatação explícita de que a transnormatividade ocorre, pois o legislador nacional absorve diretamente o conteúdo do Direito Internacional.

4. Conclusão

A proteção dos Direitos Sociais, seja em nível internacional ou em nível interno, tem se mostrado uma necessidade dos dias atuais, pois, naturalmente, existem assimetrias na sociedade internacional. A compreensão desses Direitos relaciona-se com a atuação das Organizações Internacionais, que foram responsáveis, durante o século XX, pela transformação tanto do Direito Internacional quanto do Direito Interno, promovendo, inclusive, a aproximação dessas duas esferas a partir de uma abordagem que superasse fronteiras, já que os problemas da vida em sociedade não podem ser compartimentados e classificados de maneira estanque.

Muito embora quem promova esse distanciamento seja o próprio homem, a atuação das Organizações Internacionais, mormente da Organização das Nações Unidas, mostrou que é possível agir de maneira coordenada, no plano internacional e no plano interno, quando o assunto é a proteção de valores tão essenciais da vida humana.

Tal coordenação ocorre em um contexto de dissipação de fronteiras conceituais, com vistas a uma compreensão universal de problemas comuns e que, no contexto de um mundo globalizado, demandam soluções que envolvem a conjugação de esforços e um diálogo constante entre o plano global e o local.

Deve-se ressaltar, assim, que existe uma aproximação irreversível entre a proteção internacional e a nacional dos Direitos Humanos – e, no caso, dos direitos

32. Art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): "Parágrafo único: **Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3o do art. 5o da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno" (grifo nosso).

das pessoas com deficiência –, pois o legislador doméstico passou a reproduzir, de maneira transnormativa, à margem dos mecanismos tradicionais de relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, o conteúdo internacional como se interno fosse, evidenciando uma causalidade internacionalmente motivada na proteção nacional dos Direitos Humanos no plano local.

De todo o exposto, compreende-se, assim, que os avanços na proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil, nas últimas duas décadas, podem ser interpretados a partir de influência direta e transnormativa da Organização das Nações Unidas. Esse processo transnormativo acabou e acaba por sensibilizar o legislador doméstico, que não mais deixa de considerar o Direito Internacional quando o assunto é – sobretudo – a proteção internacional dos Direitos Humanos, cuja universalidade se faz presente nos avanços apontados.

Nesse sentido, não é defeso propor que, a partir da atuação das Organizações Internacionais, houve uma mudança de perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, nesse caso a partir do fato de que a dimensão normativa da Organização das Nações Unidas tem influenciado a definição de Direitos Sociais no Brasil, que tem reproduzido internamente, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a agenda social onusiana.

Acredita-se, portanto, que a influência normativa da Organização das Nações Unidas sobre a produção de Direito Interno no Brasil tem um potencial transformador, pois proporciona a "permeabilidade do direito nacional", fertilizando-o com as mais elevadas concepções jurídicas oriundas de foros internacionais.

Ressalte-se, oportunamente, que tal processo transnormativo não é exclusivo dos direitos das pessoas com deficiência e tampouco se esgota na temática dos Direitos Humanos. Ao contrário: a adoção dessa lógica relacional entre o Direito Internacional e o Direito Interno com vistas à construção de uma pauta social constitui, verdadeiramente, um polo metodológico para o enfrentamento de problemas sociais, que são, na verdade, problemas globais, partindo-se de uma percepção transnacional do Direito.

Assim, conclui-se que existe grande probabilidade de que a proteção dos direito das pessoas com deficiência no Brasil continue sendo pautada pela aproximação, cada vez mais intensa, entre o Direito Internacional e o Direito Interno, para além do Direito dos Tratados.

Isso porque, apesar de necessários, os mecanismos legislativos tradicionais de incorporação do Direito Internacional colocados à disposição do parlamento brasileiro (como é o caso do § 3º do Art. 5º da Constituição Federal) não são suficientes para dar conta da demanda proveniente de uma agenda social crescente e que, inexoravelmente, impõe-se a partir da atuação da Organizações Internacionais, dentre as quais desponta – *primus inter pares* que é – a Organização das Nações Unidas.

Referências Bibliográficas

ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações internacionais e temas sociais:** a década das conferências. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão e Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Fabris, 2003. v. I. p. 513.

DIAS, Adriana. **Deficiências, direitos humanos e etnografia**. Apresentação em Mesa Redonda na 39ª Reunião da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Caxambu, MG, 2015.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência.** São Paulo: Brasiliense, 2007.

FRIEDMANN, Wolfgang. **The Changing Structure of International Law.** New York: Columbia University Press, 1964.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos:** constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005.

MAIA, Maurício. Novo conceito de pessoa com deficiência e proibição do retrocesso. **Revista da AGU**, v. 12, n. 37, jul./set. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

NETO, Ernesto Gomes Esteves. **A ONU e a proteção de direitos sociais no Brasil.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório mundial sobre a deficiência**. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. e-book.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014.

A Execução de Obrigação Garantida por Alienação Fiduciária de Bem Imóvel e a Recuperação Judicial do Fiduciante

Fábio Ulhoa Coelho[1]

Introdução

Fernando Passos é daquelas pessoas raras, que se consegue elogiar com facilidade. Fineza, inteligência, lealdade, espiritualidade, profundidade de conhecimento, empenho, foco, eloquência, capacidade de agregação, generosidade, amizade, *savoir vivre* – são muitas as qualidades que se reconhecem no homem, no marido, pai e avô, no professor, no dirigente acadêmico, no escritor, no advogado e no militante da causa comercialista.

Conheci Fernando na Federação do Comércio de São Paulo. Integramos o Conselho Superior de Direito da entidade, a convite de seu presidente, o jurista Ives Gandra. Aliás, sou devedor de muitas coisas ao Ives, dentre elas está a de me ter aproximado de Fernando. É um privilégio conviver com esses dois grandes humanistas, com quem sempre aprendo.

Quero, a pretexto de parabenizar Fernando Passos pelos vinte anos de coordenação do curso de Direito da UNIARA, homenageá-lo por toda a sua rica trajetória. Foi com muita alegria que recebi o convite para ingressar neste grupo de amigos e colaboradores, associados neste livro. Escolhi um tema que tem sido amplamente discutido em diversas recuperações judiciais: a execução da alienação fiduciária em garantia incidente sobre bem imóvel.

Direitos Reais *de* Garantia e Direitos Reais *em* Garantia

Pontes de Miranda propõe, no tratamento dos direitos reais limitados, a importante distinção entre *direitos reais de garantia* e *direitos reais em garantia*. Ao tratar da possibilidade de os direitos sobre coisa alheia (servidão, usufruto, uso, habitação, superfície, etc) serem oferecidos em garantia de obrigações de seu titular, o festejado jurista inspira-se em distinção da doutrina alemã para estudar as hipóteses em que a garantia poderia ser instituída[2].

---

1. Professor titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

2. Diz o tratadista: "À semelhança do que se passa com o domínio, os direitos reais limitados podem ser constituídos e até transmitidos em garantia. Não todos. O usufruto, uso e a habitação

A distinção resgata-a José Carlos Moreira Alves, no exame da alienação fiduciária em garantia. Sua atenção desvia-se, porém, dos direitos reais sobre coisa alheia (ou "limitados") para o domínio, o direito de propriedade[3].

Classificam-se, assim, as garantias reais em duas espécies. De um lado, os direitos reais *de* garantia, que recaem sobre coisa alheia; de outro, os direitos reais *em* garantia¸ que, por força da propriedade resolúvel por meio deles instituídas, recaem sobre coisa de propriedade do sujeito garantido[4].

---

não podem ser transmitidos em garantia; podem ser constituídos em garantia. O exercício do usufruto pode ser transmitido em garantia; não o exercício do uso e da habitação. Servidões temporárias podem ser constituídas em garantia; não, porém, transmitidas. Cumpre que se não confundam as constituições e as transferências de direitos reais limitados em segurança com os direitos reais de garantia. Nas constituições e transferências de direitos reais limitados em segurança há acordo de constituição ou de transmissão e o negócio jurídico de outorga da garantia, tal como ocorre com a transmissão da propriedade em segurança, porém a *garantia* não se insere no direito real limitado a ponto de fazê-lo direito real de garantia" (**Tratado de direito privado**. 3. ed. 2. reimpr. São Paulo: RT, 1984. v. XXI. p. 353).

3. Como afirma o ministro do STF: "Os direitos reais – seja o mais amplo deles, a propriedade; seja qualquer dos direitos reais limitados de gozo, como, por exemplo, o usufruto – podem servir, desde a criação no direito moderno dos negócios fiduciários do tipo romano ou do tipo germânico, de garantia a um crédito, enquadrando-se na categoria que Pontes de Miranda, inspirado em autores alemães, denominou *direitos reais EM garantia*, para distingui-la da dos tradicionais *direitos reais DE garantia*, que são o penhor, a anticrese e a hipoteca, isto é, direitos reais limitados ou direitos reais sobre coisa alheia. Os direitos reais em garantia nada mais são do que direitos reais plenos (a propriedade plena) ou direitos reais limitados de gozo (assim, o usufruto), que, em virtude de negócio fiduciário do tipo romano ou do tipo germânico, se transferem (o próprio direito ou, conforme o caso, seu exercício) ao credor para, sem perderem suas características próprias, garantirem o crédito. Se é certo que há autores que pretendem distinguir, na propriedade que se transmite ao credor por força de negócio fiduciário, a *propriedade formal* que pertenceria ao fiduciário e a *propriedade material* que seria do fiduciante, é também indubitável que os juristas atualmente, em maioria esmagadora, salientam que a *propriedade fiduciária* transferida por negócio fiduciário ao credor, para garantir-lhe o crédito, não difere estruturalmente do direito de propriedade que, sem tal escopo, se transmite ao adquirente" (**Da alienação fiduciária em garantia**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1987. p. 154-155).

4. "As garantias reais se classificam em duas categorias: *direitos reais de garantia* e *direitos reais em garantia*. [...] Os direitos reais de garantia são o *penhor,* a *hipoteca* e a *anticrese*; os direitos reais em garantia, por sua vez, são a *alienação fiduciária em garantia* e a *cessão fiduciária de direitos creditórios*. Os direitos reais de garantia procuram assegurar o cumprimento de obrigações mediante a instituição de um direito real titulado pelo credor sobre o bem da propriedade do devedor. Por vezes, a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia real, como no penhor comum; mas em nenhuma hipótese o devedor deixa de ser o seu proprietário, podendo até mesmo, se achar interessado, alienar o bem gravado. A seu turno, nos direitos reais em garantia, o cumprimento da obrigação é garantido pela transferência do bem onerado à propriedade do credor. O sujeito ativo da obrigação garantida passa a titular a *propriedade resolúvel* do bem. Aqui, também, por vezes a posse direta do bem onerado é transmitida ao titular da garantia, como na cessão fiduciária de direito creditório; por vezes fica em mãos do devedor, na condição de depositário" (meu **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4. p. 214-215).

Exemplificando. Um penhor é modalidade de direito real *de* garantia. Nesse caso, o bem penhorado permanece sob a titularidade do devedor, continua a integrar o patrimônio dele. Claro, esse bem é onerado; sobre ele, recai um ônus – mas em nenhum momento deixa de pertencer ao autor da garantia (devedor pignoratício). Como direito real *de* garantia, a titularidade do bem penhorado não é transferida ao credor. Mesmo no caso de inadimplemento do devedor pignoratício, ele não se transfere à titularidade do credor pignoratício, apenas serve à efetivação do crédito deste último.

Já a alienação fiduciária integra a categoria dos direitos reais *em* garantia. O objeto da garantia desde logo *transfere-se* à propriedade do cessionário/credor, e permanece no patrimônio deste enquanto não vencida a obrigação garantida. Com o vencimento, resolve-se a titularidade do bem garantido, retornando este à do cedente/garantidor, na hipótese de adimplemento.

Em suma, enquanto no penhor, o objeto da garantia remanesce no patrimônio do garante (devedor pignoratício); na alienação fiduciária, ele se transfere à propriedade da instituição financeira credora, a título de propriedade *resolúvel* – visto que a alienação fiduciária se destina unicamente a garantir o adimplemento, pelo cedente, de obrigação derivada do mútuo fechado com a instituição financeira. A primeira forma de garantir o cumprimento de obrigação financeira corresponde à concessão de direito real *de* garantia; a segunda, a direito real *em* garantia.

Dois modos diversos de satisfação do crédito

Se um crédito garantido por direito real é inadimplido, haverá dois modos diversos de sua satisfação, segundo se trate de direito real *em* garantia ou direito real *de* garantia. Apenas neste último caso cabe a execução por quantia certa, disciplinada no Código de Processo Civil.

Isso porque o credor fiduciário é já o titular da propriedade resolúvel do bem alienado. Esse *integra o patrimônio da instituição financeira proprietária fiduciária*. Como integra na condição de resolubilidade, o adimplemento da obrigação garantida pelo devedor fiduciante importa seu retorno ao patrimônio deste. Mas apenas o cumprimento da obrigação tem tal consequência. Quando ela é inadimplida, a propriedade do bem alienado fiduciariamente *se consolida* no patrimônio do credor fiduciário. Esta é a forma legal para a satisfação do crédito inadimplido, quando a garantia real é um direito real *em* garantia.

Não há de se cogitar de penhora do bem dado em garantia neste caso, até mesmo porque nenhum credor pode pedir essa constrição judicial recaindo sobre um elemento componente de seu próprio patrimônio.

A consolidação é a maneira típica de satisfação dos créditos garantidos por direito real *em* garantia; ela nunca se opera no caso de direito real *de* garantia, ainda que inadimplente o devedor.

Como nos direitos reais *de* garantia, o bem onerado continua no patrimônio do garante, o que o credor passa a titular é meramente o direito de excutir sobre esse específico bem do devedor preferencialmente. Somente nessa hipótese, e não na do direito real *em* garantia, a satisfação do crédito faz-se mediante constrição judicial (penhora) do bem garantido, no contexto de uma execução por quantia certa.

A alienação fiduciária, note-se, gera sobre o objeto alienado um direito *real de propriedade* (e não um direito *pessoal*). A instituição financeira adquirente torna-se *proprietária* do bem onerado. É esta a larga implicação do instituto da alienação fiduciária em garantia cujo objeto são bens do fiduciante.

Falta de interesse para a execução por quantia certa

O reconhecimento de que a instituição financeira outorgada de um direito real *em* garantia titula o direito constitucional da propriedade sobre o bem onerado *não pode ficar no meio do caminho*. Há de se extraírem da titularidade do direito de propriedade *todas* as implicações e consequências jurídicas. Não podem as instituições financeiras buscar abrigo nele somente quando lhes convier; e procurar escapar da configuração constitucional de seu direito, quando lhes parecer mais proveitoso.

A falta de interesse para promover a *execução por quantia certa* na busca da satisfação de crédito garantido por direito real *em* garantia é decorrência inescapável da titularidade do direito de propriedade sobre o bem onerado.

Começa pela impossibilidade jurídica de se penhorar um bem que já é da propriedade do credor. Por que se faria a constrição judicial, se o bem onerado já não integra mais a propriedade do executado?

O art. 27 da Lei nº 9.514/97 estabelece o procedimento de satisfação do crédito garantido por alienação fiduciária, que tem por objetivo a consolidação da propriedade do bem onerado no patrimônio do credor, para fins de se promoverem até duas tentativas de alienação deste por público leilão. Caso na segunda tentativa o maior lance não seja suficiente à integral satisfação do crédito do proprietário fiduciário, fica o devedor fiduciante exonerado de qualquer obrigação pela diferença (art. 27, § 5º).

A lei não abre ao credor proprietário fiduciário uma "opção" entre o procedimento extrajudicial de satisfação do crédito inadimplido da Lei nº 9.514/97 e a execução por quantia certa dos arts. 824 e seguintes do Código de Processo Civil. Muito ao contrário, vincula forçosamente ao primeiro a satisfação de créditos não adimplidos titulados por credores com direito real *em* garantia; e à segunda, a dos titulados por credores com direito real *de* garantia. E assim é, por uma razão bastante simples: o direito constitucional da propriedade (resolúvel) titulado pelo credor fiduciário impede qualquer outra solução para as hipóteses.

Extinção da Obrigação

O art. 27, § 5º, da Lei nº 9.514/97, assegura ao devedor fiduciante, quando a garantia consiste em alienação fiduciária de bem imóvel, o direito à extinção da dívida, sempre que o maior lance, no segundo leilão seguinte à consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário, seja inferior ao montante da obrigação garantida.

Prevê a referida norma (grifos acrescidos):

> Art. 27.
> *§ 5º. Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ao superior ao valor referido no § 2º* [dívida, despesas, prêmios de seguro, encargos legais, inclusive tributos, e contribuições condominiais]*, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º* [diferença a maior entre o valor do imóvel e a dívida].

A extinção da dívida, no caso de insuficiência do lance no segundo leilão, no bojo do procedimento extrajudicial de execução, é um *direito* titulado por todo devedor que outorga a garantia consistente na alienação fiduciária sobre bem imóvel.

É *incompatível* com esse direito do devedor a interpretação dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 no sentido de que seria uma faculdade do credor escolher o procedimento extrajudicial de execução previsto nesses dispositivos ou a execução judicial por quantia certa. Se ao credor coubesse optar entre a execução extrajudicial da Lei nº 9.514/97 e a execução judicial por quantia certa, a titularidade pelo devedor do direito à extinção da obrigação prevista no art. 27, § 5º, desta lei, seria uma mera abstração.

A execução extrajudicial da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel

Foi com a Lei nº 9.514/97 que o direito brasileiro passou a admitir a alienação fiduciária sobre bens imóveis. Um dos objetivos da disciplina legal do instituto foi o de *agilizar*, por meio de um procedimento extrajudicial, realizado no âmbito do Cartório de Imóveis, a satisfação do crédito com esse tipo de garantia. Esse objetivo, aliás, se insere no esforço de desjudicialização de que tanto necessita o País.

De um lado, a lei concedeu ao credor fiduciário meios extrajudiciais e ágeis para satisfazer o seu crédito (Lei nº 9.514/97, art. 27); de outro, criou a hipótese de exoneração do devedor fiduciante, caso não haja lance superior ao valor da dívida na segunda tentativa de alienação do bem onerado em público leilão (art. 27, § 5º).

Ao abrir aos credores fiduciários o acesso a um procedimento extrajudicial e ágil, para a satisfação do crédito, evidentemente a lei lhes fechou o acesso à

execução por quantia certa. Até mesmo por ser impossível dar-se início a essa, já que o bem onerado não é da propriedade do executado, mas do próprio exequente!

A impossibilidade de o credor fiduciário buscar a satisfação do crédito garantido via execução por quantia certa é decorrência inafastável do direito que ele titulariza sobre o bem onerado: o da propriedade. Ele não é titular de um direito real *de* garantia, mas, sim, de um direito real *em* garantia.

Direito do devedor à extinção da obrigação na Execução por quantia Certa: interpretação extensiva do art. 27, § 5º, da Lei nº 9514/97

O direito de uma parte da relação obrigacional não pode ficar sujeito ao puro arbítrio da outra parte. Séculos de afirmação e reafirmação da insubsistência da condição puramente potestativa[5] servem de exemplo da *rejeição*, pela ordem jurídica, da hipótese de um direito que dependeria, para existir e se efetivar, da vontade exclusiva do sujeito a quem se impôs o correspondente dever.

O direito à extinção da obrigação, concedido ao devedor fiduciante na hipótese do art. 27, § 5º, da Lei nº 9.514/97, não pode depender da *vontade do* credor fiduciário. Entender assim seria o mesmo que pretender a inexistência mesma desse direito, em confronto aberto com a disposição legal, cuja vigência estaria sendo inexoravelmente negada por uma tal interpretação.

O devedor não pode titular esse direito de extinção da obrigação apenas se o credor *optar* pela execução extrajudicial da Lei n. 9.514/97. Não pode deixar de titular o direito à extinção se o credor puder *decidir não* se submeter à mesma lei, por sua exclusiva e unilateral vontade.

Interpretar a Lei nº 9.514/97 como se não impusesse ao credor fiduciário a única via da execução extrajudicial, quando recaída a garantia sobre bem imóvel, levaria ao despropósito de condicionar o direito do devedor fiduciante abrigado no art. 27, § 5º, daquela lei, ao mero arbítrio da outra parte da relação obrigacional.

A instituição financeira não pode definir, por sua exclusiva e unilateral decisão, se o devedor fiduciante terá ou não como exercer o direito que foi expressamente concedido pela lei a esse último.

O único modo de afastar esse despropositado efeito da referida interpretação da Lei nº 9.514/97 (no sentido de que o credor fiduciário teria o direito de escolher, a seu bel-prazer, entre o procedimento extrajudicial dessa lei e a execução por quantia certa) consiste em reconhecer a efetividade do direito do devedor à extinção independentemente da alternativa escolhida pelo credor.

---

5. Já no direito romano, as cláusulas puramente potestativas eram objeto de repulsa (Cfr. MOREIRA ALVES, J. C. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1. p. 162).

Em outros termos, apenas cabe afirmar o entendimento de que o credor pode optar entre a via extrajudicial ou a judicial para executar a garantia representada por uma alienação fiduciária de bem imóvel *se*, *nas duas vias*, for reconhecido o mesmo direito do devedor fiduciante à extinção da obrigação.

De duas uma: ou bem se entende que o devedor fiduciário está obrigado a promover a execução extrajudicial de seu crédito na forma da Lei nº 9.514/97, em cujo bojo o devedor fiduciante exercerá o direito à extinção na forma do art. 27, § 5º; ou bem se considera que, mesmo no caso de o credor fiduciário optar pela execução por quantia certa do Código de Processo Civil, também terá o devedor o mesmo direito à extinção, na forma do art. 27, § 5º, da Lei nº 9.514/97, por meio da interpretação extensiva dessa disposição.

Qualquer outra interpretação ou aplicação da Lei nº 9.514/97 conduziria à insustentável figura de um direito de uma das partes da relação obrigacional de existência e efetividade sempre dependentes do puro arbítrio da outra parte.

Recuperação Judicial do Fiduciante

Vindo o mutuário-garante a impetrar recuperação judicial, a lei trata diferentemente a garantia real titulada pelo mutuante de acordo com a sua espécie. A garantia consubstanciada na propriedade fiduciária (em razão da concessão de direito real *em* garantia) importa na exclusão dos efeitos da recuperação judicial.

No jargão da área, do direito real *em* garantia decorre a "extraconcursalidade". Não me agrada esta expressão, que pressupõe a existência de um "concurso" entre os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial – que, decididamente, não existe. Prefiro falar em "extranovabilidade", no sentido de preservação diante da novação recuperacional. Há créditos, credores ou situações jurídicas *nováveis* (sujeitos aos efeitos da recuperação judicial) e os créditos, credores ou situações jurídicas *extranováveis* (poupados de tais efeitos).

Da concessão de um direito real *de* garantia decorre uma situação jurídica novável, ao passo que da outorga de um direito real *em* garantia decorre situação jurídica extranovável. Apenas no primeiro caso, o crédito e o credor correspondente ficam expostos à novação recuperacional.

Fundamento constitucional do tratamento diferenciado na recuperação judicial

Na recuperação judicial do devedor garante, trata a lei de modo diverso os direitos do credor, de acordo com o tipo de garantia real concedida sobre os direitos creditórios.

No caso de penhor, aplica-se o art. 49, § 5º, da Lei nº 11.101/05:

> § 5º. Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

Tratamento diverso é destinado aos titulares de propriedade fiduciária, consoante o disposto no art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/05:

> § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Tem enraizamento constitucional o tratamento diferente das duas situações jurídicas. Como, numa delas, o credor passa a titular sobre o bem onerado um direito constitucionalmente protegido (o de propriedade – art. 5º, XXII), desafiaria a constitucionalidade qualquer disposição legal que, no plano ordinário, tratasse igualmente a concessão do direito real *de* garantia e a do direito real *em* garantia.

É certo que não foi inteiramente feliz o legislador ordinário, ao optar pelo tratamento diferenciado das duas situações jurídicas por via da *exclusão de efeitos da recuperação judicial* relativamente a uma delas. Criou um estímulo indevido a que todos os financiamentos bancários se reduzissem apenas à única modalidade do direito real *em* garantia, eliminando, no limite, mais de uma alternativa de acesso ao crédito bancário e gerando algumas distorções, como a oneração de recebíveis em percentual superior ao titulado pelo cedente.

Enquanto, porém, vigorar o art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, não há outra afirmação possível senão a de que a concessão de direito real *em* garantia leva à situação jurídica da extranovabilidade.

Opção pela execução por quantia certa em razão do perecimento do objeto descabe quando o devedor está em recuperação judicial

A doutrina admite que o credor fiduciário possa *optar* pela execução por quantia certa quando ocorre o "perecimento" do bem ou dos bens alienados, isto é, sua deterioração de valor por acidente ou dolosa má conservação[6]. Mas essa opção reconhecida pela doutrina não tem cabimento se o devedor é uma sociedade empresária em recuperação judicial.

Perecido o bem alienado fiduciariamente, a execução pretendida pelo credor fiduciante estaria alcançada pelo art. 6º da Lei nº 11.101/05; posto que seu crédito, uma vez desaparecida a garantia que levava à extranovabilidade (a dita "extraconcursalidade"), torna-se novável ("concursal"). Não podendo promover a consolidação da propriedade e alienação via públicos leilões em razão do perecimento do imóvel garantido, o credor fiduciário passa a ter seu crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial do fiduciante.

Em suma, se o bem alienado fiduciariamente *perece*, ao credor fiduciário abrir-se-iam duas possibilidades: (a) em face do devedor fiduciante que não se encontra em recuperação judicial, o credor pode optar pela execução por quantia certa, *se* aceita a doutrina acima referida; e (b) em face dos devedores fiduciantes em recuperação judicial, ele deve necessariamente habilitar o seu crédito, participar da AGC, etc.

Conclusão

A consolidação da propriedade de imóvel dado em garantia fiduciária não é uma faculdade do credor, mas corresponde a um dever dele, à medida que a lei estabeleceu o modo específico de execução da obrigação nesse caso. O modo específico de execução de obrigação garantia por alienação fiduciária em garantia de bem imóvel consiste no procedimento extrajudicial estabelecido nos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/97.

Ao aceitar como garantia um imóvel em alienação fiduciária, a instituição financeira manifesta sua integral concordância com a execução da obrigação garantia exclusivamente por meio do procedimento extrajudicial da Lei nº 9.514/97. A instituição financeira, por óbvio, não está obrigada a aceitar imóveis em garantia fiduciária de seus créditos. Quando aceita, submete-se às disposições da Lei nº 9.514/97, manifestando sua concordância com a execução extrajudicial de seu crédito. Ela não pode, ressalte-se, colher da Lei nº 9.514/97 seletivamente

6. Para Melhim Namem Chalhub: "a satisfação do crédito [titulado pelo credor fiduciário] pode ser obtida mediante a ação de execução caso o imóvel tenha sido destruído, no todo ou em parte, e o devedor tiver outros bens penhoráveis suficientes para satisfação do crédito. A opção pela execução pode também ser exercida pelo credor na hipótese de depreciação do imóvel" (**Alienação fiduciária – negócio fiduciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2017. p. 281).

apenas o que lhe interessa. Ao concordar em receber imóvel em alienação fiduciária em garantia, a instituição financeira *concordou* com a extinção da obrigação do devedor fiduciante, sempre que o bem acabar não sendo suficiente para a satisfação completa da obrigação.

A insuficiência do valor do bem para a satisfação da obrigação garantida é o resultado de um procedimento objetivo: realizam-se dois leilões e dá-se a extinção da obrigação do devedor fiduciante se, no segundo, o maior lance for inferior ao necessário para o integral pagamento da dívida e demais consectários. Esse direito à extinção da obrigação o devedor fiduciante só pode exercer se promovido o procedimento extrajudicial de execução previsto na Lei nº 9.514/97. Não se trata, portanto, de uma faculdade do credor, mas sim de um dever dele promover a execução extrajudicial; um dever decorrente de sua manifestação de vontade, da concordância em receber, como garantia de seu crédito, um imóvel por alienação fiduciária.

Após a consolidação da propriedade do bem dado em garantia no patrimônio do credor fiduciário, obriga a Lei nº 9.514/97 que ele promova público leilão, fixando o prazo de 30 dias para tanto (art. 27, *caput*). Se, nesse leilão, não se oferecer lance superior ao valor do imóvel, promover-se-á o segundo leilão. Se, nesse segundo leilão, o maior lance for inferior ao total da dívida (descrita no art. 27, § 2º), ocorre a extinção da obrigação garantida (art. 27, § 5º). Extinta a dívida nos termos do art. 27, § 5º, da Lei nº 9.514/97, o credor fica obrigado a dar ao devedor a "quitação da dívida", mediante instrumento próprio (§ 6º).

Deste modo, consolidada a propriedade do bem alienado em garantia no patrimônio do credor, será inexorável a quitação da obrigação do devedor. Seja por se oferecer, no primeiro ou no segundo leilão, lance suficiente à satisfação do crédito inadimplido (hipótese em que a diferença a maior pertence ao devedor), seja por não se oferecer, no primeiro e no segundo, lance nesse montante. De uma forma ou de outra, opera-se a quitação da obrigação do devedor, que estava garantida por um direito real *em* garantia incidente sobre bem móvel.

A Presunção de Inocência e o Trânsito em Julgado

Fernando da Costa Tourinho Filho[1]

Esse princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law.* É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre, como bem o disse A. Castanheira Neves[2]. Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia[3].

Até o final do século XVII e início do XVIII, tanto o Poder Temporal como o Secular usaram e abusaram do suplício, da tortura e das prisões subterrâneas. Horríveis. No IV Concílio de Latrão, por volta do século XIII, o papa Inocêncio III aboliu os ordálios (ordálias na Espanha; *ordalie*, na França; *ordeal*, na Inglaterra; e *ordal* da Alemanha), ou juízos de Deus (*judicium Dei*) – sentença divina –, proibindo os padres de participarem daquele engodo, meio de prova segundo o qual a Igreja Católica encarregava um padre (enganando a população crédula) de procurar saber se o suspeito era culpado ou inocente.

Havia várias tipos de ordálios. Os mais famosos, pelo menos na Inglaterra, foram o do ferro em brasa, o do pão seco com queijo e o da água fria. O suspeito tinha de segurar um ferro em brasa e se nada lhe acontecesse era considerado inocente. Ou o suspeito era obrigado a engolir um pedaço de pão seco misturado com queijo abençoados pelo padre; se engolisse, seria inocente. Ou então era amarrado e jogado na água; se viesse à tona era culpado... Entendia-se que Deus intervinha a favor de quem fosse inocente e nada acontecia ao suspeito.

Em face da sua extinção, a Grã-Bretanha escolheu a instituição do Júri e, na Europa Continental, o próprio Inocêncio III adotou o processo inquisitivo, em que as funções de acusar, defender e julgar ficavam nas mãos de uma mesma pessoa – bispo ou arcebispo. Era o Tribunal do Santo Ofício, ou Santa Inquisição,

---

1. Membro aposentado do Ministério Público Paulista e professor de Direito Processual Penal da Universidade de Araraquara (UNIARA).

2 **Sumários de Processo Penal.** Coimbra: s.n., 1967. p. 26.

3. GOMES, A. F. A sociedade e o trabalho: democracia, sindicalismo, justiça e paz. **Direito e Justiça,** Coimbra, v. 1, n. I, p. 7.

encarregado de condenar as heresias. O suspeito era sempre culpado, e as penas bastante cruéis.

O processo era secreto. Como não havia acusador, o bispo ou arcebispo louvava-se nas denúncias anônimas lançadas nas denominadas *boccas de la verità*. Até hoje em Roma, são vistas essas *boccas de la verità*, monumentos de concreto, com mais ou menos dois metros de altura, sob a forma de pirulito. Na parte redonda, havia uma abertura, e era ali que as pessoas lançavam suas denúncias anônimas. Ao amanhecer, os *nunziatori as* apanhavam e as levavam ao bispo ou arcebispo. Com base nelas procedia-se a uma investigação secreta. O próprio bispo ou arcebispo investigava e julgava, e na investigação havia toda sorte de tortura em busca da confissão, a *"rainha das provas".*

As penas impostas aos hereges, blasfemadores, feiticeiras e bruxas eram terrivelmente impiedosas. Horríveis os atos praticados pelo Tribunal do Santo Ofício, ou Santa Inquisição, no julgamento dos crimes que atentavam contra a fé católica: diversos tipos de mutilação, o ferrete em brasa, a fogueira, a morte na roda. Suplício e mais suplício para gáudio dos Torquemadas da vida...

As monarquias adotaram o mesmo sistema inquisitório:

> Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer, dizia a respeito da instrução, o édito de 1498. De acordo com a Ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossívell ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar os depoimentos, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder do acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações... A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um poder absoluto e um poder exclusivo[4].

A ordenação de 1670 regeu, até a Revolução, as formas gerais da prática penal. Eis a hierarquia dos castigos por ela praticados: a morte, a questão com reserva de provas, as galeras, o açoite, a confissão pública, o banimento. A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca; outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebentados vivos e expirar

4. FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. 9. ed. Tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 35-36.

na roda depois de ter os membros arrebentados; outros a ser arrebentados até a morte natural; outros a ser estrangulados e em seguida arrebentados; outros a ser queimados vivos; outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada e, em seguida, queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos; outros a ter a cabeça cortada[5].

Já no século XVIII começaram os protestos contra os suplícios, mas, em compensação, as prisões eram profundamente desumanas, as masmorras, prisões subterrâneas, eram um verdadeiro horror. Até hoje, em Londres, no Museu Madame Tussauds, os visitantes podem ver, em cera, reprodução das masmorras.

No começo do século XVIII, denominado século das luzes ou iluminismo, quando começaram a florescer ideias humanitárias lançadas por jurisconsultos como Voltaire, Montesquieu, D'Alembert, Diderot e J. J. Rousseau, com o seu famoso *Contrato Social*, dizendo que, se todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, nada justificava os suplícios sofridos por muitos e impostos por alguns. A liberdade é uma condição necessária para a vida em comunidade. Como na família, os homens devem viver numa sociedade, com respeito ao soberano. Se algum membro transgredir as regras vigentes, será punido por um magistrado.

Foi precisamente nessa época e nesse deslumbramento promovido pelos enciclopedistas, que um moço de 20 anos, natural de Milão – Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria –, lançou, em 1764, o seu pequeno grande livro *Dei delitti e dele pene,* que revolucionou o mundo. Tamanha foi sua importância que, em 1776, Catarina II da Rússia aboliu as torturas e chegou a convidá-lo para redigir o Código Penal. Em seguida, Maria Thereza, do Império Austríaco, seguiu os mesmos passos. Assim, aos poucos, as torturas em todos os lugares foram sendo abolidas. Traduzido o livro de Bonesana para o francês e levado a Voltaire, este teria dito: "Eis o Código da Humanidade".

Aos 26 de agosto de 1789, "os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem… Consequentemente, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão (...)"[6]. E enumera os 17 artigos que compunham a declaração, sendo que o 9º dizia:

---

5. FOUCAULT, M. **op. cit.** p. 33.

6. VOVELLE, M. **A Revolução Francesa – 1789-1799.** São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 70.

> Tout homme étant présumé innocent, jusqu'à ce qu'il ait été declaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur, qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimé par la loi.[7]

E antes mesmo, o Marquês de Beccaria, quanto à prisão preventiva, dizia "que o acusado não deve ser encarcerado senão na medida em que for necessário para impedi-lo de fugir ou de ocultar as provas do crime". Respeitante à pena, observava: "Se a prisão é apenas um meio de deter um cidadão até que ele seja julgado culpado, como esse meio é aflitivo e cruel, deve-se, tanto quanto possível, suavizar-lhe o rigor e a duração"[8].

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1950, no seu art, 6, §º 2, anuncia: "Everyone charge with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law" (Toda pessoa acusada de crime será presumida inocente até que seja declarado culpada).

No mundo ocidental, as Constituições, quando não fazem menção expressa ao princípio da não-culpabilidade, como a nossa, a italiana, a espanhola, a portuguesa, a colombiana, a paraguaia, dentre outras, dizem que o réu tem o direito ao silêncio, que a prova da acusação compete exclusivamente ao Acusador, tal como se dá com as Emendas nº V e XIV da Constituição Norte-Americana.

A atual Constituição Italiana repete *ipsis litteris* o art. 27, § 3º da Constituição de dezembro de 1947: "A responsabilidade penal é pessoal. O imputado não é considerado réu até condenação definitiva".

O art. 32, n. 2, do Código de Processo Penal português, dispõe: "Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa".

A Constituição espanhola de 1978, no § 2º do art. 24, dispõe que "toda pessoa tem o direito… de não fazer declaração contra si próprio, de não se reconhecer culpado e de ser presumido inocente".

O art. 29 da Constituição Colombiana dispõe: "Toda la persona se presume inocente mientras no se haya declarado culpado".

E a culpa fica comprovada quando o órgão de segundo grau da Justiça mantém a condenação proferida em primeira instância. Não se deve desconsiderar que há pouco tempo a procuradora geral da República, Dra. Raquel Dodge,

---

7. Todo homem é considerado inocente até que seja declarado culpado e, se for julgado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário à garantia de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei.

8. BECCARIA C. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Paulo M. de Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015. p. 58.

requereu a extinção da punibilidade de um crime cujo processo estava num dos escaninhos da nossa Suprema Corte. E o prazo prescricional era de 16 anos...

Cumpre observar que a sentença penal condenatória transita em julgado e possibilita sua imediata execução, em duas hipóteses: a) se o condenado não interpuser recurso; b) interposto recurso e mantida a condenação, se esgotarem todos os recursos na segunda instância (embargos infringentes e aclaratórios), posto existir apenas o duplo grau de jurisdição em todos os ordenamentos.

É precisamente nesse momento que a sentença penal condenatória transita em julgado. E, na lição de Canotilho, "trata-se de explicitar que, em matéria penal, o direito de defesa pressupõe a existência de um *duplo grau de jurisdição*, na medida em que o direito ao recurso integra o núcleo essencial das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas"[9].

Quando o art. 5º, inc. LVII, do Pacto Constitucional dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", está se referindo àquele momento em que o órgão de segundo grau mantém a condenação, sem possibilidade de eventuais Embargos de Declaração ou Embargos Infringentes. Havendo, o trânsito em julgado se dá após o julgamento desses recursos, mesmo porque, embora ainda que possa interpor Recurso Especial para o STJ e Recurso Extraordinário para o STF, não haverá mais possibilidade de se proceder ao exame de matéria fática. A propósito, a Súmula 07 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". No mesmo sentido, o preceito sumular n. 279 da Suprema Corte: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

Ainda que não houvesse esses preceitos sumulares, a presunção de inocência cessa com o reconhecimento da culpa no segundo grau de jurisdição, mesmo porque a competência funcional vertical em razão dos recursos fica restrita, no STJ, às hipóteses previstas no art. 105, III, alíneas *a, b,* e *c* da CF e na Suprema Corte, quando se tratar de ofensa à Magna Carta, a teor do art. 102, III, alíneas *a, b, c* ou *d* do Pacto Fundamental. E em nenhuma delas há previsão de se analisar matéria probatória.

Cumpre observar que o ministro Roberto Barroso, no pedido de vista do "habeas corpus" 126.292/SP, asseverou que "*nenhum país exige mais do que dois graus de jurisdição para que se dê efetividade a uma decisão criminal*" (g.n). A mesma informação foi dada pela ministra Ellen Gracie, quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005). E, mais tarde, o ministro Roberto Barroso, ao votar com o relator no HC 126.292, assim se pronunciou: Verbis:

---

9. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 1. ed. brasileira, 2007, São Paulo: RT, 2007. v. 1. p. 516.

> A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva.
>
> Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral.
>
> Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.
>
> A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau.

O STF somente pode apreciar matéria probatória, única e exclusivamente, em duas hipóteses: a) quando se tratar de *habeas corpus*, se denegada a ordem por Tribunal Superior; b) nos crimes políticos (art. 102, II, *a* e *b* da CF). Quanto ao STJ, apenas na hipótese prevista no art. 30 da Lei nº 8.038/90.

Nem se poderá dizer que a presunção de não-culpabilidade ou inocência cessaria após recursos interpostos ao STJ e STF... Se tal fosse possível afrontaria o próprio princípio da presunção, pois, na irrepreensível lição de Canotilho**, "**uma dimensão importante do princípio da inocência do arguido, mas que assume valor autônomo, é a obrigatoriedade de *julgamento no mais curto prazo***,** compatível com as garantias de defesa. A demora do processo penal, além de prolongar o estado de suspeição e as medidas de coação sobre o arguido (nomeadamente a prisão preventiva), acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo ao princípio da presunção de inocência. O direito ao processo célere é, pois, um corolário daquela"[10]. Como também o é a incumbência da prova acusatória exclusivamente ao Ministério Público nas ações penais públicas e privada subsidiária da pública e ao Querelante na ação privada.

E quando a Constituição não se expressa tão claramente assim, outras usam de determinados núcleos, como direito ao silêncio, a acusação fica afeta exclusivamente afeta ao Acusador, etc.

Aliem-se, ainda, o direito ao silêncio, tal como previsto no art. 186 e parágrafo único do nosso CPP, o direito de não ser compelido "in any criminal case to be a witness against himself", como bem diz a Emenda n. V da Constituição Norte-Americana.

Sabemos todos que, quando se interpõe um REsp, uma vez distribuído, há excessiva demora para ser julgado. Em seguida podem ser opostos o Agravo

10. Op. cit. p. 519.

Interno, Embargos Declaratórios, Embargos de Divergência e Recurso Extraordinário. Se inadmitido, cabe Agravo nos autos, com remessa ao STF. Não admitido, o ARE, Agravo Interno, Embargos Declaratórios..., para que haja o verdadeiro trânsito em julgado, no sentido que alguns lhe emprestam. Vale dizer, oito a quinze anos após a interposição do REsp... Já não se trata mais de presunção de inocência e sim de culpabilidade... Famosos e tristes os casos em que os recursos nesses Tribunais Superiores, *per faz et nefas,* permanecem anos e anos aguardando julgamento, tamanho o volume de processos criminais que chegam a impossibilitar possa a Suprema Corte exercer a sua função precípua de guardiã do Pacto Fundamental...

Certo, absolutamente certo, o entendimento de que a sentença penal condenatória transita em julgado quando o órgão de segunda instância após prover o recurso da acusação para condenar ou após manter a condenação imposta na primeira instância e eventuais recursos na própria segunda instância, como embargos infringentes (parágrafo único do art. 609 do CPP) ou declaratórios (arts. 619/620 do mesmo Estatuto).

Nem se diga que, assim falando, estamos fazendo tábula rasa do art. 5º, LVII, do Pacto Constitucional, pois, no dizer insuspeito do ministro do STF, Celso de Mello – uma das figuras mais proeminentes daquele egrégio sodalício:

> Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto... O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem pública, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (MS n. 23.452/RJ, Tribunal Pleno, DJ 12.05.2000).

Ademais, o art. 5º, LVII, da CF dispõe que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". E, obviamente, ela transita em julgado quando o órgão de segundo grau mantém a condenação ou a profere. Mesmo preso, nada impede a interposição de REsp ou RE.

Em dezembro de 1948, a ONU, em Paris, proclamou a "Declaração Universal dos Direitos do Homem", com os mesmos dizeres. Em novembro de 1950, houve, no mesmo sentido, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em 22 de novembro de 1969 realizou-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José da Costa Rica, tendo o Brasil aderido ao Pacto pelo Decreto Legislativo nº 27, de setembro de 1992. E, neste Pacto, o art. 8º, II, dispõe:

> Artigo 8. Garantias judiciais
> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
> (...)
> *h*. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Logo, a presunção de inocência cessa quando for declarada a sua culpa. Assim, condenado o réu em primeira instância, como ele tem o direito de recorrer a um tribunal, tal como dispõe a alínea *h* do item 2 desse mesmo art. 8º do Pacto, se o tribunal mantiver a condenação, ou se foi absolvido e o Tribunal, ante recurso da acusação, o condenar, cessou a presunção de inocência.

O art. 11, n. 1, da Declaração Universal da ONU dispõe:

> Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense trial.[11]

E esse julgamento dá-se, precisamente, na segunda instância, posto não haver uma terceira instância em nenhum país do mundo – pelo menos no mundo ocidental.

No direito norte-americano, "a presunção de inocência é axiomática e elementar", e este princípio constitui "uma base da administração do nosso sistema de justiça penal". Esta presunção é fundada sobre os "princípios das cláusulas de salvaguarda da liberdade individual consignadas nas emendas 5 e 14 da Constituição dos Estados-Unidos"[12].

Enfim: no mundo ocidental, toda pessoa a quem se atribua a prática de uma infração penal tem o direito de que se presuma sua inocência até que seja reconhecida sua culpabilidade, cabendo explicitar, como observou Canotilho, que *"o direito de defesa pressupõe a existência de um duplo grau de jurisdição* (g.n), na medida em que o direito ao recurso integra o núcleo essencial das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas"[13]. Outros núcleos essenciais consistem no direito de o acusado não testemunhar contra si próprio e que não lhe compete provar sua inocência. Este ônus é exclusivo da parte acusadora.

---

11. Toda pessoa acusada de uma infração penal tem o direito de ser presumida inocente, até que, num julgamento público, com todas as garantias da sua defesa, seja declarado culpado.

12. BRIGHAM, G. **La présomption d'innocence en droit comparé.** Paris, 1998. p. 71 e seg.

13. Op. cit. p. 516.

Nosso CPP, no art. 186, proclama:

> Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas.

E por analogia, por força do art. 3 do CPP, pode-se acrescentar o disposto no art. 388, I, do CPC: "a parte não é obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados".

E o Tribunal Internacional de Roma, no seu art. 66 , dispõe: "toda pessoa se presume inocente até que se prove a sua culpa".

Evidente que em todos os países a culpa fica comprovada no órgão de segundo grau, como bem o disse Canotilho. A função dos Tribunais Superiores é outra.

Bem poderá o Congresso Nacional, à mercê de uma PEC, denominar ação revisional extraordinária e ação revisional especial os arts. 102, III, a, b, c e d e 105, III, a, b e c da Magna Carta. Assim, transitada em julgada a sentença condenatória, se a decisão de segunda instância infringir uma daquelas alíneas, conferir-se-á ao sucumbente o prazo de 15 dias para promover a ação revisional especial ou extraordinária, abolindo, dessa maneira, os inúmeros recursos protelatórios até culminar com a prescrição. Hoje, por exemplo, há tribunais que praticamente aboliram os embargos infringentes ou de nulidade com o denominado "julgamento virtual"... O relator profere o seu voto, encaminha ao revisor, e este ao terceiro desembargador, e, assim, todos de acordo, impedem-se os possíveis embargos.

Convém também conferir o prazo máximo de seis meses para o julgamento da ação extraordinária ou especial, tamanho o número de assessores que militam junto a cada um dos ministros.

Max Weber: Pandemia, morte e legado teórico-político-constitucional[1]

Filomeno Moraes[2]

> [...] deixei de ter contato mais próximo com o círculo de Max Weber, que lecionava então com grande sucesso em Heidelberg e cujos escritos eu só me familiarizaria muito tempo depois. Só cheguei a conhecer esse homem excepcional no curto período em que ele trabalhou em Viena após a Primeira Guerra Mundial.
>
> Hans Kelsen, *Autobiografía*

> [...] a pesar de la admiración incuestionable que Schmitt siente por Weber, a pesar del tributo que con frecuencia le rinde, sin embargo lo considera por sobre todo un adversario.
>
> Catherine Colliot-Thélène, *Carl Schmitt contra Max Weber*

> [...] 14 de junio hace exactamente cien años de la muerte de Max Weber, provocada por una neumonía tras contagiarse de la gripe española. Poco podría imaginar el ilustre profesor que celebraríamos su centenario en medio de una pandemia similar. Porque Weber [...] nunca pudo dejar de creer en los avances de las ciencias y el progreso. Aunque lo hizo a su manera, sacando a la luz sus muchas ambigüedades y ambivalencias.
>
> Fernando Vallespín, *A ética de Weber en tiempos de pandemia*

I

Uma epidemia, a da *gripe espanhola*, a partir do segundo semestre de 1918, atingiu talvez um quinto da população mundial, matando dezenas de milhões de pessoas. Surgira nos escombros da Grande Guerra (a primeira), com

1. O presente texto tem *dívida fundada* com outros três, a saber: MORAES, Filomeno. Max Weber e o semipresidencialismo da Constituição de Weimar. ***Consultor Jurídico***, São Paulo, 9 jun. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/filomeno-moraes-max-weber-semipresidencialismo-weimar. MORAES, Filomeno. A morte de Max Weber. **Segunda Opinião**, Fortaleza, 17 jun. 2020. Disponível em: https://segundaopiniao.jor.br/author/filomeno-moraes/. E, principalmente, MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. Max Weber, a Constituição de Weimar e o semipresidencialismo: tragédia, perigos e potencialidades de um sistema de governo. In: BERCOVICI, Gilberto (Coord.). **Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019).** São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 431-447.

2. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará; mestre em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro; professor adjunto (aposentado) da Universidade Estadual do Ceará.

o mundo já exausto da mortandade e do sofrimento. Terrivelmente democrática, sem distinguir classe social, gênero, etnia, a peste ceifou, inclusive, a vida de personalidades, como o dramaturgo Cyrano de Bergerac e o poeta Guillaume Apollinaire, na França; Sophie, filha de Sigmund Freud, na Áustria; Jacinta e Flávio, as crianças que, em Portugal, teriam visto a Virgem de Fátima.

No Brasil, não deixou por menos, atingindo ricos, remediados e pobres, elites e massas. Evidentemente, exigiu dos pobres o maior contingente de mortos. Não poupou o presidente eleito Rodrigues Alves, o poeta Olavo Bilac, membros de famílias importantes à época como os Nabuco, os Penido, os Lage, os Mello Franco.[3] O cronista Nelson Rodrigues, recuperando memórias da infância no Rio de Janeiro – "o Rio dos lampiões, dos bondes e dos enterros residenciais" –, relata: "Morria-se em massa. E foi de repente. De um dia para o outro, todo mundo começou a morrer. Os primeiros ainda foram chorados, velados e floridos. Mas, quando a cidade sentiu que era mesmo a peste, ninguém chorou mais nem velou, nem floriu. O velório seria um luxo insuportável para os outros defuntos". Então, "vinha o caminhão de limpeza pública, e ia recolhendo e empilhando os defuntos. Mas nem só os mortos eram assim apanhados no caminho. Muitos ainda viviam. Mas nem família, nem coveiros, tinham paciência".[4]

A pandemia também levou Max Weber, na Alemanha. Joachim Radkau,[5] na sua monumental biografia de Weber, relata que, no dia 4 de junho de 1920, um dia depois de *Corpus Christi*, estudantes na Universidade de Munique receberam um aviso de que o professor cancelara a aula do dia, por conta de um resfriado. E afirma mais que, dez dias mais tarde, Weber morria: o resfriado se convertera numa gripe; em seguida, numa pneumonia; finalmente, falhara o coração.

Considerando estranho o óbito, as autoridades médicas de Munique mandaram que se realizasse uma autópsia. A *causa mortis*, a crer, inclusive, nos seus discípulos Karl Loewenstein e Robert Michels, fora a gripe espanhola, que, desde 1918, ceifava a vida de muitas pessoas na Alemanha e no resto do mundo. E, embora tenha cedido terreno depois da primavera de 1919, e desaparecido da opinião pública, a pandemia teve recidivas até 1920, e talvez tenha durado mesmo até 1923.

Weber completara havia pouco 56 anos de idade, e, machadianamente falando, lá se lhe ia a ciência em plena frutificação. Ainda segundo Radkau, vivia

3. GUERRA, Ruy. **Metrópole à beira-mar: o Rio moderno dos anos 20.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

4. RODRIGUES, Nelson. **Memórias: a menina sem estrela**. Rio de Janeiro: Agir, 2009. p. 73-74 e 77.

5. RADKAU, Joachim. **Max Weber: la pasión del pensamiento.** Trad. Edda Webels. México: FCE, 2011.

ele à época "uma primavera de amor e uma euforia como nunca as havia experimentado antes": Else Jaffé, produção teórica, inserção na vida pública alemã... Superara de todo o colapso nervoso que o afastara da vida acadêmica, "e esse homem aparentemente vigoroso passava horas e horas sentado à janela, olhando o vazio", doença que o levara a periódicas internações em hospitais psiquiátricos.[6]

De fato, foi na segunda década do século passado que, tanto do ponto de vista teórico quanto da práxis, Weber teve a intervenção mais aguda na política alemã. Em 1914, manifestou-se um entusiasta da guerra, inscrevendo-se, inclusive, como voluntário no Exército, todavia, no ano seguinte, tornou-se um pacifista. Em 1917, adepto da monarquia constitucional, embora fosse um severo crítico do *kaiser*, em quem via o principal mal da vida política alemã, passou a defender o parlamentarismo. Em 1918, foi um dos delegados da Alemanha, em Versalhes, para a assinatura do tratado de paz, e um dos fundadores do Partido Democrático Alemão (*Deustche Demokratische Partei* – DDP), de extração liberal. No ano seguinte, foi candidato, sem sucesso, nas eleições para a Assembleia Constituinte.[7]

Nos anos 1916 a 1919, trouxe à luz, dentre outros, os seguintes títulos, com repercussão relevante no processo político alemão da época e no pensamento político universal a partir de então: 1916 – *Entre duas leis*; 1917 – *Sufrágio e democracia na Alemanha*; 1917 – *Parlamento e governo na Alemanha reordenada*; 1918 – *O socialismo*; 1919 – *O presidente do Reich* e A *política como vocação*.[8] Em 1920, publicou a segunda versão, revisada e ampliada, do seu texto mais conhecido, mais lido e mais consagrado:[9]*A ética protestante e o espírito do capitalismo*.

---

6. BENDIX, Reinhard. **Max Weber**. Trad. Maria Antonia A. de Grant. Buenos Aires: Amorrortu, 2012. p. 26.

7. MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. Max Weber, a Constituição de Weimar e o semipresidencialismo: tragédia, perigos e potencialidades de um sistema de governo. In: BERCOVICI, Gilberto (Coord.). **Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019).** São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 431-447.

8. Versando também matéria político-constitucional, Weber publicou, em 1905, *Sobre a democracia constitucional na Rússia*, o qual, juntamente com os textos vinculados a esta nota, e mais *O Estado nacional e a política econômica* (1895) e *A ciência como vocação* (1919), estão compilados em WEBER, Max. **Escritos políticos**. Trad. Regis Barbosa; Karen E. Barbosa. São Paulo: Folha de S.Paulo, 2015.

9.VILLEGAS M., Francisco Gil. **Max Weber y la guerra académica de los cien años: la polémica en torno a la ética protestante y el espíritu del capitalismo (1905-1912).** México: FEC, 2013.

II

No ano de 1918, Weber participou da comissão que se reuniu no Ministério do Interior, nos dias 11 e 12 de dezembro, com o objetivo de preparar um esboço de constituição a ser apresentado à Assembleia Constituinte de Weimar. Marianne Weber, na biografia do marido, relata que, "ao mesmo tempo que apareciam os ensaios constitucionais de Weber, o novo ministro [...] do Interior, doutor H. Preuss, punha-se a redigir uma constituição para o Reich", tendo convidado "um reduzido grupo de expertos, entre eles Weber, para uma conferência secreta" e que "este era o tipo de tarefa que Weber desejara". Nas impressões que a biógrafa transcreve, Weber considerava que "Preuss está fazendo muito bem a sua tarefa. É um homem muito sagaz. Tudo deverá estar pronto amanhã [dia 12]; é provável que nunca se haja feito com tal rapidez uma 'constituição'". Mas não descartava a possibilidade de que "tudo terminasse no lixo". No dia seguinte, observava não só que "a constituição do Reich está pronta", mas fundamentalmente que "é *muito* similar a minhas propostas". E salientava que "foi um trabalho esgotante de dia inteiro, com gente muito sagaz" e que "foi um prazer, de segunda a terça-feira à noite", concluindo satisfeito: "Hoje dormi a noite inteira pela primeira vez (13 de dezembro de 1918)".[10]

Weber observava que, diversamente da Inglaterra, Holanda e Estados Unidos, a democracia na Alemanha não seria associada a uma revolução gloriosa ou a uma paz honrosa, mas, em vez disso, à derrota e humilhação. Por conseguinte, como "pode ela tornar-se um componente valioso da autoconsciência nacional"? E tentava fugir da disjunção proposta por Preuss, a saber, "ou Wilson ou Lenin", ou a democracia nascida da Revolução Francesa, fortalecida por todo um século de luta, e desenvolvida pelos Estados Unidos, ou "as formas primitivas, incoerentes e brutais do fanatismo russo". Na verdade, Weber queria transcender as "visões utópicas" da Fórmula de Petrogrado de Lenin e dos Quatorze Pontos de Wilson.[11]

A Constituição de Weimar foi sancionada pelo presidente da República, Friedrich Ebert, em 11 de agosto de 1919, e entrou em vigor três dias depois. O processo constituinte transcorreu no ritmo frenético que a Alemanha vivenciou a partir dos últimos meses de 1918. De fato, como desdobramento da Revolução Alemã, em 12 de novembro, o Conselho dos Comissários do Povo, no *Chamado ao Povo Alemão*, designou o dia 19 de janeiro de 1919 para que ocorressem as eleições à Assembleia Nacional Constituinte, e nomeou Hugo Preuss para a

10. WEBER, Marianne. **Biografía de Max Weber.** Trad. María Antonia Neira Bigorra. México: FCE, 1995. p. 582.

11. DIGGINS, John Patrick. **Max Weber: a política e o espírito da tragédia**. Trad. Liszt Vieira; Marcus Lessa. Rio Janeiro: Record, 1999. p. 268, 269 e 270.

Secretaria do Interior, com a finalidade de elaborar anteprojeto de Constituição, a ser apresentado à futura Assembleia.

Em 9 de novembro de 1918, o *kaiser* Guilherme II abdicara, finalizando o II Reich Alemão. No mesmo dia, generais franceses e alemães assinaram o armistício que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Ainda nesse dia, Maximiliano, príncipe de Baden, renunciou à chancelaria, sendo substituído por Friedrich Ebert, líder do Partido Social Democrático (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands* – SPD). No dia anterior, na Bavária, sob a liderança de Kurt Eisner, socialista independente, proclamara-se uma república socialista, em que se propunha a coexistência de Parlamento e Conselhos. Ainda no dia 9, o deputado social-democrata Philipp Scheidemann, na varanda do *Reichstag*, proclamou a república na Alemanha e, a pouca distância e pouco tempo depois, Karl Liebknecht, um dos líderes do movimento esquerdista *Spartacus*, proclamou a Alemanha como uma república soviética.[12]

III

Com a Revolução Alemã de 1918, Weber vislumbrava o seu país defrontado com a alternativa *liberalismo ou comunismo*. Destarte, se a Alemanha estava em situação revolucionária em 1918 e todas as revoluções reivindicam ser populares e agir em nome do povo, estaria a opção verdadeira entre a Revolução Francesa e a Revolução Russa?

Discordando de Preuss e de alguns outros intelectuais alemães, Weber dificilmente consideraria a Revolução Francesa como a alternativa à Revolução Russa. Como resultado de 1789, ele via o desenvolvimento de uma tendência bonapartista estatizante que levou a uma crescente burocracia em um país católico, no qual a Igreja temia a Revolução e combatia o liberalismo. As simpatias de Weber eram anglo-americanas – ele sentia especial atração pelo puritanismo da Nova Inglaterra, onde as seitas protestantes estavam ao lado da

12. Os dados sobre o processo político alemão, inclusive, o processo constituinte de 1918/1919, e os dados biográficos concernentes a Max Weber, utilizados neste ensaio, foram retirados principalmente de MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. **Op. cit**., 2019. Cf. também BENDIX, Reinhard. **Max Weber**. Trad. Maria Antonia A. de Grant. Buenos Aires: Amorrortu, 2012; WHAJO, Holborn. **A history of modern Germany (1840-1945)**. Princeton: Princeton University Press, 1982; KLEIN, Claude. **Weimar**. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1995; MOMMSEN, Wolfgang J. **Max Weber and German politics (1890-1920)**. Translated by Michael S. Steinberg. Chicago: The University of Chicago Press, 1990; RADKAU, Joachim**. Op. cit.**, 2011; WEBER, Marianne. **Op. cit.**, 1995; SKACH, Cindy. **Borrowing constitutional designs: constitutional law in Weimar Germany and The French Fifth Republic**. Princeton: Princeton University Press, 2005; STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI**. Trad. Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2018; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

revolução – e, se ele foi cético com relação à fé sanguínea de Wilson na democracia, muito mais cético ficou a respeito da fé desesperada de Lenin na revolução. Weber queria transcender as "visões utópicas" da Fórmula de Petrogrado de Lenin e dos Quatorze Pontos de Wilson.[13]

A adoção pela Constituição de Weimar daquilo que Maurice Duverger denominaria "regime semipresidencial", colocando, inclusive, a República de Weimar no topo da sua plêiade,[14] estará inevitavelmente associado a Weber. Segundo Juan Linz, "a primeira formulação dos argumentos para a introdução de tal sistema pertence a Max Weber e, com algumas diferenças de enfoque, a Hugo Preuss, o homem que planejou a Constituição de Weimar".[15]

De fato, estabeleceram-se, inclusive antes da Constituição de Weimar, regimes semipresidencialistas, dentre os quais se observam muitos pontos em comum. De outra parte, cumpre registrar que a palavra "semipresidencialismo", que a análise política consagrou, não pertence ao vocabulário weberiano. O vocábulo é posterior a Weber, e a experiência semipresidencial é anterior à República de Weimar. Veja-se a experiência da II República francesa, configurada pela Constituição de 1848, e que foi levada de roldão pelo 18 Brumário de Luís Bonaparte. No entanto, se Weber não inventou o semipresidencialismo, foi o primeiro a desenvolver uma teoria e uma legitimação para tal tipo de regime.[16]

Na verdade, parece estar mesmo vinculada a Weber, na Alemanha, a eleição presidencial por sufrágio popular, com a teoria política de um regime aliando um presidente plebiscitário, investido de poderes substantivos, a um governo da confiança do parlamento, um "governo plebiscitário-representativo". Para Wolfgang J. Mommsen, Weber vislumbrava no *Reichspräsident* a chave do sistema constitucional da República de Weimar, atribuindo-lhe o papel do grande líder cesarista, indispensável numa democracia de massas moderna.[17]

---

13. Ibid., 1999, p. 270.

14. DUVERGER, Maurice. **Échec au roi**. Paris: Albin Michel, 1978.

15. LINZ, Juan J. Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference? In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Ed.). **The failure of presidential democracy: comparative perspectives**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994, v. I, p. 49.

16. BAHRO, Horst. **Op. cit**., 1996.

17. MOMMSEN, Wolfgang J. **Op. cit**., 1990. Convém ressaltar que não se pode fazer uma relação entre a concepção weberiana e a desposada por Carl Schmitt, esta de viés notoriamente totalitário, distante de qualquer prospecto democrático. Cf., dentre outros, MEHRING, Reinhard. **Carl Schmitt: a biography**. Translated by Daniel Steuer. Cambridge: Polity Press, 2014; HERRERA, Carlos M. **A política dos juristas: direito, liberalismo e socialismo em Weimar**. Trad. Luciana Captan. São Paulo: Alameda, 2012; JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University California Press, 2000.

Ao fim e ao cabo, a ideia weberiana de um presidente eleito pelo sufrágio universal acabou por orientar o art. 48 da Constituição de Weimar.[18] E resultou na atribuição de um feixe de competências ao presidente, como: nomear e demitir o chanceler e seu gabinete; dissolver o *Reichstag*; fazer uso a qualquer tempo dos poderes emergenciais. Ademais, detentor de um mandato de sete anos, com permissão para reeleger-se, era o supremo-comandante das Forças Armadas, nomeando os seus oficiais e possuindo competência para tomar as "medidas apropriadas", incluindo o uso das Forças Armadas e a suspensão dos direitos fundamentais, quando ocorresse algum distúrbio relevante na ordem ou segurança públicas.

IV

Advém de Weber um cabedal de conceitos, definições e ideias que norteiam a análise política da atualidade, sobretudo os relacionados ao poder ou dominação, política, políticos e Estado.[19]

Deve destacar-se a sua tipologia das formas de poder político, que, fugindo à tradição clássica e filiando-se à tradição realista, numa linha de continuidade com Maquiavel e Montesquieu, busca a compreensão do exercício do poder, a necessidade da sua legitimação e o imperativo da sua institucionalização burocrática. Neste sentido, a compreensão do Estado só pode dar-se a partir da análise dos meios de que se utiliza para realizar o poder ou a dominação.[20]O Estado é a "entidade que reivindica o monopólio do uso legítimo da força física", acarretando que "este não se deixa definir sociologicamente pelo conteúdo

18. "Artigo 48. (1) Se um Estado-Membro inadimplir os deveres que lhe forem impostos pela constituição nacional ou pelas leis nacionais, o Presidente do Reich pode compeli-lo ao adimplemento com o auxílio das Forças Armadas. (2) Se a ordem e segurança públicas forem gravemente comprometidas ou ameaçadas dentro do Reich alemão, o Presidente do Reich poderá tomar as medidas necessárias para restaurar a ordem e segurança públicas; se necessário, com o auxílio das Forças Armadas. Com este propósito, ele poderá suspender temporariamente, no todo ou em parte, os direitos fundamentais enumerados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. (3) O Presidente do Reich deve comunicar imediatamente ao Reichstag acerca de todas as medidas tomadas em virtude dos parágrafos 1º e 2º deste artigo. Sob ordem do Reichstag, estas medidas deverão ser ab-rogadas. (4) Se houver perigo da demora, o Governo de um Estado-Membro poderá, para o seu próprio território, tomar medidas temporárias na forma do parágrafo 2º. Sob ordem do Presidente do Reich ou do Reichstag, estas medidas deverão ser ab-rogadas. (5) A regulação deste artigo deverá ser feita por uma Lei nacional". (traduziu-se) CORNELL UNIVERSITY LIBRARY. **The German Reich Constitution.** August 11, 2019. Disponível em: <http://hydrastg.library.cornell.edu/fedora/objects/nur:01840/datastreams/pdf/content>. Acesso em: 20 jun. 2020.

19. Cf., dentre outros, MALEY, Terry. **Democracy and the political in Max Weber's thought.** Toronto: University of Toronto Press, 2011; MOMMSEN, Wolfgang J. **Op. cit.**, 1990; COHN, Gabriel. **Weber, Frankfurt: teoria e pensamento social**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2016 (principalmente o ensaio Soberania e responsabilidade – Weber sobre parlamento e governo).

20. MORAES, Filomeno; MACHADO. **Op. cit**., 2019.

daquilo que faz".[21] Logo, quem se entrega à política – entendida como a direção do agrupamento político denominado *Estado* ou a influência que se exerce em tal sentido – aspira ao poder, quer porque o considere como instrumento para a realização de outros fins, ideais ou egoístas, quer porque deseja "o poder pelo poder", para gozar do sentimento de prestígio que ele confere, que se utiliza para realizar o poder ou a dominação. Ademais, a existência só de estruturas sociais de que a violência estivesse ausente acarretaria o desaparecimento do conceito de Estado e a subsistência apenas do que propriamente se denomina *anarquia*. Todavia, se a violência não é o único instrumento do Estado, ela se constitui no seu instrumento específico. Weber acentua mais que, em todos os tempos, os agrupamentos políticos mais diversos, começando pela família, recorreram à violência física, e a tiveram como instrumento normal do poder. Agora, o que caracteriza o Estado moderno e contemporâneo é estabelecer-se como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território, reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física.[22]

Fundamentalmente, a sociologia política de Weber foi marcada pela sua teoria dos tipos de dominação, arrolando três tipos-ideais, a saber: o tradicional, o carismático e o racional-legal. A dominação tradicional persiste na crença na sacralidade ou santidade de quem dá a ordem e de suas ordenações, sua forma mais pura manifesta-se pela autoridade patriarcal, com o senhor que ordena e os súditos que obedecem. O ordenamento é fixado pela *tradição* e sua violação afronta a autoridade. Os servidores são totalmente dependentes do senhor e ganham os seus cargos, seja por privilégios, seja por concessões feitas pelo senhor. Por seu turno, na dominação carismática, o polo negativo do poder obedece ao polo positivo por conta do seu *carisma*, dos dons pessoais excepcionais. Na dominação legal, tem-se a obediência fundada na vigência e aceitação da validade intrínseca das normas, e o seu quadro administrativo é mais bem representado pela burocracia. A ideia principal da dominação legal é que deve existir um *estatuto que pode ou criar ou modificar normas*, desde que esse processo seja legal e de forma previamente estabelecido. Nessa forma de dominação, o dominado obedece à regra, e não à pessoa em si, independente do pessoal, ele obedece ao dominante que possui tal autoridade devido a uma regra que lhe deu legitimidade para ocupar esse posto, ou seja, ele só pode exercer a dominação dentro dos limites preestabelecidos. Assim, o poder se pretende impessoal; obedece-se à regra estatuída e não à administração pessoal.

São três, pois, os fundamentos da legitimidade, a saber: a autoridade do *passado eterno*, os costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito;

21. WEBER, Max. **Op. cit**., 2015, p. 316.

22. Ibid., 2015, *passim*.

a autoridade que se funda em dons pessoais e extraordinários de um indivíduo, o *carisma*, compreendido como devoção e confiança estritamente pessoais depositadas em alguém que se singulariza por qualidades prodigiosas, por heroísmo ou por outras qualidades exemplares que fazem dele o chefe; e a autoridade que se impõe em razão da *legalidade*, ou da crença na validade de um estatuto legal, fundado em regras racionalmente estabelecidas.

Weber pergunta como as forças políticas dominantes conseguem afirmar a sua autoridade, com tal indagação se referindo a qualquer tipo de dominação, a tradicional, a carismática e a legal. E responde que, de modo geral, o desenvolvimento do Estado moderno parte de "o desejo de o príncipe expropriar os poderes 'privados' independentes, que, a par do seu, detêm força administrativa, isto é, todos os proprietários de meios de gestão, de recursos financeiros, de instrumentos militares e de quaisquer espécies de bens suscetíveis de utilização para fins de caráter político". Tal processo se desenvolve em paralelo perfeito com o desenvolvimento da empresa capitalista que mina, aos poucos, os produtores independentes. Por fim, observa-se que, no Estado moderno, o poder tende a dispor da totalidade dos meios políticos de gestão. Na verdade, tende a reunir-se sob mão única, pois funcionário algum permanece como proprietário pessoal do dinheiro que o Estado manipula ou dos edifícios, reservas e máquinas de guerra que o Estado controla.

A seu tempo, a aparecemos *políticos profissionais*, pois é "possível transformar a política em profissão secundária ou em profissão principal, exatamente como ocorre na esfera da atividade econômica".[23] São dois os modos de fazer política, ou se vive *para* a política ou se vive *da* política. Weber ressalta que "o antagonismo não é de modo algum exclusivo. Pelo contrário: geralmente, fazem-se ambas as coisas, pelo menos em termos ideais, mas quase sempre também na prática". Assim é que, "quem vive 'para' a política, faz 'dela a sua vida', em um sentido *profundo* [...]: ou aprecia a posse nua e crua do poder que exerce ou alimenta seu equilíbrio interno e sua autoestima a partir da convicção de dar um 'sentido' [...] à sua vida pela dedicação a uma 'causa' [...]".[24]

V

A obra teórica e metodológica de Weber acabou por ganhar grande prestígio dentro e fora da Alemanha, e o pensador conquistou lugar na galeria dos "clássicos", talvez o último dos "clássicos".[25]

---

23. Ibid., 2015. p. 321.

24. Ibid., 2015. p. 323.

25. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. São Paulo: Campus, 2000.

Grandes pensadores, teóricos e pesquisadores do século XX têm dívida intelectual com Weber. A título de amostragem, nomeiem-se Karl Jaspers, Karl Mannheim, Eric Voegelin, Norbert Elias, Anthony Giddens. Nos Estados Unidos, nos anos 1930, Talcott Parsons traduziu os seus estudos e por ele foi influenciado. Depois, num registro crítico a Parson, Charles Wright Mills e Hans Gerth organizaram a coletânea de textos intitulada *From Max Weber* (1946). Na França, dentre outros, Raymond Aron e Julien Freund foram divulgadores do pensamento weberiano. Na Alemanha atual, Jürgen Habermas destaca a influência de Weber na sua teoria da ação comunicativa. Na Itália, Norberto Bobbio destacou o seu apreço teórico por Weber, como afirmado acima. Na Argentina, Guillermo O'Donnell tem o seu pensamento, em boa medida, fundado na obra weberiana. No Brasil, de modo pioneiro, Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro, respectivamente, com *Raízes do Brasil* e *Os donos do poder*, foram influenciados pela obra weberiana. Do mesmo modo, *Bases do autoritarismo brasileiro*, de Simon Schwartzman, tem inegável influência do pensador.[26]

No seu tempo, Weber liderou o principal centro de pensamento sociológico na Alemanha do início do século XX, em Heidelberg, reunindo intelectuais e universitários que já possuíam ou possuiriam destacado prestígio. Dentre os participantes regulares ou episódicos do *Círculo Weber de Heidelberg* (1906-1918), registram-se, entre outros, os sociólogos Ferdinand Tönnies, Werner Sombart, Georg Simmel, Alfred Weber, Robert Michels, Ernst Troeltsch; os filósofos Wilhelm Windelband, Hugo Münsterberg e Emil Lask; o jurista George Jellinek; o poeta Ernst Toller; o psiquiatra Karl Jaspers; Paul Honigsheim, Ernst Bloch e György von Lukács. Assim, o *Círculo* agregou figuras tão diferentes, como o filósofo marxista utópico-messiânico Ernst Bloch, o poeta, dramaturgo e comandante do Exército Vermelho da República dos Conselhos da Baviera (1919) Ernst Toller e o filósofo marxista e comissário do povo na República Húngara dos Conselhos (1919) Gyorgy Lukács. De modo geral, a revivescência do catolicismo, a música clássica e a literatura russa faziam a unidade do *Círculo de*

---

26. MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. **Op. cit.,** 2019. No que tange à relevância de Weber na América Latina, cf. LAIZ, Álvaro M.; WEISZ, Eduardo (Ed.). **Max Weber en Iberoamérica: nuevas interpretaciones, estudios empíricos y recepción**. México: FCE; CIDE, 2016. Da produção brasileira, cf., dentre outros, COHN, Gabriel. Max Weber: muito além do Estado nacional. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Org.). **Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil**. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1. p. 23-37; BÔAS, Glaucia Villas. A recepção controversa de Max Weber no Brasil (1940-1980). **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, p. 5-33, 2014; SELL, Carlos Eduardo. Weber no século XXI, desafios e dilemas de um paradigma weberiano. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, p. 3-5-71, 2014; BIANCHI, Alvaro. O conceito de Estado em Max Weber. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, p. 79-104, 2014; REIS, Fábio W. Três temas weberianos. **Cult – Revista Brasileira de Cultura**, Rio de Janeiro, n. 124, p. 51-54, maio 2008.

Heidelberg, com a obra de Dostoiévsky e Tolstói encontrando-se no centro dos debates, particularmente no contexto da contradição entre a ética absoluta posta por esses escritores russos e a ética da responsabilidade, disjunção muito cara a Weber.[27]

Por tudo, a própria mente weberiana e as companhias, reunindo intelectuais seniores e juniores, de cosmovisões, interesses e especializações vários, pode enquadrar Weber – utilizando-se da categorização de Isaiah Berlin – como um escritor "raposa".[28] Destarte, convém ressaltar que a sua participação na política alemã, sobretudo entre os anos de 1916 e 1920, tem de ser vista em função dos seus "escritos políticos", desenvolvidos desde a sua aula inaugural na Universidade de Friburgo, em 1895, até a conferência "A política como vocação", de 1919. Mais do que ninguém, Weber considerava o raciocínio teórico como parte da vida, sendo difícil imaginar que as opções que fez em relação à política, mormente no que concerne à sua colaboração para as decisões da Assembleia Constituinte de Weimar, obedecessem a posicionamentos meramente pragmáticos.

No entanto, depois da Segunda Guerra, desenvolveu-se controvérsia sobre o suposto papel de Weber no que diz respeito à antecipação do nazismo, com o clímax do debate ocorrendo durante a conferência comemorativa do centenário do seu nascimento, em 1964, em Heidelberg. Pretendeu-se, ali e em outros lugares, fazer uma vinculação – ligeira, descontextualizada e irresponsável – do pensador do Estado e da Constituição com a crise permanente da República de Weimar (1918-1933) e os poderes que o artigo 48 atribuía ao presidente da República, poderes que se exponenciaram com a chegada de Adolf Hitler ao poder, em 1933.[29] Em tal controvérsia, contudo, talvez os contra-argumentos em favor de Weber tenham sido os vencedores, nomeadamente quando se indicam a sua oposição ao antissemitismo, a sua defesa da liberdade acadêmica, as suas críticas às lideranças alemãs durante a Primeira Guerra Mundial, a sua admiração pelas culturas liberais da Inglaterra e dos Estados Unidos, a sua ojeriza ao racismo e a sua preocupação com os oprimidos e impossibilitados de decidir a vida livremente.[30]

---

27. LÖWY, Michael. **Para una sociología de los intelectuales revolucionarios: la evolución política de Lukács (1909-1929).** Trad. María D. de la Peña. México: Siglo Veintiuno, 1978. p. 24 e *passim*; MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. **Op. cit**., 2019.

28. "There is a line among the fragment of Greek poet Archilochus which says: 'The fox knows many things, but the hedgehog knows on big thing'. Scholars have differed about the correct interpretation of the dark words, which may mean no more than that the fox, for all his cunning, is defeated by the hedgehog's one defence." BERLIN, Isaiah. **The proper study of mankind: an anthology of essays**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1998. p. 436.

29. MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. **Op. cit**., 2019.

30. DIGGINS, John Patrick. **Op. cit.**, 1999.

VI

A pandemia da gripe espanhola não poupou Weber. Todavia, cem anos depois, quando o mundo vivencia outra pandemia, as suas ideias político-constitucionais vivem em abundância, capazes de guiar, em muitos aspectos, a agenda político-constitucional contemporânea. E ressoam a sua profissão de fé na política, como a arte de evitar que o convívio humano se transforme em um inferno, encarecendo-se as suas palavras relativas à *vocação da política*:[31]

> Fazer política significa perfurar lenta e energicamente tábuas duras com uma combinação de paixão e senso de proporção. É certo afirmar – e toda a experiência histórica confirma – que não se teria alcançado o possível se, neste mundo, não se tentasse o impossível.

Referências Bibliográficas

BAHRO, Horst. A influência de Max Weber na Constituição de Weimar e o semipresidencialismo português como sistema político de transição. **Análise Social**, Lisboa, v. XXXI, nº 138, p. 772-802, 1996.

BENDIX, Reinhard. **Max Weber**. Trad. Maria Antonia A. de Grant. Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERLIN, Isaiah. **The proper study of mankind: an anthology of essays**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1998.

BIANCHI, Alvaro. O conceito de Estado em Max Weber. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, p. 79-104, 2014.

BÔAS, Glaucia Villas. A recepção controversa de Max Weber no Brasil (1940-1980). **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, p.5-33, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. São Paulo: Campus, 2000.

COHN, Gabriel. **Weber, Frankfurt: teoria e pensamento social**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2016.

COHN, Gabriel. Max Weber: muito além do Estado nacional. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Org.). **Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil**. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1. p. 23-37.

CORNELL UNIVERSITY LIBRARY. **The German Reich Constitution.** August 11, 2019. Disponível em: <http://hydrastg.library.cornell.edu/fedora/objects/nur:01840/datastreams/pdf/content>. Acesso em: 20 jun. 2020.

DIGGINS, John Patrick. **Max Weber: a política e o espírito da tragédia**. Trad. Liszt Vieira; Marcus Lessa. Rio Janeiro: Record, 1999.

31. WEBER, Max. **Op. cit**., 2015. p. 463.

DUVERGER, Maurice. **Échec au roi**. Paris: Albin Michel, 1978.

GUERRA, Ruy. **Metrópole à beira-mar: o Rio moderno dos anos 20**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

HAJO, Holborn. **A history of modern Germany (1840-1945)**. Princeton: Princeton University Press, 1982.

HERRERA, Carlos M. **A política dos juristas: direito, liberalismo e socialismo em Weimar**. Trad. Luciana Captan. São Paulo: Alameda, 2012.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University California Press, 2000.

KLEIN, Claude. **Weimar**. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1995.

LAIZ, Álvaro M.; WEISZ, Eduardo (Ed.). **Max Weber en Iberoamérica: nuevas interpretaciones, estudios empíricos y recepción**. México: FCE; CIDE, 2016.

LINZ, Juan J. Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference? In: LINZ, Juan J.; VALENZUELA, Arturo (Ed.). **The failure of presidential democracy: comparative perspectives**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994. v. I. p. 3-87.

LÖWY, Michael. **Para una sociología de los intelectuales revolucionarios: la evolución política de Lukács (1909-1929).** Trad. María D. de la Peña. México: Siglo Veintiuno, 1978.

MALEY, Terry. **Democracy and the political in Max Weber's thought**. Toronto: University of Toronto Press, 2011.

MEHRING, Reinhard. **Carl Schmitt: a biography**. Translated by Daniel Steuer. Cambridge: Polity Press, 2014.

MOMMSEN, Wolfgang J. **Max Weber and German politics (1890-1920).** Translated by Michael S. Steinberg. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

MORAES, Filomeno. A morte de Max Weber. **Segunda Opinião**, Fortaleza, 17 jun. 2020. Disponível em: https://segundaopiniao.jor.br/author/filomeno-moraes/. Acesso em: 20 jun. 2020.

MORAES, Filomeno. Max Weber e o semipresidencialismo da Constituição de Weimar. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 9 jun. 2019. Disponível: https://www.conjur.com.br/2019-jun-09/filomeno-moraes-max-weber-semipresidencialismo-weimar. Acesso em: 20 jun. 2020.

MORAES, Filomeno; MACHADO, Raquel. Max Weber, a Constituição de Weimar e o semipresidencialismo: tragédia, perigos e potencialidades de um sistema de governo. In: BERCOVICI, Gilberto (Coord.). **Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019)**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 431-447.

RADKAU, Joachim. **Max Weber: la pasión del pensamiento**. Trad. Edda Webels. México: FCE, 2011.

REIS, Fábio W. Três temas weberianos. **Cult – Revista Brasileira de Cultura**, Rio de Janeiro, n. 124, p. 51-54, maio 2008.

RODRIGUES, Nelson. **Memórias: a menina sem estrela**. Rio de Janeiro: Agir, 2009.

SELL, Carlos Eduardo. Weber no século XXI, desafios e dilemas de um paradigma weberiano. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 1, p. 3-5-71, 2014.

SKACH, Cindy. **Borrowing constitutional designs: constitutional law in Weimar Germany and The French Fifth Republic**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI**. Trad. Gercélia B. de Oliveira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2018.

VILLEGAS M., Francisco Gil. **Max Weber y la guerra académica de los cien años: la polémica en torno a La ética protestante y el espíritu del capitalismo (1905-1912)**. México: FEC, 2013.

WEBER, Marianne**. Biografia de Max Weber**. Trad. María Antonia Neira Bigorra. México: FCE, 1995.

WEBER, Max. **Escritos políticos**. Trad. Regis Barbosa; Karen E. Barbosa. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.

WEBER, Max. **A ética protestante e o "espírito" do capitalismo**. Trad. José M. M. Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Credor Garantido por Alienação Fiduciária no Processo de Recuperação Judicial: Impossibilidade de execução individual

Francisco Satiro[1]

A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência da propriedade de um bem para o credor, em caráter resolúvel, para que sirva de garantia do cumprimento de determinada obrigação[2, 3]. Essa característica reflete-se na forma de constituição da garantia fiduciária. Nesse sentido, Pontes de Miranda faz menção a dois negócios jurídicos distintos ao tratar da alienação fiduciária em garantia: um de natureza *outorgativa,* vinculado à efetiva transmissão da propriedade do bem para o fiduciário, com natureza *erga omnes*; e outro propriamente *vinculativo do fiduciário,* atrelado ao cumprimento da obrigação principal e à restituição do bem alienado se verificado o cumprimento da obrigação, com natureza pessoal e eficácia *intrapartes*[4].

A transferência da propriedade do bem alienado em garantia, por negócio jurídico próprio, distingue a alienação fiduciária das demais modalidades de garantia real, como a hipoteca ou penhor, em que o devedor remanesce com a

---

1. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

2. "Em essência, a fidúcia, desde a sua mais remota concepção, encerra a ideia de uma venda fictícia, ou provisória: era a convenção pela qual uma das partes (o fiduciário), tendo recebido de outra (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado naquele pacto" (CHALHUB, Melhim Namem. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 153).

3. Tratando de alienação de bens imóveis, o art. 22 da Lei 9514/97 assim a define: "A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel".

4. "Ponto relevante, característico, do negócio jurídico fiduciário, está em que a outorga de titularidade é *erga omnes*, ao passo que a relação jurídica entre o fiduciante e o fiduciário persiste entre figurantes, intrapartes, se o sistema jurídico, na espécie ou no caso, não atribuiu, também, a essa relação jurídica, a eficácia *erga omnes*, como se dá, por exemplo, nos fideicomissos. Nos negócios jurídicos fiduciários, há momento em que a eficácia do negócio jurídico cessa, quer porque nasce o dever de restituição, quer porque se apôs cláusula com formalidade registrária com cuja eficácia posterior se resila o negócio, no tocante à fidúcia" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado – Volume LII.** 1. Ribeirão Preto: Revista dos Tribunais, 1966. p. 341). No que é seguido por Orlando Gomes (**Alienação fiduciária em garantia.** São Paulo: RT, 1979. p. 36).

titularidade do ativo. No caso das garantias reais, o credor, no momento da execução e em função da penhora, terá prioridade sobre o resultado da venda do bem sobre o qual se constituiu a garantia. Mas só nesse momento e sobre os resultados da venda enquanto houver execução individual; no caso de concurso, como a falência, o valor da garantia serve simplesmente como referência para a definir o montante de crédito a ser tratado como privilegiado (art. 83, II) no concurso, não restando qualquer direito direto sobre o bem em si ou mesmo o produto de sua alienação. São os reflexos materiais dessa distinção entre alienação em garantia e constituição de garantia real, conforme demonstrarei a seguir, que fundamentam a opção do legislador pela não sujeição do credor fiduciário aos efeitos da Recuperação Judicial, bem como ensejam a existência de procedimentos específicos para consolidação da propriedade fiduciária – inclusive com a dispensa, em certos casos, da intervenção jurisdicional.

As particularidades da alienação fiduciária não alteram, porém, a circunstância essencial de que se trata de modalidade de garantia que vincula apenas bens determinados do patrimônio do devedor. Também não alteram, por si, a *natureza do crédito* garantido, ou as condições materiais atreladas ao seu pagamento, tratando-se apenas da mera vinculação imediata de um bem específico ao adimplemento da obrigação. A própria natureza da relação de fidúcia, que se realiza pelo *elemento vinculativo do devedor,* na definição de Pontes de Miranda, impõe, com ainda mais ênfase, a necessidade de que o negócio fiduciário se vincule a um conjunto *determinado* de bens ou a um bem específico do devedor, que materializa a relação de confiança das partes. Se a garantia se dá com a transferência do bem (ainda que em caráter fiduciário), aplica-se a máxima de que "ninguém pode transferir direitos que não possui". Por outro lado, seria mesmo contraditório admitir a existência de fidúcia *genérica*, a recair de forma indiscriminada sobre o patrimônio do devedor em favor de um credor[5].

Em resumo, são as características específicas da garantia fiduciária – quais sejam: *(i)* a relação direta de domínio do credor sobre o bem alienado em garantia pelo devedor, em caráter resolutivo, e também *(ii)* o vínculo específico que recai sobre bens determinados do devedor, que são objeto da *fidúcia* – que

5. Destaca-se que a origem remota do instituto da alienação fiduciária, no direito continental, é o instituto da *fidúcia cum creditore* do Direito Romano, pela qual se previa a transferência da propriedade, pela *mancipatio* ou *in iure cessio,* de coisa infungível ao credor, em garantia do cumprimento de uma obrigação. Também se previa, aqui, que a obrigação se constituiria pela transferência de um bem específico ao patrimônio do credor, com a obrigação de restituição sendo pactuada através do *pactum fiduciae,* apartado do negócio translativo,o que reforça a natureza específica e determinada do bem objeto da garantia. Nesse sentido, ver MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano***.* 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 362-363.

fundamentam o tratamento legal conferido a essa modalidade de garantia no ordenamento brasileiro.

Originalmente, a alienação fiduciária não foi recepcionada pelo Código Civil de 1916, tendo recebido tratamento específico na legislação generalista apenas com o advento do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), que estabeleceu diretrizes sobre a propriedade fiduciária de bens móveis fungíveis. As demais modalidades de negócios fiduciários foram tratadas por leis especiais, cuja competência foi expressamente excetuada pelo art. 1.368-A do CC, incluído pela Lei 10.931/2004. Dentre elas, destaco: (i) a Lei 4.728/1965, com as posteriores alterações, que dispõe sobre a alienação de bens móveis, títulos de crédito e coisa fungíveis, no âmbito do mercado financeiro e de capitais; (ii) a Lei 6.404/1976, ao dispor sobre a alienação fiduciária de ações; (iii) a Lei 8.668/1993, ao tratar da garantia fiduciária sobre imóveis no âmbito dos fundos de investimento imobiliário; (iv) o Decreto-Lei 911/1969, com as alterações posteriores, que dispôs, dentre outros pontos, sobre a alienação fiduciária de veículos; e, por fim, (v) a Lei 9.514/1997, que trata da propriedade fiduciária de bens imóveis em geral e de direitos creditórios oriundos da comercialização de imóveis, dentre outros aspectos. Todas essas modalidades preservam as características elementares da garantia fiduciária, vinculando sua constituição sempre à transmissão da propriedade de um bem ao patrimônio credor, que a mantém até o adimplemento da obrigação garantida.

O tratamento distinto conferido pelos regimes especiais justifica-se pela sua temporalidade e pelas características específicas dos bens transmitidos e seus reflexos na estipulação da garantia. Assim sucede, por exemplo, com a forma de registro da garantia fiduciária de ações e seus possíveis reflexos no direito de voto do devedor/sócio (Art. 113, § único, da Lei 6.404/76); ou com a possibilidade de venda direta de título de créditos e bens fungíveis alienados em garantia no âmbito do mercado de capitais (Art. 66-B, § 3º, da Lei 4.728/65), em oposição às exigências próprias de avaliação, realização de leilões públicos e quitação aplicáveis aos bens imóveis (Arts. 26/27 da Lei. 9514/97). São elementos próprios de cada modalidade de garantia fiduciária, previstos expressamente em lei, que impõem requisitos e limites à constituição, manutenção e excussão da garantia, os quais deverão ser considerados pelos agentes de mercado ao optar pela constituição de determinada garantia fiduciária.

No âmbito do processo de reorganização empresarial, a alienação fiduciária, até então estranha ao Decreto-Lei 7661/45, recebeu tratamento especial com o advento da Lei 11.101, promulgada em 2005, que excluiu dos efeitos da recuperação judicial o "*credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis",* de modo a fazer prevalecer *"os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva"* (Art.

49, § 3º, da LRE). A opção legislativa é coerente com as características da garantia fiduciária e com o regime de garantias reais adotado no Brasil. O que a Lei 11.101/2005 tutela, afinal, é a condição específica do credor titular do bem destinado especificamente à satisfação do seu crédito, garantindo-lhe o pleno exercício de seus direitos de proprietário em caso de insolvência. Em outras palavras: o bem não faz parte do patrimônio do devedor, mas do credor. Por isso este é excluído dos concursos e rateios na falência, das assembleias e decisões coletivas no processo recuperacional. Ele não participa dos concursos porque o bem que satisfará seu crédito é seu (ainda que com as peculiaridades da propriedade fiduciária). O credor garantido por alienação fiduciária, de fato, é o correspondente brasileiro ao *secured credit*[6].

O tratamento excepcional conferido ao credor garantido por alienação fiduciária na recuperação judicial fundamenta-se, por um lado, em considerações de ordens financeira e econômica, na medida em que, ao preservar a eficácia da garantia, reforça-se o grau de segurança e previsibilidade das relações privadas, diminuindo os riscos e incertezas, reduzindo custos de monitoramento e garantindo, assim, maior disponibilidade e menor custo do crédito[7,8]. Por outro lado, estritamente jurídico, o que se pretende é reafirmar o efeito vinculativo da autonomia privada mediante a observância dos termos contratuais, tais como avençados, preservando o equilíbrio na alocação de riscos por elas assumidos. E prestigiar o direito de propriedade do credor. Não se trata, aqui, da tutela do *status* do credor – que é irrelevante para a definição da garantia fiduciária e não traz efeitos para o processo recuperacional –, mas, sim, de resguardar direito de propriedade que recai sobre o objeto da garantia, e que, por não mais integrar o patrimônio do devedor, não pode ser destinado ao processo de soerguimento.

O credor proprietário fiduciário em garantia já terá retirado do patrimônio do devedor o bem que satisfará seu crédito. Esse é o fundamento do seu tratamento diferenciado, quer na recuperação judicial, quer na falência, nos

---

6. WESTBROOK, Jay Lawrence. Secured creditor control and bankruptcy sales: An empirical view. **U. Ill. L. Rev**., p. 831, 2015. ARMOUR, John; HSU, Audrey Wen-hsin; WALTERS, Adrian. The costs and benefits of secured creditor control in bankruptcy: Evidence from the UK. **Review of Law & Economics**, v. 8, n. 1, p. 101-135, 2012.

7. Nesse sentido: "*UNCITRAL legislative guide on secured transactions – Report of the Secretary General" A/CN9/WG/VI/WP 2* (2002) Addendum 1 § 4 e "*Secured Transactions Systems and Collateral Registries*". World Bank, Washington, 2010. p. 8.

8. Para um estudo sobre o benefício da preservação dos créditos garantidos (secured creditors) a partir da teoria de custos de capital de Modigliani e Miller, ver Jackson, Thomas H., and Anthony T. Kronman. Secured financing and priorities among creditors. **The Yale Law Journal** 88.6 (1979): 1143-1182. No mesmo sentido Jackson, Thomas H. Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements, and the creditors' bargain. **The Yale Law Journal** 91.5 (1982): 857-907; e Stulz, René M., and Herb Johnson. An analysis of secured debt. **Journal of Financial Economics** 14.4 (1985): 501-521.

limites do valor do bem – o crédito que sobejar o valor do bem será tratado ordinariamente[9]. Não é uma característica especial do crédito nem tampouco do credor que explica a exceção, mas a própria estrutura da garantia fiduciária. Somente enquanto o credor tiver a propriedade (fiduciária) do bem é que não se submeterá ao tratamento coletivo dos credores, justamente porque não precisará concorrer com os demais pelo patrimônio do devedor para satisfação de seu crédito. Logo, se, por exemplo, o bem alienado fiduciariamente vier a perecer[10], deixando de existir, o crédito perderá o elemento que o distinguia e será tratado ordinariamente, a partir da sua natureza.

Em assim sendo, a previsão do artigo 49, § 3º da LRE não pode implicar permissão para que o credor detentor de bem alienado fiduciariamente opte por ajuizar a execução e busque a constrição de outros bens do devedor em recuperação judicial, mantendo aquele dado em garantia. Se não bastasse o fato de que o art. 6º estabelece expressamente que "...*o deferimento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as* (...) *execuções em face do devedor*..."[11], e que as únicas exceções são execuções trabalhistas (parcialmente, cf. art. 6º, § 2º) e fiscais (art. 6º, § 7º), tal expediente fere a lógica e os fundamentos do tratamento excepcional dos credores garantidos por alienação fiduciária. Admitir o inverso transformaria uma garantia atrelada a um ato específico de disposição patrimonial em um verdadeiro (e impróprio) privilégio pessoal, irrestrito, e sem correspondência em lei.

O raciocínio fundamenta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) ao tratar do limite do tratamento privilegiado do credor por garantia fiduciária na recuperação judicial, restringindo-o ao valor efetivo dos bens alienados em garantia (com exceção da alienação fiduciária de imóveis). Nesse sentido, pelos demais[12], faço referência ao recente acórdão prolatado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, da lavra do Des. Alexandre Lazzarini, que ratificou tal entendimento:

---

9. Salvo no caso da alienação fiduciária de bem imóvel em que, conforme art. 27, § 5º da Lei 9.514/97 ("considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º"), mesmo que o valor arrecadado com o bem não seja suficiente para fazer frente à dívida garantida, o credor não poderá cobrar eventual saldo.

10. Imagine-se o caso de um automóvel que é destruído por um raio durante a tempestade, ou um crédito que é desconstituído judicialmente.

11. E que as únicas exceções são execuções trabalhistas (parcialmente, cf. art. 6º, § 2º) e fiscais (art. 6º, § 7º).

12. STJ: (i) REsp 847.759/MG – 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão e (ii) REsp 38.208 - 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro; e TJ-SP: (iii) AI nº 2030253-10.2018.8.26.0000, 1ª CRDE, Rel. Des. HamidBdine, (iv) AI nº 2180904-54.2018.8.26.0000, 2ª CRDE, Rel. Des. Maurício Pessoa, e (v) AI nº 2050578-11.2015.8.26.0000, 32ª CDP, Rel. Des. Luis Fernando Nishi.

> Em outras palavras, o banco agravante, quando da celebração dos 1º e 2º aditivos, não possuía mais títulos para a garantia de liquidação da dívida, de forma que a garantia realmente se esvaziou, como alegado pelas recuperandas em contraminuta, deixando de estar regularmente constituída à luz dos dispositivos legais citados no item anterior. Ora, com efeito, *o **cerne da garantia fiduciária é a perda do bem alienado a favor do credor no caso de inadimplência do devedor,*** e uma consequência lógica para a regularidade da garantia é a posse ou a transmissão do título a favor do credor e, quando não se mostra possível a comprovação da existência de recebíveis hígidos a garantir o contrato, o crédito deve ser considerado quirografário. De fato, é importante a demonstração de higidez dos títulos, ***pois as C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial já se manifestaram no sentido de que o privilégio legal da extraconcursalidade está relacionado apenas à promoção da execução das garantias prestadas pelas recuperandas***, limitando-se a isto, de forma que, não sendo possível a execução da garantia contratualmente avençada, deve ser o crédito incluído na recuperação judicial, em concurso de credores" (grifos nossos).[13, 14]

Tal interpretação é a única capaz de harmonizar as regras atinentes ao credor proprietário na recuperação judicial e no processo de falência. Isso porque, na falência, o credor fiduciário poderá valer-se da condição de proprietário para pleitear a restituição do bem, do seu valor de avaliação (caso a coisa tenha deixado de existir após a constituição da massa) ou do preço de venda, sendo o excedente tratado como crédito quirografário[15].

O que fere a lei – e mesmo a lógica – é o credor pretender valer-se da extraconcursalidade que a propriedade fiduciária lhe confere para pretender excutir outros bens do patrimônio do devedor. Isso não ocorreria nem se o credor renunciasse à garantia fiduciária e restituísse a propriedade do bem à recuperanda, porque nesse caso seu crédito se transformaria em ordinário e suas ações individuais estariam suspensas como a de todos os demais da mesma classe, nos termos do caput do art. 6º da LRE. Sua posição excepcional limita-

---

13. TJ-SP – Agravo de Instrumento nº 2133982-18.2019.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, julgado em 9.10.2019, *v.u*.

14. Nesse sentido, destaco o entendimento do TJ-SP, no Agravo de Instrumento nº 2023264-85.2018.8.26.0000 (Rel. Des. Claudio Godoy), ao distinguir, nos empreendimentos imobiliários instituídos com patrimônio de afetação (Lei nº 10.931/2004), as *"obrigações ativas diretamente ligadas ao empreendimento e à sua causa"*, atreladas à realização da obra, daqueles oriundos de eventuais ações indenizatórias ajuizadas por credores-adquirentes. Entendeu-se que apenas os primeiros créditos não estão sujeitos à recuperação judicial, por interpretação extensiva do art. 119, IX, da LRE, ratificando, assim, que a exclusão do crédito deve guardar coerência com a regra que institui tal excepcionalidade, não se tratando de prerrogativa subjetiva do credor.

15. Art. 85, LRE: O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

se, pois, à extensão de seus "***direitos de propriedade*** *sobre a coisa"* (Art. 49, § 3º, da LRE). Nesse mesmo sentido, destaco o entendimento de Sacramone[16]:

> Difere-se esse direito de propriedade fiduciária sobre a coisa dos direitos reais de garantia, como a hipoteca, o penhor ou a anticrese. Nestes, o credor tem um direito real sobre o bem do devedor, enquanto na propriedade fiduciária o credor tem um direito real sobre bem próprio, de sua propriedade, ainda que resolúvel. Não satisfeita a dívida principal, o credor fiduciário pode retomar a coisa que é de sua propriedade. Não poderá, contudo, exigir a satisfação da obrigação por diversa forma ou executar o montante de seu crédito. O credor não se sujeita à recuperação judicial apenas pelo bem que lhe foi transferido fiduciariamente, o qual deve ser liquidado e amortizará seu crédito.

O credor proprietário não pode almejar o melhor dos dois mundos: manter a propriedade fiduciária e, ao mesmo tempo, pretender excutir outros bens do patrimônio do devedor em prejuízo dos demais credores concursais. Até porque, se assim não fosse, os efeitos da excussão do patrimônio da devedora por credores extraconcursais poderiam inviabilizar, inclusive, a apresentação e discussão de um plano coeso e previsível de reestruturação empresarial. Afinal, os credores concursais não teriam sequer condições de saber, de antemão, quais seriam os ativos disponíveis da empresa em crise – e, dessa forma, analisar a viabilidade de sua recuperação – na medida em que esses mesmos ativos, a qualquer momento, poderiam ser revertidos ao pagamento de um credor que não se sujeita ao processo recuperacional.

Por tais motivos, entendo que ao credor garantido por alienação fiduciária cabe escolher alternativamente: a) consolidar a propriedade fiduciária e seguir os procedimentos de venda nos estritos termos e com os efeitos da legislação aplicável à modalidade de alienação adotada, hipótese em que seu crédito não se submeterá ao tratamento coletivo no limite do montante garantido[17]; ou b) renunciar à garantia fiduciária e ver seu crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial. Em qualquer dos casos, não há possibilidade de execução individual de seu crédito.

O mesmo art. 49, § 3º, da LRE, é expresso ao prever que os direitos do credor proprietário serão exercidos "observada a *legislação respectiva*". Não se trata de mera ressalva genérica, ou desprovida de sentido – até porque a melhor interpretação não admite presumir inúteis as palavras da lei[18] –, mas de regra

16. SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 206-207.

17. Com a ressalva da Lei 9.514/97.

18. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 8. ed. Freitas Bastos, 1965. p. 262.

vinculativa, que atrela os direitos do proprietário fiduciário aos dispositivos próprios das leis que regem cada modalidade de garantia[19]. Ou seja: a natureza da alienação fiduciária impõe mecanismos próprios de constrição.

Logo, no âmbito de recuperação judicial, o credor não pode cobrar seu crédito por via da execução comum, mesmo que pretendesse a penhora do bem alienado fiduciariamente. Com efeito, na execução, a penhora recai sobre bens e direitos do devedor. E no caso da alienação fiduciária em garantia, como visto, o credor já é o proprietário do bem que pretenderia penhorar. A alienação fiduciária é incompatível com a penhora do bem alienado em execução comum.

Permitir a constrição judicial, via execução, do bem alienado fiduciariamente consistiria em permitir ao credor combinar, à sua conveniência, as regras que entendesse mais favoráveis da garantia fiduciária e da hipoteca imobiliária. Ao final, *ou um, ou outro*: se pretende excutir a garantia fiduciária, deve fazê-lo conforme as regras próprias; se, de outro lado, pretende excutir judicialmente o bem, deve renunciar expressamente aos privilégios da sua garantia.

Ao tentar executar a garantia fiduciária por meios distintos daqueles previstos no regime próprio da alienação fiduciária, o credor viola a lei imperativa, em conduta que caracteriza fraude à lei. É para coibir o comportamento abusivo do credor proprietário que a LRE ressalva expressamente que seus direitos deverão ser exercidos nos limites da *legislação respectiva* – leia-se: conforme os procedimentos legalmente estabelecidos para cada modalidade de garantia fiduciária.

O Brasil e o *Food Law* – Um novo modelo para o enfrentamento da questão alimentar

Gerardo Figueiredo Junior[1],
Giovanna Longo Eischen[2]

Afinal, O Que É *Food Law*?

Este texto surgiu a partir de uma conversa com o professor Fernando Passos, transmitida ao vivo pelo aplicativo Instagram a um público bastante variado, incluindo estudantes, advogados e outros profissionais que, de alguma forma, se sentiram atraídos pelo tema e pela credibilidade conferida pelo próprio professor Fernando, a quem considero um mentor.

Iríamos falar sobre a recém-aprovada lei para combate ao desperdício de alimentos, uma prática comum e, posso dizer, até mesmo cultural no Brasil.

Importante citar que essa conversa aconteceu em um momento bastante delicado para o País e, por que não, para o planeta. Vivia-se em plena pandemia causada pelo coronavírus, que alcançou, indistintamente, países e classes sociais. Infelizmente, muitas vidas foram perdidas, e não apenas em decorrência da doença causada pelo vírus, a Covid-19, mas por uma série de consequências ligadas aos impactos para a saúde em geral e para a economia das nações.

Enquanto escrevo estas palavras, a humanidade ainda se esforça para buscar meios de vencer a doença e formas para equacionar os demais impactos nefastos que praticamente paralisaram alguns setores nas sociedades atingidas.

A fome e a falta de acesso a alimentos saudáveis e seguros são, certamente, alguns dos mais graves legados deste momento, e será preciso empenho de governos e da sociedade civil para buscar soluções que possam atenuar a situação em um primeiro momento e, em seguida, solucioná-la em definitivo.

Mas, afinal, o que é *Food Law* e como este capítulo pode contribuir com o tema?

Pois bem, diversos países há muito tratam a questão alimentar de forma bastante sistematizada e multidisciplinar. Dessa forma, o Direito é apenas uma das áreas que busca tratar a segurança alimentar como prioridade para garantir a saúde e o bem-estar da população. De forma ideal, um dos desafios do *Food*

---

1. Advogado, sócio do Zeigler e Mendonça de Barros Sociedade de Advogados. Especialista em Direito Empresarial. Ex-presidente da Comissão de Estudos de Setores Regulados da OAB/SP.

2. Advogada e mestranda em *Food Law* pela *Michigan State University* (EUA).

Law é encontrar maneiras de tornar mais eficiente as legislações que se aplicam à produção e comercialização de alimentos, o que só é possível quando se conta com legisladores sensíveis a essas questões, mas o papel do profissional do Direito vai além de simplesmente conhecer a lei, é preciso questioná-la com frequência para que o sistema se mantenha atualizado, mas sem que se comprometam os princípios norteadores que se aplicam à matéria.

Quando se percebe a importância da alimentação na economia, não de forma isolada, mas como um fator cujas mudanças repercutem diretamente em várias áreas, passa-se a compreender que uma simples alteração é capaz de desencadear verdadeiros ciclos virtuosos, afetando de forma positiva a saúde, a cultura, o turismo, os serviços. Por outro lado, é preciso lembrar que as normas são capazes de manter o atraso ou gerar verdadeiros desastres, o que ressalta a importância de se garantir a participação de todos os agentes envolvidos nas discussões legislativas, sejam eles representantes de uma cadeia produtiva, reguladores ou consumidores.

O *Food Law* é, portanto, uma matéria inclusiva por natureza e busca, a partir da premissa da segurança e saúde da população, desenvolver ferramentas que podem também criar riquezas.

Para se ter uma melhor noção de como isso funciona, cito a Espanha, país de grande tradição no turismo e na gastronomia que, há alguns anos, reuniu diversos especialistas, dentre os quais produtores de alimentos, proprietários de restaurantes, renomados chefs e juristas, com o intuito de propor o aprimoramento da legislação para que se pudesse garantir a proteção conferida pelo Estado à criação de novas receitas culinárias, respeitando-se a cultura local que é conhecida em todo mundo e, sem dúvida, um dos principais atrativos aos visitantes internacionais.

Essa união de profissionais demonstra a importância da gastronomia para a economia daquele país, uma vez que se sabe que os turistas muitas vezes buscam experiências ligadas à culinária de um povo, seja de forma primária ou secundária, na escolha de seus destinos. Restaurantes, hotéis e vários outros serviços são fomentados pelas escolhas que um país faz em termos legislativos e de políticas públicas, e essa é uma das ramificações que podem ser tratadas no *Food Law*.

O *Food Law* em alguns países

Obviamente, a realidade de cada país é um fator bastante significativo na importância que se dá a um outro tema, e é preciso lembrar que o livre trânsito de mercadorias na União Europeia exige um regramento bastante forte e uma constante vigilância que seja capaz de assegurar o bem-estar e a saúde dos cidadãos da Comunidade, não importando a origem do alimento consumido, o

que também ajuda a explicar o atual estágio de desenvolvimento do *Food Law* naquele continente.

De acordo com as normas da Comunidade Europeia, a legislação alimentar trata dos princípios e normas gerais que estabelecem procedimentos de segurança, tendo em vista a necessidade de garantir alimentos de qualidade e em quantidade suficiente para a população, abrangendo a produção, transformação e distribuição de alimentos (Regulamento CE n. 178/2002, que cria a Autoridade Europeia de Segurança dos Alimentos).

Já nos Estados Unidos, a autoridade responsável pela segurança alimentar também cuida da regulação de medicamentos – o *Food and Drug Administration* (FDA), ampliando a nomenclatura para *Food and Drug Law*. Essa fusão, por sua vez, reforça a ligação que existe entre saúde e alimentação, tendo o FDA a função de atenuar os riscos à saúde e à segurança do consumidor, não apenas de forma preventiva, o que é feito por meio da regulamentação do setor, mas reprimindo de maneira rigorosa ações que possam comprometer os objetivos da legislação em vigor naquele país.

Nota-se que nesses países existe uma autoridade constituída para tratar das questões alimentares de forma centralizada e em âmbito nacional ou em bloco, como no caso da União Europeia.

Já no Brasil, há diversos atores envolvidos, e em todas as esferas da administração pública, o que, muitas vezes, pode gerar incertezas no âmbito das políticas adotadas, ainda que se possa argumentar sobre a necessidade de regionalizar a forma de tratar essas políticas em razão da extensão territorial do país e da singularidade de cada região. Apenas para citar alguns, temos o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), as Vigilâncias Sanitárias estaduais e municipais, os Procons, os Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal, cada um deles com competências específicas, ainda que muitas vezes sobrepostas.

A questão é debater se a quantidade e o rigor das normas existentes no Brasil e a pluralidade de agentes envolvidos são, por si só, suficientes para garantir que os cidadãos sejam, de fato, protegidos e, ao mesmo tempo, que o sistema seja eficiente em todos os sentidos, equilibrando a segurança da população e o desenvolvimento econômico de forma justa e sustentável.

Um dos exemplos mais recentes de como as normas podem se tornar verdadeiros gargalos, sem necessariamente proteger o cidadão, é a injustificável existência, por quase seis décadas, de uma lei que impedia a circulação de determinados tipos de alimentos pelo território brasileiro. Com o tempo, a motivação para a criação dessa regra se perdeu, mas a lei continuou sendo utilizada por agentes públicos como fundamento para apreensões e outras sanções, criando situações absurdas e insustentáveis, como veremos a seguir.

Alimentos Artesanais – Exemplo de Aprimoramento Legislativo

Até bem pouco tempo, vigorava no Brasil a Lei Federal nº 1.283, elaborada ainda na década de 1950 e que impedia a circulação de alguns produtos pelo território nacional, o que incluía os chamados queijos artesanais fabricados a partir do leite cru. Dentre os produtos afetados, estava o hoje bastante conhecido queijo produzido na região mineira da Serra da Canastra.

Na prática, essa regra retirava dos consumidores de outros estados o privilégio de degustar alguns dos queijos mais famosos do mundo, tendo em vista que, em recente concurso realizado na França, alguns dos produtos da Serra Canastra foram premiados e reconhecidos como de grande qualidade.

Ainda assim, a lei persistia; apenas há poucos anos foi revista e a regra modificada.

Ganhou grande repercussão um episódio ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, durante um grande festival internacional de música. Na ocasião, uma renomada chef se viu obrigada a desistir de um restaurante especialmente criado para o evento por conta da apreensão de queijos realizada por agentes da vigilância sanitária e que a impediram de utilizar o produto como ingrediente em virtude da citada legislação que, até aquele momento, ainda estava em vigor.

Embora a lei justificasse a medida, iniciou-se um debate sobre a utilidade dessa lei em razão da modernização da produção desde a década de 1950 e, ainda, levando-se em conta que havia no mercado produtos importados fabricados a partir da mesma técnica dos queijos artesanais nacionais, mas que não eram alcançados por impedimentos semelhantes.

Em 2018, quase setenta anos após o início de vigência da Lei n. 1.283/50, foi publicada, em 14 de junho, a Lei n. 13.680, posteriormente regulamentada por força do Decreto n. 9.918, de julho de 2019, e que colocou fim a essas barreiras de circulação, alterando o processo de fiscalização de produtos alimentícios de origem animal produzidos de forma artesanal.

E não se diga que a nova Lei tenha eliminado as exigências de segurança e qualidade para produtos artesanais, dada a extinção do selo Serviço de Inspeção Federal (SIF) que, até então, se exigia para a comercialização desses produtos. Ao contrário, permaneceram íntegras as exigências sanitárias para a garantia de segurança e saúde ao consumidor final, mas que agora podem se deliciar com tais iguarias.

No lugar do selo SIF, foi criado o selo ARTE, que passou a ser de competência de cada estado, que passaria a levar em conta as características de cada região para conferir aos produtos o reconhecimento de produção em conformidade com os processos artesanais.

Uma das críticas comumente feitas ao SIF era de que as exigências para se obter o selo não levavam em conta a condição de pequeno produtor artesanal.

Esse fato levava alguns produtores a manter na clandestinidade seus produtos, contribuindo para a informalidade e, em alguns casos, para que alimentos resultantes de processos produtivos questionáveis fossem comercializados.

Uma das diretrizes do atual modelo é garantir que as exigências para a concessão do selo ARTE não representem aumento na burocracia e nos custos para a produção, ainda que deva garantir a qualidade dos produtos finais.

Uma vez que os consumidores passaram a conhecer mais sobre esses produtos, uma das consequências imediatas foi um aumento na procura pelo turismo nas regiões produtoras de queijos artesanais, ou seja, um incremento no turismo gastronômico, trazendo benefícios para as comunidades no entorno dessas pequenas propriedades.

Inegavelmente, gastronomia é um dos mais importantes fatores culturais de um povo, e a capacidade de impulsionar a economia local é muitas vezes subestimada ou negativamente impactada por regras arcaicas ou pela ausência de políticas de incentivo adequadas.

Outro exemplo de grande êxito é o que ocorreu nos últimos anos em Lima, capital do Peru. Atualmente, dois dos dez melhores restaurantes do mundo estão localizados na capital peruana, de acordo com a renomada publicação *The World's 50 Best Restaurants*, edição de 2019.

Esse fato posicionou Lima como a capital da gastronomia na América do Sul, passando a movimentar a indústria do turismo e todos os demais serviços que orbitam ao redor desse setor, o que é notável para uma cidade antes acostumada a ser um roteiro de passagem para quem buscava destinos históricos como Machu Picchu.

Esse movimento não ocorreu por acaso, mas foi fruto de uma ação coordenada e que contou com a participação do governo peruano, legislativo e iniciativa privada. Normas foram modernizadas ou criadas para viabilizar o crescimento exponencial do turismo local usando como principal atrativo a notoriedade internacional alcançada por restaurantes limenhos.

O aprimoramento do arcabouço jurídico é apenas uma parte, embora bastante importante, da evolução da sociedade, e fica cada vez mais claro o poder que essas mudanças têm para despertar possibilidades quase infinitas de melhorar a condição de vida da população.

Uma norma ultrapassada, por outro lado, acarreta enormes prejuízos, retardando ou impedindo o desenvolvimento econômico e social. Daí a importância em se questionar a utilidade e a adequação de uma norma, buscando sempre os meios legítimos para que se possa modernizá-la.

Combate ao Desperdício de Alimentos – Uma Velha Novidade

Iniciei este texto citando a conversa com o professor Fernando Passos, um excepcional profissional e educador, na qual falamos sobre a lei de combate ao desperdício de alimentos, um dos temas escolhidos para compor uma série de diálogos que contaram com ministros de Estado, do Supremo Tribunal Federal, doutrinadores e tantos outros brilhantes interlocutores.

E eu fui um dos que afortunadamente estive em uma dessas *lives* com o professor Fernando em um espaço generosamente aberto por ele para tentar levar ao conhecimento do maior número de pessoas essa "novidade", ou seja, falar em como o Brasil, a partir da nova lei, passaria a tratar seus excedentes de alimentos ainda próprios ao consumo humano. Pessoalmente, considero essa uma questão antiga, uma vez que já existem várias iniciativas públicas e da sociedade civil que procuram criar canais para aproximar doadores e beneficiários, embora a nova legislação seja um passo importante para estimular o crescimento dessa prática, como veremos adiante.

Pois bem, o projeto de lei do senador Fernando Collor de Mello foi aprovado no Congresso e se tornou a Lei n. 14.016, de 23 de junho de 2020, cujo objetivo é combater o desperdício de alimentos por meio da doação de excedentes ainda próprios ao consumo humano.

A questão do desperdício não é uma preocupação apenas no Brasil, assim como há vários países que já adotam leis para coibir essa prática ou que buscam estimular doações por força de incentivos.

No entanto, é preciso que se leve em conta que a Lei n. 14.016/2020 foi publicada durante a pandemia da Covid-19, e a adoção de medidas que pudessem impor alguma espécie de sanção econômica aos empresários poderia resultar em um agravamento da crise causada pela retração do consumo, sem necessariamente incentivar o aumento nas doações.

Por outro lado, a renúncia fiscal por meio de incentivos também poderia não ser interessante ao Estado em um momento de queda de arrecadação.

A Lei procurou, então, afastar uma antiga preocupação que levou muitos empresários a desistirem de doar, qual seja, o risco de incorrer em infrações sanitárias e de relações de consumo, ainda que se tratasse de um ato gracioso, por interpretações que muitas vezes equiparavam o ato de doar a uma relação consumerista ou atribuíam ao doador a responsabilidade culposa por algum incidente, mesmo que em decorrência do armazenamento inadequado dos alimentos já em posse do beneficiário.

Lamentavelmente, o transporte e o armazenamento inadequados podem comprometer a qualidade do produto e a segurança do beneficiário, mas houve entendimentos que atrelavam o doador e o intermediário em uma cadeia de

responsabilidade muitas vezes apreciada com base no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, por interpretação extensiva.

Todos os cuidados adotados até o momento da doação não eram suficientes, portanto, para eximir a responsabilidade do doador e, posteriormente, do intermediário.

Resolvida essa questão, todo e qualquer estabelecimento que produza e forneça alimentos, incluídos os *in natura*, industrializados e refeições prontas, podem doar excedentes não comercializados, desde que ainda próprios ao consumo humano. Devem ser observados o prazo de validade, as condições de conservação, a integridade e a segurança sanitária, ainda que existam danos à embalagem, sejam mantidas as propriedades nutricionais e a segurança sanitária, ainda que o aspecto do alimento não seja comercialmente desejável.

Reunidas todas essas condições, hospitais, supermercados, cooperativas, restaurantes, lanchonetes ou quaisquer empresas que forneçam refeições aos próprios trabalhadores estão aptos a doar.

Convém lembrar que a lei não alcança pessoas físicas que porventura queiram doar seus excedentes, embora seja bastante recomendável que os mesmos cuidados exigidos das pessoas jurídicas sejam também observados por qualquer um que deseje contribuir para o sucesso dessa iniciativa.

Não haverá qualquer incidência que possa onerar a doação, ou seja, trata-se de um ato voluntário e que não pode tornar ainda mais dispendioso o gesto do doador.

Doar é e deve sempre ser um ato responsável e, mesmo que não se aplique ao doador e ao intermediário as regras do Código de Defesa do Consumidor ou responsabilidade culposa, não significa que doador e intermediários não responderão por atos e omissões de qualquer espécie.

Para ilustrar a questão, caso o empresário decida doar um alimento sabendo de antemão se tratar de um produto inadequado ao consumo, responderá por dolo, aplicando-lhe as sanções cíveis e penais cabíveis, de acordo com o caso concreto.

É preciso que todas as exigências anteriormente citadas sejam criteriosamente avaliadas antes de realizar o primeiro ato da doação e, da mesma forma, o intermediário deve cuidar para que o alimento mantenha essas mesmas condições ao entregá-lo ao beneficiário final, garantindo-se a integridade do segundo ato.

E, apesar de publicada em um momento de estado de emergência no país, ressalte-se que a Lei não terá vigência temporária, embora contenha um artigo cuja eficácia se encerrará ao final do estado de excepcionalidade pelo qual atravessa o Brasil e que trata da garantia de compra, pelo Governo Federal, de alimentos por meio do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), um conjunto

de iniciativas que busca garantir a aquisição de uma parcela da produção de agricultores familiares e pescadores artesanais, produtores também bastante atingidos durante a pandemia.

E, afinal, por que me referi à Lei como uma "velha novidade"? Apesar de aprovada apenas agora uma lei para combate ao desperdício de alimentos, já existem inúmeros programas criados por leis estaduais e municipais e que não perdem a validade ou são alterados pela Lei n. 14.016/2020, exceto no que se refere à responsabilidade dos doadores e intermediários, conforme mencionado anteriormente.

União, estados e municípios há muito criaram programas para auxiliar na aproximação entre doadores e beneficiários, valendo-se de bancos de alimentos ou da participação da sociedade civil, instituições religiosas, humanitárias e organizações sociais.

Esse modelo existe em diversos países e novas tecnologias são constantemente incorporadas para tornar ainda mais eficientes as doações.

Atualmente, plataformas podem facilmente encontrar empresários dispostos a doar, aproximando-os de organizações capazes de fazer chegar os alimentos aos beneficiários, tudo isso bastando instalar um simples aplicativo no celular e realizar um rápido cadastro.

Já há no Brasil ferramentas semelhantes, sendo possível encontrá-las em rápidas buscas na rede mundial de computadores.

Um estudo realizado pela EMBRAPA, em 2019, mostrou que uma pessoa no Brasil descarta, por ano, em torno de 40 quilos de alimentos que poderiam servir a outras pessoas. Considerando-se uma família com, em média, três pessoas, o mesmo estudo aponta que cerca de 130 quilos de alimentos por ano são desperdiçados, o que, ao final desse período, corresponde a aproximadamente R$ 1.000,00, montante que poderia ser utilizado para suprir outras necessidades de cada uma dessas famílias.[3]

Esse estudo mostra que desperdício não é ruim apenas para quem deixa de ter acesso à alimentação adequada, mas também é economicamente injustificável a quem desperdiça. As famílias precisam planejar cuidadosamente o próprio consumo, ainda que, em alguns momentos, seja inevitável haver excedentes.

E doar pode, sim, fazer parte desse planejamento. Caso pessoas físicas e jurídicas incluíssem os excedentes no cômputo geral do consumo regular, muitas outras famílias e grupos seriam atendidos e se poderia atenuar a questão da fome em nossa sociedade.

---

3. O estudo está disponível no seguinte endereço: http://www.sectordialogues.org/documentos/noticias/adjuntos/a39a4c_Relatorio_SemDesperdicio_Baixa.pdf.

A Organização das Nações Unidas (ONU) informa que, em 2019, a América Latina reunia quase 48 milhões de pessoas atingidas pela fome. Em consequência da pandemia, a expectativa era de que esse número aumentasse significativamente em 2020, diante das dificuldades em fornecer alimentação adequada a essas pessoas. No Brasil, os números divergem consideravelmente, mas é preciso lembrar que não se trata apenas de fome, mas de alimentação inadequada para garantir a saúde e o bem-estar de grupos com menor acesso a esses recursos[4].

Como citado anteriormente, há legislações em todo o mundo que procuram atenuar a situação do desperdício utilizando soluções diversas, tais como a aplicação de sanções ou criando incentivos fiscais para doadores.

Cite-se a legislação francesa, que é bastante rígida, impondo a quem não doar multas e até prisão (*Loi 2016-138 e Loi 2020-105*). Por outro lado, a recente lei italiana vai em sentido diverso, criando incentivos fiscais a quem opta por doar alimentos de forma regular (*Legge 19 agosto 2016, n. 166*). Por se tratar de normas relativamente recentes, será preciso avaliar ao longo do tempo os resultados alcançados por uma ou outra forma de combater o desperdício, avaliando-se se as respostas são mais eficazes dado o receio das punições ou pela expectativa da premiação prometida aos doadores.

Nesse ponto, abro espaço à contribuição da colega Giovanna Longo Eischen, advogada e mestranda em *Food Law* pela Michigan State University e que há anos trabalha e realiza estudos sobre essas questões nos Estados Unidos. Ela nos contou um pouco sobre como os norte-americanos estão lidando com essa questão:

> Nos Estados Unidos, no que diz respeito aos dados relativos ao desperdício de alimentos, os números são ainda mais expressivos. Aproximadamente 40% de todo alimento produzido é descartado. Tal prática decorre da própria cultura norte-americana da fartura, abundância e consumo em alta escala.
>
> Nesse aspecto, impera destacar que não existe uma lei federal norte-americana que torne obrigatória a inclusão da data de validade na embalagem de um produto alimentício. Essa lacuna, por sua vez, traz incertezas ao consumidor leigo que, por não possuir conhecimento científico suficiente para entender se o produto é seguro para o consumo, opta pelo descarte. No entanto, grande parte do desperdício é causado por instituições que atuam no comércio de alimentos. Restaurantes, supermercados e o setor hoteleiro têm um papel imprescindível na minoração desse índice.

4. O estudo está disponível no seguinte endereço: http://www.fao.org/documents/card/en/c/ca9692en.

> Somente para ilustrar, o setor supermercadista estabelece rigorosíssimos padrões estéticos aos produtos hortifrutigranjeiros. A simples alteração na coloração de um produto resulta no imediato descarte do alimento. Em casos como estes, o produtor sequer efetua a colheita, deixando o produto perecer. A flexibilização desses padrões estéticos não traria qualquer prejuízo à segurança alimentar.
>
> A Lei Federal "The Bill Emerson Good Samaritan Act"[5], promulgada em 1996, protege o doador de qualquer responsabilidade civil ou penal resultante da doação de um alimento que causou algum dano ao recebedor, desde que se verifique a boa-fé por parte do doador. A Lei estabelece um padrão de culpabilidade na qual doadores de produtos alimentícios que, voluntária e conscientemente, tinham conhecimento de que suas condutas poderiam produzir dano à saúde e bem-estar de outra pessoa responderão – apenas nestes casos – por negligência. Ainda, nesse sentido, o doador não será responsável pela natureza, validade, embalagem ou condição do alimento que estava aparentemente em condições adequadas para o consumo, desde que a doação tenha sido feita em boa-fé. Esse modelo de responsabilidade civil e penal é adotado em todo o País.

Além disso, a supracitada Lei estabelece um padrão mínimo a ser seguido por cada estado norte-americano. Os estados, por sua vez, têm a liberdade para estabelecer padrões mais altos de proteção da responsabilidade civil e penal do doador.

> Diferentes estados norte-americanos também vêm adotando legislações inovadoras no combate ao desperdício de alimentos. O Estado de Vermont, por exemplo, adotou uma nova lei que proíbe seus residentes de colocarem restos de comida diretamente no lixo. O residente deve escolher entre fazer uso de uma composteira, em sua própria casa, ou levar a um centro comunitário de compostagem e reciclagem[6].
>
> Quando se trata da recuperação de alimentos desperdiçados, é imprescindível que se entenda que há uma hierarquia a ser seguida e respeitada. A Agência Nacional de Proteção ao Meio Ambiente Americana (EPA – United States Environmental Protection Agency) estabelece um passo a passo para determinar o destino do alimento que fora descartado[7]:
>
> 1) Redução da procedência: o primeiro passo é a adoção de medidas que viabilizem a redução do volume de sobra de alimentos gerados. A adoção de incentivos fiscais oferecidos a comerciantes que estejam engajados nessas

5. Disponível: https://www.congress.gov/congressional-report/104th-congress/house-report/661/1.

6. Disponível: https://dec.vermont.gov/waste-management/solid/materials-mgmt/organic-materials.

7. Disponível: https://www.epa.gov/sustainable-management-food/food-recovery-hierarchy.

> iniciativas e investimento em educação ao consumidor são bons exemplos de medidas a serem tomadas.
>
> 2) Alimentar os que precisam: alimentos que foram descartados, mas ainda são seguros para o consumo humano, devem ser doados aos bancos de alimentos, cozinhas comunitárias e abrigos.
>
> 3) Alimentar os animais: os alimentos que não são aprovados na triagem das doações, e não são adequados ao consumo humano, são destinados ao consumo animal.
>
> 4) Uso industrial: fornecer os excedentes para serem utilizados como forma de recuperar energia.
>
> 5) Compostagem: a utilização das sobras para gerar um solo mais rico e nutritivo.
>
> 6) Aterro/incineração: o descarte do alimento deve ser o último recurso; esta medida só deve ser tomada quando a sobra não tem nenhuma finalidade nas opções citadas acima.
>
> Por fim, destaca-se a importância do *Food Law*, área – ainda – incipiente no Brasil. Frisa-se que tal segmento do Direito é capaz de debruçar-se sobre questões que até há pouco estavam esquecidas, cuja importância revela-se como essencial para assegurar o Estado Democrático de Direito, garantido na Carta Constitucional Brasileira. A recente Lei Brasileira (Lei n. 14.016/20) carrega consigo a possibilidade de amenizar o desperdício de alimentos, prevenir o uso inadequado de vias para descarte das sobras, garantir segurança alimentar e trazer grandes benefícios ao meio ambiente. Seguindo a tendência estadunidense, vem em boa hora tal solução legislativa no Brasil e merece ser aplaudida.

Como se pode ver, o problema e tampouco a preocupação são privilégios de um único país. Trata-se de um tema internacionalmente debatido e que ganha cada vez mais relevância não apenas pela questão da fome ou da subnutrição, mas pela crescente noção de que se trata do certo a fazer.

E uma das razões da existência de uma área no Direito para que se discuta os "alimentos" é exatamente a constante busca por soluções jurídicas que possam trazer ganhos à sociedade, seja em termos de saúde e segurança, seja como forma de gerar riqueza para a população.

É Eficiente Diminuir a Multa de Empresas que Adotem Programas Prévios de *Compliance* Antitruste?

Gesner Oliveira[1]
Igor Azevedo[2]

1. Introdução

O objetivo deste capítulo é demonstrar que sistemas de recompensa a programas prévios de *compliance* antitruste, não obstante aumentarem a desejável adesão a tais iniciativas, acabam por induzir um investimento subótimo em qualidade de tais programas.

Algumas jurisdições adotam um mecanismo de premiação, ou sistema de recompensa: a implementação de um programa de *compliance* antitruste anterior a uma investigação para apuração de ilícito antitruste pode servir de atenuante na dosimetria da pena.

Este capítulo está dividido em cinco seções. Além desta introdução, a seção 2 descreve características básicas de programas de *compliance* antitruste efetivos. A seção 3 estuda o arrefecimento do incentivo de investimento em qualidade do programa de *compliance* ocasionado pelos sistemas de recompensa. A seção 4 estuda a provisão eficiente de qualidade em programas de *compliance* antitruste. A seção 5 sumaria os principais pontos deste trabalho.

2. Programas de *Compliance* Antitruste

Segundo definido pelo Guia de Compliance do Cade, o "*compliance* é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores", (Cade, 2016, p. 9).

Assim, a introdução de programas de *compliance* seria apta a aumentar a conformidade das empresas com a legislação antitruste. Sob a hipótese de *enforcement* efetivo por parte da autoridade antitruste, a implementação de um programa interno de *compliance* antitruste bem desenhado por parte das

---

1. Ph.D. em economia pela Universidade da Califórnia (Berkeley), professor da FGV-SP e sócio da GO Associados.

2. Bacharel em Direito pela USP. Mestre em Economia pela USP.

empresas corresponde à hipótese de maximização de lucros – ou minimização de custos – da companhia. Logo, os programas de *compliance* são mecanismos que podem alinhar os incentivos privados das empresas com o ótimo social.

Do ponto de vista da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cinco elementos básicos de um programa de *compliance* são:

(i) **Avaliação, priorização e mitigação de riscos**: identificação regular dos riscos, com reavaliação destes quando da entrada em novos mercados ou contratações em novas posições. Identificação de grupos mais propensos a violações. Mitigação via treinamento, monitoramento, auxílio legal qualificado e incentivos.

(ii) **Compromisso, especialmente da alta direção**: suporte claro e total ao programa por parte da alta direção. Alocação de recursos para o programa e presença de um *compliance officer* independente.

(iii) **Monitoramento**: monitoramento, avaliação e reporte.

(iv) **Documentação**: registro dos procedimentos tomados para estudo e avaliação contínuos e para provar boa-fé em caso de problemas.

(v) **Aperfeiçoamento contínuo**: avaliação e revisão contínuas para adaptação às mudanças na companhia.

Segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a principal causa de violações antitruste é a escassez de pessoal qualificado. Documento da entidade propõe algumas formas de mitigação de risco antitruste:

(i) Treinamento, que pode se dar por meio de workshops, cursos patrocinados, *e-learning*, *coaching* por parte de membros mais experientes do staff. Mandamentos importantes para o desenho dos treinamentos são a escolha correta do staff e das questões a serem endereçadas a cada um, com treinamentos e guias específicos para cada cargo ou atividade mais propensos a violações.

(ii) Recrutamento de pessoal especializado.

(iii) Avaliação criteriosa dos riscos enfrentados em cada jurisdição em que há operação.

(iv) Engajamento com autoridades antitruste e regulatórias.

3. Arrefecimento do Investimento em Qualidade do Programa de *Compliance*

Visando incentivar a implementação de programas de *compliance* antitruste por parte de empresas, algumas jurisdições adotam um mecanismo de premiação, os "sistemas de recompensa". Assim, caso a empresa sancionada tenha implantado um programa de *compliance* antitruste anteriormente à investigação, tal fato pode ser levado em conta na dosimetria da multa, mediante abatimento no valor devido.

Nesta seção, no entanto, será demonstrado que tal sistema de recompensa, sob hipóteses relativamente gerais, pode, em oposição ao escopo pretendido da norma, induzir as empresas a reduzir seus investimentos em programas de *compliance*.

Para ilustrar tais sistemas de recompensa, tomemos como exemplo a jurisdição italiana. A autoridade antitruste desse país, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*(AGCM), prescreve, em seu Guia de C*ompliance* Antitruste, que a implementação prévia de um programa de *compliance* antitruste efetivo e adequado, e que tenha contribuído para a efetiva detecção de um ilícito concorrencial, pode reduzir em até 15% as multas a serem estipuladas pela autoridade[3].

Mesmo que o programa prévio de *compliance* antitruste não tenha contribuído para a detecção de um ilícito concorrencial, se este não for completamente inadequado, está prevista uma redução de até 10% da multa a ser aplicada pela violação antitruste[2].

Dignas de nota também as previsões de abatimento de até 5% do *quantum* da multa a ser aplicada em caso de implementação posterior de programa de *compliance* antitruste[5] ou de implementação prévia de programa manifesta-

---

3. §31: "I programmi di compliance adeguati che abbiano funzionato efficacemente permettendo la tempestiva scoperta e interruzione dell'illecito prima della notifica dell'avvio del procedimento istruttorio sono i candidati ideali al trattamento premiale più consistente, fino al 15% della sanzione da irrogare".

4. §36" "I programmi di compliance, adottati prima dell'avvio del procedimento istruttorio, che non hanno mostrato di funzionare in maniera del tutto efficace – non permettendo tempestivamente la scoperta e la interruzione dell'illecito prima delle ispezioni da parte dell'Autorità – ma che non risultano manifestamente inadeguati possono beneficiare di un'attenuante fino al 10% a condizione che l'impresa integri adeguatamente il programma di compliance e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento istruttorio (ed entro sei mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria)".

5. §27: "Con specifico riferimento ai programmi adottati ex novo dopo l'avvio del procedimento istruttorio, salvo casi eccezionali, non sarà possibile attribuire una riduzione, a titolo di circostanza attenuante, in misura superiore al 5%".

mente inadequado, mas que seja emendado após o início dos procedimentos investigatórios (§33).

No entanto, para além das discussões sobre as balizas de determinação da adequação de um programa de *compliance* antitruste, previsões desta classe, sob certas condições, criam incentivos no sentido da redução da qualidade dos programas de *compliance* implementados, o que obviamente vai de encontro aos objetivos da atividade regulatória neste contexto.

A pura e simples adoção de um programa de *compliance* antitruste não está apta a satisfazer os objetivos da defesa da concorrência de evitar que sejam perpetrados ilícitos concorrenciais que reduzam o bem-estar social. Para tal, é necessária a implementação de programas de *compliance* que reduzam de forma substancial a probabilidade de cometimento de tais ilícitos.

Será demonstrado que previsões de abatimento de multas, nos moldes das prescrições do ordenamento italiano, acabam por gerar um incentivo perverso para adoção de programas que reduzam apenas parcialmente a probabilidade de cometimento de ilícitos antitruste, com consequente redução de bem-estar social.

O racional de tal incentivo perverso é simples: dado o custo atrelado à implantação de um programa que apare praticamente todas as arestas, sob um sistema de recompensas associado à implementação de um programa dito "adequado", as empresas têm um incentivo para investir em um grau de qualidade que garanta que seja alcançado simplesmente o patamar de "adequação" que assegure a concessão do abatimento da multa.

Assim, no que segue, será apresentado um modelo algébrico simples que procura capturar os incentivos das empresas no sentido da escolha da qualidade de um sistema de *compliance* antitruste.

A qualidade do programa de compliance antitruste é capturada por um parâmetro p, $0 < p < 1$, que mede a probabilidade de que não sejam cometidos ilícitos antitruste por parte dos funcionários da empresa. Tal estrutura é adequada na medida em que um programa efetivo, segundo os parâmetros estudados anteriormente, como mitigação de riscos, previsão de um sistema de sanções e recompensas e envolvimento da alta direção, reduz, mas não elimina totalmente, a probabilidade de infrações por parte dos agentes da empresa.

A violação da legislação antitruste enseja um custo monetário esperado de **M**, que internaliza tanto o valor da multa (sem os abatimentos) a ser aplicado pela autoridade antitruste quanto a probabilidade de detecção do ilícito[6]. Por outro lado, sendo **d** o valor relativo (percentual) do abatimento a ser concedido

6. Assim, sendo N o valor total da multa e q a probabilidade de detecção, M = N.q

na multa em caso de adoção prévia do programa de *compliance*, o custo esperado de se proceder com um ilícito é dado por M.(1 – d).

A aquisição de tal qualidade por meio de um programa que contemple os pontos supracitados é custosa, envolvendo investimentos em contratação de pessoal, monitoramento, elaboração de diretivas, dentre outros. Sem prejuízo de uma especificação um pouco mais geral a ser desenvolvida adiante, assuma por ora que inicialmente a empresa desenvolve um programa de *compliance* justamente no limiar da adequação, com probabilidade p_1 de não haver ilícitos concorrenciais. A empresa pode aumentar essa probabilidade para p_2 caso incorra em um custo monetário C. Por construção, p1 < p2.

Com a vigência do sistema de recompensa, o investimento C em *compliance* não interfere na legitimidade da empresa para receber o abatimento em caso de ilícito, visto que inicialmente o nível adequado de *compliance* já é atingido. Assim, caso a empresa não invista em *compliance*, seu custo total esperado será de:

$$(1 – p_1).M.(1 – d)$$

E em caso de investimento:

$$C + (1 – p_2).M.(1 – d)$$

Logo, sob a hipótese de minimização de custos por parte da empresa, esta investirá C para adquirir qualidade, se e somente se:

$$(1 – p_1).M.(1 – d) > C + (1 – p_2).M.(1 – d)$$

O que equivale a:

$$(p_2 – p_1).M.(1 – d) > C \qquad (I)$$

Agora note que, quanto maior o valor de d, abatimento percentual concedido à empresa recalcitrante, mais dificilmente a condição acima será satisfeita. Note-se que, sem o sistema de recompensas, d = 0 e a condição (I), de racionalidade de implementação de programa de compliance, equivale a

$$(p_2 – p_1).M > C \qquad (II)$$

Logo, dados C, M, d, p_1 e p_2, duas conclusões importantes podem ser extraídas da comparação entre as equações (I) e (II).

Em primeiro lugar, **a empresa nunca investe em qualidade extra sob o sistema de recompensa. Ou seja, o sistema de recompensa pela imple-**

mentação de *compliance* antitruste nunca induz investimento extra em qualidade do programa de *compliance*[5]. Matematicamente, isto ocorre uma vez que, como $d > 0$, $(p_2 - p_1).M.(1 - d) < (p_2 - p_1).M$.

Em segundo lugar, e de forma mais crítica, **para certos valores de C, M, d, p_1 e p_2, a existência do sistema de recompensa pode induzir a empresa a não mais investir em qualidade extra do programa de *compliance*, investimento que ocorreria se não houvesse um sistema de recompensa.**

Mais especificamente, tal fenômeno, dados C, M, d, p_1 e p_2, ocorre, se e somente se:

$$(p_2 - p_1).M > C > (p_2 - p_1).M.(1 - d) \qquad (III)$$

Note que quanto maior o valor de d, maior a dimensão (matematicamente falando) deste efeito. *Ou seja, a imposição do sistema de recompensa não apenas pode induzir as empresas a não tomar investimentos para melhorar seu programa de* compliance *antitruste para além de um nível mínimo estabelecido, mas também a imposição de abatimentos em patamares suficientemente altos pode arrefecer os incentivos para investimentos em* compliance *para um grande grupo de empresas.*

A tais resultados, como já adiantado, pode ser atribuída uma interpretação simples. Sem o sistema de recompensa, o benefício atrelado à implementação de qualidade extra é dado por $(p_2 - p_1).M$; com o sistema, tal benefício é reduzido a $(p_2 - p_1).M.(1 - d)$, por meio da introdução do termo $(1 - d)$, que captura justamente o abatimento conferido, sem se alterar o custo de aquisição de qualidade extra.

A multa, como sanção antitruste, funciona justamente como elemento indutor do comportamento desejado no agente privado; idealmente, arbitra-se uma multa que seja maior ou igual ao benefício ilegítimo auferido a partir do ilícito, de tal sorte que o agente, racionalmente, cotejando custos e benefícios, ao vislumbrar a possibilidade de aplicação de multa, decide não perpetrar o ato ilícito. A multa deve ser calibrada de forma a tornar fortemente negativa a esperança matemática do valor associado à prática anticoncorrencial.

A introdução de um abatimento corrompe tal lógica inerente às sanções, de qualquer natureza, pois altera justamente a magnitude do elemento indutor da conduta socialmente desejada. Note-se, neste sentido, que a magnitude da sanção é elemento crucial para indução do comportamento desejado, na medida em que ajusta de forma fina a internalização dos incentivos por parte do agente privado.

---

7. De forma controversa, só pode haver investimento em qualidade extra do programa de *compliance* sob o sistema de recompensa se já houver incentivo sem o sistema de recompensa.

Talvez permeie o racional do sistema de recompensa, para seus defensores, a ideia de que a imposição de programas de *compliance* antitruste seja um fim em si mesmo, o que obviamente não pode prosperar. Os programas de *compliance* são valiosos justamente na medida em que induzem condutas eficientes, maximizadoras de bem-estar. Assim, não faz sentido impor programas que funcionem justamente às custas de mecanismos indutores de condutas socialmente eficientes.

Lembre-se, ademais, de que, conforme mencionado antes pelos principais guias, os programas de *compliance* deveriam induzir uma mudança na cultura da empresa, assegurando-se o exemplo da alta direção. A frequência de programas de *compliance* antitruste deveria ser aumentada mediante a indução de melhores práticas nesse sentido e não por meio de um abatimento sobre o valor da multa.[8]

4. Provisão Eficiente de Qualidade em Programas de *Compliance* Antitruste

A seção 3 mostrou, de forma simples, como a decisão racional dos agentes econômicos leva à conclusão de que o sistema de recompensa diminui os incentivos em investimento na qualidade dos programas de *compliance* antitruste.

No entanto, dentro de tal simplicidade, desconsiderou-se um elemento central em qualquer análise de política pública, vale dizer, o nível ***eficiente*** de investimento em qualidade do programa de *compliance* antitruste.

A fim de proceder com tal análise, acrescenta-se um pouco de estrutura e de álgebra ao modelo. Para o leitor não familiarizado, reproduz-se aqui a principal conclusão do estudo a ser efetuado nesta seção: **caso a multa esteja inicialmente arbitrada em seu nível ótimo, a entrada em vigor de um sistema de recompensa acaba por induzir um investimento em qualidade inferior ao nível socialmente ótimo.**

A demonstração que segue nesta seção é eminentemente matemática; o leitor desinteressado pode pular para os dois últimos parágrafos.

Suponha, como na seção anterior, que **M** é o custo esperado de se perpetrar um ilícito antitruste, **d** é o abatimento percentual concedido sobre o valor da multa e **p** o parâmetro de qualidade do programa de *compliance* antitruste, representando a probabilidade de não haver violações antitruste dentro da empresa. Admite-se que a adequação do programa de *compliance* não configura um problema, por simplicidade e conveniência.

8. A adoção de programas corporativos de *compliance* antitruste costuma ser incluída nos quesitos de certificação, como, por exemplo, na obtenção da ISO 37001.

Também assume-se que, para adquirir uma qualidade p, a empresa incorre em um gasto C(p), em que C(.) é uma função crescente[9] e convexa[10]. Com relação à convexidade da função custo, assume-se que o investimento em *compliance* apresente algo como retornos decrescentes de escala, hipótese usual na literatura econômica em situações análogas.

Novamente, a empresa escolhe a probabilidade p que minimiza seus custos totais esperados, dados por:

$$C(p) + (1 – p).M.(1 – d)$$

A condição de ótimo (condição de primeira ordem) implica que:

$$C'(p) = M.(1 – d)$$

Assuma inicialmente que d = 0 e que a multa M está arbitrada no seu valor ótimo, ou seja, que causa internalização exata dos custos sociais do ilícito antitruste. Logo, o ótimo social, p^* (que também é o ótimo privado neste caso), é tal que:

$$C'(p^*) = M \qquad (IV)$$

Agora, sob um sistema de recompensa, de tal maneira que d > 0, o ótimo privado p^{**} é tal que:

$$C'(p^{**}) = M.(1 – d) \qquad (V)$$

Como C''(p) > 0, para todo 0 < p < 1, C'(p) é estritamente crescente. Por outro lado, como M.(1 – d) < M, $C'(p^*) > C'(p^{**})$, e logo, $p^* > p^{**}$.

Ou seja, o nível de qualidade do programa de *compliance* antitruste induzido pelo sistema de recompensa é inferior ao ótimo social; sem o sistema de recompensa, uma vez a multa havendo sido arbitrada de forma correta, ótimo social e ótimo privado coincidem.

Tal resultado depende da convexidade da função custo, o que reputamos ser uma hipótese bem razoável.

O mecanismo aqui é análogo ao discutido na seção anterior. Sem o sistema de recompensa, o benefício marginal de investimento em qualidade do programa é dado por M; sob o sistema, o benefício marginal é M.(1 – d),

9. C'(p) > 0.

10. C''(p) > 0.

arrefecido justamente pelo abatimento oferecido, o que ocasiona, em última instância, um subinvestimento em qualidade do programa de *compliance* antitruste.

Novamente, ***a introdução de um abatimento sobre o valor da multa torna imperfeita a internalização dos incentivos de investimento pelo agente privado; prioriza-se a mera adoção do programa, em detrimento da indução da ação ótima no agente privado.***

5. Conclusão

A resposta para a pergunta que serve de título deste artigo é negativa. Para tanto foram discutidos os incentivos criados por um sistema de recompensa associado à implementação de um programa de *compliance* antitruste por parte de empresas.

Tais sistemas de recompensa, não obstante visarem aumentar o índice de adesão a tais programas, o que, *a priori*, traria benefícios sociais, acaba por induzir, sob condições relativamente gerais, um investimento subótimo em qualidade dos programas de *compliance*.

Apresenta-se, portanto, à primeira vista, um *trade-off* qualidade *versus* quantidade. No entanto, a nosso ver, tal *trade-off* apresenta um vencedor claro, no caso, qualidade, uma vez levada em conta a natureza das sanções de qualquer natureza, qual seja, a indução de comportamentos socialmente desejáveis por meio da internalização de incentivos em agentes privados.

O sistema de abatimentos nas multas impostas em caso de ilícitos concorrenciais, atrelado à existência prévia de programas de *compliance* antitruste, subverte tal internalização de incentivos, visto que os patamares iniciais das multas já são impostos, idealmente, em nível tal a induzir o comportamento eficiente, do ponto de vista social, por parte dos agentes privados.

O *framework* utilizado para provar tais resultados, apesar de simples, a nosso ver, consegue capturar aspectos cruciais da tomada de decisão por parte das firmas. No entanto, extensões de tal forma a adicionar mais estrutura ao modelo simples aqui proposto são importantes no escopo de robustecer as conclusões aqui consignadas.

O resultado demonstrado neste trabalho só ilustra um ponto extensivamente repisado na literatura jurídica e de regulação: a intervenção sobre o domínio econômico deve ser feita segundo uma criteriosa avaliação de efeitos.

Referências Bibliográficas

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato(AGCM). **Linee Guida Sulla Compliance Antitrust.** Disponível em: https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf.

Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento **(**UNCTAD). **Strengthening private sector capacities for competition Compliance.** Disponível em: https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd39_en.pdf.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia do Cade de Compliance**. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). **OECD Policy Roundtables: Promoting Compliance with Competition Law**. 2011. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf.

A Proteção Conferida aos Metadados de Comunicação na Interceptação Telemática no Brasil

Gianpaolo Poggio Smanio[1]
Gianluca Martins Smanio[2]

Introdução

O presente trabalho versa sobre as interceptações telemáticas, mais especificamente sobre a interceptação de seus metadados decorrentes deste meio de obtenção de prova e a sua proteção constitucional. A primeira seção visa dar um panorama sobre os conceitos que orbitam o instituto, sua natureza jurídica e contextualização. Em seguida, tratar-se-á do regime jurídico da interceptação telemática no ordenamento jurídico brasileiro, abrangendo seus aspectos constitucionais, legais e a sua visão jurisprudencial. Na terceira seção do trabalho, será realizada uma análise internacional sobre a proteção dos dados de tráfego, trazendo a experiência europeia e espanhola sobre o assunto. Isso será importante no que tange à comparação, ao fim, com a situação da proteção de dados de tráfego no Brasil e a sugestão doutrinária de tratamento dos metadados de comunicação.

1. Aspectos Conceituais

Os dicionários definem interceptar como "*parar a ocorrência ou o curso de alguma coisa*"[3]. Ao trazer tal conceituação para o contexto do direito processual penal, o termo é utilizado, tradicionalmente, para aquela atividade que capta a comunicação dita contemporânea, que está ocorrendo quando a medida segue em curso. Segundo Antonio Scarance Fernandes, ao tratar do conceito sob um aspecto processual penal, concebe o instituto como instrumento persecutório do Estado, que interfere na comunicação entre interlocutores, sem o conhecimento destes[4].

---

1. Doutor em Direito pela PUC-SP, procurador de Justiça, professor titular e diretor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

2. Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Advogado criminalista.

3. Disponível em: https://www.dicio.com.br/interceptar/. Acesso em: 5 jun. 2020.

4. FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 92.

Em suma, trata-se de medida realizada com o único fundamento de obtenção de indícios elementos probatórios. Por isso que a interceptação possui natureza jurídica de meio de investigação de prova, realizado, geralmente, durante a fase investigativa da persecução penal[5]. Por tratar-se de procedimento sub-reptício, que exige o desconhecimento dos interlocutores para ser efetiva, é absolutamente incompatível com um contraditório pleno, devendo ser mitigado para momento posterior da persecução, já na fase instrutória.

A interceptação telemática ocorre quando o Estado, com o auxílio de provedores de internet ou aplicações de internet, intercepta comunicações a distância, entre duas ou mais pessoas, realizadas no meio digital.

Além disso, existem fatores contextuais que conferem características únicas à interceptação telemática, que os distinguem dos outros meios de obtenção de prova, das outras formas de interceptação das comunicações, e que garantem sua juridicidade.

Em referência à comunicação em si, somando ao próprio conteúdo da mensagem, temos os denominados metadados de comunicação, dados cadastrais e outros metadados que identificam o usuário e a própria comunicação. Como a comunicação telemática não é restrita apenas ao conteúdo humano, mas sim a cada mensagem, *e-mail*, mensagem de voz, foto encaminhada pela internet, há um conjunto de dados que caracteriza e qualifica essa comunicação, e é preciso observar qual é a proteção jurídica adequada para cada um deles, diante do direito à privacidade (artigo 5º, X, da Constituição Federal) e o sigilo das comunicações (artigo 5º, XII, da Constituição Federal), o que será discutido no presente capítulo.

2. Aspectos Constitucionais e Legais da Interceptação Telemática

Uma preocupação da interceptação telemática é a questão da constitucionalidade dessa medida, conquanto afeta direitos fundamentais. Nesta seção, cuidamos de analisar os direitos constitucionais implicados na execução de tal medida a partir do rol de direitos fundamentais encontrados da Constituição Federal brasileira de 1988: o direito ao sigilo das comunicações ("XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal").[6]

---

5. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005. p. 309.

6. Ver ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI. **Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais**. São Paulo: InternetLab, 2017. p. 21.

Após a análise constitucional dos direitos fundamentais atinentes à medida em comento, será analisada a fundamentação infraconstitucional do instituto, com o viés de compreender como o procedimento é regulamentado e se está adequadamente voltado para o caso da interceptação telemática.

2.1 Direitos fundamentais e a interceptação telemática

No que tange o artigo 5º, XII, da Constituição Federal, quando de seu advento, houve discussão doutrinária sobre a sua redação.

Parte da doutrina defendeu que a leitura do texto normativo indicava que apenas as comunicações telefônicas poderiam ser alvo de interceptação, uma vez que a expressão "salvo, no último caso" faria menção somente a esta. Por sua vez, a correspondência, os dados e as comunicações telegráficas estariam encobertos de sigilo absoluto[7].Outra parcela sustentou que a inviolabilidade absoluta somente diria respeito ao sigilo das correspondências, e não às demais formas de comunicação[8]. Ainda existiu outro ponto de vista, que defendia o entendimento de abrangência da expressão ao fim do inciso XII a todas as hipóteses elencadas no artigo, sempre que a lei ou decisão judicial visasse defender o interesse público e impedir que criminosos pudessem se utilizar da consagração de direitos fundamentais para o cometimento de atividades ilícitas[9]. Por fim, houve quem defendesse que o artigo 5º, XII, seria dividido em duas partes: a primeira, com vedação absoluta da interceptação, abrangendo a correspondência e as comunicações telegráficas; o segundo, abrangidos pela exceção da redação legal, envolveria os dados e as comunicações telefônicas. Este último entendimento prevaleceu, defendendo que a cláusula final do dispositivo abrangeria a comunicação telefônicas e de dados, incidindo sobre aquilo que está acontecendo, não sobre os dados em si[10].

---

7. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 440; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

8. NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 129

9. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 179.

10. CF. STF, QO na Pet 577, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.03.1992, DJ 23.04.1993, voto do Min. Marco Aurélio de Mello, que rechaçou a inviolabilidade dos dados, defendendo a sua inclusão na exceção do fim do dispositivo. Também é possível ver tal entendimento no RE 418416/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 10.05.2006, DJ 19/12/2006. Hodiernamente, isso fica mais claro quando a Lei nº 12.850/2013 enumera, em seu artigo 3º, meio de obtenção de prova relativo à investigação de organização criminosa, em incisos separados, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais (inciso IV) e a interceptação de comunicações telefônicas e telemática, nos termos da legislação específica (inciso V).

Sobre os dados em si, armazenados, incidiria apenas a proteção genérica do artigo 5º, X, da Constituição Federal, que prevê o direito à privacidade ("X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação") e a aplicação do princípio da proporcionalidade[11], uma vez que o dispositivo não possui nenhuma cláusula de exceção. Isso será alvo de discussão em tópico futuro, quando serão abordados especificamente os dados de tráfego.

Em suma, segundo a interpretação constitucional majoritária na doutrina brasileira, a interceptação pode incidir sobre a comunicação de dados, realizada por meio das mensagens telemáticas, por exemplo, contemporâneas, e não armazenadas.

Para essas comunicações, o inciso X do artigo 5º também é de suma importância, uma vez que por se tratar de meio de obtenção de prova subreptício, interfere na vida privada e intimidade dos interlocutores. Isso se dá uma vez que muitas das informações encaminhadas durante a conversa tem a publicidade sob o controle das pessoas envolvidas. Assim, quanto mais sensíveis forem as informações coletadas, maior o grau de invasão à privacidade e à vida privada realizada pelo agente policial.

Uma vez tendo analisado os direitos fundamentais afetados pela interceptação telemática, próximo passo será a avaliação do regime infraconstitucional e se, apesar do permissivo constitucional, a lei está de acordo com o avanço da tecnologia e respeita as peculiaridades desta forma de comunicação via internet.

2.2 Parâmetros legais e procedimento da interceptação telemática

A comunicação telemática e a possibilidade de sua interceptação são mencionadas no artigo 7º, II, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que determina a inviolabilidade do fluxo de comunicações telemáticas, e somente haverá ingerência mediante ordem judicial fundamentada, nos limites da lei aplicável. Quanto ao procedimento, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/1996, dispõe que os artigos ali dispostos se aplicam igualmente à interceptação telefônica e à telemática. Tal previsão legal, segundo parte da doutrina, alargou o alcance da norma constitucional, comprometendo sua possível validade. Vicente Greco Filho defendeu sua inconstitucionalidade, uma vez que a lei federal não poderia estender o permissivo constitucional para abranger o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática se

11. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 293-294.

não havia tal forma de comunicação na Constituição[12]. Também foi alvo de questionamento no Supremo Tribunal Federal, mas a ADIn 1488 MC, de relatoria do Min. Néri da Silveira, julgada em 7 de novembro de 1996, teve sua medida cautelar indeferida, e depois extinta sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa do requerente (Associação Nacional dos Delegados de Polícia). Nova ação de mesmo escopo (ADIn 4.112/DF) aguarda julgamento desde 2008.

No entanto, tal previsão legal nunca foi afastada do nosso ordenamento, apesar dos questionamentos. Pelo contrário, tem sido regularmente aplicada. Nesse sentido, Maria Thereza Rocha de Assis Moura defende que uma interpretação progressiva da norma constitucional, conforme o avanço da tecnologia, foi o que guiou o legislador infraconstitucional a inserir tal dispositivo, compreendendo que as mesmas razões que teriam justificado a interceptação telefônica com a promulgação da Lei autorizariam a interceptação telemática[13]. Na mesma linha, Gustavo Badaró considerou que dar ao inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal uma interpretação literal, ignorando os avanços tecnológicos de comunicação telemática, faria com que as comunicações telemáticas e informáticas fossem absolutamente livres, sendo vedadas quaisquer restrições a tais formas de comunicação, o que permitiria que a criminalidade moderna, ao planejar crimes mais complexos, se utilizasse apenas dessa forma de comunicação, dificultando a sua investigação[14].

Sendo assim, é correto afirmar que a Lei nº 9.296/1996 aplica-se também às comunicações telemáticas, permitindo sua interceptação, tendo em vista o constante avanço tecnológico, e devido ao fato de a antiga comunicação telefônica estar cada vez mais em desuso pela sociedade diante da velocidade das mensagens e outras formas de comunicação via internet. Logo, isso faz com que a interceptação das comunicações telemáticas sejam um meio de obtenção de prova típico no ordenamento jurídico brasileiro.

Superada a questão de aplicação da Lei à forma de comunicação, pode-se começar a analisar o procedimento de interceptação em si, a fim de observar se é realmente aplicável ou se encontra-se defasado diante dos avanços da tecnologia.

---

12 GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 12-13.

13. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica e telemática na jurisprudência brasileira. *I:* AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Orgs.). **Crime Organizado: análise da Lei 12.850/2013**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 171.

14. BADARÓ, Gustavo. Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço da tecnologia. In. LIMA, José Corrêa de; CASARA, R. R. Rubens (Coords.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 473.

Primeiramente, temos os pressupostos legais de admissibilidade e deferimento da medida. De modo cumulativo[15], devem existir indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal, segundo o artigo 2º, I, da Lei analisada; que a esta infração seja cominada pelo menos pena de reclusão (artigo 2º, III); e, por fim, que haja impossibilidade de que a prova seja feita por outros meios, preconizando a *ultima ratio* da interceptação das comunicações (artigo 2º, II). Além disso, por se tratar de uma medida de natureza cautelar, exige-se a presença de *fumus boni iuris*, expresso no inciso I, com a probabilidade de autoria e de materialidade da infração penal, e de *periculum in mora*, expresso no inciso II, denotando o perigo de que a prova seja perdida[16].

No que tange ao artigo 2º, inciso I, os indícios de participação e materialidade delitivas têm de ser prévios à decisão judicial, não podendo o magistrado basear o deferimento em meras suspeitas ou análises conjecturais[17]. Já o inciso II, sobre a existência de outros meios disponíveis, está intimamente relacionado com o artigo 4º, que estipula a exigência de que a interceptação se mostre necessária à infração penal. Diante de expressões vagas como "outros meios" ou "necessária", deve-se utilizar, segundo Ricardo Sidi, o princípio da proporcionalidade, mais precisamente nos subprincípios da necessidade ou da menor ingerência possível, orientando o magistrado a seguir o caminho da intervenção mínima, a fim de escolher a alternativa probatória que ofereça a mesma qualidade na obtenção dos elementos necessários, mas que afronte menos direitos fundamentais[18]. Por fim, o inciso III, que exige pena de reclusão para o crime investigado a fim de que a comunicação possa ser passível de interceptação. A doutrina critica muito este parâmetro, ora pelo exagero ao permitir que todo e qualquer crime apenado com reclusão seja passível de interceptação, ora pelo fato de a restrição impossibilitar o uso da medida para crimes apenados com detenção[19]. A fim de resolver essa situação, Ricardo Sidi propõe que o legislador estipule um rol de crimes que admitem a interceptação de comunicação. Para isso, devem se balizar pela gravidade do crime, incluindo aqui aqueles que sejam objeto de mandamentos constitucionais de criminalização,

---

15. SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 232.

16. FERNANDES, Antonio Scarance. **Op. cit**. p. 96.

17. FERNANDES, Antonio Scarance. **Op. cit**. p. 97.

18. SIDI, Ricardo. **Op. cit**. p. 235.

19. Scarance, por exemplo, critica pelas duas frentes: acha um exagero a expansão para todos os crimes apenas com reclusão, ao mesmo tempo que outras infrações, como o jogo do bicho e os crimes de ameaça ou injúria cometidos por telefone, que são punidos com detenção, deveriam admitir a detenção (FERNANDES, Antonio Scarance. **Op. cit**. p. 97-98).

além daqueles que tenham como meio de prática do crime uma plataforma de comunicação, como, por exemplo, a internet, abrangendo plataformas como *Facebook*, *e-mail* e *Whatsapp*[20], amplamente utilizadas hodiernamente.

Em segundo lugar, temos o prazo de duração da medida. O artigo 5º da Lei nº 9.296/1996 prevê que a interceptação não pode exceder o prazo de quinze dias, podendo ser renovado por igual período, se comprovada a necessidade de o meio de prova continuar. A jurisprudência brasileira já consolidou entendimento de que ficará a critério do juiz a prorrogação, sempre motivada de modo idôneo e adequado, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal, não estabelecendo limite temporal[21].

O deferimento do pedido fica a cargo exclusivamente do juiz competente da ação penal principal, nos termos do artigo 1º, *caput*. O requerimento deve ser feito pela autoridade policial e pelo Ministério Público, legitimados para tanto, nos termos do artigo 3º, que prevê também a possibilidade de o juiz deferir de ofício, algo que é alvo de severas críticas, sendo objeto inclusive de duas ADIns no Supremo Tribunal Federal: ADIn nº 3450/DF, proposta pelo procurador-geral da República, e ADIn nº 4112/DF, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), por afrontar diretamente o princípio acusatório e a sua imparcialidade, um núcleo essencial das garantias do investigado.

Uma vez autorizada a interceptação, quem será responsável por conduzi-la é a autoridade policial, com ciência do Ministério Público, que pode acompanhar, segundo o artigo 6º, ou, se for o caso, requisitar ajuda a profissionais especializados, aos técnicos e concessionárias de serviço público, conforme o artigo 7º. Para a interceptação telemática, a transcrição da interceptação não é, segundo o meio de comunicação, necessário, salvo de mensagens de voz ou vídeo, devido à sua natureza enquanto comunicação de voz, que se assemelha muito à comunicação telefônica. Assim, a facultatividade da transcrição prevista no artigo 6º, §1º é equivocada, sendo rechaçada pela doutrina[22], afinal a transcrição é o efetivo meio de prova que será objeto de contraditório na fase judicial da persecução penal. O §2º, por sua vez, prevê que a autoridade policial providencie a documentação e o auto circunstanciado com o resumo das operações, mesmo que nenhum elemento indiciário tenha sido obtido.

Tendo sido concluídos os autos e seu resultado, documentado, a Lei ainda prevê que, em nome do sigilo da diligência, deve-se apensar o auto apartado

20. SIDI, Ricardo. **Op. cit**. p. 239.

21. A questão das renovações está em discussão aberta no Recurso Extraordinário nº 625263, com a repercussão geral reconhecida.

22. Badaró defende que todas as interceptações devem ser gravadas, sob pena de impossibilitar o contraditório e ampla defesa quanto ao seu conteúdo (BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 514).

da interceptação ao procedimento principal (artigo 8º), fazendo com que a defesa tome conhecimento do procedimento que foi realizado.

Tema mais espinhoso, por sua vez, é o procedimento de inutilização do material interceptado que não interessar à prova acusatória ou defensiva, previsto no artigo 9º, por requerimento do *Parquet* ou da parte interessada. O parágrafo único, por sua vez, prevê que o incidente será assistido pelo Ministério Público, com a presença facultativa do acusado ou de seu representante legal. Ada Pellegrini, Gomes Filho e Scarance Fernandes defendem a absoluta inconstitucionalidade do termo "facultada" no que concerne à presença do acusado/investigado e de seu defensor, por entenderem obrigatória a presença destes no incidente de inutilização em prol de assegurar a defesa técnica e a autodefesa[23].

Sobre o termo "inutilização", Luiz Flavio Gomes e Silvio Maciel entendem que se trata de efetiva destruição do material, quando possível, não abrangendo só a gravação, mas também os autos circunstanciados da conversa que não interessa, das transcrições, etc., devendo ser realizada o mais pronto possível, em apreço ao sigilo das comunicações preconizado no artigo 5º, XII, da Constituição Federal[24]. Especificamente sobre comunicações telemáticas, a inutilização ou destruição do material merece um cuidado maior, tendo em vista que a mesma conversa pode ser realizada por mais de um meio interceptado, seja via *e-mail*, *Skype*, telefone móvel, *Whatsapp*, podendo algo dito por uma forma ter sido desmentido por outra. Antes que a defesa tenha acesso ao todo da comunicação, contextualizada, não poderia o juízo unilateralmente determinar o que não é relevante para a inutilização[25]. É por isso que se deve observar rigorosamente a cadeia de custódia, prevista nos artigos 159-A e seguintes do Código de Processo Penal, a fim de se manter a idoneidade da prova.

Em suma, esta é a situação do procedimento de interceptação no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Proteção aos Metadados de Comunicação: Uma Análise de Direito Comparado

Em uma comunicação telemática, temos o conteúdo humano da mensagem trocada entre o indivíduo e o seu interlocutor, que pode consistir em som,

---

23. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

24. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica (comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996).** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 185-186.

25. SIDI, Ricardo. **Op. cit.** p. 275.

imagem, texto, vídeo, etc. Trata-se daquilo que a pessoa tem interesse de que a outra saiba.

No entanto, junto com essa comunicação humana, temos outras informações que vão anexadas àquilo que foi encaminhado. Trata-se de dados que identificam, por exemplo, a quantidade de *bytes* transportado, a duração e volume do áudio encaminhado, a identificação entre os interlocutores, a duração do *login* de um dos usuários na Internet, os IPs utilizados na comunicação pelas partes, dentre outros tantos outros dados atinentes ao processo comunicativo. São denominados dados de tráfego, metadados de comunicação ou dados externos ao processo comunicativo[26].

Enquanto figuras novas, deve-se tomar cautela ao analisá-las. Orbitam em torno dos metadados questões básicas, como sua conceituação jurídica, ou muito controversas, como a sua a proteção, seja legal, seja constitucional, além do regime jurídico que deve ser seguido na sua obtenção.

Na presente seção, será analisado o sistema europeu de proteção de dados, com posterior enfoque do sistema da Espanha sobre o tema dos dados de tráfego.

Do ponto de vista metodológico, a escolha do sistema europeu se deu pela entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados em 25 de maio de 2018, que traz um tratamento legal para os dados pessoais na União Europeia, que foi utilizado como inspiração para a elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) no Brasil. O posterior foco no sistema espanhol se deu pelo fato de suas raízes jurídicas, assim como no Brasil, datarem do Direito Romano, com um direito baseado mais em legislações (*Civil Law*) do que nas decisões dos tribunais. Mais do que isso, a proposta jurisprudencial e legal trazida pelo ordenamento espanhol pode iluminar um eventual regramento brasileiro sobre o tema.

3.1 A regulamentação da União Europeia sobre o tratamento de metadados de comunicação

Em 25 de maio de 2018, entrou em vigor na União Europeia uma nova regulamentação do correto tratamento aos dados pessoais de pessoas singulares e a sua livre circulação, denominado Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento UE 2016/679)[27]. Com o seu advento, outras Diretivas do Parlamento Europeu deverão ser modificadas, adaptando-se ao novo texto. Um desses casos é o da Diretiva 2002/58/CE de 12 de julho de 2002, relativa ao

26. SIDI, Ricardo. **Op. cit**. p. 109.

27. Disponível em: https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/07/Regulamento-Geral-Prote%C3%A7%C3%A3o-Dados.pdf. Acesso em: 15 set. 2018.

tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas[28].

Na redação original, antes do advento da RGPD, os dados de tráfego estavam definidos no artigo 2º, b, como "*quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrônicas ou para efeitos da facturação da mesma*".

O artigo 6º detalhava o tratamento a ser efetuado com tais dados. No artigo 6.1, há determinação expressa de que os dados relativos a assinantes e utilizadores tratados e armazenados pelo fornecedor de uma rede pública ou de serviço de comunicação eletrônica devem ser tornados anônimos ou destruídos após deixarem de ser necessários para a transmissão da comunicação. O artigo 6.2, por sua vez, permitia o tratamento dos dados de tráfego para fins de pagamento de faturas dos assinantes, enquanto perdurasse o direito de contestar tal pagamento. Ainda, o artigo 6.3 condicionava o uso dos dados de tráfego pelo prestador de serviços de comunicação eletrônica ou ao seu comercializador enquanto perdurasse o consentimento do usuário quanto ao seu tratamento. Por fim, o artigo 6.5 restringia ao pessoal que trabalha para os fornecedores de redes públicas de comunicação, ou de serviços de comunicação eletrônica publicamente disponíveis, o tratamento dos dados de tráfego.

No entanto, conforme já exposto, com o advento da RGPD, houve necessidade de adaptar a Diretiva, em vigor desde 2002, para os novos termos e novos tempos. Nessa toada, houve uma Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2017/0003, relativa ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais nas comunicações eletrônicas, que revogaria a Diretiva 2002/58/CE[29]. Trata-se de uma lei especial no que diz respeito ao RGPD, pormenorizando e complementando-o no que diz respeito aos dados de comunicação eletrônica que sejam considerados dados pessoais.

Já na fundamentação da base jurídica e subsidiariedade da proposta, há menção à necessidade de revisão, tendo em vista que o Tribunal de Justiça da União Europeia já reconheceu expressamente[30] que os metadados derivados de comunicações eletrônicas podem revelar informações sigilosas muito sensíveis

28. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT. Acesso em: 15 set. 2018.

29. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=PT. Acesso em: 15 maio 2020.

30. Nesse sentido, ver processos apensos C-293/12 e C-594/12 *Digital Rights Ireland e Seitlinger e Outros*, ECLI:EU:C:2014:238; Processos apensos C-203/15 e C-698/15 *Tele2 Sverige AB e Secretary of State for the Home Department*, ECLI: EU: C:2016:970.

e pessoais, o que faria com que também merecesse proteção dentro do âmbito da vida privada enquanto direito fundamental consagrado no artigo 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[31].

Conforme as considerações da presente proposta de regulamentação, quem tiver acesso a esses dados de comunicação poderá tirar conclusões precisas sobre a vida privada das pessoas envolvidas na comunicação eletrônica, como hábitos, relações sociais e interesses pessoais, o que afrontaria a proteção à vida privada do cidadão europeu.

Assim, a proposta define no artigo 4º, 3.a, o conceito de dados de comunicação eletrônicas, que compreende o conteúdo das comunicações eletrônicas, sendo aqueles trocados por meio de serviço de comunicações eletrônicas, sob a forma de texto, voz, vídeos, imagens e som, e os metadados das comunicações eletrônicas, sendo eles

> os dados tratados numa rede de comunicações eletrônicas para efeitos de transmissão, distribuição ou intercâmbio de conteúdo de comunicações eletrônicas, incluindo os dados utilizados para detectar uma comunicação e identificar a sua fonte e destino, a localização do dispositivo no contexto da comunicação e a data, hora, duração e tipo de comunicação[32].

Com tal definição, a proposta de regulamentação adentra restrições muito similares ao que a Diretiva 2002/58/CE previa, especificamente, nos artigos 6.2, 7.2 e 7.3. No entanto, toma curso diferente em alguns pontos específicos: alargamento das possibilidades de tratamento de metadados das comunicações eletrônicas pelos prestadores de serviços de comunicações eletrônicas, mas ainda com base no consentimento do utilizador final, e na possibilidade de o usuário final consentir com o tratamento de seus metadados a fim de receber serviços específicos, como aqueles que o protegerão de fraudes, por exemplo.

Uma vez analisando a regulamentação geral da União Europeia sobre o assunto, será adentrada a regulamentação específica de um país-membro, qual seja, a Espanha, a fim de conseguir entender melhor a aplicação das diretivas e regulamentos.

---

31. *"Artigo 7º (Respeito pela vida privada e familiar) - Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações."* Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

32. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010&from=PT. Acesso em: 15 set. 2018.

3.1.1 O Direito Espanhol e a proteção de dados de tráfego

Baseada ainda na Diretiva 2002/58/CE, foi promulgada na Espanha a *Ley* 15/2007[33], que em seu artigo 1º já estipula como objeto da lei a regulação da obrigação dos operadores de conservar os dados gerados ou tratados no marco da prestação de serviços de comunicações eletrônicas ou de redes públicas de comunicação, assim como o dever de cessão dos mencionados dados, mediante autorização judicial, para fins investigativos, de prisão e eventual processo por delitos considerados graves previstos no Código Penal Espanhol ou nas leis penais especiais do mesmo país. Não somente, exclui do âmbito da lei o conteúdo das comunicações eletrônicas, reafirmando que a regulamentação será tão somente dos dados de tráfego e de localização sobre pessoas físicas e jurídicas. Tal fornecimento está restrito à polícia judiciária e para o Centro Nacional de Inteligência, nos termos do artigo 6º, mediante decisão judicial, como prevê o artigo 6.1 e o artigo 7º.

O artigo 3º da *Ley* listou os dados que devem ser armazenados pelos operadores que prestem serviços de comunicações eletrônicas disponíveis ao público ou explorem redes públicas de comunicação, especificados no artigo 2º, como aqueles dados necessários para rastrear e identificar a origem de uma comunicação. São eles: telefone, endereço, identificação e IP do usuário registrado e de qualquer interlocutor com quem ele se comunique; data, hora e duração das comunicações; data e hora da conexão e desconexão do serviço do acesso à rede de internet, conforme o fuso horário necessário; o endereço vinculado ao IP, seja ele dinâmico ou estático[34]; a data e a hora de eventual conexão e desconexão do serviço de *e-mail*; e a identificação de equipamentos e aparelhos usados na comunicação.

Quanto ao prazo de armazenamento desses dados, o artigo 5º prevê o período de doze meses, podendo ser alterado para, no máximo, dois anos, ou reduzido para um mínimo de seis meses, sempre considerando um equilíbrio entre dois fatores: o custo do armazenamento dos dados de tráfego e o interesse público na persecução.

Ainda, a lei também prevê a adoção de medidas técnicas para evitar manipulação indevida ou ilegal, impedindo destruição ou perda acidental ou ilícita daqueles dados armazenados, nos ditames do artigo 8.1.

---

33. Disponível em: https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/19/pdfs/A42517-42523.pdf. Acesso em: 15 set. 2018.

34. Ricardo Sidi traz que é importante saber a distinção, uma vez que o regime jurídico para obtenção de cada um deles pode ser diferente. Um IP estático é aquele denominado fixo para um usuário, enquanto o IP variável é definido como aquele que se modifica enquanto o usuário permanece conectado à internet. O primeiro é prévio à conexão, inserindo-se na categoria de dado, enquanto o segundo é indissociável da conexão e da comunicação em si (SIDI, Ricardo. **Op. cit**. p. 196).

Não obstante os procedimentos já enunciados, o artigo 9º prevê exceção ao que denominam na Espanha de direito ao cancelamento. Assim, a legislação dá ao usuário o direito de requerer a supressão de dados de sua propriedade em bancos de armazenamento público ou privado.

Para além de lei específica, há a jurisprudência espanhola que merece especial atenção. Mesmo havendo divergências ao longo dos anos[35], existe um caso em específico que traz uma diferenciação digna de nota. O Tribunal Supremo, no Recurso de Casación n.º 121/2009[36], trouxe uma sistematização para o tema da diferenciação entre os dados de tráfego. Em suma, distinguiram dados pessoais que possam afetar o sigilo da comunicação e aqueles que, embora estejam armazenados por operadoras de comunicação definidas no artigo 2º da *Ley* 15/2007, estão lá de maneira estática, não se referindo a nenhuma comunicação contemporânea.

Sendo assim, separaram em dois conceitos: um primeiro, de dados de tráfego que estejam vinculados a uma comunicação concreta e contribuem para a identificação do comunicador, ou que possuam informações pessoais que estejam sob o âmbito de proteção do artigo 18.3 da Constituição Espanhola[37], que tutela o sigilo das comunicações; e outro de dados que façam alguma referência à intimidade de alguém, mas que sejam autônomos em relação à comunicação, estando sob a guarda do artigo 18.4 da Constituição Espanhola, que tutela a proteção aos dados informáticos[38]. A justificativa para tanto foi impedir que toda e qualquer informação transmitida seja conceituada como dado de tráfego, afinal, por si só, isso não seria suficiente para abarcar aquele dado na tutela de sigilo de comunicações.

4. A Situação dos Metadados de Comunicação no Brasil e a Sua Devida Proteção Constitucional

Conforme já pontuado[39], a jurisprudência brasileira vem defendendo que a proteção dada à comunicação é adstrita ao inciso XII do artigo 5º da Consti-

35. SIDI, Ricardo. **Op. cit**. p. 192.

36. Disponível em http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5554451&links=informatico&optimize=20100422&publicinterface=true. Acesso em: 10 jun. 2020.

37. "*Artìculo 18. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegraìficas y telefoìnicas, salvo resolucioìn judicial.*" Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

38. "*18. 4. La ley limitaraì el uso de la informaìtica para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*" Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

39. Vide seção 3.1.

tuição Federal, que tutela o sigilo das comunicações, enquanto aos dados em si é delegada a proteção do inciso X do mesmo artigo, que protege de maneira genérica a intimidade e a privacidade do cidadão. No entanto, conforme já visto em sede de direito comparado, os metadados de comunicação são indissociáveis da comunicação humana em si, sendo transferidos conjuntamente com ela, possuindo informações sensíveis sobre o usuário. Isso gera um debate sobre a regulamentação legal do instituto, especialmente da sua interceptação, o que nos interessa.

Pode-se retirar uma enumeração de dados de conexão que, quando vinculados à comunicação telemática, se tratam de metadados de comunicação, nos artigos 190-A, §2º, II, da Lei nº 8.069/1990, e 10-A,§1º, I, da Lei nº 12.850/2013, como "*informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão*", sem especificar mais esses dados.

A doutrina vem complementar e buscar soluções para a falta de regulamentação e clareza legislativa no que tange aos metadados de comunicação. Ricardo Sidi divide os dados em quatro grupos, a saber: (i) conteúdo humano da comunicação; (ii) dados de tráfego propriamente ditos; (iii) demais dados (exceto os cadastrais); (iv) dados cadastrais, em uma ordem decrescente de importância na privacidade do usuário do serviço[40]. Como é possível depreender de tal classificação, o autor segue aquela trazida pelo sistema espanhol, preconizado pelo julgado da Corte Suprema[41], separando os metadados vinculados diretamente a uma comunicação contemporânea dos estáticos.

Isso se dá, uma vez que, para o autor, a forma como foi concebida a proteção constitucional do artigo 5º, XII, às comunicações, abrange a proteção dos dados de tráfego transmitidos junto com a comunicação telemática contemporânea. Não faria sentido, assim, que, quando a autoridade policial obtivesse os dados armazenados em uma operadora telefônica, também tivesse acesso, por exemplo, à localização e ao tempo de duração da comunicação realizada pelo cidadão[42].

Logo, para o autor, seguindo a divisão trazida pela jurisprudência espanhola, tanto o conteúdo humano da comunicação como os metadados vinculados a essa comunicação concreta estão inseridos no âmbito de proteção do sigilo das comunicações. Isso é importante, uma vez que o regime jurídico aplicado será o da Lei nº 9.296/96, logo, mais rigorosa, além de que exige para a sua

40. SIDI, Ricardo. **Op. cit.** p. 295.

41. Vide seção 3.1.1

42. SIDI, Ricardo. A interceptação de e-mails e a apreensão física de e-mails armazenados. **Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC,** Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 101-121, jul/dez. 2015.

obtenção a autorização judicial. A título de exemplo desses dados, temos o IP dinâmico, que apenas é revelado quando vinculado a uma comunicação concreta, a data, duração e hora da comunicação, a hora de conexão e/ou desconexão do usuário da internet, do aplicativo ou servidor de *e-mail* usado para se comunicar.

Nesta toada, diferenciam-se os dados que não fazem parte dessa comunicação contemporânea. Podem identificar o usuário e o aparelho, com o código IMSI[43] e o IMEI[44], respectivamente, ou o IP estático do usuário pesquisado. Mais ainda, abarcam a localização obtida pela Estação de Rádio-Base (ERB) ou GPS de forma não vinculada à comunicação concreta. No entanto, como os dados não estão vinculados, estão sujeitos ao regime de Busca e Apreensão dispostos nos artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal[45].

Por fim, temos os dados cadastrais, definidos no artigo 10-A, §1º, II, da Lei 12.850/13, e que, nos termos do artigo 15 da mesma lei, ou do artigo 13-A do Código de Processo Penal, bastaria que a autoridade administrativa, seja a policial ou o Ministério Público, requisite à operadora[46].

Em suma, com o que há na legislação brasileira, aliado a conclusões tiradas de análise de sistemas estrangeiros, temos o panorama apresentado, com a divisão baseada na comunicação em concreto e na expectativa de privacidade, a fim de conceber uma proteção legítima aos metadados de comunicação e não permitir abusos de autoridade, além de ingressos indevidos na intimidade e nas comunicações dos cidadãos.

Conclusão

1. A comunicação não abrange apenas o conteúdo humano de sua transmissão, possuindo metadados que a orbitam, qualificando e identificando-a.
2. O sigilo das comunicações contemporâneas e seu conteúdo é tutelada pelo artigo 5º, XII, da Constituição Federal, deixando de fora os dados não comunicados, que ficam sob a tutela geral da intimidade do artigo 5º, X, da Constituição.

---

43. IMSI (International Mobile Subscriver Identity) é o número atribuído por um prestador de serviço telefônico ao usuário daquele serviço móvel.

44. O International Mobile Equipment Identity (IMEI) é o número de identificação global e único, referente aos aparelhos celulares.

45. SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 312.

46. Neste sentido, vide também artigos 17-B da Lei nº 9.613/98; 15 da Lei nº 12.850/13; 10, §3º, da Lei nº 12.965/14.

3. A Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/96) regulamenta a interceptação telemática, mas pouco diz sobre os metadados de comunicação. O mesmo pode ser dito do artigo 7º, II, da Lei nº 12.965/2014, que apenas informa a inviolabilidade e exige decisão judicial para ingerência nas comunicações telemáticas.
4. A União Europeia já possuía legislação específica sobre a tutela dos dados de tráfego, com a Diretiva 2002/58/CE. No entanto, com a promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados, há a necessidade de adaptar a Diretiva. Assim, existe a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2017/0003, que atualiza as definições de metadados de comunicação e a sua previsão de tutela no Direito Europeu, tendo em vista que as informações ali presentes podem ser sigilosas e atentar contra a vida privada da pessoa.
5. Baseado na legislação europeia, a Espanha possui a *Ley* 15/2007, que regula especificamente os dados de tráfego e os conceitua frente ao direito espanhol, em seu artigo 2º. Não somente, a jurisprudência espanhola já se debruçou sobre o tema. O Tribunal Supremo, no Recurso de Casación nº 121/2009, trouxe uma sistematização importante, dividindo os dados de tráfego entre aqueles vinculados a uma comunicação concreta, que estariam sob tutela do sigilo das comunicações, e os dados que não estariam vinculados, estáticos, possuindo outros tipos de informação que merece outra tutela, a dos dados informáticos.
6. No Brasil, não há muitos exemplos da tutela dos metadados de comunicação. A nossa lei pouco menciona ou desenvolve sobre o tema. Sendo assim, a doutrina complementa esse vácuo legislativo, por uma análise de direito comparado e de integração do sistema jurídico brasileiro, trazendo a separação entre (i) comunicação propriamente dita e metadados que, quando vinculados a uma comunicação concreta, estão sob a tutela do sigilo das comunicações e serão regidos pela Lei de Interceptação Telefônica, mais rígida, exigindo autorização judicial; (ii) outros dados estáticos que, por mais que possuam informações que merecem sigilo, não estão vinculados a nenhuma comunicação, recebendo a proteção geral à intimidade e, portanto, o regime dos artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal, no que tange à busca e apreensão, um regime menos rígido, mas que também exigem a autorização judicial para sua obtenção; e (iii) os dados cadastrais que, por conta de leis já promulgadas no sistema, não exigem autorização judicial para que a autoridade administrativa possa requisitá-los.

Referências Bibliográficas

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI. **Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais**. São Paulo: InternetLab, 2017

BADARÓ, Gustavo. Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas: limites ante o avanço da tecnologia. In. LIMA, José Corrêa de; CASARA, R. R. Rubens. (Coords.). **Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao Professor Geraldo Prado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio.**Interceptação telefônica: comentários à lei 9.296, de 24.07.1996***.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de*.* **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional***.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Interceptação telefônica e telemática na jurisprudência brasileira. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Orgs.). **Crime organizado: análise da Lei 12.850/2013**. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 163-191.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SIDI, Ricardo. **A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

___. A interceptação de *e-mails* e a apreensão física de *e-mails* armazenados. **Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC**. Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 101-121, jul/dez. 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

As Garantias de Cumprimento da Sentença Arbitral

Gilberto Giusti[1]

1. Os Passos de um Grande Homem

Dezembro de 1985, Auditório Elis Regina, Anhembi, São Paulo. Cerimônia de graduação da Turma Tancredo Neves (1985) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a velha e sempre nova Academia. Pela turma do noturno, levantou-se e dirigiu-se à tribuna o orador, bacharelando Fernando Passos. Como era da turma do matutino, eu pouco o conhecia. Sabia que era de Araraquara, sério, bom aluno e colega leal.

Seu discurso chamou a atenção de todos, pelo conteúdo certeiro para o momento de transição democrática em que vivíamos e pela oratória impecável. Dias depois, cumprimentamo-nos no baile de formatura, o último daquela geração que ocorreu na própria faculdade, entre as Arcadas que nos acolheram e acolhem até hoje. Não mais nos vimos por muitos anos.

Foi na festa de 10º ou 15º aniversário de formatura – já não estou certo – que nos reencontramos. Aliás, festa é o que sempre marcou e continua marcando nossa turma. Com um pequeno saldo que restou da verba do baile de formatura, aquele sob as Arcadas, abri uma poupança que, por décadas, ajudou a dar início à organização das comemorações que se seguiram, até que a venda dos convites pudesse repor ao menos parte daquele pequeno investimento.

Foi assim que tivemos festas de primeiro, quinto, décimo, décimo quinto, vigésimo, vigésimo quinto e trigésimo aniversários de formatura, quando liquidamos finalmente o saldo daquela conta-poupança. Mas o espírito festeiro não acabou nem acabará. Que venham muitas outras festas de aniversário de formatura pelos próximos anos!

Pois Fernando Passos foi a ponte para reconectar as turmas do matutino e do noturno a certa altura das comemorações da profissão e do vínculo acadêmico que nos une. E hoje é um dos principais elos dessa grande fraternidade em que se tornou a Turma 1985 do Largo de São Francisco!

Hoje tenho a honra de desfrutar da amizade de Fernando e de sua encantadora família. Aliás, família é a palavra que melhor traduz sua essência e

1. Advogado em São Paulo.

sua condução de vida. O orgulho com que fala de seu falecido pai, Dr. Neil, é inspirador. O carinho que reserva à mãe, Sra. Hellé-Nice, que recentemente tive a honra de conhecer, é tocante, assim como o amor que dedica à esposa, Rosangela, às filhas e netos.

No campo profissional, Fernando alcançou o sucesso que já se lhe desenhava nos tempos de faculdade. Como chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e coordenador do curso de Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), Fernando exerce de forma impecável a nobre missão de formar novos cidadãos e profissionais. Como advogado, é reconhecido por seus pares pelo alto grau de profissionalismo e dedicação aos clientes, além de todo o trabalho filantrópico e social que desenvolve perante os segmentos mais necessitados.

Por tudo isso, é uma honra para mim desfrutar da amizade de **Fernando** e seguir os **Passos** desse grande homem. E uma enorme satisfação poder participar desta obra coletiva em sua homenagem, com o texto *As Garantias de Cumprimento da Sentença Arbitral*, que segue.

2. Introdução ao Tema

Não se discute o grande desenvolvimento que a arbitragem comercial experimentou e continua a experimentar no Brasil, como método eficiente de solução extrajudicial de conflitos. Principalmente no exterior, em encontros e congressos sobre arbitragem, é comum ouvir encômios dos mais diversos, seja ao trabalho dos profissionais da prática privada do Direito, como professores, juristas e advogados, seja ao crescente apoio ao instituto da arbitragem dado pelos profissionais da área pública do Direito, como magistrados e autoridades governamentais.

Os alardeados benefícios (a) da maior celeridade do procedimento arbitral, (b) da confidencialidade de seus termos e (c) da possibilidade de julgamento por especialistas na matéria em discussão – ou pelo menos por profissionais com maior disponibilidade para realizar aprofundados estudos técnicos da matéria – são hoje havidos, descontados certos percalços, como razoavelmente bem alcançados na maioria dos procedimentos realizados ou no Brasil ou no exterior para posterior cumprimento da sentença arbitral no país.

Findo o procedimento com a emissão da sentença arbitral, e sendo esta condenatória (constituindo, portanto, título executivo conforme disposto pelo artigo 31 da Lei nº 9.307, de 1996 – "*Lei de Arbitragem*"), é razoável e lógico esperar que a parte vencida lhe dê cumprimento espontâneo no prazo assinalado no julgado (conforme art. 26, inciso III, da mesma lei, é requisito obrigatório da sentença "o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso").

Não ocorrendo espontaneamente o cumprimento e devendo este se dar no Brasil, ou aqui se encontrando os bens do vencido, deverá o credor iniciar a

execução judicial da sentença[2], se antes disso não tiver, caso a sentença tenha sido proferida no exterior, de submetê-la a procedimento de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Pois é neste momento que a parte que buscou os benefícios inerentes à solução arbitral pode começar a sentir reveses em suas expectativas. Ao se ver obrigada a levar a sentença a juízo, a parte vencedora poderá enfrentar imprevisível delonga na satisfação de seu crédito, comprometendo a celeridade em que apostou ao contratar convenção de arbitragem. Verá, ainda, cair por terra a confidencialidade da disputa, eis que, em regra, os processos judiciais são públicos.[3]

É bastante difícil estimar qual o percentual de sentenças arbitrais a serem cumpridas que o são espontaneamente, mesmo porque os procedimentos, no mais das vezes, são protegidos por confidencialidade. No âmbito internacional, em 2008 foi divulgado interessante trabalho realizado pela *Queen Mary School of International Arbitration* em conjunto com a *PricewaterhouseCoopers (PwC)*, que detectou alto índice de cumprimento voluntário das sentenças arbitrais e identificou duas principais razões para isso: preservação do relacionamento comercial entre as partes e preocupação em se evitar o desgaste econômico da empresa vencida[4]. Reproduz-se aqui relevante trecho desse trabalho:

> [C]orporations usually comply with the awards rendered in International Arbitration proceedings - During the interviews, corporate counsel reported that more than 90% of the awards were honoured by the non-prevailing party. The principal reason given for compliance with the arbitral awards was to preserve a business relationship.

Em 2010, o escritório White & Case publicou um estudo realizado em parceria com a mesma *Queen Mary School of International Arbitration* intitulado "2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration"[5]. Dentre vários dados, essa pesquisa apurou as sete principais causas de morosi-

---

2. Em que pese a reforma do antigo CPC de 1973 introduzida pela Lei nº 11.232/2005 tenha eliminado o processo autônomo de execução de título fundado em sentença judicial, simplificando-o para simples requerimento de cumprimento do julgado, o que foi mantido pelo atual CPC de 2015, adota-se o termo "execução" para o procedimento judicial de cumprimento forçado de sentença arbitral condenatória pelo fato de a sentença ter sido proferida fora do Poder Judiciário e exigir, assim, a constituição de uma nova relação processual quando levada a juízo.

3. Em que pese o Artigo 189, IV, do CPC preveja que os processos que versem sobre arbitragem sejam protegidos pelo segredo de justiça, o Judiciário tem aplicado essa regra parcimoniosamente.

4. Disponível em: http://www.arbitrationonline.org/docs/Astudy_ 2008.pdf.

5. Disponível em: http://www.arbitrationonline.org/docs/2010_ InternationalArbitrationSurveyReport.pdf.

dade do procedimento arbitral; dentre elas, a necessidade de execução (*enforcement*) da sentença arbitral ocupou o sexto lugar, representando 10%.

No Brasil, conquanto não haja um estudo semelhante, é razoável considerar que a grande maioria das sentenças arbitrais seja, de fato, cumprida prontamente, sem a necessidade de execução judicial. Em 2009 e 2010, o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, desenvolveu projeto de pesquisa destinado a investigar a relação entre a arbitragem e o Poder Judiciário no Brasil, com o objetivo de compreender como os juízes brasileiros aplicam os dispositivos da Lei de Arbitragem.[6]

Foram examinadas todas as decisões judiciais de tribunais estaduais e tribunais superiores relacionadas à arbitragem, proferidas entre novembro de 1996 (data de entrada em vigor da Lei de Arbitragem) e fevereiro de 2008. Menos de 50 acórdãos foram localizados em todo o país, o que, em um universo de crescente utilização desse método extrajudicial de solução de disputas, pode ser considerado um número relativamente pequeno.

As pesquisas acima referidas não foram atualizadas até o presente, mas é razoável supor que o quadro não tenha se alterado significativamente desde então. Ainda assim, é compreensível que as partes contratantes de convenção arbitral busquem se cercar, cada vez mais, de garantias de que a futura sentença venha a ser cumprida nos exatos termos em que for proferida. Entenda-se por garantias, na verdade, mecanismos para minimizar o risco de descumprimento da sentença arbitral ou para tornar por demais onerosa a recusa de cumprimento espontâneo por parte do vencido, eis que, a rigor, sempre será inevitável o risco de o vencedor ter de recorrer às vias judiciais para a execução forçada do julgado. Ou mesmo de o vencido tomar a iniciativa de acionar o controle judicial das sentenças arbitrais, na forma e nos casos específicos previstos no art. 32 da Lei de Arbitragem.

Entendemos que essas "garantias" (com o esclarecimento feito anteriormente acerca do conceito e da extensão do termo para fins do que aqui se discute: o incentivo ao cumprimento espontâneo da sentença arbitral pela parte vencida) podem, para efeitos meramente didáticos e de exposição, ser divididas entre ***não punitivas*** (ou preventivas) e ***punitivas***.

As primeiras são aquelas que decorrem naturalmente da acurada formação e condução de todo o processo de resolução extrajudicial de conflitos, iniciando-se com a cuidadosa e atenta negociação e contratação da convenção de arbitragem, e visam ao cumprimento espontâneo das sentenças arbitrais independentemente da imposição de penalidades decorrentes do próprio procedi-

6. Disponível em: http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-fgv-2007/.

mento arbitral.[7] As segundas são constituídas por mecanismos punitivos decorrentes da lei, do regulamento ou da própria vontade das partes, para inibir a parte vencida de furtar-se a honrar o julgado.

Ao cumprimento da sentença arbitral em um cenário em que só existam as garantias não punitivas ou preventivas, pode-se chamar, com menor margem de erro, de efetivamente espontâneo. Já na hipótese de cumprimento da sentença arbitral à luz de medidas punitivas, o termo "cumprimento espontâneo" deve ser tomado com reservas.

O objetivo do presente capítulo é fazer uma breve análise desses dois tipos de garantias.

3. As Garantias Não Punitivas (Preventivas)

A mais eficaz (e básica) garantia de que dispõem as partes para conferir maior segurança à sua expectativa de que a futura sentença arbitral haverá de ser integral e tempestivamente cumprida é, sem dúvida alguma, a extrema diligência e o cuidado que devem ter nos momentos cruciais de preparação e condução de todo e qualquer procedimento arbitral: a adequada contratação da convenção de arbitragem, a escolha do tribunal arbitral (ou árbitro único) e a correta postulação de seus pleitos.

Quando o procedimento arbitral chega à fase final de julgamento sem que as partes tenham logrado qualquer forma de composição, é grande a probabilidade de que estejam convictas, ou ao menos confiantes, de um resultado positivo para seus interesses. Natural, pois, que, sobrevindo a decisão, a parte vencida e condenada a satisfazer o crédito reconhecido em favor da vencedora seja tomada por frustração, e não menos corriqueiro será seu primeiro impulso de que não cumprirá a sentença e que até mesmo buscará invalidá-la no Judiciário.

Esse inicial rompante da parte vencida, repita-se, é natural a todo e qualquer procedimento litigioso que culmina em provimento jurisdicional definitivo e vinculante, como é a arbitragem. Conquanto o sabor amargo da derrota para a parte vencida possa ser maior ou menor, mais ou menos duradouro, o importante é que todos os envolvidos no processo, partes, advogados e árbitros, estejam convencidos da legalidade e legitimidade da sentença (e em maior grau, nas ainda raras arbitragens de equidade, da justeza do *decisum*). Para a parte vencida, tão mais rapidamente atinja esse convencimento, menor a possibilidade de que lhe ocorra recusar-se ao cumprimento da condenação imposta.

7. Obviamente que a parte que não cumprir espontaneamente a sentença arbitral, mesmo nesse cenário, estará sujeita a processo de execução (cumprimento de sentença) com a incidência de todas as penalidades e encargos de mora inerentes a esse procedimento judicial.

Esse convencimento deve ser buscado e trabalhado desde o primeiro momento do caminho arbitral, qual seja, a apropriada e correta contratação da cláusula compromissória. Há muito tempo que a cláusula de resolução de conflitos, principalmente nos contratos de maior complexidade, deixou de ser um dispositivo de somenos importância na avença.

Desde a análise da conveniência para o caso de uma cláusula escalonada (que prevê mais de um método de solução extrajudicial de disputas, geralmente em ordem sucessiva e bem organizada), passando pela escolha das regras de arbitragem (e normalmente da instituição arbitral que administrará o eventual procedimento) que mais se ajustam ao caso concreto, e chegando à definição de como deverão ser escolhidos os árbitros (eventualmente até predefinindo suas qualificações), o momento de elaboração da cláusula compromissória mostra-se de vital importância para a garantia de sucesso de um futuro procedimento arbitral e, consequentemente, de cumprimento da sentença dele decorrente.

De fato, alguns fatores que por vezes contribuem para agravar a natural frustração da parte vencida de que se falou acima, podendo dificultar seu convencimento quanto à legalidade e à legitimidade da sentença arbitral a ponto de comprometer sua decisão de prontamente cumpri-la, podem ser tratados (e mais: evitados) já na redação da cláusula compromissória.

Por vezes, as partes (e não necessariamente só a vencida) ressentem-se de sentenças arbitrais que não contemplam a detalhada análise e fundamentação de todos os argumentos[8] trazidos por uma e por outra ao longo do procedimento, eis que, pelo princípio do livre convencimento dos árbitros, consagrado no artigo 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, os julgadores, no mais das vezes, limitam-se a analisar e fundamentar a aceitação e/ou a recusa apenas dos argumentos e alegações que entendem necessários e pertinentes para a formação de seu convencimento.

Pois nada impede que as partes, na elaboração da cláusula compromissária, e se inexistente dispositivo nesses moldes no regramento institucional ao qual se reportam, deixem claro que os árbitros deverão apreciar, nos termos do Artigo 489, IV, do CPC, "todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador".

Outras e tantas vezes, a parte, já quando da formação do tribunal arbitral, sente-se desconfortável com o árbitro indicado pela parte contrária, ou mesmo com o árbitro escolhido para presidir o painel. No entanto, porque o motivo

8. Fala-se aqui de causas de pedir, e não de pedidos, pois estes, evidentemente, devem ser todos apreciados pelos árbitros, sob pena de invalidade da sentença arbitral (art. 32, inciso V, da Lei nº 9.307/1996).

desse desconforto não se enquadra em previsões legais e/ou regulamentares de suspeição ou impedimento, acaba por aceitá-lo. Mais adiante, quando do advento de uma sentença que lhe é desfavorável, aquele desconforto invariavelmente volta à mente da parte; ainda que o resultado do julgamento nada tenha a ver (e geralmente não tem mesmo) com esse desconforto, é algo que pode dificultar o convencimento da parte vencida quanto à legitimidade da sentença e prejudicar sua intenção de cumpri-la espontaneamente.

É, pois, salutar que as partes conversem sobre isso no momento da contratação da cláusula compromissária e nela façam inserir determinadas pré-qualificações dos árbitros de modo a afastar todo e qualquer desconforto futuro[9], diminuindo, assim, eventuais pontos que possam contribuir para o desincentivo ao cumprimento espontâneo da decisão arbitral.

Como esses, outros tantos exemplos de disposições que estejam no âmbito da livre contratação pelas partes e que possam lhes conferir maior conforto com relação ao eventual procedimento arbitral a que poderão ser submetidas no futuro podem e devem ser considerados pelas partes quando da negociação e contratação da cláusula compromissária, exercendo seus advogados, nesse momento, importante papel de aconselhamento e recomendação. Desde que, claro, tais disposições não engessem o tribunal a ponto de lhe comprometer o livre convencimento, princípio legalmente previsto em nosso ordenamento.

Assim, já na negociação e contratação da cláusula compromissária, devem as partes se preocupar com a garantia de cumprimento da sentença que advier de qualquer procedimento arbitral a que venham a se submeter no futuro em decorrência do contrato.

Surgido o conflito e iniciado o procedimento arbitral, torna-se crucial a atenta e diligente escolha do árbitro ou dos árbitros, que, além de contarem com a confiança das partes, terão o papel fulcral de conduzir o procedimento de modo a assegurar o mais amplo conhecimento dos fatos, a mais precisa valoração das provas, a garantia do contraditório, a transparência na formação de seu convencimento e, nas arbitragens de direito, a mais fiel obediência à lei.

9. Por exemplo, existem casos em que as partes se sentem desconfortáveis quando o árbitro indicado para presidir o tribunal exerce sua principal atividade profissional na mesma entidade ou instituição em que atua o árbitro indicado pela outra parte, ou mesmo quando atuam em uma mesma cidade ou Estado, distintos daquela do outro árbitro. Claro que essas não são causas legais nem regulamentares para suspeição ou impedimento de árbitro, mas nada impede que as partes, livres contratantes que são, façam inserir na cláusula compromissória previsão de que os membros do futuro e eventual tribunal arbitral não podem, por exemplo, exercer ou ter exercido suas atividades profissionais em uma mesma empresa, entidade, universidade. Esse tipo de previsão, feita na própria cláusula compromissória, muito antes do surgimento de eventual conflito, despersonaliza a questão e evita constrangimentos futuros.

"A arbitragem vale o que vale o árbitro", costuma-se dizer. Mas quem escolhe os árbitros são as partes, seja direta ou indiretamente (com base em regulamento pré-acordado), e aqui relembramos o momento da celebração da convenção de arbitragem, em que as partes podem e devem considerar suas preocupações e anseios quanto à indicação do árbitro ou dos árbitros.

A escolha dos árbitros, portanto, figura com destaque entre as garantias não punitivas do cumprimento da sentença, pois sua atuação é fundamental à boa condução do procedimento. Por essa razão, devem as partes, devidamente orientadas por seus advogados, exercer com destemor, boa-fé e responsabilidade o seu direito de impugnar árbitros que não lhes pareçam confiáveis no e para o caso concreto. De novo, de nada adianta a parte conviver com o desconforto e a desconfiança e pretender, lá na frente, buscar nesses fatores uma justificativa até então recôndita para não cumprir a sentença que eventualmente lhe for desfavorável.

Trata-se de questão ainda muito sensível e pouco debatida entre nós, pois é enorme a chance de que o eventual julgamento (de boa-fé e não abusivo) de uma parte de que determinado árbitro indicado não é "confiável" para o caso em discussão seja equivocadamente confundido com julgamento da confiabilidade e honestidade natas do profissional. Não é assim e não deveria ser assim. Mas esse é um tema que merece reflexão mais aprofundada, em outra oportunidade.

O que cabe repetir aqui é a importância da escolha dos árbitros como fator decisivo para a garantia de uma sentença arbitral que, pela sua legitimidade e robustez, opere em favor do convencimento da parte vencida a lhe dar cumprimento espontâneo.

Igualmente,os advogados que representam os interesses das partes em litígio não podem e não devem se furtar à sua responsabilidade de atuar em garantia do cumprimento da sentença arbitral pela parte vencida, seja ela quem for.

O advogado que atua em arbitragem deve saber que a tão propalada "maior flexibilidade" do procedimento arbitral diz respeito única e exclusivamente à maior liberdade que as próprias partes têm, assim como os árbitros, de acomodar as formalidades do procedimento (prazos, formas de comunicação, realização de diligências, etc.) da maneira que lhes parecer mais apropriada. Nada, absolutamente nada tem a ver com menoscabo tanto aos princípios do devido processo legal (em todo e qualquer tipo de arbitragem) quanto à letra positiva da lei (em especial nas arbitragens de direito).

O advogado não só não pode se deixar confundir pelos conceitos acima como deve, ainda, atentar às especificidades que o procedimento arbitral tem em relação ao processo judicial, como, por exemplo, a exigência de que todos os pedidos, na arbitragem, devem ser especificados (ausência, como regra geral, de pedidos implícitos).

Certamente, o convencimento da parte vencida de que deve cumprir a sentença arbitral não será nada facilitado se porventura seus advogados não tiverem postulado seus direitos e suas defesas no modo e no tempo devidos.

Finalmente, mas não menos importante, caso as partes decidam que o procedimento arbitral será administrado por uma entidade especializada (as chamadas "câmaras ou centros de arbitragem"), é importante que a escolha seja feita com cuidado e após detalhada investigação acerca do regulamento da instituição, da estrutura administrativa e da capacidade de acompanhamento da regularidade formal do procedimento.

Existem na lei e em vários regulamentos institucionais de arbitragem requisitos formais para a validade da sentença arbitral que por vezes podem passar despercebidos às partes, aos seus advogados e aos árbitros, principalmente no que concerne a prazos e formas de intimação, e deve a câmara, salvo estipulado em contrário, também diligenciar para que sejam atendidos. Atua a instituição, assim, como mais uma fonte garantidora do cumprimento da sentença arbitral.

Em suma, o que chamamos de garantias não punitivas ou preventivas do cumprimento da sentença arbitral são, em última análise, a correta, diligente e responsável atuação de todos os envolvidos no processo de formação da jurisdição arbitral, ou seja:

- As partes devem ser diligentes e atentas à negociação e contratação da convenção de arbitragem. Em se tratando de cláusula compromissória, podem e devem as partes refletir sobre a conveniência de se inserirem previsões (ou mesmo fazer ressalvas a determinados dispositivos regulamentares) que atendam às suas preocupações e anseios de uma futura solução arbitral justa que resulte em uma sentença legítima a ser cumprida.
- As partes devem, igualmente, no momento da indicação do árbitro ou dos árbitros, exercer o melhor de seu discernimento e seu pleno direito de ver suas disputas resolvidas por árbitros de sua inteira e inatacável confiança, devendo as partes cumprir, com responsabilidade e de forma não abusiva, sua prerrogativa de impugnar quem não lhes pareça preencher esse requisito no e para o caso concreto.
- Os árbitros, além das qualidades de imparcialidade e independência que lhes são impostas por lei, devem atuar com atenção e respeito às partes e a seus advogados, de modo a conhecer todos os fatos que lhes são postos, valorizar a prova produzida, garantir o contraditório e proferir uma sentença que responda aos anseios das partes de que suas pretensões, providas ou não, foram profundamente apreciadas e julgadas.

- Os advogados devem atuar com diligência e conhecimento das peculiaridades do procedimento arbitral, de modo a garantir a correta postulação dos direitos e a completa defesa dos interesses de seus constituídos.
- As instituições de arbitragem contratadas para administrar o procedimento arbitral devem também estar cientes de suas responsabilidades e zelosas de seu papel, de modo a assegurar a regularidade formal do procedimento.

Por mais básicas que pareçam, essas são, sem dúvida, as regras que formam, no seu conjunto, a mais eficaz e nobre garantia de cumprimento da sentença arbitral.

Não obstante, e em legítimo acréscimo a essas regras, existem aquelas garantias que, neste trabalho, alcunhamos de punitivas e sobre as quais trataremos em seguida.

4. As Garantias Punitivas

Os regulamentos de arbitragem da maioria das câmaras arbitrais mais conhecidas não trazem, via de regra, a previsão de penalidade pecuniária à parte que deixa de cumprir tempestivamente a sentença arbitral, limitando-se a reiterar que toda sentença arbitral deve ser prontamente cumprida.

Assim é que o Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), no artigo 35 (6) do Novo Regulamento de Arbitragem, em vigor desde 1/1/2012, apenas estabelece (que) "toda sentença arbitral obriga as partes. Ao submeter o litígio à arbitragem segundo o Regulamento, as partes comprometem-se a cumprir a sentença arbitral sem demora e renunciam a todos os recursos a que podem validamente renunciar".

Redação muito semelhante é encontrada no artigo 26.8 do Regulamento de Arbitragem da London Court of International Arbitration (LCIA), que reforça, ainda que sem o estabelecimento de penalidade regulamentar, a obrigatoriedade de cumprimento imediato (*without any delay*) das sentenças arbitrais.

Outras instituições arbitrais trazem, em seus regulamentos, a possibilidade de divulgação dos nomes das partes que não cumprem as decisões arbitrais a tempo e modo devidos, incluindo-os em uma espécie de "lista de inadimplentes" de sorte a constrangê-los.

No Brasil, encontramos esse tipo de previsão no artigo 11.2 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC): "Na hipótese de descumprimento da sentença arbitral, a parte prejudicada poderá comunicar o fato ao CAM-CCBC, para que o divulgue a outras instituições arbitrais e às câmaras de comércio ou entidades análogas, no país ou no exterior".

Trata-se, sem dúvida, de medida inibitória ao descumprimento de sentenças arbitrais, mas de grande impacto e consequências imprevisíveis. Por envolver potencial comprometimento à imagem do devedor, deve a "parte prejudicada" pelo não cumprimento da sentença arbitral ter bastante cautela antes de requerer a providência autorizada pelo item regulamentar acima transcrito. Desconhecemos, no âmbito do CAM-CCBC, qualquer caso em que tal medida tenha sido efetivamente adotada.

Previsão semelhante, mas com procedimento muito mais detalhado, é encontrada na Norma 366 da Associação Internacional do Algodão (*The International Cotton Association Ltd. – ICA*), que tem uma tradicional câmara arbitral que administra disputas relativas ao comércio internacional dessa *commodity*. A Norma 366 é intitulada "Sentenças não cumpridas e partes inadimplentes" e descreve o procedimento que pode ser adotado quando uma parte vencedora em um procedimento arbitral informa à diretoria da Associação que a parte vencida deixou de cumprir uma sentença.

Afora essas previsões regulamentares, existem penalidades de caráter pecuniário imediato que servem como garantia (sempre no sentido explicado no início deste trabalho) do cumprimento da sentença arbitral. Aqui, é necessário fazer uma distinção entre a sentença arbitral que condena a parte vencida ao pagamento de quantia certa e a sentença arbitral que condena a parte vencida ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer.

Entendemos que, na ***primeira hipótese***, isto é, na condenação por sentença arbitral ao pagamento de quantia certa, não é possível ao árbitro inserir, na sentença, imposição de multa pecuniária *sponte propria* (ou seja, sem que as partes tenham-na convencionado anteriormente) para o caso de não cumprimento da condenação no prazo assinalado. Isso porque a multa não constitui medida necessária para dar eficácia ao dispositivo condenatório, já que, não ocorrendo o pagamento, terá o credor imediatamente aberto o caminho da execução judicial.

Uma vez proposta a execução da sentença arbitral condenatória ao pagamento de quantia certa perante o juízo adequado (aquele que seria competente para julgar a ação de conhecimento), o devedor será citado para pagar em 15 dias, sob pena de o montante da condenação ser acrescido de multa de 10%, conforme preconizado pelo artigo 523, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil (CPC). Trata-se de multa específica e exclusiva do procedimento judicial de cumprimento de sentença ou de execução de sentença arbitral, que não nos parece ao alcance do árbitro dispor, sequer por analogia[10], na sentença arbitral.

10. Cuja aplicação deve ser sempre evitada em se tratando de medidas punitivas.

Cenário diferente, porém, é aquele em que as partes tenham expressamente contratado, na convenção de arbitragem ou mesmo no curso do procedimento arbitral e antes de proferida a sentença, multa específica para o caso de não cumprimento espontâneo da sentença condenatória por valor determinado. Nesse caso, entendemos que a sentença poderá – aliás, deverá – sim estabelecer que sobre o valor da condenação incida, já no primeiro dia seguinte ao do vencimento do prazo de pagamento e independentemente da execução judicial, a multa que as partes expressamente convencionaram.

Assim, ao levar à execução judicial a sentença arbitral não cumprida voluntariamente no prazo assinalado, a parte credora indicará o valor principal da condenação devidamente acrescido da multa que havia sido contratada e, por consequência, determinada na sentença arbitral exequenda. Para o pagamento desse valor assim calculado, será o devedor citado, sob pena de incidência da multa (esta sim de natureza distinta, processual) prevista no Artigo 523, § 1º do CPC.

Já na ***segunda hipótese*** acima mencionada, qual seja, a de sentença arbitral que condena a parte vencida ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, entendemos que o árbitro pode, sim, se tal medida for necessária para assegurar a eficácia do provimento jurisdicional, estabelecer já na sentença arbitral uma penalidade para o caso de não cumprimento da obrigação pelo vencido, no prazo assinalado no julgado. E isso, ao contrário do que vimos com relação às sentenças condenatórias ao pagamento de quantia certa, independentemente de as partes terem acordado a previsão dessa penalidade.

A razão é que muitas vezes a condenação ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer depende da cominação de uma penalidade (como as astreintes, por exemplo) para assegurar a eficácia do provimento, e o árbitro, como juiz de fato e de direito que é (conforme artigo 18 da Lei de Arbitragem), tem o poder e o dever de estabelecer as medidas necessárias para garantir a eficácia do julgado. Assim tem entendido a jurisprudência[11] e assim entendemos pode e deve agir o árbitro.

Em suma, quando o assunto é a possibilidade de imposição pelo árbitro, na sentença arbitral, de multa para o caso de não cumprimento do julgado

---

11. "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. MULTA. TERMO FINAL. CUMPRIMENTO INTEGRAL. AGRAVO DESPROVIDO. I - Esta Corte Superior tem jurisprudência firmada no sentido de que, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor (astreintes), mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Não há razão para se estabelecer exceção onde o legislador não o fez. [....] IV - Agravo interno desprovido" (5' T., AgRg no REsp nº 1213061-RS, Rei. Min. Gilson Dipp, j. 17/2/2011, DJe de 9/3/2011).

condenatório pela parte vencida, é necessária a distinção entre a condenação ao pagamento de quantia certa e a condenação à obrigação de fazer ou de não fazer. No primeiro caso, como a multa não é medida indispensável para assegurar a eficácia do provimento jurisdicional, entendemos que o árbitro somente pode dispor acerca de multa para o caso de não cumprimento voluntário pela parte vencida se assim tiver sido contratado pelas partes na convenção de arbitragem ou em outro momento anterior à fase de julgamento do procedimento arbitral. Nesse caso, a essa multa somar-se-á aquela prevista no artigo 523, § 1º do CPC, se a sentença for levada a execução perante o Poder Judiciário.

Já no caso de condenação, a obrigação de fazer ou de não fazer, entendemos que é da essência do poder jurisdicional conferido ao árbitro, que é juiz de fato e de direito, a adoção de medida que assegure a eficácia do provimento, ainda que não tenha sido requerida pela parte ou acordada por ambas. A medida mais comum é, exatamente, a cominação de multa pelo não cumprimento da obrigação, que haverá de ser mandada executar pelo magistrado se e quando a sentença for levada a execução pela parte vencida contra a parte recalcitrante.

Por fim, cabe menção aos juros e à atualização monetária, que em geral são incidências vistas como incentivo a que a parte vencida cumpra a sentença arbitral no prazo assinalado. Ambas são bem conhecidas de todos aqueles que têm suas disputas resolvidas por métodos contenciosos judiciais ou extrajudiciais.

Em disputas que envolvem a moeda brasileira, a correção monetária não tem qualquer caráter de penalidade, pois representa a mera recomposição da perda do valor monetário do dinheiro, mesmo nos tempos atuais, em que a inflação brasileira se encontra em patamares baixos e passível de previsões mais certeiras. Do mesmo modo, os juros de mora encontram previsão legal expressa e não representam, em geral, tema de maior complexidade.

Nos contratos regulados por lei que não seja a brasileira, porém, tais conceitos podem não ser assim tão simples e é recomendável que as partes, quando da contratação da convenção de arbitragem, atentem para esse fato, seja certificando-se de que a lei de regência contém disposições a respeito, seja acordando de maneira expressa a aplicação de atualização monetária e juros sobre débitos não pagos em seu vencimento.

5. Conclusão

Pelo exposto, vê-se que não há melhor e mais salutar garantia de cumprimento da sentença arbitral do que o cuidadoso planejamento e a diligente condução desse cada vez mais presente método extrajudicial de solução de conflitos.

O ***marco inicial*** é a adequada arquitetura, negociação e contratação da convenção de arbitragem. O ***marco crucial***, uma vez surgido o conflito, é a correta escolha dos árbitros, que devem ser – para além do papel das leis e dos regulamentos – pessoas da concreta, real e efetiva confiança das partes, de modo a que se evitem desconfortos ou incertezas. O ***marco decisivo*** é a irretocável postulação dos reclamos e a competente defesa dos interesses das partes por profissionais afeitos às peculiaridades do procedimento arbitral.

Por fim, o ***marco culminante*** – resultado de todos os anteriores – é a emissão de uma sentença completa, fundamentada e convincente. Tão convincente quanto possível, a ponto de operar em favor do seu pronto cumprimento.

Sem prejuízo, medidas adicionais, de caráter inibitório e mesmo punitivo, podem ser legitimamente acordadas pelas partes, seja por referência a regulamentos que prevejam a divulgação a terceiros ou a determinado mercado como um todo acerca do não cumprimento da sentença pelo vencido (o que deve sempre ser aplicado com extrema cautela e responsabilidade), seja acordando expressamente penalidade (em geral multa pecuniária) a ser imposta na sentença pelo árbitro para o caso de não cumprimento espontâneo da condenação pela parte vencida.

Em todas situações, inexistente o abuso e prevalecente a responsabilidade, o importante é que todos os envolvidos, partes, advogados, árbitros e câmaras continuem a trabalhar cada vez mais e melhor para que as sentenças arbitrais sejam, por sua excelência e legitimidade, aceitas pela parte vencida a ponto de lhe estimular o cumprimento. Disso depende a credibilidade da arbitragem e, consequentemente, sua consolidação como meio adequado e eficaz de resolução de conflitos. Não nos desviemos um instante sequer desse objetivo.

Os Fatores Distintivos na Aplicação da Pena e Seus Critérios Práticos

Guilherme de Souza Nucci[1]

1. Introdução

Hamurabi, rei da dinastia *amorita*, reunificador da Mesopotâmia e fundador do Primeiro Império Babilônico, produziu um dos mais antigos documentos jurídicos da humanidade: o Código de Hamurabi, há cerca de 4.000 anos. Havendo um furto, o ladrão será morto (arts. 6º a 21).[2]

Manu, filho do deus Brahma, é considerado o mais antigo legislador do mundo. O seu famoso Código de Manu foi editado entre 1.300 e 800 a.C., há cerca de 3.000 anos. Embora o Código de Hamurabi tenha sido produzido antes, não era realmente um Código, mas uma coleção de normas sobre vários assuntos. Havendo um furto, o ladrão terá a mão cortada, a metade do pé cortada ou receberá a pena capital. Por vezes, resolvia-se a questão por meio do ressarcimento à vítima (livro oitavo, parte especial, capítulo XVI).[3]

O tribuno Tarentílo Arsa, em 462 a.C., constituiu uma comissão para elaborar uma lei, que foi a origem da Lei das XII Tábuas. Primeiro, surgem 10 tábuas, em 451 a.C.; após um ano, surgem mais duas (portanto, as XII Tábuas já estão produzidas há cerca de 2.500 anos). Havendo um furto, o ladrão poderá ser entregue à vítima como escravo; pode ser chicoteado e, inclusive, morto pelo ofendido se cometer o furto à noite. Não se descarta a possibilidade de indenizar a vítima (tábua segunda e, nos fragmentos das XII Tábuas, tábua oitava).[4]

As penas eram desproporcionais e cruéis, situação frequente durante cerca de dezessete séculos d.C.

De uns 250 anos para a atualidade, as penas de morte e outras, consideradas cruéis – como os castigos corporais –, começaram a ser discutidas e questionadas. Nota-se, pois, pela história da humanidade, que o Direito Penal sempre foi visto como violento e impiedoso, fazendo derramar o sangue do

---

1. Livre-docente em Direito Penal pela PUC-SP. Doutor e mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor da PUC-SP nos cursos de graduação e pós-graduação. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

2. **Código de Hamurabi.** 3. ed. Jair Lot Vieira (supervisão). São Paulo: EDIPRO, 2017. p. 9-40.

3. Código de Manu. **Op. cit.** p. 41-122.

4. Leis das XII Tábuas. **Op. cit.** p. 123-143.

agressor. Assim sendo, hoje, tem-se pouco mais de dois séculos buscando abrandar penas e conferir à atuação penal estatal limites impostergáveis, regidos por vários princípios relevantes, muitos deles constitucionalmente previstos. Surgiram, nesse espaço de tempo, vários documentos internacionais de direitos humanos, em que preceitos importantes foram fixados em matéria penal.

Pode-se estabelecer, sem erro, como o marco fundamental dessa alteração da política criminal do Estado o movimento conhecido por Iluminismo. As Escolas Clássica e Positiva – as principais – destacaram-se no tocante à aplicação da pena; enquanto a clássica soube bem defender a proporcionalidade, a positiva apontou na direção da individualização da pena. Abstraídos os defeitos das duas Escolas, atinge-se um panorama ideal para o Direito Penal: as penas não devem ser abusivas, mas proporcionais à gravidade do crime, eliminando-se as consideradas cruéis; as penas não podem ser padronizadas, porque os seres humanos são diferentes, desencadeando delitos igualmente diversos um do outro. Os estudos das Escolas Clássica e Positiva deram ensejo a tais conclusões.

Por isso, consagrou-se, no Direito Penal brasileiro, tanto o princípio da proporcionalidade – implícito no art. 5º, XLVI, segunda parte, CF – como o princípio da individualização da pena – explícito no art. 5º, XLVI, primeira parte, CF.

É preciso considerar que, não bastasse a expressa inserção do princípio da individualização da pena no texto constitucional, há diversas normas, no Código Penal brasileiro, prevendo inúmeros fatores para a correta individualização da sanção penal a cada réu apresentado a julgamento.

São fatos históricos e devidamente registrados em documentos e leis variadas: a pena evoluiu ao longo dos séculos, mas não se despiu, totalmente, de seu caráter rigoroso; a proporcionalidade entre o crime cometido e a pena aplicada precisa ser respeitada; a pena não deve ser padronizada, visto que os autores do delito são pessoas diferentes, cada qual com a sua própria bagagem de vida antes da prática da infração penal.

No tocante à evolução da pena, observa-se que a pena de morte continua a existir em vários países, mas, pelo menos, aplicada a crimes considerados graves. Sob outro aspecto, igualmente, para a maioria das nações busca-se preservar a devida proporção entre crime e pena; finalmente, desfaz-se a noção de que uma só pena-padrão pode ser aplicada ao delinquente, pouco importando as suas condições pessoais. Aliás, fosse assim, em adiantado estado de avanço tecnológico, uma máquina poderia aplicar as penas ao criminoso.

Pretendemos ressaltar a relevância da individualização da pena no momento de sentenciar o criminoso, *dando a cada um o que é seu*, um senso nato de *justiça*.

2. Conceito de Aplicação da Pena

Tivemos a oportunidade de elaborar essa definição em nossa obra *Individualização da pena*, nos seguintes termos: cuida-se do processo discricionário, mas juridicamente vinculado,[5] por meio do qual o julgador estabelece a pena concreta, dentro dos parâmetros estabelecidos em lei.[6]

O termo *discricionário* significa algo ilimitado, livre de condições ou restrições. Por outro lado, o termo *vinculado* indica subordinação a alguma coisa. Assim sendo, parece um paradoxo afirmar que a aplicação da pena permite uma atuação jurisdicional *livre*, mas *subordinada*. Ora, se fosse livre, não haveria subordinação. Entretanto, é exatamente o critério para a aplicação da pena. O juiz deve basear-se na lei e seus requisitos; no entanto, há uma faixa abstrata para a escolha do julgador entre o mínimo e o máximo, sem qualquer critério legalmente previsto. Exemplificando, a pena de um homicídio simples é de reclusão, de seis a vinte anos. O magistrado deve ater-se aos preceitos legais para eleger a pena justa, embora inexista qualquer norma específica indicando se a sanção penal deve ser fixada próximo aos seis anos ou aos vinte.[7]

Aliás, como bem esclarece Raymond Saleilles, a lei penal serve para organizar a individualização da pena. Para isso, prevê elementos de uma classificação geral, indicando critérios para determinados tipos penais. Mas a lei não especifica mais do que as bases amplas e os fatores de apreciação elásticos, deixando ao juiz o cuidado de promover a classificação concreta, individualizada, depois de estudar cada caso. Eis a individualização judicial da pena.[8]

3. Natureza Jurídica da Aplicação da Pena

Cuida-se da fase seguinte à instrução, colheita das provas e alegações das partes, em que se estabelece a pena concreta, dentre as várias opções previstas em lei. É o auge do processo de conhecimento, quando o julgador chega a um veredicto e impõe a sanção cabível.

Hanz Welzel demonstra a relevância da individualização da pena, afirmando que "a pena deve ser adequada ao autor individual. Uma mesma pena

---

5. Cf. Rodrigues. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade.** p. 74; DEMÉTRIO Crespo. **Prevención general e individualización judicial de la pena.** p. 44; Cadoppi e Veneziani. **Elementi di Diritto Penale – Parte generale.** p. 450; Jescheck. **Tratado de derecho penal – Parte general.** p. 938-939; LUISI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. p. 38.

6. Naquela oportunidade, acrescentamos à definição as finalidades da pena: "visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais". Extraímos esses elementos, agora, para *purificar* o conceito, tratando à parte as finalidades da pena.

7. O legislador permitiu ao juiz que trabalhasse com as diversas faces de um crime para conferir a pena justa (Fiandaca e Musco. **Diritto penale – Parte generale.** p. 726).

8. **A individualização da pena.** p. 186.

(eventualmente reclusão) para o mesmo fato pode ser para um dos autores um episódio curto, único, em sua vida (e, portanto, justo), ao passo que, para outro, pelo contrário (eventualmente um empregado), pode significar o fracasso de sua vida (e por isso ser injusta)".[9]

4. Tipo Básico e Tipo Derivado

O tipo básico é a fórmula essencial do delito, evidenciando-o com a clareza exigida pelo princípio da taxatividade (ao menos, é o ideal buscado). Tomando-se como exemplo o homicídio, o tipo básico concentra-se no *caput* do art. 121 do Código Penal: *matar alguém*. Somente pelo preenchimento desse tipo básico, o agente está sujeito a uma pena de reclusão de seis a vinte anos.

Porém, há o tipo derivado formado pelas circunstâncias do delito. A circunstância representa tudo o que está ao redor do crime (motivo, forma de execução, objetivo, etc.). No homicídio, existem vários parágrafos no art. 121, espelhando circunstâncias especiais: motivo torpe ou de relevante valor moral, emprego de crueldade, agir à traição, assegurar a execução de outro crime, atingir mulher, dentre outros. Constatando-se a presença dessas especificidades, a pena tende a se elevar ou a diminuir, conforme o caso. Na tipicidade derivada, podem ser encontradas as qualificadoras e os privilégios, bem como as causas de aumento e de diminuição da pena.

Todas as circunstâncias, no entanto, não perdem a sua característica essencial: são elementos que volteiam a figura básica do tipo (circunstância = qualquer coisa que gira em torno de; *circumstant*), possuindo reflexos, exclusivamente, na pena.[10]

Acrescente-se, ainda, a viabilidade de se encontrarem outras circunstâncias, fora do tipo penal, mas na Parte Geral do Código Penal, servindo, então, para vários crimes previstos na Parte Especial. São as agravantes e atenuantes.

Finalmente, existem algumas causas de aumento ou diminuição da pena igualmente previstas na Parte Geral, valendo para diversos tipos penais, como, por exemplo, o crime continuado (art. 71, CP) e a tentativa (art. 14, CP).

5. Circunstâncias do Crime

São as balizas legais para a atuação do julgador no momento de concretizar a pena do réu; podem ser de natureza aberta, permitindo uma elástica interpretação, como podem ser específicas, nominadas, proporcionando aumentos

9. **Derecho penal alemán.** p. 306 (traduzi).

10. Fiandaca e Musco. **Diritto penale – parte generale.** p. 379; Cadoppi e Veneziani. **Elementi di diritto penale – Parte generale.** p. 347. Antolisei. **Manuale di diritto penale – Parte generale.** p. 431.

ou diminuições expressamente previstas em lei ou deixando esta opção ao critério judicial.

Pela ordem de importância, conferida pela lei, dividem-se em qualificadoras e privilégios; causas de aumento e diminuição; agravantes e atenuantes; judiciais.

5.1 Qualificadoras e privilégios

São circunstâncias que *qualificam* o crime (as mais graves), para determinando tipo penal, conforme o critério legislativo, para alterar a faixa de aplicação da pena. Para isso, insere-se a qualificadora no tipo derivado e a consequência será o aumento abstrato e concomitante dos valores mínimo e máximo da pena. Retomando a ilustração do homicídio, como visto, na forma *simples*, retrata-se o tipo básico ("matar alguém"), com a faixa de individualização da pena estabelecida em reclusão de seis a vinte anos. No entanto, havendo uma qualificadora, o legislador a lança em um dos parágrafos do referido art. 121, como ocorre com o feminicídio, previsto no § 2º, inciso VI ("se o homicídio é cometido: (...) VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino"), resultando, automaticamente, na alteração da faixa de fixação da pena, agora estabelecida em reclusão de doze a trinta anos. Nota-se a gravidade da situação (a pena mínima dobra e a máxima experimenta uma elevação grandiosa): uma única qualificadora produz consideráveis aumentos, motivo pelo qual é a *primeira circunstância* a ser detectada e levada em consideração pelo magistrado, no momento da sentença.

São circunstâncias que *privilegiam* o crime (as mais relevantes), para determinado tipo penal, conforme o critério legislativo, para alterar a faixa de aplicação da pena. Para tanto, enxerta-se no tipo penal um parágrafo destinado a especificar determinada circunstância, cuja existência deve provocar uma diminuição abstrata e concomitante dos valores mínimo e máximo da pena. Não há, no homicídio, um privilégio autêntico. Entretanto, no jargão forense, tem-se considerado o conjunto das circunstâncias previstas no § 1º do art. 121 como tal; porém, não há *homicídio privilegiado*, mas homicídio com *causa de diminuição da pena*. Ilustração compatível com o privilégio se encontra no art. 317 (corrupção passiva). O tipo básico, previsto no *caput*, espelha a faixa de pena nos seguintes termos: reclusão, de dois a doze anos, e multa. Observa-se no § 2º a existência do privilégio ("se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: pena – detenção, de três meses a um ano, e multa"). As balizas para a individualização da pena caem de maneira intensa. Havendo privilégio, é o primeiro fator a ser considerado pelo julgador, pois a faixa de fixação da pena se altera.

5.1.1 Qualificação pelo resultado

Seguindo-se a técnica estabelecida pelo Código Penal, há dois modos de se qualificar um delito, alterando a faixa de fixação da pena: a) pela presença de uma circunstância qualificadora; b) pela presença de um resultado qualificador. A *circunstância* qualifica (torna mais grave) o crime por causa da *maneira* (entendida esta na ampla acepção: motivo, modo de execução, qualidade da vítima, existência de violência, etc.) como foi concretizado. O *resultado* que vai além do inicialmente almejado pelo criminoso qualifica (torna mais grave) o delito justamente porque se concretizou gerando mais de uma lesão a bens jurídicos tutelados ou agravou a lesão preexistente.

Valendo-se do furto (art. 155, CP), nota-se a rubrica *furto qualificado*, no § 4º, se a *maneira* pela qual foi concretizado estampar-se em qualquer das circunstâncias descritas nos incisos I a IV. A faixa de fixação da pena altera-se para reclusão, de dois a oito anos, e multa (a faixa do furto simples é reclusão, de um a quatro anos, e multa). No entanto, se o veículo furtado for levado para outro país, o resultado da subtração, segundo a lei, torna-se mais grave, tendo em vista a maior dificuldade de a vítima encontrar seu automóvel. Insere-se o furto qualificado pelo resultado no § 5º, alterando-se a faixa de fixação da pena para reclusão, de três a oito anos, e multa. Quando houver, para o mesmo caso, circunstância qualificadora e resultado qualificador, o juiz deve optar pela faixa prevista para o resultado qualificador; as demais circunstâncias qualificadoras, porventura existentes, serão deslocadas para o âmbito das agravantes ou mesmo no cenário das circunstâncias judiciais.

No exemplo mencionado, houve uma só lesão patrimonial, mas com resultado qualificador (mais grave) porque o bem distanciou-se em demasia de seu proprietário. O mais comum, entretanto, é a lesão a mais de um bem jurídico, como se pode observar no roubo seguido de morte (latrocínio), previsto no art. 157, § 3º, II, do Código Penal. O agente fere o *patrimônio*, subtraindo com violência a coisa alheia; no entanto, se a violência se tornar excessiva e a vítima morrer em razão disso, fere-se outro bem jurídico: a *vida*. O resultado duplo tornou o crime mais grave.

5.2 Causas de aumento e de diminuição da pena

Como regra, ambas são inseridas nos parágrafos de tipos específicos, para produzir o efeito de elevar ou reduzir a pena do acusado.

A causa de aumento é uma circunstância de relevo, à vista do legislador, enxertada, como regra, no parágrafo de um tipo penal com o objetivo de elevar a pena em patamares indicados em lei. O *quantum* do aumento pode ser fixo, como ocorre no homicídio cometido contra menor de 14 anos, ou seja, um terço (art. 121, § 4º, parte final, CP), mas possibilita a indicação de uma faixa de

aumento – de um terço até a metade –, como consta do § 7º, I, do art. 121, cuidando do feminicídio praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto. Deve-se lembrar de que a causa de aumento é de aplicação obrigatória, pois se encontra inserida no tipo penal incriminador; desse modo, permite que o juiz ultrapasse o teto previsto para a fixação da pena. Imagine-se o estabelecimento da pena do homicídio qualificado cometido contra mulher (feminicídio), cuja pena, após a segunda fase, foi estabelecida em reclusão de trinta anos. Se a vítima estava grávida – e o autor disso tinha ciência – cabe ao julgador elevar esse patamar em pelo menos um terço (e no máximo em metade). É interessante registrar o uso inadequado, embora vulgarizado, a respeito da figura do roubo *qualificado*, quando ocorrem as hipóteses previstas no § 2º do art. 157 do Código Penal. Eis o texto: "a pena aumenta-se de um terço até metade..." se ocorrerem as circunstâncias previstas nos incisos II a VI. Assim sendo, existe roubo com causa de aumento de pena, mas não *qualificado*. Lembre-se, por derradeiro, neste tópico, de existir a possibilidade de se encontrar causa de aumento de pena prevista na Parte Geral do Código Penal, como ocorre com o concurso formal (art. 70) e com o crime continuado (art. 71).

A causa de diminuição é uma circunstância importante, aos olhos do legislador, enxertada, como regra, no parágrafo de um tipo penal com o objetivo de reduzir a pena nos patamares indicados em lei. O montante da diminuição, que é obrigatória, pode ser fixo ou variável, como acontece com as causas de aumento. Deve-se lembrar de que, por ser obrigatória, caso a pena esteja estabelecida no mínimo legal, conforme a faixa escolhida pelo juiz, reduz-se ainda mais, rompendo o piso. Note-se a hipótese do homicídio com causa de diminuição da pena (art. 121, § 1º, CP). Toma-se a faixa do homicídio simples (reclusão, de seis a vinte anos); se o julgador fixar a pena no mínimo legal, ao se deparar com a causa de diminuição variável de um sexto a um terço, deve reduzir os seis anos para, pelo menos, cinco anos (se utilizar um sexto). Nada impede a colocação de uma causa de diminuição genérica, na Parte Geral do Código Penal, válida para inúmeros tipos penais, como ocorre com a figura da tentativa (art. 14), permitindo a redução da pena de um terço a dois terços.

5.3 Agravantes e atenuantes

As agravantes são circunstâncias legais, pois previstas especificamente em lei, recomendando ao julgador o agravamento da pena em quantidade judicialmente eleita. Elas não fazem parte do tipo penal, nem direta, nem indiretamente (tipicidade por derivação, como ocorre com a tentativa), de modo que não permitem ao magistrado ultrapassar os limites estabelecidos na faixa escolhida para a individualização da pena. Se, no homicídio qualificado, o juiz estabeleceu a pena-base em trinta anos, encontrando a agravante da reincidência, nada

poderá acrescentar; vale dizer, pode *reconhecer* que o acusado é reincidente, mas não pode ir além do teto de trinta anos. O rol das agravantes encontra-se nos artigos 61 e 62 do Código Penal. Há, por certo, agravantes previstas em leis especiais, aplicáveis aos tipos incriminadores daquela lei particular.

As atenuantes são circunstâncias legais, visto que previstas especificamente em lei, recomendando ao julgador o estabelecimento da pena de modo atenuado em montante judicialmente escolhido. Da mesma forma que as agravantes, elas não fazem parte do tipo penal incriminador, nem direta, nem indiretamente, motivo pelo qual não pode o juiz, aplicando-as, romper o piso da faixa eleita para a individualização da pena. Tomando-se, novamente, o exemplo do homicídio, no formato *simples* (art. 121, *caput*, CP), se o julgador tiver fixado a pena-base em seis anos, não poderá aplicar qualquer atenuante porventura existente. Pode até reconhecer a sua existência na fundamentação, mas permanecerá nos seis anos de reclusão. O rol das atenuantes encontra-se nos artigos 65 e 66 do Código Penal, podendo haver previsão em leis especiais, aplicáveis para os crimes aí descritos.

5.4 Judiciais

Estas circunstâncias não foram tituladas pela lei, encontrando-se previstas no artigo 59 do Código Penal. Tendo em vista destinarem-se à primeira fase da individualização da pena, possuindo conceitos abertos e, portanto, elásticos, cuja interpretação cabe ao julgador, denominam-se, na doutrina, de *circunstâncias judiciais*.

Elas são responsáveis pelo estabelecimento da pena-base, a primeira concretização da pena operada pelo magistrado na sentença condenatória. Por se tratar de circunstâncias previstas fora do tipo penal, na Parte Geral, não podem promover a ruptura do teto ou do piso prevista na faixa de fixação da pena. Ilustrando, se o juiz avalia um furto simples (art. 155, *caput*, CP), a sua faixa de trabalho é reclusão, de um a quatro anos, e multa. Caso tenha verificado um considerável afluxo de circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, terá de estabelecer a pena em um ano – e não menos. Se verificar o contrário, ou seja, uma presença substancial de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, ficará jungido ao máximo de quatro anos.

6. Critérios Práticos para a Aplicação da Pena

Inicialmente, deve-se ressaltar que a individualização judicial da pena se dá na sentença condenatória, e o julgador deverá trabalhar com o tipo penal, no qual está incurso o acusado, buscando nas provas dos autos, com base na denúncia ou queixa, todas as circunstâncias aplicáveis ao caso. Vale lembrar que qualificadoras e causas de aumento precisam estar, necessariamente, na

peça acusatória inicial; por fazerem parte da tipicidade, o réu tem o direito de se defender em relação a elas. As agravantes não precisam constar da denúncia ou queixa, pois não são enxertadas nos tipos incriminadores, mas recomendações genéricas, válidas para todos os delitos e de conhecimento do defensor.

Costuma-se apontar que a aplicação da pena possui três fases. Trata-se de uma redução do seu real alcance, pois a pena será concretizada em três estágios, sendo que, no primeiro, haverá três fases.

6.1 Primeiro estágio: a fixação do montante da pena

Há de se concentrar o julgador, em primeiro plano, se está diante de um crime na forma *simples* (previsto no *caput* do tipo penal incriminador) ou se é um delito qualificado ou privilegiado. Afinal, se simples, qualificado ou privilegiado, dessa opção advirá a faixa na qual irá trabalhar. Ilustrando, tratando-se de um homicídio simples, a faixa é reclusão, de seis a vinte anos. Se é um homicídio qualificado (basta haver uma qualificadora), a faixa é reclusão, de doze a trinta anos. Depois, ele começa a estabelecer o *quantum* da pena em três fases, como determina o artigo 68, *caput*, do Código Penal.

6.1.1 Primeira fase do primeiro estágio: a pena-base

Esta é a mais complexa e difícil fase, porque demanda do julgador o conhecimento e a análise de oito circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do delito, comportamento da vítima.

Três observações relevantes: a) note-se que, antes de iniciar a primeira fase, como questão preliminar, já se estabeleceu a faixa do mínimo e do máximo, conforme a figura seja simples, qualificada ou privilegiada; b) respeitou-se o critério legislativo: prevalência, antes de tudo, da qualificadora ou do privilégio; c) desde logo, o magistrado precisa ter a máxima cautela para evitar o errôneo *bis in idem*, ou seja, levar duas ou mais circunstâncias idênticas na essência para aumentar ou reduzir a pena do réu.

Como já explicitado, denomina-se *pena-base* a primeira escolha do juiz em matéria de concretização da pena; é a base sobre a qual serão lançadas, na segunda fase, as agravantes e atenuantes (se existentes) e, na terceira fase, as causas de aumento ou diminuição (se presentes). A escolha da pena-base decorre da ponderação das oito circunstâncias judiciais expostas no art. 59 do Código Penal.

Das oito circunstâncias, há de se separar, em primeiro lugar, a *culpabilidade*, que se trata do grau de reprovação social em relação ao autor e do

crime realizado.[11] Essa *justa medida* será extraída dos demais sete elementos, vale dizer, a culpabilidade (maior ou menor) depende da avaliação (positiva ou negativa) dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstância e das consequências do crime e do comportamento da vítima.

Uma particular nota merece a circunstância judicial cuja denominação é extremamente aberta: *circunstâncias do crime*. Ora, todos os fatores contidos no artigo 59 são circunstâncias, razão pela qual a inclusão desse termo representa o critério residual. Se todos os outros componentes do artigo 59 não se encaixarem em alguma situação existente nos autos do processo (para bem ou para mal do réu), deve o julgador considerar nesse ponto.[12]

Os antecedentes constituem todas as condenações, com trânsito em julgado, existentes *antes* da prática do crime objeto de julgamento. Separam-se da conduta social, representativa do papel exercido pelo réu em sociedade, tanto na família, como no trabalho, na escola, na comunidade, etc.

A personalidade do agente é o seu modo de agir perante a sociedade, advindo da sua formação educacional e social; sabe-se que todo ser humano é diferente de outro, concentrando-se essas diferenças justamente na personalidade. Nem gêmeos univitelinos possuem idêntica personalidade. Esta é formada por herança genética e pelo convívio do ser humano desde o nascimento em sociedade. Algumas notas relevantes sobre esse fator: a) não se trata de analisar o réu como *enfermo social*, nem tampouco utilizar critérios lombrosianos para isso. Há muito tempo, isso foi superado. A personalidade agressiva de um sujeito pode levá-lo, por falta de controle, a cometer um homicídio. É o fator a ser ponderado. Seu desvio de personalidade o levou ao fato ilícito; b) o legislador incluiu esse item no Código Penal e em várias outras leis especiais, nunca tendo sido questionado, quanto à sua constitucionalidade, junto ao STF, motivo pelo qual não cabe ao julgador simplesmente ignorá-lo; c) há quem sustente não ter o julgador condições pessoais para avaliar a personalidade do réu, pois não tem formação para isso, ou seja, não é psicólogo. Não é o que se exige. A personalidade avaliada não se destina a um tratamento terapêutico, mas à fixação da pena; será visualizada em critérios leigos (se agressivo ou calmo;

11. Não confundir essa culpabilidade – fundamento e limite da pena – com a culpabilidade elemento do crime. Para se chegar à condenação, é preciso reconhecer a existência de um delito (fato típico, ilícito *e* culpável, na melhor doutrina). Portanto, a culpabilidade, como componente do crime, retorna na teoria da pena como simples fator de reprovação da conduta e do seu agente, calcada em outros fatores, expostos no artigo 59 do CP.

12. O objetivo deste capítulo não é esmiuçar todas as circunstâncias judiciais, o que fazemos em nossa obra *Individualização da pena*, mas cuidar, em termos gerais, dos fatores e dos critérios para a aplicação da pena.

se tolerante ou intolerante; se sádico; se masoquista, etc.), algo que brota das provas colhidas. Aliás, não fosse essa análise da personalidade uma análise comum, feita pelo profissional jurídico, poder-se-ia questionar todas as demais avaliações psíquicas em relação ao acusado, como dolo (se direto ou eventual) e culpa (se consciente ou inconsciente), somente para citar dois exemplos; d) essa análise deve resultar das provas existentes nos autos; muitas vezes, as partes não produzem nenhuma evidência quanto à personalidade do réu, razão pela qual, à falta de dados, o julgador não pode verificar se positiva ou negativa, em face do crime cometido.

Os motivos do crime são os precedentes (passado) e os objetivos (futuro) do acusado, levando-o ao cometimento do crime. Por certo, todo delito espelha algo errado, embora os motivos possam até ser nobres, como, por exemplo, apropriar-se de um valor para destinar a um asilo que se encontra em dificuldades financeiras. Ou fazer o mesmo somente para comprar roupas de grife, o que é pura ganância.

A consequência da infração penal não pode ser o próprio resultado previsto no tipo incriminador; há de ser um *plus*, algo mais grave que o usual. O STF valeu-se deste fator para elevar a pena de vários condenados no julgamento denominado *Mensalão*, porque eram políticos, pessoas que deviam ser devotadas à sociedade e, ao cometer os crimes ali retratados, causaram uma enorme repulsa social, desviando valores muito relevantes dos cofres públicos, prejudicando um número indefinido de projetos sociais voltados a pessoas pobres.

O comportamento da vítima tem sido um tabu no meio jurídico, como se a parte ofendida praticamente não existisse, algo já desmentido pela vitimologia. É preciso avaliar o que a vítima fez, antes do delito, pois não são poucas as situações nas quais ela é o autêntico estopim da infração penal. Não se pode perder de vista, ilustrando, haver pessoas masoquistas, provocadoras de outras, de tal maneira que terminam agredidas fisicamente. Isto não significa a impunidade pela lesão corporal, mas que a pena do acusado deverá, se possível, sofrer redução pelo comportamento negativo da parte ofendida.

Pois bem, pretende-se trabalhar com o homicídio triplamente qualificado (motivo torpe, crueldade na execução, surpresa no ataque) para servir de exemplo. Partindo, na primeira fase, da faixa de reclusão, de doze a trinta anos, o magistrado concretizará a pena-base, valendo-se dos oitos elementos do artigo 59 do Código Penal. Suponhamos que tenha chegado ao valor de 15 anos. Esta é a pena-base.

Cabe anotar o seguinte: basta uma qualificadora (motivo torpe) para conduzir a faixa de fixação da pena para reclusão, de doze a trinta anos. O que fazer com outras duas circunstâncias do crime, tais como crueldade e surpresa? São, como frisado, *circunstâncias do delito* e não podem ser desprezadas

simplesmente. Deve o juiz buscar encaixá-las, valendo-se da ordem de preferência e gravidade exposta em lei: a) primeiro, procura enquadrar em causas de aumento; b) não havendo, segue para as agravantes, em que encontrará as duas no art. 61, II, *c* e *d*, do CP; c) para argumentar, se não houvesse tais agravantes, o juiz as utilizaria como circunstâncias do crime (o elemento aberto existente no art. 59).[13]

Por derradeiro, cumpre relembrar que as circunstâncias judiciais podem ser compensadas entre si: uma negativa pode anular uma positiva. Porém, não se faz compensação entre as fases, ou seja, uma circunstância judicial negativa não pode ser compensada com uma atenuante.

6.1.2 Segunda fase do primeiro estágio: agravantes e atenuantes

O primeiro destaque a merecer este contexto relaciona-se à ausência de um valor explícito para uma agravante ou atenuante. Justamente por isso, quando presentes, a lei *recomenda* ao juiz que agrave ou atenue a pena. Os critérios judiciais devem ser ponderados e sensíveis, sem exageros, o que o quadro não permite. Não há cabimento em se sustentar uma agravante, por exemplo, representando metade da pena-base. Ora, nem causas de aumento, por vezes, chegam a isso. Também não existe bom senso em fixar uma agravante em um dia a mais de pena, pois se está tergiversando à elevação merecida.

Para esse montante, predominam na jurisprudência dois critérios: a) cada agravante/atenuante vale um sexto da pena-base. É o mais utilizado, encontrando respaldo no STF, que o usou no julgamento do *Mensalão*; b) cada agravante/atenuante vale um oitavo da pena-base. Esse montante seria um *quantum* abaixo de um sexto (menor valor de uma causa de aumento ou diminuição).

Nesta segunda fase, porque essas circunstâncias legais não possuem um valor estipulado em lei, pode haver compensação. Uma agravante pode ser compensada com uma atenuante, zerando a pena-base – nem aumento, nem diminuição.

Um ponto relevante é o disposto pelo artigo 67 do Código Penal: "no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam

13. Confira-se a lição de José Antonio Paganella Boschi: "Como nenhuma circunstância pode ficar à margem de qualquer consideração, o entendimento da jurisprudência é no sentido de que uma das qualificadoras atuará como tal (qualquer delas) para o efeito de reposicionar o juiz perante o tipo derivado, enquanto a outra, remanescente (podendo ser uma ou mais, por óbvio), atuando como agravante, aumentará a pena na segunda fase, desde que o fato que a constitui também constitua agravante genérica. (...) Pode ocorrer, entretanto, que a(s) qualificadora(s) remanescentes não esteja(m) prevista(s) em lei como agravante(s) (...). Nesse caso, recomenda a jurisprudência que a(s) qualificadora(s) restante(s) atue(m) na dosimetria da pena-base como circunstância(s) judicial(is)..." (**Das penas e seus critérios de aplicação**, p. 289).

dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente[14] e da reincidência". Como foi citado acima, pode haver compensação entre agravantes e atenuantes, respeitado o critério da preponderância. Ilustrando, a agravante da reincidência suplanta a atenuante do desconhecimento da lei. Para efetivar essa preponderância, há duas fórmulas: a) pode-se atribuir o peso 2 à circunstância preponderante e o peso 1 à não preponderante, significando, então, a aplicação da preponderante (para aumentar a pena no exemplo proposto); b) pode-se fazer a mesma atribuição de peso, mas, em vez de ignorar completamente a mais frágil, utiliza-se da preponderante em valor menor. Ex.: reincidência (valor de um sexto) contra desconhecimento da lei; prevalece a reincidência, porém não se eleva a pena em um sexto, mas em um oitavo.

Os critérios da preponderância (art. 67, CP) podem e devem ser utilizados igualmente no cenário das circunstâncias judiciais do artigo 59; afinal, todas são circunstâncias do crime.

6.1.3 Terceira fase do primeiro estágio: causas de aumento e de diminuição da pena

Atinge-se a terceira fase, em busca do *quantum* da pena. Até agora, o julgador já fixou a pena-base (art. 59) e passou pelas agravantes e atenuantes existentes (arts. 61 a 66). A pena-base era de 15 anos. Imagine-se que houve compensação de agravante com atenuante, permanecendo o montante em 15 anos.

Exemplificando, encontra-se a causa de aumento prevista no artigo 121, § 4º (crime contra idoso), permitindo a aplicação de mais um terço. A pena sobe para 20 anos de reclusão. Assim, torna-se definitiva à falta de outras circunstâncias a ponderar.

Uma observação relevante: as causas de aumento e de diminuição não se compensam; aplicam-se todas. Tanto faz aumentar primeiro e depois diminuir (quando as duas estão presentes) ou o contrário. Ex.: pena de 15 anos que tenha causa de aumento de um terço e depois causa de diminuição de um terço. Sem compensação, eleva-se para 20 anos. Depois, reduz-se de um terço, gerando 13 anos e 4 meses. Se fizer o contrário: 15 anos menos um terço resulta 10 anos. Acrescendo-se um terço, torna-se 13 anos e 4 meses de reclusão.

Não se deve compensar, pois o resultado seria 15 anos, logo, prejudicial ao réu. As causas de aumento e as de diminuição são lançadas sempre umas sobre as outras. Esse critério evita o desgaste da chamada *pena zero*. Vejamos: para subir a pena, se houver duas causas de aumento de um terço, a pena sai de 15 anos e, com um terço a mais, chega a 20; depois, com um terço a mais,

14. Observe-se a importância que a lei confere à personalidade do agente: cuida-se de circunstância *preponderante* sobre outras. Por isso, não deve ser ignorada.

sobe para 26 anos e 8 meses. Note-se: não se calcula um terço sobre 15, seguindo para 20; depois, mais um terço sobre 15 e atingem-se 25 anos.

Usaremos um exemplo simples para diminuir a pena, demonstrando que deve haver causas de diminuição lançadas sobre causas de diminuição. Imagine-se a pena de um ano de reclusão, incidindo sobre ela duas causas de diminuição de metade. O critério correto é o seguinte: diminui-se metade de um ano, chegando a seis meses; depois, sobre seis meses, desconta-se mais metade, atingindo três meses. Nesse critério nunca se chegará à *pena zero*. No entanto, vislumbre-se o outro modo de proceder à diminuição. A pena de um ano precisa ser diminuída da metade, seguindo para seis meses. Na sequência, deve-se diminuir mais metade, mas se usa a pena-base anterior, ou seja, um ano; então retiram-se mais seis meses. Ora, a pena já estava em seis meses; retirando-se outros seis meses chega-se à *pena zero*, o que gera um absurdo: o réu é condenado ao cumprimento de *zero pena*.

Cumpre mencionar o disposto pelo artigo 68, parágrafo único: "no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua".

São as observações relevantes: a) no concurso de causas de aumento e causas de diminuição previstas na Parte Geral, todas devem ser aplicadas, umas sobre as outras; b) pode haver o concurso de duas causas de aumento, previstas na Parte Especial: b.1) o juiz pode aplicar as duas, uma sobre a outra; b.2) o juiz pode escolher uma só, a que tiver o valor maior; c) pode haver o concurso de duas causas de diminuição, previstas na Parte Especial: c.1) o juiz pode aplicar as duas, uma sobre a outra; c.2) o juiz pode escolher uma única, a que mais diminua. Eis um critério judicial de discricionariedade vinculada, ou seja, o julgador é livre para escolher o que fazer, desde que fundamente a sua opção.

6.2 Segundo estágio: a escolha do regime de cumprimento da pena

Olvida-se, por vezes, que a eleição do regime inicial de cumprimento da pena também faz parte da aplicação da pena, conforme preceitua o artigo 59, III, do Código Penal. Aliás, pelo prisma do acusado, pode ser muito mais importante saber em qual regime iniciará o cumprimento da sua pena do que o montante desta. Imagine-se uma pena de 10 anos de reclusão, iniciando-se em regime aberto, em comparação a uma pena de 5 anos de reclusão, começando em regime fechado. Somente para argumentar, se houvesse possibilidade de escolha, haveria grande chance de que todos apontassem a segunda penalidade como muito mais severa, embora o montante da pena seja o dobro.

O julgador precisa valer-se, segundo o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, dos critérios do artigo 59, agora voltados à escolha do regime de

cumprimento inicial da pena. Cumpre ressaltar alguns pontos: a) se o magistrado fixou a pena privativa de liberdade no mínimo legal, como regra, deve estabelecer o regime inicial mais brando possível; b) caso o julgador tenha elevado o *quantum* da pena, torna-se coerente a opção por um regime mais rigoroso; c) mesmo que o julgador tenha optado por uma pena mínima, pode, *fundamentando devidamente*, escolher um regime mais severo.

Não se admite, na opção pelo regime, fórmulas abstratas e vazias de conteúdo concreto, como, por exemplo, fixar a pena de reclusão, de quatro anos e multa, por roubo e escolher o regime fechado inicial, argumentando, apenas, que *roubo é crime grave*. Ora, está-se indicando uma gravidade abstrata e não concreta, o que os Tribunais Superiores há muito não têm admitido.

Um lembrete relevante: os crimes hediondos ou equiparados podem ter, como regime inicial, conforme a quantidade da pena, qualquer regime (fechado, semiaberto ou aberto). Não mais remanesce a obrigação judicial de fixar sempre o regime fechado inicial.

6.3 Terceiro estágio: a opção pela substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena

A legislação penal proporciona, em vários casos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou multa. Para isso, deve-se levar em consideração os requisitos previstos pelo artigo 44 do Código Penal. Num primeiro momento, ali está estipulado que as penas não superiores a 4 anos podem ser substituídas por restritivas de direito, se o crime for doloso. Não há limite, caso haja culpa. Se a pena for fixada até um ano, pode-se substituir por uma restritiva de direitos *ou* uma multa. Acima de um ano, deve-se substituir por duas restritivas de direito ou uma restritiva e uma multa.

A inserção da nova redação ao artigo 44, ocorrido em 1998, entrou em conflito com o disposto pelo artigo 60, § 2º, do Código Penal, na redação de 1984. Este último dispositivo somente permite a substituição única por multa, caso a pena não ultrapasse seis meses. Resolve-se, hoje, o conflito aparente de normas de dois modos: a) o artigo 60, § 2º, que cuida apenas da multa, é especial em relação ao artigo 44, § 2º, que enfoca primordialmente as penas restritivas de direito, portanto, para penas até seis meses, pode-se substituir por uma restritiva de direitos ou uma multa; para penas superiores a seis meses e até um ano, caberia somente uma restritiva de direitos. É a corrente que adotamos, pois o princípio da especialidade é o mais adequado; b) o artigo 60, § 2º, data de 1984 e, pelo critério da sucessividade, foi derrogado pelo artigo 44, § 2º, de data mais recente; assim sendo, para penas privativas de liberdade até um ano, pode haver substituição por uma restritiva de direitos ou por uma multa.

7. Critérios Específicos para a Pena de Multa

A pena de multa deve respeitar, em primeiro plano, o modelo estabelecido para buscar o *quantum* da pena privativa de liberdade (art. 68, CP). No entanto, valendo-se de somente duas fases. Eis por que se pode chamar de um formato específico *bifásico*.

Dentro de condições normais, o primeiro passo do julgador será a escolha do número de dias-multa, que, em abstrato, varia de 10 a 360 (art. 49, CP). O número de dias-multa espelha, guardadas as devidas proporções, o mesmo critério utilizado para medir o montante da pena privativa de liberdade, ou seja, deve valer-se do artigo 59 do Código Penal e suas circunstâncias judiciais. Quando maior a culpabilidade do réu, mais elevado o número de dias-multa. A partir dessa escolha, ingressa-se na segunda fase, quando se deve estabelecer o valor do dia-multa, que varia entre um trigésimo do salário mínimo mensal, vigente à época do fato, e cinco vezes esse salário (art. 49, § 1º, CP). Embora o valor do salário seja calculado à época do fato, sofrerá atualização, pela correção monetária, quando da execução (art. 49, § 2º, CP).

Porém, no cenário da multa, é preciso lidar com situações particulares, tal como dispõe o artigo 60, *caput*, do Código Penal: "na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação financeira do réu". Prosseguindo, estipula o § 1º desse artigo que "a multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo".

Nesse espectro de regras, algumas soluções podem advir: a) o julgador fixa o número de dias-multa, levando em conta o artigo 59 do CP, em 50 dias-multa; o réu é pessoa de classe média, com recursos econômicos razoáveis, motivo pelo qual o magistrado pode fixar o valor do dia multa em meio salário; b) o julgador fixa o número de dias-multa, acolhendo os ditames do artigo 59 do CP, em 30 dias-multa; o réu é pessoa pobre, de poucos recursos econômicos, razão pela qual o valor do dia-multa poderá ser mensurado em um trigésimo do salário mínimo; c) o juiz fixa o número de dias-multa, segundo o artigo 59 do CP, em 40 dias-multa; entretanto, cuida-se de réu abonado financeiramente, motivo pelo qual estabelece o valor do dia-multa em cinco salários mínimos.

A pena pecuniária é sanção penal, devendo impor o seu caráter aflitivo ao réu. Por isso, o § 1º do artigo 60 permite que se *triplique* o seu valor para que seja, na prática, *eficaz*. Em punições relativas a crimes do *colarinho branco* é viável que o juiz triplique a multa para representar algo danoso, de fato, ao patrimônio do acusado. Há dois modelos para se aplicar esse aumento: a) o juiz pode triplicar o número de dias-multa, juntamente com o triplo do valor do dia-multa estabelecido; b) o julgador pode triplicar apenas o valor do dia-multa, atingindo, então, 15 salários, sendo que o número de dias-multa continuaria a

ser configurado de acordo com a culpabilidade do acusado. O STF, no julgamento do *Mensalão*, valeu-se deste último critério.

8. Conclusão

A aplicação da pena possui fatores expressamente fixados em lei ordinária (Código Penal) e, acima disso, fundamenta-se no princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF). Portanto, não se trata de uma opção do julgador, mas de uma obrigação, fixar a pena dentro dos inúmeros requisitos estabelecidos em lei.

Nesta etapa, convém desenvolver um fator relevante, consistente no dever judicial de fundamentar a pena aplicada *in concreto*. O artigo 93, IX, da Constituição Federal, evidencia que todas as decisões judiciais serão motivas.

Criou-se, no Brasil, há algum tempo, uma corrente jurisprudencial desvinculada do referido preceito constitucional (art. 93, IX, CF), afirmando que *prescinde de fundamentação* a pena aplicada no mínimo legal. Sustentava-se que se presumia um conjunto favorável ao réu. Não se sustenta em Direito Penal qualquer espécie de presunção, a não ser quando estampada expressamente em lei, o que não é o caso. Em momento algum, houve liberalidade suficiente para se afastar a motivação das decisões judiciais. Levando-se em conta esse argumento, uma sentença absolutória, porque favorável ao acusado, não dependeria de fundamentação.

Enfim, aos poucos superada, essa visão não mais encontra guarida nos julgados de Tribunais Superiores.

Outro ponto essencial no campo da aplicação da pena é evitar a consideração de uma mesma circunstância do crime por mais de uma vez, seja para aumentar a pena ou para diminuí-la. A sobreposição de causas idênticas confronta a individualização da pena, pois prejudica ou beneficia o réu em medidas legalmente inadmissíveis.

Por vezes, esse resultado ocorre não por má-fé ou desconhecimento do julgador, mas por mera inexperiência ou equívoco. No momento de sentenciar um homicídio de menor de 14 anos, pode o julgador expressar, nas circunstâncias judiciais, que o réu demonstrou ser covarde (fator de personalidade) ao agredir uma criança. A pena-base é, então, elevada. Na fase seguinte, o magistrado alega que o crime foi cometido contra criança, incidindo a agravante prevista no art. 61, II, *h*, do Código Penal, resultando em outro aumento. Por derradeiro, termina por impor um terço a mais, tendo em vista a morte de menor de 14 anos (art. 121, § 4º, parte final, CP). Percebe-se que a situação da vítima – menor de 14 anos – foi levada em conta por três vezes, em flagrante prejuízo ao acusado.

Em suma, valendo-se de dados mencionados na introdução, quando, séculos atrás, a pena de um mero furto era, invariavelmente, severa (morte,

castigos corporais etc.), hoje, a individualização da pena permite inúmeros fatores para não padronizar a reprimenda e torná-la única ao réu, além de lidar com sanções mais humanizadas. O furto cometido, atualmente, em primeiro lugar, deverá ser avaliado se simples ou qualificado. Após, o julgador analisará todas as circunstâncias judiciais e legais, a ponto de visualizar qual seria a merecida pena. Em diversos estágios e fases, o Judiciário jamais aplicará uma pena padronizada e, muito menos, cruel. Assim sendo, pode-se concluir, sem chance de erro, que o processo de aplicação da pena avançou – e muito – tanto em teoria (constante em lei) como na prática (resultado jurisprudencial).

É preciso não perder o rumo, garantindo a qualquer acusado a *pena justa*, que será o resultado da profícua análise dos fatores determinantes para a concretização individualizada da sanção penal.

8. Referências Bibliográficas

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale. parte generale**. Atual. Luigi Conti. 14. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena – causas de aumento e diminuição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal – parte general**. 5. ed. Madrid: Akal, 1998.

BERISTAIN, Antonio. **Victimología – nueve palabras clave**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. I e II.

_____. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CADOPPI, Alberto. Veneziani, Paolo. **Elementi di diritto penale – parte generale**. Padova: CEDAM, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal**. Madrid: Colex, 1997.

CLONINGER, Susan C. **Teorias da personalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Prevención general e individualización judicial de la pena**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

FEDELI, Mario. **Temperamento. Caráter. Personalidade. Ponto de vista médico e psicológico**. Trad. José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 1997.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale – parte generale**. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2001.

FRADIMAN, James; FRAGER Robert. **Teorias da personalidade**. São Paulo: Harbra, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal – parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MUSCO, Enzo. FIANDACA, Giovanni. **Diritto penale – parte generale**. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2001.

PADOVANI, Tullio. **Diritto penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

PAGLIARO, Antonio. **Principi di diritto penale – parte generale**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. Trad. Thais MiremisSanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Editora Rideel, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VENEZIANI, Paolo. CADOPPI, Alberto. **Elementi di diritto penale – parte generale**. Padova: CEDAM, 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

ZAZA, Carlo. Le circostanze del reato. v. I. In: **Elementi generali e circostanze comuni**. Padova: CEDAM, 2002.

Novo Marco Legal das Franquias Empresariais: Breves reflexões sobre o dever de informação e as consequências da inobservância do prazo de entrega da circular de oferta de franquia

Gustavo Ramiro Costa Neto[1]

1. Introdução

Pretende-se no presente capítulo realizar uma breve análise sobre o novel Marco Legal das Franquias Empresariais, trazido pela Lei nº 13.966/2019, promovendo-se uma reflexão sobre o dever de informação e outras regras de Direito privado que acabam se relacionando com a temática do *franchising*.

Em especial, busca-se investigar com mais acurácia a questão do prazo de entrega da Circular de Oferta de Franquia, cotejando as consequências de seu desatendimento com outros conceitos e princípios jurídicos que podem aparentemente apresentar algum conflito.

Espera-se, assim, provocar discussões que levem à modernização da legislação empresarial, em que pese a Nova Lei de Franquias ser extremamente recente, tendo em vista a permanência de conceitos intervencionistas que já poderiam ter sido superados nesta iniciativa legislativa.

2. Breve Contextualização sobre o *Franchising* no Brasil

A revogada Lei de Franquias (Lei nº 8.955/94) vinha regulando o setor havia mais de 25 anos. Com a aprovação e sanção da nova Lei nº 13.966/2019, a antiga norma deu vez a algumas mudanças que refletem alterações ocorridas na dinâmica da franquia empresarial, contemplando realidades que já se verificavam na prática.

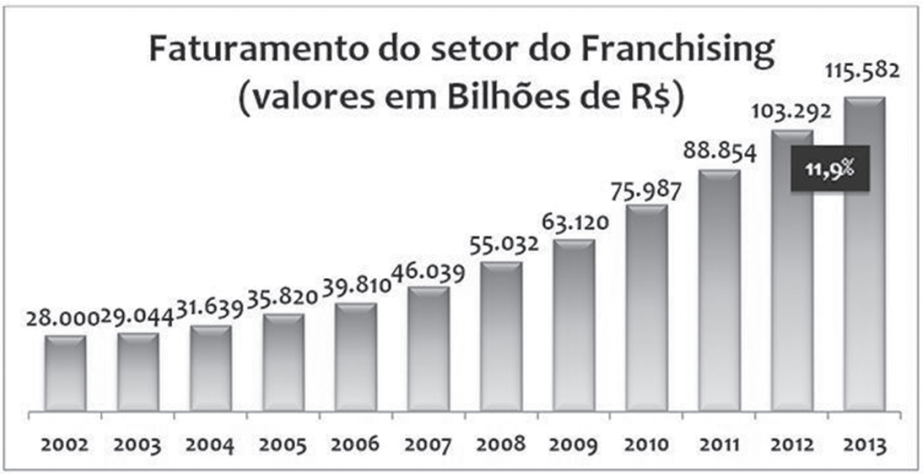
A difusão de novas tecnologias, a evolução de teses jurídicas e o aperfeiçoamento das relações entre franqueadores e franqueados passaram a desafiar a legislação que estava em vigor, expondo sua relativa ineficiência para regular um mercado que cresce a cada ano.

---

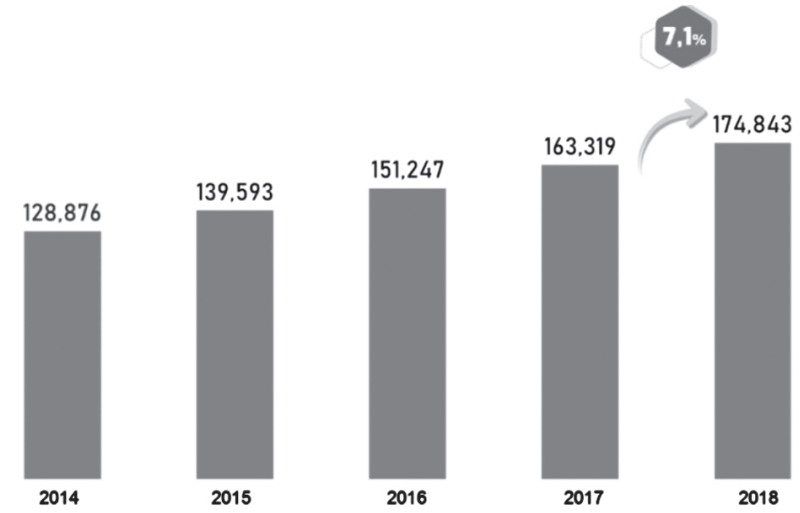
1. Advogado. Presidente da Comissão Especial de Análise do Novo Código Comercial do Conselho Federal da OAB. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Sócio-fundador da Duarte & Ramiro Advogados Associados. Sócio-fundador da Eleven Recuperação de Empresas.

Sob o aspecto econômico, também se demonstrava uma evidente necessidade de modernização legislativa, pois o segmento de franquias é um dos únicos que vem crescendo ininterruptamente, ainda nos períodos mais desafiadores da crise econômica.

Segundo dados publicados pela ABF (Associação Brasileira de Franchising), desde o ano de 2002 o mercado não para de crescer, nem mesmo entre os anos de 2014 e 2018, quando o Brasil experimentou uma grave crise econômica.



Fonte: ABF (Associação Brasileira de Franchising).



Fonte: ABF (Associação Brasileira de Franchising).

Este sentimento de necessidade de atualização, num mercado que cresce há muitos anos, materializou-se no ano de 2012, quando foi apresentado o PL nº 4.386/2012, posteriormente aprovado e transformado na Lei nº 13.966/2019.

Os principais aspectos que estavam a exigir a modernização passaram por temas como regulação de territórios, ampliação dos pactos sobre o estabelecimento empresarial, franquia internacional, instituição de arbitragem e temas ligados ao dever de informação na Circular de Oferta de Franquia.

Este trabalho, assim, focará especificamente no último ponto, analisando algumas questões que envolvem a Circular de Oferta de Franquia, como corolário do necessário dever de informação.

3. Dever de Informação como Fundamento das Relações entre Franqueador e Franqueado

Considerando-se que o dever de informação está inegavelmente inserido no conceito de boa-fé objetiva, sabe-se que esta obrigação acessória não se limita às fases de conclusão do contrato e de sua execução, tal como daria a entender o art. 422 do Código Civil[2].

Evidentemente, o dever de informação encontra presença mais robusta justamente na fase pré-contratual, em que o conhecimento prévio dos elementos que permitem uma correta avaliação do risco do negócio constituem condição determinante, a influenciar na decisão de contratar ou não.

Não por outro motivo, Christoph Fabian relembra: *"Também há dever de informar passível de anular o negócio jurídico por omissão quando a parte conhece um valor mercantil porque só ela obtém as informações (as insider informations)"*.[3] Os dados que são chamados de *insider informations* são exatamente as informações que podem levar à decisão de não levar o negócio adiante.

No caso dos contratos de franquia, em particular, cuida-se ordinariamente de relações de trato prolongado, em que os efeitos da avença se propagam por vários anos, exigindo de ambas as partes aquilo que se convencionou nominar de *full disclosure*, precisamente para propiciar um constante reforço da confiança recíproca ao longo do tempo de execução do ajuste.

Na relação derivada de contrato de franquia é necessário que o franqueador forneça elementos suficientes ao candidato a franqueado, de modo que este possa optar pelo ingresso na rede sabendo exatamente quais os riscos

2. O Enunciado nº 25, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, aponta: *"O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual"*.

3. FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 114.

assumidos e os pontos sensíveis do negócio. De outro lado – neste caso já durante a execução do contrato –, também o franqueado precisa adotar postura de total transparência, permitindo que a franqueadora também seja municiada de informações suficientes para monitorar e dar suporte à operação da franquia, inclusive no que diz respeito ao seu faturamento e cálculo da taxa de *royalties*, normalmente incidente sobre este tipo de relação jurídica.

O dever de informação no contrato de franquia é tão relevante que alguns julgados chegam a fazer comparações com normativos extraídos do Código de Defesa do Consumidor, dada a importância que esta prestação contratual comporta no âmbito da relação empresarial.

O Tribunal de Justiça do Paraná proferiu julgado, tratando de uma relação de *franchising*, que, dentre outros fundamentos, assentou-se no entendimento de que, *"ainda que não aplicáveis ao caso as disposições da Lei nº 8.078/1990, impõem-se os deveres de informação e boa-fé objetiva"*[4].

A Lei nº 13.966/2019, diante deste contexto, veio a reforçar a responsabilidade do franqueador com o dever de informação. Atribuiu-lhe uma gama de obrigações informativas que se consubstanciam, basicamente, na Circular de Oferta de Franquia, instrumento jurídico mais importante da fase pré-contratual de uma relação de franquia empresarial.

Sendo assim, parece certo afirmar que o dever de informação surge como uma tônica relevante no *franchising*. Atitudes que busquem mitigar a transparência, fornecer informações imprecisas ou falsear condições estratégicas e primordiais do negócio, sem dúvida, são rechaçadas pela legislação.

De outro lado, no que toca às consequências pelo desatendimento aos prazos estabelecidos na Nova Lei de Franquias para entrega da Circular de Oferta de Franquia, pretende-se fazer uma abordagem mais precisa ao longo do presente trabalho.

4. O Prazo de Entrega da Circular de Oferta de Franquia e as Consequências de Seu Desatendimento na Lei Nº 13.966/2019: Há Proporcionalidade e Respeito à Presunção de Paridade e Simetria do Contrato Empresarial?

Há muito se discute se o desrespeito ao prazo mínimo entre a entrega da Circular de Oferta de franquia e a assinatura do próprio contrato de franquia (ou pré-contrato) geram, automaticamente, hipótese de anulabilidade do negócio jurídico como um todo.

4. TJPR – Apelação nº 1033610-8. 7ª Câmara Cível. Relatora desembargadora Denise Kruger Pereira. Data de julgamento: 02/06/2015. Data de publicação: 18/06/2015.

A revogada Lei 8.955/94 dizia, no art. 4º, § único: *"Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos"*.

Ou seja: previa-se uma hipótese de anulabilidade do contrato de franquia, contemplando entendimento de que a violação do prazo geraria uma presunção *juris tantum*, a apontar, certamente, para um caso de erro substancial (art. 138 do Código Civil).

Esta previsão legal sempre mereceu severas críticas. A jurisprudência nacional acabou por mitigar a anulação do contrato pela simples inobservância do prazo legal de dez dias entre a entrega da Circular de Oferta de Franquia e a assinatura do pacto contratual.

Entende-se, de maneira escorreita, que a efetiva execução do contrato e a produção de efeitos durante prazo razoável afasta, inexoravelmente, a automática anulabilidade do contrato de franquia, quando tal arguição se funde no mero desatendimento do prazo de entrega da Circular de Oferta de Franquia.

Anote-se recente julgado exemplificativo:

> *"Ação declaratória de nulidade contratual com pedido subsidiário de rescisão contratual c.c. pedidos de restituição de valores, indenizações e concessão de liminares – Contrato de franquia para venda de churros – Ilegitimidade de parte – Manutenção – Preliminar afastada – Alegada ausência de entrega da Circular de Oferta de Franquia (COF) – Exploração da franquia a convalidar eventuais anulabilidades – Anulação afastada – Alegado descumprimento contratual – Inocorrência – Assessoria prestada de forma adequada – Impossibilidade de responsabilização da franqueadora pelo insucesso do negócio – Inexistência de danos morais indenizáveis – Ausência de constrangimento, ofensa à honra e/ou exposição do franqueado – Contrarrazões – Impugnação à gratuidade judiciária – Descabimento – Não conhecimento – Sentença mantida – Recurso desprovido."*[5]

O requisito do vício de vontade, a tisnar a manifestação volitiva de modo objetivo, também é abarcado pela jurisprudência como hipótese de anulabilidade, mas não prescindindo da necessária demonstração, sem a presunção contemplada na legislação:

---

5. TJSP. Apelação Cível nº 1002094-81.2017.8.26.0009, relator: Maurício Pessoa, data de julgamento: 27/01/2020, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data de publicação: 27/01/2020.

> *"(...) a possibilidade de anulação do contrato de franquia, seja pela ausência de entrega da circular de oferta de franquia até dez dias antes da concretização do negócio (art. 4º do mesmo diploma legal), seja pela existência de omissões ou falsidade de informações em tal documento (art. 7º), pressupõe a existência de vício de vontade, consistente em fato que o contratante desconhecia e somente depois da celebração do contrato acaba por descobrir, vindo então a optar por não mais conservar a relação jurídica instaurada a rigor em função de manifestação volitiva viciada."*[6]

Aliás, o Tribunal de Justiça de São Paulo fixou este entendimento ao aprovar o Enunciado IV das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, que afirma: *"A inobservância da formalidade prevista no art. 4 da Lei nº 8.955/94 pode acarretar a anulação do contrato de franquia, desde que tenha sido requerida em prazo razoável e que haja comprovação do efetivo prejuízo"*.

Portanto, sob o pálio da legislação anterior, a jurisprudência comportava-se de maneira clara: somente seria possível anular o contrato se a inobservância do prazo em questão fosse alegada logo no início da contratação, em lapso razoável[7], e desde que restasse demonstrada a correlação entre informações não prestadas e o prejuízo decorrente do insucesso da franquia.

Pois bem.

Com o advento do novo Marco Legal das Franquias, com efeito, nutria-se a expectativa de que o legislador modernizasse a temática atinente à anulabilidade dos contratos de franquia em decorrência do desatendimento ao prazo de entrega da Circular de Oferta de Franquia, prevendo condicionantes e requisitos para que tal pleito fosse formulado.

No entanto, em lugar de relativizar a anulabilidade prevista na legislação revogada, a Lei nº 13.966/2019 ampliou o conceito, admitindo até mesmo o reconhecimento de nulidade do contrato quando não for cumprido o prazo de antecedência na entrega da Circular de Oferta de Franquia.

O art. 2º, § 2º, da norma atual prevê: *"Na hipótese de não cumprimento do disposto no § 1º, o franqueado poderá arguir anulabilidade ou nulidade, conforme o caso, e exigir a devolução de todas e quaisquer quantias já pagas ao franqueador, ou a terceiros por este indicados, a título de filiação ou de royalties, corrigidas monetariamente"*.

As razões para não se admitir como automaticamente anulável o contrato de franquia são conhecidas, passando pela já indicada razoabilidade do prazo

---

6 . TJSP. Apelação nº 0010605-72.2013.8.26.0576. Relator desembargador Fábio Tabosa. Data de julgamento: 18/06/2019. Data de publicação: 26/06/2019.

7. A razoabilidade exigida pela jurisprudência enquadra-se no prazo previsto na legislação substantiva civil: Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

de arguição e pela necessária correlação entre a violação ao dever de informação e o alegado prejuízo decorrente do fracasso da franquia.

A Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), de igual modo, traz dispositivo que reforça este entendimento, vazado no art. 175 do Código Civil: *"A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor"*.

No que toca à nulidade, além desses mesmos requisitos, somam-se outros conflitos com a legislação civil, a exemplo do 174 do Código Civil, também inserido pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: *"É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava"*.

Tem-se do *franchising* que a legislação retrocedeu, ao menos neste particular. Admitir que seja declarada a nulidade de um negócio particular, pactuado entre empresas, é superdimensionar o controle do Poder Judiciário sobre as relações contratuais privadas, sobretudo quando se tem em conta que o franqueado, em condições ordinárias, é dotado de um mínimo de experiência para avaliar e decidir sobre a contratação ou não de determinada franquia empresarial.

Quer dizer: ameaçar a própria validade do contrato apenas porque o empresário candidato a franqueado não passou pelo menos dez dias analisando a Circular de Oferta de Franquia, sem dúvidas, é tutelar exageradamente a relação empresarial que naquele momento pode se formar.

No âmbito do Direito Empresarial prevalece o que Fábio Ulhoa Coelho intitula de *"plena vinculação dos contratantes ao contrato"*[8], o que nada mais é do que um reforço, ou uma vinculação qualificada, quando as partes são dotadas de certa paridade, sem que haja poderio econômico ou de qualquer outra natureza a influenciar ilicitamente na decisão de contratar.

Note-se: não se estar a tratar de simples relações civis. São relações empresariais, que na sua gênese envolvem a prévia análise de riscos e a decisão, não obrigatória nem impositiva, de contratar e empregar certo capital em uma atividade econômica.

A Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica, neste sentido, é assente, ao inserir o art. 421-A no Código Civil, expressamente presumindo paritários e simétricos os contratos civis e empresariais, somente admitindo a revisão (ou, em nossa visão, também a anulação ou declaração de nulidade) limitada e excepcionalmente.

8. COELHO, Fábio Ulhoa. **O futuro do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

Aparentemente, portanto, o art. 2º, § 2º, da Lei 13.966/2019 colide em certa medida com as previsões do Código Civil que tratam de contratos empresariais, ao afastar a presunção de que os contratos empresariais são paritários[9], fato que reclama adequação para harmonização do sistema legal empresarial.

No ponto, ainda que as regras trazidas pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica estejam contempladas no Código Civil, também é certo que estas produzem normas aplicáveis apenas ao Direito Empresarial. Há interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça que trata desta diferenciação, apenas a título exemplificativo:

> *"DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE.*
>
> *1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.*
>
> *2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.*
>
> *3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.*
>
> *5. Recurso especial conhecido e provido."*[10]

No que toca ao controle judicial dos negócios jurídicos pactuados sob a égide do Direito Empresarial, também há julgado que que reforça a necessária distinção:

> *"(...) Efetivamente, no Direito Empresarial, regido por princípios peculiares, como a livre iniciativa, a liberdade de concorrência e a função social da*

9. FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais – teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 69.

10. REsp 936.741/GO, Rel. ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012.

> *empresa, a presença do princípio da autonomia privada é mais saliente do que em outros setores do Direito Privado.*
> *O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia."*[11]

O Enunciado nº 21, da I Jornada de Direito Empresarial do Conselho da Justiça Federal, também traz previsão no mesmo sentido: *"Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais"*.

Indaga-se, a título exemplificativo: se o franqueador entregou a Circular de Oferta de Franquia sete, oito ou nove dias antes da assinatura do contrato de franquia, será que esta "falha" viciaria instantaneamente a vontade de um empresário em contratar a franquia a ponto de tornar o contrato nulo?

Em nossa visão, a resposta é negativa.

A declaração de nulidade, portanto, deve ser reservada para hipóteses de extrema gravidade ocorridas na celebração de negócios jurídicos, tal como previsto no rol do art. 166 do Código Civil. Desatender um simples prazo, numa relação entre empresas, jamais pode ser equiparado, por exemplo, à incapacidade civil do contratante ou à ilicitude do objeto.

Sendo assim, parece claro que a admissão de uma hipótese de declaração de nulidade de contrato de franquia, decorrente do mero desatendimento a um prazo de entrega da Circular de Oferta de Franquia, é uma previsão que merece reflexão, havendo de ser mitigada pela jurisprudência, por outorgar a possibilidade de intervenção estatal em relações privadas que não devem ser tuteladas de forma tão intensa.

5. Conclusão

Finalizando, extraem-se as seguintes conclusões:

a) O mercado de *franchising* encontra especial cenário no Brasil, a merecer tratamento legislativo que contemple a realidade do setor, priorizando conceitos modernos de Direito Empresarial que sejam úteis à regulação do segmento, sobretudo respeitando a livre-iniciativa e a autonomia privada, com vistas a colaborar com a segurança jurídica e com a criação de ambiente favorável a novos investimentos.

---

11. REsp 1447082/TO, Rel. ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 13/05/2016.

b) O dever de informação é regra fundamental nos contratos de franquia, pois determina, sobretudo na fase pré-contratual, a decisão de contratar, influenciando o candidato a franqueado a vincular-se ou não a determinada proposta do mercado de franquia.

c) O Novo Marco Legal das Franquias Empresariais, malgrado o claro movimento doutrinário e jurisprudencial que vinha relativizando as hipóteses de anulabilidade do contrato de franquia, em decorrência da violação do prazo de entrega da Circular de Oferta de Franquia, contemplou movimento inverso, inserindo hipótese de nulidade do contrato pela mesma razão, admitida por simples violação do referido prazo.

d) A norma contida no art. 2º, § 2º, da Lei nº 13.966/2019 é desproporcional e viola a presunção de paridade e de simetria dos contratos empresariais, devendo ser revista para que se preserve a autonomia privada das empresas e dos empresários na contratação de uma franquia empresarial, ante a inafastável presença de uma vinculação qualificada, devendo-se afastar a excessiva intervenção judicial no reconhecimento de nulidades ou anulabilidades.

6. Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei nº 13.966/2019, de 26 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 de dezembro de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de dezembro de 1994.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 13.874/2019, de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de setembro de 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O futuro do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FABIAN, Christoph. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais – teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Covid-19 e o Direito do Trabalho – Um enfoque preliminar

Manoel Carlos Toledo Filho[1]

1. Introdução

O mundo vive um estado de *perplexidade generalizada*.

Se bem não seja essa, nem de longe, a primeira ocasião em que todas as nações do planeta passam por uma *pandemia mundial*, é esta, sim, a primeira vez em que a nossa geração tem de enfrentar um desafio de tal importância e magnitude.

Como não existem *soluções simples* para *problemas complexos*, ninguém tem uma resposta segura para apresentar.

Alguns países adotaram uma política de fechamento completo das atividades empresariais reputadas não essenciais; outros seguiram praticamente com sua rotina normal; e outros ainda optaram por uma estratégia de contenção diversificada.

Os resultados obtidos variam de um local para outro, de uma realidade social para outra, e, de todo modo, não houve ainda tempo suficiente para uma aferição segura do sucesso ou do fracasso de cada postura implementada.

Então, o que no momento se tem é um cenário de *superlativa insegurança*: insegurança sanitária, insegurança econômica e, claro, como não poderia mesmo deixar de ser, *insegurança jurídica*, pela intuitiva razão de que as normas até então vigentes não foram pensadas para um cenário assim.

No caso do Brasil, o Poder Executivo Federal usou da sua prerrogativa de publicar medidas provisórias, instrumentos legais de *vigência imediata* e sujeitos a validação *parlamentar peremptória*, em ordem a intentar disciplinar as relações sociais no lapso de duração do estado de emergência ou de calamidade pública. No caso específico das relações de trabalho, as Medidas Provisórias destinadas a tal desiderato receberam os números 927 (22/03/2020) e 936 (01/04/2020).

---

1. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Membro efetivo das Associações Argentina e Uruguaia de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Diretor da Escola Judicial do TRT-15 no biênio 2017/2018. Professor do curso de pós-graduação em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da PUC-Campinas.

Não se discute que, em tese, a figura constitucional da assim denominada medida provisória foi idealizada justamente para situações como a presente. Então, a rigor, não há como questionar, desde uma *perspectiva global*, a relevância e a urgência dos diplomas legais em apreço. O que, sim, se pode fazer é avaliar a pertinência ou constitucionalidade específica de cada qual de seus preceitos, de modo a buscar inferir tanto sua potencial viabilidade jurídica quanto a sua eficácia ou conveniência prática.

Tal, por conseguinte, é o que almejamos concretizar nos tópicos a seguir.

2. A Medida Provisória 927 de 22/03/2020

O artigo primeiro da MPV em exame está assim redigido:

> Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre as medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda e para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**Covid-19**), decretada pelo Ministro de Estado da Saúde, em 3 de fevereiro de 2020, nos termos do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.
>
> Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória se aplica durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, e, para fins trabalhistas, constitui hipótese de força maior, nos termos do disposto no art. 501 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Extrai-se do texto acima que os *objetivos centrais* por ele almejados são: **1)** estabelecer critérios ou parâmetros legais de índole trabalhista, direcionados aos empregadores, em ordem a, mínima e simultaneamente, preservar o emprego e a renda durante o estado de calamidade pública ocasionado pela pandemia da Covid-19; **2**) equiparar legalmente o *estado de calamidade pública* à situação de *força maior* definida pela CLT, fixando assim as potenciais consequências jurídicas que poderão advir da manutenção, ou não, da relação de emprego no *lapso emergencial* em questão, o qual, de acordo com o artigo 1° do Decreto Legislativo n° 6, poderá perdurar até 31/12/2020.

O exame do contido no primeiro objetivo já desde logo denuncia aquele que parece mesmo ser o principal problema desta Medida Provisória: ***dirigir-se ou estabelecer interlocução apenas com os empregadores***. Não se faz menção direta aos trabalhadores ou a seus sindicatos, como se estes não fossem, igualmente, atores fundamentais no contexto e no drama ocasionado pela pandemia da Covid-19. Aparentemente, o legislador parte da premissa de que aquilo que for bom ou adequado para os patrões, também, necessariamente,

o será para os seus respectivos empregados, que assumem, portanto, a condição de meros *itens acessórios ou súditos tutelados na* estratégia geral de enfrentamento do problema.

Já o segundo objetivo possui o desiderato de dissipar eventuais dúvidas acerca de como enquadrar o cenário pandêmico em termos jurídico-laborais, equiparando-o desde logo à situação de força maior, cuja definição vem tratada no artigo 501 da CLT, *in verbis*:

> Art. 501 – Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.
>
> § 1º – A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.
>
> § 2º – À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.

Os pontos que são de interesse analisar quanto a este enquadramento estão nos aspectos concernentes à *relativização do preceito*, explicitados nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 501 consolidado.

Assim, de acordo com o parágrafo primeiro, ainda que o cenário de pandemia esteja intensamente presente ou em estado de franca expansão, não se poderá invocá-lo quando as consequências deletérias decorrentes resultem, preponderante ou exclusivamente, de uma *postura patronal negligente ou indiferente*. É dizer: a imprevidência do empregador afasta ou se superpõe à excepcionalidade do estado de força maior. É o que sucederia se, por exemplo, a não adoção de *medidas básicas de prevenção*, como a disponibilização e utilização de máscaras, luvas e álcool em gel, induzissem a uma contaminação desenfreada do quadro de trabalhadores, inviabilizando o seguimento da atividade empresarial a curto ou médio prazo. Cuida-se, assim, de uma excludente de *caráter subjetivo*: será o *comportamento patronal* que poderá determinar, ou não, a sua ocorrência.

Já no parágrafo segundo o que se tem é uma *hipótese excludente* de *caráter objetivo*: por mais grave que seja a situação, pode bem ocorrer de para nada restar prejudicada a situação econômica do empreendimento, propiciando-se, aliás, até o *efeito inverso*. É o que no momento se está a passar com as farmácias e os serviços de entrega em domicílio, cuja procura, por motivos óbvios, sofreu amplificação magna.

Outro aspecto relevante a perquirir é se essa *opção explícita* do legislador seria suficiente para, por si só, eliminar a possibilidade da caracterização, no

contexto da pandemia, de eventual invocação do *factum principis* previsto pelo *caput* do artigo 486 da CLT, cuja redação a seguir se transcreve:

> Art. 486. No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

Como é notório, muitas empresas ou estabelecimentos estão tendo seu funcionamento impedido ou severamente restringido por conta de atos emanados de autoridades locais – municipais ou estaduais – que guardam *correlação direta* com a estratégia administrativa adotada para o enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Se bem que no plano doutrinário as duas figuras – força maior e *factum principis* – se equiparem,[2] no ordenamento positivo nacional a diferença de enquadramento tem consequências que vão além da mera discussão acadêmica. É que, na hipótese de rescisão por situação de força maior, o empregador segue direta e unicamente responsável pelo pagamento das verbas trabalhistas correlativas, podendo, porém, reduzir o seu montante à metade (CLT, artigo 502); já no *factum principis*, não há redução alguma, mas tampouco responsabilidade patronal, transferindo-se integralmente ao ente estatal o dever de pagamento dos haveres contratuais rescisórios devidos a todos e a cada um dos trabalhadores atingidos.[3]

Não nos parece que se possa, *a priori*, afastar a configuração de "fato do príncipe", tanto isoladamente como concomitantemente à situação de força maior. Tudo irá fundamentalmente depender das circunstâncias do caso concreto; e o enquadramento jurídico a ser adotado deverá ser definido pela vertente que se demonstre preponderante no contexto da paralisação total ou

---

2. Como explicita Guillermo Cabanellas, "el hecho del soberano" seria uma das hipóteses possíveis de força maior: "Cuando por actos derivados de la esfera pública cesa la actividad de la empresa se está ante una situación de hecho que cabe calificar como de fuerza mayor; ya que ese acontecimiento es independiente de la voluntad de las partes contratantes". In*:* **Compendio de derecho laboral.** tomo I. 4. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2001. p. 783.

3. Na sempre valiosa lição do saudoso juslaboralista Mozart Victor Russomano: "Embora, em essência, cientificamente, o *factum principis* seja motivo de *força maior*; embora suas consequências práticas, contra os interesses patronais, sejam as mesmas – o legislador determinou que, no fechamento da empresa ocasionado por ato de autoridade, perdure íntegro o direito do trabalhador de receber indenizações, indenizações essas que serão, no entanto, pagas pela pessoa jurídica de direito público interno que houver dado causa à cessação do serviço (art. 486)" (os destaques são do texto original). In: **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990. p. 578.

parcial da atividade empresarial. Assim, um ato administrativo que imponha a restrição ou o impedimento do negócio e que, no contexto fático correlato, assuma claramente uma feição *descabida ou abusiva*, poderá, em tese[4], induzir a aplicação do artigo 486 da CLT, desonerando o empregador da quitação rescisória que à hipótese corresponda.

Já o artigo 2° da MPV 927 está redigido como segue:

> Art. 2º. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.

Este artigo ratifica a conclusão a que nos referimos quando do exame do art. 1°: ao estabelecer a superioridade do ajuste individual tanto sobre a Lei quanto sobre o ajuste coletivo, o legislador fixou a possibilidade de ampla prevalência da vontade unilateral do empregador, colocando o trabalhador ao reboque das *conveniências unilaterais* daquele que o assalaria.

O contrato de trabalho, como sempre se soube, é, essencialmente, um *contrato de adesão*. Aliás, talvez sequer de contrato se pudesse chamar essa relação de fato, em que uma parte tem o direito de comandar e a outra o dever de obedecer.[5] Negociação entre atores substancialmente desiguais não é negociação, é rendição, que até poderá, eventualmente, assumir a índole de uma rendição "condicional", mas que seguirá sendo rendição ainda assim.

Daí porque o conteúdo da relação de trabalho dependente, tradicional e universalmente, é primordialmente delineado seja pelo Estado, por meio da Lei, seja pelos entes sindicais, no âmbito da negociação coletiva. Não foi por acaso, portanto, que a CLT, no artigo 444, esclareceu que: " As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo

---

4 .Ou seja, *na dúvida*, sempre se deverá propender para a hipótese da ocorrência de força maior, que foi a escolhida direta e expressamente pelo legislador.

5. Temos insistido, em diferentes trabalhos publicados, que é uma *falácia* entender-se como "contratual" algo que de contrato, ordinariamente, tem apenas o nome. Essa suposta tradição contratual no âmbito das relações de dependência tem servido principalmente para criar situações de *confusão teórica e perplexidade fática*, como se dá, por exemplo, com o fenômeno da terceirização, em que o trabalhador se insere completamente no âmbito de um determinado estabelecimento, mas o seu contratante – ou seja o seu *empregador formal*, responsável primeiro pela garantia de seus direitos – será aquele que meramente o apresentou ao tomador de serviços e, não raro, desapareceu para nunca mais retornar. Enfim, como brilhantemente registrou o professor chileno José Luis Ugarte Cataldo, essa premissa contratual laboral mais não fora do que a colonização do direito do trabalho pelo direito civil (**La subordinación en el derecho laboral chileno**. Santiago: Legal Publishing, 2008. p. 4).

quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes". E, mais adiante, em seu artigo 619, prescreveu que "nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito".

A MPV 927 inverteu essa lógica, ancorando-se na excepcionalidade fática referente à pandemia da Covid-19. A nosso sentir, o que se alcançou com isso foi apenas agregar um estado de "calamidade jurídica" ao estado de "calamidade pública", demolindo, ainda que provisória e circunstancialmente, uma estrutura de proteção mínima cuja necessidade tem sido reiteradamente demonstrada e reprisada pela história. Cuida-se, assim, de preceito frontalmente colidente com o *caput* e o inciso XXVI, do artigo 7°, e com o artigo 8°, inciso III, da CRFB. E, conquanto o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em exame liminar, tenha assentado a constitucionalidade do preceito[6], é justo esperar que, mais adiante, quando o cenário político e sanitário nacional estiver menos turbulento, se proceda a uma *salutar reconsideração* desse entendimento inicial.[7]

---

6. O voto conducente da lavra do ministro Marco Aurélio foi externado nos moldes seguintes: "O artigo 2º da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020 – e todos os demais preceitos que se diz conflitantes com a Constituição estão nela previstos – contém alusão ao estado de calamidade pública decorrente do novo coronavírus e versa que empregado e empregador poderão, buscando a manutenção do vínculo empregatício, estabelecer parâmetros. O preceito sobrepõe o acordo individual a possíveis instrumentos normativos e remete aos limites revelados na Constituição Federal. A liberdade do prestador dos serviços, especialmente em época de crise, quando a fonte do próprio sustento sofre risco, há de ser preservada, desde que não implique, como consta na cláusula final do artigo, a colocação em segundo plano de garantia constitucional. É certo que o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal, pedagogicamente, versa o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, quando então se tem, relativamente a convenções, ajuste formalizado por sindicato profissional e econômico e, no tocante a acordo coletivo, participação de sindicato profissional e empresa. O preceito não coloca em segundo plano a vontade do trabalhador. Sugere, isso sim, que o instrumento coletivo há de respeitar, há de ser formalizado em sentido harmônico com os respectivos interesses. Descabe, no que ficou prevista a preponderância do acordo individual escrito, voltado à preservação do liame empregatício – repita-se – ante instrumentos normativos legais e negociais, assentar, no campo da generalidade, a pecha de inconstitucionalidade". Na nossa opinião, tal fundamentação nada diz ou concretamente esclarece. O que seria um instrumento coletivo eventualmente "não harmônico" com os interesses individuais dos trabalhadores por ele abrangidos? Melhor seria, nos parece, estabelecer uma "interpretação conforme" no sentido de que o ajuste individual somente seria superior ao ajuste coletivo quando pudesse ser considerado contextualmente *mais favorável* ao trabalhador.

7. Conforme decisão proferida em 29/04/2020 nas ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354. Ficaram vencidos, neste ponto, os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

No restante de seu malfadado texto, a Medida Provisória 927 prescreve (art. 3°) e desdobra (arts. 4° a 25 e 33), em caráter exemplificativo, uma série de oito alternativas destinadas a virtualmente implementar o seu suposto *desiderato estrutural* de preservação do emprego e da renda: facilitação e estímulo ao teletrabalho, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas, aproveitamento e antecipação de feriados, flexibilização do banco de horas, suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, direcionamento do trabalhador para qualificação e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Ademais das providências básicas acima, fixou também, em caráter complementar, condições especiais para a jornada de trabalho nos estabelecimentos de saúde (arts. 26 e 27), a suspensão, por 180 dias, dos prazos processuais administrativos (art. 28), a exigência de comprovação de nexo causal para classificação da contaminação pelo coronavírus como doença ocupacional (art. 29), a prorrogação das convenções e acordos coletivos a critério do empregador[8] (art. 30), o caráter geral meramente orientador da atuação dos auditores fiscais do trabalho (art. 31), a antecipação do pagamento do abono anual previsto pelo artigo 40 da Lei 8213/91 (arts. 34/35) e a convalidação das medidas trabalhistas anteriores adotadas pelos empregadores não contrárias ao conteúdo da MPV (art. 36). Por fim, o artigo 32 marcou o *âmbito subjetivo* de incidência das disposições legais em foco, estendendo-as aos trabalhadores temporários, aos trabalhadores rurais e, no que couber, igualmente aos empregados domésticos.

O conjunto de disposições da MPV 927, como acima explicitado, não se demonstra convincente tanto jurídica quanto empiricamente. Assemelha-se a uma improvisação construída de afogadilho, daquelas que, porque precariamente pensadas, costumam ordinariamente fazer mais mal do que bem.

Para nada surpreende, pois, que um de seus preceitos tenha sido pouco depois abatido pelo próprio governo federal (direcionamento do trabalhador para qualificação – art. 18)[9], três outros tenham sido objeto de um complemento posterior (suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no

8. Este dispositivo é, a nosso ver, *flagrantemente inconstitucional*, na medida em que descaradamente solapa qualquer manifestação de vontade do sindicato profissional, até mesmo para, eventualmente, concordar com a prorrogação.

9. Dispositivo revogado pelo artigo 2°, da MP 928, de 23/03/2020. Este preceito estipulava a possibilidade, mediante negociação individual, de um estrambótico afastamento integral do trabalhador, pelo período de até quatro meses, para a realização de cursos de aperfeiçoamento, sem a garantia de nenhum tipo de contraprestação patronal ou estatal. Ao que parece, não advertiu o legislador que estudar sem comer poderia vir a ser bastante difícil.

trabalho – arts. 15/17)[10], e mais dois declarados, liminarmente, *inconstitucionais* pelo STF (arts. 29 e 31).[11]

3. A Medida Provisória 936, de 01/04/2020

O primeiro comentário que cabe fazer acerca da Medida Provisória 936 é que seu texto, indiscutivelmente, é *sobremodo superior* ao da Medida Provisória 927. E esta superioridade se manifesta tanto no plano técnico estrito – visto que ele, a rigor, não possui inconstitucionalidades que se nos afigurem patentes – quanto no plano da efetividade concreta.

Realmente. Enquanto a MP 927 oscila entre providências burocráticas de pouca transcendência real e inconstitucionalidades latentes ou evidentes, tudo temperado com uma *elegia subliminar* ao empregador, a MP 936 prescreve medidas de alto impacto prático, amparadas em suficiente coerência sistêmica.

O artigo 1° da MPV 936 está assim redigido:

> Art. 1º. Esta Medida Provisória institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**Covid-19**) de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

A MPV 936 objetiva, por conseguinte, estabelecer duas medidas precípuas: 1) a criação de um *plano efetivo* para a manutenção do emprego e da renda, como que denunciando, assim, que tal escopo não fora devidamente alcançado

10. Aqui, a virtual *temeridade da previsão* obrigou o legislador a fazer um esclarecimento posterior, que veio através da MPV 936, em seu artigo 19: "O disposto no Capítulo VII da Medida Provisória nº 927, de 2020, não autoriza o descumprimento das normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho pelo empregador, e aplicando-se as ressalvas ali previstas apenas nas hipóteses excepcionadas".

11. Segundo notícia publicada no sítio do STF no dia 29/04/2020, prevaleceu quanto a estes artigos a divergência capitaneada pelo ministro Alexandre de Moraes, "no sentido de que as regras dos artigos 29 e 31 fogem da finalidade da MP de compatibilizar os valores sociais do trabalho, "perpetuando o vínculo trabalhista, com a livre-iniciativa, mantendo, mesmo que abalada, a saúde financeira de milhares de empresas". Segundo o ministro, o artigo 29, ao prever que casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação de nexo causal, ofende inúmeros trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos ao risco. O artigo 31, por sua vez, que restringe a atuação dos auditores fiscais do trabalho, atenta contra a saúde dos empregados, não auxilia o combate à pandemia e diminui a fiscalização no momento em que vários direitos trabalhistas estão em risco. Também votaram neste sentido os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Carmen Lucia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux" (In*:* http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355&ori=1. Acesso em: 17 maio 2020).

pela MPV 927; 2) a edição de medidas trabalhistas "complementares", ou seja, preceitos aditivos àqueles previamente contidos na MPV 927, marcando, novamente, a insuficiência desta.

O núcleo da MP 936 está em seu programa emergencial de manutenção do emprego e da renda, que, por sua vez, se assenta em três pilares (art. 3°): a) o pagamento de um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; b) a redução proporcional da jornada de trabalho e dos salários; c) a suspensão temporária do contrato de trabalho.[12]

Os três pilares mencionados estão organicamente vinculados. Assim, o empregado, para ter direito ao benefício emergencial, deverá estar submetido a um regime de redução simultânea de jornada e salário, ou, então, ter temporariamente suspenso o seu contrato de trabalho (art. 5°, incisos I e II). Inexistentes ou cessadas tais condições, o benefício emergencial não será devido (art. 5°, p. 2°, inciso III).

O benefício emergencial será operacionalizado pelo Ministério da Economia[13] e pago mensalmente pelos cofres públicos federais, é dizer, consubstancia um auxílio pecuniário de índole integralmente estatal (art. 5°, p. 1°). Seu valor será calculado de modo proporcional ao valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, podendo eventualmente atingir 100% deste montante (art. 6°). O benefício não será pago quando a redução horária e salarial sofrida pelo empregado for *inferior* a 25% (art. 11, p. 2°, artigo 1°). No caso específico e peculiar do contrato de trabalho intermitente, o benefício emergencial corresponderá ao valor fixo – e único – de R$ 600,00, pelo período de três meses (art. 18). Ainda, como *regra geral*, não se poderá cumular o recebimento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda com outra prestação estatal de cunho previdenciário ou emergencial (art. 6°, inciso II, e 18, p. 5°).

A acumulação que, sim, expressamente se admite é aquela prevista pelo artigo 9° da MPV 936, concernente ao pagamento, pelo empregador, a título indenizatório, de uma ajuda compensatória mensal, em decorrência da redução de jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária de contrato de trabalho, cujo valor deverá ser definido em acordo individual ou coletivo. Conquanto louvável a previsão, parece pouco provável que ocorra, quanto a ela, uma adesão significativa, já que é razoável supor que os empregadores que utilizem as opções da redução de jornada e salário ou da suspensão contratual,

12. Nas situações "b" e "c", não poderá ocorrer prejuízo ao exercício e funcionamento dos serviços públicos e atividades reputadas legalmente essenciais (art. 13)

13 . O procedimento de pagamento do benefício emergencial foi disciplinado pela MPV 959, de 29/04/2020.

assim o façam principalmente em vista de dificuldades econômicas para o pagamento integral de sua correlativa folha salarial. Nada obstante, existe uma hipótese em que tal ajuda é *preceptiva*: quando se cuide de hipótese de suspensão contratual no âmbito de empregador que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais – art. 8°, p. 5°).

A redução proporcional de jornada e salário, pelo prazo máximo de 90 dias ou até a cessação do estado de calamidade pública (art. 7°, *caput*, e parágrafo único, inciso I), poderá ser acordada tanto por acordo individual escrito quanto por acordo coletivo. E, neste passo, existe um ***tema de suma relevância*** a considerar.

Como à diminuição do salário deverá obrigatoriamente corresponder igual diminuição da jornada e como também, em qualquer caso, haverá de se preservar o valor do salário-hora de trabalho (art. 7°, inciso I), não vemos aqui violação à garantia constante do artigo 7°, inciso VI, da CRFB ("irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo).

Com efeito: o salário, enquanto modalidade de *contraprestação patronal estrutural*, está intuitivamente vinculado à quantidade de trabalho prestado ou de tempo à disposição dedicado pelo empregado em prol do negócio ou do empreendimento. Logo, a princípio, à redução do proveito empresarial – seja pela diminuição do trabalho realizado, seja pela redução do tempo dedicado – deverá corresponder redução proporcional do montante percebido, sem que, ***apenas por isso***[14], se possa cogitar de modificação contratual ilícita ou de *desequilíbrio contratual sequencial*. Assim, a alteração contratual que, nessa dimensão, impõe *prévia e impreterível autorização sindical*, será aquela que reduza o salário sem uma correspondente redução da jornada (*redução salarial direta*) ou que aumente a jornada sem aumentar proporcionalmente o salário (*redução salarial indireta*)[15], pois que, em ambas as hipóteses, haverá inquestionável *desequilíbrio contratual sequencial* em desfavor do empregado.[16]

---

14. Ou seja, não se está aqui a considerar aquelas situações derivadas de mera emulação ou malícia patronal, as quais, se ocorrentes, não apenas serão ilícitas como, inclusive, poderão ensejar hipótese de *rescisão contratual indireta*, com base nas letras "d" e "g" do artigo 483 da CLT.

15. Em sentido contrário ao por nós aqui defendido, cite-se a sempre percuciente doutrina de Maurício Godinho Delgado, para quem a *redução salarial indireta* decorrente da redução de jornada, sem autorização em norma coletiva, seria vedada pela ordem jurídica (**Curso de direito do trabalho.** 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 935).

16. Na verdade, existem diversas hipóteses legais de reduções salariais unilaterais, pela eliminação do fato gerador correspondente, como, por exemplo, o retorno do empregado ao seu cargo efetivo (supressão da gratificação de função) ou a cessação do trabalho insalubre, perigoso, noturno ou extraordinário (supressão do adicional respectivo), é dizer, a contraprestação pecuniária patronal naturalmente se contrai na mesma medida em que o grau de esforço, sacrifício ou dedicação do empregado diminui.

Sem embargo, parece claro que este é um evidente *ponto vulnerável da* MPV 936. Melhor seria ter deixado este aspecto para o âmbito da negociação coletiva, quiçá estabelecendo prazos peremptórios para a iniciativa sindical, após os quais, constatado que fora o desinteresse ou a inércia injustificada da entidade de classe, estaria aberta a via do acordo individual. Este aspecto, somado ao conteúdo do artigo 12 da MPV – que restringe o alcance dos ajustes individuais em algumas situações ali especificadas –, pode gerar uma insegurança que seria facilmente evitada caso o legislador houvesse convocado os sindicatos profissionais ao cumprimento da relevante *missão constitucional* que àqueles incumbe.

Situação *similar* se passa com a suspensão temporária do contrato de trabalho, igualmente passível de ser pactuada, pelo prazo máximo de sessenta dias ou até a cessação do estado de calamidade pública (art. 8°, p. 3°, inciso I), mediante acordo individual escrito entre o empregador e o empregado. Tampouco haverá aqui a formação, *a priori*, de uma situação de *desequilíbrio consequencial* em prejuízo exclusivo do trabalhador, já que à ausência de salário corresponderá igual ausência de labor. Mas seria, de novo, de todo recomendável que se reservasse a celebração de uma medida como esta à *esfera coletiva*, com as *salvaguardas necessárias* para o caso de *intransigência renitente* ou *resistência injustificada* da entidade sindical.

No caso da suspensão temporária, o legislador corretamente fixou que, caso "durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho o empregado mantiver as atividades de trabalho, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, ficará descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho", com a sujeição ao pagamento da remuneração e a imposição de sanções administrativas e convencionais (art. 8°, p. 4°). Se bem sejam esses, a rigor, efeitos intuitivos e inevitáveis diante da fraude perpetrada, a sua explícita verberação legal é sempre oportuna, cabendo aclarar que a remuneração, no caso, deverá ser integral, ainda que a prestação de serviços seja meramente parcial, uma vez que a redução salarial proporcional à jornada de trabalho não se pode ultimar informalmente nem, muito menos, mediante uma *deturpação prática* da modalidade alternativa da suspensão contratual.

O artigo 10 da MPV 936 contém aquela que, a nosso ver, representa a principal virtude ou a melhor disposição dentre todas aquelas publicadas em decorrência da situação emergencial de calamidade pública: o reconhecimento de garantia provisória de emprego aos trabalhadores abrangidos pelas medidas de redução de jornada e salário e/ou suspensão contratual, durante seus respectivos períodos de duração e, após o seu término, por igual lapso, cuja *vulne-*

ração arbitrária implicará pagamento de uma indenização correspondente, calculada proporcionalmente à perda salarial correlativa. Esta providência, sem dúvida, colabora bastante para reforçar a pertinência e a *constitucionalidade contextual* da Medida Provisória em comento, ademais de revelar preocupação direta com a classe trabalhadora que, como vimos, restara completamente ausente no bojo da MPV 927.

Por derradeiro, o artigo 16 da MPV prescreve que o "tempo máximo de redução proporcional de jornada e de salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho, ainda que sucessivos, não poderá ser superior a noventa dias, respeitado o prazo máximo de que trata o art. 8º". Ou seja, havendo sequencialmente redução salarial e de jornada e suspensão contratual (ou vice-versa), o *interregno máximo* resultante da somatória de ambas será de noventa dias, não podendo ademais a suspensão contratual, em qualquer caso, ir além de um interregno de sessenta dias.

4. Conclusão

O *cenário legal conjuntural* que resulta da junção das MPVs 927 e 936, se não é o melhor que se poderia almejar, tampouco se qualifica, a nosso juízo, como péssimo ou catastrófico.

E isso porque, a despeito da MPV 927 ter se revelado um instrumento de regulamentação doidivanas e inspiração nefelibata, seus efeitos nocivos lograram ser satisfatoriamente neutralizados pela rápida e sequente edição da MPV 936.

O aspecto que, infelizmente, faltou em ambas tem a ver com um reconhecimento institucional efetivo à negociação coletiva, enquanto instrumento valioso e virtuoso de resolução prévia ou póstuma de celeumas ou perplexidades afetas às relações de trabalho de caráter dependente.[17]

Em um momento de crise como este que estamos a vivenciar, a única maneira sensata de buscar algum tipo de solução ou saída factível, não apenas para patrões e empregados, mas para toda a sociedade, é por meio de um diálogo franco, permanente e consistente de natureza coletiva.

Projetos individualistas ou de percepção preponderantemente unilateral estarão fadados ao fracasso. Poderão até propiciar algum alívio imediato, mas o que se ganhar agora será pago em dobro – ou mais – a curto ou médio prazo.

---

17. A bem da verdade, este é um vício que se apresenta desde o advento da Lei 13.467/17 (da denominada reforma trabalhista), que, ao mesmo tempo em que louvava, no discurso, a negociação sindical, na prática sabotava as suas bases, enfraquecendo os sindicatos e transferindo para o âmbito individual temas sensíveis como a compensação de jornada ou o banco de horas.

A nação brasileira, nestes últimos anos, atingiu um grau de polarização política ou ideológica que ultrapassou bastante os limites da *civilidade mínima* ou da *dialética saudável*. Pois bem: talvez esteja precisamente no âmbito das relações coletivas de trabalho, pensadas e delineadas conjuntamente para um cenário de crise e um contexto de escassez, a chave para a retomada do *caminho do meio*, que é o único disponível quando o que se pretenda seja alcançar um *verdadeiro equilíbri*o entre necessidades ou interesses potencialmente conflitantes.

A Imprescindibilidade do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração e os Desafios em Conciliar Desburocratização e Segurança

Marcelo Doval Cesarino Affonso[1]

1. Introdução

CPC, CDC, TJ, ISS, STF... No âmbito pátrio, os operadores do Direito estão habituados a diariamente se depararem com siglas que se referem por vezes à legislação, ou então a órgãos públicos, tributos, dentre outros, mas uma dessas siglas não é tão conhecida por todos, quer sejam advogados, quer sejam empresários ou sócios de sociedades empresariais: o DREI.

A abreviação refere-se ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração, atualmente vinculado ao Ministério da Economia, que, por inteligência do inciso I do artigo 57 da Lei Federal n° 13.844, do dia dezoito do mês de junho do ano de 2019, concentrou as funções dos então extintos Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e Ministério do Trabalho.

O DREI, por sua vez, substituiu o antigo DNRC (Departamento Nacional de Registro do Comércio), sendo que, em conjunto com as Juntas Comerciais, integra o chamado Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis (Sinrem), sendo estas últimas, as Juntas Comerciais, órgãos locais com as funções precípuas de executar e administrar os serviços de registro; já aquele, DREI, é órgão central do Sinrem, tendo as funções supervisora, orientadora, coordenadora e normativa, tudo no âmbito técnico, sendo que, na área administrativa, tem funções supletivas às das Juntas Comerciais.

2. A Pertinente Atuação do DREI no Âmbito Empresarial no Sentido Desburocratizante

Tendo como uma de suas principais funções a de normatizar peculiaridades técnicas a serem seguidas pelas Juntas Comerciais, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração publica Instruções Normativas a fim de

1. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade de Araraquara (UNIARA). Advogado. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito-EAD da UNIARA. Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SP, Subseção de Araraquara (2019/2022).

regulamentar peculiaridades no âmbito procedimental inerentes ao registro empresarial.

Hodiernamente, tem-se notado forte atuação do DREI no sentido de desburocratizar e facilitar os atos registrais em geral.

A exemplo disto, temos a Instrução Normativa n° 48, de três de agosto do ano de 2018, que, prestigiando as funções próprias desse órgão, padronizou a formulação de exigências pelas Juntas Comerciais e estabeleceu rol exaustivo de tais exigências.

Logo o parágrafo único do artigo primeiro da referida Instrução Normativa determina:

> § 1º É vedado o indeferimento do arquivamento ou a formulação de exigência por motivo diverso daqueles constantes dos anexos desta Instrução Normativa.

Ora, isto prestigia não apenas a atuação empresarial, que por vezes ficava afeta ao Juízo de discricionariedade dos analistas das Juntas Comerciais, mas também a Segurança Jurídica inerente à atuação registral.

Fora editada, outrossim, a Instrução Normativa n° 60, de 26 de abril do ano de 2019, que por sua vez dispõe sobre a possibilidade de declaração de autenticidade por advogados ou contadores (em substituição ao tabelião) de documentos levados a registro perante as Juntas Comerciais.

Segundo consideração inicial da própria referida Instrução Normativa, um dos intuitos da mesma é a de desburocratizar o registro de empresas, mas também o de reduzir a possibilidade de fraudes e também a de punir os responsáveis em caso de sua ocorrência.

E assim dispõe o art. 1° da referida norma:

> Art. 1º O advogado ou o contador da parte interessada poderá declarar a autenticidade de cópias de documentos apresentados a registro perante as Juntas Comerciais, mediante a Declaração de Autenticidade, conforme Anexo.

E o modelo trazido pela referida Instrução Normativa é absolutamente descomplicado:

> ANEXO
> DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE
> Eu _____, com inscrição ativa na(o) OAB/(UF) ou CRC/(UF) sob o nº _____, expedida em _____, inscrito no CPF nº _____, DECLARO, sob as penas da Lei penal e, sem prejuízo das sanções administrativas e cíveis, que este documento é autêntico e condiz com o original.

Documentos apresentados:
1. (Especificação e quantidade de páginas do documento);
2. (Especificação e quantidade de páginas do documento);
(...)
Data: ____/____/_____
Assinatura

Instrução Normativa que trouxe verdadeira revolução ao mundo empresarial, eis que inverte a sistemática registral dos atos constitutivos de Empresário Individual, de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e de Sociedade Limitada, é a de n° 62, de 10 de maio de 2019.

Pela mesma, possibilita-se que o arquivamento inaugural inerente a esses três citados entes – desde que preenchidos certos requisitos mínimos, evidentemente – ocorra de forma automática, transferindo o exame do cumprimento das formalidades legais para momento posterior ao arquivamento, sujeitando o registro a cancelamento na hipótese de constatação de vício que não seja sanável ou se, passível de supressão, o interessado não proceda ao mesmo no prazo de dez dias.

Há evidência de que tais Instruções Normativas, em especial as mais recentes, visam lubrificar as engrenagens do cenário empresarial pátrio com o nítido intuito de trazer para a formalidade quem nela não esteja, bem como facilitar o empreendedorismo e a retomada do desenvolvimento econômico do país, cuja importância se mostra ainda maior diante dos devastadores efeitos trazidos pela pandemia da Covid-19.

E diante do cenário caótico observado por conta da pandemia, dentre as diversas medidas governamentais adotadas, tivemos a Medida Provisória n° 931, de 30 de março de 2020.

Pela mesma, observamos mais um item interessantíssimo da Revolução Tecnológica ocasionada pelo novo coronavírus, que é a possibilidade de as Sociedades Anônimas, Sociedades Limitadas, Sociedades Cooperativas e entidades de representação do cooperativismo realizarem Assembleias – e reuniões, conforme o caso – de forma remota, podendo os acionistas, sócios ou associados, conforme o caso, participar e votar de forma remota.

Certamente esta foi uma modernização forçada, mas que certamente, bem trabalhada, pode-se afirmar que veio para ficar.

Vejamos, como exemplo, a redação do art. 1.080-A do Código Civil, referente às Sociedades Limitadas:

> Art. 1.080-A. O sócio poderá participar e votar a distância em reunião ou assembleia, nos termos do disposto na regulamentação do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.

O DREI, por sua vez e imediatamente, conforme era de se esperar de sua competente gestão, fez publicar a Instrução Normativa de n° 79, de 14 de abril de 2020, tendente a regulamentar o exercício de voto remoto, sendo interessante verificar-se a redação de seu artigo 1° e seus dois primeiros parágrafos:

> Art. 1º Esta Instrução Normativa regulamenta a participação e a votação a distância em reuniões e assembleias de sociedades anônimas fechadas, limitadas e cooperativas.
>
> § 1º Exclusivamente para os fins do disposto no caput, as reuniões e assembleias podem ser:
>
> I – semipresenciais, quando os acionistas, sócios ou associados puderem participar e votar presencialmente, no local físico da realização do conclave, mas também a distância, nos termos do § 2º; ou
>
> II – digitais, quando os acionistas, sócios ou associados só puderem participar e votar a distância, nos termos do § 2º, caso em que o conclave não será realizado em nenhum local físico.
>
> § 2º A participação e a votação a distância dos acionistas, sócios ou associados podem ocorrer mediante o envio de boletim de voto a distância e/ou mediante atuação remota, via sistema eletrônico.

Mas certamente, mesmo diante até mesmo das novas necessidades do empresariado, ainda há de haver mais zelo com relação a certos atos de registro a fim de evitar fraude e consequentemente prejuízo a terceiros.

3. Desburocratizar, Sim! Permitir Fraudes, Não!

Assim determina o art. 63 da Lei 8.934/94, que dispõe sobre o Registro Público das empresas e sociedades empresárias:

> Art. 63. *Os atos levados a arquivamento* nas juntas comerciais *são dispensados de reconhecimento de firma*, exceto quando se tratar de procuração (*destacou-se*).

O art. 39 do Decreto n° 1.800/1996, que regulamenta a Lei 8.934/94, na mesma linha dispõe:

> Art. 39. *Os atos levados a arquivamento são dispensados de reconhecimento de firma*, exceto quando se tratar de procuração por instrumento particular ou de documentos oriundos do exterior, se, neste caso, tal formalidade não tiver sido cumprida no consulado brasileiro (destacou-se).

A Instrução Normativa DREI n° 38, de 2 de março de 2017, que instituiu, por seus anexos, os novos Manuais de Registro de Empresário Individual, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), Sociedade Limitada, Sociedade Cooperativa e Sociedade Anônima, substituindo aqueles estabe-

lecidos pela então revogada Instrução Normativa DREI n° 10, de 5 de dezembro de 2013, apesar de apontar a possibilidade de assinatura autenticada com assinatura digital, regulamentada pela Instrução Normativa n° 52, de 9 de novembro do ano de 2018, manteve o permissivo desburocratizante inerente à regra geral da desnecessidade de reconhecimento de firma nos documentos físicos, que gera apreensão à comunidade jurídica.

Veja-se, por exemplo, o item 1.2.16 do Manual de Registro da Sociedade Limitada:

> 1.2.16 ASSINATURA DO CONTRATO SOCIAL
>
> Todos os sócios, ou seus representantes, deverão assinar o contrato. As assinaturas serão lançadas com a indicação do nome do signatário, por extenso, de forma legível, podendo ser substituído pela assinatura autenticada com certificação digital ou meio equivalente que comprove a sua autenticidade, ressalvado o disposto no inciso I do § 1º do art. 4º da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.
>
> Salvo imposição legal, *o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida fundada de autenticidade* (art. 22, § 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) (*destacou-se*).

É notório que, por meio de manual relacionado à Instrução Normativa n° 38, o DREI externou o comando às Juntas Comerciais pátrias no sentido de que o contrato social das sociedades empresariais não necessita conter o reconhecimento de firma nas assinaturas no mesmo apostas, a não ser que haja dúvida fundada.

Não obstante, no pleno exercício de sua função de estabelecer com exclusividade normas e diretrizes gerais do Registro Empresarial, o DREI, por meio do Ofício Circular n° 20, de 15 de dezembro do ano de 2017, emitiu a orientação às Juntas Comerciais pátrias no sentido de regulamentar o supra transcrito artigo 63 da Lei 8.934/94, recomendando a exigência de reconhecimento de firma acaso o signatário não se fizesse presente, conforme conclusão abaixo transcrita:

> Diante do exposto, este Departamento *recomenda* às Juntas Comerciais:
>
> a) Exigir, quando da protocolização de ato jurídico para arquivamento, *o reconhecimento das firmas das partes que não comparecerem presencialmente ao órgão de registro*. A mesma exigência será cabível quando a parte que comparece não estiver munida de documento de identidade revestido de fé pública.
>
> b) Recusar o arquivamento do ato quando entender que: o documento de identidade apresentado na solicitação do arquivamento foi violado, está deteriorado pela ação do tempo ou encontra-se em mau estado de conser-

> vação; a assinatura lançada no instrumento do ato a ser arquivado diverge da assinatura constante do documento de identidade; ou a foto contida no documento não representa a imagem visual do portador. Entende-se por documento de identidade aquele em conformidade com alguma das seguintes leis federais: Lei nº 7.116, de 1983; Lei nº 6.206, de 1975; Lei nº 9.503, de 1997; Lei nº 12.037, de 2009; e Lei 13.444, de 2017 (*destacou-se)*.

É fato que, havendo "recomendação", dúvidas emergiram, como com relação à Junta Comercial do Espírito Santo, que em ofício datado de 28 de junho de 2018 questionou o DREI acerca da obrigatoriedade ou não das Juntas Comerciais seguirem a orientação do Ofício Circular 20/2017, sendo que, em resposta, assim esclareceu o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração pelo Ofício Circular n° 28, de 29 de junho do ano de 2018:

> *Esta recomendação não constitui obrigatoriedade*. Se trata, esclareça-se, de uma sugestão de providência que entendemos como a mais adequada, em termos de custo e disponibilidade, no sentido de dar cumprimento à obrigação legal imposta à autoridade registral: verificar a autenticidade e a legitimidade dos signatários dos atos levados a registro. Nada obsta que a Junta Comercial estabeleça outras providências, tão ou mais eficazes (*destacou-se*).

Ou seja, o DREI apontou que a exigência de reconhecimento de firma se tratava de mera sugestão de providência, e não de diretriz a ser obrigatoriamente seguida pelas Juntas Comerciais.

No entanto, entende-se temerário este permissivo desburocratizante; ademais, ousa-se apontar que, além de se exigir o reconhecimento de firma em documentos afetos a arquivamento, tal reconhecimento deveria ser exigido em sua forma por autenticidade, e não por semelhança.

Ou seja, para esses documentos tão importantes aos empresários e às sociedades empresárias, deveriam os signatários dos documentos comparecer pessoalmente em cartório para o reconhecimento de firma documental acaso não compareçam pessoalmente à Junta Comercial para o ato.

Isto se faz necessário pelo fato de não serem raros os casos em que fraudadores, por motivos os mais variados, procedem em especial ao arquivamento de contrato de alteração do quadro societário de sociedades empresárias, incluindo terceiros alheios a tais sociedades, fatalmente estas em situação de severa crise financeira, na tentativa de se desvencilharem das consequências nefastas da crise vivenciada, literalmente despejando os problemas sobre terceiros absolutamente estranhos à empresa, e que consequentemente sofrerão prejuízos com o ato, ao menos para o fim de obter o reconhecimento judicial no sentido de que, de fato, determinado arquivamento seria nulo.

Ou seja, abre-se espaço para que criminosos procedam a verdadeira devassa empresarial, explorando ramos diversos por meio de "laranjas", sem o recolhimento de impostos, sem a obediência às legislações ambientais, trabalhistas, de defesa do consumidor, dentre outras; e, antes que a verdade venha à tona, procedem à transferência das quotas sociais a terceiros estranhos à sociedade, que certamente amargarão prejuízos até que a fraude seja reconhecida pelo Poder Judiciário.

E o reconhecimento de firma por autenticidade faz-se imprescindível pelo fato de também ser possível a falsificação de assinatura a ponto de se obter o reconhecimento de firma por semelhança.

Interessante verificar a ementa abaixo, proveniente de Acórdão de julgamento de apelação pelo C. TJSP em ação tendente a excluir o nome de terceiro incluído por fraude nos quadros societários de sociedade empresária:

> APELAÇÃO – Ação de exclusão de nome de sócio de alteração de contrato social e de seu registro na JUCESP – Legitimidade passiva da JUCESP, ante demanda que aponta, na causa de pedir, não apenas vício intrínseco do título, mas também deficiência procedimental e de qualificação da JUCESP – *Fraude alegada por uso indevido do nome do autor na alteração contratual e falsificação de assinatura bem comprovada, inclusive por prova pericial grafotécnica* – Exclusão e averbação correspondente a essa exclusão necessárias – Ausência, contudo, de falha administrativa para justificar a condenação em relação à JUCESP – Ocorrência, a rigor, de vício intrínseco do título, sem deficiência propriamente dita de qualificação registrária, *observando-se, inclusive, que a firma do autor estava reconhecida por tabelião de notas no documento arquivado na JUCESP*, a apontar, extrinsecamente, a ausência de erro grosseiro de qualificação ou de percepção imediata da falsidade – Inocorrência, ainda, de falha procedimental administrativa – Condenação em desfavor da JUCESP, sobretudo em campo indenizatório, inviável – Sentença parcialmente reformada, para decretar a improcedência da demanda apenas em relação à JUCESP, mantendo, no mais, para os demais corréus, a r. sentença – RECURSO PROVIDO.
>
> (Apelação n° 0005526-80.2008.8.26.0223 – Relator: Vicente de Abreu Amadei – Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público TJSP – Data do julgamento:16/07/2019 – Data de publicação:18/07/2019) (*destacou-se*)

Isto é, no caso em tela, houve fraude inerente ao lançamento de dados de terceiro em contrato social e falsificação de assinatura a ponto de ludibriar o Tabelião de Notas, que reconheceu a firma por semelhança.

Ou seja, é evidente a necessidade de comando mais rígido com relação ao aceite de arquivamentos pelas Juntas Comerciais, sendo que a mera recomendação de exigência de reconhecimento de firmas abre espaço para a fraude,

a prejudicar terceiros, as próprias Juntas Comerciais e o Poder Judiciário, onde desembocarão as ações de nulidade de registro.

Cabe a ressalva no sentido de que, para a alienação de veículos automotores, exige-se o reconhecimento de firma por autenticidade, sendo que, com maior razão, para que uma sociedade empresária tenha quotas transferidas também deveria ser exigido o reconhecimento de firma por autenticidade.

A fraude, diante desta exigência, seria, certamente, muito mais dificultosa.

4. Considerações Finais

É evidente ser necessária a desburocratização, quando não a modernização, de procedimentos registrais vinculados aos empresários e sociedades empresárias, e o DREI vem exercendo papel fundamental neste sentido, oxigenando as normativas inerentes ao cenário empresarial.

A lamentável pandemia instaurada pela Covid-19 vem ocasionando verdadeira Revolução Tecnológica a fórceps, fazendo surgir soluções muitas vezes antes sequer imaginadas, sendo que muitas delas vieram para ficar.

No entanto, justamente devido às peculiaridades inerentes aos arquivamentos submetidos às Juntas Comerciais, é de se ressaltar a existência de enorme flanco desprotegido em termos de segurança ao se tentar desburocratizar ou simplificar sistemas, abrindo-se via para que fraudadores se aproveitem de permissivos desburocratizantes para o fim de locupletarem-se ilicitamente e tumultuar o cenário empresarial, ocasionando nítido prejuízo a terceiros, o que consequentemente trará aumento de demandas contra as Juntas Comerciais e um maior volume de processos ao já abarrotado sistema judiciário pátrio.

Desburocratizar, sim! Mas a segurança do fisco, de terceiros e da sociedade em si deve ser preservada.

Referências Bibliográficas

Instrução Normativa DREI n° 38, de dois de março do ano de 2017. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-38-Revoga-a-IN-10-Manuais-V2.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

Manual de Registro – Sociedade Limitada. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/ANEXOS_2020/Anexo_II_Manual_de_Registro_LTDA_- alterado_pela_IN_69_ltima_verso.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

Instrução Normativa DREI n° 48, de três de agosto do ano de 2018. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN_48_alterada_pela_IN_51.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

Instrução Normativa DREI n° 52, de 9 de novembro do ano de 2018, disponível em http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN_DREI_52_Alterada_pela_IN_75.pdf, acesso em 28/05/2020.

Instrução Normativa DREI n° 60, de 26 de abril do ano de 2019. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN_DREI_60_2019.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

Instrução Normativa DREI n° 62, de 10 de maio do ano de 2019. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN_DREI_62_2019.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

Instrução Normativa DREI n° 79, de 14 de abril do ano de 2020. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN_DREI_79_2020.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

Ofício Circular nº 20/2017-SEI-DREI/SEMPE-MDIC, de 15 de dezembro do ano de 2017. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/OFICIOS_CIRCULARES/2017/Ofcio-Circular-20-2017-SEI-DREI-SEMPE-MDIC—Reconhecimento-de-Firma.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

Ofício Circular nº 25/2018-SEI-DREI/SEMPE-MDIC, de 29 de junho do ano de 2018. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/OFICIOS_CIRCULARES/2017/Ofcio-Circular-20-2017-SEI-DREI-SEMPE-MDIC—Reconhecimento-de-Firma.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

Lei 8.934, de 18 de novembro do ano de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro do ano de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1800.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

Lei 10.406 de 10 de janeiro do ano de 2002 – Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

Medida Provisória n° 931, de 30 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv931.htm#art7. Acesso em: 28 maio 2020.

Divagações sobre Direito Digital, Privacidade e Proteção de Dados Pessoais

Marcelo Melo Barreto de Araujo[1]

Apresentação

Escrever um texto em livro de homenagens ao professor Fernando Passos simboliza para mim o reconhecimento a uma grande figura humana que conheci. Foi o que aconteceu nos idos de 2015, quando coordenei um grupo da Confederação Nacional do Comércio, que se reuniu em Brasília para estudar um projeto de Código Comercial, com a presença do ilustre mestre. Pessoa simples e cativante, demonstrou grande espírito coletivo ao se integrar rapidamente com os demais colegas, sempre ávido a prestar sua colaboração profissional, o que fez com magna competência. Desde então, tenho tido frequentes contatos com o estimado professor em variados momentos, particularmente na cidade de São Paulo, nas periódicas reuniões do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP. Mas também já nos encontramos em Brasília e outros locais, inclusive na sua querida Araraquara, bem como participando nos Estados Unidos de importante missão comercial, com viagens a Washington e Nova York. Em tempos de lazer, tive também a saborosa companhia do Fernando, quando estivemos juntos numa viagem ao Caribe, em 2019.

Também conheço suas qualidades como excepcional pai de família, em companhia da estimada D. Rosângela e suas filhas e netos. Em Araraquara, desfrutei de sua bela casa, em jantar memorável, no qual degustamos vinhos da melhor qualidade, guardados em sua preciosa adega. Sua convivência é um eterno aprendizado de *savoir vivre* e de cultivo à alegria, mas também de responsabilidade e de apego a valores morais e cristãos. Dedica-se a causas coletivas, que ele incorpora à sua missão de vida, demonstrando comiseração e solidariedade. Enfim, Fernando é aquela pessoa de que todos gostam, a unanimidade que desmente Nélson Rodrigues, e um exemplo de equilíbrio em

1. Advogado e consultor jurídico da Presidência da CNC. Foi membro do Ministério Público da União, tendo chefiado a representação do órgão no Rio de Janeiro. Conselheiro do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP e autor de várias obras jurídicas. Exerce ainda a função de coordenador do Grupo de Trabalho da CNC, que acompanha o projeto do Código Comercial em trâmite no Senado Federal, no qual participou de missões internacionais para apresentar o projeto e conhecer experiências exitosas de bons ambientes de negócios no mundo.

sua vida familiar, em atividades sociais e nos compromissos profissionais cumpridos com a maior seriedade.

Desfrutar de sua amizade é um prazer intenso. Grande é o meu desejo de que realize seus sonhos, sua felicidade e suas obras eivadas de espírito público, em prol de nossa sociedade e nosso país.

1. Breves Considerações sobre a Tecnologia de Informação, a Internet e a Sociedade Convergente

Surgiu na primeira metade do século XX a informática, ou seja, a ciência que estuda o tratamento automático e racional da informação. Compreende o processamento e o armazenamento de dados por meio de dispositivos eletrônicos e sistemas computacionais, amparados no desenvolvimento contínuo de métodos e técnicas de automação. Posteriormente, em 1969, surgiu nos Estados Unidos a Internet, com o estabelecimento do chamado Advanced Research Projects Agency Network (Arpanet). Esta agência foi inicialmente formada pelo Departamento de Defesa norte-americano e por quatro universidades daquele país, com a preocupação de se criar um sistema que permitisse a rápida transmissão de dados para que, em casos de guerra ou catástrofe, os arquivos de uma instituição pudessem ser salvos, mediante sua transferência para outros computadores conectados a um sistema que hoje podemos chamar de migração de dados. Posteriormente, aderiram a esse sistema outras universidades, laboratórios, centros de pesquisa e, mais adiante, empresas, a partir de melhorias tecnológicas que foram sucessivamente alcançadas, especialmente os microcomputadores, que permitiram o uso pessoal e comercial desses equipamentos (os chamados *personal computers*). Durante muitos anos, o sistema Arpanet atendeu às necessidades de órgãos governamentais e de certas entidades privadas, servindo de instrumento para acesso a banco de dados e, a partir de 1972, passou a funcionar como correio eletrônico, ainda que de forma elementar.

Criaram-se pequenas redes locais, denominadas LAN, localizadas em lugares estratégicos dos Estados Unidos e interligadas por meio de telecomunicação geográfica (sistema WA). Em 1973, deu-se um passo importante, pois o responsável pela Arpanet, Vinton Cerf, do Departamento de Pesquisa Avançada da Universidade da Califórnia, registrou o Projeto de Controle de Transmissão, com o lançamento dos protocolos *Transmission Control Protocol/ Internet Protocol (TCP/1P).* Estes serviram de instrumento para o estabelecimento de norma técnicas apropriadas para a transmissão de informações por meio da rede de computadores, quando então os usuários foram identificados mediante endereços e nomes de domínio. Os padrões então criados permitiram a interligação entre diferentes redes, nascendo daí a Internet como um sistema mundial de comunicação. Mais adiante, o físico inglês Tim Berners-Lee inventou

a linguagem *Hypertext Markup Language* (HTML), que em português significa Linguagem de Marcação de Hipertexto. Em 1989, criou-se o *World Wide Web* (WWW), nascido no Laboratório Europeu de Física, em Genebra, um salto de tecnologia para o melhor tráfego de documentos, imagens e sons pela rede.

A partir daí, a Internet se transformou verdadeiramente num fenômeno de comunicação de massa, com contribuição decisiva para o movimento de globalização que hoje predomina em todo o mundo. Dos anos 90 para cá, sucederam-se inúmeras criações digitais de origem tecnológica, como a Wikipedia (1991) e o iPod (2001), o qual permite o armazenamento, em grande escala, de músicas no mundo virtual. A intensidade do intercâmbio de informações aumentou exponencialmente, com a criação de novos programas, os equipamentos computacionais adquiriram menores dimensões e se tornaram mais confiáveis e poderosos, com custos mais acessíveis. Os softwares passaram a ser "amigáveis", ou seja, possíveis de ser utilizados por um número significativo de pessoas a partir de um aprendizado básico. As empresas inauguram seus "sites" com propaganda institucional e, em seguida, com venda de produtos e serviços, formando o que hoje chamamos de "comércio eletrônico", que encontrou terreno fácil nos Estados Unidos graças ao hábito da população de utilizar cartão de crédito e à longínqua tradição da venda por catálogos, que remonta à colonização do território norte-americano.[2]

A Internet gerou uma revolução tecnológica e comportamental, pois o funcionamento de uma rede global de comunicação passou a afetar o dia a dia das pessoas, a forma de relacionamento social, os modos de produção e até a forma de pensar entre diferentes gerações. O mundo conectado gerou um efeito transformador em nível pessoal e nas corporações, que necessitam, cada vez mais, ter acesso a informações indispensáveis à formulação de estratégias e à tomada de decisões certeiras e objetivas. Numa velocidade espantosa, novos hábitos tecnológicos se integraram ao cotidiano dos indivíduos das empresas, como, por exemplo, as transações financeiras que hoje se realizam, não raro, por meio dos bancos digitais, em que todos os contatos com clientes são cem por cento on-line. Passou a ser trivial falar com robôs (às vezes, sem saber identificar bem se o diálogo é com a máquina ou com um ser humano). Usamos e abusamos dos chamados aplicativos. Em evolução espantosa, crescem os populares algoritmos, procedimentos computacionais que englobam uma série de instruções passo a passo, que descrevem várias operações sucessivas praticadas em alta velocidade, gerando as facilidades do mundo moderno construídas pela chamada "inteligência artificial".

---

2. ALMEIDA, Luiz Claudio Pinho. **O Comércio, a Internet e os Organismos Internacionais.** 1999. Publicação da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo-CNC.

E assim vivemos na chamada "Sociedade Convergente", um parâmetro social novo que tem direta relação com o conceito de convergência tecnológica, definida na Wikipedia como:

> *a tendência de utilização de uma única infraestrutura de tecnologia para prover serviços que, anteriormente, requeriam equipamentos, canais de comunicação, protocolos e padrões independentes. Faz-se para permitir que o utilizador acesse as informações de qualquer lugar e através de qualquer meio de comunicação por uma interface única.*

A "Sociedade Convergente" é a etapa atual de um longo processo histórico que chamamos globalização. Esta já existe há milênios, desde quando se desenvolveram, na Antiguidade, a navegação e as relações comerciais e culturais derivadas dos grandes impérios, especialmente o greco-romano, A descoberta da imprensa foi uma espécie de "salto quântico" neste fenômeno, difundindo a informação em todos os continentes do mundo. No entanto, a "convergência analógica", consectária da globalização, sem os requintes tecnológicos de hoje, passou a se caracterizar como tal a partir da época em que todas as pessoas passaram a ter conhecimento de um fato em modo simultâneo. Este novo fenômenos aconteceu, basicamente, após o advento da imprensa, ainda que de forma limitada, e se dinamizou, no século XIX, com a descoberta do telégrafo e, no século XX, com as cadeias mundiais de telejornalismo, com transmissões ao vivo e em tempo real, mercê, em grande parte, dos progressos no âmbito aeroespacial, que permitiram o lançamento dos satélites de telecomunicação.

Beneficiários dessa convergência foram os mercados financeiros, que tanto utilizam a velocidade das comunicações para o bem, mas também para o mal, haja vista a repercussão de crises financeiras locais em todo o mundo. Não esqueçamos também, como etapa tecnológica que precede a era digital, a telefonia, que se expandiu globalmente e hoje deixou de exercer exclusivamente sua função tradicional de transmissão de dados analógicos de voz para incorporar também a possibilidade da transmissão de dados digitais. A "convergência de produto" permite a comunicação de um telefone tradicional para um telefone móvel, e vice-versa, e o deslocamento dos telefones ditos "fixos" para diferentes lugares. O smartphone converge os serviços de telefonia com os serviços da Internet e outros recursos multimídia.

Reverenciemos, portanto, a telefonia, o telejornalismo e as comunicações globais do mercado financeiro como etapas predecessoras da "Sociedade Convergente" digital, "tijolos" iniciais desta construção extraordinária que se originou da evolução cibernética. Alcançamos hoje a interatividade, ou seja, a possibilidade de participação humana em um nível de inter-relação global. As empresas virtuais gozam hoje da capacidade de atender a consumidores em

qualquer parte do mundo, e as comunidades virtuais se multiplicam além-fronteiras, unidas por objetivos e interesses comuns, sejam eles de natureza econômica, cultural ou de qualquer outra espécie. Este enorme ganho para a humanidade se deve ao desenvolvimento do que se convencionou chamar atualmente de Tecnologia da Informação (TI), ou seja, o conjunto de recursos tecnológicos e computacionais para gestão da informação. Pode ser definida como uma série de procedimentos, métodos e equipamentos para tratamento da informação, por meio de processos de digitalização e de comunicação em redes, visando à captação, transmissão e distribuição de informações, que podem ser textos, imagens estáticas, vídeo e som.

Se novos fenômenos econômicos e sociológicos são derivativos de uma comunicação em massa proporcionada pela Internet, o Direito também é afetado por mudanças de conceitos, comportamentos e atitudes, provocando o que está sendo chamado de "reengenharia jurídica", em que se reduz o papel isolado de um operador de Direito na interpretação da norma jurídica para se privilegiar solução de planejamento e estratégia criada por equipes e pelo pensamento coletivo. Formou-se, a partir daí, o Direito Digital, que teve seu primeiro marco no Brasil a partir da Portaria Interministerial 147, de 31 de maio de 1995, editada pelos ministros da Comunicação e da Ciência e Tecnologia. Esse diploma normativo regulou o uso da rede pública de telecomunicações para o provimento e a utilização de serviços de conexão à Internet. A partir daí, o Direito passou, paulatinamente, a reger o desenvolvimento cultural e comercial da comunicação eletrônica em nosso país, com o advento de diversas normas jurídicas sobre a matéria.

No amplo contexto do desenvolvimento do chamado Direito Digital, o legislador foi convocado a disciplinar a comunicação e a informação nos meios virtuais e a tutelar os direitos decorrentes da privacidade das pessoas naturais, invadida com espantosa frequência por uma avalanche de conteúdos que se disseminaram pelo mundo virtual com absoluta rapidez, fragilizando princípios caros à individualidade humana e à tutela da vida privada. No ventre da privacidade, nasce um direito autônomo, cujo objeto é a proteção de dados pessoais, já promovida na doutrina à condição de direito fundamental da pessoa humana.

2. O Direito Digital como Produto da Sociedade da Informação. O Exercício da Liberdade Individual na Internet e Seus Abusos. Privacidade e Proteção de Dados

2.1 Considerações iniciais

O Direito se desenvolveu, em grande parte, pelo conflito liberdade *versus* liberdade, ou seja, cada indivíduo tem sua esfera de liberdade limitada à esfera de outrem. Cada um tem seu direito subjetivo acomodado ao direito de ter-

ceiros. Sob este aspecto, já dizia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que a necessidade da lei, "expressão da vontade geral", provém de uma situação segundo a qual

> *(...) o exercício dos direitos naturais de cada homem tem só aquelas fronteiras que asseguram a outros membros da sociedade o desfrutar destes mesmos direitos (...).*

Princípio que já antecipava os primórdios de uma nova ordem jurídica respeitadora da isonomia de direitos entre os cidadãos. Neste sentido, a lei se viu na contingência de regular, não apenas os limites dos direitos do indivíduo perante outro indivíduo, mas também regular a luta hercúlea que o indivíduo trava, desde tempos imemoriais, contra o Poder opressivo dos governantes. O ministro Luís Roberto Barroso, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*,[3] registra que:

> *A História da Humanidade é a história da afirmação do indivíduo em face do poder, em suas múltiplas manifestações: político, social e econômico. Um enredo que narra o esforço milenar de superação do arbítrio, do preconceito e da exploração. A construção dos direitos fundamentais se dá pela agregação de conquistas civilizatórias paulatinas, que vão se sedimentando em direitos de natureza e conteúdo diversos. Surgem, assim, sucessivamente os direitos individuais, os direitos políticos e os direitos sociais, Mais adiante, passaram a ser reconhecidos, igualmente, direitos identificados como coletivos ou difusos.*

A partir daí, o Direito se viu na contingência de criar normas para um modelo institucional em que coabitem a liberdade do homem, os direitos a ela inerentes e a organização do Estado. A simbiose desses conceitos gera o que hoje chamamos de Estado Democrático de Direito, no qual cada pessoa exerce legitimamente seus direitos, com suas respectivas garantias jurídicas, respeitados os direitos das demais pessoas e o funcionamento das instituições públicas e privadas.

Como podemos verificar, a norma jurídica tem uma função dual, não apenas a de regular conflitos de natureza individual, mas também a de limitar as ações do "príncipe", sempre tendentes ao autoritarismo, se não forem contrapostas aos direitos políticos e sociais dos governados. Daí porque o Direito tem de ser imperativo e vem normalmente acompanhado de sanções, porque embute dentro de si um poder superior capaz de obrigar, de impor suas decisões. Como bem disse Ives Gandra da Silva Martins,[4] há, na relação convivencial, à

3. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 9. ed. fls 494.

4. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve Introdução ao Direito.** 2. ed. atual. 2016. p. 50.

luz dos primórdios da lei e do direito, um conflito permanente entre a "teoria dos valores", que deveria emoldurar a regulação da sociedade e a "teoria dos fatos", em que a luta pelo poder define os caminhos dos vencedores.

Por outro lado, há outra questão, inerente à relação Direito e fato. Estes estão sempre se rivalizando numa corrida entre "gato e rato", em que o segundo está sempre na frente. E aí o Direito passa a ficar ultrapassado, porque começa a se tensionar com uma realidade social nova. Bem diferente da fábula do grego Esopo, em que a lebre apostou corrida com a tartaruga e surpreendentemente perdeu, porque parou para descansar e adormeceu. Na vida real, o fato não dorme, corre a jato, e o Direito é no máximo um turbo-hélice. O fato é mutável e evolutivo, e o Direito, se estagnar no tempo, estiola seu poder coercitivo e enfraquece o seu grau de certeza e eficácia.

Existe uma instabilidade intrínseca ao Direito, resultante de atritos entre os valores que o amparam e o novo contexto social, o que impõe a adaptação valorativa da norma à realidade. Se faltar essa identidade, a lei perde sua coerção social, entra em desuso ou simplesmente não "cola", como acontece com certas leis brasileiras.

2.2 O Direito Digital. Violações da privacidade e da proteção de dados pessoais

O Direito Digital, que se desenvolveu nas duas últimas décadas, é uma nova disciplina jurídica que consiste na incidência de normas jurídicas aplicáveis ao chamado ciberespaço, num reconhecimento de que a legislação e a doutrina jurídica tradicionais não têm fôlego suficiente para regular as relações no mundo virtual, sobretudo diante da flexibilidade que existe na relação espaço-tempo. Esta nova disciplina representa uma renovação no modo de compreender o próprio Direito, a partir de novos paradigmas e novas visões construídas no campo filosófico, científico, social e cultural. Não é por outra razão que o Direito Digital induz a uma hermenêutica diferenciada, valendo lembrar que a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) estabelece, em seu artigo 6º, que, "na interpretação desta lei, serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural".

A referida "natureza da Internet" e seus usos e costumes levaram seus usuários, na primeira fase de sua existência, a acreditar que ali poderiam exercer sua liberdade plena, pois estavam "num paraíso sem maçãs", uma licença para pecar. Ou seja, algo que não precisa ser regulado e onde "era proibido proibir". Espécie de uma "liberdade hippie" da era digital, em que qualquer restrição cheirava a censura. O que fazer? Permitir o *laisser faire* ou iniciar uma

equilibrada regulação, em que a liberdade de um encontre limites na liberdade de outrem? Mais uma vez repetindo Ives Gandra: o homem vive em liberdade, porém em comunidade. Restringir a liberdade sem anulá-la ou valorizar excessivamente a individualidade do homem é um dilema que só se resolve pelo equilíbrio.

> *Os sistemas jurídicos que tentam fazer prevalecer o coletivo ou o individual, como inerentes à essência do homem perante outro homem, terminam por anular a individualidade, nos sistemas coletivos, ou por desorientar os indivíduos, por excessiva valorização do homem, que deve encontrar, no equilíbrio entre o coletivo e o individual, o melhor caminho a ser seguido pelo direito regulatório.*[5]

O Direito Digital é a vertente jurídica da chamada Sociedade de Informação. Ela atravessa barreiras geográficas e temporais, em velocidade impressionante, interligando a Humanidade. Passam a existir verdadeiras "nações virtuais", apoiadas por interesses os mais variados. É enorme o poder inerente à circulação das informações, resultando em rápidas transformações nos hábitos e relações sociais por meio de avanços tecnológicos. A informação é um ativo básico do Direito Digital e ganha relevo pelas suas repercussões nas transações comerciais, na responsabilidade civil e nos limites da liberdade de expressão. Mudam-se as posturas e os comportamentos nas mídias sociais, celebra-se a cidadania digital, que pode, num estalar de dedos, reunir multidões para defender direitos individuais e a democracia, difundir novas informações, por exemplo, no campo da biologia, da medicina, das ciências sociais, num processo de democratização do conhecimento. Em paralelo, chips são espalhados em objetos para proporcionar mais conforto às pessoas em suas atividades, especialmente domésticas, graças à conhecida Internet das Coisas, que avança a cada dia.

É importante ressaltar que, excetuadas certas regras que lhe são próprias, o Direito Digital, a rigor, não chega a ser um ramo específico do Direito. Ele não possui necessariamente objeto próprio (como o Direito Civil e o Direito Comercial), diferenciando-se apenas pela forma como transita, ou seja, pelos canais virtuais. É um Direito com *modus operandi* diferente, sendo basicamente a extensão de diversos ramos da ciência jurídica, que cria novos instrumentos para atender a anseios e ao aperfeiçoamento dos institutos jurídicos em vigor.

O Direito Digital exige de si próprio celeridade e dinamismo, pois tem como sua principal missão acompanhar o progresso tecnológico e conformar a lei à evolução cibernética, propiciando permanente evolução legislativa. Como disse

5. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Op. cit**. p. 31.

a Prof. Patrícia Peck Pinheiro, há de se acrescentar à famosa teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale (fato, valor e norma) seu "quarto sabor", o fator tempo, pois o "conjunto fato-valor necessita de certa velocidade de resposta para que tenha certa validade dentro da sociedade digital". Se não houver resposta rápida, pode haver o "esvaziamento do direito subjetivo".[6]

Este "quarto sabor" pode levar a dissabores. Pouco a pouco, a "face oculta" da Internet foi se revelando, demonstrando que nem tudo são flores. *Fake news*, a política do ódio, praticada por *haters*, delitos informáticos, mensagens maliciosas (*malware*), invasões frequentes da intimidade dos indivíduos e outras práticas perniciosas passaram a ser utilizados com frequência, obrigando os usuários da rede mundial de computadores a adotar políticas inibitórias ou repressivas contra o uso inapropriado dos meios digitais.

Cedo se percebeu, portanto, que a Internet como "território livre" seria uma ficção, pois ela carrega tanto luzes quanto trevas. Aos poucos se foi construindo, no Brasil e no mundo, um indispensável arcabouço jurídico, que traduz a velha necessidade de ordenar a ação humana, sempre na intenção de proteger a sociedade contra atitudes nocivas de seus membros, baseado na velha máxima de que a liberdade individual tem limites na liberdade de outrem.

Assim sendo, desvios de conduta cometidos no mundo virtual passaram a ser considerados infrações, puníveis com penalidades, sejam civis, trabalhistas, administrativas ou criminais. E o fator tempo, a que nos referimos acima, a exigir "velocidade de resposta" para evitar o perecimento do Direito no mundo digital, foi um elemento decisivo para movimentar as sociedades em prol de uma legislação protetiva da privacidade, que se tornou extremamente vulnerável nesta nova era de cibernética sofisticada, em que se colhem com incrível velocidade informações de pessoa física que deveriam ser preservadas, em prol da tutela de sua própria individualidade.

Nesta toada, o Direito Digital teve de se conjuminar com a privacidade. No Direito brasileiro, não foi diferente, sobretudo diante de imperativos constitucionais relativos aos direitos fundamentais do Homem, dentre eles o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (artigo 5º da CF), diretrizes maiores a serem seguidas pelo legislador infraconstitucional.

Não são poucas as leis que preservam a privacidade em nosso país, a começar pelo nosso Código Penal, quando criminaliza a violação de correspondência e de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (artigo 151, caput e § 1º, incisos II a IV) e a divulgação de segredo contido em documento particular ou correspondência confidencial (artigo 153); o Código Civil, quando

6. PINHEIRO. Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23.

enuncia os direitos da personalidade; o Código de Defesa do Consumidor (CDC); a Lei Complementar 105/2001, que dispõe sobre o sigilo nas operações de instituições financeiras; a Lei 12.414/2011, que trata do Cadastro Positivo; e tantas outras. Não obstante, as pegadas características do Direito Digital se fazem mais presentes na Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, e na Lei 13.709/2018, que cuida da proteção de dados pessoais, pois ali se regulam atividades, direitos e obrigações que, predominantemente, perpassam o mundo virtual.

A Lei 12.965/2014 foi o diploma normativo mais significativo da legislação brasileira no sentido de transformar a utilização da Internet, de um regime de desmedida liberdade para o regime de "liberdade vigiada". A segurança jurídica se fazia necessária na medida em que, no espaço virtual, transitam direitos e deveres, celebram-se contrato e se divulgam manifestações e opiniões que surtem efeitos na sociedade. Ali se estabeleceram princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da Internet no Brasil. A privacidade é um dos mais caros princípios daquela legislação (artigo 3º), traduzida no variado rol de direitos dos usuários da Internet, como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações virtuais, avançando também na proteção de dados pessoais, cujo tratamento depende do consentimento expresso do usuário, para sua disponibilização (artigo 7º, inciso IX).

A proteção aos dados pessoais também é uma área que interessa precipuamente ao mundo digital, por onde eles circulam. Ela é reflexo da evolução do direito à privacidade, que abrange informações sobre o modo de vida doméstico do indivíduo, suas relações familiares e afetivas, pensamentos, segredos e planos futuros do indivíduo, dentre tantas outras facetas. No passado, a ideia de privacidade tinha como núcleo a prerrogativa do indivíduo de se proteger contra a intromissão em sua vida privada, o chamado "direito de estar só". Não obstante, a evolução tecnológica, com suas novas técnicas e ferramentas de invasão do recato pessoal de cada indivíduo, espraiou seus dados nas mais variadas cadeias de informação da Internet, exigindo uma ressignificação do conceito de privacidade, que abrange também o direito de saber quais informações sobre si próprio são armazenadas nos variados arquivos digitais, bem como de controlar essas informações, para que sejam mantidas atualizadas e verdadeiras. Surge a tensão entre, de um lado, a defesa da esfera privada de uma pessoa e, de outro, o direito à informação e comunicação, garantido pelos artigos 5º, inciso IX e 220 da Constituição Federal. Nasceu daí um modelo legal que buscou equilibrar tais direitos fundamentais, consubstanciado na recente Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018).

Ali foram consagrados diversos fundamentos legais, tais como o respeito à privacidade, a inviolabilidade da honra e da imagem, a liberdade de expressão, de informação e de comunicação e a autodeterminação informativa (artigo 2º).

Este último conceito é que o mais simboliza o direito do indivíduo de controlar as informações a seu respeito, ou seja, os seus dados pessoais, em relação aos quais a pessoa deverá ter acesso, inclusive para corrigir os que estiverem incompletos, inexatos, desatualizados, excessivos, ou eliminá-los (artigo 18), dentro de uma estrutura organizacional em que os agentes de tratamento se obrigam a adotar severas medidas de segurança aptas a proteger a integridade desses dados. Proteção de dados é o último paradigma nesta lenta evolução da Humanidade em suas lutas e conquistas pelo reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, achando-se atualmente incorporada ao rol de liberdades e garantias individuais do cidadão. Difere da privacidade, que possui caráter mais individual, enquanto a proteção de dados tem um caráter mais coletivo, pois interessa à universalidade de pessoas que desejam preservar seus dados pessoais, mediante controle e meios efetivos para realizá-lo pelas vias administrativas e judiciais.

O Direito Digital logrou construir no Brasil um razoável caminho legislativo em direção à tutela da privacidade e dos dados pessoais. Claro está que esta proteção também se realiza no mundo analógico, mas são os meios virtuais que constituem atualmente os instrumentos mais utilizados para afrontar tais direitos. Assim sendo, embora seja impossível preservar completamente esses valores, sempre vale lembrar que “o preço da liberdade é a eterna vigilância” em todos os recantos da Internet, que devem estar sempre ao alcance da Lei e da Justiça.

Impacto da Tecnologia sobre a Justiça

Marcos da Costa[1]

O filme *Suprema* se passa na década de 1950 e trata da luta pela igualdade de gênero empreendida, desde o tempo de brilhante estudante, pela advogada Ruth Bader Ginsburg, que depois assumiria uma cadeira na Suprema Corte Americana. Em determinado momento do filme, alguém sugere o uso de computadores para identificar, dentro do cipoal de normas americanas, aquelas numerosas que, sob os mais diferentes aspectos, impunham tratamento diferente entre homens e mulheres, e que assim poderiam sofrer impacto de um eventual precedente do reconhecimento de inconstitucionalidade da norma da Receita Federal que estava sendo contestada por proibir desconto tributário de gastos com homens cuidadores. E a resposta foi o assombro espelhado na dúvida sobre qual mundo estaríamos criando, quando um computador é capaz de substituir o ser humano na leitura e interpretação de leis.

A tecnologia foi invadindo todas as atividades e áreas do conhecimento humano, e era inevitável que o Direito também viesse a sofrer seus impactos, notadamente após a chegada dos computadores de mesa na década de 1980 e, ainda mais especialmente, da popularização da internet na década de 1990.

A evolução do uso de tecnologia pela Justiça é lenta e em regra encontra resistências. Em meados da década de 1980, por exemplo, quando advogados começaram a trocar a datilografia das máquinas de escrever pela digitação dos teclados de computadores, diversas iniciais foram declaradas ineptas por conta da falta de acentuação dos textos, tarefa à qual os sistemas informáticos de então (teclado, software de edição, driver de impressoras) não conseguiam atender.

No começo dos anos 90, o foco de atenção era o uso da tecnologia para suporte de suas atividades burocráticas, como a substituição dos fichários de anotações de andamentos processuais por fichários eletrônicos.

Na presidência de Dirceu de Mello (1998 e 1999) surgiu uma oportunidade de avanço na informatização da estrutura da Justiça Paulista. A Imprensa Oficial

1. Advogado, presidente da OAB-SP nas gestões 2013 a 2015 e 2016 a 2018. É conselheiro do Conselho Universitário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

fez uma constatação: ao contrário do que já acontecia com os Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário ainda encaminhava em formato impresso, em folhas papel, seus atos para publicação no jornal oficial. O custo com remessa de atos processuais nas numerosas comarcas paulistas e o tratamento do papel para impressão era gigantesco, fora o tempo que isso representava. Embora a própria Imprensa Oficial tivesse se proposto a financiar uma rede privativa para que a transmissão dos atos passasse a ser eletrônica, houve imensa resistência da magistratura em permitir que isso ocorresse. Para se ter ideia da dificuldade em sua implantação, alguns juízes anulavam intimações se na publicação da decisão no *Diário Oficial* não fosse impressa a sua assinatura manuscrita. Só na gestão seguinte, do presidente de Marcio Bonilha (2000 a 2001), conseguiu-se implementar a medida, mesmo assim após o novo presidente baixar ato obrigando os juízes a aceitarem a transmissão eletrônica das decisões judiciais. Um estudo realizado à época pela Imprensa Oficial mostrou que a transmissão eletrônica das decisões judiciais representou uma economia anual, em valores da época, de aproximadamente R$ 4.500.000,00, e um ganho médio em torno de 220 dias na tramitação dos processos, considerando o número médio de publicações por processo e o tempo que transcorria do encaminhamento em papel da decisão até sua publicação.

Não havia, naquele momento, investimento do Poder Judiciário em informatização. Os poucos equipamentos que existiam nos fóruns eram adquiridos pessoalmente por magistrados e serventuários. Até que, em 2001, durante uma longa greve, a maior, até então, da Justiça Paulista, acontece um fato pitoresco, mas revelador da situação em que se encontrava o Tribunal de Justiça: os servidores em greve levam embora seus computadores, obrigando o presidente Marcio Bonilha a baixar ato proibindo-os de apagar os dados processuais armazenados naqueles equipamentos pessoais.

Já à época, alguns tribunais começaram a utilizar a internet para divulgar seus acórdãos, mas não a corte paulista. Após a eleição do novo presidente do tribunal, ocorrida no final de 2001, publiquei, como presidente da Comissão de Informática, junto com o então presidente da OAB-SP, um artigo denunciando que a ausência do TJ-SP na internet significava simplesmente seu desaparecimento como paradigma do Direito, posto que seria muito mais fácil a operadores e estudantes pesquisar e conhecer acórdãos de qualquer outro tribunal do país[2]. Fomos ambos chamados a conversar com o presidente recém-eleito do tribunal, Sergio Nigro Conceição (2002 a 2003), que disse compreender a crítica da OAB-SP, mas que não tinha dinheiro para investir em informática, ao que sugerimos que solicitasse esse valor aos bancos públicos que detinham os depósitos

2. A Justiça e o comércio de informação legal. **Folha de S.Paulo**, Tendências e Debates, 2 jan. 2002.

judiciais. Daí surgiu o primeiro grande investimento em informática da corte, promovido pela Caixa Econômica de São Paulo[3].

Em 2004, uma crise no Tribunal de Justiça, presidido por Luiz Elias Tâmbara, impactou o processo de evolução da informática: a Emenda 45, que, dentre outros pontos, como da criação do CNJ e CNMP, promoveu a unificação do Tribunal de Justiça com os Tribunais de Alçada. São Paulo tinha até então três tribunais de alçada: dois cíveis e um criminal, cada um com um sistema de informática diferente. A integração simplesmente jamais ocorreu.

Em paralelo à informatização de tarefas burocráticas do Judiciário, estava sendo promovida uma discussão mais profunda, do uso da tecnologia para a prática de atos processuais, com a troca do papel pelo meio eletrônico[4].

A substituição da manifestação de vontade expressa em papel por aquela promovida por meio eletrônico reclama o cumprimento de basicamente três requisitos: integridade, que é fundamentalmente a possibilidade de identificar eventuais mudanças que o texto eletrônico possa sofrer depois de se apresentar como documento, e autoria, ou seja, a sua vinculação, como elemento imaterial, ao seu autor. O terceiro requisito, que nem sempre é destacado, é a acessibilidade, ou seja, a capacidade de terceiros terem acesso às informações nele inseridas[5].

No documento em papel, técnicas periciais são capazes de identificar as menores modificações que o texto tenha sofrido, de forma a permitir que eventual questionamento sobre a veracidade de seu conteúdo possa ser verificado. De outra parte, a identidade do autor de um documento em papel é comprovada por meio de sua assinatura, também conferível por meio de perícia.

Já o documento eletrônico, por ser imaterial, não apresenta, por si, os elementos que permitem aferir quer a sua titularidade, já que nenhum dado

---

3. http://www.saopaulo.sp.gov.br/eventos/judiciario-paulista-estara-totalmente-informatizado-ate-o-final-de-2003/3/.

4. Augusto Tavares Rosa Marcacini, que no país foi provavelmente quem primeiro se interessou pela questão, dentro de sua formação acadêmica de mestre e doutor em processo civil, assim define, com precisão, o conceito de documento eletrônico: "Uma seqüência de bits que, traduzida por meio de determinado programa de computador, seja representativa de um fato" (**Direito e informática – uma abordagem jurídica sobre criptografia.** Editora Forense, 2002. p. 66).

5. Não é comum a doutrina mencionar esse terceiro requisito, mas é importante notar que um documento que não permita conhecer seu conteúdo não pode ter valor judicial. No documento eletrônico, em que o uso da criptografia se torna cada vez mais comum, e essencial, é possível criptografar documentos com chaves de sigilo impedindo que terceiros, mesmo um juiz, possam ter acesso ao seu conteúdo. Verifique-se, nesse sentido, o disposto no art. 166, 2, do Código de Processo Penal de Portugal, que determina: "Artigo 166º (Tradução, decifração e transcrição de documentos) 2 - Se o documento for dificilmente legível, é feito acompanhar de transcrição que o esclareça, e, se for cifrado, é submetido a perícia destinada a obter a sua decifração".

biométrico poderia vincular diretamente seu teor a determinada pessoa, quer a sua integridade, uma vez que corresponde a uma sequência de zeros e uns, cuja modificação não é detectável por meio de perícia.

Na década de 1970, dois professores de Stanford, Martin Hellman e Whitfield Diffie, buscavam encontrar solução para uma questão essencial para o sigilo das informações, ou seja, da distribuição da chave criptográfica para decodificar uma mensagem criptografada. Por maiores que tenham sido os avanços na complexidade da criptografia de mensagens, especialmente no plano militar, para evitar que pessoas desautorizadas tivessem acesso ao seu conteúdo, um ponto crítico permanecia em aberto, ou seja, como fazer com que o destinatário tivesse acesso à chave que permitiria tornar acessível a mensagem, sem que terceiros conseguissem obter cópia dela.

Em outras palavras: a criptografia tradicional está baseada em dois métodos, um para criptografar a mensagem e o outro para decriptá-la. E em uma única chave, a mesma usada para as duas funções. O exemplo tradicionalmente apresentado e de fácil compreensão é o de Júlio César, que codificava as ordens para as suas tropas substituindo cada letra do texto pela terceira letra subsequente no alfabeto. O método para criptografar a mensagem era o avanço de letras à frente do alfabeto; e o método para decriptar era retornar para letras anteriores no alfabeto; e a chave, única nos dois métodos, era o número três: três casas à frente, três casas atrás. [6]Com o avanço da criptografia, século após século, critérios mais complexos passaram a ser usados, mas sempre seguindo esse mesmo modelo: uma mesma chave cifra e decifra a mensagem. E era exatamente na dificuldade de distribuição segura dessa chave que residia o risco de quebra do sigilo criptográfico.

Hellman e Diffie, por sua vez, inovaram e criaram um algoritmo matemático que invertia o processo. Em vez de dois, um método apenas. E substituía a única chave por duas. Descobria-se a criptografia assimétrica, que, posteriormente, percebeu-se ser capaz de gerar uma "assinatura eletrônica" apta não apenas a, como faz a manuscrita no papel, vincular documentos eletrônicos a alguém, como também a promover o controle de sua integridade[7].

Basicamente, o sistema trabalha com as chaves pública e privada. O que a chave privada faz, a chave pública desfaz. E vice-versa. Ambas as chaves são geradas por um algoritmo que usa elementos aleatórios que impedem que a

6. Essa cifragem é conhecida como Cifra de César.

7. Sobre a história da descoberta da criptografia assimétrica, ver *O livro dos códigos: a ciência do sigilo – do antigo Egito à criptografia quântica* (The Code Book, no original), de Simon Singh, importante estudo sobre a evolução da criptografia até os dias atuais (Editora Record, tradução de Jorge Calife).

mesma operação matemática gere um par de chaves igual ao outro[8]. Como exemplo, imagine-se uma operação que tivesse como fatores o número de série de uma CPU e do sistema operacional, a velocidade da ventoinha do equipamento, a soma dos "uns" e "zeros" de arquivos armazenados no equipamento, a hora da emissão das chaves, etc. Todos esses elementos, que são estatisticamente improváveis de se repetirem em outro computador, servem como fatores na operação matemática de geração das chaves. O par de chaves se torna, assim, estatisticamente único, a cada vez que é gerado, evitando que duas pessoas possam ter as mesmas chaves.

A chave privada é aquela de conhecimento único de seu titular, guardada sob proteção de senhas. Já a chave pública é de conhecimento de todos com quem ele pretenda se relacionar e muitas vezes, para conhecimento do público em geral.

Aquele que quiser passar uma informação sigilosa para outrem utiliza a chave pública do destinatário para codificá-la. E seu titular utiliza a chave privada de mesmo par, que é sigilosa, para decriptá-la. Esse sistema é muito usado, por exemplo, em operações financeiras na internet.

Por sua vez, o dono do par de chaves pode utilizá-lo para "assinar" eletronicamente um documento. Como só ele tem acesso à chave privada, sigilosa, só ele consegue acioná-la na operação matemática que irá gerar a "assinatura" eletrônica, que nada mais é do que o resultado de uma operação matemática que tem como fatores, além da chave privada, um resumo matemático dos zeros e uns que compõem a sequência binária do documento.

Presume-se por estatística, já que não é possível gerar o mesmo par duas vezes, que, se uma chave pública validar a assinatura eletrônica do documento, é porque seu titular, que detém a chave privada, sigilosa, correspondente, foi quem a gerou. Assegura-se com isso a certeza de autoria. Ao mesmo tempo, ao se validar, com a chave pública, aquele resumo matemático denominado "assinatura eletrônica" tem-se a certeza de que o documento do qual foi extraído não sofreu modificação. Isso porque qualquer mudança na sua sequência binária modificaria seu resumo matemático, invalidando o próprio documento.

8. Daniel Balparda de Carvalho esclarece: "A geração de números aleatórios é central na prática criptográfica moderna. Isto porque, por um lado, eles são necessários como ferramentas para várias tarefas na criptografia e, por outro, bons números aleatórios são relativamente difíceis de conseguir". E em seguida afirma: "Na criptografia precisa-se dos chamados números aleatórios criptograficamente fortes. É impressionante como se pode facilmente ser enganado quando se trata de gerar esse tipo de número. Normalmente, quando se precisa de um número aleatório na criptografia, o inimigo não pode, nem de perto, desconfiar qual o número escolhido. Se ele possuir um meio de reproduzir o processo de geração de números e/ou limitar o espaço de procura, então o número não é adequado para usos criptográficos" (Segurança de dados com criptografia: métodos e algoritmos. Editora Express Book, 2000. p. 59).

Garante-se, com isso, sua integridade. Desta forma, não apenas documentos eletrônicos podem ser utilizados para expressar manifestações de vontade, como também passam a servir de prova processual. Mais ainda: atos processuais, como petições, certidões e despachos, podem utilizar a mesma metodologia para sua elaboração.

Diversos países passaram a adotar leis[9], como, por exemplo, a Comunidade Europeia, com diretiva de seu Parlamento[10], destinadas a assegurar ao documento eletrônico gerado com emprego da criptografia assimétrica o mesmo valor jurídico daqueles emitidos em papel com assinatura manuscrita.

No Brasil, o primeiro projeto de lei a tratar de documentos eletrônicos, o PL 1589/99, na Câmara dos Deputados, foi elaborado pela

Estamos no limiar de um novo tempo nas relações sociais em geral, e no ambiente da Justiça, em especial, com a chegada da chamada inteligência artificial. Se na década de 1950, como mencionei no início deste artigo, o uso de computadores para localizar determinadas leis sem necessidade de análise humana causou enorme espanto, a inteligência artificial tem potencial infinitamente mais impactante, ultrapassando limites da mera análise de base de dados para ingressar na capacidade de formular e responder a questões inerentes à própria condição humana.

O avanço tecnológico, no entanto, é inevitável; sua incorporação pela sociedade e o desaparecimento de uma tecnologia causado pelo surgimento de uma outra são cada vez mais céleres[14]. Da derrota do mestre russo Garry Kasparov, provavelmente o mais graduado jogador de xadrez da história, para o Deep Blue, da IBM, em 1997, fato que surpreendeu o mundo e fez as ações da IBM dispa-

---

9. Argentina - Ley 25.506, de 11/12/ 2001; Austrália - Electronic Transactions Act 1999; Chile - Ley 19799, de 25/03/2002; EUA – Electronic Signatures in Global and National Commerce Act , de 30/06/2000.

10. Diretiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrônicas.

11. A expressão Infraestrutura de Chave Pública tem origem na expressão inglesa Public Key Infrastructure (PKI).

12. Velha burocracia e novos arapongas virtuais. Folha de S. Paulo, Tendências e Debates, 17 jul. 2001.

13. Art. 18, 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y famil*iar de los ciudadanos y* el pleno ejercicio de sus derechos."

14. A previsão de Ray Kurzweil, em A era das máquinas espi*rituais*, editado em 1999, é impressionante. Após calcular a velocidade do desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, ele conclui que a capacidade humana, estimada em 2 x 1016 cálculos por segundo (conexões neurais), será igualada por qualquer dispositivo de computação, no valor de mil dólares, por volta de 2020. E que a capacidade de computação irá dobrar a cada 12 meses, ou 12 vezes por década, o que corresponde a um exponencial de 1.000 (210) a cada 10 anos.

rarem, para os dias atuais, o avanço da inteligência artificial é impressionante. Dialogamos hoje com máquinas que nos oferecem serviços ou negociam dívidas por telefone, imaginando que pessoas estejam do outro lado da linha, quando são computadores que se prepararam para uma conversa, considerando todas as variáveis possíveis. Serviços estão sendo realizados por sistemas de inteligência em todo o mundo[15]. Na área médica já existe o "doutor IA", aprovado pela agência americana Food and Drug Administration, uma ferramenta impulsionada pela inteligência artificial que detecta a retinopatia diabética, estudando imagens da parte posterior do olho. Em um minuto, o software produz um diagnóstico, detectando a presença ou ausência da condição, causada quando o alto nível de açúcar no sangue danifica os vasos sanguíneos da retina, o que pode levar à perda da visão[16]. Escritórios de advocacia usam a nova tecnologia em diversas atividades ligadas especialmente à leitura de documentos. As cortes superiores brasileiras desenvolveram sistemas para inicialmente tentar identificar, nos milhares de recursos que recebem, os que tratam de temas com repercussão geral, mas já são estudadas outras funções para esses sistemas[17].

Alguns países, como a França, tentam evitar essa tecnologia com leis que proíbem o uso de inteligência artificial sobre atividades jurídicas[18]. A Comunidade Europeia aprovou um código de conduta que impõe aos desenvolvedores valores como os de supervisão humana, privacidade e boa governança de dados[19]. Não há como deter a evolução tecnológica, mas há como fazer com que seja empregada para o bem-estar social.

---

15. https://www.echosis.com.br/3-exemplos-que-mostram-que-a-inteligencia-artificial-ja-e-realidade/.

16. https://www.modernhealthcare.com/article/20181006/TRANSFORMATION03/181009975/ai-alone-now-making-the-diagnosis.

17. "Batizado de VICTOR, a ferramenta de inteligência artificial é resultado da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, sob a gestão da ministra Cármen Lúcia, em conhecer e aprofundar a discussão sobre as aplicações de IA no Judiciário. Cuida-se do maior a mais complexo Projeto de IA do Poder Judiciário e, talvez, de toda a Administração Pública Brasileira. (...) VICTOR não se limitará ao seu objetivo inicial. Como toda tecnologia, seu crescimento pode se tornar exponencial e já foram colocadas em discussão diversas ideias para a ampliação de suas habilidades. O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal. A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e velocidade de avaliação judicial." Notícia veiculada no site do STJ em 30 de maio de 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038.

18. Como a França declarou 'guerra' a robôs que analisam decisões judiciais. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/06/12/como-a-franca-declarou-guerra-a-robos-que-analisam-decisoes-judiciais.htm.

19. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence.

Relações Coletivas de Trabalho no Brasil: Cenário para uma reforma

Maria Cristina Mattioli[1]

1. Introdução

Um número cada vez mais expressivo e crescente de acadêmicos do Direito do Trabalho tem defendido a necessidade e a possibilidade de novos enfoques para o Direito e para a produção de leis, com profundos reflexos na ordem global. Esses enfoques apontam o importante papel de atores não governamentais no processo de geração de leis; o crescente número de novas parcerias público-privadas; e novos mecanismos de negociação, *benchmarking*, certificações, coleta e abertura de banco de dados de forma transparente. Essas novas molduras já estão sendo aplicadas num largo espectro das políticas públicas, abrangendo desde o direito individual e coletivo do trabalho até o direito ambiental, família, saúde e educação, privacidade, propriedade intelectual, governança corporativa, indo até a implicação dessas políticas com foco na democracia constitucional. A fundamentação teórica para esses novos enfoques envolve o reavivamento e a expansão de velhas escolas do pensamento e movimentos jurídicos, levando a uma nova concepção de produção de leis à luz do desenvolvimento econômico e social.

Neste breve ensaio, o que se pretende é explorar como esses novos mecanismos podem ser aplicados no contexto das relações coletivas de trabalho no Brasil. Primeiramente, é necessário analisar esse novo regime legal que se tem propalado no mundo. Posteriormente, é preciso mover para a realidade brasileira considerando o modelo de relações coletivas do trabalho atualmente vigente e que tem sido aplicado. Sob esta ótica, é imperioso pontuar que um novo regime necessita ser implementado, levando em consideração uma perspectiva desenvolvimentista e um caminho flexível para a introdução de um novo modelo. Por fim, o escopo deste trabalho é a apresentação de algumas sugestões para reforma de acordo com teorias mais recentes e em consonância com o experimentalismo no pensamento jurídico.

---

1. Desembargadora aposentada do TRT 15. Mestre em Direito, Harvard Law School. Doutora em Direito, PUC-SP. Pós-doutora, London School of Economics.

2. Relação do Mercado de Trabalho

Os institutos e instituições pertinentes às relações industriais são responsáveis por modelar o mercado de trabalho. Este tem sido, atualmente, um tema relevante não só para a disciplina legal, mas também para disciplinas como a sociologia, ciências políticas e econômicas. Um exame transcontinental mostra uma variedade de sistemas de relações coletivas e vários buscando reformas em função da internacionalização econômica. A partir dessas premissas, é possível concluir que duas questões importantes deste contexto emergem:

a) Esta internacionalização impõe pressão por mudança e, mais especificamente, convergência entre os sistemas nacionais de relações coletivas do trabalho? Se esta pressão, de fato, existe, qual o caminho a seguir? Há algum modelo dominante de relações coletivas do trabalho para o qual os modelos nacionais estão convergindo?

b) Sob estas condições de internacionalização dos mercados, diferenças entre países e arranjos institucionais devem ter um crescente impacto na *performance* econômica de cada nação. Destarte, a questão que se coloca é como diferentes sistemas de relações coletivas do trabalho se comportam e em que medida este comportamento tem sido modificado à luz das circunstâncias econômicas.

Examinando os sistemas de relações coletivas na América Latina, por exemplo, pode-se inferir que a pressão econômica internacional tem sido responsável por moldar um novo modelo de relações coletivas em países que estão passando por reformas. De modo geral, o que se constata é a existência de uma convergência de modelos ao longo dos anos[2].

A origem do modelo de relações coletivas do trabalho no Brasil leva o leitor à década de 1930. Ao longo dessa década, o governo iniciou a regulamentação da representação nas relações trabalho-capital, assim como criou uma estrutura estatutária com a intenção de governar as relações de emprego. Esse sistema veio a ser conhecido como um típico sistema corporativista estatal.

A literatura tem, ao longo dos anos, se debatido com o exato significado ou o que se quis significar por meio do termo *corporativismo*. Em 1999, uma excelente contribuição foi dada por Siaroff. Este autor observa que as primeiras definições de corporativismo estão concentradas num único papel do corpo-

2. ANTUNES, Ricardo. Global economic restructuring and the world of labor in Brazil: the challenges to trade unions and social movements. **Geoforum,** v. 32, p. 449-458, 2001. Carneiro e Arbache igualmente mostram o impacto da liberação comercial no mercado de trabalho no Brasil. CARNEIRO, Francisco G.; ARBACHE, Jorge S. The impacts of trade on Brazilian labor market: a CGE model approach. **World Economic Development,** v. 31, n. 9, p. 1581-1595, 2003.

rativismo, ao passo que o termo possui, a seu ver, um conceito multifacetado. Neste sentido, o autor identifica seis características estruturais essenciais para um formato "ideal" de corporativismo, o qual pode ser identificado no Brasil entre os anos 1930 e 1980: a) alto número de sindicalização; 2) relativamente poucos sindicatos, agrupados de acordo com uma estrutura piramidal, tendo ao topo dessa pirâmide "confederações" que detêm o papel de negociar salários; 3) comunidade comercial dominada por grandes empresas voltadas à exportação, com poderes centralizados, na maior parte, em federações representativas de empregadores; 4) negociação salarial centralizada em nível nacional e com poucos acordos celebrados em nível local; 5) comissões de trabalhadores em grandes indústrias; 6) Estado centralizador, poderoso e ativamente envolvido na economia. De acordo com estas características, Siaroff propôs a seguinte definição de *corporativismo*:

> *O corporativismo reflete, dentro de uma sociedade industrial avançada e democrática, uma economia nacional coordenada e sistematicamente gerenciada pelo Estado, com sindicatos centralizados e empregadores que, presumivelmente, gozem de benefícios oriundos desses três atores*[3].

Emergindo de um parlamentarismo oligárquico, o populismo de Getúlio Vargas, na década de 1930, incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro conceitos e institutos decorrentes do fascismo mussoliniano, trazido da Itália. No afã de introduzir no país a ideia de Estado totalitário, a era Vargas foi responsável pela criação de mecanismos jurídicos aptos a eliminar a luta de classes e desmobilizar a classe trabalhadora, por meio de pressupostos ideológicos quase socialistas que, em termos de desenvolvimento do processo produtivo, "arrepiariam" Marx. Neste sentido, nada mais coerente do que introduzir a ideia do "sindicato corporativo", atrelado ao Estado, sem poderes de representação efetiva e, desde o seu início, já destinado à representação legal de "categorias" (criação do regime corporativista italiano) e que refletiam a divisão de classes no trabalho.

---

3. SIAROFF, A. Corporatism em 24 industrial democracies: meaning and measurement. **European Journal of Political Research**, v. 36, p. 175-205, 1999. Outro autor preocupado com o tema, Schmitter, possui uma clássica definição de *corporativismo*: *"corporatism can be defined as a system of interest representation in which the constituent elements are organized into a limited number of singular, compulsory non-competitive, hierarchically ordered and functionally differentiated categories, recognized or licensed (if not created) by the State and granted a deliberative representational monopoly within their respective categories in exchange for observing certain controls on their selection of leaders and articulation of demands and supports".* SCHMITTER, Philippe C. Still the century of corporatism? **Review of Politics,** v. 36, n. 1, p. 85-121, Jan. 1974.

Evidentemente, essa forma de conduzir as relações de trabalho no país foi materializada na Constituição Federal de 1937 e, no interior desse quadro paternalista, os sindicatos nasciam, cresciam e extinguiam-se dentro do Estado, sem o mínimo de liberdade para sua criação, organização e desenvolvimento. Seu funcionamento dependia de autorização e seus estatutos eram modelos previamente designados.

O corporativismo estatal brasileiro se manteve, virtualmente, intocável, até a década de 1980, não obstante os diversos regimes políticos de oposição que se seguiram, desde a década de 1930. Em 1988, no entanto, a Constituição Federal de 1967/1969 foi substituída por uma nova, que marcou a longa travessia e transição do regime militar (1964-1985) para um regime democrático, alterando importantes estatutos no sistema de representação sindical.

A estrutura acima descrita foi mantida até a Constituição de 1988, repita-se, quando então estabeleceu-se que "é livre a associação profissional ou sindical (...) observando que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical" (art. 8º, I). Em particular, como se infere, as alterações afetaram as certificações dos sindicatos e sua organização interna, bem como os poderes conferidos ao Ministério do Trabalho para intervir na estrutura interna dos sindicatos. Esta mudança normativa, acompanhada de uma forte militância sindical no final da década de 1970 e começo da década de 1980, levou muitos pesquisadores sobre o tema das relações coletivas a questionar se a natureza do sistema brasileiro ainda poderia ser considerada corporativista. Muitos convergiram para a mesma ideia segundo a qual a Constituição de 1988 trouxe ao país um sistema híbrido de representação.

Embora se diga que a *lex fundamentalis* em vigor introduziu o princípio da liberdade sindical em nosso sistema, não é ela plena e absoluta, encontrando sérios limites na própria Carta Magna.

Com efeito, o que o constituinte pretendeu foi exatamente deixar "livre", para a entidade sindical, sua criação, composição e extinção, dentro da conformidade do direito privado. Assim, embora para sua fundação não mais seja necessária a autorização do Estado, por meio da Carta Sindical, certo é que ainda manteve institutos que limitam seu campo de atuação, tais como: a) a contribuição sindical compulsória; b) a representação por categoria; c) a base territorial não inferior ao município; d) o enquadramento sindical.

Uma das mais significativas mudanças introduzidas pela Constituição de 1988 diz respeito ao direito de greve. A nova e vigente Constituição removeu do Estado o poder de "registrar" os sindicatos, intervir em suas relações internas ou ainda, em algumas situações, decidir conflitos coletivos. Essas reformas

alteraram o ambiente corporativista formal de relações coletivas que prevalecia no Brasil desde a década de 1930. Outros pesquisadores, por sua vez, reconheceram a greve como um direito social, eliminando o conceito de ilegalidade da greve e removendo restrições da greve para o servidor público.

Outras medidas protetivas concederam ao trabalhador público o direito de se organizar em sindicatos; estabeleceram garantia de emprego aos candidatos e dirigentes sindicais; e permitiram que membros do sindicato, aposentados, pudessem concorrer à eleições e votar.

Enquanto algumas provisões constitucionais, nitidamente corporativistas, mudaram de forma significativa, outras remanesceram intactas apesar do esforço do governo em alterá-las. Estas tentativas incluíram propostas de alteração: a) na estrutura sindical, mas que continuaram a ter por parâmetro a atividade econômica e a base territorial, mantendo o conceito de *unicidade sindical*; b) na forma de arrecadação financeira, por meio do *imposto sindical*, por intermédio do qual todo trabalhador era, obrigatoriamente, um membro da estrutura, independentemente de querer ou não, contribuindo financeiramente para o sistema; e c) o sistema judicial trabalhista. Estes, ao lado da intervenção do Estado, foram os principais elementos de um sistema de relações coletivas, no Brasil, caracterizado pelo corporativismo. Desde então, inúmeras tentativas de reforma têm sido apresentadas, mas nunca encontraram eco, pois poderiam ameaçar os interesses sindicais. E assim, ao longo dos anos, os atores sociais envolvidos neste tema acabaram por concordar que esse cenário, algum dia, mudaria, mas de forma lenta e gradual, contrariamente a um modo abrupto. Embora esse comportamento possa ser constatado por quase trinta anos, certo é que, em 2017, um significativo passo foi dado para que o modelo vigente pudesse começar a ser alterado. E o legislador o fez por meio da Lei nº 13.467/2017, atingindo o principal ponto da estrutura sindical, isto é, sua fonte de custeio, eliminando a obrigatoriedade do pagamento do imposto ou contribuição sindical, permitindo ao trabalhador a possibilidade de escolha entre contribuir ou não com a manutenção do sistema, financeiramente.

De qualquer sorte, claramente emerge desta breve análise que a Constituição de 1988 produziu um modelo ambíguo e híbrido na seara das relações coletivas. Isto porque, ao mesmo tempo em que eliminou a intervenção estatal para a autorização de funcionamento dos sindicatos, manteve o sistema de unicidade sindical, de financiamento compulsório e de monopólio da Justiça do Trabalho para decidir sobre conflitos coletivos de trabalho.

As tentativas de alteração legislativa foram obstadas diuturnamente. Durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, por exemplo, muitos sindicatos resistiram às mudanças que poderiam afetar profundamente sua estrutura pela eliminação da unicidade sindical e do imposto sindical. A

intenção desse governo estava alinhada com a internacionalização da economia e buscou, em vão, alterar a Constituição Federal em quatro temas específicos: a) eliminar o imposto sindical; b) acabar com o sistema de unicidade sindical e estabelecer um modelo estruturado na pluralidade sindical; c) eliminar a representação tripartite e o poder normativo das cortes trabalhistas; e d) flexibilizar as condições de trabalho listadas no art. 7º da Constituição Federal. Todavia, não obteve sucesso, exceto no que concerne à representação tripartite nas cortes laborais, tendo sido extinta a representação tripartite classista.

3. O Sistema de Unicidade Sindical

O modelo de unidade sindical traduz a exigência da existência de um único sindicato por atividade econômica na mesma base territorial, esta definida como um município.

A principal característica do sistema estatal corporativista brasileiro é o monopólio da organização sindical, na sua base, dentro de limites geográficos. Não é usual, contudo, que determinada área geográfica corresponda à extensão do território nacional. Normalmente, esta limitação compreende um município, um grupo de municípios ou, eventualmente, um estado da federação.

De fato, cada aspecto singular do sistema de representação sindical brasileiro está regulado pelo Estado, como determinado pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e por legislação federal complementar. A CLT autoriza que as pessoas ou empresas se organizem em unidade de representação ou sindicatos, considerando três grupos: a) empregados do setor privado identificados pela similitude ou identidade de emprego, chamada de *categoria profissional*; b) empregadores em atividade econômica similar ou idêntica, denominada *categoria econômica*; c) profissionais ou similares com profissão idêntica, por exemplo, engenheiros, médicos, dentistas. Na prática, a legislação determina que grupos específicos de empregados possam aderir a determinado sindicato de acordo com *categorias* ou *enquadramento sindical*, baseado em atividade econômica específica na qual o empregado atua.

Uma federação, para existir, necessita de pelo menos cinco sindicatos dentro da mesma atividade econômica, em regra, dentro do mesmo estado. A reunião de pelo menos três federações pode referendar a criação de uma confederação. Este sistema de organização sindical está descrito pela CLT, no artigo 534 da CLT.

Até a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, a criação de um sindicato era completamente regulada pelo Estado. De acordo com a CLT, artigo 518 da CLT, a criação de um sindicato era uma concessão do governo, e as associações não certificadas pelo Ministério do Trabalho eram ilegais. A fim de que fosse certificado oficialmente, o sindicato de trabalhadores deveria

preencher alguns requisitos legais. Entre vários requisitos, pode-se citar a exigência prevista pelo art. 518, "c", da CLT, com cláusula prescrevendo que a associação deveria atuar como um organismo em colaboração com o governo, subordinando seus interesses aos interesses nacionais. Desta forma, os sindicatos estavam submetidos a um rígido controle do governo, o qual poderia, legalmente, suspender ou destituir dirigentes sindicais que agissem em desconformidade com a CLT (art. 553) e cassar o certificado (ou carta sindical) do sindicato que ativamente fosse contrário à política econômica do governo (art. 555).

Amplas funções foram conferidas aos sindicatos por meio da lei (CLT), em consonância com os princípios de um sistema estatal corporativista. Algumas destas funções podem ser extraídas da CLT: a) cooperação com o Estado (art. 513, "d", e art. 514); b) prevalência do interesse geral e da categoria em contraposição aos interesses de seus membros (art. 513, "a"); c) regulação da relação de trabalho expressa no direito de celebrar acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 513, "b"); d) função econômica para fixar taxas e contribuições (artigos 578 a 610); e) fornecimento de serviços sociais e assistenciais, como, por exemplo, assistência jurídica, médica e dental, facilidades para a prática esportiva e eventos sociais e espaços para férias de seus membros (colônias de férias), conforme art. 514, "b", "d" e parágrafos e art. 592. Concomitantemente a essas funções sociais, o sistema regulatório também proibiu ao sindicato o exercício de atividades políticas (art. 521, "d").

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativas mudanças a tais atribuições, em especial aboliu a intervenção estatal na criação dos sindicatos. Entretanto o sistema da unicidade sindical ainda remanesce.

4. Custeio do Sistema Sindical

Embora a associação ou filiação ao sindicato não seja compulsória, a contribuição para o seu custeio era obrigatória. O membro de uma categoria era obrigado a contribuir com um valor anual correspondente a 1/30 de seu salário. Esta contribuição é a chamada "*one-day pay*". Outros mecanismos de custeio do sindicato vieram a ser criados ao longo do tempo. No final da década de 1980, existiam quatro fontes de receita para o sistema sindical: a) imposto sindical ou a contribuição compulsória aplicada a todos os membros da categoria profissional por meio de desconto em folha de pagamento, independentemente de o trabalhador ser ou não associado ao sindicato; b) contribuições sindicais voluntárias, para membros associados, em percentuais ou valores fixados pelo próprio sindicato por meio de assembleias; c) contribuições instituídas pelos sindicatos, por intermédio de acordos ou convenções coletivas, pagas por todos os membros da categoria, independentemente de serem ou não associados; d) contribuição confederativa, compulsória e com o objetivo de financiar o sistema confederativo.

5. Sistema de Negociação Coletiva

Desde os anos 30 e seguintes, a negociação coletiva no Brasil tem sido fortemente regulada por lei. Dispositivos da Constituição Federal de 1988 fortaleceram a negociação coletiva como um método de regulação do emprego (art. 7º, incisos VI, XIII, XIX e XXVI) e também o papel dos sindicatos representantes das categorias profissional e econômica nas negociações (art. 8º, VI). Todavia, somente as negociações praticadas entre os sindicatos representantes das categorias são consideradas legais e apenas os acordos coletivos resultantes desse comprometimento e de acordo com as normas vigentes são dotados de reconhecimento legal.

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, existe duas grandes espécies de acordos coletivos, dependendo se há, ou não, intervenção das cortes trabalhistas na solução do conflito: a) acordos ou convenções coletivas voluntariamente firmadas; b) acordos coletivos decorrentes de "conciliação". Na ocorrência de negociação sem que haja intervenção de um tribunal trabalhista, o processo traz o acordo coletivo voluntário. Este é o clássico modo de solucionar um conflito de forma administrativa. Se este acordo é firmado entre categorias, impondo regras para a categoria, recebe o nome de *convenção coletiva de trabalho.* Ao contrário, se o acordo é firmado somente com uma empresa da categoria econômica, isto é, firmado no nível da fábrica, ele recebe o nome de *acordo coletivo de trabalho.*

Na impossibilidade de ser firmado um acordo de forma voluntária, a lei autoriza a participação do Poder Judiciário Trabalhista para auxiliar no processo da negociação ou até mesmo solucionar o conflito existente entre os representantes das categorias profissional e econômica. De acordo com o art. 114 da Constituição Federal, os tribunais do trabalho podem atuar como árbitros, na hipótese de um acordo não ser alcançado pelas partes.

Qualquer que seja a forma por meio da qual uma disputa coletiva será solucionada, as negociações devem obedecer à mesma estrutura básica. Sindicatos patronais e profissionais detêm o monopólio das negociações como representantes de suas respectivas categorias. Seja a negociação feita no nível da empresa ou no nível da categoria econômica, certo é que o empregado deverá sempre estar representado pelo sindicato de sua categoria. A cópia do acordo ou da convenção coletiva deverá ser depositada, pelas partes, no sistema *Mediador* da atual Secretaria de Relações do Trabalho.

Contudo, se um sindicato de trabalhadores ou um sindicato de empregadores apresentar o conflito perante um tribunal do trabalho, a forma de solução se dará pela via judicial. A forma judicial de solução de um conflito coletivo dá origem a uma conciliação ou uma sentença. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, nos seus artigos 860 a 862, considera a mediação como um procedimento compulsório para solução do conflito.

6. O Poder Normativo dos Tribunais do Trabalho

Se, porventura, os agentes da negociação não chegam a uma composição, os tribunais do trabalho podem proferir decisões por meio das quais os juízes decidem sobre os termos e condições de trabalho que produzirão efeitos dentro dos limites das categorias vinculadas ao caso. Aos tribunais do trabalho foi conferido o poder arbitral de dirimir conflitos coletivos de trabalho, conforme art. 114 da Constituição Federal de 1988. Embora as partes envolvidas possam solucionar o conflito voluntariamente, o fato de levarem a disputa para uma solução judicial arbitrada faz com que a decisão proferida pelo tribunal seja vinculante para as partes.

O sistema judicial laboral brasileiro é um modelo de três níveis de cortes. O primeiro nível, ou instância, são as Varas do Trabalho que, em regra, possuem jurisdição sobre litígios de natureza individual e envolvendo contratos individuais de trabalho. Os tribunais do trabalho atuam como segunda instância ou instância recursal sobre as decisões proferidas pelas Varas do Trabalho. Ao lado desta jurisdição recursal, os tribunais também possuem jurisdição primária sobre as disputas coletivas dentro de sua área geográfica (jurisdição geográfica). O terceiro nível ou instância do Poder Judiciário Laboral é exercido pelo Tribunal Superior do Trabalho, que também possui jurisdição recursal e originária. No âmbito do conflito coletivo, ele pode decidir sobre um conflito cujos efeitos incidem sobre categorias de base territorial nacional.

O poder normativo conferido às cortes laborais no Brasil denota a competência atribuída a esse ramo especializado da Justiça para emitir decisões sobre termos e condições de trabalho, bem como sobre aspectos processuais da relação entre agentes negociadores e seus constituintes. As principais características dessa competência podem ser assim sintetizadas: a) especial poder conferido aos tribunais do trabalho para compor ou solucionar disputas, podendo criar direitos em acréscimo aos já delimitados por lei; b) um poder especial que faz com que empregados, empregadores e sindicatos de ambas as categorias fiquem vinculados às regras impostas pelos tribunais.

A comparação estatística entre casos julgados pelos tribunais do trabalho e acordos depositados no sistema Mediador demonstra que cerca de 3% apenas dos conflitos coletivos trazidos ao conhecimento são solucionados pela via judicial. Nesta esteira, importante registrar que o papel dos tribunais do trabalho, na solução de conflitos coletivos do trabalho, é relativamente insignificante, o que leva a crer que o poder normativo não é tão forte como muitos juízes acreditam ser. De fato, o poder normativo não produz impacto nas políticas públicas relativas às relações de trabalho. O impacto emerge da adjudicação das disputas individuais, na sua grande maioria baseada nos acordos coletivos de trabalho. Lícito concluir, portanto, que, em face do alto índice de lides traba-

lhistas, a Justiça do Trabalho exerce significativa influência sobre os resultados do mercado de trabalho, pois os tribunais impõem custos diretos e indiretos aos jurisdicionados. Os custos diretos dizem respeito às taxas pagas ao Estado e aos honorários pagos aos advogados, e estes custos são obrigatórios. No entanto, os custos indiretos são muito mais altos e recaem sobre os empregados e empregadores. A frequente litigância implica que os custos do trabalho em termos de pagamento futuro, multas e custas com advogados são algo incerto para o empregador na vigência do contrato de trabalho. O preço real do trabalho somente poderá ser conhecido cinco anos após o término do contrato, quando já não há mais a possibilidade de interposição de demandas judiciais. Diante desta insegurança, empregadores reagem, racionalmente, e estão cada vez mais cautelosos na hora de contratar novos trabalhadores.

Este cenário traz à baila duas importantes indagações: a) qual a importância da negociação coletiva ao estabelecer regras e provisões acerca de condições de trabalho? Não estaria ela simplesmente reproduzindo regras já estabelecidas pela regulação estatal? b) quais os fatores levados em conta no contexto dessas provisões?

Uma análise rasa de alguns acordos ou convenções coletivas, aleatoriamente extraídos do sistema Mediador ou até mesmo levando em consideração as decisões e acordo coletivos homologados pelos tribunais trabalhistas, leva à conclusão de que o número de negociações aumentou e provisões bastante substantivas têm criado regras que não estavam estabelecidas na lei (como, por exemplo, a estabilidade pré-aposentadoria). Ainda, mesmo que algumas cláusulas apenas reproduzam o que já está prescrito em lei, não estariam elas neutras diante da regulação do mercado de trabalho. Há, ainda, cláusulas coletivas que beneficiam também os empregadores e não só trabalhadores. Por fim, o cenário atual indica que a trilha para mudança da estrutura e conteúdo das negociações coletivas passa pelas mudanças de cenário econômico, político e jurídico.

Qualquer tentativa de mudança do instituto da negociação coletiva passa pela análise de outros dados, como a taxa de desemprego, o grau de abertura da economia para investidores estrangeiros, a capacidade dos empregadores em repassar custos do trabalho para os consumidores, estabilização da inflação e *incomes* e *outcomes* da conduta dos próprios tribunais do trabalho. Esses fatores sugerem que um modelo de descentralização do processo de negociação coletiva no Brasil estaria de acordo com o novo cenário econômico mundial.

7. Estrutura para uma Possível Reconfiguração das Relações Coletivas de Trabalho

A democratização das relações coletivas de trabalho, a modernização da legislação trabalhista e das instituições públicas, bem como o fortalecimento do diálogo social, são prioridades para que seja formatada uma política pública em termos de relações do trabalho adequada ao cenário econômico motivado pela transformação digital e por processos de inovação ao redor do globo.

A criação de grupos de trabalho para elaboração de propostas de alteração legislativa e alteração de política pública para implementação de direitos fundamentais, dentre eles os direitos coletivos do trabalho, é medida que se faz necessária e atende aos interesses dos atores sociais envolvidos. A primeira medida já foi efetiva por meio da Lei 13.467/17, que eliminou a compulsoriedade da contribuição sindical.

Na sequência, há de se estudar mecanismos para extinção da unicidade sindical e introdução do modelo de pluralidade sindical, privilegiando o princípio da liberdade sindical, reconhecidamente um direito universal e um dos principais direitos dos trabalhos e empregadores. Tema sempre atual e historicamente reconhecido como um direito fundamental, a liberdade sindical é um pré-requisito para a consolidação democrática e para o desenvolvimento econômico. Não obstante a negociação coletiva seja um instituto dedicado e exercido pelos representantes dos trabalhadores e empregadores, por meio dos sindicatos, há de se pensar na consolidação do instituto da representação de trabalhadores na empresa, de forma independente da estrutura sindical e legitimado para a defesa dos interesses dessa classe.

Todavia, a liberdade sindical, tão consagrada na Convenção nº 87 da OIT, não necessariamente precisa ser convalidada em nosso país por meio da ratificação dessa norma internacional. Os institutos que nela estão contidos podem ser introduzidos no sistema de relações laborais brasileiros, sem que seja necessária sua ratificação e posterior *follow up* por esse organismo internacional. O Brasil está experimentando diversas mudanças sociais e econômicas na atualidade. A legislação trabalhista atual já não mais responde às recentes mudanças socioeconômicas e tecnológicas. É tempo de reconhecer que as instituições corporativistas reduzem o poder de manobra do Estado e podem ameaçar, a longo prazo, a efetividade de uma agenda pró-reforma.

8. Conclusões

De acordo com as experiências vivenciadas por outros países, o Brasil está preparado para discutir as reformas necessárias. Tal como o presidente Clinton criou, em 1993, a Comissão Dunlop nos Estados Unidos para discutir reformas no seu país, o atual governo depende da criação de comissões ou grupos de

trabalho encarregados de coordenar propostas advindas da sociedade civil e de *stakeholders* engajados com um novo modelo de relações coletivas de trabalho, trazendo *players* não só do mundo acadêmico, mas também do judiciário e de diversos setores da economia, com o único objetivo de adequar o país à nova realidade que se desenha no âmbito global.

De qualquer modo, a questão que emerge deste novo cenário é qual a importância e qual o grau de comprometimento que se pretende dar à negociação coletiva, de tal sorte que se possa falar em segurança jurídica e diminuição de encargos para as empresas – sem deixar de lado a proteção social ao trabalhador –, mas que se adapte aos modelos de negócios atualmente prevalecentes (plataformas digitais, por exemplo).

A sociedade global 5.0 tem pressionado por mais responsabilidade social das corporações, e elas têm feito a diferença no comportamento das novas gerações. Neste passo, qualquer tentativa de reforma deve seguir um modelo que conduza à segurança jurídica, à proteção social, à observância do princípio da dignidade da pessoa humana e, em especial, que ofereça mecanismos de solução para o conflito intergeracional trazido para o mundo do trabalho, em que a transformação digital é a plataforma que congrega todos os elementos da mudança de comportamento humano. A liberdade de associação, neste modelo, é peça-chave para que outros direitos sejam reconhecidos, incluindo a liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, o direito à privacidade.

A escolha fundamental hoje está entre o individual e o coletivo, e isto implica, repita-se, a eliminação por completo do monopólio da unicidade sindical; a extinção absoluta do poder normativo dos tribunais do trabalho; a organização por setor econômico dos sindicatos em contrapartida à organização por categorias; o fortalecimento da representação dos trabalhadores na empresa; e o encorajamento de um modelo de cooperação. Estas são medidas necessárias para a construção de um modelo de relações coletivas de trabalho que atenda às novas necessidades globais.

Fair Share of Taxation e o Caso Starbucks na União Europeia[1]

Mariana Passos Beraldo[2]

1. Introdução

A temática da *fair share taxation* ou *fair share of tax*, sob a ótica dos planejamentos fiscais internacionais utilizados por multinacionais com considerável atuação no cenário global, está em evidência na última década e tem sido largamente discutida pela comunidade jurídica, sociedade civil e pelas organizações internacionais atuantes no âmbito tributário (DE BROE, 2015; FORRESTER, 2018; GALENDI JÚNIOR, 2018).

Em 2012, foi amplamente veiculado no noticiário que a mundialmente conhecida Starbucks teria se "oferecido" para pagar, às autoridades fiscais do Reino Unido, 10 milhões de libras em impostos nos dois anos seguintes (MONEY, 2012; FORBES, 2012; THE GUARDIAN, 2012). Segundo noticiado, a decisão em questão se deu a partir do boicote protagonizado pelos consumidores do Reino Unido à rede de cafés Starbucks pelo não pagamento de impostos de renda pela gigante alimentícia nos anos de 2009 a 2011. Assim, a diretoria da empresa, numa tentativa de reconquistar sua clientela, anunciou o pagamento de impostos "não devidos" aos cofres públicos, com relação aos anos anteriores, e se comprometeu a recolher quantia significativa de imposto de renda da pessoa jurídica, nos anos seguintes, ou seja, de 2013 e 2014, independentemente de a empresa ser lucrativa durante esses anos.

A "iniciativa" da Starbucks de efetuar pagamento de impostos "não apurados" está relacionada com a tributação de acordo com a efetiva capacidade tributária,

1. O artigo original foi submetido, pela autora em coautoria com o homenageado, e apresentado pelo homenageado no Encontro Internacional do CONPEDI em Valência (ES), realizado em 2019. Para integrar a presente obra, a autora procedeu à adequação e atualização do trabalho em razão do julgamento proferido pelo Tribunal Geral da União Europeia nos processos T-760/15 e T-636/16, que concluiu pela anulação da Decisão (EU) 2017/502 da Comissão, de 21 de outubro de 2015, relativa ao auxílio de Estado AS. 38374 concedido pelos Países Baixos em favor do grupo Starbucks.

2. Mestranda em Direito Internacional e Europeu na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FDUNL) e investigadora integrada no CEDIS (Centro de I&D sobre Direito e Sociedade) da mesma faculdade. Pesquisadora colaboradora do Curso de Mestrado Profissional em Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA). Professora assistente da UNIARA e tutora de Ensino a Distância na mesma universidade. Advogada.

significado máximo do conceito relacionado com a *fair share*. O caso em tela também suscita a problemática que envolve planejamentos fiscais internacionais e transações entre empresas pertencentes ao mesmo grupo (VOS, 2018).

O não pagamento, pelo Starbucks no Reino Unido, de imposto sobre o rendimento, incidente sobre os lucros tributáveis, foi possível por meio da utilização de métodos complexos para estabelecer esses lucros tributáveis, utilizando a multinacional de acordo prévio sobre preços de transferência firmado entre empresa do Grupo e os Países Baixos, outro Estado-Membro da União Europeia, garantindo, assim, tratamento tributário mais favorável à multinacional. Assim, a multinacional teria recorrido, a fim de garantir uma diminuição da carga tributária, à utilização de planejamento tributário internacional, que envolve a criação de empresas vinculadas e pagamentos dos preços de transferência que não refletem a realidade do mercado – não observam o princípio da plena concorrência (EUROPEAN COMMISSION, 2015).

Assim, a fixação de preços de transferência que não correspondem às condições do mercado e não refletem a realidade econômica teria resultado na ausência de lucros à subsidiária da Starbucks no Reino Unido, que teria desencadeado a não incidência de tributação sobre rendimento nesse Estado-Membro, evidenciando o binômio legalidade/moralidade intrinsecamente envolvido no problema. Diante do impacto negativo da situação relatada, a empresa anunciou, na Câmara de Comércio de Londres, que não reivindicaria, nos anos seguintes, deduções sobre esses pagamentos, ou contra empréstimos intercompanhia, a fim de gerar um lucro tributável (THEGUARDIAN, 2012). O chefe executivo da empresa, em entrevista para a *Sky News*, negou a acusação de não pagamento de impostos, enfatizando, na oportunidade, que desejava e estava trabalhando para que a empresa tivesse resultados positivos no Reino Unido e, com isso, fosse tributada em imposto de renda (NEWS.SKY, 2012).

A importância do presente estudo repousa no fato de que casos como o relatado refletem demasiadamente na arrecadação estatal e acirram a indesejada concorrência fiscal prejudicial, clamando por estudos jurídicos que visem analisar a legitimidade dessas práticas fiscais face à observância dos princípios da justiça fiscal, da equidade e da capacidade contributiva.

Para materializar tais objetivos, foi adotada a seguinte estratégia metodológica: pesquisa de natureza aplicada, pois visa gerar conhecimento voltado à solução da problemática exposta, cujo problema foi abordado pela ótica qualitativa e com objetivo exploratório, viabilizado pelo estudo bibliográfico, cuja coleta de material focou na produção doutrinária internacional, escrita quase na totalidade em língua inglesa e publicada nos últimos cinco anos, amparado pelo método indutivo.

O trabalho, dentro de um encadeamento lógico, foi organizado em cinco seções que se entrelaçam e se completam. O resultado apontou que o ambiente global facilitou a mobilidade das bases tributárias, intensificando a adoção de planejamentos fiscais, em âmbito internacional. Verificou-se que esses planejamentos fiscais nem sempre são legítimos e, mesmo estando amparados pela legislação doméstica, não cumprem com o efetivo dever de contribuir – *fair share*. Assim é necessária a conscientização dos agentes econômicos quanto ao dever de contribuir de acordo com a sua efetiva capacidade contributiva.

2. Impacto da Globalização e Surgimento dos Novos Agentes no Direito Internacional Fiscal

No caso Starbucks, deparamos com uma empresa com atuação relevante na cadeia de cafés, desempenhando sua atividade de forma plurilocalizada, ou seja, não estando ligada a apenas uma jurisdição fiscal.

Nas últimas décadas, o mundo tem desfrutado dos benefícios provenientes de integração progressiva das economias mundiais. Com a globalização, um mercado de capitais global passou a existir, permitindo enormes movimentos de capital e gerando uma taxa de juros mundial (PASTORE; PINOTTI, 2013; TANZI, 2000).

A OCDE, no relatório do BEPS (*Addressing base erosion and profit shifting)*, afirma que uma cadeia de produção global, somada à liberalização do comércio, à abolição de controles monetários e aos avanços tecnológicos, levaram a uma interconectividade jamais vista entre indivíduos, negócios e governos (OECD, 2013).

A partir do momento em que se atua em uma escala de produção global, o sujeito passivo da obrigação tributária está suscetível a mais de um ordenamento tributário, a mais de uma competência tributária estatal, enfim, a mais de uma ordem constitucional (MORAIS, 2014). A intensificação da prática de atividades transfronteiriças e o abrandamento do elemento territorialidade são apontados como aspectos decorrentes da globalização e grandes responsáveis pelo desajustamento dos sistemas tributários atuais.

E é justamente essa mobilidade dos agentes econômicos, facilitada por elementos como comércio eletrônico, utilização do dinheiro digital, comércio intraempresas, centros financeiros *offshore* e paraísos fiscais, dentre outros, que refletem profunda e negativamente na arrecadação das receitas fiscais, abalando os sistemas fiscais tradicionais. Assim, o impacto negativo que a globalização tem na economia e nos sistemas tributários nacionais merece destaque (TANZI, 2000).

O relatório de 2013 da OCDE observa que a erosão da base arrecadatória dos Estados está relacionada com o deslocamento dos lucros. Por meio de estudos realizados, pode-se constatar o aumento da segregação entre os locais

das atividades produtivas, e onde ocorre o investimento, e o local onde os lucros são declarados para propósitos fiscais. Os lucros, advindos em especial das atividades móveis, estão sendo deslocados para países com tratamento tributário mais favorável (OECD, 2013).

Atualmente, o projeto BEPS compreende um conjunto de 15 ações para adoção dos governos, com base em consensos entre as autoridades fazendárias, de instrumentos nacionais e internacionais para evitar que a utilização sistemática de métodos de elisão fiscal (*tax avoidance)* ou de práticas abusivas de evasão (*tax evasion*) produzam efeitos danosos à arrecadação tributária. Em síntese, o plano de ação do BEPS refere-se a estratégias de combate à evasão ou mesmo elisão fiscal que exploram lacunas e desajustes nas regras tributárias, transferindo os lucros artificialmente para locais de baixa ou nenhuma tributação (CASTRO; MOREIRA, 2018).

Assim, a facilitação da mobilidade dos agentes econômicos tem impactado, de um lado, as relações jurídicas, já que estes agentes podem muitas vezes optar pela jurisdição mais favorável para tributar seus rendimentos (*tax planning*), e, por outro, os próprios sistemas jurídicos, que estão enfraquecidos, precisando se readequar em face da diminuição de receitas.

Outro aspecto interessante decorrente da globalização é a força que a sociedade civil e as organizações internacionais desenvolvem quanto à observância da *fair share* no cumprimento do dever de pagar imposto, nos limites da efetiva capacidade contributiva do agente econômico, sobretudo quanto às multinacionais, recorrentemente acusadas de pagamento reduzido de impostos em face dos lucros efetivamente obtidos (PIRES, 2018).

Justamente no caso Starbucks, identificamos a eficaz atuação desses novos atores do direito internacional fiscal, já que a iniciativa da multinacional em efetuar o pagamento aos cofres públicos de valores correspondentes a impostos independente de apuração de lucros decorreu de eficaz boicote dos consumidores aos produtos da rede.

O panorama atual demonstra o desajustamento dos sistemas fiscais nacionais, que se encontram enfraquecidos e precisando "lutar" com multinacionais e outros Estados para manter as bases tributárias em seu território, que, aproveitando a mobilidade dos fatores de produção e da plurilocação dessas bases tributárias, utilizam esquemas fiscais, legítimos ou não, e práticas fiscais prejudiciais para diminuição da carga tributária em busca de melhor desempenho econômico.

3. Planejamentos Fiscais em Âmbito Internacional

O cenário atual, de enfraquecimento dos ordenamentos jurídicos e de fuga das bases tributárias para paraísos fiscais e regimes fiscais preferenciais, justificou a ampliação do trabalho das organizações internacionais, tais como

OCDE e União Europeia, no sentido de intensificar a cooperação entre as administrações tributárias e o auxílio à cobrança, temáticas com reflexo em muitos tratados bilaterais (PIRES, 2018).

Não significa, contudo, impedir a prática de planejamentos fiscais, já que estes, quando legítimos, cooperam para a desejável e saudável concorrência empresarial. Uma empresa, ao tomar decisões estratégicas, deve considerar suas consequências tributárias, já que, do ponto de vista econômico, impostos são um item de custo significativo para as empresas. A utilização do planejamento tributário como medida de efetividade econômica eclodiu a partir de 1970, e o objetivo era manter os custos fiscais mínimos, procurando, para isso, evitar a tributação de qualquer forma (HAPPÉ, 2007). O planejamento tributário internacional passou a ser crucial no planejamento operacional de uma multinacional.

Contudo, quando ultrapassam o limite da legitimidade, são considerados ilegítimos ou agressivos, já que refletem negativamente nos princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da justiça, estando, portanto, em dissonância com a pretendida *fair share of tax*. Sobre esses limites não há resposta precisa, mas tem se admitido internacionalmente que planejamento tributário que crie subterfúgios com o objetivo único e exclusivo de economizar o pagamento de tributos não seria legítimo.

Não há unicidade na doutrina sobre os conceitos de fraude, evasão e planejamento, inclusive se o planejamento agressivo deve ou não ser incluído nessa trilogia. Contudo, parece prudente caracterizar o planejamento agressivo como evasão fiscal, ou um subtipo desta (PIRES, 2018). Pelo menos assim entenderam os consumidores ingleses no caso Starbucks, entendimento referendado pela própria empresa que assentiu às bases do movimento se comprometendo ao pagamento de tributos "não devidos".

A OCDE, em 2013, destacou que, paralelamente à preocupação com a evasão fiscal, atualmente preocupa o fato de os Estados estarem perdendo substancialmente receitas tributárias, oriundas da tributação dos rendimentos das pessoas jurídicas, em razão da prática de esquemas fiscais internacionais, em que há transferência de lucros dos países onde são ganhos para locais onde eles estarão sujeitos a um tratamento fiscal mais favorável. Esses esquemas geralmente funcionam para explorar as diferenças das legislações tributárias nacionais e são facilitados por regras tributárias internacionais que foram criadas em grande parte há mais de 100 anos, em um ambiente de negócios muito diferente. A organização, tão atuante na área fiscal, ainda observa que esse tipo de planejamento tributário pode, muitas vezes, levar a uma dupla não tributação, ou seja, a situações em que a renda não é tributada em qualquer lugar (OECD, 2013).

As discussões sobre a temática se intensificaram após uma série de denúncias sobre como empresas multinacionais como Google e Apple utilizam planejamentos fiscais complexos a fim de concretizar o deslocamento de lucros (MORAIS, 2014). Há anos tem se verificado a tendência de gigantes como Google, FaceBook, Starbucks, Amazon, e tantas outras, redomiciliarem seus estabelecimentos em busca de uma carga tributária menor, em alguns casos por meio de planejamentos fiscais agressivos (FARIA, 2017).

Por outro lado, ultimamente tem se observado maior conscientização das multinacionais com relação aos planejamentos fiscais adotados, no contexto do cumprimento da sua efetiva capacidade contributiva (HAPPÉ, 2007). Assim, não está em causa a utilização em si dos planejamentos fiscais na gestão, operações e estratégias das empresas, mas quais os limites destes e o impacto dos mesmos na parcela justa do imposto, como costumou se chamar no Brasil (FARIA, 2017).

Os esquemas de evasão internacional se operam por meio da manipulação do elemento de conexão subjetivo, residência ou objetivo, a localização da fonte do rendimento, podendo ocorrer de duas formas: dos países de alta tributação para os de nula, baixa ou menor tributação, conhecido como bilateral, ou com a introdução de um outro(s) país(es) como intermediário(s), denominado triangular (PIRES, 2018).

A não distribuição de lucros a não residentes, por parte das sociedades residentes em espaços de tributação inexistente ou favorável; os preços artificiais; o aproveitamento da diferença de tributação relativa às diferentes formas de financiamento (subcapitalização); a utilização dos centros financeiros *offshore*; o comércio eletrônico, a economia digital responsável por gerar certos fenômenos de não tributação, são exemplos de aproveitamento de espaços fiscais sem tributação ou de reduzida tributação (PIRES, 2018).

Um dos obstáculos apontados para o combate às práticas fiscais agressivas é a dificuldade que os ordenamentos nacionais e as organizações internacionais encontram em definir planejamento tributário agressivo. A identificação desses esquemas também não é um trabalho simples, justamente pelo fato de tais mecanismos não afrontarem diretamente os ordenamentos jurídicos, como ocorre nos exemplos clássicos de fraude fiscal. A OCDE (2019) já apresentou mais de 400 exemplos de esquemas de planejamento tributário agressivo no documento *Aggressive Tax Planning Directory*.

Já a União Europeia procurou apresentar uma definição na COM (2012), segundo a qual "planejamento fiscal agressivo inclui o recurso a operações ou a estruturas artificiais e a exploração de diferença entre regimes fiscais".

Os planejamentos fiscais agressivos, além de suprimir receita tributária para os Estados competentes, estimulam a concorrência fiscal entre Estados, que por meio de práticas fiscais prejudiciais (*harmful tax practices)* procuram

atrair ou manter bases tributárias dentro do seu território, em detrimento de outro Estado (PIRES, 2018).

A prática de esquemas de planejamento tributário, legítimos ou agressivos, tem colaborado consideravelmente para a queda da receita fiscal arrecadada pelos Estados, que já se encontram fragilizados, em razão da dificuldade de tributar diante da mobilidade das bases econômicas e do emprego das novas tecnologias, inflamando, com isso, a discussão sobre a carga fiscal arcada pelas multinacionais e a tributação de acordo com a efetiva capacidade contributiva (*fair share of taxation)*. Como consequência, os Estados, buscando compensar a perda de receitas tributárias, sobrecarregam os impostos incidentes sobre as bases tributárias imóveis, por exemplo dos impostos sobre bens imóveis e impostos sobre o consumo, intensificando a desigualdade fiscal entre contribuintes que se beneficiam da mobilidade e aqueles cujas bases tributárias estão fixadas em um território.

4. *Fair Share of Taxation*

O imposto é o preço que pagamos por uma sociedade civilizada. Emblemática afirmação de Oliver Wendell Holmes Jr., jurista e juiz da Suprema Corte Americana, continua atual e encaixa-se perfeitamente na temática em análise. Retomando o caso Starbucks, o próprio chefe executivo da empresa no Reino Unido, em entrevista para a *Sky News*, destacou que o pagamento de impostos é responsabilidade da multinacional (NEWS.SKY, 2012). Entretanto, questiona-se se essa afirmação está em consonância com a lógica atual de pagamento de imposto, ou seja, com observância na efetiva capacidade tributária do agente econômico.

A OCDE observa que o clamor público com relação à evasão fiscal e às baixas taxas de impostos pagas pelas multinacionais atingiu níveis sem precedentes, e, caso não sejam controladas, colocam em risco a confiança dos cidadãos na justiça e integridade do sistema tributário como um todo, prejudicando, assim, o cumprimento voluntário de impostos por parte de todos os contribuintes, o que é essencial para uma administração fiscal eficaz (OECD, 2013).

No *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting,* a OCDE destaca a necessidade de adoção eficaz de cooperação internacional sobre a tributação, considerando importante envolver membros da OCDE, membros do G20, não membro da OCDE e ainda os países em desenvolvimento, devendo ainda empresas e a sociedade civil serem consultadas (OECD, 2013).

Na forma como se encontram os sistemas fiscais, a carga tributária tem sido em boa parte suportada pelas pessoas físicas, em muitos casos por empregados e investidores, podendo ainda, em algumas situações, ser suportada por consumidores e fornecedores. Isso ocorre porque, nesses casos, as bases tributárias são imóveis, dificultando a utilização de planejamentos fiscais.

Por tal razão, tanto se debate a necessidade de readequar os sistemas fiscais nacionais, permitindo que cada contribuinte, em especial as multinacionais, arque com uma parcela justa da tributação, termo que vem sendo adotado pelo Brasil para se referir ao conceito de *fair share of tax*, de acordo com a sua efetiva capacidade contributiva (STEVENS, 2014).

Pires (2018), ao comentar o caso Starbucks no Reino Unido e mencionar o relevante papel da sociedade civil e das organizações internacionais na concretização da *fair share*, destaca que a exigência de cumprimento da *fair share* alia-se ao movimento internacional de moralização fiscal e coloca em evidência o risco reputacional dos contribuintes que não atendam à efetiva capacidade contributiva.

O clamor moral para que as empresas contribuam com o fisco de acordo com sua real capacidade tributária reflete uma visão cosmopolita de mundo como sendo uma única comunidade, onde os cidadãos têm um dever moral de ajudar e suportar os demais, independentemente da relação que têm uns com os outros (seu local de residência, por exemplo) (STEVENS, 2014). Assim, atualmente impera, na atividade empresarial, a governança corporativa e a responsabilidade social, devendo a empresa, além de obter lucro, atender às expectativas legais e éticas, sendo o pagamento do imposto, dentro da sua efetiva capacidade contributiva, um elemento fundamental (HAPPÉ, 2007).

No caso Starbucks, a Comissão da União Europeia decidiu que as vantagens fiscais seletivas, concedidas pelos Países Baixos à multinacional, eram incompatíveis com as regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais. Na oportunidade, a comissária Margrethe Vestager, responsável pela política de concorrência, declarou que "as regras fiscais que reduzem artificialmente a carga fiscal de uma empresa não estão em conformidade com as regras da UE em matéria de auxílios estatais. São ilegais. Espero que, com as decisões de hoje, esta mensagem seja ouvida tanto pelos governos dos Estados-Membros como pelas empresas. Todas as empresas, grandes ou pequenas, multinacionais ou não, devem pagar a sua parte justa dos impostos" (EUROPEAN COMMISSION, 2013). Defende-se, ainda, que o cumprimento da *fair share taxation* não se limita ao pagamento efetivo do imposto, mas deve se refletir no dever de transparência nas informações reportadas às administrações tributárias, inclusive dos esquemas fiscais praticados.

A transparência fiscal pode esbarrar na proteção ao segredo de negócios, que, juntamente com o sigilo bancário, se relaciona com o sigilo fiscal, consistindo num conhecimento utilizável na atividade empresarial, de caráter industrial ou comercial, de acesso restrito (ZUGMAN, 2014). A ONU, no *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, considerou ser muito relevante a troca de informações, defendendo a abolição de diversas barreiras, dentre elas, o segredo bancário (BERTUCCI, 2003).

O cumprimento da *fair share* está intimamente relacionado com a efetividade dos sistemas fiscais envolvidos, com as políticas públicas praticadas e com o grau de satisfação dos contribuintes com seus Estados tributantes. Assim, por vezes, o desinteresse no pagamento do imposto decorre da ação estatal, envolvida em demasiado com corrupção, representada por governos populistas, comprometida com uma gama interminável e insustentável do que denominam "direitos sociais" e com concessão de benefícios fiscais duvidosos e agressivos, que afastam a neutralidade do elemento imposto, de modo a impactar substancial e prejudicialmente a igualdade e a concorrência fiscal.

A concretização da *fair share,* e, consequentemente, o cumprimento dos princípios da justiça tributária e igualdade, deve se dar com base na habilidade de pagar, que nada mais é do que a observância do princípio da capacidade contributiva (FARIA, 2017). E mais, o dever fundamental de pagar impostos no ambiente internacional nada mais é do que um desdobramento do princípio encontrado no seio do sistema constitucional (MORAIS, 2014).

Como solução para a adequação dos sistemas tributários a fim de se atingir a *fair share*, ganha força o posicionamento que defende a alteração dos princípios orientadores para a tributação, a fim de alcançar uma distribuição mais equitativa das receitas fiscais (STEVENS, 2014). Desta forma, a capacidade contributiva seria melhor observada se a tributação ocorresse no Estado de origem do rendimento (*taxation on the origin principle)* (STEVENS, 2014).

Princípio que defende a tributação exclusiva pelo Estado onde se dá a origem do rendimento, o que na prática demandaria a revisão das regras que concretizam os principios atuais da residencia e da fonte, em especial com relac'ao as regras concernentes à presenc'a de um estabelecimento estavel ou permanente na tributação das pessoas jurídicas.

Ademais, a tributac'ao na origem do rendimento demanda (i) o efetivo cumprimento das regras sobre prec'os de transferencia e (ii) maior coordenac'ao entre as regras tributarias que determinam as razoes pelas quais o rendimento deve ser tributado no pais de origem com as regras previstas para evitar dupla ou a nao tributac'ao (STEVENS, 2014).

5. Julgamento do "Caso Starbucks" pelo Tribunal Geral da União Europeia

Em 24 de setembro de 2019, ou seja, aproximadamente 7 anos após o "boicote" à rede Starbucks no Reino Unido, o Tribunal Geral da UE julgou o processo Starbucks sobre acordo prévio sobre preços de transferência (APAs) aprovado pelos Países Baixos, anulando a Decisão (UE) 2017/502 da Comissão Europeia, que entendeu constituir um auxílio estatal ilegal, ao permitir-lhes

deduções de custos que reduziram incorretamente seus lucros tributáveis (TJUE, 2019) .

A mídia veiculou que essa perda é um golpe sério para a luta da Comissão contra as decisões fiscais antecipadas (*tax rulings*) dos Estados-Membros que beneficiam as empresas multinacionais (DW, 2019).

Ocorre que a Comissão da UE pode ter perdido no ônus da prova, já que o Tribunal entendeu que a decisão anulada não teria comprovado a seletividade da vantagem concedida, uma das condições, previstas no artigo 107, (1) TFUE para enquadra o auxílio fiscal incompatível com as regras do mercado interno, mas a perda não foi total. Neste julgamento, assim como no julgamento do caso envolvendo o grupo FIAT, proferido na mesma data, situação em que a Comissão teve confirmada a decisão proferida contra o auxílio concedido pelo grão-ducado de Luxemburgo em favor da multinacional, a Comissão saiu vitoriosa ao ser reconhecida sua competência para verificar de forma autônoma se as transações transfronteiriças intragrupo estão em conformidade com as condições que seriam obtidas em concorrência aberta entre empresas independentes, sendo irrelevante, para tanto, que o princípio da plena concorrência tenha sido incorporado na legislação doméstica do Estado-Membro envolvido.

O resultado desse julgamento também demonstra que a forma pela qual estão estruturados os ordenamentos jurídicos domésticos nem sempre possibilita o cumprimento da *fair share*, sendo imprescindível a conscientização dos agentes econômicos quanto à necessidade de recolhimento da parcela justa, já que, mesmo antes de sair vitoriosa no Tribunal Geral da UE, a multinacional, reconhecendo o clamor popular, se comprometeu a recolher tributos "não devidos" ao Reino Unido.

6. Considerações Finais

Toda empresa deve decidir se e até que ponto deseja pagar sua parte justa do imposto. Do estudo compreende-se que essa decisão levará em conta a satisfação dos contribuintes e da própria empresa com seus Estados tributantes.

É certo que a concorrência entre empresas é inerente à atividade empresarial, e se feita de forma saudável, ou seja, quando o elemento fiscal não é o único ou mais importante nas decisões que levam à mobilidade das bases de tributação, permite maior competitividade e melhores resultados. Da mesma forma, a concorrência fiscal justa ou não prejudicial é relevante, já que emana do poder soberano de cada Estado e representa eficiência econômica e melhor administração da despesa pública.

O combate eficaz à evasão fiscal se dá pela prática da boa governança fiscal e pela concorrência leal no domínio da fiscalidade. Também impulsionado pela propagação de regimes fiscais transparentes, assegurando o pagamento de

imposto determinado em momento e lugar certos. Disso decorrerá, inclusive, sistema concorrencial mais transparente e igualitário entre as empresas, com ganhos efetivos para toda a sociedade.

Aponta-se, como alternativa para limitar e combater a evasão fiscal, a efetiva cooperação entre as administrações tributárias, visando à troca de informações indispensáveis; devem, contudo, ser observadas, obviamente, as regras constitucionais dos Estados envolvidos, mormente em questões de soberania, segurança e sigilo de dados.

O cumprimento voluntário da *fair share* nasce da somatória da conscientização e propagação da educação fiscal, com a criação de um ambiente favorável de investimentos e desenvolvimento da atividade empresarial, assegurando direitos e garantias constitucionalmente previstos.

A emblemática utilização do caso Starbucks para ilustrar o presente trabalho contribui com algo muito extraordinário à problemática exposta, qual seja, a atuação dos consumidores. Pois é certo que as administrações tributárias já têm o dever de trabalhar para evitar as mais diversas formas de evasão fiscal pelo bem de seus Estados (em todos os sentidos, não somente o arrecadatório, conforme exposto), mas a inclusão da sociedade civil, normalmente tão alheia a questões desta magnitude, influenciando decisivamente no cumprimento da *fair share* na ocasião, foi realmente algo inovador e que merecerá muitos outros estudos.

Independentemente do julgamento pelo Tribunal Geral da União Europeia sobre o tratamento fiscal concedido à Starbucks no mercado UE, fica como lição deste caso as considerações da comissária Margrethe Vestager, quando a Comissão Europeia entendeu pela incompatibilidade da medida fiscal, decisão posteriormente, em 2019, anulada pelo Tribunal: "Todas as empresas, grandes ou pequenas, multinacionais ou não, devem pagar a sua parte justa dos impostos" (EUROPEAN COMMISSION, 2013). Caberia, assim, precipuamente aos Estados e aos contribuintes em geral, a conscientização quanto à necessidade de enfrentar as deficiências persistentes para efetiva tributação global, a fim de conjuntamente poderem garantir o cumprimento da *fair share*, da *fair tax competition*.

Trata-se da preponderância da *fair share* em detrimento das práticas fiscais prejudiciais (*harmful tax practices*) e dos esquemas de evasão fiscal internacionais.

Referências Bibliográficas

BERTUCCI, G. **Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries**. New York: United Nations, 2003.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; MOREIRA, Francisco Lisboa (Org.). **Manual de preço de transferência.** BEPS, Brasil & OCDE – Volume 1. França: Quartier Latin, 2018.

COM - COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO. **Sobre os meios concretos para reforçar a luta contra a fraude fiscal e a evasão fiscal, incluindo em relação a países terceiros**. [S.l], 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0351&from=EN>. Acesso em: 20 maio 2019.

DE BROE, Luc. The State Aid Review against Aggressive Tax Planning: "Always Look at a Gift Horse in the Mouth". **EC Tax Review**, p. 2013-2016, 2015.

DW. EU court rules in Starbucks' favor in tax dispute. 2019. Disponível em: https://www.dw.com/en/eu-court-rules-in-starbucks-favor-in-tax-dispute/a-50558612. Acesso em: 4 set. 2020

EUROPEAN COMMISSION. **Commission decides selective tax advantages for Fiat in Luxembourg and Starbucks in the Netherlands are illegal under EU state aid rules**. 2015. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_en.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

EUROPEAN COMMISSION. **C (2015) 7143 final - COMMISSION DECISION of 21.10.2015 ON STATE AID SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) implemented by the Netherlands to Starbucks**. 2015. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1762441_575_2.pdf. Acesso em: 4 set. 2020

FARIA, Renato Vilela, **Moralidade Fiscal, Parcela Justa do Imposto e Direitos dos Contribuintes – Parte 1**. São Paulo: IBDEE, 2017. Disponível em: <http://www.ibdee.org.br/2015/moralidade-fiscal-parcela-justa-do-imposto-e-direitos-dos-contribuintes-parte-1-renato-vilela-faria>. Acesso em: 20 maio 2019.

FORBES. **If Starbucks Makes Losses In The UK Then Why The Demand It Pays Profit Taxes**?. [S.l], 2012. <https://www.forbes.com/sites/timworstall/2012/12/16/if-starbucks-makes-losses-in-the-uk-then-why-the-demand-it-pays-profit-taxes/#13cf4f343bf4>. Acesso em: 20 maio 2019.

FORRESTER, Emily. Is the State aid regime a suitable instrument to be used in the fight against harmful tax competition? **EC Tax Review**, v. 27, n. 1, p. 19-35, 2018.

GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. State aid and transfer pricing: The inherent flaw under a supranational reference system. **Intertax**, *[S. l.]*, v. 46, n. 12, p. 994-1010, 2018.

HAPPÉ, Richard. Multinationals, Enforcement Covenants and Fair Share. **Intertax**, v. 35, n. 10, p. 537-547, 2007.

MONEY. **Starbucks to pay more** U.K. taxes. [S.l], 2012. Disponível em: <https://money.cnn.com/2012/12/06/news/companies/starbucks-uk-taxes/index.html>. Acesso em: 20 maio 2019.

MORAIS, Carlos Yury Araújo de. **O dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para alcançar a equidade na tributação da renda mundial**. 2014. 51 p. Dissertação (Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Faculdade Integral Diferencial, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/4879/Carlos%20Yury%20Ara%C3%BAjo%20de%20Morais_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 maio 2019.

NEWS.SKY. **Starbucks Boss: 'We Pay Our Fair Share Of Tax'**. [S.l], 2012. Disponível em: <https://news.sky.com/story/starbucks-boss-we-pay-our-fair-share-of-tax-10466883>. Acesso em: 20 maio 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD**). A OCDE e o Brasil lançam projeto para examinar as diferenças nas regras fiscais internacionais.** [S.l], 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/a-ocde-e-o-brasil-lancam-projeto-para-examinar-as-diferencas-nas-regras-fiscais-internacionais.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

OECD. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting** Paris, 2013. 25 p. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

OECD. **Addressing base erosion and profit shifting**. Paris, 2013. 25 p. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page27>. Acesso em: 20 maio 2019.

OECD. **Co-operation and exchange of information on ATP**. [S.l], 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/co-operation-and-exchange-of-information-on-atp.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

PASTORE, Affonso Celso; PINOTTI, Maria Cristina. Globalização, fluxos de capitais e regimes cambiais: reflexões sobre o Brasil. **Estudos Econômicos (São Paulo)**, v. 30, n. 1, p. 5-26, 2000.

PIRES, Rita Calçada. **Manual de Direito Internacional Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2018, 384 p.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. O BRICS e o Projeto BEPS: uma visão geral do ponto de vista brasileiro. **Lei Russa: teoria e prática**, n. 2, p. 17-32, 2016. Disponível em: <https://elibrary.ru/item.asp?id=27001673>. Acesso em: 20 maio 2019.

STEVENS, S. A. The Duty of Countries and Enterprises to Pay Their Fair Share. **Intertax**, v. 42, n. 11, p. 702-708, 2014.

TANZI, Vito. **Globalização, desenvolvimentos tecnológicos e o trabalho dos cupins fiscais** . Fundo Monetário Internacional, 2000.

THEGUARDIAN. **Starbucks to pay £20m in tax over next two years after customer revolt**. Londres, 2012. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/2012/dec/06/starbucks-to-pay-10m-corporation-tax>. Acesso em: 20 maio 2019.

TJUE. **ECLI:EU:T:2019:669. Acórdão do Tribunal Geral 24 de setembro de 2019.** Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218101&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=18572768. Acesso em: 20 maio 2019.

VOS, Bram. State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks? **Ec Tax Review,** p. 113-120, 2018.

ZUGMAN, Daniel Leib. **Processo de concretização normativa e direito tributário**: transparência, justificação e zonas de autarquia do sigilo fiscal. Dissertação (Mestrado em Direito) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11735?show=full>. Acesso em: 20 maio 2019.

Diálogos entre os Regimes Fiscal e Societário no Contexto do Aproveitamento de Ágio

Mauricio Moreira Menezes[1]
Gabriel Vargas de Menezes[2]

Introdução

O problema do ágio gerado a partir de operações de reorganização societária tem sido objeto de controvérsia entre contribuintes e Fazenda Pública, especialmente no que diz respeito a seu aproveitamento fiscal, repercutindo de modo relevante no ambiente de negócios, particularmente no mercado de "fusões e aquisições" (na língua inglesa, *mergers and acquisitions*, conhecido pela sigla M&A).[3]

De fato, quando da análise de certo investimento, o empresário busca compreender, com a maior precisão possível, o "valor de empresa" do "ativo-alvo", i.e., da unidade de produção ou da entidade (personificada ou não) alocada para explorá-la (*v.g.*, sociedade empresária, consórcio, estabelecimento, etc.), dentro da usual complexidade que envolve indicadores contábeis, econômicos e financeiros.[4]

O valor de empresa é, em geral, fixado a partir de um intervalo de valores sugeridos em laudos de avaliação elaborados por economistas ou financistas e

---

1. Professor titular de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2. Discente da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

3. Para os fins do presente estudo, serão consideradas como operações de reorganização societária (gênero para espécies como fusão, cisão e aquisição de controle societário) aquelas regulamentadas pela Lei nº 6.404/76 ("LSA"), aqui identificadas como "o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação, que se concretiza por meio da 'combinação de negócios' e de reorganizações societárias" (BOTREL, Sérgio. **Fusões e Aquisições**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 21). De acordo com o referido autor, estariam incluídas nessa terminação "não somente compras de ativos empresariais e participações societárias, e a união de duas ou mais sociedades para a formação de uma terceira, mas também a formação de grupos societários, a constituição de sociedades de propósito específico (SPE), a contratação de sociedade em conta de participação (SCP), a formação de consórcios, a cisão, a incorporação de sociedades ou de ações, etc.".

4. Para fins deste capítulo, será usada a expressão "ativo-alvo" como a entidade objeto da aquisição ou do investimento.

deve abranger, dentre outros elementos, o denominado "ativo intangível", definido pela Ciência Contábil como "um ativo não monetário identificável sem substância física".[5]

Será determinante para a fixação do valor da operação de que se trata: caso se esteja diante da compra das ações representativas do controle acionário de uma companhia, o preço tende a ser negociado com base naquele valor de empresa, sobre o qual incidem outros dados, como endividamento líquido, contingências identificadas em *due diligence*, prêmio de controle, etc., de tal sorte a se identificar o "valor justo" das ações.

Nessa linha de raciocínio, é frequente o fato de o valor de empresa ser distinto do valor patrimonial do ativo-alvo, assim considerado o valor escriturado como patrimônio líquido ("valor de livro").

O ágio entra justamente neste ponto. Em linguagem simplista, corresponde à diferença entre o valor atribuído ao negócio (*v.g.*, preço de compra das ações de uma companhia) e o valor de livro do ativo-alvo.

Como elemento que compõe o investimento, o ágio tem importante papel na estruturação de operações societárias, permitindo que, por meio do adequado planejamento fiscal, as partes envolvidas agreguem valor ao ativo-alvo e ao próprio negócio jurídico que se propõem a celebrar.

O objetivo deste capítulo é delimitar os contornos jurídicos do ágio, as diferentes alterações em sua regulamentação, as discussões produzidas no âmbito jurisprudencial e doutrinário e suas repercussões nas operações de reestruturação societária.

1. Noções Preliminares

Inicialmente, vale revisitar os conceitos de imposto de renda, de dedutibilidade fiscal e do método de equivalência patrimonial, cujas noções são essenciais para a boa compreensão da questão do ágio e de seus efeitos fiscais e negociais.

O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é definido no art. 43 do Código Tributário Nacional, correspondendo à aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

Logo, deve haver um ganho de capital ou acréscimo patrimonial para que se atraia a incidência desse tributo.

---

5. Pronunciamento Técnico nº 4 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC-04. A marca, a promoção de pesquisas com vistas à evolução da técnica de produção ("P&D"), o ponto empresarial, o aviamento, dentre outros, são todos bens incorpóreos e de difícil valoração, inclusive em razão da dinâmica da atividade empresária, cujos contornos podem ser alterados em virtude das diferentes circunstâncias socioeconômicas.

No caso específico da pessoa jurídica, o regime que regulamenta a aplicação do imposto autoriza a dedução de determinados prejuízos na apuração de seu resultado, como bem leciona Cláudio Tessari:

> O ponto de partida é que a utilização do ágio tem lugar na apuração do lucro real, reduzindo o montante da base de cálculo do IRPJ/CSLL. O lucro real, por sua vez, é o lucro líquido apurado conforme a lei societária ajustado pelas adições e exclusões previstas na lei fiscal. Assim, como leciona Alberto Xavier: 'a determinação do lucro real incumbe primariamente ao contribuinte, obrigado a demonstrá-lo analiticamente com dados extraídos da sua contabilidade regular, de tal modo que o dever de investigação do fisco atua subsidiariamente' [...] A soma das rendas e/ou proventos forma o lucro líquido societário que, ajustado pelas adições e exclusões, torna-se o lucro real, base de cálculo do IRPJ/CSLL. Deste modo, se a utilização do ágio (quando da incorporação) reduz a formação do lucro real, e não o seu mero reconhecimento ou mensuração (quando da aquisição), é consequência da sua utilização quando, efetivamente, ocorrem os efeitos tributários.[6]

Por outro lado, a lei societária consagrou o método de equivalência patrimonial para a avaliação de ativos (MEP), com o propósito de aumentar a precisão dos registros patrimoniais, assimilando a rentabilidade do investimento realizado em sociedades controladas e coligadas.

Assim, a aplicação do MEP consiste em "reconhecer os efeitos da variação do patrimônio líquido de cada controlada, coligada e equiparada no exercício social em que ocorre, independentemente de sua realização financeira".[7]

A referida determinação está disposta no art. 248 da LSA, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.941/2009, cujo maior mérito foi a adequação da LSA às práticas contábeis internacionais, como detalhadamente comentado adiante.

2. Conceito e Evolução Normativa do Ágio

Segundo José Luiz Bulhões Pedreira, o ágio consiste no custo parcial de aquisição de participação societária, correspondente a valores que não se acham registrados na escrituração de sociedade controlada ou coligada, objeto de dito investimento.[8]

---

6. TESSARI, Cláudio. A desconsideração do laudo de mensuração dos ativos e do ágio por rentabilidade futura previsto na Lei 12.973/2014, e a observância dos princípios da motivação, ampla defesa e contraditório. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 128, p. 11, mai./jun. 2016.

7. SANTOS, Ariovaldo; MACHADO, Itamar Miranda. Investimentos avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial – Erro na contabilização de dividendos quando existem lucros não realizados. **Revista de Contabilidade Financeira da USP**, n. 39, p. 7, nov./dez. 2005.

8. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 704.

Pode-se dizer que tais valores, sem registro contábil no ativo-alvo, equivalem a uma espécie de "sobrevalor", fundado na expectativa de retorno econômico que justificou o investimento no ativo-alvo.

Com efeito, uma vez identificado e quantificado, o ágio deve ser registrado como elemento do ativo da investidora e assim permanecer enquanto existir a referida expectativa de rentabilidade.

Portanto, caso a sociedade investida apure efetivamente esse sobrevalor e o compute em seu resultado – prossegue Bulhões Pedreira –, "a investidora recupera (através da participação no resultado) o capital por ela aplicado e escriturado como custo de aquisição das ações ou quotas; e, se a controlada ou coligada realiza valor menor do que o pago pela investidora, esta deve reconhecer na sua escrituração a perda do capital aplicado".[9]

No que se refere à motivação pelo pagamento do sobrevalor, aduz Sérgio Bento que:

> Por lógica, aquele que entra na posição negocial que antes não lhe pertencia, total ou parcialmente, **espera ser bem melhor sucedido que o anterior e por isso entrega importância ou bens além do que a contabilidade reconhece como património** de uma riqueza dinâmica mensurada segundo alguns princípios na data dessa transação. Arrisca-se, portanto, quem toma a nova posição do negócio, justificado na esperança de que o novo negócio trará um fluxo de remuneração, lucros, maior do que o demonstrado nos balanços contábeis até o presente momento pelo empreendimento[10] (*grifou-se*).

O ágio pode ser entendido, dessa forma, como uma parcela do custo de aquisição de determinada participação societária, que supera o valor do patrimônio líquido da sociedade investida, cujo desembolso é motivado pelas perspectivas de rentabilidade por ocasião de sua realização.

Aliás, é importante distinguir dois efeitos, que repercutem reciprocamente e que centralizam o diálogo entre direito societário e direito tributário.

Assim, sob o aspecto patrimonial, há regras que tratam do reconhecimento do ágio por quem investe e adquire a participação societária, lidando com seus fundamentos e mensuração.

Em outro sentido, sob o aspecto tributário, há regras que tratam do aproveitamento do ágio, de tal maneira a autorizar sua dedução da base de cálculo da tributação sobre a renda. Como bem afirmado por Heron Charneski, "o reconheci-

9. Loc. cit.

10. BENTO, Sergio. Tratamento tributário do ágio In: VIEIRA, Marcelo Lima; CARMIGNANI, Zabetta Macarini BIZARRO, André Renato. **Lei n. 12.973/14:** Novo Marco Tributário. São Paulo, Quartier Latin, 2015. p. 125-126.

mento do ágio surge quando da aquisição de um investimento. A utilização do ágio surge em momento posterior, em dado evento de amortização fiscal".[11]

Nessa linha, convém examinar a dinâmica que leva ao aproveitamento do ágio, retratando, de modo apartado, seus diferentes momentos: primeiramente, aquele relativo a sua escrituração – à luz das regras da contabilidade empresarial – e, na sequência, a possibilidade de empregá-lo para a redução do valor do imposto a pagar – como é permitido, por sua vez, pela legislação tributária. Isso porque, como se verá ao longo deste ensaio, uma análise mais aprofundada sugerirá a sua interdependência.

Afinal, seria impensável o aproveitamento fiscal do ágio sem que este seja mensurado e contabilizado corretamente, ato que lhe torna oponível à fiscalização. Caso contrário, o risco de sua desconsideração pela autoridade fazendária eleva-se significativamente, como leva a crer a jurisprudência em torno da questão.

É o que se verá adiante, a começar pelas mutações em seu regime normativo, desde os idos dos anos 1970, época de sua introdução no ordenamento brasileiro.

2.1 O ágio no Decreto-Lei nº 1.598/1977

O Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, foi editado para fins de adaptar a legislação do Imposto sobre a Renda às alterações promovidas pela LSA, então recém-promulgada.

Especificamente, o art. 20 daquele diploma estabelecia que o contribuinte deveria, ao contabilizar o investimento em sociedade controlada, desdobrar o custo de aquisição em valor de patrimônio líquido na época da aquisição e no ágio ou deságio na aquisição, que era a diferença entre o custo de aquisição do investimento e seu valor patrimonial.

Note-se que a primeira disciplina do ágio se ateve ao caráter de **declaração** de seu valor, como um componente do custo de aquisição. Portanto, o reconhecimento do referido valor tinha fins meramente escriturais, sem produção de efeitos na seara tributária.

Na sequência, além da determinação de que esse registro fosse feito em subconta distinta daquela em que identificado o valor de patrimônio líquido da sociedade adquirida[12], exigiu-se a indicação de **fundamentação econômica**, isto é, o motivo que levou o investimento a ser feito por montante superior àquele valor patrimonial.

---

11. CHARNESKI, Heron. A nova disciplina tributária do ágio (Lei nº 12.973/2014). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 235, p. 90, abr. 2015.

12. "§ 1º O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento." (art. 20, Decreto-Lei nº 1.598/1977).

Tal motivação econômica poderia ser pautada, na lógica do Decreto-Lei nº 1.598, em uma das três seguintes justificativas: (i) valor de mercado de bens do ativo da controlada superior ao custo registrado em sua contabilidade; (ii) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em projeção dos resultados nos exercícios futuros; ou (iii) "fundo de comércio", ativos intangíveis e outras razões econômicas.

Logo, a melhor interpretação daquela norma foi no sentido de não tornar prevalente qualquer um dos três referidos fundamentos, de tal sorte a admitir o emprego de qualquer deles, indistintamente.[13]

Nesse sentido, sustentou Ricardo Mariz de Oliveira que a fundamentação econômica do ágio estava prevista em lei **sem ordem de prioridade**, devendo variar conforme a motivação que levou a adquirente a pagar preço de valor superior ao contábil.[14]

A propósito da forma como deveria ser feita a exposição da motivação econômica do ágio, embora o § 3º do aludido dispositivo fizesse menção à "demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração", não chegou a exigir a elaboração de laudo técnico, a qual surgiu como "fruto de posterior e recente criação de intérpretes da lei e que somente passou a estar prevista expressamente na Lei nº 12.973 no ano de 2014".[15]

Assim, uma vez disciplinada a demonstração do valor do ágio e dos fundamentos que lhe deram origem, o Decreto nº 1.598/77 passou a tratar de seus aspectos tributários.

Com efeito, o **art. 34 tratou da dedutibilidade do ágio contabilizado**, como perda de capital, nos casos de fusão, incorporação ou cisão de sociedades com

13. A esse respeito, vale citar a doutrina de Karem Jureidini Dias: "Por óbvio que o ágio precisava estar respaldado em fundamento econômico comprovado, mas não havia que se seguir uma ordem de eleição de fundamento para a qualificação do ágio. O ordenamento jurídico assim não previa. As Ciências Contábeis também não determinavam qualquer ordem de eleição de fundamento econômico, tampouco normatizaram a conotação do fundamento de rentabilidade futura. No Direito Positivo, o ágio recebia o seu efeito fiscal, conforme o seu fundamento econômico respaldado em laudo, mas aferido independentemente de ordem de eleição" (DIAS, Karem Jureidini. O ágio com a intertextualidade da normativa. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. v. 2. São Paulo: Dialética, 2011. p. 86.

14. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O tratamento do ágio e do deságio para fins tributários e as modificações da Lei nº 12.973 (comparações entre dois regimes). **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 14, n. 84, p. 40, nov./dez. 2016.

15. QUEIROZ, Mary Elbe; QUEIROZ, Elmo. Do antigo ágio-perda passando pelo ágio-rentabilidade até o novo ágio goodwill: Um giro de 360°. In: FREIRE, Elias Sampaio; DIAS, Karem Jureidini; QUEIROZ, Mary Elbe (Coords.). **Grandes Questões em Discussão no CARF**. São Paulo: Foco Fiscal, 2014. p. 291.

extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, mencionando textualmente que "somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado".

Dessa maneira, vale sugerir o seguinte exemplo, para melhor expressar a racionalidade desse conjunto de normas: (i) uma sociedade "A" adquire as ações de emissão de uma sociedade "B" por R$100 milhões, cujo patrimônio líquido equivale a R$20 milhões; "A" deve escriturar, em sua contabilidade, um ágio de 80 milhões de reais, resultado da diferença entre o custo de aquisição (R$100 milhões) e o patrimônio líquido de "B" (R$ 20 milhões), nos moldes do referido art. 20; (iii) em seguida, para avaliar o *quantum* a ser deduzido em futura incorporação, o que se considera é o valor de mercado de "B", que corresponde, diga-se, a R$90 milhões. Extraindo-se do custo de aquisição de R$100 milhões, conforme determina o art. 34, chega-se ao montante dedutível – como perda de capital para fins de apuração de IRPJ – de R$10 milhões (R$100 milhões – R$90 milhões).

Logo, o ágio registrado contabilmente em sociedade que adquirisse participação em outra sociedade se tornaria dedutível na apuração do lucro real quando alienação ou liquidação do investimento, tão somente. Tal dedução, reitere-se, a título de perda de capital.

Apesar da possibilidade de dedução, tal perda apenas se verificaria se o valor de mercado do acervo líquido da participação fosse inferior a esse valor desembolsado na compra, o que significava indesejável desvantagem, por minimizar o valor dedutível. O art. 325, I, do Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR) vigente à época, reforçava a regra, que era rigidamente aplicada pelas autoridades fiscais.

2.2 O ágio a partir da Lei nº 9.532/97: rentabilidade futura

A Lei nº 9.532/97 foi editada, declaradamente, com propósitos antielisivos, como se lê em sua Exposição de Motivos, elaborada pelo Ministério da Fazenda, cujo trecho a esse respeito é a seguir reproduzido:

> O art. 8º estabelece o tratamento tributário do ágio ou deságio decorrente da aquisição, por uma pessoa jurídica, de participação societária no capital de outra, avaliada pelo método da equivalência patrimonial.
>
> Atualmente, pela inexistência de regulamentação legal relativa a esse assunto, diversas empresas, utilizando dos já referidos "planejamentos tributários", vêm utilizando o expediente de adquirir empresas deficitárias, pagando ágio pela participação, com a finalidade única de gerar ganhos de natureza tributária mediante o expediente, nada ortodoxo, de incorporação de empresa lucrativa pela deficitária. Com as normas previstas no Projeto, esses procedimentos não deixarão de acontecer, mas, com certeza, ficarão restritos às hipóteses de casos reais, **tendo em vista o desaparecimento de toda**

> **vantagem de natureza fiscal que possa incentivar a sua adoção exclusivamente por esse motivo**[16] (*grifou-se*).

Não obstante, o resultado de sua promulgação foi em sentido oposto, autorizando a pessoa jurídica, que realizasse operação de aquisição, fusão ou cisão, a amortizar fiscalmente o ágio apurado sob justificativa de rentabilidade futura (art. 7º, III). Tal amortização se daria à proporção de, no máximo, 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração.

Dessa forma, mesmo em tentativa deliberada de coibir a elisão fiscal, a Lei nº 9.532/97 acabou positivando tratamento tributário significativamente mais favorável ao contribuinte, trazendo a possibilidade de dedução de um montante a título de ágio, até então indedutível quando da nova operação de reorganização ou liquidação dos ativos, como bem comentado por Mary Elbe de Queiroz:

> Enfim, a nova norma do Ágio-Rentabilidade findou provocando um efeito inverso: se antes, ao trazer um laudo ou demonstrativo justificando o ágio em empresa deficitária, a adquirente ficava descoberta ao tentar baixar o valor de mercado para conseguir deduzir grandes perdas (planejamento tributário ilícito); agora, com a Lei nº 9.532/97, o laudo ou demonstrativo iria lhe ajudar, **pois todo o valor do laudo, se estivesse fundado em rentabilidade futura, lhe permitiria deduzir, não como perda, mas diretamente como ágio (planejamento tributário lícito)**. Em outras palavras, um laudo com valores avantajados, ao invés de fazer prova contra o contribuinte (para dedução de perda), agora era matéria probatória que o fisco tinha que aceitar (para dedução do ágio). **Ou seja, ao invés de reprimir, a norma criou uma oportunidade nova, um benefício fiscal**[17] (*grifou-se*).

Os efeitos das alterações trazidas pela nova normativa fiscal do ágio foram registrados pela mídia especializada: reportagens de jornais de grande circulação, tal qual a *Folha de S.Paulo*, faziam referência ao tema a partir de títulos como "Ágio da privatização volta para empresas"[18]; e "União 'devolve' ágio de R$ 7,5 bilhões".[19]

---

16. Como se vê da ementa de decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF"): "Para fins de determinar o lucro real, a dedutibilidade do ágio pago na aquisição de participação societária em decorrência de incorporação está condicionada a apuração de todo o acervo líquido com base em avaliação a preço de mercado, respaldada em laudo adequado" (BRASIL. Ministério da Fazenda. Exposição de Motivos nº 644. **Diário do Congresso Nacional,** p. 18.021, 2 dez. 1997.

17. QUEIROZ, Mary Elbe; QUEIROZ, Elmo. **Op. cit**. p. 307-308.

18. LOBATO, Elvira. Ágio da privatização volta para empresas. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 4 dez. 1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0412199929.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

19. Idem. União "devolve" ágio de R$ 7,5 bilhões. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 9 abr. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0904200015.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

À época, estava em execução o Programa Nacional de Desestatização (PND), daí se inferindo que o benefício fiscal instituído pela Lei nº 9.532/97 operou como incentivo para atração de investimentos destinados à aquisição das empresas estatais incluídas no PND.

Assim, o elevado ágio pago nessas operações poderia vir a ser deduzido fiscalmente pelos respectivos compradores, gerando disponibilidades de caixa.

Segundo defendido por Gustavo Lian Haddad e Izabela Cesarino Vecchi, "o benefício se tornou característica notória e relevante do ambiente de investimento brasileiro, servindo de vetor que [...] facilita operações de aquisição de empresas fechadas e abertas, favorecendo o dinamismo da economia e das empresas brasileiras".[20]

De fato, quando da virada do século, o PND já havia arrecadado bilhões para os cofres públicos, em situações, no mínimo, favoráveis aos adquirentes e com ágios impressionantes.

Caso relevante refere-se à privatização das companhias que compunham o chamado "Sistema Telebrás" [que incluía as estaduais Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. (TELERJ) e Telecomunicações de São Paulo S.A. (TELESP)], por meio da qual foram arrecadados cerca de R$22 bilhões, com um ágio médio de 63,7%. O controle societário da Empresa Brasileira de Telecomunicações (EMBRATEL) foi alienado pelo preço de R$2,65 bilhões, com ágio de 47,5%. No setor bancário, a desestatização do Banco do Estado de São Paulo S.A. (BANESPA), ocorrida em novembro de 2000 e que envolveu cerca de R$ 7 bilhões, representaria um dos maiores ágios já vistos no mercado brasileiro: 281,02%.[21]

O aproveitamento de ágio não se limitou às hipóteses de alienação de controle acionário de companhias estatais e se espraiou para as demais operações realizadas em mercado. Inegável, dessa maneira, sua relevância no ambiente de fusões e aquisições brasileiro.

2.3 Alterações Advindas da Lei nº 12.973/2014

A Lei nº 12.973/2014, resultado da conversão da Medida Provisória nº 627/2013, produziu um sem-número de alterações, por consequência da adaptação do Brasil às práticas contábeis internacionais (promovida pela Lei nº 11.638/2007) e da natural necessidade de se mitigarem as discussões sobre os respectivos efeitos fiscais.

---

20. HADDAD, G. L.; VECCHI, I. C. A contagem do prazo decadencial no questionamento de dedutibilidade das despesas de amortização de ágio na aquisição de investimentos. In: ANAN JR., Pedro (Coord.). **Planejamento Fiscal.** v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 1.064.

21. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/privatizacoes-ganharam-forca-partir-dos-anos-90-10448501>. Acesso em: 25 abr. 2020.

Nessa adaptação jurídico-contábil, alterou-se o conceito de ágio previsto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598/77, de tal sorte a determinar o desdobramento do custo de aquisição de participação societária em três elementos distintos: (i) valor do patrimônio líquido da sociedade; (ii) mais-valia dos ativos; e (iii) *goodwill*, ou o ágio por expectativa de rentabilidade futura.

Segundo João Francisco Bianco, a racionalidade passou a ser a seguinte: o adquirente deve identificar o valor justo de todos os ativos da sociedade investida e comparar com o valor de seu patrimônio líquido. A respectiva diferença consiste na "mais ou menos-valia". Em seguida, a soma do valor contábil do patrimônio líquido com o valor da "mais ou menos-valia" deve ser comparada com o preço pago pela participação societária, sendo a diferença considerada como ágio. Cada um desses valores – valor patrimonial do investimento, "mais ou menos-valia" e ágio por rentabilidade futura – deve ser lançado em subcontas distintas na contabilidade.[22]

O escopo dessa adaptação foi reconhecer, por ocasião da declaração do ágio, o chamado *fair value* ou *fair price*, i.e., o "valor justo" do investimento.

Nesse sentido, o Pronunciamento Técnico CPC 04, aprovado pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis, define que o **valor justo** de um ativo "é o valor pelo qual um ativo pode ser negociado entre partes interessadas, conhecedoras do negócio e independentes entre si, com ausência de fatores que pressionem para a liquidação da transação ou que caracterizem uma transação compulsória"[23].

O resultado lógico desse método de apuração do ágio corresponde ao fim da sua **fundamentação tripartida**, com o abandono da divisão entre as três anteriores justificativas econômicas que motivavam o pagamento do sobrevalor e que poderiam ser escolhidas a critério do investidor.

Portanto, a fundamentação cinge-se ao *goodwill*, consubstanciado na expectativa de rentabilidade dos ativos, a ser devidamente demonstrada por meio de laudo elaborado por perito independente, exigência que constituiu outra inovação da Lei nº 12.973/2014.[24]

---

22. BIANCO, João Francisco. O conceito de valor justo e seus reflexos tributários. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. v. 5. São Paulo: Dialética, 2014. p. 169.

23. Vide, por todos: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Imposto de renda das empresas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 786.

24. Comenta André Mendes Moreira que: "Portanto, não se trata mais do ágio da diferença entre o custo do investimento e o valor patrimonial das ações da investida, mas sim, tal qual o seu conceito consolidado na teoria contábil, da diferença entre o custo de aquisição e o valor justo (*fair value*) do investimento, terminologia importada pelo CPC dos IFRS – International Financial Reporting Standards. Para designar o valor intermediário (entre o valor patrimonial e o valor justo), a lei reconheceu o conceito de mais-valia. Perceba-se que o contribuinte não mais elege a fundamentação econômica do ágio. Isso porque somente a expectativa de rentabilidade futura pode justificar o pagamento de

Ademais, deve o laudo ser registrado na Receita Federal ou em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, "até o último dia útil do décimo terceiro mês subsequente ao da aquisição da participação", cuja inobservância pode gerar sua desconsideração pela autoridade fiscal.

Nessa lógica, o laudo assume eficácia constitutiva do ágio, como bem examinado por Túlio Anderson Soares de Lira:

> Mais do que nunca, teremos a figura do laudo como requisito de constituição do ágio amortizável. Até as reformas de 2015, tínhamos o Decreto-lei 1.598/1977 apenas reclamando a figura das "demonstrações", que o contribuinte deveria manter consigo, a fim de que apontasse as razões da alocação do ágio na(s) categoria(s) que indicasse. Apesar de ser um embasamento mais frágil, já era possível enxergar o papel essencial desse documento de justificação no reconhecimento do ágio por rentabilidade futura no mundo jurídico. **A partir das inovações trazidas pela Lei de 2014, o laudo é expressamente exigido como "parte" da alocação; é pressuposto dessa, e, portanto, a constitui**. Sem o depósito (até o 13° mês subsequente) do correto laudo de demonstração e avaliação do ágio, todo o valor tributariamente reconhecido e amortizável cairá por terra [...] Essa padronização, por outro lado, não virá sem seu bônus: certamente trará um aumento em termos de segurança jurídica. Fim de contas, por diversas vezes nos deparamos com decisões díspares – quando não diametralmente opostas – em relação a determinados requisitos de validade do laudo de avaliação, os quais agora se cristalizam na literalidade da nova redação [25] (*grifou-se*).

Outra alteração promovida pela Lei nº 12.973/2014, digna de nota, constitui a definição do que seriam as chamadas "partes dependentes", inédita e que se deriva de ampla discussão jurisprudencial, especialmente no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Dessa maneira, o ágio contabilizado na participação na sociedade absorvida em nova operação de incorporação, fusão ou cisão poderá ser excluído na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL à razão máxima de 1/60 (um sessenta avos) para cada mês do período de apuração, desde que essa operação seja realizada entre **partes independentes**.

---

preço pelo investimento acima da soma do valor de mercado de seus ativos. Desapareceu, portanto, a problemática fundamentação tripartida do ágio. Também, passou-se a exigir, no parágrafo 3º do referido dispositivo legal, que tanto a mais-valia quanto o ágio sejam fundamentados por meio de laudo elaborado por perito independente, exigindo-se também o protocolo deste laudo na Receita Federal do Brasil ou o registro do seu sumário em Cartório de Registro de Títulos e Documentos, isso até o último dia útil do 13º mês subsequente ao da aquisição da participação" (MOREIRA, André Mendes et al. O Tratamento Fiscal do Ágio e a problemática do Ágio 'Interno' antes e após a vigência da Lei nº 12.973/2014. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 228, p. 11, São Paulo, set. 2014.

25. LIRA, Túlio Anderson Soares de. O laudo de mensuração do ágio por rentabilidade futura em operações societárias – antes e após a Lei 12.973/14. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 242, p. 141-142, São Paulo, nov. 2015.

Em outras palavras, a Lei nº 12.973/2014 vedou expressamente o aproveitamento do chamado "ágio interno", examinado detidamente adiante.

3. Ágio Interno

O ágio interno refere-se àquele apurado entre sociedades sob controle comum, a quem se pode imputar a perda de sua independência, de tal modo que se sujeitam à vontade de único controlador.

Apesar de ser inovação da Lei nº 12.973/2014, a questão já era tratada no plano regulatório, valendo citar a Resolução nº 1.110/2007 do Conselho Federal de Contabilidade e do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, da Comissão de Valores Mobiliários.

Luiz Eduardo Schoueri e Roberto Codorniz Leite Pereira diferenciam casos nos quais se verificaria um ágio **real** ou **com causa**, e, por outro lado, casos simulados em que se estaria produzindo um ágio considerado **artificial** ou **sem causa**:

> Ágio interno real ou com causa: neste caso, o ágio também é gerado internamente a um grupo econômico, porém, **há efetivo pagamento, ou fluxo financeiro, que auxilia a afirmação de existência de substância econômica**. Há razões específicas que, por vezes, o motivam. **A proteção dos interesses de acionistas minoritários em operações de reorganização societária** pode ser uma razão que legitime a apuração do ágio interno. O equilíbrio entre as participações societárias de cada sócio no antes versus o depois dessas operações pode tornar a apuração de ágio interno a única alternativa viável. Veja-se que, aqui, diferentemente da hipótese anterior, **a situação inicial e final quanto aos titulares do investimento, em regra, não é a mesma**, havendo efetiva troca de titularidade, razão pela qual revela-se incabível a acusação de simulação no presente caso [...] O ágio considerado artificial ou sem causa: **a pessoa jurídica que detém o investimento o transfere para outra recém-criada – a empresa- veículo** – na forma de integralização de capital, em valor diverso do contábil original. A empresa-veículo contabiliza, assim, o investimento com ágio, devidamente amparado por laudo ou demonstrativo elaborado por perito independente, momento em que há a criação do ágio. Na sequência, a empresa-veículo incorpora ou é incorporada pela sociedade cuja participação foi reavaliada, momento após o qual dá-se início à amortização fiscal do ágio. **Note-se, neste caso, a situação inicial e final, no tocante aos titulares da participação societária, é, via de regra, a mesma**, razão pela qual é muito comum a formulação de acusação de simulação em relação às operações que dão ensejo à formação dita artificial do ágio [26] (*grifou-se*).

26. SCHOUERI, Luiz Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O ágio interno na jurisprudência do CARF e a (des)proporcionalidade do artigo 22 da Lei 12.973/14 (LGL\2014\3934). In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FARO, Maurício Pereira (Coords.). **Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. São Paulo: MP Editora, 2016. p. 359-360.

Neste ponto, cumpre esclarecer que, diante da determinação legal segundo a qual, para apuração do ágio anteriormente contabilizado, deve haver necessariamente outra operação de reorganização societária, ganhou bastante usualidade o emprego da chamada "sociedade veículo" ou "empresa veículo".

Consistem ditos veículos em "sociedades criadas, em regra, dentro do grupo econômico com a função de servir como um canal de transmissão de direitos, com o fim exclusivo de gerar benefícios fiscais que, de outra maneira, não seriam obtidos".[27,28]

Convém, de todo modo, aclarar que o uso das referidas sociedades não foi, tal qual o aproveitamento fiscal do ágio interno, expressamente vedado pela Lei nº 12.973/2014.

No entanto, é importante registrar que o problema de que se trata antecede a referida lei e resulta da interpretação que lhe foi dada pelos Tribunais administrativos e judiciais, valendo examinar adiante precedentes dignos de atenção.

4. Controvérsias Jurisprudenciais Relativas à Interpretação do Ágio Interno

No âmbito do CARF, construíram-se conceitos para limitar o aproveitamento do ágio interno.

Dentre tais conceitos, talvez os mais amplamente utilizados foram os da "substância econômica" e do "propósito negocial", bem similares entre si, como se pode observar na ementa abaixo transcrita, referente ao caso "Uol Diveo", do Grupo Uol:

> ÁGIO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO. A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, inclusive reversa, absorver patrimônio de sua investida, a qual tinha desdobrado o valor da participação em seu capital em valor patrimonial e em ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros, somente poderá deduzir a despesa com a amortização desse ágio se observadas certas condições, tais como existência de **substância econômica** e **propósito negocial** nas operações de reorganização societária, **independência entre si** e possibilidade de **livre negociação** quanto a todas as pessoas jurídicas envolvidas na operação, **ônus efetivo** na aquisição do ágio para a pessoa jurídica que o registrar em sua contabilidade e cujo patrimônio

27. MARCONDES, Rafael. O ágio e a aproximação implementada pela Lei 12.973/2014 do Direito Tributário com a Contabilidade. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, v. 23, p. 31, mar./abr. 2020.

28. Conduta que, como bem reconhecido pelo autor referido na nota anterior, é permitida pelo § 3º do art. 2º, da LSA: "A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, **ou para beneficiar-se de incentivos fiscais**".

> for absorvido e **reunião** numa só pessoa jurídica **do patrimônio** que tiver sofrido o encargo do ágio e o patrimônio que presumivelmente gerará os lucros que justificaram o seu pagamento[29] (*grifou-se*).

Embora no caso Natura Cosméticos[30] o CARF tenha definido que "[...] carece de consistência econômica ou contábil o ágio surgido no bojo de entidades sob o mesmo controle, o que obsta que se admitam suas consequências tributárias", houve outros julgamentos favoráveis ao contribuintes, nos quais se entendeu que o mero fato de o ágio ter surgido no mesmo grupo econômico não seria motivo para sua não aceitação.[31]

Mesmo que ainda seja reduzido o número de casos de discussão do ágio sob a vigência da Lei nº 12.973/2014, a tendência parece ser a legitimação de entendimento desfavorável ao contribuinte, culminando-se na glosa das despesas amortizadas com ágio. Nesse sentido, veja-se o suscitado no caso da Gerdau Açominas:

> Por conseguinte, não se pode afirmar agora, como suscitado da sessão passada, que o ágio interno só deixou de ser dedutível a partir da Lei nº 12.973, de 2014, ou melhor, da MP nº 627, de 2013, da qual referida lei resultou por conversão. **Na verdade, a nova lei, ao dispor expressamente assim, nada mais fez do que esclarecer que, por óbvio**, ágio pressupõe sobrepreço pago por partes independentes, ou seja, a dedutibilidade do ágio interno para fins fiscais decorre do fato de ele não ser aceito sequer contabilmente[32] (*grifou-se*).

O que se percebe, portanto, é a deturpação do entendimento fixado na jurisprudência anterior à Lei nº 12.973/2014, que abria a possibilidade para o exame casuístico das operações de aproveitamento fiscal do ágio.

Verificados fatores como (i) efetivo pagamento do custo total de aquisição; (ii) realização das operações originais entre partes não ligadas; e (iii) a lisura na avaliação da sociedade adquirida, bem como (iv) a expectativa de rentabilidade

---

29. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Acórdão nº 1401-004.267. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária. Relatora: Conselheira Letícia Domingues Costa Braga, Redator para Acórdão: Conselheiro Cláudio de Andrade Camerano. Brasília. Julg. 10 mar. 2020.

30. BRASIL. Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CSRF. Acórdão nº 9101-003.885. 1ª Turma. Relator: Conselheiro Flávio Franco Corrêa. Brasília. Julg. 07 nov. 2018.

31. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Acórdão nº 1302-002.060. 1ª Seção de Julgamento, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária Relator: Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa. Brasília. Julg. 21 mar. 2017.

32. BRASIL. Câmara Superior do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CSRF. Acórdão nº 9101-002.388. 1ª Turma Relatora: Conselheira Adriana Gomes Rêgo. Brasília. Julg. 13 jul. 2016.

futura, aqui colocados como exemplos, era provável a concessão do tratamento fiscal favorável.[33]

O esgotamento dos debates em âmbito administrativo produziu a judicialização da discussão sobre o ágio, que se tornou cada vez mais recorrente.

A opção pela provocação do Poder Judiciário apresenta vantagens ao empresário contribuinte: uma primeira, que salta aos olhos, é a possibilidade da sua ação preventiva, isto é, em caráter antecedente à autuação pela autoridade fiscal, obtendo-se tutela assecuratória de seu direito. Agindo assim, evita a imposição de pesadas penalidades – multas de ofício que podem exorbitar os 150%, entre outros encargos. Cabe destacar, contudo, que tal opção implica renúncia na discussão administrativa, devendo o empresário estar preparado para suspender a exigibilidade do crédito nas demais formas previstas pelo art. 151, do Código Tributário Nacional, tal qual o depósito judicial (art. 151, II).

Na sequência, em usurpação à prerrogativa de revisão colegiada, em âmbito administrativo se fazem juízos de admissibilidade monocraticamente. Por fim, ainda há o "fantasma" do voto de qualidade: extinto pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, o poder dado ao presidente do órgão administrativo (necessariamente fazendário) para proferir voto de desempate ainda é objeto de discussões em torno da validade do dispositivo que determinou o seu fim.

Sobretudo, o que se busca, por meio do acesso à Justiça, é uma ótica necessariamente diferente, quando comparada a um órgão paritário com representantes do contribuinte e da Fazenda, sempre com vistas ao não-confisco.

No que tange especificamente ao ágio interno, o debate no campo judicial é embrionário. Ao tempo de publicação deste capítulo, não se identificaram precedentes em Tribunais Superiores e sim em Tribunais Regionais Federais (TRF). Vale transcrever ementa de julgamento realizado pelo TRF da 4ª Região, que veio a reconhecer o direito do contribuinte:

> TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ÁGIO INTERNO. PERÍCIA. AMORTIZAÇÃO DE IRPJ E CSLL. COMPENSAÇÃO. SELIC. SUCUMBÊNCIA.
>
> 1. Tendo a perícia analisado pormenorizadamente as operações efetuadas pelas empresas envolvidas e concluído por sua regularidade (criação de ágio interno para amortização com IRPJ e CSLL), referida prova se revela de fundamental importância para o deslinde da controvérsia.

33. BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Acórdão nº 1402-002.454. 1ª Seção de Julgamento, 4ª Câmara, 2ª Turma Ordinária Relator: Conselheiro Demetrius Nichele Macei. Brasília. Julg. 11 abr. 2017.

> 2. Concluindo a prova técnica que a autora **calculou e amortizou o ágio de forma correta,** resta afastada a tese de que houve simulação ou conduta fraudulenta[34] (*grifou-se*).

Em outro precedente, prevaleceu o respeito ao planejamento tributário lícito. Confira-se trecho da sentença de caso proposto pela Gerdau S.A.:

> Inobstante, os movimentos societários que levaram ao surgimento do ágio glosado ocorreram entre 2004 e 2005, conforme já exposto anteriormente. Assim, não é possível aplicar o que dispõe a Lei 12.973/2014 – ou os princípios contábeis que lhe fundamentaram –, por afronta aos artigos 106 e 109 do CTN [...] Ademais, não se pode confundir elisão com evasão fiscal, diferenciadas pela adoção de uma conduta lícita ou ilícita, respectivamente, para atenuar o passivo tributário. **Tampouco se poderia admitir tributação por uma interpretação tendenciosa ou voluntarista da legislação tributária.** Pelo contrário, o nosso sistema jurídico resguarda a liberdade empresarial para a organização dos negócios, inclusive para a exploração de lacunas ou brechas legais que possibilitem economia lícita de tributos. Ao mesmo tempo que o contribuinte não pode se esquivar da cogência da lei tributária, utilizando-se de artimanhas, malícias, fraudes, simulações, dissimulações ou abuso, **também não é exigido que pague mais tributos do que legalmente exigido**. **O cidadão e as empresas são, perante a lei, contribuintes, e não devotos do Estado, a ponto de se submeterem a quaisquer imposições ilegítimas.** Tendo em vista que, ao que tudo indica, as alterações societárias relacionadas ao feito desenvolvidas pelas empresas do grupo GERDAU S/A **obedeceram as formalidades necessárias**, e inexistindo prova de ilicitude, decorrente de simulação ou fraude, por exemplo, o lançamento tributário não pode basear-se apenas em uma interpretação desfavorável ao contribuinte por força de diretrizes contábeis, quando não há indício desta restrição interpretativa na legislação tributária aplicável ao caso concreto[35] (*grifou-se*).

Convém frisar que as aludidas decisões constituem posicionamentos isolados e que não há jurisprudência pacífica.

No próprio TRF da 4ª Região, há decisões pela invalidade da apuração do ágio interno, aplicando-se, inclusive, a multa de ofício no percentual de 150% do valor devido.[36]

---

34. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação nº 5005789-24.2012.4.04.7113/RS. 2ª Turma. Relator Otávio Roberto Pamplona. Julg. 22 set. 2015.

35. BRASIL. 16ª Vara Federal de Porto Alegre. Embargos à Execução Fiscal nº 5058075-42.2017.4.04.7100/RS. Julg.17 mai. 2018.

36. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. Apelação nº 5004003-95.2014.404.7202/SC. 1ª Turma. Relator Jorge Antônio Maurique. Julg. 27 mai. 2015.

No TRF da 2ª Região, há precedente desfavorável ao contribuinte, por não ter havido efetivo desembolso do valor que deveria ser pago no âmbito da operação societária.[37]

Por sua vez, em recente decisão, o TRF da 3ª Região posicionou-se contrariamente ao aproveitamento de ágio, com origem em incorporação societária realizada entre entidades do mesmo grupo econômico:

> TRIBUTÁRIO. CONTABILIDADE. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DENTRO DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. ÁGIO CONTÁBIL. DEDUÇÃO DO IRPJ E DA CSLL. ARTS. 385 e 386 DO DECRETO N.º 3.000/99. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE E DA CVM.
>
> [...] 2. Não obstante, in casu, o reconhecimento do ágio não é factível, visto que decorrente de transação albergada no âmbito de grupo econômico, especialmente considerando a operação de aquisição de 99% das ações da Viação Cometa S/A (impetrante) pela empresa Cometapar Participações Ltda., com posterior registro de incorporação desta pela impetrante.
>
> 3. Tal entendimento tem gênese na ciência contábil e foi consagrado pelo Conselho Federal de Contabilidade, que editou a Resolução nº 1.110/2007, cujo item 120 prevê que o reconhecimento do ágio decorrente de rentabilidade futura, gerado internamente (goodwill interno) é vedado pelas normas nacionais e internacionais. Assim, qualquer ágio dessa natureza anteriormente registrado precisa ser baixado.
>
> 4. O reconhecimento de ágio em operações realizadas por empresas que compõem determinado grupo econômico também é vedado pela Comissão de Valores Mobiliários, consoante se depreende do Ofício Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2007, que trata de normas contábeis das companhias abertas.
>
> (TRF3, Apelação Cível nº 002714360.2009.4.03.6100/SP. 6ª Turma Relator: Juiz Federal Convocado Paulo Sarno. Julgado em: 02/02/17)

Nessa linha, cabe realçar que os precedentes supracitados aplicaram a legislação anterior à Lei nº 12.973/2014, que, como visto, trouxe vedação legal expressa ao aproveitamento do ágio entre partes dependentes. Dessa maneira, aguarda-se a formação de teses em torno da sua aplicação. Para aquele que sabe esperar, tudo vem a tempo.

Conclusão

Por todo o exposto, infere-se a importância inegável do ágio no ambiente de mercado brasileiro. Longe de ser apenas essencial na composição do custo de aquisição de um investimento, o benefício de amortização fiscal, como aqui

37. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2º Região, Questão de Ordem na Apelação nº 2006.51.01.490315-5. 4ª Turma Especializada. Relator Luiz Antonio Soares. Julg.14 set. 2010.

argumentado, se consubstancia em relevante fator negocial, que impacta significativamente a lógica econômico-financeira das operações de M&A.

O conceito de ágio construído pelo Direito Tributário foi nitidamente relativizado, abraçando-se o ágio contábil, que se convencionou denominar *goodwill*.

O reconhecimento deve ser demonstrado por meio de laudo técnico elaborado por perito independente e protocolado tempestivamente perante a Receita Federal ou Cartório de Registro de Títulos e Documentos, sob pena de ser desconsiderado, mesmo que se trate de ágio real baseado em efetiva substância econômica.

A proibição da operação que resulta em ágio interno é extremamente discutível, ainda porque interfere na esfera privada de tomada de decisão pelo empresário.

No que diz respeito ao exame, pela autoridade fazendária, da operação societária e do aproveitamento fiscal do ágio propriamente dito, sua subjetividade constitui caso clássico de elevação de custo negocial (*transaction costs*), dada a extrema insegurança jurídica a que se sujeita o empresário.

Há que se acompanhar detidamente a evolução da jurisprudência em torno da interpretação da Lei nº 12.973/2014, na expectativa de valorização desse inigualável expediente de planejamento fiscal, que funciona como verdadeiro incentivo para a combinação de negócios entre empresários.

O Pacto de Mediação Obrigatória: Eficácia obrigacional *versus* autonomia da vontade e (in)aplicabilidade aos contratos de adesão e às situações de vulnerabilidade

Nelson Antonio Daiha Filho[1]

Notas Introdutórias

A Constituição Federal do Brasil consubstancia, no seu art. 5º, LXXVIII[2], o direito à *duração razoável do processo*.

Ocorre que tal direito vem sendo vilipendiado – ou no mínimo ignorado – na realidade forense brasileira. Isso porque o número de processos que se acumulam nas estantes e/ou nas memórias dos computadores existentes nos gabinetes dos juízes, em decorrência da desenfreada litigiosidade que impera no país, é absolutamente incompatível com a efetividade da tutela jurisdicional.

Apenas à guisa de exemplo, no ano de 2018 restaram pendentes de julgamento no Poder Judiciário brasileiro, em números absolutos, 78,7 milhões de ações judiciais[3], a serem apreciadas e valoradas por apenas 18.141 magistrados[4].

Mas não é só! A crescente judicialização dos conflitos, como *aparente forma ideal* de solução de controvérsias, obstará, ainda mais, a satisfação de tão caro direito dos cidadãos, contribuindo, ao revés, para o agravamento da crise do sobredito sistema judicial.

A exigência a respeito da razoabilidade da duração do processo é, diante da gravidade vivenciada, absolutamente sofismática, a merecer, portanto, especial dedicação por parte das autoridades e dos operadores do direito do Brasil.

---

1. Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Forenses pela Universidade de Coimbra. Assessor jurídico da Fecomercio-BA. Advogado.

2. CF – Art. 5º, LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

3. **Justiça em números 2019 (ano-base 2018)**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 79. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

4. Ibid., p. 72.

Eis que, nesse contexto desanimador, emergem, com importância ímpar, os meios de resolução alternativa de conflitos[5], cujas vantagens podem – e devem – ser difundidas, tanto no sistema jurídico brasileiro, a exemplo da *(i) celeridade processual*, evitando a habitual morosidade até a obtenção de uma decisão, da *(ii) redução de custos*, tendo em vista a possibilidade de diminuição dos valores pagos ao tribunal e aos advogados, da *(iii) ausência de formalismo e rigidez na tramitação processual*, e, principalmente, *(iv)* no caso da *mediação*, o fato de que são as *próprias partes que constroem*, protegidas pela confidencialidade, a *solução para o problema apresentado*, tratando-se, portanto, de verdadeiro instrumento de pacificação social e de prevenção e solução de litígios.

No presente trabalho de investigação apreciaremos especificamente o chamado *pacto de mediação obrigatória,* oportunidade em que, após *(i)* tecermos *considerações gerais* a respeito da mencionada convenção processual, *(ii)* cotejaremos, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a *eficácia obrigacional* e o *princípio da autonomia da vontade das partes, (iii)* enfrentando, por derradeiro, a sua *(in)aplicabilidade* aos *contratos de adesão* e às situações em que uma das partes se encontre *em situação de vulnerabilidade.*

In fine, como ápice do estudo ora empreendido, tal trilhar permitirá a apresentação de *conclusão*, em sede de juízo de valor, a identificar se existe *risco* ou verdadeira *oportunidade* na utilização do instituto em tela como ferramenta a ser introduzida nos contratos celebrados nas relações negociais brasileiras.

1. O Pacto de Mediação Obrigatória: Considerações Gerais

A *mediação*[6] é um dos meios alternativos de resolução de conflitos, definido como "meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação e propiciar que os envolvidos no conflito possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas produtivas de lidar com as disputas"[7].

---

5. O presente trabalho tem por foco a análise da mediação, razão pela qual não enfrentaremos os demais meios de resolução alternativa de conflitos – autocompositivos (negociação e conciliação) ou heterocompositivo (arbitragem). Ademais, conquanto concordemos com a opinião avassaladora da doutrina no sentido de que os aludidos meios não têm por objetivo primordial servir de "tábuas de salvação" para a crise que assola os tribunais brasileiros, o fato é que a utilização dos mesmos, de forma crescente, contribuirá – e muito – para sedimentar os interesses das partes, minimizando, por consequência, o grau de litigiosidade atualmente existente.

6. Segundo o *Dicionário da Língua Portuguesa* (Porto: Porto Editora, 2014. p. 510), a palavra "mediação" deriva do latim *mediatione*, a significar "ato de servir de intermediário entre pessoas ou grupos, a fim de alcançar um consenso".

7. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 51.

Outrossim, a mediação pode ser dividida em duas espécies: *(i)* mediação *judicial* e *(ii)* mediação *extrajudicial*, também conhecida por *não judicial*[8]. É na seara desta última que se insere o *pacto de mediação obrigatória*, conceituado como sendo um "contrato pelo qual as partes confiam ou se obrigam a confiar a terceiro imparcial (mediador) a função de auxiliar a resolução de um conflito atual ou potencial"[9].

O seu lastro normativo está consubstanciado nos arts. 2º, § 1º, 22 e 23 da Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015[10], mais conhecida como "Lei de Mediação".

---

8. Doutrinadores de escol [a exemplo de Garcia, Maria Olinda. Gestão contratual do risco processual. A mediação na resolução de conflitos em direito civil e comercial. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade.** Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2015. p. 177] também adotam a expressão "mediação *comum"*.

9. Almeida, Carlos Ferreira de. **Contratos IV.** 1. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014. p. 23. Trata-se de conceito que deriva da definição mais ampla de *contrato* (expressada por Varela, João de Matos Antunes. **op. cit.** p. 221) como sendo "um acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas, mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses".

10. Dispõem os referidos dispositivos legais, *in verbis*: "Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. (...) Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; II - local da primeira reunião de mediação; III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. § 1º A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação. § 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada. § 3º Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação. Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito". O texto legal acima reproduzido pode ser obtido em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 28 maio 2020.

Impende observar que os *elementos essenciais* do pacto de mediação obrigatória são "o consentimento na participação da Mediação e a identificação do litígio ou da relação contratual de onde pode surgir o litígio", classificando-se, portanto, como "um contrato de índole processual"[11], de caráter sinalagmático[12], mormente porque "impõe às partes um esforço bilateral para ultimar a sua disputa/litígio, (...) podendo, por esta razão, as partes fazer uso da exceção de não cumprimento do contrato"[13].

Deflui-se, desta forma, que se trata de um *negócio jurídico pré-processual* (ou *negócio jurídico preparatório*), assim entendido como "toda a manifestação da autodeterminação da vontade das partes principais, ou de uma delas, no sentido de prever a constituição, modificação ou extinção de situações processuais; situações já existentes ou que podem vir a existir com o ajuizamento de uma ação"[14].

De referência ao *conteúdo*, nada mais é do que uma *obrigação* entabulada pelos contraentes, qual seja, a de "participarem de um processo de Mediação com vista à resolução de um litígio que oponha as partes", não podendo "ser vista como uma obrigação de resultado", tendo em vista que "não decorre a obrigação das partes chegarem a um acordo sobre o seu litígio, através do recurso à Mediação"[15].

Daí porque entendemos que se caracteriza como uma *obrigação de meio* ou *de tentativa*, sendo suficiente, no nosso sentir, o esforço comum das partes para, de forma consensual, *tentarem* lograr êxito em celebrar um acordo, a dirimir o conflito entre as mesmas existente.

Noutro giro, evidencia-se que desta cláusula também exsurge uma obrigação de *non facere,* consistente no fato de que devem as partes se abster de "recorrer a qualquer outro meio de resolução de litígios, seja ele de índole

---

11. NOVAIS, Francisco Corte Real Trabulo. **A cláusula compromissória de mediação: fronteira entre a eficácia obrigacional do contrato e o princípio da voluntariedade do processo de mediação.** Dissertação (Mestrado) - Direito Forense e Arbitragem, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018. p. 14. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/42830/1/Novais_2018.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

12. É o que igualmente defendem Lopes, Dulce; Patrão, Afonso. **Lei da mediação comentada.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 74; e Cebola, Cátia Marques. **La mediación.** Madri: Marcial Pons, 2013. p. 123.

13. NOVAIS, Francisco Corte Real Trabulo. **op. cit**. p. 15.

14. MARQUES, João Paulo Remédio. Negócios processuais e o processo executivo português. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. XCIV, tomo II, Coimbra: Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 1056, 2018. Acrescenta o autor que: "Temos, portanto, a *vontade de praticar o ato (vontade de declaração)* e a *vontade de ingressar na categoria e produzir o resultado processual (vontade de resultado)*".

15. NOVAIS, Francisco Corte Real Trabulo. **op. cit.** p. 26.

judicial ou arbitral, que não a Mediação", ao menos "sem esgotarem previamente este meio de resolução de litígios"[16].

2. Eficácia Obrigacional *versus* Autonomia da Vontade das Partes

O trilhar até então desenvolvido permite que aportemos, em sede de problematização, em um dos pontos fulcrais da investigação ora empreendida, qual seja, o cotejo entre a *autonomia da vontade das partes* e a *eficácia obrigacional* da convenção de mediação pactuada – de forma livre e consentida – pelas partes.

A *autonomia da vontade das partes* está expressamente insculpida no art. 2º, V, da Lei de Mediação, como um dos *princípios da mediação*[17]. A doutrina majoritária tem sustentado serem quatro as suas *dimensões*: *(i)* liberdade de escolha deste método de solução de conflitos; *(ii)* liberdade de abandono da mediação a qualquer tempo, mediante decisão conjunta ou unilateral; *(iii)* conformação do acordo que põe fim ao litígio, sem imposição por parte de qualquer terceiro; e *(iv)* liberdade de escolha do mediador (ou mediadores)[18].

Assim, "a vontade dos litigantes, tanto para iniciarem o procedimento de mediação como para o manterem até alcançarem um acordo, é o pressuposto condicionante da concreta efetividade deste meio de resolução de conflitos"[19].

Uma das consequências que se depreende da *força* do mencionado princípio é que não vigora no ordenamento jurídico brasileiro a chamada *mediação obrigatória*[20].

---

16. NOVAIS, Francisco Corte Real Trabulo. **op. cit.** p. 29.

17. Preceitua o citado artigo de lei: "Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) V- autonomia da vontade das partes".

18. Cf. LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. **op. cit.** p. 33-35.

19 *Vide* GARCIA, Maria Olinda. **op. cit.** p. 173. A nobre autora acrescenta, ainda, que: "Identifica-se neste princípio uma regra de relatividade da autovinculação das partes ao procedimento de mediação, pois estas podem, a todo o tempo, desistir deste procedimento sem que tal constitua uma contradição censurável do seu comportamento".

20. A Itália, por exemplo, consagra, no art. 5º, nº 1, do DL nº 28, de 4.3.2010, posteriormente alterado pelo DL nº 69, de 21.06.2013 e pelo DL nº 130, de 6.8.2015, a *obrigação* das partes de se fazerem presentes numa sessão de pré-mediação. Disponível em: http://www.altalex.com/documents/leggi/2013/11/04/mediazione-civile-il-testo-aggiornato-del-d-lgs-28-2010. Acesso em: 28 maio 2020. Sobre a obrigatoriedade da mediação no direito italiano, veja-se Santanna, Ana Carolina Squadri; Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. **Considerações sobre a mediação no direito italiano.** Disponível em: http://www.academia.edu/19710949/CONSIDERA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_ A_MEDIA%C3%87%C 3%83O_NO_DIREITO_ITALIANO. Acesso em: 28 maio 2020. Quanto à *mediação obrigatória,* CARVALHO (Carvalho, Jorge Morais. A consagração legal da mediação em Portugal. **Revista JULGAR**, n. 15, p. 280 e ss, 2011. Disponível em: http://julgar.pt/author/jorge-morais-carvalho/. Acesso em: 28 maio 2020) assinala que "quando a mediação é obrigatória e, por conseguinte, não voluntária, existe uma desvirtuação da essência deste meio de resolução alternativa de litígios, não produzindo, em regra, efeitos satisfatórios".

Cura ressaltar que deve ser observado o *esclarecimento livre* e *informado* das partes para que a mediação possa ser realizada. Daí porque, exceto se a vontade das partes estiver "viciada na origem", é evidente que o *consentimento*, a que alude a norma que disciplina a matéria, está devidamente salvaguardado com a celebração de um pacto de mediação obrigatória.

O problema que justamente se instaura é o de saber se uma das partes, com *amparo* no *princípio da autonomia da vontade das partes* acima noticiado e após firmar um *pacto de mediação obrigatória*, não mais desejando dar início a um procedimento de mediação, pode *desprezar* aquela avença e *recorrer diretamente ao tribunal*.

Em suma: haveria *prevalência* dessa "*nova vontade*" de uma das partes sobre a *eficácia obrigacional* da convenção de mediação anteriormente celebrada?

Doutrinadores de escol têm sustentado o entendimento de que: "Muito embora a lei reconheça a vinculatividade da convenção de mediação, há que concatená-la com o princípio da voluntariedade: não obstante a sua vinculação à mediação, as partes mantêm o direito de, a todo o momento, conjunta ou unilateralmente, revogarem o seu consentimento à participação"[21].

Isso porque, segundo se sustenta, a *cláusula de mediação*, à semelhança do que sói ocorrer com o *contrato de promessa de casamento,* estaria dotada de uma eficácia "assumidamente fraca", razão pela qual deve ser dada "primazia à substância sobre a forma", afastando-se a noção de "subordinação imperativa de quem não crê, honestamente, na viabilidade de um acordo à prática de toda uma sucessão de atos vazios de significado". Logo, defende ser "lícita a recusa de uma parte em participar num processo de mediação, mas que, não obstante, o princípio da boa-fé, na vertente da tutela da confiança, parece impor que possa existir fundamento para um eventual pedido de indenização por prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte"[22].

Divergimos, *permissa venia*, do entendimento acima sustentado. O *princípio da autonomia da vontade das partes* "tem a sua gênese no Princípio da Autonomia Privada"[23]. Ora, "subjacente ao conceito de Autonomia Privada, que implica ampla liberdade de participação do tráfego jurídico, está a ideia de responsabilização

21. REGO, Margarida Lima. A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito do recurso à mediação de litígios em matéria civil e comercial. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, p. 7-10, 2017. Salienta a nobre autora, ainda, que "é inútil forçar as partes a participar neste procedimento, sendo preferível que, em cada momento, se sintam livres para nem sequer o iniciarem ou fazerem-no cessar".

22. REGO, Margarida Lima. **op. cit**. p. 7-10.

23. NOVAIS, Francisco Corte Real Trabulo. **op. cit**. p. 46.

pelas opções decorrentes desta livre participação e o acatamento das consequências jurídicas positivas ou negativas que daí decorrem"[24].

Daí porque parece-nos ser inquestionável que a celebração de um pacto de mediação obrigatória é, por si só, "um meio mais do que idóneo para prestar consentimento"[25] na participação do procedimento de mediação.

Logo, não se pode cogitar de vilipêndio ao invocado princípio da autonomia da vontade das partes quando estas, *sponte propria* e amparadas pelos *princípios da autonomia privada* e *liberdade de contratar*, celebram uma convenção de mediação e, consequentemente, se obrigam a *dar início* a um procedimento de mediação.

Nesse sentido, parece-nos estar despida de legalidade a conduta da parte que, previamente vinculada ao pacto de mediação obrigatória e confrontada com a proposta de mediação da contraparte, ampara-se no art. 2º, V, da Lei de Mediação e se recusa a dar início ao processo, remetendo a resolução dos litígios para os tribunais ou para a arbitragem.

Tanto assim o é que o próprio art. 22 da Lei de Mediação consigna, no seu inciso IV, que a previsão contratual de mediação deverá conter, "no mínimo (...) penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação". Ademais, em reforço ao citado dispositivo legal, o § 2º, IV, também reza que, na hipótese de inexistir previsão contratual completa, "o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada".

Destarte, entendemos que as partes se *vinculam fortemente*[26] à força do pacto de mediação obrigatória, compelindo-as a, emergindo um conflito, *darem início ao referido procedimento*, não sendo possível (nem lícito) que a *novel vontade* de uma delas se sobreponha ao comando do compromisso contratualmente pactuado, decorrente, como já salientado, dos *princípios da autonomia privada* e da *liberdade de contratar*.

---

24. Ibid., p. 47. Prossegue o autor aduzindo que: "Está, por isso, longe de ser evidente que seja lícito, ou pelo menos não sancionável, a recusa não fundamentada em participar na Mediação quando exista vinculação prévia e bilateral a essa participação pela via contratual".

25. Ibid., p. 67. Assinala que: "A obrigatoriedade de forma escrita imposta pelo legislador português visou precisamente salvaguardar alguma certeza na vontade das partes em submeter o litígio à Mediação; pretendeu o legislador, no fundo, confirmar que este pressuposto fundamental (consentimento) se encontra preenchido".

26. Apenas para utilizarmos uma expressão *antagônica* à suscitada pela doutrina em sentido contrário.

Noutro giro, urge agora saber se as partes, vinculadas à convenção de mediação e às consequências derivadas do seu incumprimento, podem *desistir* do procedimento de mediação já iniciado e, em caso positivo, em que momento dispõem desse direito à luz do princípio da autonomia da vontade das partes insculpido em lei.

Parece-nos não haver dúvida de que as partes são detentoras do *direito de desistência* do procedimento de mediação. A continuidade deste depende, indubitavelmente, da existência do consentimento dos seus protagonistas, sob pena de ferir de morte – aí sim – o princípio da autonomia da vontade das partes[27].

Outrossim, admitindo-se a possibilidade do exercício da revogação do consentimento, após o início do procedimento de mediação, a questão que se coloca é a seguinte: quando as partes poderão efetivá-lo? Em outras palavras: até que *momento* o *vinculismo* da *eficácia obrigacional* do pacto de mediação obrigatória produz efeitos sobre as partes envolvidas?

Aqui, mais uma vez, acompanhamos o entendimento esposado por Francisco Novais ao enfrentar a temática *sub examine*, invocando, para tanto, o conceito de "critério mínimo de participação". De fato, a eficácia obrigacional da convenção de mediação e o seu caráter duplamente prestacional – "participação na mediação e tentativa conjunta em procurar o acordo – se consideram cumpridas após as partes terem ingressado numa primeira sessão de Mediação e, no âmbito da mesma, não tenham conseguido chegar a acordo"[28].

Em suma: após a realização da *primeira sessão de mediação*, a que estão efetivamente obrigadas à luz do pacto contratual firmado, as partes podem livremente desistir do procedimento de mediação.

---

27. É o que igualmente defende NOVAIS (Novais, Francisco Corte Real Trabulo. **op. cit**. p. 69), ao aduzir que "(...) deve entender-se que, não obstante se encontrarem vinculadas a uma cláusula compromissória de mediação, as partes têm o direito de revogar livremente o consentimento anteriormente prestado e desistir da Mediação, sob pena de se derrogar, por completo, o conteúdo da Voluntariedade e afetando-se, assim, inevitavelmente o core ou conteúdo essencial deste meio de RAL".

28. NOVAIS (NOVAIS, Francisco Corte Real Trabulo. **op. cit.** p. 70) acrescenta também que: "Depois desta primeira sessão de mediação, as partes não estão mais obrigadas a continuar com o processo. Na minha opinião, o caráter duplamente prestacional da cláusula de mediação é integralmente respeitado e o contrato (CCM) deve considerar-se cumprido". Em sentido contrário, veja-se REGO (Rego, Margarida Lima. **op. cit**. p. 8-10), ao assinalar que compelir as partes ao procedimento de mediação em detrimento de sua(s) vontade(s) ensejará com que ajam "com reserva mental", sem prejuízo de atuarem de "forma simulada" no processo e "violando o princípio da boa-fé", pelo que estas, em tais casos, devem ser dispensadas de participarem do referido procedimento, dando-se, desta feita, primazia à substância sobre a forma.

3. A (In)aplicabilidade aos Contratos de Adesão e às Situações de Vulnerabilidade

Tecidas as considerações gerais a respeito do pacto de mediação obrigatória, bem como já analisado o confronto entre a eficácia obrigacional de sua fixação e o princípio da autonomia da vontade das partes, faz-se mister, agora, o enfrentamento da *possibilidade – ou não –* de sua *aplicabilidade no seio dos contratos de adesão* e *nas situações em que uma das partes esteja em situação de vulnerabilidade*.

A matéria ora invocada exige, previamente, o acurado exame do quanto disposto no art. 190, *caput* e parágrafo único[29], do Novo Código de Processo Civil.

Trata-se de artigo de lei que institui, verdadeiramente, uma *cláusula geral*[30] *de negociação processual* [31], ampliando as hipóteses dos negócios processuais *típicos* até então existentes[32] e permitindo a celebração de negócios processuais *atípicos*.

Nesse sentido, o *pacto de mediação obrigatória,* no particular, caracteriza-se por ser um *negócio jurídico pré-processual* (ou *negócio processual preparatório) típico,* visto que o seu alicerce jurídico, como anteriormente salientado, está expressamente consignado nos arts. 2º, § 1º, 22 e 23 da Lei de Mediação.

---

29. Preceitua o referido artigo: "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".

30. THEODORO JÚNIOR (Theodoro Júnior, Humberto. **Código de processo civil anotado.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 903) salienta que "o NCPC autoriza o negócio processual sob a forma de cláusula geral, sem, portanto, especificar os limites dentro dos quais a convenção das partes pode alterar o procedimento legal".

31. CABRAL (Cabral, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016. p. 68) conceitua o negócio processual como sendo um "negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento".

32. As *cláusulas de eleição de foro* e de *distribuição convencional do ônus da prova* são verdadeiros negócios processuais típicos que já estavam previstos da legislação processual civil brasileira (arts. 11 e 333, parágrafo único, do CPC/1973 e arts. 3º e 373, § 3º, do CPC/2015). Além disso, constituem-se exemplos de negócios processuais típicos no Novo Código de Processo Civil: *(i)* a fixação de calendário processual para a prática dos atos processuais (art. 191); *(ii)* a renúncia expressa da parte ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor (art. 225); *(iii)* a suspensão convencional do processo (art. 313, II); e *(iv)* a delimitação consensual das questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e de direito relevantes para a decisão do mérito na fase de saneamento (art. 357, § 2º).

Ocorre que a legislação processual civil, a despeito de estabelecer essa possibilidade de *negociação ampla*, não confere aos *sujeitos processuais* poderes *ilimitados*[33]. Isso porque o *parágrafo único* do art. 190 elenca o rol das hipóteses em que poderá o *magistrado* exercer o *controle* da *validade* das aludidas convenções, a saber: *(i)* nulidade; *(ii)* inserção abusiva de cláusula em contrato de adesão; e *(iii)* uma das partes se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade[34].

Interessa-nos, em face do objeto da presente pesquisa, a análise dos dois últimos limites impostos na lei.

A leitura descurada do dispositivo legal acima invocado poderia conduzir a uma perigosa conclusão: o pacto de mediação obrigatória *não poderia ser utilizado* nos *contratos de adesão* nem nas situações em que uma das partes se encontrar em *situação de vulnerabilidade*.

Permissa venia, entendemos que o propósito do legislador foi exatamente o contrário! A *regra*, no nosso sentir, é a *aplicabilidade* da convenção de mediação tanto nos contratos de adesão quanto nas situações em que uma das partes estiver em situação de vulnerabilidade!

Note-se que, nas duas situações[35], a lei utiliza *(robustos) adjetivos* para criar a exceção à regra, obstando a aplicabilidade do negócio processual.

No que se refere aos *contratos de adesão*, apenas se a inserção da cláusula for considerada *abusiva* é que deverá ser afastada a sua validade. Assim, somente "se onerar excessivamente uma das partes"[36] é que a mesma será abusiva, inválida e, consequentemente, nula!

---

33. Segundo WAMBIER et al. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 356-357), "por força do art. 190 do NCPC, portanto, não reputamos ser possível a pactuação de negócio jurídico processual que tenha por objeto deveres processuais imperativamente impostos às partes, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto. Não vigora, *ipso facto*, o ´vale tudo´ processual. O negócio jurídico processual não tem, e nem deve ter, esta extensão. (...) Não se pode, é nossa convicção, dispor em negócio jurídico processual que uma decisão poderá ser não fundamentada, ou que não vigora o dever de cumprir as decisões judiciais. Admiti-lo seria algo comparável à admissão do objeto ilícito na celebração do negócio jurídico processual".

34. Não é demais lembrar que os negócios processuais também encontram óbices nos *princípios da eticidade, boa-fé* e *lealdade processual*.

35. BUENO (BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil.** 5. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 406) frisa, quanto a ambas, que: "Aqui e lá é o próprio princípio da isonomia que, depositado nas mãos do magistrado, viabilizará não só a invalidade da cláusula (pronunciada de ofício, após o prévio e regular contraditório), mas também a sua ineficácia".

36. DIDIER (DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 1, p. 8, 2016) acrescenta ainda que: "Um bom exemplo de negócio processual inserido em outro negócio (de adesão ou não) é o pacto de mediação obrigatória: as partes decidem que, antes de ir ao Judiciário, devem submeter-se a uma câmara de mediação". Para GARCIA (GARCIA, Maria Olinda. **op. cit.** p. 186): "Tal prática contratual

Por outro lado, quanto à *situação de vulnerabilidade* de uma das partes, o negócio processual – a exemplo do pacto de mediação obrigatória – deixaria de produzir efeitos somente se a referida vulnerabilidade for *manifesta*[37]. Daí porque "nada impede, em tese, a celebração de negócios processuais no contexto do processo consumerista ou trabalhista", por exemplo, competindo ao órgão jurisdicional "verificar se a negociação foi feita em condições de igualdade; se não, recusará eficácia ao negócio"[38], sem jamais se afastar da ideia de que "não há invalidade do ato sem prejuízo"[39].

Logo, no que tange ao *pacto de mediação prévia obrigatória*, não vislumbramos, *a priori*, o afastamento da regra geral de sua aplicabilidade junto aos contratos de adesão e nas situações em que uma das partes estiver em situação de vulnerabilidade.

Nesse sentido, bastaria, por exemplo, a inserção *(i)* de uma *cláusula apartada* no contrato, devidamente destacada, e/ou *(ii)* da *assinatura ao lado* – ou *logo abaixo* – do respectivo dispositivo contratual, demonstrando-se, desta forma, que foi prestada a informação, de forma clara e precisa, ao aderente/vulnerável.

Em tais circunstâncias, inexistiria, à luz da lei, a *abusividade* ou a *manifesta vulnerabilidade*, indispensáveis para o afastamento da regra geral de aplicabilidade da cláusula compromissória!

---

deveria ser generalizada, por exemplo, através de cláusulas contratuais gerais, inseridas em contratos de adesão". ALVIM, GRANADO e FERREIRA (ALVIM, Eduardo Arruda; Granado, Daniel Willian; Ferreira, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 545) comungam do mesmo entendimento, ao assinalarem que: "Quanto à hipótese de inserção abusiva em contrato de adesão, deve-se ponderar que a mera existência de referida espécie contratual não implica a automática invalidação de eventual cláusula de natureza processual. Para tanto, imprescindível que se verifique, no caso concreto, iminente risco de desvantagens no plano da relação processual". O STJ, quando da vigência do CPC de 1973, já trilhava esse caminho, ao assentar que: "Não se acolhe a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão", visto que esta "é, em princípio válida, desde que sejam verificadas a necessária liberdade para contratar (ausência de hipossuficiência) e a não inviabilização de acesso ao Poder Judiciário" (REsp 930.875/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011).

37. É o que igualmente destacam, com proficiência ímpar, WAMBIER e TALAMINI (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo.** v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 270): "Embora formulado mediante conceitos indeterminados, trata-se de um parâmetro restrito para a negativa de eficácia ao negócio processual – expresso na exigência de que a situação de vulnerabilidade seja 'manifesta'".

38. DIDIER JR., Fredie. **op. cit**. p. 7.

39. THAMAY (THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 207), por exemplo, "há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica, pois indispensável para a realização segura de um negócio processual". Acrescentando que: "Com efeito, o controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo".

Noutro giro, mister se faz observar que a subsunção do contraente aderente ou vulnerável a um procedimento prévio de mediação não produz, ao menos *prima facie*, *nenhum prejuízo* aos mesmos. Muito pelo contrário. A parte tipicamente mais fraca teria, em tese, um procedimento mais *flexível,* mais *célere* e muito *menos dispendioso* para resolver o seu conflito! Por fim – e ainda mais importante –, impende observar que é o próprio sistema jurídico-processual brasileiro, no art. 3º, § 3º, do CPC, que estimula a utilização dos métodos de solução consensual de conflitos, dentre os quais se inclui a mediação, inserindo-os, inclusive, no campo das "normas fundamentais do processo civil".

Conclusão

A *mediação* é um mecanismo de solução alternativa de conflitos que poderá servir de importante ferramenta, proporcionando celeridade e redução de custos processuais, além de restabelecer a própria comunicação entre as partes que desfrutarem dessa "Justiça de proximidade"[40].

A inserção de um *pacto de mediação obrigatória* – cujo lastro normativo se encontra devidamente assentado nos arts. 2º, § 1º, 22 e 23 da Lei de Mediação –, no bojo dos contratos celebrados pelas partes, representa medida de extrema valia, constituindo-se, ainda, como um dos caminhos necessários ao alcance da almejada "maturidade cívica".[41]

A *eficácia obrigacional* de tal convenção – corolário dos princípios da autonomia privada e da liberdade de contratar – não ofende o princípio da autonomia da vontade das partes, prescrito no art. 2º, V, da Lei de Mediação, especialmente porque decorre da vontade livre e informada das mesmas, sobrepondo-se, assim, à eventual *novel vontade* de uma delas em não iniciar o procedimento de mediação.

Impende observar, porém, que a obrigatoriedade de dar início ao procedimento de mediação não quer significar que estejam as partes *compelidas* a celebrar um acordo, a fim de dirimir o conflito entre as mesmas existente. Poderão as mesmas, à luz do já citado princípio da voluntariedade, exercer o *direito de desistência* do procedimento de mediação, desde que realizada, ao menos, a *primeira sessão* de tentativa de mediação.

Noutro giro, à luz do que estabelece o parágrafo único do art. 190 do CPC, a inserção do pacto de medição obrigatória nos *contratos de adesão* é, em *regra*,

---

40. Trata-se de vocábulo utilizado por PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, ano 23, n. 91, São Paulo, p. 210, 1998.

41. Expressão utilizada por GARCIA, Maria Olinda, no Seminário "Mediação: Aspectos Jurídicos, Sociais e Psicológicos", ocorrido no dia 23.11.2017, no auditório do Instituto Justiça e Paz, na cidade de Coimbra.

válida e produzirá os seus jurídicos e legais efeitos. A *exceção*, todavia, ocorrerá quando a convenção estiver revestida de *abusividade*, isto é, se vier a onerar excessivamente uma das partes, oportunidade em que a sua validade deverá ser afastada, por estar inquinada de nulidade.

De igual forma, nas *situações* em que uma das partes for *vulnerável*, a convenção de mediação tão somente deixaria de ser válida – e, consequentemente, despida de eficácia – se a referida vulnerabilidade for *manifesta,* circunstância que deverá ser valorada pelo órgão jurisdicional no campo da existência – ou não – de *prejuízo* provocado àquela parte vulnerável.

A inserção, por exemplo, *(i)* de uma *cláusula apartada* no contrato, devidamente destacada, e/ou *(ii)* da *assinatura ao lado* – ou *logo abaixo* – do dispositivo contratual, demonstrando-se, desta forma, que foi prestada a informação, clara e precisa, ao aderente/vulnerável são elementos que *ratificariam*, ainda mais, a *regra geral de aplicabilidade* da cláusula compromissória.

Ademais, no que tange ao *prejuízo*, a parte tipicamente mais fraca seria, em tese, até mesmo beneficiada por um procedimento mais *flexível,* mais *célere* e muito *menos dispendioso*, estimulado pelo próprio sistema jurídico-processual brasileiro, posto que inserido, juntamente com os demais métodos de solução consensual de conflitos, no seleto rol das "normas fundamentais do processo civil" (art. 3º, § 3º, do CPC).

Destarte, enxergamos no pacto de mediação obrigatória uma verdadeira *oportunidade* de realização da justiça, razão pela qual entendemos que é preciso *perseverar* na construção de um caminho que pavimente a sua *concreta* e *pujante aplicabilidade* no âmbito das relações negociais brasileiras, ainda que *árdua se apresente a missão*, especialmente porque, na lição do inesquecível José Carlos Barbosa MOREIRA, "toda caminhada humana sujeita-se a ziguezagues e vaivéns; desde que não se perca a bússola, preservada fica sempre a possibilidade de retomar o rumo"[42].

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos IV.** 1. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** Salvador: Juspodivm, 2016.

42. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os novos rumos do processo civil brasileiro**. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista6/revista6%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Os%20Novos%20Rumos%20do%20Processo%20Civil%20Brasileiro.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

CARVALHO, Jorge Morais. "A consagração legal da mediação em Portugal. **Revista JULGAR**, n. 15, 2011. Disponível em: http://julgar.pt/author/jorge-morais-carvalho/. Acesso em: 28 maio 2020.

CEBOLA, Cátia Marques. **La mediación**. Madri: Marcial Pons, 2013.

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Porto: Porto Editora, 2014.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 1, 2016.

GARCIA, Maria Olinda. Gestão contratual do risco processual. A mediação na resolução de conflitos em direito civil e comercial. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). **Contrato na gestão do risco e na garantia da equidade**. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC, 2015. p. 165-188.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. **Lei da mediação comentada.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

MARQUES, João Paulo Remédio. Negócios processuais e o processo executivo português. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. XCIV, tomo II, Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 1053-1096, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os novos rumos do processo civil brasileiro**. Disponível em: http://www.ablj.org.br/revistas/revista6/revista6%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Os%20Novos%20Rumos%20do%20Pr ocesso%20Civil%20Brasileiro.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

NOVAIS, Francisco Corte Real Trabulo. **A cláusula compromissória de mediação: fronteira entre a eficácia obrigacional do contrato e o princípio da voluntariedade do processo de mediação.** Dissertação (Mestrado) - Direito Forense e Arbitragem, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2018. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/42830/1/Novais_2018.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, ano 23, n. 91, São Paulo, 1998.

REGO, Margarida Lima. A suspensão dos prazos de caducidade e prescrição por efeito do recurso à mediação de litígios em matéria civil e comercial. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, 2017, p. 7-10.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Considerações sobre a mediação no direito italiano.** Disponível em: http://www.academia.edu/19710949/CONSIDERA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_A_MEDIA%C3%87%C 3%83O_NO_DIREITO_ITALIANO. Acesso em: 28 maio 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 51.

THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral.** v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; Talamini, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo.** v. 1, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A Covid-19 e a Absoluta Necessidade de Medidas Emergenciais[1]

Newton De Lucca[2]

1. Considerações Introdutórias e Contextualização do Tema

Ainda que pareça não existir limites para a insanidade mental humana, a ponto de afirmar-se, deploravelmente, que o coronavírus teria contribuído para que cegos enxergassem a suprema importância do Estado no combate a "determinadas crises"[3], não se poderá negar, em sã consciência, que estamos vivendo um período tragicamente sombrio e que está a exigir de nós uma luta sem precedentes na adoção de medidas absolutamente emergenciais.

Parece útil proceder-se, inicialmente, ainda que de forma pálida e canhestra, a uma contextualização da Recuperação Judicial para que se possa ter a compreensão desse instituto e da necessidade de seu aprimoramento. Sabe-se que *contextualização* é o ato ou efeito de *contextualizar*, o qual, segundo registram nossos léxicos, é um verbo transitivo direto, que denota "dotar de um contexto", "inserir ou introduzir num texto", "incorporar em uma narrativa". A palavra *contextualizar,* como se percebe, guarda relação com "contexto", que, por sua vez, vem do latim *contexere*, significando "tecer junto".[4]

Cerca de seis décadas foram consumidas para que se alterasse o velho Decreto-lei 7.661/45, embora a doutrina nacional, desde a década de 1960, já clamasse energicamente por sua alteração, conforme será recordado a seguir.

---

1. Exposição feita, em conjunto com o Prof. Fernando Passos, homenageado na presente obra, no dia 20 de maio de 2020, no *webinar* organizado pelo Prof. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral. Alguns acréscimos foram feitos com o propósito de outorgar-se ao texto certo caráter minimamente monográfico.

2. Mestre, doutor, livre-docente, adjunto e titular pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNINOVE. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª. Região (biênio 2012/2014). Membro da Academia Paulista dos Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Vice-presidente do Instituto Avançado de Proteção de Dados.

3. A frase, pronunciada pelo ex-presidente Lula e amplamente divulgada pela mídia, foi a seguinte: *"Ainda bem que a natureza, contra a vontade da humanidade, criou esse monstro chamado coronavírus, porque esse monstro está permitindo que os cegos enxerguem que apenas o Estado é capaz de dar soluções a determinadas crises".*

4. Hannah Arendt menciona esse tipo de investigação como sendo a fenomenologia conceitual ou terminológica. Cf. ADEODATO. João Maurício. **Ética e retórica para uma teoria da dogmática jurídica.** 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 41.

Passado esse longo tempo, chegamos à atual Lei 11.101/05, ainda com apenas quinze anos de vigência. Assim, não obstante tratar-se de uma lei relativamente nova, é certo que a sua reforma, ainda que meramente parcial, tornou-se absolutamente necessária e urgente, desde o advento da pandemia da Covid-19.

Só mesmo os axiologicamente cegos não perceberão a gravidade do momento vivido pelo País. Como se já não bastasse a fragilidade da economia brasileira ao longo de 2019, só sustentada pelos setores de serviços e da agricultura, a terrível crise sanitária deste ano de 2020, com toda a sorte de efeitos financeiros, econômicos, políticos e sociais, exigiu extraordinário esforço de juristas e parlamentares para que nova disciplina normativa seja editada, visando à minimização desses efeitos no âmbito da atividade empresarial.

Vieram a lume, então, tanto o Projeto de Lei nº 1.179/2020, dispondo sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (causador da Covid-19), quanto, mais especificamente voltado à atividade empresarial, o Projeto de Lei nº 1.397, de 2020, de autoria do deputado Hugo Leal, instituindo medidas de caráter emergencial mediante alterações, de caráter transitório, de dispositivos da atual Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.

Tal como constou da própria epígrafe desse Projeto de Lei, as medidas emergenciais por ele instituídas somente terão vigência até 31 de dezembro de 2020, ou enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (Reconhecimento do estado de calamidade pública em razão da pandemia causada pela Covid-19). Segundo o noticiário de ontem, dia 19 de maio de 2020, foi aprovado pelo Senado Federal o Projeto de Lei nº 1.179/2020, seguindo para a sanção presidencial, enquanto o Projeto de Lei nº 1.397 não pôde, infelizmente, ser votado pela Câmara dos Deputados.[5] Seja como for, conforme mais adiante será exposto, torna-se indispensável a adoção de medidas emergenciais no atual momento sombrio em que vivemos.

2. Características no Direito Falimentar Brasileiro (Decreto-Lei 7.661/45), Anteriormente à Lei 11.101/05

É de todos conhecida a expressão *dualismo pendular*, cunhada pelo Prof. Fábio Konder Comparato, na década de 1970, a que esteve condenado nosso direito falimentar de antanho:

5. No dia seguinte à presente exposição, porém, foi o referido PL aprovado, na forma do Substitutivo do Relator, deputado Isnaldo Bulhões Júnior, tendo seguido, agora, para o Senado Federal.

> *O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário.*
>
> *De nossa parte, consideramos que uma legislação moderna da falência deveria dar lugar à necessidade econômica da permanência da empresa. A vida econômica tem imperativos e dependências que o Direito não pode, nem deve, desconhecer. A continuidade e a permanência das empresas são um desses imperativos, tanto por motivo de interesse social, quanto econômico.*

Igualmente, o saudoso Prof. Rubens Requião, numa conferência proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, em 8 de março de 1974, já destacava:

> *Muito mais que o Código Civil e do que o Código de Processo, tanto quanto, sem dúvida, o Código Penal e o Código de Processo Penal, se evidencia e se impõe a reforma da lei falimentar. A falência e a concordata, como institutos jurídicos afins, na denúncia de empresários e de juristas, se transformaram em nosso país, pela obsolescência de seus sistemas legais, mais do que nunca, em instrumentos de perfídia e de fraude dos inescrupulosos.*
>
> *As autoridades permanecem, infelizmente, insensíveis a esse clamor, como se o País, em esplêndida explosão de sua atividade mercantil e capacidade empresarial, não necessitasse de modernos e funcionais instrumentos e mecanismos legais e técnicos adequados à tutela do crédito, fator essencial para o seguro desenvolvimento econômico nacional.*

Constitui verdadeiro truísmo, nos dias de hoje, repetir que o velho diploma normativo de 1945, além de não refletir as consequências socioeconômicas que o segundo conflito mundial havia provocado nas diversas economias do mundo, estava calcado na figura do comerciante individual, o que era inegavelmente meritório para a época em que foi editado, mas inteiramente anacrônico para a realidade econômica do presente, na qual o papel da empresa moderna veio a preponderar de forma definitiva sobre aquele desempenhado pelo antigo comerciante.

Por outro lado, o Decreto-lei 7.661 não fazia a necessária distinção entre *empresário* e *empresa*, estabelecendo um esquema repressivo em relação ao primeiro, que acarretou resultados desastrosos para a segunda, enquanto instituição social, com múltiplos interesses a serem preservados. Voltava-se, ainda, excessivamente, para regular a situação obrigacional entre devedores-credores, exacerbando-se num processualismo tal que os formalismos estéreis e inconsequentes culminaram por obnubilar quase inteiramente a realidade

econômica, de sorte que o próprio fim da lei – realização do direito dos credores – não logrou ser atingido.

Enfim, subsistia na Lei Falimentar brasileira, em consequência das concepções anteriores, uma finalidade liquidatória-solutória que é indisfarçável e que só deveria existir nos casos de completa inviabilidade da atividade empresarial. Exemplo: o sistema de impontualidade e não da insolvência (V. art. 1º e art. 11, § 2º). A jurisprudência afirmara, inocuamente, que o processo falimentar não se constituía em meio de cobrança, mas era assim que ocorria. Subsistiram, igualmente, excessivos privilégios estabelecidos em favor do fisco, de tal sorte que nem mesmo os credores com garantia real se sentiam seguros no momento de concordar com a concessão do crédito.

Tornava-se imperativa, portanto, a construção de um sistema normativo que, além de atender às demandas dos credores, se adequasse à nova realidade econômica na qual o papel da empresa se tornara fundamental.

3. Inovações Trazidas pela Lei Vigente

Pode-se dizer que o famoso *Chapter 11*, da legislação estadunidense, terá sido – pelo menos no que concerne, especificamente, ao instituto da recuperação judicial – o principal marco teórico referencial para a reforma do sistema falimentar brasileiro, buscando uma difícil, mas possível, conciliação de dois modelos que privilegiavam, ora credores, ora devedores. Pode-se dizer, igualmente, que essa opção feita pelo legislador brasileiro, de 2005, terá sido uma autêntica tentativa, ainda que não de todo exitosa, de retirar da nossa legislação o tal dualismo pendular a que se referiu, com toda razão, o professor Fábio Konder Comparato. Seja como for, desse modelo estadunidense terá derivado a salutar e indispensável ideia de valorização dos ativos da empresa, tendo o art. 139 da Lei 11.101/05 estabelecido a simultaneidade da realização dos ativos da empresa com a apuração do seu passivo.

Fábio Ulhoa Coelho foi incisivo a respeito dessa providencial inovação:

> *Na lei anterior, a realização do ativo se iniciava após o longo processo de verificação dos créditos e tramitação do inquérito judicial (arts. 114 e 115). Antes dessas providências, nenhuma alienação estava autorizada, a não ser na hipótese excepcional de bens perecíveis. (...)*
>
> *A experiência demonstrou que a sistemática da lei antiga estava longe de atender às necessidades da moderna economia. Na maioria dos processos de falência, os bens do ativo do devedor acabavam se perdendo enquanto não chegava o momento processual adequado para iniciar-se a realização do ativo. (...)*
>
> *Uma das mais importantes inovações da nova lei reside, por isso, no dispositivo acima, que determina se inicie a realização do ativo logo após a arrecadação dos bens do falido.*

Na mesma linha, a respeito dessa inovação trazida pelo art. 139 da LFR, veja-se o comentário de Euler da Cunha Peixoto:

> *Salutar a inovação da nova lei, admitindo seja o ativo realizado concomitantemente à apuração do passivo. O procedimento adotado pela legislação anterior, condicionando aquele – a realização do ativo – a esse – apuração do passivo – contribuía não apenas para eternizar os processos de falência, uma vez que a verificação dos créditos demandava um tempo normalmente longo, às vezes anos, mas, principalmente, pela desvalorização do ativo que ia se deteriorando, exatamente, em virtude do decurso de tempo.*

E, finalmente, veja-se a opinião de Aloísio Araújo e Eduardo Lundberg a respeito:

> *A venda de ativos é crucial para o sucesso do processo de falência ou de recuperação de uma empresa em dificuldades. A rápida obsolescência dos bens de capital e o reconhecimento cada vez maior do valor de marcas, clientela formada, pontos comerciais e outros intangíveis fazem com que a rapidez e eficácia do processo de venda de ativos seja a diferença entre o sucesso e o fracasso de um processo de falência ou de recuperação judicial*.

Não se pode negar, portanto, que a legislação de 2005 – conquanto apresente algumas impropriedades já identificadas e reconhecidas pela doutrina pátria – trouxe importantes inovações, dando início a uma verdadeira modernização do nosso sistema falimentar, viabilizando a reabilitação de um grande número de sociedades empresariais, economicamente eficientes, mas que se encontravam envolvidas em evidentes dificuldades financeiras. Claro está, por outro lado, que a reabilitação de empresas envolvidas em dificuldades financeiras não pode ser considerada como um bem em si mesmo, pois há de se levar em conta os custos envolvidos na superação do estado de crise dessas empresas, seja para os credores, seja para o Estado, seja, ainda, para os *stakeholders*, de maneira geral.

Assim é que a incontestável existência desses múltiplos interesses envolvidos (da empresa recuperanda, dos credores, do fisco, dos investidores, dos trabalhadores, etc.) terminou por romper com a dicotomia sempre presente entre o interesse público, de um lado, decorrente da insolvência da empresa, e o privado, de outro, caracterizado pelo conjunto de credores. Sobre tal dicotomia – a meu ver insustentável, sob todos os títulos – assim manifestou-se Calixto Salomão Filho:

> *Daí parece resultar a crítica à dicotomia proposta entre interesse público e privado. Nenhum deles parece bem traduzir a realidade societária, que exige*

> *a compreensão e consideração de interesses individuais e coletivos afetados pela sociedade anônima.*

Desponta aqui, indubitavelmente, a importância do princípio da função social da empresa, expressamente acolhido pelo artigo 47 da Lei 11.101/05. Eduardo Salomão Munhoz é categórico a respeito:

> *Daí se afirmar que o direito falimentar – ou da empresa em crise – corresponde a um dos ramos do direito empresarial em que se evidencia com maior nitidez a função social da empresa, ou a necessidade de contemplar todos os interesses afetados, que não se resumem aos interesses do empresário.*

O princípio da preservação da empresa foi expressamente acolhido no art. 47 da Lei 11.101/05, verdadeira *norma-objetivo*, segundo a doutrina mais moderna, apontando vetores básicos do processo de interpretação dos demais dispositivos legais. Esse comando de interpretação da lei é muito claro: sempre que possível, a manutenção de empresas deve ser perseguida, não significando dizer, contudo, que a recuperação deva ser buscada a todo e qualquer custo.

Se é certo que, por intermédio da ampla atribuição de competência à Assembleia Geral de Credores para deliberar sobre a aprovação da recuperação judicial, a participação foi democratizada pela nova legislação, estabelecendo regime diferenciado de aprovação das matérias, terá sido dada plena efetividade ao princípio da ampla participação?

Vejamos, antes de tudo, quais teriam sido as principais alterações da Lei 11.101/2005. Entre tantas que mereceriam destaque, parece oportuno mencionar as seguintes: a substituição do favor legal da concordata pela negociação do devedor com os credores na recuperação judicial; a blindagem à ação revocatória; a eliminação da sucessão na hipótese de alienação; a celeridade no processo de falência, podendo a venda dos bens do falido ser feita rapidamente, sem depender do término da fase cognitiva e antes de sua desvalorização; a limitação da prioridade do crédito trabalhista a 150 salários mínimos; a preferência no recebimento dos créditos; a limitação da prioridade do fisco, etc.

Todas essas alterações, a meu ver, trouxeram inegáveis benefícios ao nosso sistema, podendo ser resumidos, grosso modo, da seguinte maneira: no que se refere à substituição do instituto da antiga concordata pelo da recuperação judicial, parece inexistir dúvida quanto às vantagens trazidas por este último, constituindo o retro referido art. 47 uma espécie de coroação da lei. Tal instituto, diferentemente da concordata, está fundado numa ética de justiça social, sob o manto da qual as partes devem procurar, na análise e votação do plano, uma solução consensual que atenda, fundamentalmente, não apenas aos interesses privados, mas, igualmente, aos sociais.

Jorge Lobo nos fornece uma definição da recuperação judicial que põe em relevo exatamente esse aspecto de uma ética de solidariedade, como ele a denomina:

> *Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores existentes antes do ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral.*

Relativamente à blindagem à ação revocatória, a Lei 11.101 prescreveu que o adquirente dos bens, sejam estes do falido ou do requerente da recuperação judicial, não será considerado sucessor quando a alienação ocorrer em hasta pública judicial, eliminando-se o enorme risco que havia para o adquirente da perda do bem arrematado, ocorrendo a decretação da quebra. O interessado que tinha a pretensão de adquirir ativos de uma sociedade declarada falida tornava-se potencial candidato a figurar no polo passivo da ação revocatória. Consequentemente, tendo em vista os altos riscos inerentes ao negócio, os eventuais interessados ofertavam preço sempre muito abaixo do valor de mercado...

Todas as alterações trazidas pela atual Lei 11.101/05, porém, não foram suficientes para resistir às intempéries do cotidiano, sobretudo no atual momento em que a extrema gravidade da situação de pandemia causada pela Covid-19 exige a adoção de medidas emergenciais que possam preservar as atividades econômicas. É nesse sentido que se movimenta, sem dúvida nenhuma. o PL 1.397, de autoria do deputado Hugo Leal, e de Relatoria do deputado Isnaldo Bulhões Júnior.

4. O Necessário Advento do PL 1.397/2020

Por não me compadecer com os discursos *pro domo* que certa pedanteria acadêmica tenta institucionalizar entre nós, tentarei fazer, nas linhas que se seguem, apenas um ligeiro comentário sobre a necessidade – a meu ver, clara e inquestionavelmente existente – de que um novo diploma legal venha a ser editado, com a máxima urgência, a fim de minimizar os efeitos financeiros, econômicos, sociais e políticos, causados pela grave crise advinda da pandemia

de Covid-19; isto sem nenhum intuito polêmico, era escusado dizê-lo, tão a gosto dos fanáticos de plantão. Prefiro seguir, neste passo, a sábia lição de Bobbio, que vivo a repetir a meus alunos:

> *Da observação da irredutibilidade das crenças últimas extraí a maior lição de minha vida. Aprendi a respeitar as ideias alheias, a deter-me diante do segredo de cada consciência, a compreender antes de discutir, a discutir antes de condenar. E porque estou com disposição para as confissões, faço mais uma ainda, talvez supérflua: detesto os fanáticos com todas as minhas forças.*

Assim sendo, sejam quais forem as limitações e os pontos controvertidos desse PL 1.397[6] – e, evidentemente, os há –, o certo é que ele promove uma série de medidas emergenciais temporárias, com o propósito de contornar os efeitos da grave crise advinda da pandemia de Covid-19, anteriormente mencionada. Ele é fruto de várias contribuições e não pretende ser uma reforma estrutural do sistema[7], mas sim uma panaceia meramente emergencial, consistente em etapas diversas, apenas palidamente mencionadas mais adiante.

Assinale-se, antes de tudo, terem sido numerosas as modificações trazidas na redação original do Projeto 1.397/2020, de autoria do deputado Hugo Leal, pelo substitutivo de relatoria do deputado Isnaldo Bulhões Júnior, sendo de pouca utilidade prática, nesta sede, fazer-se uma eventual comparação entre as duas mencionadas versões e, muito menos, proceder-se a uma análise crítica de ambas. Numa síntese, evidentemente muito grosseira, apenas serão referidos alguns dos principais pontos dessa última versão, vale dizer, do substitutivo de relatoria do deputado Isnaldo Bulhões Júnior. Estruturalmente, pode-se dizer que ele se compõe, basicamente, de três capítulos: o I, intitulado *Do Sistema de Prevenção à Insolvência* – com três seções: uma que cuida da suspensão legal; outra da negociação preventiva (já existente em outros países do mundo); outra, ainda, do pedido de recuperação extrajudicial ou judicial, após a negociação preventiva; o capítulo II, que trata das alterações provisórias da Lei nº 11.101; e um derradeiro, sobre as disposições finais.

Passando-se às etapas diversas, linhas atrás mencionadas, pode-se dizer que, inicialmente, foi dado um prazo de trinta dias (anteriormente, esse prazo era de sessenta dias) para que seja afastada não apenas a incidência de multas de mora, como, igualmente, a excussão judicial e extrajudicial das garantias reais,

---

6. Este PL incorporou outros três PLs apensados, todos deste ano de 2020, de nº 1.781, 2.067 e 2.070, previsto para ser analisado,na presente oportunidade, no *webinar* organizado pelo Prof. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, como frisado anteriormente.

7. Uma reforma de caráter estrutural está prevista no PL 6.229, de 2005, que submete todos os créditos tributários à recuperação judicial.

fiduciárias, fidejussórias e de coobrigações; a decretação de falência; e a resilição unilateral de contratos bilaterais. Tal é o estabelecido pelo art. 3º do PL em tela, constante do Capítulo I, relativo ao sistema de prevenção à insolvência, *in verbis*:

> *Art. 3º Durante os períodos de que tratam as Seções I e II deste Capítulo, ficam suspensas as ações judiciais, de natureza executiva, que envolvam discussão ou cumprimento de obrigações vencidas após a data de 20 de março de 2020, bem como ações revisionais de contrato, verificadas na vigência dos prazos mencionados nos arts. 5º, caput, e 6º, II, desta Lei.*
>
> *§ 1º Na vigência dos períodos mencionados no caput deste artigo, fica afastada a incidência de multas de mora e são vedados os seguintes atos:*
>
> *I – a realização de excussão judicial ou extrajudicial das garantias reais, fiduciárias, fidejussórias e de coobrigações;*
>
> *II – a decretação de falência; e*
>
> *III – a resilição unilateral de contratos bilaterais, sendo considerada nula qualquer disposição contratual nesse sentido, inclusive de vencimento antecipado, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.*

Esse objetivo de prevenção à insolvência é claramente complementado pelo art. 5º do PL, inaugural da Seção I do Capítulo I, relativa à suspensão legal, do teor seguinte:

> *Art. 5º Fica vedada por 30 (trinta) dias, a contar da vigência desta Lei, a prática dos atos mencionados no art. 3º, § 1º, I a III, desta Lei, como decorrência do inadimplemento de obrigações de qualquer natureza, devidas pelo agente econômico, conforme definido no art. 2º, § 1º, desta Lei.*
>
> *Parágrafo único. Durante o período de suspensão previsto no caput deste artigo, o devedor e seus credores deverão buscar, de forma extrajudicial e direta, a renegociação de suas obrigações, levando em consideração os impactos econômicos e financeiros causados pela pandemia de Covid-19.*

Parece-me que os dispositivos retro transcritos, conquanto adequados para evitar-se o risco sistêmico de uma quebradeira generalizada, poderão tornar-se serôdios. Urge que tais medidas sejam tomadas o mais rapidamente possível, tendo em vista a gravidade do momento econômico vivido pelo País e pelo mundo. A morosidade do *iter* parlamentar, infelizmente, poderá tornar tais normas inteiramente despiciendas...

Passado esse período inicial de verdadeiro "respiro" para as empresas em crise – solução emergencial adotada pelo PL, a meu ver impossível de ser questionada – segue-se um segundo período – este, sim, de caráter sabidamente polêmico –, denominado *negociação preventiva*, de caráter transitório, durante o qual o *agente econômico* – sobre o qual falar-se-á logo mais adiante – terá

direito de tentar negociar com seus credores, evitando o pedido de recuperação judicial ou a falência. Frise-se que, a despeito de essa negociação preventiva ser possível ao agente econômico somente no período da entrada em vigor da lei até 31 de dezembro do corrente ano de 2020, nada impede que o Poder Judiciário venha a adotar essa ampliação do conceito dos destinatários da Lei 11.101/2005, igualmente para o futuro, tal como aconteceu, há poucos dias, com o pedido de recuperação judicial da Universidade Cândido Mendes, uma associação civil sem fins lucrativos com mais de cem anos de história na educação do País... A decisão judicial de primeira instância, acertadamente, deferiu o pedido.

Passemos à chamada negociação preventiva, prevista nos arts. 6º e 7º do PL, de caráter evidentemente facultativo, também idealizada com o propósito de dar um alívio imediato não só às empresas, mas igualmente às pessoas naturais e jurídicas que tenham por objeto o exercício de atividade econômica organizada em nome próprio. Ela deverá ocorrer durante o período máximo e improrrogável de 90 (noventa) dias, conforme estatui o inciso II do art. 6º do PL, a contar da distribuição do pedido, devendo o devedor e seus credores, durante esse período, buscar, de forma extrajudicial e direta, a renegociação das obrigações, levando em consideração os impactos econômicos e financeiros causados pela pandemia de Covid-19.

Não se desconhece o teor de algumas críticas formuladas a esse modelo da negociação preventiva,[8] calcadas, sobretudo, na necessária intervenção do Poder Judiciário, que já se acha, como se sabe, absolutamente sobrecarregado de processos. Pondera-se, então, o seguinte: se se pretende, efetivamente, desafogar o Poder Judiciário da enorme sobrecarga de trabalho que já pesa sobre seus ombros, faz algum sentido que se exija sua presença prévia numa negociação de caráter extrajudicial?... Indo-se, ainda, um pouco além, será que a formação profissional de um magistrado – voltada para fazê-lo imparcial, independente, íntegro, idôneo etc. – guarda alguma conexão para que ele seja apto a autorizar uma negociação de caráter privado?

Tal questão parece ser, efetivamente, uma espécie de nó górdio a ser desatado. É que, de um lado, o estímulo à negociação e à mediação é medida absolutamente impostergável, sendo certo que vários países do mundo têm se esforçado na busca de incentivos aos procedimentos de pré-insolvência e de

8. A mediação é um instituto que, presentemente, já se acha previsto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, mas ainda se encontra em estágio muito embrionário e de âmbito restrito aos particulares. É de esperar-se que, mais dia, menos dia, venha a ganhar muito mais terreno entre nós. Não se desconhece que a mediação, intentada no âmbito da atividade empresarial, parece revestir-se de complexidade muito maior do que aquela existente apenas entre particulares. Seja como for, porém, não deixa de ser uma tentativa a ser fortemente estimulada.

negociação, estimulando os credores à celebração de acordos com o devedor, sendo benéfico todo e qualquer esforço tendente à utilização dos institutos da mediação e da conciliação, seja como método eficaz de solução de controvérsias, seja, principalmente, para que tal método se torne um sucedâneo pré-processual da propositura de novas ações judiciais. Também é certo, por outro lado, ainda não ter medrado, entre nós, um "caldo de cultura" amplamente favorável à celebração de acordos... E, além disso, se já existe um fundado temor no sentido de que o Poder Judiciário não se acha preparado para receber os milhares de pedidos de recuperação judicial que nele irão provavelmente desaguar, não seria desarrazoado fazer com que ele tenha presença necessária na negociação preventiva, ainda que seja apenas para verificar se houve, efetivamente, a queda de 30% do faturamento do devedor, comparado com a média do último trimestre correspondente de atividade no exercício anterior, de conformidade com o § 2º do art. 6º do PL em tela? Acresce argumentar, neste sentido, que algumas projeções estimam – talvez um tanto exageradamente – que mais de cinco mil pedidos de recuperações judiciais deverão ocorrer até o fim deste ano de 2020... Se esse Poder já se acha absolutamente sobrecarregado de processos, será razoável que ele deva intervir numa negociação de caráter privado, causando-lhe uma sobrecarga ainda maior?[9]

Não se desconhece, igualmente, haver quem sustente – e, seguramente, essa ideia terá influenciado os defensores desse instituto da negociação preventiva – que a intervenção jurisdicional seria uma proteção normativa do devedor, durante 90 dias, perante seus credores. Por mais defensável que possa ser tal ideia, porém, há de se considerar que o mesmo efeito jurídico dessa proteção poderia ser obtido por intermédio de uma declaração pública do devedor nesse sentido, arquivada na Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, conforme o caso.

Assim, talvez fosse preferível pensar-se num modelo semelhante de negociação preventiva que dispensasse a intervenção jurisdicional, tal como já vem ocorrendo em algumas localidades. Sabe-se que exitosas iniciativas foram adotadas, tanto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto nos Tribunais do Paraná e do Rio de Janeiro. No primeiro deles, foi instituído um plano-piloto, pelo Provimento CG Nº 11/2020, de 17 de abril de 2020, do corregedor-geral da Justiça, desembargador Ricardo Mair Anafe, cujos arts. 1º a 5º estabeleceram o seguinte:

9. Acresce argumentar – como mais adiante será visto – que essa imensa pletora de feitos que tanto abarrota o Poder Judiciário brasileiro poderá assumir proporções verdadeiramente inimagináveis com o provável alargamento dos destinatários da Lei 11.101/05, superando-se o conceito de *empresário*, e de *sociedade empresária*, pelo de *agente econômico*, como tal definido pelo § 1º do art. 2º do PL em causa.

> *Art. 1º. Criar projeto-piloto de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da Covid-19, destinado a empresários e sociedades empresárias, nos termos do artigo 966 do Código Civil, e demais agentes econômicos, desde que envolvidos em negócios jurídicos relacionados à produção e circulação de bens e serviços.*
>
> *Art. 2º. A parte interessada formulará requerimento por e-mail institucional (cerde@tjsp.jus.br), que conterá o pedido e a causa de pedir, relacionada às consequências da pandemia da Covid-19, observada, ainda, a competência das Varas Empresariais e de Conflitos de Arbitragem da Capital do Estado de São Paulo.*
>
> *Art. 3º. A fim de permitir a adequada identificação dos envolvidos e aferição da legitimidade, o pedido deverá ser acompanhado da qualificação completa das partes, dos documentos pessoais e/ou atos constitutivos atualizados da parte-autora, dos e-mails de contato e dos demais documentos essenciais ao conhecimento da demanda.*
>
> *Art. 4º. Recebido o pedido, será designada audiência de conciliação, intimando-se as partes pelos e-mails indicados no requerimento inicial, cabendo à autora providenciar o devido encaminhamento e ciência à parte contrária.*
>
> *Art. 5º. A audiência será designada para no máximo 7 (sete) dias a partir do protocolamento do pedido e será instalada por juiz de direito participante do projeto, que identificará individualmente cada uma das partes a partir dos documentos indicados no art. 3º, apresentará o objetivo do procedimento pré-processual e iniciará o procedimento de conciliação. Se infrutífera a conciliação, o expediente será encaminhado a um mediador, escolhido de comum acordo pelas partes, ou designado pelo magistrado, caso não obtido consenso. A nomeação observará os termos dos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil e o disposto no artigo 5º da Lei nº 13.140/2015, devendo o mediador informar, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, podendo, se for o caso, ser recusado por qualquer das partes ou substituído por decisão do juiz responsável.*

Tal plano-piloto tem apresentado excelentes resultados, estando sob o comando dos juízes de Direito Renata Mota Maciel, Paulo Furtado de Oliveira Filho e Maria Rita Rebello Pinho Dias, parecendo que o modelo adotado poderia ser, talvez, um sucedâneo mais adequado à negociação preventiva, prevista no PL em debate. Enfim, seja como for, a verdade é que estamos todos "no mesmo barco, navegando por mar encapelado", desejosos, sobretudo, de que o Projeto venha a trazer benefícios à sociedade brasileira.

Outro ponto bastante significativo do PL 1.397 é, sem dúvida, o alargamento considerável do âmbito da proteção normativa, com a adoção do conceito de agente econômico, passando a ser destinatários dela, não apenas as sociedades empresárias, mas todas as pessoas jurídicas de direito privado, o

produtor rural e o profissional autônomo que exerça regularmente suas atividades.

É nesse sentido que o art. 1º do Projeto de Lei estabelece:

> *Art. 1º Esta Lei institui medidas de caráter emergencial destinadas a prevenir a crise econômico-financeira de agentes econômicos e altera, em caráter transitório, o regime jurídico da Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, de que trata a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.*[10]

Compare-se, por um momento, a redação desse dispositivo com a do atual art. 1º da Lei 11.101/2005:

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

Percebe-se, portanto, que a legislação projetada pretende superar o caráter reducionista da atual, limitadora da sua aplicação à figura do empresário e da sociedade empresária, restrição que remonta até mesmo antes do Código Imperial de 1850. Essa nova noção de agente econômico tem por propósito albergar não apenas a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, como estatui o art. 966 do Código Civil de 2002, mas toda atividade econômica que constitua um bem jurídico relevante, tal como o é a geração de empregos e a função social, que pode e deve ser exercida por toda e qualquer atividade econômica, seja ela empresarial ou não.

Como bem assinalou o Professor Sérgio Campinho:[11]

> *O sistema restritivo adotado não mais se justifica, pois deixa à margem da disciplina da Lei n. 11.101/2005 inúmeros agentes econômicos. A teoria da empresa não mais responde, adequadamente, aos anseios atuais do direito da insolvência, o qual se constitui em instrumento de controle da economia, devendo excluir do mercado os agentes econômicos inviáveis e preservar os viáveis. O objetivo da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial deve*

---

10. À undécima hora, foi introduzido um parágrafo único nesse artigo, do teor seguinte: "*As disposições desta Lei não se aplicam aos contratos e às obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas cooperativas com seus cooperados*". Independentemente do mérito ou demérito que tal disposição possa ter, não deixa de ser decepcionante constatar que o episódio faz com que se evoque um dos mais famosos estadistas do século XIX, Otto von Bismarck, a quem se atribuía a frase: *"Os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis".*

11. Cf. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 36.

> *ser o da preservação da atividade econômica e não apenas daquela que se caracteriza como atividade empresária. O regime da insolvência civil se mostra como um sistema deficiente para cuidar da insolvência daqueles não qualificados como empresários e que desempenham atividade econômica, notadamente no que se refere à intitulada concordata civil (art. 783 do Código de Processo Civil de 1973, mantido em vigor por força do disposto no art. 1.052 do Código de Processo Civil de 2015), na qual se identifica manifesta impropriedade dos meios para a consecução do fim esperado: a preservação da atividade econômica. Os agentes econômicos não enquadrados juridicamente como empresários, como as sociedades simples e certas associações que realizam atividade econômica, por exemplo, igualmente são responsáveis pela geração direta e indireta de empregos, de tributos e de bens ou serviços para o mercado, promovendo uma efetiva função social da atividade econômica. Desse modo, urge que se amplie o conceito da sujeição ao regime da Lei n. 11.101/2005 para o agente econômico, não mais ficando limitado àqueles que se enquadrem juridicamente como empresários.*

Abstenho-me de discutir, neste momento, as possíveis consequências desse necessário alargamento conceitual. Quantos milhões de *agentes econômicos*, de um momento para outro, poderão estar abrangidos pelo âmbito da lei, trazendo sobrecarga ainda maior ao Poder Judiciário? Seja como for, tal modificação – de caráter estrutural e não meramente circunstancial – já era defendida por boa parte da doutrina nacional, na qual, muito singelamente, permito-me incluir...

O Projeto de Lei 1.397 prevê, ainda, a par das medidas para contenção da crise econômico-financeira do agente econômico – seja ele, como se viu, pessoa natural ou jurídica que exerça ou tenha por objeto o exercício de atividade econômica em nome próprio, independentemente de inscrição ou da natureza empresária de sua atividade – moderna inovação, de inspiração, tanto portuguesa, quanto francesa, consistente num sistema de prevenção e antecipação da crise da empresa, surgido em 1985, bem como na recente Diretiva Europeia (EU) nº 1.023, de 20 de junho de 2019, do Parlamento Europeu e do Conselho, que dispôs sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, além de alterar a anterior Diretiva (UE) 2017/1132, que versava sobre a reestruturação e a insolvência.

Relativamente ao Capítulo II do PL em questão, sobre as alterações provisórias da atual Lei nº 11.101/2005, muito poderia ser dito adicionalmente, favorável à sua aprovação. Trata-se dos arts. 9º e seguintes. Parece-me que tais normas – longe de merecerem apenas críticas dos especialistas da área – tentam minorar os efeitos maléficos causados por uma crise sanitária, econômico-

financeira e política sem precedentes na história do País, provocadora de um inadimplemento generalizado. Exemplificativamente, quem poderia ser contrário ao aumento do valor de quarenta salários mínimos para a quantia de R$ 100.000,00 (cem mil reais), como limite mínimo para a decretação da falência, previsto no inciso II do PL? E a redução do quórum exigido pelo caput do art. 163 da Lei 11.101/2005, para metade mais um dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial, tal como previsto no art. 10 do PL?

A Democracia Eletrônica: (Re)modelagem para o sistema democrático no mundo em rede

Orides Mezzaroba[1]

1. Introdução

O presente texto tem por objetivo articular um diálogo entre categorias do mundo jurídico, da ciência política, da inovação e demais áreas do conhecimento no contexto do mundo digital. Diante de uma realidade marcada pela presença crescente do mundo digital, a questão que permanece sem uma resposta convincente é a de se saber se as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) podem ou não contribuir para o aperfeiçoamento da democracia representativa.

Essa relação entre democracia e o mundo digital se apresenta como tema atual e de grande relevância política. O princípio básico presente nessa discussão está na possibilidade de se fazer uso da ideia de rede como mecanismo que possibilite a interatividade entre todos os sujeitos envolvidos dentro de um sistema em permanente interatividade, na qual a lógica de sua funcionalidade se estabeleceria das partes para o todo, e vice-versa. Ou seja, pelo sistema digital o indivíduo estaria em condições de interagir com as partes e com o todo, buscando construir decisões que atendam ao conjunto das pessoas envolvidas na rede interativa. Os fatores tempo, custos e vontade política dos gestores públicos se apresentam como determinantes para a construção desse modelo, profundamente inovador e inclusivo. Com custos financeiros nada expressivos e com o fator tempo como aliado nesse importantíssimo processo, sem dúvida alguma as novas tecnologias podem se apresentar como mediadoras de destaque em uma realidade social e política inovadora e com novos paradigmas para o aperfeiçoamento da democracia representativa.

Este texto foi aperfeiçoado e readequado para a publicação no livro em homenagem ao amigo e professor Fernando Passos, pelos seus 20 anos à frente do Curso de Direito da Universidade de Araraquara. Parabéns ao professor Fernando pela sua história, seriedade e dedicação junto à UNIARA.

Na esperança de que essas breves reflexões possam contribuir para o fortalecimento da fragilizada democracia representativa brasileira, reforço ao

1. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina e coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito da UFSC. Pesquisador de produtividade do CNPq.

meu querido amigo e professor Fernando, e a você leitor, o compromisso que todos devemos ter com a construção de uma democracia solidária e inclusiva para o Brasil, sem excluir o potencial que as novas tecnologias de informação e comunicação possuem nesse processo.

2. O Espaço da Governança: A Cibernética

A palavra *cibernética* passou a ser utilizada nos meios acadêmicos no decorrer do século XX, quando determinadas áreas do conhecimento em busca de inovações em suas reflexões iniciam um processo de introdução de novas bases teóricas para suas pesquisas científicas a partir de tecnologias de informação e de comunicação. Com essa nova perspectiva, principalmente nas áreas das engenharias, da física, da psicologia e da antropologia, passa a haver significativo incremento na articulação comunicativa para o desenvolvimento de novas reflexões científicas (LÉVY, 2002).

A expressão *kubernétès* que dá origem à palavra *cibernética* está relacionada com "o saber que permite ao piloto conduzir adequadamente sua embarcação, a técnica da pilotagem". Com Platão, o significado foi aperfeiçoado no sentido de "indicar a atividade de reger, não só o rumo dos barcos, mas o destino dos homens todos numa sociedade, a arte de governar" (BENNATON, 1986, p. 11). A partir dessa relação, a palavra *cibernética* passa a assumir o sentido de comando, de direção, de mando, e, de forma mais destacada, a ideia de governança.

A expressão governança deve ser compreendida como o ambiente em que prevalece a conexão interativa entre todos os atores envolvidos em determinada articulação comunicativa. A relação que deve prevalecer entre todos os envolvidos nesse processo deve ser horizontal. O princípio fundamental que deve prevalecer é o de que todas as partes devem interagir de forma harmônica, sem qualquer desequilíbrio em suas relações. Ao condutor cabe a tarefa de agir sempre em consonância com a vontade dos conduzidos. A vontade é uma só. A decisão é única. Por sua vez, a vontade dos conduzidos deve sempre estar refletida nos atos praticados pelo condutor; essa interação comunicativa é que garantirá a efetivação da boa governança e a participação de todos no comando.

A execução de qualquer comando só deverá ocorrer na medida em que houver um ambiente em que seja possível a interação e a circulação livre de comunicação entre todos os envolvidos. O pressuposto é de que na organização exista espaços interativos de comunicação para que todos os membros participantes possam coexistir de forma democrática.

O espaço de comunicação que garante a interatividade entre todos os participantes do sistema é chamado de *ciberespaço.* Assim, *ciberespaço* pode ser compreendido como todo espaço em que exista a interação efetiva e dinâmica entre emissores e receptores de informações.

3. O Espaço Interativo: O Ciberespaço

A expressão *ciberespaço* foi utilizada pela primeira por William Gibson, em sua obra de ficção científica chamada *Neuromante,* nos anos de 1980. Daí em diante o termo *ciberespaço* passou a fazer parte em todos os debates relacionados com discussões sobre a *cibernética* (LÉVY, 2002).

Gibson, em sua obra, utiliza o termo *ciberespaço* para designar o universo de redes digitais criado por empresas multinacionais em busca de novos espaços socioeconômicos. Essas redes, por sua vez, estariam protegidas por programas hipersofisticados, o que lhes garantiria segurança absoluta em torno de suas informações internas.

O sistema criado por Gibson está representado por um conjunto de ilhas cercadas por uma complexa rede de dados em permanente interação. Esses dados se movimentariam em alta velocidade, ao mesmo tempo interagindo entre si bem como com o ambiente externo, por isso estariam em constante transformação.

A partir dessa construção teórica de Gibson pode-se deduzir *ciberespaço* como o espaço que em se articulam procedimentos linguísticos de compreensão e de interação entre os elementos envolvidos nesse processo. Na medida em que o espaço de participação existe, esses elementos se tornam sujeitos potencialmente ativos tanto no controle como na formação em torno das decisões de interesse geral.

Ciberespaço, portanto, tem o significado de espaço nos quais interesses diferentes passam a interagir e se converter no processo de construção de decisões comuns que possibilitem a convivência harmoniosa e participativa entre todos que optam por viver sob determinado sistema social, político, econômico ou outro qualquer.

De acordo com Castells (2003, p. 37), “o ciberespaço não é um local. É um corredor entre espaços”. Cada indivíduo “vive num espaço e depois circula no ciberespaço, encontrando pessoas que vivem noutros” espaços. Também a ideia de ciberespaço pode ser definida “como o seu universos mental”. Como, por exemplo, é o caso da interatividade na troca de e-mails. A partir desta perspectiva, ciberespaço seria um hiperespaço, um espaço da mente praticado diariamente por qualquer pessoa, por meio do contato com outras pessoas e pensamentos em outros espaços e tempos.

O princípio básico que fundamenta a ideia do *ciberespaço* está na ideia de comunicação e na sua interatividade. O acesso às informações e dados que motivaram qualquer decisão deve ser aberto e livre. A ideia é de que o *ciberespaço* seja o espaço de criação e construção de toda decisão coletiva.

Para Bicudo (2014, p. 11), o mundo do ciberespaço possibilita a construção de comunicações “e se estende por meio da interconexão das mensagens entre

si, por meio de sua vinculação permanente com as comunidades virtuais em permanente criação, que lhes dão sentidos variados em uma renovação que não cessa". O ciberespaço se apresenta como "uma rede de comunicação por meio da interconexão mundial de computadores que conjuga pessoas e informações produzidas por elas, em contínua alimentação desse *espaço-rede*".

A circulação comunicativa, neste caso, não pode se restringir a alguns poucos membros da rede. As informações devem circular de forma aberta e livre de tal modo que a participação se torne um compromisso individual e coletivo. Individualmente, cada qual estará expressando suas convicções e, no coletivo, a pessoa se realiza enquanto ser social e político. Assim, a construção de uma decisão coletiva acaba se transformando em decisões por adesão, em torno das quais cada membro individualmente ofereceu sua contribuição para o conjunto do grupo. A ideia é de que não existam vitoriosos ou derrotados. Na medida em que cada qual participou individualmente e foi convencido pelos demais membros, a decisão passa a ser coletiva e não mais individual. Por outro lado, o sistema deve sempre possibilitar mecanismos de autorreflexão em torno de suas próprias decisões. Nenhuma decisão deve se apresentar como absoluta e incontestável.

Para que haja efetiva cooperação, cada membro individualmente deve ter a clareza que constitui o todo, o qual deve funcionar de forma harmoniosa, porém sempre deve prevalecer a ideia da diversidade e da individualidade no todo.

Quando se fala em *ciberespaço*, não se trata de construir um espaço uniforme e padronizado. Muito pelo contrário, trata-se de construir um espaço em que as partes se sintam integradas ativamente no todo. E que a totalidade seja a incorporação das partes. A totalidade não significa a soma das partes, mas uma perspectiva que pressupõe o indivíduo como ator e receptor da decisão.

Cada parte individualmente deve agir no sentido de buscar a realização de seus sonhos e desejos, no entanto deve-se ter a compreensão de que existem outros sonhos e desejos, os quais da mesma forma também devem ser respeitados. Enfim, será pelo processo comunicativo proporcionando pelo *ciberespaço* que cada membro de uma sociedade poderá interagir com o ambiente em que vive.

O ambiente do *ciberespaço* se concretiza na medida em que são institucionalizados os mecanismos adequados para que haja a interação entre todas as partes de um sistema. Por outro lado, as partes só se realizam enquanto sujeitos ativos na medida em que se sentem refletidas no todo, na medida em que o espaço comunicativo se consolida.

Para Di Felici (2014, p. 55), atualmente, quando se fala em rede, deve ser pensando "em redes não apenas humanas". O autor utiliza a expressão *habitar*

"como forma comunicativa do habitar" para definir o que entende por rede. É a forma que ele chama de "*atópica*, ou seja, um tipo de complexidade de interações comunicativas que incluam indivíduo, ambiente, território, objeto, tudo o que existe, numa forma de conexão reticular, interativa". Nesse ambiente, todos os "atores se tornam não apenas coprodutores de conteúdo e, portanto, membros de um novo tipo de sociedade, mas habitam um outro tipo de ecologia sem externalidade e dinâmica, que seriam as redes".

A boa governança, portanto, pressupõe a existência de *ciberespaço*. E este, para se materializar, necessita que exista um universo de comunicação e linguagem acessível para todas as partes envolvidas. Esta característica é uma das garantias fundamentais para que cada parte envolvida tenha segurança que poderá usufruir plenamente a sua liberdade de expressão, comunicação e participação.

O *ciberespaço* não tem a característica de informar. Ele deve proporcionar o processo de interatividade entre todas as partes que compõem o sistema. O que vale afirmar que o *ciberespaço* não é um fim em si mesmo, ele representa apenas um meio para a democratização da informação e a construção coletiva de decisões. Quanto maior a comunicação entre as partes, mais a democracia se ramifica. Mais a democracia consolida seus sustentáculos junto aos participantes do sistema.

4. O Espaço de Autocriação Democrática: A *Ciberdemocracia*

A *ciberdemocracia* pode ser definida como "uma espécie de aprofundamento e de generalização [...], de uma diversidade livre em espaços abertos de comunicação e de cooperação". Seguindo os pressupostos básicos da democracia, que busca garantir a ideia de liberdade e da vontade coletiva, o *ciberespaço* se apresenta como importante ferramenta que busca garantir o espaço democrático de liberdade de expressão e de expressão. Esta conjugação de interesses entre democracia e *ciberespaço* pode possibilitar o surgimento de novos espaços de autocriação para todas as áreas do conhecimento (LÉVY, 2002, p. 31). Como também a ampliação da perspectiva para construção de modelos de governança que estejam cada vez mais afinados com os princípios democráticos.

A construção da perspectiva do *ciberespaço* está proporcionando a ampliação do significado da expressão liberdade, tanto no plano individual como no coletivo, pelo fato de estabelecer novas perspectivas de comunicação, de construção de decisões coletivas e de interdependência entre as partes que compõem o sistema. Com o *ciberespaço*, cada membro de um sistema dispõe de tecnologias sofisticadas e ágeis para expor suas ideias e estabelecer relações comunicativas por meio do mundo virtual.

Não se trata aqui de se construir um consenso em torno de ideias ou decisões, mas de garantir o espaço público de discussão e dos fundamentos dos

ideais democráticos. A perspectiva da existência do *ciberespaço* pode garantir as condições objetivas capaz de estimular o debate e o embate de ideias entre todos os membros da rede. Com isso abre-se a possibilidade de que as decisões sejam tomadas de forma participativa e inclusiva. Este ambiente, para Navarro (2014, 178), implica considerar a comunicação como geradora de espaços para as transformações sociais, "possivelmente para o consenso, possivelmente para o dissenso". Por meio da comunicação, os atores se definem não exatamente pelas similitudes e fatores homogêneos, senão mediante a diversidade, a pluralidade e a diferença em um espaço público comum e acessível. Esse espaço comunicativo garantirá que os indivíduos livres e iguais possam discutir as suas ideias de forma aberta e transparente.

No espaço do *ciberespaço*, que permite comunicações estabilizadoras, desestabilizadoras e descentralizadoras entre todos os membros que participam de determinado sistema, abre-se a possibilidade para que cada qual individualmente possa oferecer a sua contribuição para a construção de decisões que atendam aos interesses de todos. Por outro lado, todos os membros estarão de certa forma representados na decisão formulada, uma vez que no processo de construção dessa decisão cada qual ofereceu a sua contribuição. E, mesmo que a sua decisão não tenha sido contemplada, de certa forma o *ciberespaço* proporcionou que a decisão tomada fosse confrontada com outras até se chegar à melhor decisão, pelo menos até aquele momento. Mas com certeza cada contribuição individual foi decisiva para que se tomasse uma decisão que atingisse a todos. Com esse sistema pode-se possibilitar a inclusão política de atores que eventualmente não estejam participando de forma efetiva e ativa em organizações políticas tradicionais, as quais interfiram diretamente na tomada de decisões por parte dos agentes públicos.

Por sua vez, a existência do *ciberespaço* está possibilitando a formação de infinitas comunidades virtuais que passaram a interagir de acordo com suas afinidades de pensamento e sonhos de mundo. Esse fator está, sem dúvida alguma, contribuindo sobremaneira para fortalecer a construção de relações interpessoais universais que passa a agir de forma simétrica, sem qualquer interferência de ordem institucional. Piana (2007, 237) reforça esse entendimento quando afirma que "são os novos valores tecnológicos que devem se vincular aos valores públicos, não estes a aqueles".

Neste sentido, segundo Lévy (2011, p. 149), "a força e a velocidade da virtualização contemporânea são tão grandes que exilam as pessoas de seus próprios saberes, expulsam-nas de sua identidade, de sua profissão, de seu país". O grande desafio das democracias atuais será, portanto, transitar por um novo espaço, o espaço que não aceita a centralidade ou o controle de alguns poucos.

5. Conclusão

Diante dessa nova realidade, alguns cuidados devem ser muito bem observados:

a) os instrumentos que possibilitem o acesso às novas tecnologias devem ser disponibilizados para o maior número possível de pessoas;

b) as informações disponíveis na *web* devem passar por uma depuração crítica por parte de todos os participantes da rede;

c) ao sujeito navegador da *web* cabe a tarefa de não se postar diante da rede como um sujeito passivo, absorvendo todas as informações que são apresentadas como absolutas e verdadeiras.

Se o *ciberespaço* pressupõe liberdade de circulação, cabe aos navegadores conduzirem suas navegações sempre pelo caminho mais confiável, mas sempre alerta quanto à segurança pela chegada. É o condutor quem deve escolher o caminho e não o inverso. Porém, qualquer caminho deve ser sempre bem analisado e estudado, a fim de que não se tenha surpresas inesperadas.

Por sua vez, o mundo em rede possibilitará o fim do centralismo e territorialidade do conhecimento. De acordo com Atochero (2008, p. 30), a geração presente é a geração da *web,* a qual está vivendo a terceira grande revolução da humanidade, situada na transição do *homo sapiens* ao *homo digitalis.*

A construção do governo eletrônico e da democracia digital não pode ser encarada como uma possibilidade, mas uma necessidade. Realizando-se, deixa de ser eletrônico ou digital e passa a ser apenas o governo da vontade coletiva.

Por isso, é preciso ter claro que a questão central de todo esse processo não é tecnológica, mas cultural. É preciso compreender que as tecnologias ou as escolhas tecnológicas são produtos de relações sociais fortemente marcadas por padrões e determinações construídas ao longo da história da humanidade.

Referências Bibliográficas

BENNATON, Jocelyn. **O que é cibernética**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. **Ciberespaço: possibilidades que se abrem ao mundo da educação**. São Paulo: LF, 2014.

CASTELLS, Manuel; INCE, Martin. **Conversas com Manuels Castells**. Porto: Campo das Letras, 2003.

GALINDO, Fernando; ROVER, Aires (Eds.). **Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento**. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2009.

DI FELICI, Massimo; Ronaldo Lemos. **A vida em rede**. São Paulo: Papirus, 2014.

LÈVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

_____. **O que é virtual.** São Paulo: Editora 34, 1996.

MEZZAROBA, Orides. Pensar em la @democracia como supuesto para la sociedad informacional. In: CABEZUDO RODRIGUES, Nicolas. **Inclusión digital: perspectivas y experiencias**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2011. p. 67-74.

MEZZAROBA, Orides; GALINDO, Fernando (Orgs.). **Democracia eletrônica**. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010.

NAVARRO, Luis Ricardo. **Entre esferas públicas y ciudadanía: las teorías de Arendt, Habermas y Mouffe aplicadas a la comunicación para el cambio social**. Barcelona: UOC, 2014.

PIANA, Ricardo Sebastián. **Gobierno electrónico: gobierno, tecnologías y reformas**. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2007.

ROVER, Aires (Ed.). **Inclusão digital e governo eletrônico**. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2008.

SÀNCHES I PICANYOL. **La democracia electrónica**. Barcelona: Editorial UOC, 2008.

VÁZQUEZ ATOCHERO, Afonso. **Ciberantropología: cultura 2.0**. Barcelona: UOC, 2008.

YANINA WELP, Marian Ortiz del Amo. **Sociedad en red: Estado, economía y sociedad en la era de la información**. Barcelona: Editorial UOC, 2013.

Uma Análise da Organização Judiciária sob a Ótica da Teoria Geral dos Sistemas: Um indicativo de como a sua eficiência é vital para a sua sobrevivência

Paulo Ricardo Arena Filho[1]

1. Introdução

A Teoria Geral dos Sistemas se tornou um marco na ciência em razão de possibilitar que determinado objeto de estudo, em princípio no campo da biologia, pudesse ser estudado não apenas isoladamente, mas também em um ambiente mais amplo, no qual mantém trocas de energia tanto interna quanto externa, vital para a sua sobrevivência, de modo a evitar o processo entrópico, que leva à sua morte. Elaborado pelo biólogo Ludwig von Bertalanffy, ele se valia da metáfora de "organismo vivo" para bem ilustrar a sua propositura, pois para ele não bastava estudar as partes e processos isoladamente, mas, sim, na sua interação dinâmica com outras partes com as quais se relacionava. A partir daí Ludwig von Bertalanffy descortinou que tal somente é possível no âmbito dos Sistemas Abertos, nos quais as partes objetos de estudo conseguem ter essa interação com o meio ambiente de modo amplo.

A partir dessa noção da Teoria dos Sistemas e das suas características intrínsecas, e bem como dos Sistemas Abertos, iremos aplicá-la no âmbito das organizações humanas, relativamente ao seu funcionamento, ao desenvolvimento do seu ciclo vital e até da sua sobrevivência enquanto tal. Por tal teoria se vislumbra que toda e qualquer organização humana, seja privada ou pública, somente sobreviverá à medida que conseguir manter o seu ciclo vital mediante a importação de energia (insumos dos mais variados), depois, com a devida transformação desses insumos, e, posteriormente, com a devolução dos mesmos ao meio ambiente na forma de produtos ou serviços – tal fenômeno, denominado de "entropia negativa", é o que a mantém viva. Só assim as organizações evitarão a sua derrocada pela ocorrência da "entropia", que as leva à desordem e à morte. Procuraremos analisar todo esse ciclo vital e os insumos

1. Juiz federal e mestre pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

essenciais para que ele se mantenha, dentre eles o insumo da informação, cuja leitura é fundamental para a sobrevivência da organização.

Na sequência faremos a transposição de tal teoria para a organização judiciária a fim de analisar como se dá o seu fluxo de transformação, os principais insumos que importa e os serviços e/ou produtos que exporta ao meio ambiente. Focalizaremos em especial justamente no que é exportado ao meio ambiente e como este recebe tais produtos e/ou serviços e, também, qual é o impacto do retorno da informação (*feedback*) à organização e ao seu ciclo vital. As informações sobre os serviços ou produtos exportados advêm de pesquisas feitas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE), além de levantamentos que nós mesmos fizemos sobre a gestão judiciária.

A partir de tais dados empíricos, pretendemos traçar o impacto dessa informação na organização judiciária como um todo, as consequências para o seu ciclo vital e como poderá reagir para que a instituição não se deslegitime perante a sociedade, tudo em consonância com os princípios que regem a Teoria Geral dos Sistema – Sistemas Abertos. E, ao final, verificaremos que, do mesmo modo que qualquer organismo vivo, a organização judiciária somente sobreviverá se souber se readaptar continuamente às exigências do meio ambiente. Tal capacidade para adaptar-se e manter-se viva traduz-se pelo nome de *eficiência organizacional*.

2. Da Teoria Geral dos Sistemas e dos Sistemas Abertos

A Teoria Geral dos Sistemas foi formulada pelo biólogo Ludwig von Bertalanffy em meados do século passado e tinha por objetivo trazer para a ciência uma visão mais ampla e agregadora do estado das coisas, de modo a fazer um contraponto às análises atômicas e parciais que geralmente se realizavam à época, sem considerar o "todo" no qual determinado objeto de estudo estava inserido. Partindo-se da ideia de um organismo vivo, na qual o enfoque científico se cingia mais às partes integrantes do mesmo (células, processos fisiológicos e físico-químicos, por exemplos), Ludwig von Bertalanffy propôs também a considerar "o todo". Para ele esse "todo", considerando o organismo vivo, resulta "do comportamento dinâmico das partes, tornando o comportamento das partes diferente quando estudado isoladamente e quando no todo" (BERTALANFFY, 2015, p. 55). A propositura de seu enfoque científico é que as coisas objeto de estudo não deveriam ser estudadas apenas *per se*, mas também considerando as relações que elas mantêm com o ambiente que as cerca, pois dessas interações verificadas se poderá obter outro resultado.

A relação dessa visão de estudo científico com a imagem do organismo humano é inafastável, especialmente quando se considera que os vários órgãos que integram o corpo humano interagem entre si. Daí que o estudo de determinado órgão do corpo humano, por exemplo, não pode prescindir da análise da interação que ele mantém com os demais. Para Ludwig von Bertalanffy, não faz sentido apenas analisar um organismo isoladamente sem atentar para o conjunto no qual ele se insere, em razão da interação mútua que a "parte" mantém com o "todo" no qual se insere.

Expandindo a sua análise, o cientista identificou que a Teoria Geral dos Sistemas, dada a sua natureza, somente se desenvolveria no que ele chamou de "Sistemas Abertos" – e não nos "Sistemas Fechados". Assim, discorreu ele, são fechados aqueles sistemas que ficam isolados do meio ambiente, encerrados que são, por exemplo, a um recipiente (certas reações químicas). Enquanto abertos são todos os sistemas que congregam um organismo vivo e que mantêm interações tanto internas como externas. Para ele:

> *Tais organismos mantêm-se em um contínuo fluxo de entrada e de saída, conservam-se mediante a construção e a decomposição de componentes, nunca estando, enquanto vivo, em um estado de equilíbrio químico e termodinâmico, mas mantendo-se no chamado estado estacionário, que é distinto do último. Isso constitui a própria essência do fenômeno fundamental da vida, que é chamado metabolismo, os processos químicos que se passam no interior das células* (BERTALANFFY, 2015, p. 65).

No delineamento dessa Teoria Geral dos Sistemas, no âmbito dos Sistemas Abertos, Ludwig von Bertalanffy (2015) identificou de início duas características ínsitas: a) a da Equifinalidade, na qual o estado final pode ser atingido a partir de diferentes situações iniciais (no âmbito do Sistema Fechado, o resultado final é totalmente determinado pela condição inicial); b) a da Entropia, advinda da 2ª Lei da Termodinâmica, que se, no âmbito dos Sistemas Fechados, se constitui em uma energia que leva à desordem, à desorganização e à destruição, no âmbito dos Sistema Abertos, dada a importação constante de energia a cada ciclo vital (entropia negativa), tende a trazer ordem e equilíbrio ao organismo vivo.

O biólogo agregou ainda a Teoria da Comunicação, que se traduz na "informação", que, tal como a entropia negativa, também é importada pelo organismo vivo nos seus ciclos, em decorrência do processo metabólico decorrente do fluxo de entrada e de saída. Essa informação "retroage" (fenômeno da retroação ou da retroalimentação) para o início desse processo do organismo vivo de modo a garantir a sua estabilidade. Caso típico, por exemplo, do fenômeno da "homeostase", quando animais de sangue quente são submetidos a baixíssimas temperaturas externas e, por isso, acionam mecanismos

cerebrais que promovem a produção de calor do corpo. Após, tal "informação" retorna (fenômeno da retroação) a tais centros cerebrais com tal dado, de modo a manter a temperatura constante.

Por fim, Ludwig von Bertalanffy trouxe ainda mais elementos para integrarem a Teoria Geral dos Sistemas, no âmbito dos Sistemas Abertos, que são os da adaptabilidade e da finalidade que seguem os organismos vivos. Segundo ele, não é compatível com a ciência moderna "unidades isoláveis atuando segundo a causalidade em um único sentido" (2015, p. 72). Para essa nova noção de ciência era preciso considerar uma visão mais holística e orgânica, com a visão do todo no qual se inserem tais unidades.

O próprio Ludwig von Bertalanffy anteviu a utilização dessa teoria não somente no âmbito da biologia, mas também no âmbito da psicologia, das ciências sociais e das organizações humanas, dadas as suas características já descritas.

3. As Organizações Humanas como Sistemas Abertos

A aplicação da Teoria Geral dos Sistemas teve grande impacto na seara da Ciência da Administração, como na da Teoria das Organizações. As organizações humanas que até então, em meados do século 20, eram influenciadas pelo que se convencionou chamar de Escola Clássica da Administração, a partir de estudos de Frederick Taylor (2010) e Henri Fayol (2007), no início do século passado, assentava-se em uma visão mais mecanicista, com planejamentos estanques, com rígidas hierarquia e divisão de trabalho, com pouca valorização dos empregados e muito autocentrada, sem se aperceber também dos influxos do meio externo no qual se inseriam.

Com a consideração da metáfora trazida pela Teoria Geral dos Sistemas de que a organização poderia se equiparar a um organismo vivo, as mudanças que já se operavam em razão dos estudos de Elton Mayo (1959) sobre as relações humanas no interior das organizações, de March e Simon(1961) sobre os aspectos sociais da administração, dentre outros, foram aceleradas pela aplicação de tal teoria.

Aquela visão rígida, estanque e mecanicista da organização, cuja imagem mais fiel advém do filme *Tempos Modernos* (1936), de Charles Chaplin, no qual o protagonista tenta desesperadamente apertar todas as porcas em um determinado processo produtivo, passou por profundas modificações. A partir do pressuposto dos sistemas abertos, a organização, qualquer que fosse ela, seja privada ou pública, passou a enfatizar a importância tanto do ambiente interno (pessoas, como portadoras de interesses e aspirações; formas de trabalho mais flexíveis e com maior interação entre os vários setores, por exemplo) como do ambiente externo (meio social) no qual ela se insere. Para Edgar H. Schein (1968,

p. 223), isso significa que a organização "está em constante interação com o meio, adquirindo matérias-primas, pessoas, energias e informações e transformando ou convertendo esses em produtos ou serviços, que são exportados para o meio". Segundo ainda Edgar H. Schein (1968, p. 223), o "meio exige e constrange a organização por várias formas. O funcionamento total da organização não pode ser compreendido, portanto, sem se considerar concretamente estas limitações e exigências do meio".

Toda organização passou então a ser vista como integrante de um sistema vivo e aberto, formado por subsistemas internos (pessoal, tecnológico e de administração, por exemplo), que interagem entre si para atingir a sua finalidade social, dentro de um ambiente social mais amplo. Para tanto, ela importa do ambiente externo os seus *inputs*, tais como insumos, recursos, pessoas e até informações que, após passarem por um processo de transformação, geram resultados ou *outputs* (produtos, bens ou serviços), que posteriormente retornam à organização, para que o seu ciclo vital se reinicie.

Observa-se, tal como já apontava Ludwig von Bertalanffy, que algumas das principais características dos Sistemas Abertos se aplicam perfeitamente às organizações: a) primeiro, a da entropia negativa, responsável pelo seu ciclo vital e pela manutenção da sua estabilidade, à medida que se verifica a importação constante de *inputs* do meio externo a gerar, após a transformação, saídas (*outputs*) que reabastecem de novo o ciclo, de modo a evitar que entrem em processo entrópico e feneçam; b) segundo, a equifinalidade, por meio da qual a organização pode atingir a sua finalidade social por vários e diversos caminhos – e não apenas por um único e exclusivo; c) terceiro, o elemento da informação, que é captado no ambiente e retorna como *feedback*, retroalimentando o sistema, o seu ciclo vital, com a percepção ou com indicadores de se a organização está a atender adequadamente ao seu "público", bem como a expectativa que este último tem daquela; esse elemento – o da informação – é vital para a sobrevivência das organizações modernas: uma leitura e interpretação adequadas são essenciais para a sua sobrevivência; d) quarto, o princípio da adaptabilidade e da finalidade, por meio do qual a organização reage, como todo organismo vivo, às solicitações do meio ambiente para se manter viva e assim atingir os seus objetivos sociais.

A aplicação e a conformação de tais elementos integrantes da Teoria Geral dos Sistemas, especialmente dos Sistemas Abertos, às organizações humanas indicam o acerto do então novo paradigma criado por Ludwig von Bertalanffy, a abrir-lhe novas perspectivas. Deve-se notar que não somente as organizações privadas podem dela se beneficiar, mas também as organizações públicas. Se, de um lado, o produto ou serviço produzido pela organização privada objetiva o lucro; de outro, no âmbito da organização pública, o seu resultado busca

atender adequadamente ao cidadão e à sociedade como um todo, em conformidade com o que motivou a sua criação, seja a de promover a educação, seja a de dar proteção sanitária ou à saúde, seja a de defender as instituições e mesmo o país, seja ainda para "realizar justiça", mediante a tutela de direitos no âmbito de um processo judicial.

4. A Organização Judiciária sob a Ótica da Teoria Geral dos Sistemas

A organização judiciária brasileira é um gigantesco aparato burocrático que engloba 90 tribunais – à exceção do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – e que consome quase 93.725.289.276 de reais por ano, com cerca de 450.175 mil integrantes (sendo 18.141 magistrados, 272.138 servidores e 159.896 auxiliares) em todos os seus segmentos, tudo de acordo com a Pesquisa Justiça em Número de 2019, ano-base 2018, do CNJ (2019). Ainda segundo tal levantamento, o Judiciário tinha, até o final de 2018, um total de 78.691.031 processos judiciais pendentes de julgamento (CNJ, 2019).

Tal organização é dividida em vários órgãos judiciários, de competências jurisdicionais diversas, tal como posto pela Constituição Federal de 1988 no seu art. 92 ao art. 126. Esses dispositivos não somente enumeram os órgãos integrantes do Judiciário nacional (desde os tribunais superiores, os de apelação, os conselhos de administração da magistratura e até os juízos singulares) como também explicitam como se deve dar a composição de cada um deles, a forma de ingresso, a respectiva competência jurisdicional e, no caso dos conselhos, as suas atribuições administrativas. Essas normas podem ser complementadas por outras normas infraconstitucionais (leis complementares e ordinárias), bem como normas de natureza administrativa (infralegais), que visam regular as questões internas do funcionamento de tais órgãos.

O primeiro e, talvez, o mais importante ponto que a aplicação da Teoria dos Sistemas (Sistemas Abertos) nos leva a analisar é justamente aquele relacionado à entropia negativa, qual seja, aquele que possibilita que a organização se mantenha em funcionamento ("equilíbrio estável") mediante a importação de energia (*inputs*) e com a produção de resultados (*outputs*) junto ao meio social no qual se insere, que posteriormente reverberam na própria organização e assim a mantêm. Sem a renovação desse ciclo, sem novos estímulos de importação de "energia" (importação de insumos, pessoas, informações, etc.), a vida organizacional não se sustenta.

Para tanto, é preciso considerar de início que, diferentemente de uma organização privada, a organização judiciária foi criada e existe em razão de elaboração legislativa, fruto que é de vontade popular materializada pelo Constituinte Originário da Constituição Federal de 1988, bem como é sustentada

pelo orçamento estatal, que pode ser da União ou dos Estados-Membros. Ou seja, tem-se daí que boa parte dos insumos vitais para a sua organização e funcionamento advém de opções da sociedade, materializada pelos seus agentes políticos, com o objetivo de se tutelarem os direitos, garantir a ordem e a segurança jurídica, além de se preservarem as instituições democráticas – pontos essenciais para a sobrevivência de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88). Entretanto, isso não basta. É preciso verificar se essa organização está a entregar o que dela se espera, à luz da própria Constituição Federal, a "realização da justiça" em "tempo razoável" (art. 5º, inc. LXXVIII, CF/88). Esse componente anímico e essa percepção são fundamentais para a mantença do ciclo vital da organização, a se integrarem aos insumos a serem importados pela mesma para a sua sustentação, principalmente no âmbito das organizações públicas.

Quanto maior for a percepção anímica da sociedade sobre a relevância, a qualidade e a eficiência do serviço prestado por tal organização, maior será a sua legitimidade em ser um ator efetivo e essencial no meio social, como maior também será o seu fluxo de entrada (*inputs*) e a sua estabilidade, a garantir o seu adequado funcionamento.

4.1 A importância do insumo da informação e do seu *feedback* à organização judiciária

Para além das conjecturas, nos aventuraremos a lançar uma observação empírica para verificar a presença desse estímulo para que o ciclo vital da organização judiciária se robusteça e, assim, possa manter a entropia negativa e, portanto, a sua legitimidade e importância social. E focaremos justamente um desses insumos vitais para todas as organizações, que é o da "informação", por nós já abordado, que traz uma espécie de *feedback* ("retroalimentação") do meio ambiente às mesmas. Tais *inputs*, segundo Daniel Katz e Robert L. Kahn (1976, p. 37), "proporcionam sinais à estrutura sobre o ambiente e sobre seu próprio funcionamento em relação a ele".

Caso esse *feedback* seja negativo, a implicar uma não correspondência à expectativa do meio social para com os seus serviços prestados, ou mesmo apresente uma insatisfação com o rumo tomado com o seu próprio funcionamento, novos ciclos "produtivos" deverão ser readequados para que não haja a redução da energia importada e se ameace o seu "equilíbrio estável".

Para tal verificação dessas informações, fomos ao Relatório Anual da Pesquisa "Justiça em Números", do CNJ, cuja série histórica remonta a 2004. Instituído pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, o CNJ se tornou o órgão macrogestor do Judiciário nacional, a impor a ele a sua missão, os valores a perseguir, a fixar metas e planos de ações para melhoria de todo o

Sistema de Justiça. Essa pesquisa pioneira tem se constituído em um importante instrumento de conhecimento da organização judiciária, do seu funcionamento, das suas dificuldades e de seus gargalos, para que, a partir daí, políticas públicas judiciárias possam ser elaboradas.

Na última edição do "Justiça em Números", de 2019, ano-base 2018, verificou-se o montante de 78.691.031 ações ainda pendentes de julgamento. Ainda que tal número represente uma queda de 1,2% relativamente ao ano-base anterior (2017), trata-se de um número considerável. Outros indicadores importantes nos revelam as médias do tempo de julgamento no âmbito do 1º grau e do 2º grau (CNJ, 2019, p. 153): no 1º grau de jurisdição, o processo leva em média 3 anos e 1 mês para ser julgado, enquanto no âmbito do 2º grau, cerca de 10 meses. Mas tal média se eleva consideravelmente quando se analisa comparativamente tanto a "fase do conhecimento" como a "fase da execução ou liquidação" da ação só no âmbito do 1º grau de jurisdição: nessa fase do conhecimento, o tempo médio de tramitação fica na casa de 1 ano e 6 meses, enquanto na fase da execução o tempo médio fica em torno de 4 anos e 9 meses (CNJ, 2019, p. 154).

Há ainda o indicador de tempo de "baixa do processo", que apura efetivamente o tempo despendido entre o início do processo até a efetiva solução do conflito com o cumprimento da obrigação ou a paga de precatórios, por exemplo. Nesse, a totalização dos prazos médios também não é satisfatória ao cidadão que busca a organização judiciária: "o tempo do processo baixado no Poder Judiciário é de 1 ano e 4 meses na fase de conhecimento, de 5 anos e 11 meses na fase de execução no 1º grau de jurisdição e de 9 meses no 2º grau" (CNJ, 2019, p. 154-155). Da somatória desses tempos todos chegaremos ao tempo médio de cerca de 8 anos do início do processo até o seu encerramento definitivo.

Sem nos atermos a outros dados, o impacto desse tempo médio de 8 anos do início do processo até a sua solução definitiva coloca em xeque o primado da "realização da justiça" em "tempo razoável" – isso sem considerarmos os processos sobrestados ou suspensos por tribunais superiores por anos a fio, que podem aumentar consideravelmente tais prazos.

A esses dados objetivos, acrescentaremos outros, relativos à percepção dos integrantes do sistema de justiça e da sociedade brasileira sobre o funcionamento da organização judiciária. Essa pesquisa é o "Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro", coordenada pelo professor Antônio Lavareda, foi realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e o Instituto de Pesquisa Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE), datada de dezembro de 2019.

Em meio a tantos dados relevantes e que esmiúçam com propriedade a percepção sobre o funcionamento da organização judiciária nacional, nos

concentraremos em alguns poucos dessa pesquisa. Por uma questão metodológica, e tendo em vista os objetivos deste capítulo, nos ateremos apenas às respostas dadas pela dita "sociedade", sem considerar aquelas fornecidas por advogados e defensores públicos, tendo em vista que integram o Sistema de Justiça. Os dados compilados são os seguintes:

a) Cerca de 45% da sociedade concorda que a instituição Judiciária atua em questões que seriam próprias do Executivo ou do Legislativo.
b) Para a sociedade, os sentimentos que afloram sobre o Judiciário são os seguintes: tristeza (13%), indignação (12%), vergonha (11%) e medo (6%).
c) A sociedade identifica como requisitos "ideais" para o Judiciário a confiabilidade (41%), a imparcialidade/igualdade (35%) e a transparência (34%). Entretanto, quando confrontam tais requisitos que reputam "ideais" com o Judiciário "real", em uma avaliação de 0 a 10, a média não ultrapassa 3,0. Isso indica que os requisitos que a sociedade reputa como ideais na organização judiciária atual se fazem pouco presentes.
d) Com relação aos aspectos que desestimulam a sociedade na busca pelos serviços judiciários, tem-se o seguinte: 64% em razão da Justiça "ser lenta e burocrática; 28% em virtude de ela favorecer quem tem muito dinheiro; 20% não recorrem a ela devido a sua ineficiência.
e) Adesão por parte da sociedade a alguns sentimentos negativos relativamente à organização judiciária, cujos percentuais expressam concordância com eles, dentre os quais destacamos aqueles tópicos mais pertinentes ao presente estudo: Justiça lenta (93%); linguagem jurídica pouco compreensível (87%); falta de eficácia (74%) e funcionamento antiquado (69%);
f) Por fim, com relação à percepção sobre as dificuldades para o bom funcionamento do aparato judiciário, todas ficam acima do percentual de 80%: acesso caro (87%), excesso de formalidades/muita burocracia (86%), distanciamento ou alheamento com relação à população (86%) e legislação ultrapassada (84%).

A tais informações advindas do meio ambiente externo (sociedade) podemos agregar ainda informações internas da própria estrutura da organização, tendo em vista que no âmbito dos sistemas abertos a troca de energia é ampla. Tal informação acerca do funcionamento interno da organização judiciária decorre de pesquisa empírica que levamos a cabo sobre a percepção da condição de gestor do magistrado paulista e o seu eventual impacto na gestão judicial (ALVES DA SILVA; ARENA FILHO, 2020). Foram objetos da pesquisa magistrados federais, trabalhistas e estaduais do Estado de São Paulo. Nessa pesquisa, ao se

indagar os magistrados sobre tal condição para gerir o aparato judicial no qual atuam, os resultados encontrados, sem segmentação por magistratura, foram os seguintes: 55,7% dos magistrados respondentes se disseram em condições de gerir a unidade judiciária; entretanto, outros 44,3% responderam não possuir tal condição. Em outra questão, que com essa se relaciona, houve quase um empate em número absoluto entre aqueles que prefeririam ter no seu cartório ou secretaria judicial um "administrador profissional": 48,9% foram contra tal figura hipotética sugerida na questão, enquanto 47,7% foram favoráveis a isso.

Tais números são muito expressivos quanto à questão da gestão judicial entre os magistrados paulistas: se, de um lado, uma parte importante parece ter alguma proximidade e familiaridade com o exercício da gestão no aparato judicial, de outro, há também um número bem próximo e expressivo que apresenta dificuldades de aceitar essa condição de gestor – quando não mesmo a rejeita. Esses dados, extraídos de dentro da própria organização, a partir de levantamento junto aos próprios magistrados, são reveladores de que algo não caminha bem no funcionamento da instituição.

Essas informações advindas tanto do meio social como do meio interno retornam à organização judiciária, juntamente com outros insumos, e oferecem-lhe um *feedback* quanto ao atingimento ou não da sua finalidade social, como nos ensina a Teoria Geral dos Sistemas, no âmbito dos Sistemas Abertos. Há tanto um componente anímico, no sentido de informar se as finalidades sociais que motivaram a sua instituição e a sua manutenção com dinheiro público não restam atendidas pelo seu "público" que integram um sistema externo e mais amplo (sistema social), como uma informação interna de sérias dificuldades com a organização e funcionamento da própria organização, fornecida justamente por aqueles que deveriam liderá-la.

4.2 Do gerenciamento adequado do *feedback* à superação das dificuldades pelas adaptações sucessivas – uma consequência da sua eficiência

Evidentemente, não há como, em uma sociedade democrática e regida pelo Direito, se extinguir a instituição judiciária quando o seu serviço não atende às expectativas sociais. Entretanto, ela pode se deslegitimar perante o meio externo que a engloba e perder o seu espaço institucional e o seu valor, o que geraria enorme insegurança jurídica e até mesmo desgoverno – e, talvez, no limite, até o recrudescimento da "lei do mais forte". O Judiciário assim estaria a correr "[...] dois riscos: o de se tornar socialmente irrelevante e ver aumentar os níveis de descrédito com que a maioria das instituições brasileiras é encarada pela população [...]" (FARIA, 2004).

Se tal *feedback*, que advém da "retroação" da informação, importada pela organização judiciária junto com os demais insumos para o reinício do seu ciclo vital, em um primeiro momento não é palatável aos gestores da mesma, em outro ponto lhes fornece uma possibilidade excelente para a correção de rumos e readequações para que se restabeleça o seu "estado firme e estável". Se a organização é considerada um "organismo vivo", em meio a um Sistema Aberto, no qual mantém trocas de energia tanto interna como externamente para sobreviver, tal organismo terá de se adaptar e se reinventar para sobreviver. É o que se denomina de "mecanismo de ajuste" (KAST; ROSENZWEIG, 1987, p. 149).

Como todo organismo vivo, para sobreviver a organização só terá um caminho, que a própria Teoria dos Sistemas Abertos indica, qual seja, o de valer-se de características inerentes a tal sistema, que são a da adaptabilidade e da equifinalidade. Isto é, para manter o seu "estado estável" e evitar a redução da importação de energia (redução de insumos, de orçamento, somada à perda da expectativa da sua atuação e falta de melhor organização interna por não "entregar" o que motivou a sua criação), terá de passar por um processo de readaptação, de correção de rumos, para reconquistar o seu equilíbrio nas trocas que mantém com o meio ambiente e, assim, sobreviver. E como não há uma única forma ou caminho (*the one best way*) para tanto (próprio dos Sistemas Fechados), tal organismo vivo, no caso a organização judiciária, poderá readquirir tal equilíbrio de vários modos, de acordo com a sua capacidade de reação.

Para tanto, a organização judiciária terá de se valer do que Edgar H. Schein (1968) denomina de um "ciclo de adaptações sucessivas". Ou seja, é preciso que a organização internalize a transformação verificada tanto no meio ambiente interno como no externo (*feedback*) e atue para mudar os seus processos de produção ou de conversão do *input* em *output* de acordo com a sua finalidade intrínseca ("realizar a justiça" em um "prazo razoável", conforme o art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88). Posteriormente terá de estabilizar tais mudanças internas e reduzir produtos indesejados, com a exportação de novos e repaginados produtos ou serviços. E, após, deverá aguardar que um novo *feedback* lhe possibilite um novo reposicionamento da organização no seu meio ambiente, com a retomada de maiores fluxos de energia, e assim recompor a sua estabilidade. E essa sua capacidade de readaptação e de sobrevivência pode ser definida com uma medida da sua eficiência, de acordo com W. G. Bennis, mencionado pelo próprio Edgar H. Schein (1968, p. 232)

No dizer de Daniel Katz e Robert L. Kahn (1976, p. 188):

> *O conceito de eficiência não tem significado apenas para organizações empresariais, e os benefícios de sobrevivência originados por eficiência não se limitam às que visam fins lucrativos. Essas noções são inerentes às*

> *características das organizações humanas como sistemas abertos. Elas nos lembram que a decisão final para dar ou reter os necessários inputs organizacionais está no meio ambiente e que, de tal modo, o ambiente social maior mantém poder de vida ou morte sobre toda a organização.*

Daí a importância da gestão organizacional em uma organização tão complexa como é a judiciária. Avulta, portanto, a importância tanto do macrogestor como a do microgestor. O macrogestor da organização judiciária, tal como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), auxiliado pelos Conselhos de Justiça (CJF e CSJT) e, em caráter complementar, pelos gestores dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Apelação, poderão atuar junto ao seu "instituidor" e que também é aquele que lhe fornece o seu material de trabalho e, bem como, lhe sustenta (Legislativo), para melhor direcionar o seu orçamento ou mesmo readequá-lo a uma nova realidade. O próprio CNJ poderá ainda incrementar mais políticas públicas para o fim de melhorar e agilizar a prestação jurisdicional, de modo a buscar melhorar práticas e reduzir gargalos.

Não se desconhecem os enormes avanços que decorrem da criação do CNJ, do seu planejamento estratégico para todo o Judiciário nacional, das suas pesquisas sobre a realidade da organização judiciária brasileira, com o destrinchamento do seu acervo e das suas dificuldades, com as suas várias políticas públicas já encetadas, com o impulso dado à completa virtualização dos autos de processo físicos em todo o país, o estímulo aos meios de resolução alternativos dos processos, mediante a conciliação e a mediação, dentre outras medidas. Entretanto, apesar de várias iniciativas, ainda não se atingiu o impacto esperado no meio ambiente no qual se insere a organização judiciária. Ou seja, embora tenha havido um esforço em "repaginar" os seus produtos a serem entregues à sociedade, os efeitos de tal tentativa ainda não se fizeram sentir a ponto de mudar a percepção da população sobre as suas atividades.

Do outro lado desse aparato estão aqueles que denominamos de microgestores, localizados na outra ponta da organização, na sua linha de frente, que terão de aperfeiçoar o seu jeito de trabalhar e de melhor organizar os serviços judiciários, de modo que possam mais adequadamente liderar as equipes e atuar para que o procedimento judicial tenha um fluxo mais eficaz e, assim, quem sabe, consigam entregar a "realização da justiça" em um prazo mais palatável nesse mundo moderno, globalizado, interconectado e onde tudo acontece muito rapidamente. Referimo-nos aos magistrados à frente de suas unidades judiciárias, com os seus aparatos materiais (estrutura) e humanos (servidores), que devem gerir mais adequadamente os seus respectivos cartórios/secretarias judiciais por onde os autos de processos tramitam.

As normas processuais não bastam por si sós para ditarem o fluxo processual, pois ele é dependente das atividades e tarefas desempenhadas pelos

servidores que atuam naquele espaço organizacional, segundo Alves da Silva (2010). Não há, portanto, organização humana que subsista sem alguém que coordene os recursos disponíveis e lidere as pessoas que nela trabalham.

Paulo Roberto Motta bem destaca a importância da gestão nas organizações para que elas atinjam as suas finalidades:

> *A gerência é a arte de pensar, de decidir e de agir; é arte de fazer acontecer, de obter resultados. Resultados que podem ser definidos, previstos, analisados e avaliados, mas que têm de ser alcançados através das pessoas e numa interação humana constante* (MOTTA, 2002, p. 26).

É preciso treinamento/capacitação e a instituição de novas práticas, mais consentâneas com a moderna Ciência da Administração e da Teoria das Organizações.

5. Conclusão

A Teoria Geral dos Sistemas, na modalidade dos Sistemas Abertos, nos possibilitou uma ampla análise da organização judiciária, a nos fazer ver o quão importante é a mantença do seu ciclo vital mediante a importação de insumos para que se garanta o seu "equilíbrio estável" e, portanto, a sua própria vida – fenômeno esse denominado de entropia negativa. Mas também nos permitiu "estabelecer congruências ou 'alinhamentos' entre diferentes sistemas e a identificar e eliminar potenciais disfunções" (GARETH MORGAN, 2002, p. 62). E, para tanto, o elemento da informação, com o seu *feedback*, seja do meio ambiente interno ou do externo, se mostra essencial para que o seu ciclo vital não decaia e a organização não se inviabilize ou mesmo se deslegitime.

A partir dessa informação/*feedback*, o papel dos macrogestores e dos microgestores avulta, a caber-lhes, portanto, promover as ações para as correções de rumos da organização judiciária. E essas ações esperadas, ou aquelas já tomadas que devem ser aprofundadas, não podem mais esperar, à guisa de se comprometer ainda mais o seu funcionamento.

Estamos a viver em uma sociedade em rápida transformação ocasionada pela comunicação instantânea, pela redução de fronteiras, pela transformação do mundo em uma "aldeia global", que pulverizou as expressões "perto" e "longe", a implicar a completa anulação da distância espacial-temporal (ZYGMUNT BAUMAN, 1999).

E essa sociedade que daí emerge está a exigir, de acordo com as informações colhidas, outro patamar de serviços judiciários e de resolução de conflitos. Talvez tenha de se mudar desde os paradigmas que há muito são utilizados para as decisões judiciais, como a sua estrutura de trabalho, até a processualística hoje existente, autocentrada e de difícil compatibilidade com a sistemática de um processo eletrônico.

Urge, assim, que um novo pacto institucional seja levado a cabo por seus gestores para que se refaçam as bases do atual sistema de justiça, de modo que uma justiça efetivamente mais célere e menos burocrática se estabeleça. Como um "organismo vivo", em um sistema aberto, a organização judiciária dependerá da correta leitura dessa informação importada do meio ambiente e, fundamentalmente, de ações concretas para poder sobreviver em um meio ambiente cada vez mais complexo e exigente.

Referências Bibliográficas

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

_____; ARENA FILHO, Paulo Ricardo. Ser juiz ou ser gestor – percepções e práticas de gestão judiciária na magistratura estadual, federal e do trabalho no Estado de São Paulo. **Revista de Direito Público (RDP),** Brasília, v. 17, n. 91, p. 117-142, jan./fev. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3449>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas:** fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 8 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mai. 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Emenda Constitucional nº 45**, de 08 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 26 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pesquisa justiça em números. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estud. Av**., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 103-125, ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 maio 2020.

FAYOL, Henri. **Administração Industrial e Geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

KAST, Fremont E.; ROSENZWEIG, James E. **Organização e administração**: um enfoque sistêmico. 3. ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1987.

KATZ, Daniel; KAHN, Robert L. **Psicologia social das organizações**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1976.

LAVAREDA, Antônio (Coord.). Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); Fundação Getúlio Vargas (FGV); Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (IPESPE). **Estudo da imagem do judiciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf>. Acesso em: 1 maio 2020.

MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria de la organización**. Barcelona: Ariel, 1961.

MORGAN, Gareth. **Imagens da organização**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, Paulo Roberto. **Gestão contemporânea:** a ciência e a arte de ser dirigente. 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

SCHEIN, Edgar. H. **A psicologia na organização**. Lisboa: Livraria Clássica, 1968.

TAYLOR, Frederick W. **Princípios de administração científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Colaboração entre Empresas em Cenário de Crise

Pedro Zanotta
Dayane Garcia Lopes Criscuolo[1]

Introdução

É uma grande honra poder homenagear o Prof. Fernando Passos, pelos seus 20 anos na coordenação do Curso de Direito da UNIARA. Fernando é daquelas pessoas cativantes e sedutoras, a quem você se apega de graça, e para sempre. Muito sucesso e mais 20 anos, pelo menos.

O presente capítulo aproveita o momento que estamos vivendo e tem por objetivo trazer ao debate os reflexos da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19) em diversos setores da economia e como vêm sendo interpretadas as medidas que visam à sobrevivência de empresas neste cenário, sob o viés da legislação concorrencial, que deve ser aplicada não somente desde uma perspectiva econômica, mas, também, social, conforme os ditames da Constituição Federal (CF) vigente.

Serão analisados o atual cenário vivido pelo Brasil e pelo mundo, os conceitos relacionados ao Direito Concorrencial, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nesse contexto, assim como serão abordados os ditames constitucionais aplicáveis à análise.

1. A Pandemia e os Reflexos na Economia

A Covid-19 é uma nova doença respiratória que foi identificada pela primeira vez na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019. Em razão de ser um vírus de fácil contágio, assim como pelo fato de alguns pacientes terem apresentado agravamento muito rápido do seu estado de saúde, que em muitos casos resultou em morte, no dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o surto do novo coronavírus constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, o mais alto nível de alerta da Organização.

As autoridades mundiais buscaram, então, o aprimoramento da coordenação, da cooperação e da solidariedade global, com o intuito de interromper

1. Advogados em São Paulo. Respectivamente, sócio e associada de Wongtschowski & Zanotta Advogados.

a propagação do vírus. Em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia.Os números assustadores de contaminados que se seguiram poderiam ser piores, caso medidas rigorosas visando à contenção da disseminação do vírus não tivessem sido adotadas. A principal forma de contenção da doença, de acordo com os especialistas, foi o isolamento social. Com isso, muito países, inclusive o Brasil, decretaram a quarentena, que envolve não só um movimento para que as pessoas deixem de circular nas ruas e fiquem em casa, mas também pelo fechamento do comércio e de parte da indústria, além do cessamento ou grande redução de algumas atividades, como, por exemplo, a de transporte, em especial o aéreo, tendo em vista o fechamento das fronteiras. Em alguns Estados, também foi adotada ou está sendo estudada a medida extremada conhecida como *lockdown*[2].

É importante esclarecer, neste ponto, que a contenção da disseminação desenfreada da doença visa, também, garantir a possibilidade de dar assistência adequada à população, tendo em vista que o sistema de saúde não tem capacidade suficiente para atender a todos, no caso de ficarem doentes ao mesmo tempo. Todas essas medidas, no entanto, significam um grande golpe na economia, já que a maior parte das medidas adotadas prejudica a livre atividade econômica e impacta a produção, o transporte e a logística das empresas. E afeta, gravemente, o emprego.

Assim, empresas estão com suas atividades paradas, os comércios estão com suas portas fechadas, e os efeitos na economia estão sendo e serão muito graves. Apenas os serviços considerados essenciais estão em funcionamento, ou seja, pode-se afirmar que não vivemos em um momento de livre mercado com a pandemia.

Trata-se de um cenário dramático vivido pela economia global, que no Brasil se agrava diante das incertezas que o envolvem. Nessa conjuntura, verifica-se que diversos setores da economia, como a indústria de bens duráveis, de infraestrutura e de serviços, estão sofrendo direta e intensamente, dada a retração da demanda, em razão não só de as pessoas estarem em casa, mas também pela onda de desemprego que está sendo e ainda será gerada em decorrência deste fato.

Visando reduzir esse impacto, e garantir sua sobrevivência, muitas empresas, outrora fortes concorrentes, buscam a cooperação entre si, não só para otimizar sua capacidade ociosa e/ou sua capacidade de distribuição, mas também para fazer com que toda a cadeia continue funcionando, evitando possíveis quebras e problemas de abastecimento.

2. Bloqueio total, com a proibição da circulação de pessoas, sem motivo justificado.

Dentro deste cenário, questiona-se: na análise desses casos de cooperação, as autoridades de defesa da concorrência deveriam interpretar as leis antitruste sem considerar o atual cenário da economia, caracterizando essa conduta como anticoncorrencial? Ou, como uma tentativa de salvar a vida dessas empresas, deveriam interpretar esses casos sob outra abordagem, utilizando por base os princípios constitucionais dispostos no artigo 170 da CF, como veremos adiante?

2. Cartel ou Plano de Reestruturação?

De acordo com a cartilha do CADE[3], cartel é

> *qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível*.

E complementa que, em razão de os cartéis

> *implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros*.

Para identificar a formação de um cartel, são necessários, além de dados econômicos, indícios factuais de que há ou houve acordo ou coordenação entre os concorrentes. É a conduta anticoncorrencial considerada como a mais grave infração à ordem econômica, que restringe a concorrência, diminui a oferta, aumenta os preços e é extremamente prejudicial ao consumidor e à sociedade.

Em um contexto de pandemia, com as empresas fechadas, produção e logísticas prejudicadas e comércio com as portas abaixadas, surge, então, o tema da cooperação entre concorrentes, na busca de soluções e como uma resposta eficaz aos efeitos negativos que afetam os mais diversos setores da economia. Seria isso, traduzindo, o chamado *"cartel de crise"* ou "*cartel do bem*"? Ou essas denominações não são as mais adequadas?

Um cartel tem por objetivo reduzir a concorrência e a eficiência do mercado, elevando os preços, o que reflete diretamente no bem-estar do consumidor. Além disso, a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, redução dos custos de produção e introdução de inovações, de um modo geral, é reduzida fortemente. Nos tempos em que vivemos, esse cenário funciona ao

3. CADE. **Cartilha do CADE.** Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf. Acesso em: 12 maio 2020.

contrário, fazendo surgir, diante da necessidade de buscar soluções que permitam esse enfrentamento, o *"cartel de crise"*, que teria por objetivo um acordo de cooperação e de reestruturação entre empresas concorrentes, de modo a permitir a sua sobrevivência.

Ocorre que cartel é sempre uma expressão negativa, que expressa a ideia de prejuízos ao consumidor e à sociedade, como vimos da Cartilha do CADE. Assim, qualquer expressão que se acresça à palavra "*cartel*" não ajudará a mudar esse conceito, mesmo que seja *"de crise"* ou *"do bem"*. São expressões, portanto, não recomendadas e que devem ser evitadas.

Por outro lado, acordos entre concorrentes podem ser permitidos, pois muitos são neutros ou até mesmo pró-competitivos. O Direito norte-americano já trata desse assunto, pelo menos desde o ano 2000, quando lançou o seu guia. Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues[4] destacam como isso é tratado:

> *O FTC*[5] *e o USDOJ*[6] *produziram e publicaram o "Antitrust Guidelines for collaborations among competitors", onde, em seu preâmbulo, ficou expresso que, em certas circunstâncias, ao invés de competirem nos mercados modernos, os competidores necessitavam colaborar, e que essas colaborações muitas vezes poderiam ser pró-competitivas.*

Isto quer dizer que, na doutrina antitruste, esse tipo de arranjo entre concorrentes pode ser entendido como um elemento positivo, dado possibilitar a redução de custos, de ociosidade, o aumento da distribuição, a inovação e a disponibilização de eventuais produtos que, não fosse a colaboração, não seriam viáveis.

Recentemente, a autoridade antitruste da Austrália – Australian Competition & Consumer Commission (AACC) – aprovou dez acordos de cooperação. Dentre eles, está o acordo para apoiar o setor de energia[7], que concedeu autorização provisória à Australian Energy Market Operator Limited (AEMO), para permitir que os *players* do setor de gás e eletricidade cooperem em medidas para garantir o fornecimento de energia seguro e confiável e a integridade dos mercados atacadistas, durante a pandemia de Covid-19. Os participantes do referido acordo não possuem permissão para compartilhar informações confidenciais sobre preços e lucros.

---

4. In: **Direito Antitruste.** Ed. Saraiva, 2012.

5. Federal Trade Commission.

6. US Department of Justice.

7. In: **Cooperation to support reliable energy sector authorised**. Disponível em: https://www.accc.gov.au/media-release/co-operation-to-support-reliable-energy-sector-authorised. Acesso em: 27 maio 2020.

Como solução intermediária, foram divulgadas, pelas autoridades antitruste chilena[8] e mexicana[9], orientações acerca da cooperação em tempos de crise, autorizando a realização dos acordos que beneficiem os consumidores, desde que a eficiência supere os riscos anticompetitivos, e que sejam limitados no escopo e no tempo.

No Brasil, em recente sessão extraordinária de julgamento, realizada pelo Tribunal do CADE, decidiu-se[10] pela autorização de acordo entre indústrias de refrigerantes, bebidas e alimentos, para que cooperassem na medida necessária para superar os efeitos da pandemia. Tal arranjo permite atuação de forma conjunta no intuito de ajudar pequenos e médios varejistas, que são os maiores responsáveis por fazer os produtos chegarem até o consumidor.

Oportuno destacar parte da decisão tomada pelo CADE, que demonstra não haver imunidade antitruste, isto é, um cheque em branco para as empresas cooperarem, mas uma autorização necessária e adequada às condições

---

8. *"Segundo: El acuerdo precedente regirá especialmente en el caso de consultas que recaigan en hechos, actos o convenciones que busquen generar eficiencias que superen los riesgos anticompetitivos y que se relacionen con bienes o servicios que sean indispensables para mantener la cadena de abastecimiento, la continuidad de los servicios de transporte y la entrega de medicamentos o insumos médicos, entre otros que también puedan tener carácter indispensable. Para estos efectos, las partes consultantes deberán fundamentar dichas circunstancias en la respectiva consulta, ofreciendo, en tanto sea posible, los antecedentes que acrediten tal carácter".* In: **Auto Acordado nº 21/2020** – Sobre consultas extraordinarias efectuadas en virtud del artículo 18 nº 2 del Decreto Ley nº 211. Disponível em: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

9. *"Pudiera ser que en el contexto actual, este tipo de acuerdos de colaboración sí generen riesgos de falta de competencia, pero que son necesarios para mantener o incrementar la oferta, satisfacer la demanda, proteger las cadenas de suministro y evitar la escasez.*

No serán objeto de persecución los acuerdos de colaboración que sean necesarios en esta emergencia sanitaria, si y solo si, no tienen por objeto o efecto fijar precios o segmentar mercados.

Si los agentes económicos o sus abogados consideran que este tipo de acuerdos de colaboración generarán riesgos de falta de competencia, pero no tienen por objeto principal o preponderante fijar o manipular precios, reducir la oferta o segmentar el mercado, deberán:

- *Informar a la Autoridad Investigadora (AI) la intención del acuerdo, que éste es temporal y que se realiza para solventar situaciones derivadas de la epidemia de Covid19*
- *La AI realizará el análisis correspondiente y, en su caso, informará al solicitante que esa conducta, realizada durante la contingencia, no será objeto de investigación*
- *Una vez que se determine la conclusión de la contingencia, los agentes económicos deberán dar aviso de la conclusión del acuerdo" In* Competencia Económica en Tiempos de Covid-19. Disponível em: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/04/ANADE-COVID.-VF.pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

10. Sessão Extraordinária de Julgamento realizada em 28 de maio de 2020. Processo administrativo nº 08700.002395/2020-51. Partes: as informações referentes às partes são de acesso restrito. Relator Alexandre Barreto.

existentes, limitadas em escopo e prazo. Assim decidiu o CADE, neste caso, ao aprovar o despacho emanado da sua presidência:

> *(...) recuso veementemente, nesta e em outras situações apresentadas ao CADE em circunstâncias similares, o uso de conceito como cartel de crise ou cartel do bem, em virtude de não considerar razoável que algo que é tipificado na legislação pátria como crime possa ser incluído na interpretação de fatos e condutas apresentados a esta Autarquia, e tenho a certeza de que essa opinião é compartilhada por vários dos meus pares neste Conselho. O desafio que se apresenta para a autoridade antitruste, ao analisar situações de possível colaboração entre concorrentes, é verificar a existência de alguns pressupostos que possam levar para a permissão da cooperação, sem por outro lado permitir brechas que possam levar à ocorrência de condutas coordenadas ou abuso de posição dominante em detrimento da sociedade. Dentre tais pressupostos, e mais uma vez em síntese e sem pretensão de esgotar o assunto, podem ser elencados excepcionalidade da situação enfrentada, a urgência necessária para a adoção de medidas, a relação de causalidade entre a crise e a cooperação pretendida, o universo temporal limitado para a coordenação, as eficiências geradas e o seu repasse ao consumidor, dentre outros que se apresentem para cada situação concreta.*
> *(...)*
> *Diante do exposto, e com base nos elementos até o momento trazidos a conhecimento do CADE, a análise preliminar dos termos do acordo permite concluir que: (a) não se trata de um contrato de notificação obrigatória ao CADE, já que não cumpre os requisitos do artigo 88 da Lei 12.529/2011, bem como da Resolução 17/2016 do CADE; (b) não há indícios de tentativa de realização de prática anticompetitiva por meio das medidas elencadas no documento; (c) há justificativa econômica plausível para o acordo; (d) as partes efetivamente adotaram o protocolo de prevenção de riscos antitruste; e (e) a petição protocolada demonstra boa-fé das empresas, bem como a preocupação no restabelecimento da competitividade e normalidade do setor.*

Assim, parece legítimo considerar possíveis tais espécies de colaboração entre concorrentes, analisadas caso a caso, em razão dos impactos econômicos decorrentes da pandemia causada pelo novo coronavírus. Dentro desse cenário, as empresas em todo o mundo têm buscado arranjos temporários de cooperação, já que a diminuição do espaço e de pressões competitivas permitiriam maior possibilidade de sobrevivência, fato que garantiria, no futuro, a sua retomada e a reestruturação do mercado, de forma mais pulverizada e competitiva.

Referida cooperação, para a qual seria mais apropriada a denominação de *"plano de reestruturação"* e não cartel, seja de crise ou do bem, traz outros objetivos relevantes, quais sejam, a manutenção de postos de trabalho e do consequente bem-estar do consumidor, não se restringindo apenas à esfera econômica, mas refletindo também no social.

Dentro deste contexto, e retomando parte da definição de cartel trazida pelo CADE, não haveria como interpretar ser, referida cooperação, análoga a um cartel, na medida em que a cooperação traz não só benefício econômico compensatório, evitando perdas, mas também fiscal e social, traduzindo evidente benefício ao trabalhador, que permanece com seu emprego e, consequentemente, com seu poder de compra, o que, no fim, gera benefícios aos consumidores em geral e à sociedade.

Assim, não se deve virar as costas a esses planos de reestruturação das empresas, sob a justificativa da restrita observância da legislação antitruste em um momento tão peculiar, que nossa geração jamais imaginou viver, pois tal conduta deixa de lado princípios e direitos basilares trazidos pela Constituição Federal.

Com base nessas ponderações, surgem algumas reflexões: se inexistir um apoio à cooperação entre as empresas, como manter um mercado competitivo se restarem menos *players* após a pandemia, com aumento da concentração? Qual o benefício trazido ao consumidor com a aplicação rigorosa da lei antitruste se, ao final, seu poder de consumo resultar prejudicado em razão do desemprego em um mercado concentrado? Que bem-estar será proporcionado ao consumidor desempregado, diante de um mercado de trabalho com possibilidades de recolocação bastante reduzidas?

3. A Existência Digna Enquanto Garantia da Atividade Econômica

O artigo 170, da Constituição Federal, dispõe que a finalidade da atividade econômica, fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, é assegurar a todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social, baseado em diversos princípios, dentre eles o da livre concorrência, da proteção do consumidor, da redução das desigualdades sociais, da busca do pleno emprego, do fomento à pequena e média empresa.

É com base nessas diretrizes que devem ser analisados os planos de reestruturação das empresas que, antes concorrentes, no atual cenário passam a atuar como parceiros estratégicos, lutando pela sua sobrevivência. Planos de reestruturação que passam por acordos de cooperação, cuja análise deve ser, obrigatoriamente, feita com ferramentas diferentes das que, em condições normais, seriam utilizadas para avaliar os atos de concentração ou contratos associativos, ainda que estes tratem de arranjos entre concorrentes. Isto porque não se pretende um aliciamento entre as empresas em detrimento do mercado e do consumidor, mas justamente o contrário, a manutenção das estruturas de modo que seja possível a retomada da antiga configuração do mercado, da livre concorrência e de um ambiente saudável para o consumidor.

Isto quer dizer, garantir a sobrevivência das empresas e a manutenção dos empregos, que geram o bem-estar econômico e social, deve ser também o pilar de interpretação e aplicação da legislação antitruste pelas autoridades.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal traz diretrizes a serem observadas, assim como fins a serem realizados, não apenas pelo Estado, mas pela sociedade como um todo, e postula um plano de ação segundo os preceitos trazidos, dentre outros dispositivos, pelo seu artigo 170, sendo certo que a livre iniciativa é a expressão de liberdade titulada não só pela empresa, mas também pelo trabalho:

> *É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho* (STF, ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006).[11]

Assim, alternativa não há senão a análise cuidadosa de cada caso pelas autoridades antitruste. Seria, então, o momento de pensar-se em um novo viés de interpretação da legislação, de modo a garantir que as estruturas de mercado não se desmantelem e, ao final, o consumidor seja o grande prejudicado, e não o contrário. Outro caminho não há se não a autorização dos acordos de cooperação entre as empresas, desde que razoáveis, necessários e limitados ao fim e ao tempo a que se destinam, sob o controle e a fiscalização das autoridades antitruste.

Neste cenário, há quem questione se não seria o caso da aplicação da teoria da *Failing Firm Defense* (FFD), utilizada nos casos em que é possível observar o conflito entre o princípio da livre concorrência, pilar do direito concorrencial, e o princípio da manutenção da empresa, evitando o seu perecimento, dando-se preferência a este, quando preenchidos alguns requisitos, dentre eles o esgotamento dos meios capazes de identificar uma solução menos anticompetitiva à empresa em crise econômico-financeira e a limitação temporal necessária à recuperação pretendida.

---

11. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

A aplicação desta teoria possibilita a aprovação de atos que normalmente seriam reprovados ou sujeitos a restrições pelo CADE. Embora não prevista expressamente pela legislação brasileira, esse princípio encontra aplicabilidade em nosso sistema antitruste[12], já que seus objetivos convergem com os princípios constitucionais da função social da empresa, decorrente da função social da propriedade (art. 5º, XXIII cc. 170, III, CF).

No entanto, embora pareça ser uma boa solução para a questão, há de se refletir que fusão/aquisição de empresas, dependendo do caso concreto, pode não ser a melhor saída para o momento atual, na medida em que se objetiva evitar a redução de *players* atuantes e a concentração de mercado, com a eliminação da concorrência. O aumento de concentração em situações de crise pode gerar distorções futuras nos mercados, vindo em prejuízo ao bem-estar do consumidor. Ademais, trata-se de uma ferramenta pensada para sanar efeitos de crises econômico-financeiras pontuais, mas não pensada para um momento de crise geral em que, muitas vezes, todas as empresas de um setor encontram-se na mesma situação crítica, aí prevalecendo aquelas de maior capacidade financeira.

Assim, desde esse ponto de vista, a melhor solução seria, então, providências capazes de manter vivas, hoje e no futuro, todas as empresas atuantes no mercado, por meio da autorização de cooperação entre elas, pela autoridade antitruste. A empresa deve ser considerada como uma unidade social e economicamente útil, tendo em vista que a sua preservação envolve não apenas os interesses individuais do empresário, mas também de seus fornecedores, dos trabalhadores, do fisco, dos consumidores, da comunidade em que atua e do próprio Estado.

---

12. *"A prática internacional e a jurisprudência do Cade têm adotado extrema cautela na aplicação dessa teoria, restringido sua validade a casos em que as requerentes comprovem, cumulativamente, a satisfação das seguintes condições: (i) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras; (ii) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico21; e (iii) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação. Igualmente, aqui, o requisito de efeitos líquidos não-negativos deve ser preenchido. É dizer que o Cade deve concluir que os efeitos antitrustes decorrentes da reprovação da operação (e da, acredita-se, provável falência da empresa) seriam piores que a concentração gerada pela operação." In:* CADE. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em:file:///C:/Users/dayane.lopes/Downloads/Guia%20para%20An%C3%A1lise%20de%20Atos%20de%20Concentra%C3%A7%C3%A3o%20Horizontal%20julho-2016.pdf. Acesso em 13.05.2020.

Sobre o tema da cooperação entre empresas e a necessidade de que ela seja viabilizada, manifestou-se recentemente a *International Competition Network* (ICN)[13], em documento com o qual o CADE assentiu:

> *Essa situação extraordinária pode desencadear a necessidade de cooperação temporária entre os concorrentes, a fim de garantir o fornecimento e a distribuição de produtos e serviços escassos que protegem a saúde e a segurança de todos os consumidores. Tais esforços conjuntos, se limitados em escopo e duração necessários para ajudar os afetados pela Covid-19, e em conformidade com as leis aplicáveis ou orientações específicas das autoridades, podem ser uma resposta necessária para proteger os consumidores e fornecer produtos ou serviços que podem não estar disponíveis de outra maneira. Pode ser apropriado às agências de concorrência viabilizar a colaboração entre concorrentes, necessária para lidar com as circunstâncias da crise, na medida em que suas leis assim o permitirem.*[14]

Neste sentido, atualmente no Brasil, podem-se verificar três companhias aéreas propondo o compartilhamento de suas rotas, para a manutenção da atividade e o atendimento à população, de modo a manter o setor vivo até o relaxamento das regras de isolamento social no país. Empresas de aviação civil, antes concorrentes, entraram em acordo com a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) para acertarem as frequências semanais de viagens para as principais cidades do país, chamada "malha essencial", já que individualmente não conseguem manter a prestação do serviço de transporte aéreo. A atividade dessas empresas foi reduzida em 95% em razão da pandemia.

Já as empresas de telefonia brasileiras participam de um movimento coordenado com o intuito de garantir atendimento e informação à população. Unidas, oferecem acesso gratuito a canais de notícias e aplicativos oficiais do governo, assim como a canais de entretenimento.

Assim sendo, e desde que a cooperação pretendida possibilite garantir melhores condições para que as empresas possam superar os problemas ocasionados pela pandemia, gerando eficiência e trazendo benefícios econômicos e sociais aos consumidores e à economia brasileira, deverá ser autorizada e implementada pelas autoridades.

---

13. Organismo internacional que congrega agências de defesa da concorrência em todo o mundo.

14. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Declaração do Grupo Diretor da ICN: Concorrência durante e após a pandemia da Covid-10**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/imagens/icn-sg-covid19statement-april2020-pt-3.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

4. Conclusão

Como medida de contenção da disseminação do coronavírus, foi adotado, pelas autoridades de saúde e do governo, o distanciamento social, que implica a paralisação de diversos setores da economia, gerando impactos na logística e em toda a estrutura de mercado.

Referidas medidas, fundamentais para a proteção da saúde dos cidadãos e meio de garantir-lhes um bom atendimento, ocasionaram um grande impacto na economia brasileira.

As empresas e o comércio precisam de ajuda para a manutenção de suas estruturas e quadros de funcionários. Assim, com o intuito de se manterem vivas e preservar seus empregados, empresas concorrentes ajustam uma cooperação entre elas, de modo que se sustentem até que a crise ocasionada pela pandemia passe e ocorra o relaxamento das medidas de isolamento social no país.

A cooperação entre as empresas não é vista por todos com bons olhos, chegando a ser denominada como "*cartel de crise*" ou "*cartel do bem*", pois entende-se que pode existir riscos à concorrência com sua implementação. No entanto, referida denominação mostra-se equivocada na medida em que cartel é considerado como a mais grave infração à ordem econômica, trazendo consequências maléficas ao mercado e aos consumidores.

Em contrapartida, os planos de reestruturação trazidos pelas empresas, melhor denominação a ser aplicada, têm por objetivo a sua manutenção, bem como dos empregos, durante e após a pandemia. Não por outra razão, as autoridades antitruste devem autorizar e acompanhar essa cooperação entre as empresas, sempre que razoáveis, necessárias e limitadas ao fim a que se destinam.

Bom que se diga, neste ponto, e com base no quanto determinado pelo artigo 170 da Constituição Federal, que a atividade econômica tem por finalidade garantir a existência digna, baseada em diversos princípios como livre concorrência, proteção do consumidor, redução das desigualdades sociais, a busca pelo pleno emprego e o fomento da pequena e média empresa. Isto quer dizer que, além desse bem-estar econômico que se busca com a atividade econômica, deve-se ter em mente, também, o bem-estar social, o emprego do consumidor, a redução das desigualdades sociais.

Sem emprego, em um mercado menos competitivo, mais concentrado e, portanto, com menores possibilidades de recolocação profissional, certamente essa existência digna trazida como um princípio constitucional não será atingida, na medida em que as finalidades da atividade econômica não estarão sendo conseguidas.

A melhor solução seria, então, providências capazes de manter vivas as empresas, o que é possível por meio da autorização de cooperação entre elas,

pelas autoridades antitruste. A aplicação das normas antitruste deve ser realizada sob a ótica dos princípios constitucionais, e analisadas caso a caso, limitadas no tempo e no escopo necessário às suas finalidades.

A empresa deve ser considerada como uma unidade social e economicamente útil, tendo em vista que a sua preservação envolve não apenas os interesses individuais do empresário, mas também de seus fornecedores, dos trabalhadores, do fisco, dos consumidores, da comunidade em que atua e do próprio Estado.

5. Referências Bibliográficas

BRASIL. **Código Civil**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. **Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 12 maio 2020..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

ALVES, Marlus Santos; ROS, Luiz Guilherme. **Cartel de crise e renegociação dos TCCS na pandemia do coronavírus**. Disponível em :https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/opiniao-cartel-crise-renegociacao-tccs-pandemia. Acesso em: 12 maio 2020.

AUSTRALIAN COMPETITON & CONSUMER COMMISSION. **Co-operation to support reliable energy sector authorised**. Disponível em: https://www.accc.gov.au/media-release/co-operation-to-support-reliable-energy-sector-authorised. Acesso em: 27 maio 2020.

CADE. **Cade manifesta apoio a documento da ICN sobre concorrência durante a pandemia da Covid-19**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/mais-noticias/cade-manifesta-apoio-a-documento-da-icn-sobre-concorrencia-durante-a-pandemia-da-covid-19. Acesso em: 14 maio 2020.

CADE. Sessão Extraordinária de Julgamento – acompanhada ao vivo, via Youtube. Realizada em 28.05.2020. Processo administrativo nº 08700.002395/2020-51. Relator Conselheiro Alexandre Barreto. Partes: informação sigilosa, de acesso restrito.

COMISSIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. **Competencia económica em tempos de Covid-19**. Disponível em: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/04/ANADE-COVID.-VF.pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE CARVALHO, Vinicius Marques; MACHADO, Henrique Felix. **Cartéis de crise e a Covid-19: possíveis caminhos para a política concorrencial**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/carteis-de-crise-e-a-covid-19-possiveis-caminhos-para-a-politica-concorrencial-02042020. Acesso em: 12 maio 2020.

FAGÁ, Silvia et al. **Evento webinar IDP: Cooperação entre concorrentes**. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=B7ep4PwAmMw. Acesso em: 26 maio 2020.

GONÇALVES, Everton das Neves; QUEIROZ, Bruna Pamplona de. A aplicação da teoria da Failing Firm Defense no Brasil. **Percurso**, v. 2, n. 29, p. 1-27, abr. 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3486/371371915>. Acesso em: 13 maio 2020.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Declaração do Grupo Diretor da ICN: concorrência durante e após a pandemia da Covid-19**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/imagens/icn-sg-covid19statement-april2020-pt-3.pdf. Acesso em: 14 maio 2020.

MACIEL, Daniela. **Empresas deixam a concorrência de lado para formar os "cartéis de crise".** Disponível em: https://diariodocomercio.com.br/negocios/empresas-deixam-a-concorrencia-de-lado-para-formar-os-carteis-de-crise/. Acesso em: 12 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS Brasil. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus).** Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 12 maio 2020.

RODRIGUES, Lorenna; RODRIGUES, Eduardo. **Com pandemia, empresas podem formar 'cartéis do bem'**. Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral, empresas-se-ajudam-nos-carteis-do-bem,70003260039. Acesso em: 12 maio 2020.

RODRIGUES, Lorenna. **Em meio à crise do coronavírus, Cade deve liberar ação conjunta de concorrentes.** Disponível em: https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-meio-a-crise-do-coronavirus-cade-deve-liberar-acao-conjunta-de-concorrentes, 70003316970. Acesso em: 28 maio 2020.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. **Auto Acordado nº 21/2020 – Sobre Consultas Extraordinarias Efectuadas en Virtud del Artículo 18 nº 2 del Decreto Ley nº 211**. Disponível em: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/04/Auto-Acordado-21-2020.pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

Digital Tracking and Tracing (DTT) Systems, Controle Epidemiológico e Privacidade em Tempos de Covid-19 no Brasil

Rubens Beçak[1]
Guilherme de Siqueira Castro[2]

Introdução

O presente trabalho discute os riscos técnicos, políticos e jurídicos envolvidos na atividade de rastreamento e monitoramento digital de indivíduos, tecnologia conhecida em inglês como *Digital Tracking and Tracing (DTT) systems*, no contexto da pandemia da Covid-19.

Em apertada síntese, as tecnologias de rastreamento e monitoramento digital utilizam os dados de localização de *smartphones* e *wearables* (pulseiras e relógios inteligentes) para monitorar se as pessoas, individualmente ou em conjunto, estão obedecendo às ordens de isolamento social durante a pandemia. Também é possível o rastreamento de contatos por meio de aplicativos de telefones celulares que criam uma rede própria de contato com outros aparelhos via tecnologia *Bluetooth*.

As tecnologias de monitoramento e rastreamento não são novas, já são empregadas por órgãos de segurança e agências de inteligência ao redor do globo para a repressão ao terrorismo e outros crimes. Os grandes *players* da internet, como Facebook, Amazon, Google e Apple, também praticam, em certa medida, o monitoramento dos usuários dos seus aplicativos, fenômeno denominado como capitalismo da vigilância (ZUBOFF, 2019).

Atualmente, em razão da emergência sanitária da Covid-19, os sistemas *DTT* pas saram a ser aproveitados para auxiliar no controle epidemiológico da doença. O uso de sistemas de monitoramento e rastreamento digital para

---

1. Professor de graduação e pós-graduação da FDRP-USP. Mestre e doutor em Direito Constitucional e livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo USP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (pós-graduação). Foi secretário geral da Universidade de São Paulo. Professor visitante da Universidad de Salamanca no curso Master en Estudios Brasileños.

2. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP / USP.

controlar o avanço da epidemia da Covid-19 foi acompanhado de uma crescente preocupação com a privacidade.

Para muitas pessoas, utilizar essas tecnologias significa dizer adeus ao anonimato e confiar na tecnocracia onisciente digital. Para os defensores do monitoramento, há um paradoxo: se os dados pessoais são usados para fins comerciais, para oferecer qualquer tipo de publicidade, por que não são acessíveis para propósitos de tutela à saúde em um contexto de pandemia global?

Permitir que os governos acessem todas as informações geradas diariamente pela população por meio de smartphones traz diversos riscos para um regime constitucional democrático baseado na dignidade da pessoa humana, mesmo com um objetivo nobre como o de controlar o avanço da Covid-19. Ainda que existam salvaguardas para proteção da privacidade em face do monitoramento digital, toda colisão de direito fundamentais é intrinsecamente problemática.

Ante o exposto, o presente trabalho busca esclarecer os aspectos técnicos elementares dos sistemas de monitoramento digital, para compreender os impactos positivos e negativos desses recursos tecnológicos no controle da pandemia de Covid-19. Ao final, os autores traçam algumas sugestões de harmonização entre o monitoramento de indivíduos na emergência sanitária e o respeito ao direito à privacidade.

2. Privacidade: Do Direito de Estar Só ao Direito à Anonimização

2.1 Breve histórico

A origem do direito à privacidade tem relação com as revoluções liberais burguesas do final do século XVIII. Isto não quer dizer que o direito à privacidade era um dos objetivos primários dos revolucionários burgueses; por exemplo, o Código Civil Napoleônico desconhecia algo próximo da noção de privacidade ou intimidade (BIONI, 2020, p. 47). Ocorre que a construção jurídica do direito à privacidade está baseada historicamente no direito à propriedade, pauta-chave das revoluções liberais.

Dito de outro maneira, há uma relação de causalidade entre proteção da propriedade privada e a proteção da privacidade. Neste primeiro momento, a privacidade seria uma esfera exclusiva do indivíduo burguês, inacessível a terceiros ou ao Estado sem consentimento do indivíduo. Cada indivíduo seria dono de sua própria esfera de intimidade. Como já se destacou na doutrina, a construção jurisprudencial do direito à privacidade em países da *common law* baseou-se em institutos jurídicos de proteção da propriedade privada, como *trespass*, *nuisance* e *conspiracy* (DONEDA, 2019, p. 109).

No ensaio "Sobre a liberdade", de 1859, John Stuart Mill intuiu de maneira bem clara uma esfera individual livre da ingerência da sociedade e do Estado, uma parte da vida pessoal, dos hábitos e do comportamento que interessa

somente ao indivíduo e a mais ninguém (MILL, 2003, p. 82). Mill não fala em direito à privacidade, mas um primeiro desenho do direito de estar só pode ser inferido do texto como decorrência do direito à liberdade.

Em 1879, no *Treatise on Law of Torts*, Thomas Cooley, jurista americano, cunhou a expressão "direito de estar sozinho", sem relacioná-la com a noção de privacidade, mas com a de responsabilidade civil (COOLEY, 1879, p. 29). No contexto da obra, o autor enumerava os direitos subjetivos que, em caso de violação por ato ilícito, poderiam ensejar a reparação civil nos EUA. Dentro da conceituação de direito à vida, Cooley incluiu o direito de estar sozinho como o direito de um indivíduo de não ser molestado em sua integridade físico-psíquica.

Em 1890, Louis Brandeis e Samuel Warren publicaram, na *Harvard Law Review*, o ensaio "The right to privacy". No artigo, os autores utilizaram a expressão "direito de estar sozinho" formulada por Cooley no contexto do direito à privacidade. Preocupados com as inovações tecnológicas da época que possibilitavam a violação da intimidade de indivíduos, como a fotografia, bem como com a imprensa especializada em fofocas, os autores vão construir o conceito de direito à privacidade a partir de precedentes da *common law* que reconheceram a proteção aos direitos individuais de personalidade (BRADEIS; WARREN, 1890, p. 205).

O impacto do ensaio de Bradeis e Warren foi significativo no imaginário jurídico estadunidense. Roscoe Pound afirmou que os autores adicionaram um novo capítulo ao direito americano (GLANCY, 1979, p. 1). A despeito do fato de a Constituição americana não mencionar explicitamente o direito à privacidade, a Suprema Corte dos EUA reconheceu, em vários julgados ao longo do século XX, o status constitucional do direito à privacidade ou a garantia a certas zonas de privacidade (VIEIRA, 2002, p. 86)

Fora dos EUA, a recepção ao direito à privacidade como um direito extrapatrimonial, vinculado à personalidade, demorou. Somente após a Segunda Guerra Mundial, com a positivação do princípio da dignidade humana em várias constituições do pós-guerra e a revisão da separação absoluta entre Ética-Moral e o Direito (BEÇAK, 2011, p. 19), há uma guinada nos sistemas de *civil law* do entendimento do direito à privacidade como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade sem a interferência do controle estatal ou reprovação social.

Neste sentido, o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estatui que "ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação". Na mesma linha, o artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 prescreve que "ninguém será sujeito a ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação".

2.2 A tutela da privacidade no sistema constitucional brasileiro e a questão dos dados pessoais

Na história constitucional brasileira, a Constituição Federal de 1988 é a primeira a prever, expressamente, proteção ao direito à privacidade, no artigo 5º, inciso X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Além da previsão expressa ao direito à privacidade, a privacidade é reconhecida como direito fundamental em variadas expressões: privacidade e inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI), privacidade e sigilo das comunicações (artigo 5º, inciso XII). O direito à privacidade também protege o indivíduo contra a devassa de suas movimentações bancárias (sigilo bancário) e de sua relação, como contribuinte, com o fisco (sigilo fiscal). Por fim, o direito à privacidade impõe um dever a certos profissionais, tais como médicos, advogados e jornalistas, de manter sigilo sobre informações de que obtiveram conhecimento em virtude do exercício da profissão.

Oportuno consignar, ainda, que o direito à intimidade e à vida privada expresso no texto constitucional é usualmente tratado como faceta do direito à privacidade. Todavia, há quem distinga os conceitos de intimidade e vida privada. Nesta linha, a intimidade representaria uma esfera mais restrita, um campo exclusivo que alguém reserva para si próprio, a salvo de qualquer intromissão estatal ou social, um direito ao isolamento, direito de não ser vigiado, enquanto a vida privada corresponderia a uma esfera mais ampla, que abrangeria também as relações pessoais mantidas pelo titular do direito, de não ter a vida íntima e familiar devassada, de não ter detalhes pessoais divulgados, nem de ter a imagem e o nome expostos contra a sua vontade (TAVARES, 2019, p. 550-551).

No que tange ao tema deste trabalho, os conceitos são insuficientes para dar conta de toda a complexidade que envolve o direito à privacidade na sociedade da informação, posto que a privacidade deve abranger também o direito do cidadão de exercer controle sobre o uso, a circulação e o armazenamento dos seus próprios dados pessoais. Nesta linha, afirma Stefano Rodotà (2008, p. 24) que:

> (...) parece cada vez mais frágil a definição de "privacidade" como o "direito de ser deixado só", que decai em prol de definições cujo centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe dizem respeito. Não que este último aspecto estivesse ausente das definições tradicionais: nelas, porém, ele servia muito mais para sublinhar e exaltar o ângulo individualista, apresentando a privacidade como mero instrumento para realizar a finalidade de ser deixado só; enquanto hoje

> chama a atenção sobretudo para a possibilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício de poderes baseados na disponibilização de informações, concorrendo assim para estabelecer equilíbrios sociopolíticos mais adequados.

Todavia, há posição doutrinária, que lastreou precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) na mesma linha,[3] que pugna que a proteção constitucional prevista no artigo 5º, inciso XII, é da comunicação de dados e não dos dados em si. Para esta posição doutrinária, tão somente a comunicação privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação, sob pena de imunizar a produção de dados ilegais ou incriminadores relativos a uma pessoa (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 447).

Com o devido respeito, tanto o precedente como o artigo doutrinário que sustenta o argumento são antigos, produzidos antes do aparecimento das redes sociais, do armazenamento de dados na nuvem (*cloud*) ou da análise do comportamento de usuários na internet pelas empresas.

Ademais, como já se pontuou na doutrina (MARMELSTEIN, 2019, p. 143), os dados são protegidos pelo art. 5º, inc. X, da CF/ 88, enquanto o sigilo das comunicações está garantido pelo art. 5º, inc. XII. Por outro lado, afirmar que o armazenamento de dados não está sujeito à proteção constitucional é desconhecer a existência e a função do remédio do *habeas data*[4] previsto na Constituição, de forma que, respeitosamente, discorda-se deste pensamento doutrinário.

Salvo melhor juízo, a concepção contemporânea de privacidade não se limita ao direito de ser deixado só ou de impedir a intromissão na vida alheia, a privacidade deve ser compreendida além da esfera estritamente privada para alcançar ambientes onde circulem dados pessoais, físicos ou digitais.

2.3 Proteção de dados pessoais no direito brasileiro

O problema de tutelar o armazenamento e o processamento de dados pessoais é que esses dados são levantados e processados muitas vezes sem o conhecimento dos atingidos. Neste cenário, foi editada a Lei 13.709/2018,

---

3. MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, publicado no DJ 19-10-2001, p. 033. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ES- CLA%2E+E+21729%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+21729%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bhlncmt. Acesso em: 3 maio 2020.

4. O *habeas data* é um remédio constitucional previsto no artigo 5, inciso LXXII, da Constituição de 1988. Foi criado com o intuito de assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para permitir a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que disciplina a proteção de dados pessoais no Brasil.

Em relação ao tema do presente artigo, três definições legais de dados são importantes: dado pessoal, dado pessoal sensível e dado anonimizado. As duas primeiras definições são relativamente simples.

O dado pessoal é a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (artigo 5º, inciso I, LGPD). O dado pessoal sensível é o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (artigo 5º, inciso II, LGPD).

Para o tratamento de dados pessoais, o controlador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais) ou operador (pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador) deve observar os seguintes requisitos: consentimento prévio do titular dos dados; propósito específico albergado em lei; confidencialidade e segurança; forma e duração do tratamento dos dados pessoais; identificação do controlador; esclarecimentos sobre eventual compartilhamento; *accountability* dos agentes envolvidos; e respeito aos direitos do titular dos dados previsto no artigo 18 da LGPD.

O consentimento prévio do titular é uma forma de garantir o exercício do direito à privacidade consagrado na Constituição de 1988. O consentimento deve ser fornecido de maneira clara pelo titular, por escrito ou outro meio que demonstre a manifestação da vontade do titular (v. g. formulário eletrônico), cabendo ao controlador dos dados o ônus da prova em caso de dúvida sobre a obtenção do consentimento (artigo 8º, *caput*, combinado com o § 2º do mesmo artigo, todos da LGPD). Imperativo consignar que o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo, a critério do titular. Em aplicativos de *contact-tracing*, em razão do tipo de intervenção na vida privada que essa tecnologia permite, tal como veremos, o consentimento prévio e sua revogação são especialmente importantes.

O propósito específico albergado em lei cuida-se do rol legal taxativo previsto no artigo 7º, da LGPD. No que tange ao controle epidemiológico da Covid-19, duas hipóteses interessam: a que engloba o tratamento de dados pessoais para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (artigo 7º, inciso II, da LGPD) e a possibilidade de a administração pública utilizar dados pessoais para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres (artigo 7º, inciso III, da LGPD).

A justificativa legal para o compartilhamento de dados pessoais no contexto de combate à pandemia decorre da interpretação sistemática do artigo 7º, incisos II e III da LGPD, combinada com o artigo 6º da Lei 13.979/20, a chamada "Lei da Quarentena", que dispõe:

> É **obrigatório o compartilhament**o entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de **dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus**, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. (grifos nossos)

Essa obrigação engloba as pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária (artigo 6, § 1º, Lei da Quarentena). Os esclarecimentos sobre eventual compartilhamento dos dados pessoais com terceiro devem ser informados ao titular dos dados de forma clara e explícita, pois afeta o consentimento.

Deve ficar claro, também, que os dados tratados para a geração de políticas públicas no enfrentamento da pandemia devem ser utilizados apenas para essa finalidade. A confidencialidade e segurança significa que os dados pessoais armazenados pelo controlador ou operador devem ser protegidos da devassa de terceiros, logos esses agentes devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. Eventual vazamento de dados sujeita os envolvidos a responsabilização civil nos termos do artigo 42 da LGPD.

A forma e duração do tratamento dos dados pessoais não pode ser por tempo indeterminado, deve ser observada uma limitação do período de conservação dos dados pessoais que será proporcional à finalidade do tratamento. A identificação do controlador – o controlador não pode ser anônimo, o titular dos dados tem direito de saber quem toma decisões referentes aos seus dados pessoais, até para tornar possível o exercício do direito à esclarecimentos.

A *accountability* dos agentes envolvidos é de rigor, tanto o operador como o controlador de dados pessoais têm o dever de prestar contas sobre o tratamento de dados ao titular e são responsáveis por eventual falha de performance, ou seja, por vazamentos de dados ou uso indevido dos mesmos por pessoas não autorizadas.

2.4 Anonimização

Já em relação aos dados anonimizados, o adjetivo 'anonimizado' pode causar algumas dúvidas sobre o seu significado. Anonimizar significa o ato de tornar algo anônimo. Na literatura técnica, o termo 'anonimização de dados'

significa a conversão de dados pessoais em dados não identificados por meio da aplicação de variadas técnicas de anonimização (CINGAPURA, 2018, p. 6). O objetivo da anonimização de dados é proteger informações pessoais sensíveis de uso inapropriado por terceiros não titulares das informações.

A definição legal de dado anonimizado no Brasil é dividida em duas partes. Na primeira parte do artigo 5º, inciso II, LGPD, consta que o dado anonimizado é o dado relativo a titular que não possa ser identificado. Nesta primeira parte há uma coincidência entre a definição lexical e a definição legal.

A dificuldade reside na segunda parte da norma, que coloca uma condição para o dado ser considerado anonimizado: "considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento". Nesta segunda parte, o legislador pretendeu impor uma condição: só é anonimizado o dado submetido a técnica de anonimização disponível à época da divulgação, estabelecendo que não são anonimizados os dados cuja anonimização puder ser revertida logo após a divulgação, com esforços razoáveis.

A finalidade da segunda parte do dispositivo é conferir segurança jurídica, haja vista que a tecnologia evolui constantemente: o que era uma técnica segura de anonimização em 2020 pode ser superada facilmente em 2022. Dito de outro modo, se na ocasião do tratamento de dados para fins de anonimização já existir técnica ou *software* de fácil aquisição para reverter o processo, o dado não é anonimizado para fins legais e merece toda a proteção conferida aos dados pessoais.

Imperativo consignar que dados anonimizados não se sujeitam à proteção da LGPD, conforme artigo 12 do mesmo diploma. Diga-se, inclusive, que a lei brasileira seguiu um padrão comum, as leis de proteção de dados não se aplicam aos dados anonimizados, como é o caso do *Data Protection Act (DPA)* do Reino Unido e a Diretiva Europeia de Proteção de Dados nº 95/46/CE.

Mas afinal, como um dado é anonimizado?

A prática demonstra que a linha divisória entre dados pessoais e dados anonimizados é bastante tênue devido aos problemas técnicos inerentes à anonimização. Há um *trade-off* em todo o processo de anonimização, entre utilidade aceitável e a tentativa de reduzir o risco de reidentificação dos dados pessoais; à medida que a extensão da anonimização aumenta, a utilidade, clareza e precisão do conjunto de dados são reduzidas.

Dentre as técnicas de anonimização conhecidas estão:

- **Supressão dos atributos** – Cuida-se da supressão de campo de dados, coluna de dados ou variável como nome, gênero, idade ou endereço. Refere-se à remoção permanente de uma seção inteira dos dados no conjunto de dados, o que dificulta a identificação do titular dos dados

pessoais. A vantagem da técnica é inviabilizar a recuperação da informação removida.

- **Supressão do registro** – Trata-se da remoção de um registo inteiro do conjunto de dados, afeta vários atributos ao mesmo tempo e influencia o cálculo estatístico, como média e mediana.
- **Encobrimento de caracteres** – O encobrimento de caracteres é uma alteração de caracteres num valor dos dados, usando um símbolo constante ("*" ou "x"). O encobrimento é parcial, aplicado somente a alguns caracteres no atributo, técnica muito utilizada por sites de compra para anonimizar dados de cartão de crédito.
- **Pseudonimização** ou **codificação** – Cuida-se de cifragem de dados, com valores inventados. Pode ser reversível ou irreversível. Na primeira, os valores originais são mantidos de forma segura e confidencial, mas podem ser religados ao pseudônimo em caso de necessidade. Na segunda, os valores originais são removidos permanentemente. Por exemplo, imagine que um artigo científico de autoria de Marie Curie será examinado pelo método *blind review*. Para garantir o anonimato do autor para o avaliador, o atributo "autor(a)" pode ser anonimizado na via do artigo encaminhada ao avaliador, substituindo-se o nome de Marie Curie pelo código numérico 548777. Neste caso, a anonimização seria reversível, pois é necessário publicar o artigo, se aprovado, com o nome da autora.
- **Generalização** – É uma técnica de anonimização que consiste na redução deliberada na precisão dos dados. É o caso do modelo de mapa de calor utilizado pelo Estado de Pernambuco para analisar o comportamento da epidemia, no qual os pontos dos mapas de casos graves de Covid-19 no estado são deslocados aleatoriamente em um raio de 50 metros para preservar a privacidade dos cidadãos.
- **Agregação de dados** – Consiste na técnica de converter um conjunto de dados de uma lista para valores resumidos por meio de medidas estatísticas como médias e medianas.

3. A Pandemia de Covid-19 e os Desafios do Controle Epidemiológico

Como se sabe, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS), órgão vinculado às Organizações das Nações Unidas (ONU) com a função de dirigir e coordenar o trabalho internacional no domínio da saúde, declarou a epidemia de Covid-19 uma pandemia mundial.

A Covid-19 é uma doença causada pelo novo coronavírus – Sars-Cov-2. O epicentro inicial da doença foi na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China, em meados de dezembro de 2019, quando centenas de casos de pneumonia aguda de causa desconhecida foram reportados por autoridade locais (HUANG et al., 2020, p. 497).

O vírus Sars-Cov-2 apresenta dois desafios para as autoridades de saúde: alta transmissibilidade e inexistência de vacina, remédio ou terapia específica para tratamento de pacientes com sintomas graves de Covid-19. A doença tem um longo período de incubação; pessoas carregando o vírus, mas assintomáticas, podem contaminar indivíduos sadios.

Do aparecimento do vírus, em dezembro de 2019 na China, até o início de maio de 2020, a OMS estima que sejam 3.595.662 casos de Covid-19, com 247.662 mortes confirmadas em mais de 215 países e territórios ao redor do globo. A resposta sanitária disponível é prevenir a transmissão da doença entre a população por meio da separação de indivíduos infectados dos indivíduos saudáveis, interrompendo a transmissão ou, ao menos, diminuindo a velocidade de contaminação, de modo a não sobrecarregar o sistema de saúde, especialmente as Unidades de Terapia Intensiva (UTIs).

Neste diapasão, as medidas de saúde pública disponíveis para separar indivíduos infectados dos indivíduos saudáveis são o isolamento, a quarentena e a contenção comunitária (WILDER-SMITH; FREEDMAN, 2020, p. 04).

O isolamento é a separação de pessoas doentes, com doenças contagiosas, de pessoas não infectadas, usualmente realizada em instalações hospitalares. No atual contexto da pandemia de Covid-19, o isolamento deixou de ser uma política de segurança hospitalar, aplicada em um *locus* específico, para ser uma política de controle epidemiológico de toda a população.

A quarentena é uma prática antiga que remonta ao surto da peste negra na Europa, em meados do século XIV. Nessa época, a cidade de Veneza, potência naval e mercantil, exigia que navios provenientes de cidades portuárias infectadas permanecessem ancorados por 40 dias na costa antes de desembarcarem a tripulação (WILDER-SMITH; FREEDMAN, 2020, p. 3). A quarentena é uma restrição de locomoção de pessoas, pode atingir pessoas infectadas ou grupos de risco vulneráveis a uma determinada doença. A quarentena pode ser voluntária ou compulsória, imposta pelas autoridades de saúde.

A contenção comunitária envolve uma intervenção governamental imposta a uma comunidade, bairro, cidade ou região, com a finalidade de reduzir as interações pessoais da população e, consequentemente, a transmissão da doença infecciosa. A contenção comunitária envolve uma série de medidas de distanciamento social, tais como uso de máscaras, fechamento de escolas e

equipamentos públicos, suspensão de atividades econômicas não essenciais, restrição de circulação de pessoas.

As medidas de saúde pública supracitadas impõem vários desafios sociais, jurídicos, econômicos e políticos. Tratar de todos esses desafios foge do escopo do presente trabalho. Ademais, a classificação utilizada é uma forma pedagógica de tratar o tema, cuida-se de tipos ideais. Na prática, muitas vezes há sobreposição de medidas sanitárias, o que torna difícil distinguir isolamento, quarentena ou contenção comunitária.

Todavia, independentemente da forma, extensão ou complexidade do controle epidemiológico adotado, até mesmo nos casos de quarentena ou contenção comunitária compulsória fica patente que a efetividade de qualquer dessas medidas depende da adesão mínima da população.

Não há sistema repressivo capaz de sancionar a desconformidade generalizada. Ademais, as medidas de controle epidemiológico devem observar um certo grau de escalonamento ou proporcionalidade em relação ao nível de risco de contágio, no qual as medidas mais restritivas são tomadas somente em casos excepcionais.

Neste sentido, as tecnologias de monitoramento e rastreamento digital podem conferir uma eficiência sem precedentes ao controle epidemiológico da Covid-19, seja para avaliar a adesão da população em relação às medidas de distanciamento social ou para reconstruir a rede de contatos de um indivíduo infectado com outros indivíduos rapidamente, sem a necessidade de longas entrevistas individuais.

4. As Tecnologias de Monitoramento Digital da Pandemia da Covid-19

4.1 As tecnologias de monitoramento

Salvo melhor juízo, para entender melhor o impacto dessas tecnologias no direito fundamental à privacidade, imperativo se faz entender como funcionam, os aspectos positivos para incrementar o controle epidemiológico da pandemia e os impactos negativos na privacidade dos cidadãos.

Basicamente, existem dois tipos de monitoramento digital: a análise cartográfica com base em dados de geolocalização e *contact-tracing*, que procura analisar os contatos que o portador de um aparelho celular teve em certo período com outros portadores de telefones celulares enquanto se deslocou por uma cidade, região ou país. Quando alguém dessa rede de contatos digitalmente monitorada testa positivo para a Covid-19, o sistema de monitoramento emite alertas às pessoas com as quais o infectado teve contato para procurar o serviço de saúde, fazer testes ou se isolar no período determinado pelas autoridades médicas.

4.1.1 Análise cartográfica

O primeiro uso das tecnologias de monitoramento é avaliar os padrões de deslocamento da população em determinada área. Por meio da chamada análise cartográfica é possível examinar a quantidade de visitas a hospitais, unidades básicas de saúde ou outros serviços de saúde, construir índices de deslocamento de pessoas em uma dada localidade, mapear focos de aglomeração em bairros, cidades ou regiões.

A análise cartográfica é possível por meio da coleta de dados de geolocalização, seja a partir do *Global Position System (GPS)* dos aparelhos celulares ou da triangulação entre diferentes antenas de telefonia móvel às quais os telefones vão se conectando conforme o usuário do aparelho se locomove pela cidade.

Com os dados de geolocalização, o administrador do sistema de monitoramento pode produzir mapas de calor indicando a maior ou menor concentração de aparelhos em certa área, o que pode indicar aglomerações e, por consectário lógico, baixa adesão às medidas de isolamento social.

É possível produzir também mapas de deslocamento específicos, permitindo a construção de um índice de isolamento social. Nesta linha, o monitoramento do celular engloba o uso de informações de conexão com redes sem fio e coteja essas informações com dados de deslocamento. Se o celular do usuário fica muito tempo em um mesmo local, conectado a uma rede *wi-fi*, o sistema computa que a pessoa monitorada está respeitando o isolamento social em casa. Caso o usuário se desloque para além do limite da rede sem fio, o sistema considera que a pessoa saiu de sua residência, o que reduz o índice de isolamento social.

No Brasil, o governo federal, por meio do Ministério de Ciência e Tecnologia, iniciou estudos para implementação de análises cartográficas digitais com auxílio das operadoras de telefonia móvel, mas o projeto foi abortado diante de objeções do presidente da República (FERREIRA, 2020).

No âmbito estadual, chamam atenção duas iniciativas de controle epidemiológico baseado em análises cartográficas digitais. A primeira é o *Painel Digital da Covid-19* em Pernambuco, construído pela Secretaria de Planejamento e Gestão (SEPLAG), em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde (SES) e a Agência Estadual de Tecnologia da Informação (ATI). Trata-se de uma plataforma online que permite visualizar o avanço do coronavírus na escala da rua nas cidades de Recife, Olinda e Jaboatão dos Guararapes.[5]

5. Disponível em: https://dados.seplag.pe.gov.br/apps/corona.html#mapas. Acesso em: 3 maio 2020.

A segunda é o Sistema de Monitoramento Inteligente do Governo do Estado de São Paulo (SIMI-SP), sistema construído a partir de acordo entre o governo de São Paulo e as empresas de telefonia móvel Claro, Oi, TIM e Vivo para monitoramento de aglomerações via sinal de celular.

Geralmente, no monitoramento digital dos dados de geolocalização, os dados agregados coletados para análise cartográfica não identificam as pessoas que estão naquela área (número de telefone, IMEI do aparelho, nome do proprietário), mas apenas a presença de celulares conectados na localidade. Ademais, muitas vezes **os dados são anonimizados**, levemente alterados antes de disponibilizados ao público, de modo a tornar inviável identificar as pessoas monitoradas digitalmente.

Neste sentido, as medidas judiciais ajuizadas contra o SIMI-SP, seja no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)[6] ou no Superior Tribunal de Justiça

(STJ),[7] não atentaram para o fato de os dados serem anonimizados na produção de análises cartográficas, mapas de calor e índice de isolamento social. Em outras palavras, o risco para a privacidade é pequeno neste tipo de técnica.[8]

Todavia, a eficácia da análise cartográfica também é pequena. Em grandes cidades, com altas concentrações demográficas e muitas antenas de telefonia móvel para atender à elevada demanda pelo serviço de telecomunicações, é possível que um pequeno deslocamento possa fazer com que o aparelho celular mude de antena, o que geraria um falso positivo, uma informação equivocada acerca do padrão de deslocamento do usuário do celular.

Além disso, como demonstra a experiência brasileira, criar mapas com dados anônimos é de pouca utilidade quando a epidemia está em um estágio avançado de transmissão.

Quando o contágio é generalizado, apenas a possibilidade de identificar e controlar pessoalmente os potenciais infectados é que pode fazer a diferença, algo que foi feito na China, Cingapura, Coreia do Sul, denominada de *contact-tracing*, cujo funcionamento é diferente da análise cartográfica, com muito mais riscos ao direito de privacidade, conforme demonstraremos a seguir.

---

6. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n.º 2069736-76.2020.8.26.0000. Órgão especial. Relator Desembargador Evaristo dos Santos.

7. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Habeas Corpus n.º 572996. Relatora Ministra Laurita Vaz.

8. Não é o escopo do presente capítulo discutir a legalidade da formalização do convênio celebrado pelo Governo de São Paulo com as empresas de telefonia móvel Claro, Oi, TIM e Vivo para monitoramento de aglomerações via sinal de celular. Segunda apurações jornalísticas, o monitoramento digital paulista iniciou sem prévio contrato administrativo, o que seria, em tese, nulo, nos termos do artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 (GOMES, 2020).

4.1.2 *Contact-tracing*

O *contact-tracing* é uma tecnologia de monitoramento digital que tem o objetivo de rastrear contatos físicos de pessoas infectadas. Este modelo de monitoramento foi utilizado no leste asiático no começo de 2020 e vai ser utilizado por Apple e Google, o duopólio mundial que controla o mercado de aplicativos para smartphones, em uma solução conjunta de rastreamento social no âmbito da luta contra a epidemia de Covid-19.

Os sistemas de *contact-tracing* são baseados na tecnologia *Bluetooth* e representam grave risco à privacidade dos cidadãos. Em linhas gerais, os *smartphones* possuem a funcionalidade *Bluetooth* para conectar-se a outros dispositivos, tais como telefones celulares, relógios e pulseiras inteligentes. Com base em um aplicativo específico (v. g. *Trace Together* de Cingapura), previamente instalado no telefone pelo usuário, cria-se uma rede de contato entre os vários usuários do aplicativo. Esta rede de contato funciona por meio de trocas de códigos de identificação anônimos via *Bluetooth* entre os diversos aparelhos.

A tecnologia *Bluetooth* permite trocas de dados a curta distância, que são computados como contatos pelo aplicativo de rastreamento quando o celular do usuário permuta códigos com outros telefones. A rede de contatos entre os usuários do aplicativo fica registrada. Se algum dos usuários for diagnosticado com Covid-19, é possível rastrear as pessoas que tiveram contato com o infectado e proceder a testes de vírus ou determinar medidas de isolamento.

O *contact-tracing* poder ser um sistema invasivo no que diz respeito à privacidade se não forem respeitados o consentimento do usuário, a finalidade específica e o anonimato da pessoa infectada pela Covid-19.

Na China, Índia e Turquia, a adesão a sistemas de *contact-tracing* são compulsórias. O sistema chinês é especialmente invasivo e repressivo, de difícil reprodução em uma democracia constitucional. O sistema *Health Code* é um aplicativo integrado aos smartphones na China, de uso obrigatório por toda a população. Qualquer pessoa que testar positivo para a Covid-19 receberá a mensagem de alerta no aplicativo. Nesse momento, será enviado um alerta a todos aqueles que poderiam estar em perigo devido a um contato prévio rastreado pelo aplicativo. Adicionalmente, considerando que o sistema está integrado ao Sistema de Classificação Social (SCS) implementado pelo Partido Comunista da China, a tecnologia permite impor uma quarentena automatizada a todos os cidadãos que tiveram contato com o indivíduo contaminado.[9]

9. No smartphone é gerado um QR Code colorido, indicando o potencial status de contágio do usuário. Um código verde permite circular livremente em locais públicos, como metrô ou shopping centers, mas também frequentar restaurantes ou pegar um táxi. Um código amarelo implica uma quarentena preventiva de 7 dias, enquanto o código vermelho indica a quarentena

Na Europa, a adesão a aplicativos como *Immuni* na Itália, *StopCovid* na França ou *Corona-Warn-App* na Alemanha é voluntária. O que causa preocupação aos ativistas europeus é o caráter centralizador desses bancos de dados, o que facilitaria o uso para finalidades diversas pelos governos e potencializa eventual falha de segurança.

O *contact-tracing* levanta questões importantes sobre o uso de dados pessoais, uma vez que, a partir dos alertas, por mais que a identidade da pessoa seja ocultada, essa informação pode ser reconstruída se a anonimização não for realizada adequadamente. Aconteceu, por exemplo, na Coreia do Sul, onde o sistema *OpenData* permitiu a reidentificação de indivíduos acometidos pela Covid-19, causando casos de discriminação (GRIZIOTTI, 2020).

5. Riscos dos Sistemas de Rastreamento e Monitoramento Digital

5.1 Riscos ao sistema constitucional democrático

Em primeiro lugar, é possível inferir que os sistemas de monitoramento e rastreamento digital podem se constituir em uma ameaça aos direitos fundamentais. Se em uma ditadura como a China o monitoramento das atividades dos cidadãos não é um tabu, já em países democráticos o uso e processamento de dados pessoais levanta sérios questionamentos acerca da liberdade e privacidade dos indivíduos.

Subjacente às iniciativas nacionais de controle epidemiológico baseadas no monitoramento digital, há uma preocupação crescente sobre como esses dados recolhidos, armazenados e processados serão usados pelos governos. Atualmente, há uma crise de confiança generalizada nas instituições políticas alimentada por escândalos, rumores e teorias conspiratórias disseminadas nas redes sociais.

O histórico recente de abuso de medidas de exceção para combater o terrorismo internacional não é um bom precedente para diversas democracias ocidentais. A tendência é de que mecanismos excepcionais permaneçam durante largo período, inclusive incorporando-se aos instrumentos ditos normais, o que se convencionou chamar de Estado de Exceção permanente (AGAMBEN, 2004, p. 131).

---

padrão de 14 dias. O Health Code é controlado em locais públicos pela polícia, que pode prender aqueles que descumprem a quarentena. A cor atribuída pode mudar não apenas de acordo com a saúde do usuário, mas também, por exemplo, se ele mora em uma área onde um foco da doença foi identificado. De fato, o código verde é um passe sem o qual a pessoa só pode ficar confinada. O programa foi lançado em 25 de fevereiro de 2020 em 200 cidades chinesas e já foi estendido progressivamente a todo o território nacional (MOZUR; ZHONG; KROLIK, 2020).

Apesar das declarações sobre o respeito à privacidade, muitas dúvidas bem fundamentadas podem ser expressas, considerando, por exemplo, o caso de Israel, onde a agência de segurança interna *Shin Bet* tentou monitorar usuários de telefones sem consentimento ou autorização judicial, a partir de pedidos do Ministério da Saúde, durante pandemia de Covid-19, com base nos poderes emergenciais conferidos ao governo pelo parlamento israelense (LANDAU; KUBOVICH; BREINER, 2020). Ainda que o monitoramento não seja extensivo a toda a população, a iniciativa foi anulada pela Corte Suprema de Israel, que julgou desproporcional a medida, ao permitir a centralização de dados pessoais pelo Estado sem lei específica e não salvaguardar situações de sigilo absoluto, como o sigilo da fonte jornalística (WINNER; STAFF, 2020).

No Brasil, a Lei da Quarentena tem vigência temporal aberta, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente da pandemia de Covid-19 (artigo 8º, Lei 13.979/2020). A referida lei permite o compartilhamento de informações com a finalidade de subsidiar o enfrentamento da doença, que de todo modo deverá respeitar, no que couber, as normas insculpidas na LGPD, notadamente, consentimento prévio do titular dos dados, finalidade específica do compartilhamento de dados e prazo determinado.

Salvo melhor juízo, a redação aberta do artigo 8º da Lei da Quarentena permite tornar o estado de emergência de saúde pública um estado permanente, em uma interpretação hermenêutica criativa. Poderes excepcionais devem ser temporalmente detalhados para se evitar a corrupção da democracia.

5.2 Risco de consentimento

Ainda que exista dispositivo legal autorizando o compartilhamento de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação, a utilização de dados pessoais para sistemas de monitoramento e rastreamento digital de infectados demanda, em uma interpretação sistemática da Constituição de 1988, a LGPD e a Lei da Quarentena, o consentimento prévio do titular dos dados.

Neste ponto, compete problematizar a capacidade de consentimento do usuário. Não se trata apenas de consentir ou não, mas fundamentalmente da possibilidade fática de fazê-lo. Em certas situações, a alternativa à não revelação dos dados pessoais costuma ser uma renúncia a determinados bens ou serviços digitais (DONEDA, 2019, p. 298). No fundo, o consentimento de uso de dados pessoais envolve uma questão coletiva, economicamente estrutural. Consentir com um clique não é suficiente.

Uma solução para o impasse em qualquer sistema de *contact-tracing* é facilitar o que os desenvolvedores chamam de *opt-in*/*opt-out*, ou seja, a adesão

ao serviço de rastreamento. A escolha deve estar ao arbítrio do titular dos dados e ser de fácil operacionalização técnica, sem demandar grandes conhecimentos de tecnologia. Por outro lado, essa adesão deve ser informada, o que levanta questão sobre acesso à internet, alfabetização formal e digital (*digital literacy*) da população brasileira.

Logo, deve haver um deslocamento do debate sobre o consentimento no sentido de permitir a construção empoderada do direito de anuir, para que o cidadão consiga entender o que está sendo feito com seus dados pessoais, para que compreenda os seus direitos. Somente desse modo o cidadão pode avaliar a extensão do impacto das tecnologias em relação às suas próprias liberdades civis.

Isto posto, as políticas públicas de monitoramento da Covid-19 devem ser transversais, o uso de dados pessoais dos cidadãos deve ser acompanhado de iniciativa de educação digital. É dever das autoridades públicas que utilizam qualquer tipo de análise de monitoramento ou rastreamento digital: i) informar o público como funciona o procedimento de tratamento dos dados, os objetivos do monitoramento/rastreamento e os eventuais riscos decorrentes do processamento de dados pessoais; ii) construir um sistema que permita, de fato, ao indivíduo decidir livremente sobre o uso de seus dados pessoais, algo que não se restrinja ao clicar o botão 'concordo' na tela do celular.

5.3 Proporcionalidade da medida

Na discussão sobre as vantagens do monitoramento digital, muitas vezes fica oculta uma impressão de que, após ser responsável pelas trágicas consequências do desmantelamento de décadas da saúde pública, o poder político-financeiro deseja impor os aplicativos de monitoramento como uma solução tecnológica de baixo custo.

Vale lembrar que iniciativas de *contact-tracing* se mostraram importantes em alguns países asiáticos para identificar possíveis caminhos da infecção pelo vírus e medidas mais pontuais de isolamento de pessoas e de áreas mais atingidas. Contudo, essa medida requer uma testagem em massa para ser eficiente. Se não é possível a testagem dos potenciais infectados, a funcionalidade da tecnologia se perde em razão do sucateamento da saúde pública.

Esta é uma reflexão que pressupõe uma discussão séria sobre monitoramento digital da Covid-19 no Brasil. É notória a dificuldade do sistema de saúde brasileiro de realizar ampla testagem da população em relação à Covid-19. Simplesmente não há testes disponíveis.

Em um juízo de ponderação de eventual medida de *contact-tracing* no país, o sacrifício do direito à privacidade não será útil para a solução do problema. Ao contrário, poderá gerar sofrimento e alimentar pânico de maneira infundada na população, posto que a notificação de interação social ou contato com pessoa

infectada é uma informação, no mínimo, difícil de ser assimilada por qualquer pessoa.

Por conseguinte, mesmo não havendo testagem para todos os indivíduos potencialmente infectados, o uso de sistemas de *contact-tracing* exige o desenho de algum tipo de política pública de suporte médico e psicológico para as pessoas isoladas em razão da notificação de contato com infectado informada pelo sistema de rastreamento.

6. Conclusão

O arcabouço jurídico que protege a privacidade das pessoas no Brasil incorpora normas constitucionais e infraconstitucionais. O direito à privacidade está explicitamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso X, e, a nosso sentir, incorpora a proteção de dados pessoais armazenados em meios físicos ou digitais.

As tecnologias de monitoramento e rastreamento digital para realizar o controle epidemiológico da Covid-19 no Brasil tem amparo jurídico se obedecerem aos seguintes requisitos: objetivo, proporcionalidade e empoderamento do indivíduo.

A coleta e o processamento de dados pessoais de saúde devem ser estritamente limitados ao objetivo de controlar o contágio, de preferência em banco de dados sob responsabilidade das autoridade de saúde para evitar o cruzamento indevido de dados pessoais de saúde com outros dados controlados por órgãos de Estado, como registros criminais, eleitorais, fiscais e bancários. A pandemia não pode servir de escusa para o agigantamento da capacidade de vigilância do Estado.

A coleta e processamento de dados pessoais deve observar a integração das iniciativas de monitoramento digital da Covid-19 com políticas públicas de saúde bem desenhadas de testagem em massa e isolamento social, sob pena de gerar trabalho desnecessário e consumo de recursos escassos. Se a testagem em massa não é possível, o controle epidemiológico não pode deixar de oferecer suporte médico e psicológico aos potenciais infectados, posto que essas pessoas serão isoladas em suas casas em razão da notificação de contato com pessoa contaminada.

Por fim, deve-se empoderar o indivíduo, a capacidade de consentir deve ser a mais efetiva possível, por meio do fornecimento de informações claras, em linguagem simples, sobre o processamento de dados pessoais pelas iniciativas de monitoramento digital. A experiência do cidadão deve ser facilitada, o desenho de sites e aplicativos de monitoramento e rastreamento deve ser simples, de uso intuitivo e descomplicado, tanto no momento de anuir ao sistema como no momento de revogar o consentimento.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BEÇAK, Rubens. Sobre a origem das normas constitucionais: a identificação do campo ético moral e sua relação com o Direito. In: BEÇAK, Rubens; VELASCO Ignacio (Orgs.). **O Direito e o futuro da pessoa**: estudos em homenagem ao professor Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2011.

BIONI, Bruno Ricardo **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRADEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, 1890, p. 193-220. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 3 maio 2020.

COOLEY, Thomas M. A **Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879. Disponível em: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=books. Acesso em: 3 maio 2020.

CINGAPURA. Personal Data Protection Comission. **Guide to basic data anonymization techniques**. Singapura: PDPC, 2018. Disponível em: https://www.pdpc.gov.sg/-/media/Files/PDPC/PDF-Files/Other-Guides/Guide-to-Anonymisation_v1(250118).pdf?la=en. Acesso em: 3 maio 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231. Acesso em: 3 maio 2020.

FERREIRA, Felipe. Bolsonaro suspende monitoramento de deslocamentos; SP quer ampliar sistema. **Universo OnLine**, 14 de abril de 2020. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/14/bolsonaro-descarta-monitorar-deslocamentos-sp-quer-ampliar-sistema.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 3 maio 2020.

GLANCY, Dorothy. The invention of the right to privacy. **Arizona Law Review**, n. 21, n. 1, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1318&context=facpubs. Acesso em: 3 maio 2020.

GOMES, Helton Simões. **Sem avisar, SP iniciou monitoramento de celular antes de acordo formal**. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao 2020/05/13/sem-avisar-sp-iniciou-monitoramento-22-dias-antes-de-acordo-formal.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 13 maio 2020.

GRIZIOTTI, Giorgio. **Covid-19 e rastreamento humano**. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598522-covid-19-e-rastreamento-humano. Acesso em: 3 maio 2020.

HUANG, Chaolin et al. Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China. **The Lancet**, v. 395, p. 497-506, 2020.

IENCA, M., VAYENA, E. On the responsible use of digital data to tackle the Covid-19 pandemic. **Nat Med**, v. 26, p. 463-464, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1038/s41591-020-0832-5. Acesso em: 3 maio 2020.

LANDAU, Noa; KUBOVICH, Yaniv; BREINER, Josh. Israeli coronavirus surveillance explained: who's tracking you and what happens with the data. **Haaretz**, 18 mar. 2020. Disponível em: https://www.haaretz.com/israel-news/.premium-israeli-coronavirus-surveillance-who-s-tracking-you-and-what-happens-with-the-data1.8685383. Acesso em: 3 maio 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2019.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Edited by David Bromwich and George Kateb with essays by Jean Bethke Elshtain, Owen Fiss, Richard A. Posner and Jeremy Waldron. New Haven: Yale University Press, 2003.

MOZUR, Paul; ZHONG, Raymond; KROLIK, Aaron. In a coronavirus fight, China gives citizens a color code, with red flags. **The New York Times**, 1 mar. 2020. Disponível em: https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html. Acesso em: 3 maio 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Grupo de trabalho de proteção de dados do artigo 29º. Parecer 05/2014 sobre técnicas de anonimização. Adotado em 10 de abril de 2014. Disponível em: https://www.gpdp.gov.mo/uploadfile/2016/0831/20160831042518381.pdf. Acesso em: 3 maio 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal** – jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WINNER, Stuart; STAFF, Toi. High Court: Shin Bet surveillance of virus carriers must be enshrined in law. **The Times of Israel**, 26 abr. 2020. Disponível em: https://www.timesofisrael.com/high-court-shin-bet-surveillance-of-virus-carriers-mustbe-enshrined-in-law/?fbclid=IwAR0CznTMAWFVywLaoLYIuwo3cjLH7KPN-CrEh0dR6e2CH85etqgi89ZUnoJI. Acesso em: 3 maio 2020.

WILDER-SMITH, A.; FREEDMAN, D. O. Isolation, quarantine, social distancing and Community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak. **Journal of Travel Medicine**, p. 1-4, 2020.

ZUBOF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism** – the fight for a human future at the new frontier of power. Londres: Profile Books, 2019.

Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: Eficácia direta e o legislador ordinário

Rudson Coutinho da Silva[1]

Introdução

Este texto foi produzido para compor um estudo em homenagem ao prof. Fernando Passos, por seus 20 anos na Coordenação do Curso de Direito da UNIARA. Como professor da Instituição, o autor é testemunha da seriedade, do denodo e da competência com que o professor Fernando tem exercido as funções de coordenador, levando o curso de Direito da Universidade de Araraquara a destacar-se nacionalmente dentre os similares, daí porque constitui uma honra participar de tão significativa obra.

A temática deste artigo, por sua vez, é de todo acertada, pois o homenageado tem sido um enérgico defensor dos direitos fundamentais[2], ao mesmo tempo em que se destaca por estudos de direito empresarial, com enfoque, sobretudo, na liberdade econômica, área impensável sem a correlata autonomia da vontade. A avaliação, portanto, do impacto dos direitos fundamentais nas relações privadas que, *prima facie*, são norteadas pela liberdade contratual, não encontraria obra mais apropriada para ser inserida.

Pelo menos desde o caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1958, e salvo resistências pontuais, embora em alguns casos muito expressivas, como é o caso da *state action* americana*,* há pouca discussão quanto ao fato de os direitos fundamentais incidirem também nas relações entre particulares, servindo, portanto, de proteção do indivíduo não só diante do Estado (eficácia vertical), mas também diante de outro particular que esteja violando direito fundamental (eficácia horizontal).

Porém, se não há mais dúvidas quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda persistem os questionamentos de *como* e *de que forma* se dá esta incidência. E aí basicamente despontam duas teorias: a da eficácia direta, que sustenta que os direitos fundamentais devem incidir imediata e

---

1. Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS), UNESP, Campus de Franca. Professor da UNIARA e procurador da República.

2. Exatamente no período de produção deste artigo, o professor Fernando Passos tem realizado, por exemplo, várias *lives,* formato de comunicação que se ampliou sobremaneira neste período de pandemia, em que discute as dificuldades das mulheres relacionadas à inserção no mercado de trabalho, tema irradiado pelo direito fundamental à igualdade de gênero.

diretamente sobre as relações particulares, e a da eficácia indireta, ou mediata, que defende que os direitos fundamentais, para incidir nas relações particulares, precisam ser intermediados por uma legislação infraconstitucional.

O que se pretende com o presente texto é avaliar a hipótese de que é possível encontrar um equilíbrio nessas teorias, reforçando, contudo, a importância do direito privado. E a discussão é relevante, pois é preciso encontrar uma forma de aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas, sem comprometer a autonomia da vontade

Basicamente, defende-se que a inexistência de direito infraconstitucional não pode servir de empecilho ao gozo de direitos fundamentais, pois exigir-se que um direito fundamental só possa alcançar determinada relação particular se houver previsão para tanto em legislação infraconstitucional é subverter a ordem natural das coisas e condicionar a incidência de norma de valor mais expressivo à existência de norma hierarquicamente inferior.

Por outro lado, havendo o legislador infraconstitucional disciplinado determinada matéria, admite-se que já acomodou o direito fundamental à relação privada, tarefa que é própria do direito civil, ramo do direito vocacionado para as relações privadas

Disso decorre, segundo a hipótese aqui debatida, que, embora o Judiciário possa afastar a legislação infraconstitucional quando ofensiva às normas constitucionais, fazê-lo exigirá do intérprete um discurso jurídico rigidamente sistematizado e uma carga argumentativa muito mais densa.

1. Breve Nota sobre a Evolução dos Direitos Fundamentais

Umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais são resultado de longa e progressiva luta do homem pela libertação das amarras, da submissão e da impotência que sempre caracterizaram sua relação com o poder político organizado.

Como não é o propósito deste trabalho aprofundar-se na gênese dos direitos fundamentais, basta relembrar que sua consagração tem início com as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, estampados que vieram nas cartas políticas que acompanharam esses movimentos sociais. Quanto a isso merecem destaque a Revolução Gloriosa Inglesa de 1688 e o *Bill of Rights* de 1689; a independência americana de 1776, seguida pela Constituição de 1787 e as emendas de 1791; e, ainda, a Revolução Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão do mesmo ano[3].

3. Convém relembrar a distinção costumeira que prefere atribuir a nomenclatura de direitos fundamentais àqueles direitos humanos que foram reconhecidos objetivamente em dado ordenamento, enquanto direitos humanos referem-se ao conteúdo mínimo de valores reconhecido

Na origem, todavia, o objetivo era buscar instrumentos normativos que pudessem conter a relação de arbitrariedade que sempre norteou os regimes absolutistas, estruturados que eram numa relação de submissão dos súditos ao poder monárquico.

De fato, a longa tradição dos regimes monárquicos trazia consigo uma relação de absoluta impotência do particular diante das intervenções ilimitadas do poder do monarca, que atuava sem nenhum instrumento de contenção. Simbólico, neste ponto, lembrar-se da conhecida afirmação de Luís XIV:: "*L'état c'est moi*".

Por isso que, se a preocupação maior desse período estava relacionada ao abuso do poder estatal, as lutas revolucionárias pretenderam, nesse primeiro momento, a fixação de direitos que pudessem proteger o cidadão das indevidas intervenções do Estado em sua esfera de liberdade.

Fixados limites na legislação, e sedimentada a ideia de que os governantes deviam obedecer ao império da lei, surgia uma estrutura jurídica de proteção do indivíduo contra os abusos do poder político[4].

Apesar do avanço, o Estado Liberal de Direito, ao vincular a atuação estatal ao princípio da legalidade, resumia-se, sob certo aspecto, àquilo que se denominou "Estado legislativo", com a grave consequência de que, se vinculava os poderes executivo e judiciário, não o fazia com o parlamento. Assim, o poder soberano migrara do monarca para o legislativo (STEINMETZ, 2004, p. 74). Dito de outra forma, os direitos individuais eram protegidos sob a invocação do princípio da legalidade e da supremacia da lei, de modo que "os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa" (MENDES, 2012, p. 38)[5].

---

em todo ser humano onde quer que se encontre. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, "considerando que há mesmo vários critérios que permitem diferenciar validamente direitos humanos de direitos fundamentais, [...] pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de 'fundamentalização' (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e de caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional" (2009, p. 32).

4. Aqui é importante relembrar que o Estado de Direito – e é disso que se fala quando se estabelece que o poder político passa a ser limitado pela legislação – impunha, como condição de sua efetividade, a separação de poderes, pois de nada adiantaria a obrigatoriedade legal de só poder agir sob o império da lei, se não houvesse quem cobrasse o governante dessas amarras.

5. Cf ainda Wilson Steinmetz, para quem "[...] os direitos fundamentais só podiam ser limites, por meio de lei, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. Se a vinculação aos direitos fundamentais era garantida pela sujeição à lei (supremacia da lei), então o Poder Legislativo não

Posteriormente, contudo, com a crise do Estado liberal e, sobretudo, com a queda dos regimes totalitários ao final do segundo pós-guerra, surge a figura do Estado Democrático de Direito, verdadeiro Estado constitucional, sob cuja sombra normativa os direitos fundamentais ganham densidade, eficácia e estabilidade.

E essa transformação vem, primeiro, com a afirmação do princípio da supremacia da Constituição. Embora tal supremacia tivesse origem no direito americano do início do século XIX, em especial com a decisão da Suprema Corte americana no caso *Marbury vs Madison*, de 1803, é na segunda metade do século XX que irá se disseminar pela Europa, condicionando, a partir de então, a validade de todos os atos do poder público à obediência normativa à Constituição (STEINMETZ, 2004, p. 80).

E a supremacia da Constituição irá promover uma virada na interpretação dos direitos fundamentais, que, a partir daí, servirão de paradigma para validade das normas infraconstitucionais.

Curioso, a propósito, verificar o quanto a evolução do constitucionalismo e dos direitos fundamentais caminha lado a lado, daí Vital Moreira ter afirmado que, de certo modo, a história do constitucionalismo se confunde com a história dos direitos fundamentais, ou seja: "O Estado constitucional moderno é cada vez mais um 'Estado de direitos fundamentais'"(2001, p. 322).

Mas as mudanças sociais e econômicas havidas desde o reconhecimento dos direitos fundamentais no século XVIII levariam à percepção de outra característica que iria ampliar de forma muito expressiva o seu alcance, conforme se verá no próximo item.

2. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A origem dos direitos fundamentais não deixava dúvidas de que se destinavam a proteger o indivíduo, titular de tais direitos, diante das violações cometidas pelo Estado, destinatário dos direitos fundamentais. E era natural que fossem originariamente endereçados ao Estado, então o mais expressivo violador das liberdades do cidadão, campo em que agia sem qualquer limite, seja porque, de início, o poder do monarca tinha inspiração divina, seja porque não havia cumplicidade social suficiente para uma efetiva resistência. Estava aí o que se denominou eficácia vertical dos direitos fundamentais.

---

estava vinculado a esses direitos. Como criador da lei – e dizer isso é já um truísmo – não estava sujeito à lei; estava sujeito a si mesmo. E, para citar Hobbes, sujeição a si mesmo (autossujeição) não é sujeição, mas liberdade. A consequência mais grave dessa concepção é que os direitos fundamentais estavam à livre disposição do legislador" (2004, p. 77).

Porém, embora a força dos direitos fundamentais, enquanto limites à atuação do Estado, tenha se robustecido com o constitucionalismo moderno, a evolução da sociedade, principalmente o crescimento da burguesia e a revolução industrial, deixava transparecer, cada vez mais, que as relações de poder capazes de sufocar direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles a própria autonomia da vontade, não eram uma exclusividade da relação Estado-indivíduo, mas também se faziam presentes na relação entre os particulares.

Equivocava-se, portanto, qualquer interpretação que pretendesse reduzir o fenômeno do poder apenas ao poder político. Cada vez mais, indivíduos e grupos privados, dentre eles associações e sindicatos, conglomerados industriais e comerciais, instituições financeiras, grupos de mídia, "não só detêm poder político, econômico e ideológico como também desenvolvem lutas de e pelo poder" (STEINMETZ, 2004, p. 85 e 88).

Assim, passou-se a reconhecer que nas relações sociais é bastante comum a existência de relações de poder exercidas por particulares que detêm maior força política e econômica diante de outro particular, assegurando, com isso, numa inegável relação de desigualdade, a possibilidade de agressão a direitos fundamentais.

A despeito do comum destaque que se dá às relações de poder entre particulares materialmente desiguais[6], fato é que mesmo diante de relações jurídicas em que as partes são materialmente iguais – relações contratuais, *v.g.* – passou-se a vislumbrar a possibilidade de ofensas a direitos fundamentais.

É nesse contexto que o Tribunal Constitucional Federal alemão, quando do afamado caso *Lüth*, constrói as bases do raciocínio que levou à aplicabilidade dos direitos fundamentais também às relações entre os particulares (eficácia horizontal).

Depois de terminada a 2ª Guerra Mundial, Veit Harlan, conhecido cineasta alemão, foi processado por crimes contra a humanidade, por conta da direção de *Jud Süâ*, filme germânico fortemente antissemita, processo, entretanto, que resultou em sua absolvição. Deu-se, daí, que em 1950, Veit Harlan dirigiu um novo filme, sem qualquer relação com o nazismo, denominado *Amada imortal*. Este novo filme foi alvo de inúmeros protestos, dentre eles o enérgico boicote defendido por Erick *Lüth*, membro do Clube de Imprensa de Hamburgo, fundado no passado nazifascista de seu diretor.

6. A este tipo de relação, a propósito, cunhou-se uma nova categoria denominada eficácia diagonal dos direitos fundamentais. E a categorização desse tipo de relação tem o efeito positivo de bem distingui-la, pois, de fato, quando há efetiva desigualdade entre os particulares, é possível questionar-se se a relação jurídica esteve permeada pela efetiva liberdade contratual da parte mais frágil.

Processado pelos produtores do filme por suposta ofensa ao § 826, *BGB*[7], *Lüth* foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo, que lhe determinou que se abstivesse de incentivar o boicote ao filme de Harlan. *Lüth*, porém, recorreu ao Tribunal Constitucional Federal, que, em 1958, reconheceu que a defesa do boicote estava abrangida pelo direito constitucional à liberdade de expressão, e que os direitos fundamentais constituíam uma ordem objetiva de valores, que irradiava sobre o direito ordinário, daí porque a interpretação do *BGB* deveria se dar à luz dos direitos fundamentais.[8]

Por meio desse julgamento construiu-se o raciocínio de que os direitos fundamentais não representavam apenas direitos subjetivos a serem buscados diante do Estado. Representavam, em verdade, um sistema de valores estabelecido na Lei Fundamental, que orientava todas as relações jurídicas, aí incluídas as relações entre particulares.

Alcançava-se, assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que serviam, por isso, como referencial para as diversas espécies de relacionamentos que pudessem ser identificadas no seio social. E se se tratava de uma ordem objetiva de valores, não era possível que delas se excluíssem as relações privadas, antes, impunha-se ao Estado que as fizesse respeitadas pelos próprios indivíduos nas relações que travam entre si, vale dizer, "esses direitos [...] devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 275).

O caso *Lüth*, portanto, serviu para assentar a dupla dimensão dos direitos fundamentais. Se, por um lado, sua dimensão subjetiva permite a seu titular buscar seu reconhecimento em face do agressor, de outro, a dimensão objetiva, revelada a partir do reconhecimento de que o direito fundamental constitui um conjunto de valores irrigado pela dignidade da pessoa humana, mais que representar para o titular uma norma de conduta a ser exigida, representa verdadeiro norte a ser seguido, agora não mais apenas pelo poder público, mas também pelos particulares em suas diversas relações socioeconômicas[9].

---

7. § 826, BGB: "Quem, de forma contrária aos bons costumes, causar dolosamente danos a outrem, fica obrigado a indenizá-los".

8. Conferir, neste ponto, Konrad Hesse (2009, p. 37-38) e Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 457).

9 . Não se pode deixar de registrar a crítica bastante realista de Wilson Steinmetz: "Contudo, que é ou em que consiste o caráter objetivo dos princípios? Na literatura, não há resposta completa a essa pergunta. Não raras vezes a atribuição de uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais mais parece uma 'intuição jurídica' do que propriamente uma construção racional, analiticamente clara e precisa. De qualquer forma, o mínimo que se pode dizer é que se trata de uma construção sumamente abstrata, e, em consequência desse nível de abstração, demasiado imprecisa. Mesmo nos melhores textos sobre o tema é comum, aqui e ali, uma linguagem perifrástica. Os confins teóricos e dogmáticos da tese da dimensão objetiva dos direitos

Importante o registro de que o Tribunal não reconheceu que o direito à liberdade de expressão de *Lüth* deveria ser aplicado diretamente na relação entre ele e os produtores do filme. Reconheceu, sim, que a cláusula dos bons costumes contida no citado § 826 do *BGB* teria de ser interpretada sob inspiração dos direitos fundamentais, dentre eles o direito fundamental à liberdade de expressão.

Importa igualmente compreender que é da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que irão derivar a irradiação, os deveres de proteção e a eficácia horizontal. Como não se pretende demorar-se nas diferenças entre essas figuras, fica a anotação de que a irradiação fará com que o ordenamento jurídico passe a sofrer necessariamente o influxo dos direitos fundamentais, que, agora, irradiam da Constituição para a legislação infraconstitucional; já os deveres de proteção revelam a figura do Estado como protetor dos direitos fundamentais e responsável por assegurar-lhes a eficácia. A eficácia horizontal, por sua vez, é o próprio objeto deste estudo.

3. Síntese das Teorias acerca da Eficácia Horizontal

O reconhecimento de que os direitos fundamentais aplicam-se também às relações particulares (*Drittwirkung*), assertiva que ganhou força no período que se seguiu ao julgamento do caso *Lüth*, embora constitua inegável amadurecimento no tratamento dos direitos fundamentais, trouxe, à reboque, um dilema subsequente, revelado pela indefinição quanto à *forma* como essa eficácia se daria e *em que medida* seria possível alcançar-se a aplicabilidade desses direitos na relações privadas.

Na sequência serão abordadas as principais teorias que buscaram dar solução a referido dilema.

3.1 Teoria dos efeitos indiretos ou mediatos

Conquanto o entendimento do Tribunal alemão trazido com o caso *Lüth* tenha atribuído aos direitos fundamentais valores objetivos, viabilizando, com isso, sua aplicação aos particulares, aquela Corte não sufragou a ideia de que tais direitos deveriam ser aplicados diretamente na relação privada, mas intermediada pelo direito infraconstitucional (*Mittelbare Drittwirkung*).

A ideia de que os direitos fundamentais não se aplicam diretamente às relações privadas remonta à doutrina de Günter Dürig, e, a despeito de reconhe-

---

fundamentais ainda não estão satisfatoriamente definidos. Contudo, é inegável que o uso da tese da dimensão objetiva é altamente funcional e útil e tem permitido, no âmbito de vigência dos mais diferentes ordenamentos jurídicos resolver – se artificialmente ou não é outra questão – problemas de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais que de outra forma talvez não fosse possível" (2004, p. 109-110).

cer a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, entende que seus efeitos incidirão quando da interpretação da norma infraconstitucional, que constituirá intermediação necessária para sua aplicabilidade.

Dürig vislumbra os direitos fundamentais sob duas perspectivas, assegurando, de um lado, direitos subjetivos contra o Estado e, de outro, assegurando aos indivíduos a liberdade nas pactuações (liberdade contratual) e a autonomia do direito privado. Porém, a liberdade contratual e a autonomia do direito privado não podem ser absolutas, pois, se o fossem, impediriam a própria incidência dos direitos fundamentais sobre essa liberdade. Assim, a conciliação se dá por meio da *influência* do direito fundamental sobre a autonomia da vontade, exercida por meio do próprio direito privado. Desse modo, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais não incidem diretamente nas relações particulares, não deixam de alcançá-los quando influenciam o direito privado. "Essa conciliação [...] pressupõe a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um *sistema de valores* com a existência de *portas de entrada* desses valores no próprio direito privado, que seriam as *cláusulas gerais* (SILVA, 2005, p. 76).

Segundo essa teoria, portanto, enquanto na relação particular-Estado os direitos fundamentais incidem diretamente, quando se tratar de relação entre particulares, privada, portanto, será o direito privado que irá reger a matéria, sendo que os direitos fundamentais aí incidirão a partir das *portas de entrada* que constituem as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. A intermediação da legislação ordinária, assim, é condição da aplicabilidade dos direitos fundamentais[10].

Assim, os direitos fundamentais atuariam como vetores de interpretação, permitindo, diante de sua dimensão objetiva, que a legislação infraconstitucional, neles inspirada, viabilizasse sua aplicação às relações privadas.

Há ainda o grave problema derivado do caráter quase sempre genérico e abstrato dos direitos fundamentais, que, também por isso, impõem uma delimi-

10. Gilmar Mendes também destaca as tais *portas de entrada.* Referindo-se ao Tribunal Constitucional alemão, assevera (2012, p. 125): "Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*), entendeu o Tribunal Constitucional alemão que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do direito privado. Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico. Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante a fixação de limitações diversas. Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklauseln*), que serviriam de porta de entrada (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado".

tação mais precisa por parte do direito privado, mais próximo das relações intersubjetivas.

A aplicação direta dos direitos fundamentais poderia comprometer a autonomia do direito privado e constitucionalizar o direito civil, gerando insegurança aos particulares, que precisam de certa liberdade para os ajustes que entabulam nas relações do dia a dia, além de confiança no cumprimento desses ajustes. De fato, se não se puder confiar minimamente nos consensos que derivam da autonomia da vontade, grassará forte insegurança nas relações privadas. "O Direito Civil é adaptado historicamente a compreender o modo de funcionamento muita vez errático, irracional e entrópico da atividade negocial", dirá Otávio Luiz Rodrigues Jr., para quem: "Os particulares são regidos, na maior parte dos casos, por critérios insubsumíveis a padrões de racionalidade objetiva, a *consensos sobrepostos* ou *standards* próprios do direito público" (2019, p. 341).

Convém observar que a própria Lei Federal alemã, em seu artigo 1º (3), permite o entendimento de que os direitos fundamentais têm por destinatários o poder público e não o particular, pois reza expressamente que: "Os direitos fundamentais [...] vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário"[11]. Além disso, o fato de o catálogo de direitos fundamentais da Carta alemã ser bastante conciso inegavelmente contribuiu para que se pudesse admitir que esses direitos não incidem diretamente sobre as relações particulares, permitindo que a teoria se disseminasse na Alemanha.

3.2 Teoria dos efeitos diretos ou imediatos

Do lado oposto, a teoria dos efeitos diretos ou imediatos dos direitos fundamentais nas relações privadas, cujo principal expoente é Hans Carl Nipperdey, que foi juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão (*Bundesarbeitsgerichts*) na década de 1950, seguido por Walter Leisner, está assentada no entendimento de que os direitos fundamentais, enquanto expressão máxima dos valores do Estado, aplicam-se a todas as relações sociais, independentemente da existência de legislação infraconstitucional.

Dispensa, referida teoria, a existência de uma norma intermediária, por meio da qual os direitos fundamentais deveriam ingressar nas relações privadas, pois sua aplicação está condicionada tão só à existência de uma relação jurídica que revele qualquer conflito envolvendo direito fundamental.

Mesmos nas relações contratuais, em que a autonomia da vontade se expressa com toda a sua intensidade, o ajuste poderá ser invalidado se não hou-

11. Lei Fundamental da Alemanha, artigo 1º (3): "Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário".

ver respeito a direito fundamental, e isso independentemente da existência de uma norma infraconstitucional que previsse a invalidade do ajuste.

Naturalmente, não há a defesa de que todo direito fundamental deve ser aplicado às relações particulares, pois mesmo a teoria dos efeitos diretos admite a existência de direitos fundamentais que são destinados exclusivamente ao poder público, numa relação de verticalidade. Excluída essa categoria, entretanto, seria desnecessário socorrer-se a qualquer interpretação criativa para que o direito fundamental alcançasse a relação privada.

Para Nipperdey, portanto, as normas constitucionais são aplicáveis "diretamente a todas as relações entre particulares, o que significa, em termos concretos, que os indivíduos podem recorrer aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra atos de outros indivíduos ou pessoas jurídicas" (SILVA, 2005, p. 90).

A crítica, contudo, é a de que a eficácia direta levaria a uma fragilização da autonomia da vontade, além de reduzir a autonomia, a clareza e a segurança do direito privado.

Canotilho lembra que: "Os perigos da 'panconstitucionalização' da ordem jurídica privada foram salientados por Konrad Hesse quando salienta a 'colonização' do direito privado eventualmente operada pela hipertrofia irradiante dos direitos fundamentais". Não se nega que a ordem jurídica privada esteja vinculada à Constituição. Não constituiria, por isso, um "espaço livre de direitos fundamentais". Porém, a autonomia do direito privado estaria ameaçada se regulações legais e contratuais se vissem substancialmente modificadas pela eficácia direta dos direitos fundamentais. É preciso que os direitos fundamentais reconheçam um espaço de autorregulação civil (CANOTILHO, 2001, p. 113)[12].

Além disso, os críticos preocupam-se com o fato de que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas "redundaria num incremento do Poder do Estado, que ganharia espaço para uma crescente ingerência na vida privada do indivíduo, a pretexto de fiscalizar o cumprimento dos deveres

12. E já que mencionado por Canotilho, convém transcrever diretamente a preocupação de Konrad Hesse (2009, p. 61-62): "É de se levar em conta que superpor o Direito Constitucional ao Direito Privado pode comportar sensível restrição da autonomia privada e, por isso, uma considerável limitação da liberdade responsável, modificando de forma essencial, portanto, a natureza e o significado do Direito Privado (...) Com frequência, o juiz se encontra ante a difícil tarefa de fixar, compensando ou ponderando no caso de que se trate, o caráter e o alcance da influência dos diversos direitos fundamentais a partir dos parâmetros amplos e indeterminados desses mesmos direitos. Isso ameaça entrar em contradição com a missão do Direito Privado conforme as exigências do Estado de Direito, que devem tornar possível, com a ajuda de normas claras, detalhadas e precisas, a modelação das relações jurídicas e a solução judicial aos problemas do caso. A vantagem de uma ampla validade e efetividade dos direitos fundamentais paga o preço de uma certa insegurança jurídica e de perda de autonomia do Direito Privado".

resultantes da incidência dos direitos fundamentais sobre as relações particulares" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 280).

3.3 Teoria de Schwabe ou teoria da convergência estatista

Esta teoria pretende atribuir ao Estado a responsabilidade por danos havidos nas relações privadas, quando tiver se omitido na edição de normas que levassem à responsabilização do próprio particular.

A responsabilidade do Estado, portanto, teria origem na ausência de legislação infraconstitucional que protegesse o direito fundamental de um particular de agressões originadas de outro particular. Assim, se numa relação entre particulares um deles, no exercício de direito fundamental, vier a violar o direito fundamental do outro, e esta sua ação não estiver disciplinada em legislação infraconstitucional, será de deduzir-se que agiu diante de uma permissão do Estado, de sorte que, como faltou para aquele que teve seu direito violado "instrumentos para se defender – já que o Estado não agiu, infraconstitucionalmente, no sentido de protegê-lo – a responsabilidade pela violação deve ser imputada ao Estado e não ao particular violador" (SILVA, 2005, p. 104).

Observa-se que esta teoria pretende imputar ao Estado lesão a direito fundamental de particular, quando tal lesão resultar, seja de uma permissão legal, seja da ausência de proibição que o Estado deveria ter veiculado via legislação infraconstitucional.

Reduz-se, dessa forma, as violações a direitos fundamentais nas relações particulares a uma perspectiva vertical da aplicação de tais direitos. De fato, a seguir-se tal doutrina, a lesão a direito fundamental, naqueles casos por ela previstos, acabará resultando em direitos a serem exercidos em face do Estado. Enfim, o problema desloca-se da relação particular-particular para a relação particular-Estado.

A teoria de Schwabe, porém, será considerada por Robert Alexy na elaboração de sua própria teoria, denominada Integradora, e que será vista no próximo tópico.

3.4 Teoria integradora ou modelo de três níveis de Robert Alexy

Por meio da Teoria integradora ou Modelo de três níveis, pretende Robert Alexy alcançar os principais pontos das teorias de Schwabe, da eficácia imediata e da eficácia mediata.

Segundo Alexy, as três teorias levariam à mesma consequência, pois partem de premissas teóricas semelhantes. Seu modelo, contudo, é composto por três níveis: o nível do dever estatal, o nível dos direitos ante o Estado e o nível das relações jurídicas entre os particulares, não havendo, entre tais níveis, relação de hierarquia, mas de reciprocidade (ALEXY, 2015, p. 533).

Para Alexy, no nível do dever estatal está a teoria dos efeitos mediatos, pois, se os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores, cabe ao Estado fazê-los valer, seja por meio da legislação de direito privado – pois obrigado a disciplinar as relações privadas por meio das normas de direito privado –, seja por ocasião da aplicação da lei.

Cedendo passo à teoria de Schwabe, de acordo com Alexy, no segundo nível estariam os direitos ante o Estado, aplicáveis naqueles casos em que o poder estatal tiver deixado de agir, permitindo, assim, que a lesão a direitos fundamentais tenha ocorrido.

Finalmente, no terceiro nível haveria a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para as conclusões a que se pretende chegar neste capítulo, contudo, o que mais importa no raciocínio de Alexy são suas premissas de que: "Até agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa" (2015, p. 533). É que, como se verá mais adiante, acredita-se na possibilidade de que pelo menos as teorias mediata e imediata não sejam excludentes, mas componham diferentes perspectivas de enxergar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.5 Doutrina da *state action*

Convém observar, de início, na esteira do que anota Canotilho (2001, p. 109), que "quer a *state action* quer a *Drittwirkung der Grundrechte* procuram responder à questão de saber sob que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados".

Segundo essa doutrina, permitir que os direitos fundamentais sejam aplicados nas relações particulares em que nenhuma das partes esteja agindo com alguma das características de *imperium* resultaria numa anulação da liberdade individual e da autonomia privada.

Assim, apenas seria possível socorrer-se de direitos fundamentais numa relação privada quando uma das partes tivesse características que aproximassem sua ação de uma atuação estatal. É a chamada *public function theory.*

Na origem, portanto, a teoria valoriza sobremaneira a autonomia da vontade, como é próprio de um Estado liberal, caso dos Estados Unidos da América, de sorte que, à exceção do comando contido na Emenda XIII, que proíbe a escravidão, os demais direitos fundamentais têm por destinatário apenas o Estado, consagrando, com isso, a absoluta liberdade contratual dos particulares.

Como, entretanto, a teoria excepciona referida liberdade naqueles casos em que o particular se equipara ao Estado, Virgílio Afonso da Silva defende que não se trata de uma negação à aplicabilidade dos direitos fundamentais às

relações privadas, mas de uma forma de definir em que casos será possível que tal eficácia ocorra, ou seja: "Ao invés de *negar* a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *state action* tem como objetivo justamente definir *em que situações* uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais [...]" (2005, p. 99-100).

Apesar da observação de Virgílio Afonso da Silva de que "o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por *mais artificial que seja*, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas" (2005, p. 100)[13] – daí, aliás, a afirmação de que a *state action* "não possui delimitação nítida quer em sede acadêmica quer na jurisprudência" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 282) – fato é que, no direito americano, a aplicação dos direitos fundamentais está na dependência desse reconhecimento, vale dizer, da identificação de que, naquela relação jurídica questionada, houve a incidência de um ato estatal, ou um ato a ele equiparado.

4. Eficácia Direta e o Legislador Ordinário

Embora acima tenham sido apontadas as principais teorias sobre a forma como se dá a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a discussão doravante enfocará mais diretamente as teorias direta e indireta, porque são as que despontam nas diversas abordagens sobre o tema, e a importância do legislador ordinário no sopesamento dos direitos fundamentais.

Dito isso, parece que tanto a teoria direta quanto a indireta contribuem fundamentalmente para a interpretação sistemática do problema. Porém, o apego intransigente a uma delas afasta a possibilidade de que se colha pontos absolutamente importantes da outra teoria, impedindo, com isso, uma visão capaz de admitir a aplicação de ambas, aumentando a eficácia dos direitos fundamentais – princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais – sem reduzir a inegável importância do direito privado.

Parte-se da premissa de que os direitos fundamentais raramente possuem definição precisa, certa, exaustivamente definida, comportando, exatamente por isso, interpretação também plurívoca.

---

13. De fato, como os fundamentos da doutrina da *state action* está em que direitos fundamentais são aplicáveis somente nas relações entre Estado e particulares, Virgílio anotará: "Mas a construção jurisprudência da *state action* tem por objetivo justamente romper essa limitação e, para alcançar esse objetivo, tenta definir – ainda que de forma assistemática e casuística – quando uma ação privada é equiparável a uma ação pública. Sempre que essa equiparação for possível e [...] na maioria das vezes essa equiparação é artificial e feita já com o intuito de coibir o ato privado violador de direitos fundamentais, as relações entre particulares estarão vinculadas às disposições de direitos fundamentais" (SILVA, 2005, p. 99-100).

De fato, os direitos fundamentais são caracterizados por expressões vagas, quase sempre genéricas, destinadas a acomodar um sem número de relações, em situação absolutamente oposta ao que caracteriza a função do direito infraconstitucional, que é exatamente detalhar, ainda que igualmente de forma genérica – porém mais minudente que a norma constitucional –, as relações que pretende disciplinar. Segundo Otávio Luiz Rodrigues Jr.: "Intimidade, função social, garantia da propriedade, igualdade e liberdade, para se ficar apenas nesses exemplos, são conceitos com baixa capacidade operacional dada sua (necessária) generalidade e sua (esperável) abstração" (RODRIGUES JR., 2019, p. 336).

E quando tais direitos fundamentais são passíveis de aplicação nas relações privadas – de lembrar-se que alguns direitos fundamentais se destinam exclusivamente à relação indivíduo-Estado – geram, por sua vagueza, natural insegurança nas relações jurídicas, seja porque as partes não podem prever de forma minimamente definida como a matéria será disciplinada, seja porque, na ausência do direito privado, a interpretação do direito fundamental terá de ser realizada pelo Judiciário e após o conflito ter se estabelecido.

Daí porque, em regra, é pouco recomendável a aplicação direta dos direitos fundamentais (eficácia imediata), o que bem revela a importância do legislador infraconstitucional, como órgão legitimado a conformar o direito fundamental. E isso sobretudo por dois motivos[14].

O primeiro está no fato de que, não sendo tarefa constitucional tratar de forma minudente as relações privadas, impõe-se que a delimitação do direito fundamental seja realizada pelo legislador ordinário.

Realmente, é o direito privado o ramo mais vocacionado para normatizar as relações entre os particulares, razão, aliás, da autonomia da matéria com uma epistemologia própria e independência científica. É o direito privado que, regra geral, oferece soluções que atendem com maior completude a conflitos entre particulares, num nível que a Constituição não poderia fazer. "Disso resulta uma certa relação de tensão entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado, e a autonomia do Direito Privado, por outro" (CANARIS, 2010, p. 206-207).

Atribuir-se ao legislador a conformação dos direitos fundamentais diante das relações privadas confere maior segurança, afastando o ineditismo das decisões que interpretam diretamente o direito fundamental e permitindo a

14. De forma assemelhada, dirá Otavio Luiz Rodrigues Jr.: "É indispensável a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil. Esse é um dos postulados da eficácia indireta. Este postulado é defensável por argumentos de variegada ordem, a exemplo destes: (a) preservação do espaço democrático e respeito à separação dos poderes; (b) previsibilidade do Direito; (c) restrição à transferência total do nível decisório da autonomia privada para o âmbito judicial" (2019, p. 338).

existência de legítimas expectativas quanto às consequências dos negócios jurídicos que se pretende pactuar.

Visto sob essa perspectiva, há quem afirme que a eficácia imediata pode constituir uma ameaça ao princípio da segurança jurídica, o que, por outro lado, reclamaria a oportuna intervenção do legislador, pois sua tarefa é, "mediante regulações específicas, circunstanciadas e claras, estabelecer os supostos fáticos de incidência e as respectivas consequências jurídicas de forma que haja uma acomodação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares" (STEINMETZ, 2004, p. 144)[15].

Mas não é só. O segundo motivo a recomendar que o direito fundamental suscetível de aplicação nas relações privadas seja conformado pelo direito privado está na própria essência do regime democrático.

Com efeito, num regime democrático impõe-se reconhecer que a disciplina do direito privado, sempre inspirada pelas normas constitucionais, deve ter origem no legislador, evitando-se, sempre que possível, que a definição normativa que deve incidir sobre as relações jurídicas resulte unicamente da criação do Poder Judiciário – e a aplicação direta do direito fundamental inevitavelmente levará a que a referida conformação à relação privada seja obra do Judiciário.

A atuação legislativa atende, a toda evidência, às premissas de um Estado Democrático, cuja separação de poderes reclama que, invariavelmente, a disciplina geral das relações jurídicas seja normatizada pelo órgão com representatividade popular para tanto.

"Respeitadas as regras constitucionais", dirá Barroso (2018, p. 438), "e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu". O fato de o Judiciário poder atuar criativamente em certas situações não lhe reconhece a possibilidade de se sobrepor ao legislador, salvo casos de inconstitucionalidade. "Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A *preferência da lei* concretiza os princípios da separação dos Poderes, da segurança jurídica e da isonomia" (BARROSO, 2018, p. 438).

Se o acima dito lembra a teoria da eficácia indireta, faz-se a ressalva de que o entendimento trazido com este texto não pretende que o legislador

15. É igualmente o pensamento de Konrad Hesse (*apud* RODRIGUES JR., 2019, p. 338): "[...] uma regulação legal, materialmente diferenciadora, que concretize os pressupostos e os efeitos da influência dos direitos fundamentais, inclusive quando se utiliza de tais conceitos, conduz a uma maior determinação da regulação normativa, a uma maior clareza, certeza e previsibilidade jurídicas do que um recurso imediato aos direitos fundamentais".

ordinário se limite a introduzir nas relações privadas os direitos fundamentais por meio das denominadas *portas de entrada*, *pontos de entrada* ou *pontos de irrupção* (*Einbruchstellen*) – cláusulas gerais, por exemplo.

Naturalmente, havendo tais *portas de entrada*, haverá de se interpretar que, naquele caso, o legislador optou por atribuir ao intérprete um espaço maior de escolha, inspirado no direito fundamental, de sorte que o Judiciário navegaria com mais liberdade na definição exata de qual deve ser a solução para o caso concreto.

Entende-se, contudo, que o papel do legislador vai além disso, pois é próprio de sua função a disciplina do direito fundamental diante da relação privada, tornando-a mais precisa, mais detalhada, mais definida, e, com isso, reduzindo o espaço criativo do intérprete judicial.

Assim, *v.g.*, se há o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, é possível ao direito infraconstitucional, descendo a detalhes, disciplinar, sem afronta à norma constitucional, os casos em que será permitido ao locador exigir o acesso ao imóvel locado; se há o direito fundamental à propriedade, é lícito ao direito privado prever casos de retenção da coisa, ou, em se tratando de imóveis, exigir que sua propriedade se prove por meio do registro do título translativo; se há o direito fundamental à livre iniciativa, é razoável que o direito privado impeça, salvo autorização expressa, que o alienante do estabelecimento comercial possa fazer concorrência ao adquirente nos cinco anos subsequentes, ou, ainda a despeito do direito fundamental à livre iniciativa, é lícito que o legislador infraconstitucional torne defeso ao locador comercial estabelecer-se com o mesmo ramo de comércio do locatário anterior, no imóvel por ele retomado.

E aí a importância de conceder à norma infraconstitucional supremacia *prima facie* diante do caso concreto, pois já de deduzir-se que o legislador ordinário, inspirado no direito fundamental relacionado ao caso, avaliou, com toda sua legitimidade, como conformar esse direito fundamental às inúmeras relações privadas cuja disciplina caberia a ele impor. Nas situações apontadas acima, o conflito que poderia haver entre direitos fundamentais foi antecipadamente sopesado pelo legislador, de modo a afastar a intervenção, neste ponto, do intérprete judicial.

O raciocínio aqui empreendido, portanto, é o de que, por vezes, o legislador infraconstitucional disciplinou o direito fundamental de tal forma que reduziu drasticamente o espaço de interpretação do magistrado, pois ele próprio, o legislador, após o sopesamento dos direitos fundamentais cujo embate era previsível quando de um conflito particular, elaborou a solução, que – e este o principal ponto deste capítulo – não pode ser afastada pelo Judiciário sem que haja robusta força argumentativa.

Obviamente, isso não retrocede o juiz à mera condição de *la bouche de la loi*. Primeiro, porque naqueles casos em que o legislador tenha deixado *portas abertas,* caberá ao Judiciário fazer ele próprio a avaliação da medida exata em que o direito fundamental irá impactar a relação privada. Observe-se que, neste caso, de colmatação das cláusulas gerais, terá sido o próprio legislador que, espontaneamente, atribuiu esta tarefa à cautelosa análise do Judiciário, quando inseriu na legislação esses *pontos de irrupção*.

Segundo, porque, do que se vem por dizer não decorre, naturalmente, que a legislação infraconstitucional não possa ser confrontada com o direito fundamental, até porque, lembrando Sarlet (2009, p. 367): "De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora". Não há qualquer dúvida de que o controle de constitucionalidade permite não só a interpretação conforme da norma de direito privado, como seu afastamento por meio do reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Desnecessário esclarecer que a ideia não é afirmar que o direito privado tem o mesmo *status* da Constituição. Longe disso. Negar a hierarquia é subverter toda uma ordem jurídica constituída pelo menos nos últimos cem anos. A ideia é tão só afirmar que o direito privado está vocacionado para disciplinar as relações entre os particulares e, havendo espaço de interpretação dos direitos fundamentais, não deveria ser rejeitada aquela realizada pelo legislador ordinário, ou, pelo menos, só poderia ser rejeitada com esforço argumentativo muito maior.

Importante lembrar, neste ponto, que a limitação deste texto não comporta análise mais abrangente quanto à dogmática que envolve, na discussão quanto à constitucionalidade da norma infraconstitucional, proporcionalidade, proibição do excesso e obediência ao núcleo essencial do direito fundamental[16].

De resto, ausente disciplina pelo legislador ordinário, ou reconhecida que a legislação existente afronta a norma constitucional, o direito fundamental

16. Cf, neste ponto, Gilmar Mendes: "É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) *e a necessidade (Erforderlichkeit*) do ato legislativo. [...] Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. [...] O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas" (2012, p. 42).

poderá incidir diretamente na relação privada – e aí o reconhecimento da eficácia direta –, o que exigirá, obviamente, relevante atividade interpretativa do magistrado. Impedir a aplicação direta dos direitos fundamentais, quando não tiver havido atuação do legislador infraconstitucional, equivaleria à própria negação do direito fundamental, o que não é possível admitir-se.

Se nesses casos de ausência de disciplina legal as partes tiverem, por meio da autonomia da vontade, criado regras para normatizar a relação e, posteriormente, houver a alegação de que direito fundamental acabara ofendido, haverá de se ponderar qual direito fundamental deve prevalecer, dado que a autonomia da vontade é também ela um direito fundamental e o conflito não fora sopesado anteriormente pelo legislativo. Caberá aí a intervenção judicial para avaliar qual direito deve preponderar diante do caso concreto e a partir de critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência[17], cujo aprofundamento os limites deste texto não comporta.

De qualquer modo, sem desconhecer a necessidade de que o tema exige análise mais profunda, insiste-se que a essência deste texto está na defesa, talvez algo incisiva, é preciso reconhecer, da prevalência do direito privado, quando não houver expressa colisão com a norma constitucional, nas relações privadas. É o firme repúdio à desconsideração do legislador infraconstitucional, fundamentada em decisão desprovida de argumentação razoável, quase sempre assentada no hábito de sobrepor a interpretação pessoal e discricionária do magistrado ao entendimento sufragado pelo legislativo, invariavelmente com a pretensão de que sua interpretação é mais sincera, mais justa e mais legítima[18]. O fato de a colisão entre direitos fundamentais nas relações particulares reclamar sopesamento não quer dizer que este sopesamento tenha de ser realizado pelo juiz, anota Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 166-167), que conclui: "O que se tem verificado ultimamente é uma certa hipertrofia no recurso ao sopesamento entre princípios por parte dos juízes, muitas vezes ignorando a existência de um prévio sopesamento já feito pelo legislador" (SILVA, 2005, p. 166-167).

Assim, firmado o pressuposto de que cabe primordialmente ao legislador infraconstitucional disciplinar a relação privada, sempre inspirado no direito fun-

17. Fundamental, neste ponto, os estudos de Virgílio Afonso da Silva (2005), Daniel Sarmento (2006) e Wilson Steinmetz (2004).

18. E aqui é impossível não se lembrar das preocupações de Eros Roberto Grau: "Juízes, especialmente juízes constitucionais, têm lançado mão, intensamente, da técnica da chamada ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, porém, inexiste no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir de pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias" (2018, p. 119).

damental correspondente, reduzirá o ímpeto do Poder Judiciário de afastar a disciplina do direito privado, porque nele reconhecerá, sobretudo pela legitimidade democrática do legislador ordinário, a instância vocacionada para a disciplina daquela relação privada.

5. Considerações Finais

Qualquer entendimento que pretenda a aplicação incondicionada de uma das teorias quanto à eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas contribuirá, na verdade, para impedir que tais direitos alcancem toda a potencialidade que deles pode ser extraída.

Inexistindo material normativo infraconstitucional para regular conflito de direito privado em que caiba a aplicabilidade de direitos fundamentais, é inevitável que a aplicação se dê de forma direta, competindo ao juiz promover a ponderação necessária diante do caso concreto.

Tendo, entretanto, o próprio legislador promovido referida ponderação, a partir da legítima análise de direitos fundamentais que podem entrar em conflito numa relação privada, cabe ao intérprete respeitar a solução ditada pelo parlamento, só podendo afastá-la naqueles casos de expressiva inconstitucionalidade.

Enfim, a garantia dos direitos fundamentais reclama que sejam interpretados a partir de uma perspectiva que tenha clareza quanto ao papel destinado a cada uma das diversas instâncias que interferem na produção e interpretação da norma, evitando-se, sempre que possível, o avanço indevido, por vezes resultado de indesejado subjetivismo, capaz de impedir a avaliação e a ponderação mais legítima desses direitos.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais**

e direito privado. 3. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 205-220.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. bras. 2. ed. port. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRAU. Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 9. ed. Refundada do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2018.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. tomo IV.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In*:* GRAU, Eros Roberto Grau; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SARLET, Ingo Wolfang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In*:* SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

O Papel das Forças Armadas e o Art. 142 da Constituição de 1988

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques[1]

Introdução

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, representou o fim do regime militar e a criação de uma nova ordem constitucional para o país. Ela primou por trazer em seu texto um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, o Estado Democrático de Direito e também a democracia participativa. Foi enfática ao estabelecer, logo em seu art. 2°, que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são harmônicos e independentes entre si.

Para garantir essa harmonia e independência foi criado também um sistema de freios e contrapesos com o fito de evitar a invasão de um poder em outro ou até mesmo a hegemonia de um poder sobre o outro, garantindo assim a governabilidade do País e a consolidação do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 também estabeleceu expressamente, em seu art. 142, o papel a ser desempenhado pelas Forças Armadas no Estado Democrático de Direito.

No entanto, a compreensão do teor do citado artigo ao descrever as funções das Forças Armadas tem sido motivo de polêmica, interpretações equivocadas e discussões acaloradas. Nesse sentido, buscar-se-á no presente capítulo examinar com acuidade as funções outorgadas pela Constituição Federal de 1988 às Forças Armadas em toda a sua extensão.

1. Da Separação dos Poderes

O princípio da separação dos poderes é um corolário da Constituição Federal de 1988, que também a erigiu à condição de cláusula pétrea, ou seja, insuscetível de ser abolida por meio da edição de uma Emenda à Constituição, conforme expressamente descrito em seu art. 60, § 4°, inc. III.

Trata-se, portanto, de um princípio que caracteriza o próprio Texto Constitucional, e sem o qual o mesmo restaria sem identidade, daí a razão de ser insuscetível de alteração pelo poder reformador. A separação dos poderes é essencial

1. Doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Advogada.

para o exercício democrático do poder, pois por meio deles evitam-se abusos e tiranias. Na prática, há na verdade uma separação de funções, quais sejam, a de legislar, administrar e julgar, pois o poder é um só.

O Texto Constitucional estabelece uma série de garantias institucionais e também aos membros dos Poderes, com o fito de resguardar a independência no exercício de seu mister, bem como vedações para evitar eventuais desvios. Ao Poder Legislativo incumbe-se a tarefa de legislar e fiscalizar as contas públicas, ao Poder Executivo administrar e formular políticas públicas, e ao Poder Judiciário julgar e solucionar os conflitos.

2. Do Sistema de Freios e Contrapesos

O sistema de freios e contrapesos estabelecido pela Constituição impõe que um Poder da República fiscalize o outro, evitando-se assim invasões de competência indevidas. De igual modo o sistema de separação de poderes desenhado constitucionalmente implica na participação mútua dos poderes em diversas situações. Ressalta Paulo Bonavides a necessidade de equilíbrio entre os poderes:

> O ideal político seria dar aos três poderes o repouso, a imobilidade. Todavia, é da natureza das coisas, na ordem política, o movimento. Urge, pois, atribuir-lhes a faculdade de estatuir e a faculdade de impedir. A faculdade de estatuir é o poder de ordenar ou corrigir algo, e o poder de impedir é a faculdades de anular determinada resolução.[2]

No tocante ao Poder Legislativo tem-se que cabe a ele fiscalizar as contas do Poder Executivo, seja por meio da Câmara dos Deputados, ao proceder à tomada de contas do presidente da República, ou pelo Congressos Nacional, que deve exercer a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades de administração direta e indireta. Já o controle externo a cargo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Compete à Câmara dos Deputados autorizar a instauração do processo de *impeachment* do presidente da República, no caso de crime de responsabilidade, e ao Senado Federal julgá-lo. A consequência do processo de *impeachment* é a perda do cargo de presidente e a impossibilidade de exercer função pública por oito anos. Vale dizer que cabe ao Senado Federal processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, o procurador geral da República e o advogado geral da União, na forma do art. 52, inc. II da CF/88.

---

2. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 230.

Destarte, é de competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar o presidente da República a declarar guerra e celebrar paz, aprovar o Estado de defesa, a intervenção federal e o Estado de sítio (art. 49, incs. II e III).

Incumbe, ainda, exclusivamente ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, inc. V) e também zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes (art. 49, inc. XI). Depreende-se, portanto, que pode o Congresso Nacional, ao zelar pela preservação da sua competência legislativa, sustar os atos dos demais poderes, quais sejam, o Judiciário e Executivo que invadam a sua competência legislativa.

Isso implica dizer que estaria constitucionalmente assegurado ao Congresso Nacional sustar, por exemplo, uma decisão do Supremo Tribunal Federal que invadisse sua esfera de competência, ou seja, que legislasse no lugar do Congresso Nacional. Veja que não se trata aqui de um desrespeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, mas sim de um instrumento outorgado constitucionalmente ao próprio Congresso Nacional para garantir a sua competência legislativa em face da invasão dos demais poderes. Do contrário, restaria o Poder Legislativo desprovido de instrumentos para coibir eventual invasão dos demais poderes em sua competência precípua que é a de legislar. Apesar da autorização expressa na Constituição, o Congresso Nacional não tem feito uso dessa prerrogativa.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal também podem convocar ministros de Estado para prestarem informações sobre assunto previamente determinado (art. 50 da CF/88).

No tocante ao Poder Executivo tem-se que o presidente da República participa do processo legislativo na medida em que tem legitimidade para propor projetos de lei e emenda constitucional, bem como sancionar e vetar projetos de lei. Tem também a prerrogativa de editar medidas provisórias que devem ser submetidas ao Poder Legislativo para serem convertidas em lei.

Incumbe ao presidente da República livremente indicar os ministros do Supremo Tribunal Federal, e cabe ao Senado Federal sabatiná-los e aprová-los pelo quórum de maioria absoluta. Em outras palavras, a composição da mais alta corte do Poder Judiciário conta com a participação dos Poderes Executivo e Legislativo, pois cabe ao presidente indicar um nome e ao Senado aprová-lo.

Os membros do Conselho Nacional de Justiça também devem ser sabatinados e aprovados pelo Senado Federal. De igual modo, o presidente da República indica o procurador geral da República e cabe ao Senado aprovar; no caso de o presidente exonerá-lo do ofício, também incumbe ao Senado Federal aprovar a exoneração ou não.

No que se refere ao Poder Judiciário, tem-se que a Justiça Eleitoral é responsável pela administração das eleições do Poder Legislativo e Executivo e também por julgar eventuais crimes e fraudes ocorridos no período. A diplomação do presidente da República, dos senadores e dos deputados federais é feita pelo Tribunal Superior Eleitoral, já a posse do presidente e vice-presidente da República se dá no Congresso Nacional. Na linha de substituição do presidente da República está o vice-presidente, o presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, nas infrações penais comuns, o presidente da República e os membros do Congresso Nacional (art. 102, inc. I, alínea b).

Verifica-se, pois, que a Constituição pressupõe a participação dos três poderes em diversas situações; os três poderes devem atuar conjuntamente e com mútua fiscalização para que nenhum poder se sobreponha ao outro. Almeja a Constituição evitar a implantação de uma ditadura, seja ela do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. É dentro desse contexto do sistema de freios e contrapesos delineados pela Constituinte que se deve entender o papel das Forças Armadas.

3. Das Forças Armadas

As Forças Armadas sempre receberam tratamento constitucional, desde a primeira Constituição brasileira, a de 1824. São constituídas pela Aeronáutica, Marinha e Exército. Seu comando cabe ao presidente da República. O próprio art. 84, inc. XIII do Texto Constitucional é enfático ao dizer que compete ao presidente da República o comando supremo das Forças Armadas. Compete a ele também nomear os comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica, promover oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhe são privativos.

A Constituição Federal de 1988 dedicou o Capítulo II do Título V, que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, para dispor sobre as Forças Armadas. A inserção do capítulo das Forças Armadas nesse título tem por finalidade estabelecer que o papel dela deve ser interpretado à luz da defesa do Estado e das instituições democráticas. É preciso ter em mente que "um princípio jurídico não existe isoladamente, mas será ligado por nexo íntimo com outros princípios."[3] Nesse sentido, asseveram Adriano Sant´ana Pedra e Anderson Sant´ana Pedra:

3. FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 4. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1987. p. 143.

> Já a defesa das instituições democráticas é, de certo modo, a garantia da própria Constituição e, no momento em que a defesa das instituições democráticas torna-se inviável, estar-se-á diante de situações de crise.[4]

Portanto, por consequência lógica, o conteúdo do art. 142 está indubitavelmente atrelado à defesa e manutenção das instituições democráticas e não ao fim delas. Em outras palavras, para se compreender o mister das Forças Armadas, é imprescindível levar-se a cabo uma interpretação sistemática da Constituição para apreender toda a dimensão da sua função. A interpretação sistemática é "aquela que estipula a compreensão de uma norma atendendo à sua posição dentro de um marco legislativo".[5] Em seu art. 142 estabelece o Texto Constitucional que:

> As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

O dispositivo é claro ao estabelecer que as Forças Armadas são uma instituição nacional, permanente e regular, isso significa que ela é uma instituição da Pátria e atrelada à existência do próprio Estado, uma vez que não pode ser dissolvida. Possuem relevância para o País, tanto em dimensão política quanto histórica e jurídica. Ao mencionar que sua atuação será regular implica dizer que deve ser contínua, restando vedada qualquer forma de interrupção. Ensina José Afonso da Silva:

> São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins, em função da consciência que tenham da sua missão está a tranquilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania.[6]

As Forças Armadas são fundamentadas nos princípios da hierarquia e da disciplina, que pautarão toda a sua estrutura e funcionamento. A hierarquia é

---

4. PEDRA, Adriano Sant´ana; PEDRA, Anderson Sant´ana. Arts. 142 ao 144. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1701.

5. USERA, Raul Canosa. **Interpretacion constitucional y formula politica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 96. (Livre tradução do autor.)

6. SILVA, José Afonso da. Notícia sobre Jurisdição Militar no Brasil. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 60.

importante para fixar funções e responsabilidades, além de conferir ordenação da autoridade em diferentes níveis. Já a disciplina é imprescindível para o regular exercício das Forças Armadas. Entendem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Junior:

Nesse sentido, na sua organização interna, dois princípios sobressaem com pujante importância, quais sejam, o da hierarquia e o da disciplina. A conjugação de ambos faz derivar a existência de uma carreira estratificada, onde o superior exerce poderes disciplinares sobre seus imediatos, podendo, inclusive, aplicar sanções de índole administrativo.[7]

Os princípios da hierarquia e da disciplina são os pilares sob os quais as Forças Armadas são organizadas e essenciais para o seu regular funcionamento. Nesse particular, adverte Sérgio Ernesto Alves Conforto que: "E forças armadas não obedientes às normas de hierarquia e da disciplina não só poderão de nada servir para o objetivo que se pretende, como poderão vir a ser uma ameaça tão terrível quanto a estrangeira".[8]

Elas se destinam essencialmente à defesa da Pátria, à garantia dos Poderes Constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Constata-se o exercício de uma tríplice função: defender a Pátria, garantir os poderes e garantir a lei e ordem por iniciativa dos três poderes.

Depreende-se, portanto, da simples leitura do dispositivo constitucional, que cabe às Forças Armadas o desempenho de uma tríplice função. A primeira é a defesa da Pátria. Trata-se da função primordial das Forças Armadas defender a Pátria de qualquer invasão estrangeira, assegurar sua independência e, por via de consequência, garantir a própria integridade da República. Resguarda-se aqui a defesa dos princípios fundamentais da soberania e a independência nacional.

Ives Gandra da Silva Martins, em sua obra *Comentários à Constituição do Brasil*, em parceria com o saudoso Celso Ribeiro Bastos, ensina que :

> As Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria, em primeiro lugar. É a sua feição maior. Historicamente, desde as primitivas eras, as forças militares objetivavam, nos velhos impérios orientais (da China até o complexo de civilizações do próximo Oriente), a conquista ou a defesa.[9]

---

7. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatium, 2012. p. 103.

8. CONFORTO, Sérgio Henrique Alves. Dilemas da Justiça. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 106.

9. MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5: v. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 165.

A segunda função é a de garantir os poderes constituídos, quais sejam, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. É dizer, assegurar que eles possam exercer livremente suas competências constitucionais. Assim incumbe que as "Forças Armadas repilam a ação de poderes estrangeiros, mas também que sufoquem as insurreições ameaçadoras para os poderes constituídos, sejam elas internas ou externas".[10] Essas duas atribuições das Forças Armadas representam a proteção do próprio Estado e seus poderes.[11] Ives Gandra assevera:

> A segunda grande missão das Forças Armadas é a garantia que ofertam aos poderes constitucionais, o que vale dizer, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas.[12]

As Forças Armadas atuam tanto para rebelar movimento internacionais que comprometam a estabilidade do País como também movimentos nacionais. Preleciona Celso Ribeiro Bastos: "Vê-se assim que a missão das Forças Armadas não é apenas a de repelir a ação de potências estrangeiras, mas inclui também a de reprimir movimentos que ponham em risco a estabilidade dos poderes constituídos".[13]

É uma garantia conferida aos poderes contra as manifestações de qualquer natureza. Nesse sentido, prevê a Constituição os institutos da intervenção federal, do Estado de Defesa e do Estado de sítio.

As duas primeiras funções atribuídas às Forças Armadas, por serem intrínsecas a sua própria existência e à defesa do Estado, não suscitam divergências. A aparente polêmica parece residir na sua terceira função, qual seja, a defesa da lei e da ordem.

4. As Forças Armadas e a Defesa da Lei e da Ordem

A terceira função consiste em garantir a lei e a ordem, a pedido de qualquer dos poderes constitucionais. Atribuiu o Texto Constitucional expressamente às Forças Armadas um papel de poder moderador, na medida em que está autorizada

---

10. PEDRA, Adriano Sant´ana; PEDRA, Anderson Sant´ana. Arts. 142 ao 144. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1707.

11. Cf. AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 273.

12. MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5: v. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 166.

13. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 603.

a atuar, desde que a pedido dos três poderes, para garantir a lei e a ordem e assim assegurar a separação e a harmonia entre eles. Sua atuação é para garantir a observância à lei, e, logicamente, à Constituição, e a manutenção da ordem, e não para rompê-la. Daí a razão de estar inserida dentro do título da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, deve-se assim compreendê-lo dentro desse contexto em cumprimento ao princípio da unidade da Constituição, segundo o qual "as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas, mas sim como princípios integrados num sistema interno unitário de regras e princípios".[14]

Verifica-se que o Texto Constitucional condicionou a atuação das Forças Armadas à solicitação de um dos poderes constituídos, ou seja, ela tem de ser provocada para intervir, e sua atuação deve ser limitada aos parâmetros da solicitação existente. Trata-se de uma proteção disponível para os três poderes constituídos: Legislativo, Executivo e Judiciário. Nessa linha de pensamento já se manifestou Ives Gandra da Silva Martins:

> Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamados a intervir.
>
> Nesse caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e a ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado.[15]

É preciso deixar claro, mais uma vez, que a atuação das Forças Armadas se dá para restituir a lei e a ordem e não para rompê-las. Trata-se de uma atribuição para pôr fim a uma crise institucional e recompor o equilíbrio entre os poderes, e não suscitar um golpe de Estado. No mesmo sentido Adriano e Anderson Pedra ensinam:

> Essa prescrição autoriza que as Forças Armadas sejam empregadas no âmbito interno, não só para garantir os poderes constituídos, mas também para restabelecer a ordem, mesmo que não haja ameaça aos poderes constituídos.
>
> Cobra relevo registrar que o legislador constituinte usou a expressão ´por iniciativa de qualquer destes (poderes constitucionais)´ como condicionante para a utilização das Forças Armadas para a defesa ´da lei e da ordem´.[16]

---

14. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 91.

15. MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5. v. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 165-167.

16. PEDRA, Adriano Sant´ana; PEDRA, Anderson Sant´ana. Arts. 142 ao 144. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1707.

Na Constituição anterior também foi atribuída às Forças Armadas a defesa da lei e da ordem, porém essa atribuição não estava atrelada à solicitação dos poderes constituídos. Celso de Mello, ao comentar o art. 91 da Constituição Federal de 1967, escreveu:

> As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, destinam-se, por expressa determinação constitucional: a) à execução da política de segurança nacional; b) à defesa do Estado; c) à garantia dos poderes constituídos; d) à garantia da lei; e) à preservação da ordem. As Forças Armadas formam um dos aparelhos repressivos ou coercitivos da comunidade estatal. Atuam na defesa interna e externa do Estado, de sua integridade territorial, do seu regime e de sua ordem político-jurídica.[17]

Esse papel das Forças Armadas, de garantidora da lei e da ordem, tem comportado diversas interpretações. José Afonso da Silva, por exemplo, compreende essa função de maneira mais restritiva ao dizer que: "Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é de competência primária das forças de segurança pública, que compreendem a polícia federal e as polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal".[18]

José Levi Mello Amaral Junior também identifica, no respectivo artigo, as três funções das Forças Armadas, contudo entende que esta última está condicionada à subsidiariedade. Adverte:

> Assim, a atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por solicitações de qualquer um dos poderes constitucionais – solicitação essa que sempre será submetida ao juízo do presidente da República –, poderá se dar a partir do esgotamento dos órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública, relacionados no art.144 da Constituição.
> (...)
> Primeiro, as Forças Armadas – na garantia da lei e da ordem – somente podem atuar se e quando esgotados os órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública. Isso se dá inclusive no plano federal: o presidente da República somente pode determinar o emprego das Forças na garantia da lei e da ordem, em seara própria às Policia Federal, Rodoviária Federal ou Ferroviária Federal, se e quando esgotada uma das três polícias federais. E, claro, desde que se reconheça o esgotamento.[19]

---

17. MELLO FILHO. José Celso de. **Constituição Federal Anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 284.

18. SILVA, José Afonso da. Notícia sobre Jurisdição Militar no Brasil. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 61.

19. AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 274-275.

No entanto, há autores que não vislumbram o exercício dessa terceira função às Forças Armadas, entendendo que a elas incumbe tão somente as duas primeiras atribuições. Não há de se negar que o teor do art. 142 da Constituição de 1988 tem suscitado inúmeras polêmicas e interpretações equivocadas, que o compreendem como uma possibilidade de intervenção militar e quebra da ordem constitucional. É preciso deixar claro que nenhuma das interpretações que o aludido dispositivo constitucional suscita permite uma intervenção militar, ainda que com o emprego do nome "intervenção militar constitucional", pois isso representaria uma quebra da ordem constitucional, e, portanto, por uma questão lógica não estaria previsto no próprio Texto Constitucional. Essa mister "faz parte do equilíbrio institucional desejado pelo constituinte de 1988".[20] Ney Prado faz interessante ponderação:

> Ao se retirar a destinação das Forças Armadas como garantidoras da lei e da ordem, não se está eliminando a possibilidade de golpes contra o Estado; está-se impedindo o Estado de valer-se das Forças Armadas para defender o regime democrático.[21]

Ademais, as Forças Armadas são instituições nacionais e permanentes; isso significa que estão umbilicalmente ligadas à defesa da Pátria e não do governo. Esse é seu desiderato maior. Nesse sentido esclarecem Adriano Sant´ana Pedra e Anderson Sant´ana Pedra:

> Outro aspecto que se observa com a expressão 'instituições nacionais' é que o constituinte quis sublinhar que as Forças Armadas, embora integradas ao Poder Executivo, devem servir acima de tudo à Nação, constituindo-se assim não em um instrumento do governo, mas sim uma garantia da Pátria.[22]

A finalidade do dispositivo constitucional não foi outra senão a de incluir, em hipóteses excepcionais, a atuação das Forças Armadas para o restabelecimento da normalidade. Essa interpretação é rechaçada por grande parte dos juristas, que veem nesse artigo uma possibilidade de intervenção militar e

---

20. Cf. DALLARI, Adilson de Abreu. Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do STF. 11 jun. 2020. ***Conjur***. Disponível em: www.conjur.com.br.

21. PRADO, Ney. As Forças Armadas nas Constituições de 1969 e 1988. *In. Direito Militar: doutrina e aplicações.* In. RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coords.). **Direito Militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. p. 314.

22. PEDRA, Adriano Sant´ana; PEDRA, Anderson Sant´ana. Arts. 142 ao 144. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1701-1702.

atribuem o papel de Poder Moderador dentro do sistema constitucional pátrio ao Supremo Tribunal Federal.[23]

No entanto, tal mister não pode ser exercido pela Corte Suprema, uma vez que diferentemente do que ocorre nos países europeus, no qual o Tribunal Constitucional não integra o Poder Judiciário, no Brasil o Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Judiciário, assim sendo não pode exercer o papel de poder moderador, posto que integra um dos três poderes. Resta, portanto, descartada a possibilidade de no sistema constitucional brasileiro o Supremo Tribunal Federal exercer o papel de poder moderador.

Essa tarefa é atribuída pela Constituição de 1988 às Forças Armadas, com vistas a restabelecer a lei e a ordem. Não se trata aqui de quebrar a ordem constitucional, ou de um golpe, até porque historicamente os golpes não dependem de lei autorizadora, pois rompem com o ordenamento jurídico, muito menos de as Forças Armadas substituírem o papel desempenhado por um dos poderes, mas sim de uma intervenção específica e pontual, que se dá em virtude da solicitação de um dos poderes, com o único intuito de restabelecer a lei e a ordem, ou seja, a normalidade, garantindo-se assim a livre atuação dos poderes constituídos. Ela se daria, por exemplo, no caso de um dos poderes invadir a competência de outro poder, e não haver no Texto Constitucional um mecanismo para evitar tal interferência e recompor a ordem. Ives Gandra preleciona:

> O quinto aspecto, se qualquer um dos três poderes solicitar, compete-lhes também a defesa e a garantia da ordem e da lei, o que vale dizer, são as Forças Armadas as avalistas da lei suprema, da atividade dos três poderes, da tranquilidade da nação e da plenitude da democracia.[24]

Tal intervenção ocorreria tão somente naqueles casos em que não há outra solução constitucionalmente prevista, como na hipótese de uma decisão do Supremo Tribunal Federal ordenando a apreensão do celular do presidente da República. Ele se veria obrigado a cumprir uma decisão judicial que colocaria em risco questões de soberania nacional, assuntos sigilosos e de repercussão

---

23. Nesse exato sentido, acrescenta Ives Gandra da Silva Martins que: "Alguns juristas defendem a tese de que a terceira atribuição e a segunda se confundem, pois para garantir as instituições, necessariamente, estarão as Forças Armadas garantindo a lei e a ordem, já que o único Poder Moderador seria o Judiciário" (Cabe às Forças Armadas moderar conflitos entre os Poderes. 28 maio 2020. ***Conjur***. Disponível em: www.conjur.com.br).

24. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Peculiaridades da Magistratura Militar quanto ao regime previdenciário. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 33.

nacional e internacional que são tratados pelo chefe de Estado, com consequências desastrosas para a governabilidade do País.

Nesse caso, não restaria outro instrumento ao presidente da República do que se valer do teor do art. 142 e solicitar às Forças Armadas o não cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal. Em nenhum momento estariam as Forças Armadas substituindo a função do Supremo Tribunal Federal, mas somente atuando de maneira pontual, por solicitação do Poder Executivo, para restabelecer a lei, a ordem e a governabilidade do País. Ou seja, para restabelecer a normalidade.[25]

Adilson Dallari destaca o caráter excepcionalíssimo dessa garantia ao afirmar que: "Normalmente, abusos cometidos pelo Legislativo ou pelo Executivo, podem ser corrigidos pelo Judiciário. Mas, e se este poder se omitir? E se este poder Judiciário for o invasor? Como disse Rui Barbosa: 'a pior ditadura é a ditadura do Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer'".[26]

Ives Gandra também cita como uma possível hipótese de utilização do art. 142 no caso de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade por omissão do Parlamento, na forma do art. 103, § 2°, e decidisse fazer a lei que o Congresso Nacional deveria ter feito, mas não o fez[27]. Nessa hipótese estar-se-ia diante de uma invasão de competência, todavia o Congresso Nacional não teria como se socorrer do Poder Judiciário, pois essa invasão estaria sendo levada a cabo pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Diante dessa situação, entende Ives Gandra que:

> Pelo artigo 142 da CF/88 caberia ao Congresso recorrer às Forças Armadas para reposição da lei (CF) e da ordem, não dando eficácia àquela norma que caberia apenas e tão somente ao Congresso redigir. Sua atuação seria, pois, pontual. Jamais para romper, mas para repor a lei e a ordem tisnada

25. Enfatiza João Ibaxe Junior que: "Nesse sentido, o professor Ives Gandra, que segue a doutrina clássica, afirma que um poder não pode intervir no outro de nenhuma forma. Assim, os atos constitucionalmente definidos como tais cabem a cada poder particularmente. Mas, e se houver conflito entre um poder e outro? Como resolver? Nesse caso, único constitucionalmente previsto, as Forças Armadas funcionarão como uma espécie de árbitro para acertar e resolver o conflito. Quer dizer, as Forças Armadas irão colaborar com os poderes constituídos. Jamais se fala em golpe de Estado, e o professor Ives nunca disse isso. A intervenção é a favor, e não contra os poderes. Não há dissolução de nenhum dos poderes no caso. E os militares não tomam o poder!". IBAXE JUNIOR, João. A separação dos poderes, o artigo 142 da Constituição e a intervenção militar. 1 jun. 2020. ***Conjur***. Disponível em: www.conjur.com.br.

26. DALLARI, Adilson de Abreu. Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do STF. 11 jun. 2020. ***Conjur***. Disponível em: www.conjur.com.br.

27. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar conflitos entre os Poderes. 28 maio 2020. ***Conjur***. Disponível em: www.conjur.com.br.

> pela Suprema Corte, nada obstante – tenho dito e repetido – constituída, no Brasil, de brilhantes e ilustrados juristas.[28]

Trata-se, portanto, de uma intervenção pontual, específica e prevista pela própria Constituição da República. Não se admite aqui que as Forças Armadas venham a assumir qualquer outra função técnica ou política que não a garantia da lei e da ordem, e o restabelecimento da normalidade. Portanto, a intervenção das Forças Armadas se faz legítima em casos pontuais de conflito entre poderes e condicionada à solicitação de um dos poderes constituídos.

Conclusões

A Constituição Federal de 1988 é clara ao discorrer sobre as Forças Armadas e o papel que ela deve desempenhar no Estado Democrático de Direito. É enfática ao atribuir, em seu art. 142, três funções para as Forças Armadas, quais sejam: a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e a garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos três poderes.

As duas primeiras funções por serem intrínsecas à natureza das Forças Armadas e à própria sobrevivência da soberania do Estado, não têm suscitado discussões na doutrina. No entanto, a terceira função, como foi visto, tem gerado algumas divergências quanto à sua aplicação.

Contudo, esse mister deve ser interpretado dentro do contexto no qual se insere, que é o da defesa do Estado e das instituições democráticas. Trata-se de um papel pontual, que deve ser usado em casos extremos, no qual não há outra solução prevista no Texto Constitucional, e nos casos em que há invasão de um poder por outro.

Impõe-se, portanto, às Forças Armadas exercer o papel de Poder Moderador entre os poderes, desde que a pedido de um deles, ou seja, não podem elas atuar sem ser provocadas e tão somente para restabelecer a lei e a ordem. Jamais poderiam as Forças Armadas assumir o papel de um dos poderes constituídos, mas tão somente atuar pontualmente e restabelecer a normalidade.

Não se permite em nenhum momento a quebra da ordem constitucional, pelo contrário, trata-se de um positivo constitucional que traz um instrumento justamente para preservá-la. As Forças Armadas são um instrumento de paz e não de poder.[29] Elas são convocadas para garantir a ordem e não para rompê-las.

---

28. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar conflitos entre os Poderes. 28 maio 2020. ***Conjur***. Disponível em: www.conjur.com.br.

29. Manoel Gonçalves Ferreira Filho diz que: "O constitucionalismo moderno, do qual o contemporâneo é uma fase, construiu um sistema que já deu provas de sua finalidade, conquanto repita-se não se arrogue a infalibilidade. Seu acervo, por isso, não deve ser posto de lado, sem cautela. Enfatizem-se a este respeito, como aspectos principais, a garantia dos direitos

A separação e harmonia entre os poderes é essencial para a manutenção do Estado Democrático Direito, e em face dessa harmonia é que se outorgou, em casos específicos e pontuais, a função de Poder Moderador às Forças Armadas, para garantir a defesa do Estado e das instituições democráticas. Em suma, para assegurar a governabilidade do País.

Referências Bibliográficas

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatium, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 230.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CONFORTO, Sérgio Henrique Alves. Dilemas da Justiça. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008.

DALLARI, Adilson de Abreu. Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do STF. 11 jun. 2020. ***Conjur***. Disponível em: www.conjur.com.br.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 4. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Direito Constitucional na Sociedade de Risco. In: RAMOS, Dirceo Torrecilas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). **Direito Militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

IBAXE JUNIOR, João. A separação dos poderes, o artigo 142 da Constituição e a intervenção militar. 1 jun. 2020. ***Conjur***. Disponível em: www.conjur.com.br.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5. v. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 165-167.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Peculiaridades da Magistratura Militar quanto ao regime previdenciário. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008.

---

fundamentais, a divisão do poder, o estado de direito e a democracia. O último deve marcar a fonte da governança, a salvaguarda dos direitos e a divisão do poder, os seus limites, o estado de direito o seu procedimento. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Direito Constitucional na Sociedade de Risco. In. *Direito Militar: doutrina e aplicações.* Coordenadores: RAMOS, Dirceo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João, COSTA, Ilton Garcia da. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 13

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar conflitos entre os poderes. www.conjur.com.br, 28 de maio de 202

MELLO FILHO. José Celso de. 2. ed. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1986.

PEDRA, Adriano Sant´ana; PEDRA, Anderson Sant´ana. Arts. 142 ao 144. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PRADO, Ney. As Forças Armadas nas Constituições de 1969 e 1988. *In. Direito Militar: doutrina e aplicações.* In. RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coords.). **Direito Militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

SILVA, José Afonso da. Notícia sobre Jurisdição Militar no Brasil. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado (Coords.). **Bicentenário da Justiça Militar no Brasil: Coletânea de Estudos Jurídicos**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. p. 60.

USERA, Raul Canosa. **Interpretacion constitucional y formula politica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 96.

Responsabilidade das Sociedades Agrupadas

Sérgio Campinho[1]

1. Grupo Econômico: Um Conceito em Formação

O ideal de crescimento e desenvolvimento empresarial, a partir da presença do empresário nos mais diversos mercados, vem impondo o surgimento de inúmeras e variadas formas de organização do exercício da atividade econômica.

Nesse contexto, os grupos econômicos emergem como fonte decisiva de manifestação e afirmação do poder empresarial, ao se apresentarem como uma técnica de exploração racional da atividade empresária, na busca de um processo de investimentos, pesquisa, produção e comercialização mais eficientes,[2, 3] sendo certo que fatores econômicos, financeiros, mercadológicos, políticos, administrativos, organizacionais e de marketing podem servir de justificativa para a sua formação[4].

---

1. Advogado, professor de Direito Comercial da UERJ e autor de várias obras de Direito Comercial.

2. Sérgio Campinho. **Curso de Direito Comercial: Sociedade Anônima.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 423.

3. Nesse passo, Fábio Konder Comparato salienta que não se pode negar "que os grupos econômicos foram criados, exatamente, para racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem. É graças a essa racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa do custo unitário de produção. Eles propiciam a criação de 'economias internas de escala', já assinaladas pelos economistas desde fins do século XIX" (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 498).

4. Ao discorrer sobre fatores e benefícios atrelados aos grupamentos societários, José Luiz Bulhões Pedreira apresenta a seguinte listagem exemplificativa: "alguns são econômicos (por ex.: otimização do uso dos recursos das diversas sociedades, integração de seguimentos do processo produtivo ou obtenção de economias de escala); outros são políticos (constituição pela empresa transnacional de subsidiárias sujeitas às leis de cada país), financeiros (aumento da capacidade de captar capitais de risco ou empréstimo, ou melhor utilização das disponibilidades de caixa das diversas sociedades), de mercado (especialização de empresas em diferentes atividades ou regiões, ou utilização da mesma marca para diversos produtos), administrativos (para descentralização ou especialização de atividades), etc." (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). **Direito das Companhias.** v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1933-1934). Em complementação, Bulhões Pedreira sustenta que "a observação dos grupamentos de sociedades mostra que, em geral, são formados por empresas com características distintas sob todos os aspectos de dimensão, tipo de atividades, tradição no mercado, estrutura de custos, rentabilidade, etc., e que sua reunião em grupo

Em função da dinâmica criativa da atividade empresarial, diversos esquemas grupais vêm sendo concebidos para conformar novos modelos de negócios, de gestão e de relacionamento interempresarial, pelos quais diversas sociedades tanto podem estar hierarquicamente subordinadas a uma diretriz geral de comando quanto podem estar simplesmente coordenadas para um fim comum. Mas, em quaisquer dos casos, preservam sua autonomia jurídica.

A despeito de não se ter convergido para um conceito uniforme de grupo econômico[5], tem-se, a partir da experiência colhida no direito comparado e no próprio direito brasileiro, que o elemento mais relevante para a sua identificação consiste na presença da direção econômica unitária entre as diversas sociedades que dele participam. São entidades jurídicas, portanto, dotadas de autonomia jurídica e patrimônios próprios e distintos, mas submetidas a uma direção unificada[6].

---

produz – inevitavelmente – efeitos que influenciam todas, embora de modo e em proporções diferentes: (a) o controle comum faz com que os mercados reconheçam a existência do grupo e considerem as sociedades como elementos de um único conjunto; (b) todas as sociedades se beneficiam da diversificação de riscos buscada pelo empresário, pois as fases cíclicas de dificuldades ou menor rentabilidade não ocorrem simultaneamente em todas as empresas, e umas podem auxiliar outras; (c) o controle comum possibilita a organização unificada de atividades que proporcionem economias de escala em benefício de todas as empresas; e (d) a unidade de comando assegura que cada empresa dê preferência aos bens e serviços produzidos pelas demais (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). **Direito das Companhias.** v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1934-1935).

5. Há quem entenda ser "ilusório pensar na possibilidade de se construir um conceito global de grupo de sociedades" (JADAUD, Bernard. La Vaine Recherche d'une Définition de Groupe en Droit Français. In: Centre des Recherches et Études du Droit des Affaires (CREDA). **Les Groupes de Sociétés: Une Politique Législative**. Paris: Librairies Techniques, 1975. p. 193).

6. Engrácia Antunes propõe a seguinte definição: "o grupo societário representa genericamente um conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, mantendo formalmente a sua individualidade jurídica própria, se encontram subordinadas, em maior ou menor grau, a uma direção econômica unitária e comum" (*o grifo é meu*) (**Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 607). Pablo Perandones apresenta interessante análise da questão no direito espanhol, salientando ora a existência de leis que adotaram o critério do controle, ora de leis que adotaram o critério da direção unitária para a definição de grupos. Entretanto, salienta que, a partir da Ley 27/99, o legislador empregou uma terminologia específica de grupos paritários, que põe em relevo a direção econômica unificada (El Régimen Legal de los Grupos de Sociedades en el Ordenamiento Jurídico Español y sus Propuestas de Reforma. In: ARAUJO, Danilo; WARDE JR., Walfrido (Coords.). **Os Grupos de Sociedades: Organização e Exercício da Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63-64). Jorge Lobo, por seu turno, enfatiza: "Anote-se, a propósito, ainda, a acertada observação de Anne Petit e Pierre Sauvain: 'A gestão unitária pode ser centralizada e descentralizada, hierárquica ou colegial, pode traduzir-se numa intervenção constante nos negócios das filiais ou limitar-se à definição das grandes linhas de conjunto da respectiva política: ela estará sempre, e como quer que seja, presente e far-se-á sempre sentir para reprimir as atitudes incompatíveis com o espírito e os interesses do grupo, ou simplesmente, de sua organização'" (Direito dos Grupos de Sociedades. **Revista dos Tribunais**, v. 88, n. 763, p. 32, maio/1999). Rachel Sztajn

A unidade de direção econômica será mais ou menos intensa, dependendo da natureza do vínculo grupal. O controle é reconhecidamente um meio mais agudo de implementação de uma direção única entre as sociedades controladas e controladora. Mas outros instrumentos ou mecanismos que não a relação de controle poderão levar à unificação da direção econômica, fazendo daí surgir um grupo econômico, ainda que com maior descentralização, privilegiando a coordenação. Do fato, tem-se a distinção doutrinária entre grupos de subordinação e de coordenação[7,8]. O primeiro é grifado por uma hierarquia mais rígida entre a sociedade controladora e as suas controladas; o segundo se manifesta a partir de uma unidade de direção sem relação de dominação ou de dependência entre as sociedades que o compõem[9].

Os grupos econômicos podem, ainda, ser classificados consoante os meios ou os instrumentos utilizados para a sua constituição, daí resultando três grandes categorias: grupos de direito, grupos de fato e grupos pessoais.

Os grupos de direito são instituídos por contrato (convenção de grupo) que subordina as sociedades controladas ou filiadas à sociedade controladora, razão pela qual são grupos de subordinação. Já os grupos de fato são resultantes do simples exercício do poder de controle de uma sociedade sobre outras, sem haver um vínculo contratual formal de constituição do grupo. Conforme o uso do poder de controle, poderá se ter um grupo de subordinação, como um grupo

---

também define os grupos a partir da unidade econômica e da direção unitária (Ensaio Tipológico dos Grupos de Sociedades. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (CoordS.). **Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas. Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 599).

7. Engrácia Antunes faz distinção entre grupos de subordinação e coordenação, afirmando que, apesar da maior autonomia jurídica das sociedades agrupadas no segundo tipo, sempre haverá a necessidade de uma direção econômica unitária (**Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 80).

8. No direito espanhol, faz-se uso das terminologias grupo *jerárquico* e grupo *paritario* para distinguir esses dois grandes blocos (cf. PERANDONES, Pablo. El Régimen Legal de los Grupos de Sociedades en el Ordenamiento Jurídico Español y sus Propuestas de Reforma. In: ARAUJO, Danilo; WARDE JR., Walfrido (Coords.). **Os Grupos de Sociedades: Organização e Exercício da Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63).

9. É relevante sublinhar que a definição de grupo sob a perspectiva do controle não dispensa o requisito da direção unitária, devendo, assim, ser exercido de acordo com uma estratégia unificada e voltada para a política grupal, caracterizado pela integração da sociedade controlada a essa política. Do mesmo modo, no grupo de coordenação, por mais que se preserve a independência de atuação das sociedades participantes, também é necessário haver entre elas uma direção econômica unitária. Se houvesse entre elas mera relação de coordenação, não se estaria diante de um grupo, mas sim diante de reações de mercado (cf. FRAZÃO, Ana. Grupos Societários. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, nº 16, Rio de Janeiro: Renovar, p. 120 e 124/125, jan./jun. 2015).

de coordenação. Por fim, os grupos pessoais são aqueles instituídos pela coincidência verificada nos órgãos de administração de diversas sociedades, que atuam de forma coordenada, numa espécie de controle gerencial compartilhado, razão pela qual são normalmente grupos de coordenação[10,11].

Mas o que realmente importa é que, independentemente da forma ou do instrumento de estruturação das relações entre as sociedades formadoras do grupo econômico, haja direção econômica unitária, sem o que não haverá grupo.

2. Grupos de Direito e de Fato

Tomando por modelo a Lei Alemã de 1965, disciplinadora dos grupos econômicos (*Konzern*), e com inspiração, ainda, no sistema de concentração japonês (*Zaibatsu*), Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, autores do anteprojeto da Lei nº 6.404/1976 ("Lei das S.A."), preconizaram, no referido diploma, a disciplina dos grupos.

Até o advento do Código Civil de 2002, as regras constantes dos Capítulos XX (*Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas*) e XXI (*Grupo de Sociedades*) da Lei nº 6.404/1976 traduziam regras gerais em matéria de Direito Societário. Com a entrada do novo Código Civil em vigor, as sociedades contratuais passaram a observar o disposto no Capítulo VIII (*Das Sociedades Coligadas*), do Subtítulo II (*Da Sociedade Personificada*), do Título II (*Da Sociedade*), do Livro II (*Do Direito de Empresa*) e, ainda, os dispositivos constantes dos Capítulos XX e XXI da Lei das S.A., desde que não conflitem com o disposto no aludido diploma codificado.

A doutrina nacional costuma dividir os grupos societários em *grupos de fato* e *grupos de direito*.

Os *grupos de direito*[12] são formados por sociedades que celebram uma convenção (a ser arquivada no Registro Público de Empresas Mercantis), cujo

---

10. Nesse sentido, cf. FRAZÃO, Ana. Grupos Societários. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, nº 16, Rio de Janeiro: Renovar, p. 123, jan./jun. 2015.

11. Em países com legislações mais liberais, como a francesa e a portuguesa, é possível a utilização dos também denominados grupamentos complementares, com o fim imediato de unificar a administração e o gerenciamento das sociedades associadas ou grupadas, independentemente de qualquer participação societária. Essa possibilidade também pode se fazer presente no direito brasileiro em função do princípio da liberdade contratual, que permite, assim, a formação de grupamentos por meio de contratos atípicos ou inominados, com o escopo de unificar a administração das sociedades grupadas (nesse sentido, cf. LOBO, Jorge. Direito dos Grupos de Sociedades. ***Revista dos Tribunais***, v. 88, n. 763, p. 29, maio/1999).

12. Ao longo da Lei das S.A., os *grupos de direito* são chamados de "grupos de sociedades" ou simplesmente de "grupos".

escopo é justamente o de estabelecer disciplina própria ao grupamento. Suas notas essenciais vêm estabelecidas no artigo 265 da Lei das S.A.[13]

Os *grupos de fato*, por seu turno, são integrados por sociedades coligadas, controladoras e controladas que mantêm, entre si, laços empresariais por meio de participação societária, sem a necessidade de se organizarem juridicamente[14]. A identificação de um *grupo de fato* passa, portanto, pelos conceitos de *controle* e de *coligação*.

A Lei nº 6.404/1976 não contempla o conceito de *controle*. Cuida, tão somente, de definir *acionista controlador* e *controlada*, no *caput* do artigo 116 e no § 2º do artigo 243[15].

Partindo-se, pois, dos conceitos de *acionista controlador* e de *controlada*, o controle pode ser compreendido como o poder efetivo vinculado à condução dos negócios sociais, exercido por uma pessoa ou por um grupo de pessoas, de forma direta ou indireta, mas sempre de modo continuado ou permanente. Corresponde, portanto, a um somatório de poderes que confere ao seu titular – ou ao conjunto de seus titulares – o direito de governar os negócios da sociedade[16].

---

13. Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§1º. A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§2º. A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.

14. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** v. 2. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 349.

15. *Caput* do Artigo 116: Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

§2º do Artigo 243:

Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

16. Para Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, autores do anteprojeto da Lei das S.A., "controle é capacidade de causar, determinar ou alterar a ação dos órgãos da companhia. É o poder político na sociedade, no sentido de poder supremo de sua estrutura interna, que compreende a capacidade de alocar e distribuir poder nessa estrutura. Segundo o modelo legal de organização da companhia, esse poder compete à Assembleia Geral; e como esse órgão delibera por maioria de votos, dentro da Assembleia é exercido pelo conjunto de acionistas que

Já o § 1º do artigo 243 da Lei das S.A. define como coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha *influência significativa*, sendo certo que, na dicção do § 4º do referido preceito, considera-se haver a mencionada influência significativa "quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la". Em complementação, o § 5º do preceito em comento estabelece ser presumida a influência significativa quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la[17].

Entre sociedades coligadas, não há relação de comando, mas sim de coordenação. Justamente por isso, costuma-se afirmar que entre coligadas é estabelecida uma relação horizontal, ao passo que, entre controladora e controlada, verifica-se a existência de uma relação vertical.

Cabe, ainda, aduzir que, nos moldes do artigo 245 da Lei das S.A., os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações eventualmente realizadas entre as sociedades observem condições estritamente comutativas ou contem com pagamento compensatório adequado. Caso não atuem dessa forma, os administradores responderão perante a companhia pelas perdas e danos resultantes dos atos infracionais. Esse preceito se justifica sob a ótica de que a reunião de determinadas sociedades em um *grupo de fato* pode facilitar o favorecimento de uma sociedade específica, em detrimento dos direitos e dos interesses dos acionistas minoritários e dos credores das demais integrantes do referenciado *grupo de fato*. O administrador de uma sociedade integrante de um *grupo de fato* deve, portanto, sempre zelar pelos interesses da sociedade que administra, observando (i) a comutatividade das relações estabelecidas entre a sua administrada e as demais sociedades componentes do grupamento ou, se for o caso, (ii) a necessidade de sua administrada perceber o adequado pagamento compensatório. O mesmo não se verifica em relação ao *grupo de direito*, na medida em que nesse as ações são dirigidas para a realização de um interesse de grupo e as sociedades que o

---

formam a maioria" (**A Lei das S.A**. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 66). Nas palavras de Modesto Carvalhosa, "controle societário pode ser entendido como o poder de dirigir as atividades sociais. Essa noção tem um sentido material ou substancial e não apenas formal. Assim, o controle é o poder efetivo de direção dos negócios sociais. Não se trata de um poder potencial, eventual, simbólico ou diferido" (**Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.** v. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 489).

17. É oportuno anotar que o § 1º do artigo 243 contou, originalmente, com a seguinte redação: "são coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la". A redação transcrita no corpo do texto foi fruto de alteração implementada por meio da Lei nº 11.941/2009.

compõem acabam abrindo mão de sua individualidade estratégica e administrativa em prol do fim comum visado pelo próprio *grupo de direito*[18].

Em verdade, as expressões *grupo de fato* e *grupo de direito*, a despeito de consagradas pela doutrina, não constam da Lei nº 6.404/1976[19].

Em síntese, portanto, pode-se afirmar que, no âmbito da Lei das S.A., os *grupos de fato* são disciplinados pelas regras constantes do Capítulo XX da Lei nº 6.404/1976, intitulado *Sociedades Coligadas, Controladoras e Controladas*; e os *grupos de direito* são regidos pelos preceitos constantes do Capítulo XXI da aludida lei, denominado *Grupo de Sociedades*[20].

O Código Civil de 2002, por seu turno, tratou tão somente dos *grupos de fato*, a eles se dedicando no Capítulo VIII, do Subtítulo II (*Da Sociedade Personificada*), do Título II (*Da Sociedade*), do Livro II (*Do Direito de Empresa*), sob a singela e geral denominação de *Sociedades Coligadas*[21].

Para fins do Código Civil, é controlada a sociedade de cujo capital outra participe, titularizando direitos de sócio capazes de lhe conferir a maioria de votos nas deliberações sociais, tomadas em sede de assembleia geral ou de reunião de sócios, e o poder de eleger a maioria dos administradores, e, ainda, a sociedade cujo controle, na forma acima referida, esteja em poder de outra sociedade, mediante ações ou quotas titularizadas por sociedade ou sociedades por esta já controladas (artigo 1.098). Coligada ou filiada[22] é a sociedade de cujo

---

18. Nesse sentido, cabe conferir: LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Anônimas.** v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 732 e 1015; e REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 2º v. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 378-379.

19. Consoante se infere, da exposição de motivos do aludido diploma legal, que os autores do anteprojeto da Lei das S.A. optaram por estabelecer o antagonismo entre "a) sociedades coligadas, controladoras e controladas, que mantêm entre si relações societárias segundo o regime legal de sociedades isoladas e não se organizam em conjunto reguladas neste Capítulo [o Capítulo XX]; [e] b) sociedades controladoras e controladas que, por convenção levada ao Registro de Comércio, passam a constituir grupos societários, com disciplina própria, prevista no Capítulo XXI". As primeiras são os *grupos de fato* e as segundas, os *grupos de direito*. Nesse sentido, os próprios autores do mencionado anteprojeto anotam que "as leis, em geral, disciplinaram a empresa-grupo sob dois ângulos: o grupo de fato, constituído por sociedades ligadas, apenas, pela existência de um controle comum, e o grupo de direito, que representa uma estrutura jurídica nova, na qual se integram as sociedades" (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 88-89).

20. O trecho da exposição de motivos da Lei nº 6.404/1976 referente ao seu Capítulo XXI, intitulado *Grupo de Sociedades*, é inaugurado com as seguintes palavras: "O grupo de sociedades é uma forma evoluída de inter-relacionamento de sociedades que, mediante aprovação pelas assembleias gerais de uma 'convenção de grupo', dão origem a uma 'sociedade de sociedades'". De todo modo, cabe, por oportuno, anotar que o *grupo de direito* é despido de personalidade jurídica.

21. De acordo com o artigo 1.097 do Código Civil, "consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes".

22. No âmbito do Código Civil, "coligada" e "filiada" são sinônimos.

capital outra participe, na razão de no mínimo 10% desse capital, sem, no entanto, controlá-la (artigo 1.099)[23]. Por sua vez, é de simples participação a sociedade de cujo capital outra participe, titularizando menos de 10% do capital votante (artigo 1.100).

De plano, pode-se atestar a distinção dos conceitos de *sociedade coligada* estabelecidos pela Lei nº 6.404/1976 e pelo Código Civil: o § 1º do artigo 243 da Lei das S.A., com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.941/2009, adota o critério da influência significativa, que vem detalhado nos §§ 4º e 5º do referido preceito, ambos acrescidos à Lei nº 6.404/1976 pela aludida Lei nº 11.941/2009; já o artigo 1.099 do Código Civil considera coligada a sociedade de cujo capital outra participe, titularizando no mínimo 10% desse capital, mas sem controlá-la[24].

À luz dessa divergência de conceitos, cumpre destacar que, nos termos do artigo 46 da Lei nº 11.941/2009, a definição de coligada obtida pela conjugação dos §§ 1º, 4º e 5º do artigo 243 da Lei das S.A. somente será utilizada para os propósitos contemplados na própria Lei nº 6.404/1976[25]. Para os fins constantes de outras leis, o conceito de coligação se estabelece nos moldes do artigo 1.099 do Código Civil, como dita o parágrafo único do mencionado artigo 46 da Lei nº 11.941/2009.

3. A Responsabilidade por Dívidas de Sociedades Integrantes de um Mesmo Grupo

Tanto as sociedades integrantes de um *grupo de fato* como aquelas componentes de um *grupo de direito* conservam suas personalidades e, por conseguinte, mantêm patrimônios distintos e obrigações próprias. As obrigações, portanto, assumidas individualmente por quaisquer das sociedades não se estende a qualquer outro membro do grupo, dada a autonomia jurídica que é mantida. Essa é a regra geral consagrada na legislação[26].

---

23. O conceito de sociedade coligada constante do artigo 1.099 do Código Civil em muito se aproximava do conceito de coligada que fora contemplado na versão original do § 1º do artigo 243 da Lei das S.A., cuja redação reproduzimos na nota de rodapé nº 16.

24. O nosso direito positivo jamais consagrou a coligação indireta. A versão original do § 1º do artigo 243 da Lei das S.A e a sua versão atual, fruto da alteração veiculada através da Lei nº 11.941/2009, bem como o teor do artigo 1.099 do Código Civil, apenas admitem a coligação direta, ou seja, aquela que se estabelece através de uma relação direta de investimento por parte de uma sociedade em outra.

25. Como, por exemplo, para fins de relatório anual de administração, demonstrações financeiras, responsabilidade civil dos administradores e participação recíproca.

26. Ao comentarem a interface entre o controle e a personalidade jurídica mantida pela controladora e suas controladas, professam Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro: "Qualquer que seja o nível em que se exerça o controle de uma sociedade por outra, que, como antecipamos, pode chegar ao extremo da chamada subsidiária integral, é fato

Nos *grupos de fato*, essa separação de personalidades e de patrimônios se faz clara se for levado em consideração que, por força do disposto no artigo 245 da Lei nº 6.404/1976, aplicável às sociedades contratuais por traduzir regra geral em matéria de Direito Societário, os administradores não podem, em prejuízo da companhia administrada, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações eventualmente realizadas entre as sociedades integrantes de um mesmo *grupo de fato* observem condições estritamente comutativas ou contem com pagamento compensatório adequado.

No que tange aos *grupos de direito*, nos quais a vinculação societária é mais intensa, encarregou-se o legislador de expressamente prever, no artigo 266 da Lei nº 6.404/1976, que "as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas *cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos*".

A ênfase à distinção de personalidades e patrimônios, conferida na parte final do referido dispositivo legal, é relevante e se justifica sob o pálio de que, como já salientado, as sociedades integrantes de um *grupo de direito* acabam abrindo mão de sua individualidade estratégica e administrativa em prol do fim comum visado pelo grupo. A própria convenção do grupo poderia, assim, em tese, suscitar alguma hesitação acerca da distinção dos patrimônios de suas integrantes, pensamento este que o preceito expressamente afasta[27].

---

inconteste, na sistemática da lei, que a sociedade controladora e a sociedade controlada mantêm sua respectiva identidade separada, como pessoas jurídicas distintas que são. Disso decorrem consequências importantes, mormente no que diz respeito à responsabilidade patrimonial subjetiva. Nem mesmo quando se convencione o grupo de sociedades perdem sua individualidade as componentes o grupo. Isso porque a vinculação societária, por mais profunda que seja, não tem condão de afastar, de *per si*, a incidência do princípio fundamental segundo o qual a pessoa jurídica está rigorosamente separada da personalidade de seus membros. Dessa forma, os direitos e obrigações da sociedade não se confundem com os direitos e obrigações dos sócios, sendo a recíproca verdadeira. Igualmente, são perfeitamente isolados os respectivos patrimônios, o que, como é óbvio, há de se entender apenas sob o ângulo de uma consideração jurídico-formal, já que, em muitos casos, sob ponto de vista econômico, não será difícil chegar à identificação de uma só riqueza, tanto na pessoa da sociedade quanto na pessoa dos sócios" (**Das sociedades anônimas no direito brasileiro.** v. 2. São Paulo: Bushatsky, 1979. p. 704).

27. Nesse sentido, José Luiz Bulhões Pedreira: "A participação de sociedade em grupo, como controladora ou controlada, não modifica sua personalidade e patrimônio, e todas as sociedades do grupo continuam a ter personalidade e patrimônios distintos. Esse princípio consta expressamente no artigo 266 da LSA, no Capítulo XXI, relativo aos grupos de direito, nos quais a existência da convenção de grupo poderia ensejar dúvidas sobre a distinção de personalidade e patrimônios das sociedades" (LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). **Direito das Companhias.** v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1935-1936). Fran Martins, por seu turno, se vale das seguintes palavras: "Declara a lei que, qualquer que seja a regulamentação dada à

Desse modo, em regra, não há solidariedade ativa ou passiva entre as sociedades integrantes de um mesmo grupo, seja ele de fato ou de direito, e cada sociedade responde apenas pelas obrigações que individualmente contrair.

Esse mesmo curso adotado na Lei das S.A.[28] foi seguido pelo Código Civil[29] na disciplina do *grupo de fato* estabelecido no âmbito das sociedades contratuais, garantindo uma unidade de tratamento da matéria no âmbito societário.

---

estrutura do grupo, que basicamente será contida na convenção, deverá ficar sempre reconhecido que cada sociedade conservará sua personalidade e que os patrimônios dessas sociedades serão distintos dos patrimônios das demais. Em primeiro lugar, reconhece-se que o grupo não constitui uma pessoa jurídica, apesar de ter características próprias e de agir como uma unidade diversa das sociedades que o compõem" (**Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1114). Na sequência, o referido comercialista prossegue o seu raciocínio da seguinte forma: "A estrutura a ser dada ao grupo designa-se, na verdade, uma administração grupal, a que cabe, em princípio, tomar as deliberações de ordem geral; não se trata, contudo, de uma pessoa moral, mas de simples caso de representação do conjunto das sociedades que constituem o grupo, inclusive a sociedade de comando. Daí não contribuírem as sociedades, de comando e filiadas, para a constituição de um patrimônio para o grupo, diverso do patrimônio de cada sociedade; na realidade, esses patrimônios individuais são conservados, mas a administração do grupo dispõe do poderio econômico que representam os patrimônios de todas as sociedades, caso a convenção do grupo estabeleça que a representação das sociedades, perante terceiros, caberá aos administradores do grupo. Em tais condições, o grupo não conta com um patrimônio próprio e, consequentemente, não possui personalidade jurídica, se bem que possa ter administradores e mesmo cargos de direção a serem ocupados por pessoas que praticarão atos como se representassem uma pessoa jurídica, que seria o grupo, formado com a participação de todas as sociedades filiadas. Consequentemente, as sociedades pertencentes ao grupo continuam a possuir personalidade jurídica e patrimônios próprios. Isso significa que, apesar de estarem sob um comando comum, as sociedades do grupo se mantêm como individualidades reconhecidas por lei, com nome, domicílio e patrimônios particulares. Não haverá, contudo, em tais sociedades uma ampla liberdade de ação, visto estarem elas ligadas entre si por uma convenção que cria obrigações para todas. Por sua vez, se bem que tenham autonomia patrimonial, a supervisão da sociedade de comando e os interesses do grupo interferem nessa autonomia, ficando os patrimônios particulares das sociedades jungidos aos interesses do grupo e, em última análise, dependentes do que a sociedade de comando e os administradores do grupo resolverem a respeito da aplicação daqueles patrimônios particulares que, apesar de pertencerem às sociedades, ficam a depender dos interesses do grupo" (MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 1114-1115). Mesmo nessa situação cogitada por Fran Martins – em que o *grupo de direito* prestigia ao máximo a regulamentação de seus próprios interesses, contemplando, inclusive, em sua convenção, regra que estabeleça que a representação das sociedades, perante terceiros, caberá aos administradores do grupo – tem-se que as sociedades integrantes do *grupo de direito* preservam personalidades jurídicas e patrimônios distintos. Em síntese, pode-se sustentar que, até no mais extremo dos cenários, prevalece a distinção entre as personalidades e os patrimônios das sociedades componentes de um mesmo grupo.

28. Os autores do anteprojeto da Lei das S.A. optaram, consciente e expressamente, pela não previsão de solidariedade entre as sociedades componentes de um mesmo grupamento, sendo oportuno transcrever o respectivo trecho da exposição de motivos da Lei nº 6.404/1976: "No artigo 267 [Artigo 266, na versão sancionada da Lei nº 6.404/1976], o Projeto absteve-se de criar a responsabilidade solidária presumida das sociedades do mesmo grupo, que continuam a ser

Nos moldes do artigo 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume e apenas resulta da lei ou da vontade das partes.

No que tange estritamente aos grupos societários, a solidariedade somente nasce por convenção das partes ou por disposição legal específica e excepcional, como nos seguintes casos: (i) o artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991, que prevê a solidariedade em relação às obrigações de natureza previdenciária assumidas por sociedades que integrem "grupo econômico de qualquer natureza"; (ii) o § 2º do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que contempla a responsabilidade solidária para os efeitos exclusivos da relação de emprego das sociedades "sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma a sua autonomia, integrem grupo econômico"; (iii) o artigo 33 da Lei nº 12.529/2011, referente à responsabilidade solidária de sociedades "integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica"[30]; e (iv) o § 2º do artigo 4º da Lei nº 12.846/2013, que preconiza a responsabilização pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, restrita, porém, à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado. No âmbito da defesa do consumidor, o § 2º do artigo 28 da Lei nº 8.078/1990 optou por prever para as sociedades integrantes dos grupos societários a responsabilidade subsidiária pelas obrigações decorrentes da relação de consumo.

[*sic*] patrimônios distintos, como unidades diversas de responsabilidade e risco, pois a experiência mostra que o credor, em geral, obtém a proteção dos seus direitos pela via contratual, e exigirá solidariedade quando o desejar. Ademais, tal solidariedade, se estabelecida em lei, transformaria as sociedades grupadas em departamentos da mesma sociedade, descaracterizando o grupo, na sua natureza de associação de sociedades com personalidade e patrimônio distintos".

29. No âmbito restrito das sociedades contratuais – no qual se insere a sociedade limitada –, ao discorrer sobre o teor do artigo 1.097 do Código Civil, que inaugura do Capítulo VIII, do Subtítulo II, do Título II, do Livro II, referente às sociedades coligadas, Modesto Carvalhosa assim enfatiza: "[...] no trato da matéria pelo Código Civil de 2002 o pressuposto legal é o de que haja uma integridade individual dos patrimônios e da personalidade jurídica das sociedades vinculadas por participações acionárias verticais e horizontais, que, assim, terão obrigações e responsabilidades individuais perante terceiros, incomunicáveis, em princípio, às demais sociedades encadeadas no respectivo grupo empresarial" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil.** v. 13. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 420).

30. CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 286. Nesse mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho professa: "No grupo, cada filiada conserva a sua personalidade jurídica e patrimônio próprios. Não existe solidariedade entre elas, salvo por sanções decorrentes de infração da ordem econômica (Lei n. 12.529/2011, art. 33), por obrigações previdenciárias (Lei n. 8.212/91, art. 30, IX) ou trabalhistas (CLT, art. 2º, § 2º)" (**Curso de Direito Comercial.** v. 2. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 469).

4. Pressupostos para a Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos

A pessoa jurídica é um ente personalizado ao qual a ordem jurídica atribui personalidade distinta daquela de seus membros ou instituidores. Tal entidade tem aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Conforme vem professado na doutrina, a grande utilidade da pessoa jurídica reside no fato da distinção entre o seu patrimônio e os patrimônios de seus integrantes ou de seu integrante, que, em regra, não respondem pelas obrigações por ela contraídas[31].

No plano do direito societário, cada vez mais se fortalece o caráter instrumental da pessoa jurídica das sociedades, com a consagração das sociedades unipessoais (subsidiária integral – artigo 251 da Lei das S.A.; sociedade limitada unipessoal – §§ 1º e 2º do artigo 1.052 do Código Civil; e empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) – artigo 980-A do Código Civil), fato que impõe a reformulação do conceito de sociedade, abandonando a noção de sociedade-contrato e de pluralismo de partes[32].

Esse papel é tão relevante para a economia contemporânea que a Lei nº 13.874/2019 (conhecida como "Lei da Liberdade Econômica") acabou por didaticamente estabelecer em texto normativo o que na doutrina, desde o final do século XIX, já se propagava, ao enunciar no artigo 49-A introduzido no Código Civil, que "a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores" (*caput*) e que "a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos" (parágrafo único).

---

31. SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 156.

32. Sobre o tema escrevi: "Mas aquele conceito de sociedade classicamente consagrado à luz da tradição de nosso direito positivo deve ser revisto para também contemplar a visão de poder ser a sociedade o resultado, nas hipóteses previstas em lei, do ato de vontade de uma só pessoa (sociedade unipessoal). E isso porque a pluralidade de membros deixa de ser essência para formação de uma sociedade. A sociedade unipessoal não mais ostenta, pois, um caráter meramente temporário ou de restrita exceção no atual estágio de nosso ordenamento jurídico. A sociedade, nessa perspectiva que o ordenamento veio a lhe conferir, passa a ser um recurso jurídico que a eleva a uma estrutura patrimonial e organizativa autônomas. É marcada, assim, por um esquema organizativo/patrimonial, revelado por modelos disponibilizados pela lei para servir de instrumento ao desenvolvimento de iniciativas econômicas, função essa que subsiste quando integrada por uma coletividade de membros ou por um único sócio. Em suma, a sociedade se manifesta como uma técnica de exploração da atividade econômica, adaptável tanto à pluralidade como à unicidade de sócios" (CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 49).

Mas a autonomia de personalidades jurídicas e, consequentemente, a autonomia patrimonial que marcam as pessoas jurídicas e as sociedades integrantes de um mesmo grupo societário, de fato ou de direito, não são absolutas. Poderão ser afastadas sempre que se constatar, em determinado caso concreto, que a pessoa jurídica está sendo manipulada para a consumação de fraudes ou de abusos do direito.

Sempre que sociedade integrante de um grupo societário fizer mau uso da personalidade jurídica, protagonizando fraudes ou situações em que reste caracterizado o abuso, deverá o juiz desconsiderar a sua personalidade jurídica e afastar o princípio da autonomia patrimonial, prevendo que os efeitos de certas obrigações serão estendidos às demais integrantes do grupo de fato ou de direito, conforme o caso.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem satisfatoriamente tratado do instituto, corrigindo certos desvios e equívocos que se presenciavam, outrora, na sua aplicação em determinados julgados.

Acolhe o que se intitulou de "teoria menor" da desconsideração como exceção, para apenas aplicá-la nas relações de consumo (§ 5º do artigo 28 da Lei nº 8.078/1990) e na reparação dos danos ambientais (artigo 4º da Lei nº 9.605/1998). Nessas hipóteses, basta a simples demonstração da incapacidade patrimonial da pessoa jurídica para a responsabilização de seus membros e/ou administradores[33].

No que se refere aos demais credores da pessoa jurídica, como os credores negociais, por aplicação da regra geral do artigo 50 do Código Civil ("teoria maior"), exige-se a prova inconteste do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial para caracterizar o abuso da personalidade jurídica e, assim, autorizar a sua superação para responsabilizar sócios e/ou administradores beneficiados pelo abuso. Nessas circunstâncias, a simples demonstração da insolvência da pessoa jurídica é incapaz de autorizar a desconsideração de sua personalidade jurídica[34].

---

33. A título exemplificativo, confiram-se seguintes julgados: Recurso Especial nº. 279.273/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. para Acórdão Min. Nancy Andrighi, decisão por maioria, j. 04.12.2003; Recurso Especial nº. 737.000/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão unânime, j. 01.09.2011; Recurso Especial nº. 1.096.604/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, decisão por maioria, j. 02.08.2012; AgRg no Recurso Especial nº. 1.106.072/MS, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, decisão unânime, j. 02.09.2014; Recurso Especial nº. 1.537.890/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, decisão unânime, j. 08.03.2016.

34. Também a título exemplificativo, podem-se conferir os seguintes julgados: Recurso Especial nº. 1.686.162/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão por maioria, j. 26.11.2019; AgRg no Agravo em Recurso Especial nº. 550.419/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, decisão unânime, j. 28.04.2015, Recurso Especial nº. 1.311.857/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão unânime, j. 13.05.2014; Recurso Especial nº. 1.419.256/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, decisão por maioria, j. 02.12.2014.

No julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 159.889/SP, pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que se deu por unanimidade de votos, o ministro Luis Felipe Salomão, seu relator, apresenta precisa definição, à luz da dogmática do instituto, para as figuras jurídicas do desvio de finalidade (elemento subjetivo da teoria) e da confusão patrimonial (elemento objetivo da teoria), incorporados pelo artigo 50 do Código Civil. O desvio de finalidade, como assentado, é representado pelo "ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica"; a confusão patrimonial, como definida, vem "caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas".

A recente Lei nº 13.874/2019, que dentre outras providências alterou o artigo 50 do Código Civil, compilando legislativamente o que restou consolidado na doutrina e na jurisprudência, e com intuito didático, conceitua o desvio de finalidade como "a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza" (§1º) e descreve a confusão patrimonial como a "ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador, ou vice-versa; II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial" (§ 2º).

A mera circunstância de determinada sociedade integrar um grupo de fato ou de direito, por si só, não faz, em absoluto, com que ela se torne responsável por dívidas de outras sociedades que compõem o referido grupo. Eventual responsabilidade apenas nasceria, cabe enfatizar, se o caso concreto demandar (em decorrência da aferição de fraude ou abuso devidamente comprovados) a desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade e o consequente afastamento da autonomia patrimonial, rendendo ensejo à extensão, para as outras componentes do grupo, dos efeitos advindos da responsabilidade por determinadas dívidas. Esse entendimento, firme na doutrina e na jurisprudência, acabou sendo incorporado à estrutura normativa do artigo 50 do Código Civil, com a introdução de um § 4º pela Lei nº 13.874/2019, assim enunciado: "a mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica".

5. Conclusão

A regra geral que orienta o direito brasileiro é a da inexistência de solidariedade ativa ou passiva entre as sociedades integrantes de um mesmo grupo, seja ele de fato ou de direito. Cada sociedade responde apenas pelas

obrigações que individualmente contrair. A solidariedade somente nasce por convenção das partes ou por disposição legal específica e excepcional, como nos casos (i) do artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991, que prevê a solidariedade em relação às obrigações de natureza previdenciária assumidas por sociedades que integrem "grupo econômico de qualquer natureza"; (ii) do § 2º do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que contempla a responsabilidade solidária para os efeitos exclusivos da relação de emprego das sociedades "sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma a sua autonomia, integrem grupo econômico"; (iii) do artigo 33 da Lei nº 12.529/2011, referente à responsabilidade solidária de sociedades "integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica"; e (iv) do § 2º do artigo 4º da Lei nº 12.846/2013, que preconiza a responsabilização pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, restrita, porém, à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhe a intitulada "teoria menor" da desconsideração como exceção, para apenas aplicá-la nas relações de consumo (§ 5º do artigo 28 da Lei nº 8.078/1990) e na reparação dos danos ambientais (artigo 4º da Lei nº 9.605/1998). Nessas hipóteses, basta a simples demonstração da incapacidade patrimonial da pessoa jurídica para a responsabilização de seus membros e/ou administradores. Fora este microssistema, no que se refere aos demais credores da pessoa jurídica, como os credores negociais, por aplicação da regra geral do artigo 50 do Código Civil ("teoria maior"), exige-se a prova inconteste do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial para caracterizar o abuso da personalidade jurídica e, assim, autorizar a sua superação para responsabilizar outras sociedades componentes do grupo beneficiadas pelo abuso. Nessas circunstâncias, a simples demonstração da insolvência da pessoa jurídica, por si só, é incapaz de autorizar a desconsideração de sua personalidade jurídica, consoante proclamado pela aludida Corte Superior e à luz da doutrina construída sobre o tema.

Ensaio sobre o Concurso de Normas Penais

Sérgio de Oliveira Médici[1]
Ernesto Gomes Esteves Neto[2]

1. Introdução: Concurso Real e Concurso Aparente

Dois ou mais dispositivos de lei podem ter incidência sobre o mesmo fato delituoso, acarretando *concorrência* ou *conflito* entre eles. No primeiro caso (*concorrência*) temos o concurso real de normas, com efetiva aplicação de todas elas ao fato criminoso. Tal situação estará configurada, por exemplo, no concurso material previsto no art. 69 do Código Penal Brasil, situação na qual há cumulação das penas.

Já no concurso formal e no crime continuado (artigos 70 e 71 do Código Penal Brasileiro), ocorre a aplicação de uma sanção; as demais incidem indiretamente, em face da chamada exasperação da pena. O concurso de normas pode surgir também em vista da possibilidade de incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes ao mesmo fato criminoso, conforme previsão dos artigos 67 e 68 também do nosso estatuto penal.

No segundo caso configura-se um *conflito* ou um *concurso aparente* de normas, pois a incidência de uma regra afasta a outra. A parte geral do Código Penal Brasileiro disciplina esta modalidade nas questões relativas à eficácia das leis no tempo e no espaço (artigos 4° a 8° do Código Penal). Entretanto, se dois ou mais tipos penais mostram-se aplicáveis a uma única conduta delitiva, por falta de disciplina legal, o intérprete deverá buscar a solução proposta pela doutrina, inspirada na regra do *non bis in idem,* promovendo uma exegese do fato à luz das normais potencialmente incidentes.

---

1. Mestre em Processo Penal e doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo aposentado. Diretor da Revista *JUSTITIA* do Ministério Público do Estado de São Paulo (2015/2019). Atualmente é professor titular de Direito Penal da Universidade de Araraquara (UNIARA).

2. Bacharel e mestre em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Assessor especial da Presidência da República (2015/2016). Coordenador geral do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2014/2015). Atualmente é procurador da administração indireta do Município de Araraquara e professor da Universidade de Araraquara (UNIARA).

O termo *concurso real de normas* é usado, assim, para determinar a aplicabilidade material de normas que regulam o fato no aspecto jurídico. A expressão serve para abranger todos os outros casos de concurso, que têm em comum a aplicabilidade de normas presentes para regular juridicamente o caso.[3]

No concurso real ou efetivo de normas há a transgressão de várias normas ou a transgressão da mesma norma por diversas vezes.

Estará presente o concurso real de normas se houver pluralidade de normas e pluralidade de delitos (concurso formal e concurso material de infrações), ou pluralidade de normas e unidade legal de delitos, como ocorre no crime continuado.

O concurso real de normas abrange também as hipóteses de *aberratio ictus* e *aberratio delicti*, quando ocorrer o evento pretendido (artigos 73 e 74 do CP).

Nítida, portanto, a diferença entre o concurso de crimes e a aparente concorrência de normas. O concurso de delitos implica efetiva concorrência de normas. Assim, mais precisamente, no cúmulo material. O mesmo acontece, conquanto de maneira indireta, no concurso formal. A unicidade de comportamento que o caracteriza impõe o reconhecimento de evento único; vale dizer, a subsistência de um crime apenas.

Porém, uma parte desse comportamento corresponde a uma ofensa; e outra ou outras partes, a ofensas diversas, ou seja, pluralidade de crimes. Por conseguinte, desacertam os que, negando ao concurso formal o caráter de concorrência delituosa, que é *sui generis*, o confinam à teoria da concorrência de normas.[4]

Com efeito, ninguém mais põe em dúvida que o concurso aparente venha como uma indagação preliminar, no âmbito da interpretação, antecedendo a apreciação do concurso de crimes, sendo relativo à teoria da norma penal e não à teoria do crime e da pena. Genericamente, pode-se salientar que ela levanta a indagação sobre qual a lei aplicável ao fato, o que é, como dito, matéria de interpretação, enquanto o concurso formal persegue o *como* se aplicam normas que *coexistem* e que não se *excluem*.[5]

Surge, portanto, o chamado *concurso* ou *conflito aparente de normas*, sempre que dois ou mais dispositivos da parte especial – ou desta e de leis extracodicistas – mostram-se aplicáveis ao mesmo fato. Vários autores dedicam-

3. Cf. BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de Normas Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 25.

4. Cf. STEVENSON, Oscar. **Concurso Aparente de Normas Penais** *in* ASUA, Luís Jimenez de (ORG). **Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria**. Rio de janeiro: Ed. Forense, 1962, p. 36.

5. Nesse sentido, ANDREUCI, Ricardo Antunes. **Estudos e Pareceres de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 71.

se ao assunto no estudo da interpretação das leis penais, da tipicidade ou do concurso de crimes, ou seja, na análise da parte geral.

Como o tema não encontra regramento no Código ou na legislação extravagante, consideramos que, para melhor adequação dos fatos aos tipos penais, o concurso aparente deve integrar o estudo da Teoria da Parte Especial do Direito Penal.[6]

Assim, se uma pessoa mata outra, para desta subtrair dinheiro, tal fato poderia, em princípio, ser enquadrado tanto no art. 121, § 2º, inciso V, primeira figura, como no art. 157, § 3º, parte final.

A dúvida não pode existir na aplicação do direito positivo, que deve ser composto de regras claras, determinadas e harmônicas. Face à não admissibilidade de aplicação de duas ou mais normas penais incriminadoras ao mesmo fato, em razão do princípio do *non bis in idem,* a questão da aparente antinomia deve ser resolvida pelo intérprete, com base em conceitos estabelecidos pela doutrina.[7]

Na verdade, não existe, neste caso, propriamente um concurso de normas e, muito menos, um *conflito* de leis. Daí o emprego da palavra *aparente,* revelando que a concorrência ficará afastada com a indicação da norma aplicável à espécie.

São considerados pressupostos do concurso aparente de normas: a unidade do fato e a pluralidade de normas que lhe são, em tese, aplicáveis. Só

6.. Informa Jiménez de Asúa que a doutrina alemã foi a primeira a tratar do assunto, distinguindo o concurso formal de delitos do concurso de leis: "A distinção remonta a Adolfo Merkel e se acha consagrada nos tratados de Binding, Mayer, Rippel, Liszt-Schmidt, Mezger, etc., e foi objeto de trabalhos monográficos como os de Lent, Baumgarten, Hirschberg, Honig e outros. Por sua parte, Beling revelou a importância da tipicidade para resolver estes problemas" (Cf. ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito**. Buenos Aires: Sudamericana, 1967. p. 168).

7. A garantia do *non bis in idem* apresenta duas acepções: uma penal, outra processual penal. No primeiro caso, significa que o mesmo fato não pode ser adequado a dois ou mais tipos penais. Caso contrário, todo aquele que comete homicídio incorreria, também, no crime de lesões corporais. Além disso, uma circunstância agravante também não pode ser aplicada se constitui elementar ou qualificadora de um crime. Daí estabelecer o Código Penal, que "são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime..." (Art. 61 do Código Penal Brasileiro). No âmbito processual, o *non bis in idem* impede a múltipla persecução penal. O preceito segundo o qual ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime era reconhecido nos direitos grego e romano. Além disso, segundo M. Cherif Bassiouni, a doutrina do *double jeopardy* existe no direito consuetudinário desde o ano de 1250. Adverte esse autor que a impossibilidade de dupla acusação pelo mesmo fato – garantia radicada no senso de equidade e de justiça – está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1959 e na Organização da Convenção dos Estados Americanos sobre Direitos Humanos de 1965 (Cf. BASSIOUNI, M. Cherif. **Diritto Penale degli Stati Uniti d'America.** Milano: Ed. Giuffrè, 1985. p. 321). Assinala, ainda, esse autor, que a proteção contra o *double jeopardy* encontra proteção constitucional no *Federal Bill of Rights* dos Estados Unidos da América (p. 323, *Op. Cit.*).

ocorrerá este conflito aparente quando a infração cometida tiver apenas um único fato típico para se exaurir e várias normas que se prestam para a realização do tipo penal.[8]

2. Critérios para Definir a Norma Aplicável no Concurso Aparente

A doutrina atual propõe quatro critérios para dirimir o aparente conflito: *especialidade, subsidiariedade*, *consunção* e *alternatividade*.[9]

Inaplicável, no domínio do Direito Penal brasileiro, o critério *hierárquico*, pois as leis de natureza criminal são paritárias, face à fonte estatal exclusiva de produção.[10]

Também não se utilizam, nesta questão, os critérios *cronológico* e *espacial,* bem definidos na parte geral do Código.[11] Passemos, pois, à análise dos quatro critérios indicados pela doutrina.

O critério da *especialidade* proclama a prevalência da lei especial sobre a geral. Assim, quando a norma incriminadora é especial, a geral fica revogada.

Como exemplo, temos o homicídio, aplicável a todas as condutas consistentes em "matar alguém", mas não em relação à mãe que mata o próprio filho durante o parto por influência do estado puerperal. Configura-se, no segundo caso, um *homicídio especial* denominado *infanticídio* (art. 123).

Pelo critério da *especialidade*, o crime de quadrilha ou bando, definido no art. 288 do Código Penal, não se aplica à associação destinada ao tráfico de drogas, pela prevalência de dispositivo de lei especial (art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006).[12]

Estabelece o critério da *subsidiariedade* a anulação da lei secundária pela norma principal. A lei subsidiária, *soldado de reserva* na expressão de doutri-

---

8. Paulo José da Costa Junior afirma que, no concurso aparente de normas, não são elas antitéticas, mas somente diversas. Se fossem antitéticas, o concurso não seria aparente, mas real (Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal Objetivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 143).

9. Alguns juristas propõem três critérios, descartando o da alternatividade; outros, apenas dois: especialidade e consunção. Sobre tais divergências, v. ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito**. Buenos Aires: Sudamericana, 1967. p. 169-170).

10. Dispõe a Constituição Federal, no art. 22: "Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal...".

11. Cf. artigos 2º a 4º (lei penal no tempo) e 5º a 9º (lei penal no espaço), todos do Código Penal Brasileiro.

12. O mesmo princípio determinava que os crimes contra a honra definidos no Código não se aplicariam à calúnia, injúria ou difamação cometidos por meio de veículo de comunicação, face à existência de lei especial (a Lei nº 5.250/67, denominada Lei de Imprensa), cuja vigência, entretanto, foi suspensa pelo STF.

nadores como Nélson Hungria, só se aplica quando não existe no fato alguns dos elementos do tipo principal (ou primário).

Como exemplo temos o crime de ameaça, somente aplicável se não constituir elemento de um outro delito: constrangimento ilegal, roubo, ou estupro.[13]

A *subsidiariedade* pode ser implícita, como no caso da ameaça, ou expressa, como nos tipos dos artigos 132 e 177, § 1º, do Código Penal, e no art. 21 da Lei das Contravenções Penais.

Pela *consunção,* dá-se a absorção do crime menor pelo crime maior. Ocorre quando um fato definido por uma norma incriminadora constitui meio ou fase de preparação ou de execução de outro crime.

A violação de domicílio, definida no art. 150, pode ser meio para a prática de um furto ou de um roubo. Esse critério explica a absorção da lesão corporal pelo homicídio, tanto no crime progressivo como na progressão criminosa.[14]

A *alternatividade*, não aceita como critério por parte da doutrina[15] tendo em vista que não regula propriamente um conflito de normas, mas sim a questão relativa à existência de duas ou mais condutas no interior de um único tipo, volta-se aos chamados crimes de ação múltipla.

Dessa forma, se o tipo penal apresenta várias modalidades de conduta, ou vários núcleos, como a participação em suicídio (art. 122) e a violação de domicílio (art. 150), cabe ao intérprete indicar a modalidade aplicável ao fato.[16]

3. Concurso Material

Segundo Bitencourt, "ocorre o concurso material quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não"[17]. Tal hipótese, estampada no art. 69 do Código Penal Brasileiro, versa sobre a existência de um agente que, mediante uma conduta, pratica dois ou mais crimes (idênticos ou não), tendo como consequência de tal conduta a **soma das penas**.

---

13. Artigos 147, 157 e 213 do Código Penal, respectivamente.

14. Embora invocado constantemente, o critério da absorção não pode ser invocado para justificar o fato de o estelionato absorver a falsificação, conforme jurisprudência dominante, tendo em vista que o *falsum* é mais grave do que o estelionato. Logo, o menor não pode absorver o maior...

15. Como Heleno Fragoso e Damásio E. de Jesus, para quem as condutas descritas pelos vários núcleos se encontram num só preceito primário. Já Hungria, Frederico Marques, Magalhães Noronha e Mirabete incluem a alternatividade entre os critérios do concurso de normas.

16. Justificável em alguns casos, os tipos de ação múltipla revela, às vezes, exagerada casuística do legislador, como no preceito do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), composto de 18 núcleos.

17. BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 644.

Trata-se, em verdade, da regra geral estabelecida pelo código brasileiro (isso porque o concurso formal e crime continuado, conforme serão referidos *infra,* são normas especiais).

No caso de penas privativas de liberdade de espécies distintas, primeiro executa-se a reclusão, depois a detenção e, por último, a prisão simples (Arts. 69 e 76 do Código Penal Brasileiro).

Analisando-se sistematicamente, o concurso material pode ser **homogêneo,** quando houver crimes idênticos (Ex. **A** mata **B** e, depois, mata **C**, testemunha do primeiro crime), ou **heterogêneo,** quando houver crimes distintos (Ex. **A** causa culposamente lesões em **B** em um acidente de veículo; discute com **C** e o mata; depois reage à prisão determinada por policial).

Como regra, o aplicador do direito deverá:

1ª) Individualizar a pena para cada um dos delitos (art. 59 do Código Penal), para depois efetuar a soma das penas.

2ª) Se for imposta pena privativa de liberdade para um dos crimes (não beneficiado por *sursis*), será incabível a substituição, será incabível, para os demais, a substituição por penas restritivas de direitos (art. 69, § 1º).

3ª) Se forem impostas somente penas restritivas de direitos, poderá o condenado cumprir todas simultaneamente (se forem compatíveis entre si) ou sucessivamente (se incompatíveis) – art. 69, § 2º.

4. Concurso Formal

Hipótese distinta, entretanto, é do concurso formal, no qual: "Ocorre o concurso formal quando o agente, mediante uma só conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não"[18].

Do ponto de vista sistemático, tem-se que há **concurso formal próprio** (Art. 70 do Código Penal) quando um agente, mediante uma conduta, pratica dois ou mais crimes (idênticos ou não), tendo como consequência a aplicação de pena do crime mais grave, com acréscimo (de um sexto até a metade). Ainda, tal concurso próprio poderá ser **homogêneo,** quando se tratar de crimes idênticos (Ex. **A,** dirigindo veículo de forma imprudente, atropela e mata dois pedestres: dois homicídios culposos) ou **heterogêneo,** quando se tratar de crimes distintos (Ex: a partir de uma única conduta do motorista, ocorre atropelamento no qual um pedestre morre e outro fica ferido, demonstrando a ocorrência tanto de lesões corporais quanto de homicídio culposo).

No primeiro – homogêneo – o juiz aplica a pena de um dos crimes e efetua um acréscimo de 1/6 até a metade. Por sua vez, no segundo, **heterogêneo,** o

18. BITENCOURT, Cesar Roberto. **Op. Cit.** p. 644.

juiz aplica a pena do crime mais grave (homicídio) e efetua um acréscimo de 1/6 até a metade.

Para efetuar o acréscimo (maior ou menor), o juiz deve levar em consideração o número de vítimas ou a gravidade do resultado. Ademais, para evitar que o concurso formal provoque uma punição superior ao do concurso material, determina o parágrafo único do art. 70 do Código Penal: "Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código".

Ou seja, a soma das penas não pode ser superada.

O motivo de tais dispositivos é evidente: o concurso formal foi instituído para favorecer, não para estabelecer um rigor maior ao agente. Vejamos exemplo trazido por Mirabete[19]: Estupro (Art. 213) e perigo de contágio venéreo (Art. 130) – na mesma conduta sexual.

Caso fosse seguida cegamente a regra geral do concurso material: Pena mínima do estupro – 6 anos + 1/6 = 7 anos.

Entretanto, pelo **concurso material,** as penas (mínimas) seriam: Art. 213 (6 anos); Art. 130 (3 meses) = 6 anos e 3 meses. Celso Delmanto denomina essa hipótese de **concurso material benéfico**.

Por fim, se, por um lado, existe um concurso formal chamado de próprio, certamente há de se destacar o **concurso formal impróprio ou imperfeito, previsto na** segunda parte do art. 70, caput, do Código Penal, no qual há um agente; uma conduta dolosa e dois ou mais crimes resultantes de desígnios autônomos (isto é, o agente quer a ocorrência de todos os resultados). Resultado: soma das penas (sistema do cúmulo material). Vejamos o seguinte exemplo: o agente **A** coloca veneno na comida que será servida a três pessoas: **B**, **C** e **D**, para matá-las (um agente, uma conduta, três desígnios autônomos).

5. Crime Continuado

Segundo Bitencourt: "O crime continuado é uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal, que considera que os crimes subsequentes devem ser tidos como continuação do primeiro, estabelecendo, em outros termos, um tratamento unitário a uma pluralidade de atos delitivos, determinando uma forma especial de puni-los".[20]

Há crime continuado quando, havendo mais de uma conduta, são realizadas duas ou mais condutas criminosas da mesma espécie, com homogeneidade das circunstâncias (condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes indicam que os subsequentes são continuação do primeiro). Em

19. MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 1050.

20. BITENCOURT, Cesar Roberto. **Op. Cit.** p. 645.

face de tal peculiaridade, a pena de um dos crimes, (se idênticos) ou a do mais grave, é acrescida de 1/6 a 2/3.

Cite, *v. g.,* o seguinte exemplo clássico: empregada doméstica que furta seguidamente coisas da casa onde trabalha (roupas, sapatos, joias). Em vez das penas de três furtos, a pena será de um deles, com o acréscimo de 1/6 a 2/3.

Ou mesmo o seguinte: na granja, "A" subtrai um frango por dia, durante 30 dias; "B" subtrai, de uma só vez, todos os frangos da granja.

Como se vê, a regra do crime continuado visa evitar que, em casos como este, uma pessoa seja punida com as penas de 30 furtos e outra com a de somente um.

O critério é objetivo: não se indaga se o agente pretendia executar a série de crimes ou não. São analisados os requisitos legais, de forma objetiva.

Para que haja crime continuado, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos: existência de um agente, mais de uma conduta (se for uma, concurso formal), crimes da mesma espécie[21] e homogeneidade de circunstâncias. (Não basta que os crimes sejam da mesma espécie. É preciso que entre eles haja semelhança nas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.)

Com efeito, quando se discute a homogeneidade da conduta é que se instaura a polêmica quanto à caracterização do crime continuado, dando azo para grande divergência na doutrina e na jurisprudência.

Vejamos. Para a maioria dos doutrinados, a homogeneidade dá-se pela comunhão da circunstância de **tempo** (deve ser o espaço de tempo inferior a um mês entre um crime e outro).

Entretanto, que já se consignar também ser defensável, em posição minoritária, a relevância do fator "**lugar":** crimes ocorridos na mesma cidade ou em cidades próximas. Por exemplo: Araraquara-Américo Brasiliense; Araraquara-Matão; Araraquara-Taquaritinga; Bauru-Pederneiras; Bauru-Piratininga; Bauru-Agudos.

Igualmente viável, em que pese igualmente minoritária, a proposta de compreensão da homogeneidade a partir da maneira de execução (*modus operandi*), na qual há meios e modos de execução do crime.

Hipótese especialíssima, entretanto, é a do chamado **crime continuado específico,** ocasião na qual há crimes violentos contra a pessoa. Isso porque,

---

21. De se ressaltar, inclusive, que há duas correntes de compreensão. De um lado, é possível defender que são crimes previstos no mesmo tipo (na mesma espécie legal). Porém, de outra banda, é defensável que se trata de crimes semelhantes, que lesam o mesmo bem jurídico. No ponto, ressalte-se que prevalece a 1ª corrente: crimes da mesma estão no mesmo tipo penal básico (pode ser simples, privilegiado, qualificado; consumado ou tentado).

antes da reforma de 1984 (Lei 7.209), prevalecia o entendimento de que era incabível a continuidade delitiva se o agente lesasse bens personalíssimos de vítimas diversas (vida, integridade física, liberdade, etc.).

Nesse sentido ia a Súmula 605 do STF:

"Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida".

Ocorre, entretanto, que, com a nova redação da Parte Geral, foi acrescentado o parágrafo único do art. 71, *in verbis*: "Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código".

Com isso, criou-se a possibilidade do reconhecimento do crime continuado em crimes como homicídio, latrocínio e estupro. Assim, se ocorreram (1) dois ou mais crimes dolosos, (2) contra vítimas diferentes e (3) violência contra pessoa, a pena poderá ser a de um deles, com aumento de até o triplo.

Para tanto, o juiz terá de examinar as chamadas circunstâncias judiciais (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias). Ex. O agente "A", com emprego de revólver, rouba o automóvel de "B", dirige-se a um posto de combustível, rouba dinheiro da vítima "C" e posteriormente rouba a padaria da vítima "D" e a farmácia da vítima "E", praticou quatro roubos. Com a regra do parágrafo único do art. 71, poderá receber a pena de um roubo (mínima: 4 anos) com acréscimo de até 3 vezes (12 anos). Com a soma, a pena seria de 16 anos. O mesmo raciocínio aplicar-se-ia aos crimes de homicídio, estupro, etc.

Ainda, quanto ao **crime continuado,** ressalta-se que tal modalidade de crime não se aplica à pena de multa, na medida em que as regras do concurso formal e do crime continuado somente se aplicam às penas privativas de liberdade, pois as penas de multa devem sempre ser somadas (art. 72 do Código Penal)**.**

Por fim, há de se traçar uma sutil diferença entre crime continuado e crime habitual. Isso porque aquele se refere a vários crimes e tem por consequência a exasperação de uma pena; ao passo que este consiste numa só conduta, composta de vários atos que, embora indiferentes ao Direito Penal, constituem uma só infração. A repetição da conduta revela estilo ou hábito do agente num único delito. Cite-se, *v. g.,* exemplos de tal tipo de crime no Código Penal Brasileiro: casa de prostituição (Art. 230), exercício ilegal da medicina (Art. 282) e curandeirismo (Art. 284).

6. Unificação de Penas

A chamada **unificação de penas** ocorre com o concurso material, concurso formal, crime continuado e com o limite das penas, conforme previsão do Art. 75 do Código Penal. Como nem sempre é reconhecida pelo juiz na sentença condenatória, a análise da unificação de penas passa para a competência do juiz da execução, segundo comando do Art. 66, III, da Lei Federal nº 7.210/1984. Nesse caso, cabível a indagação: qual a natureza jurídica do pedido de unificação de penas? A resposta vem da doutrina e da jurisprudência. Por exemplo, citando precedente do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Guilherme de Souza Nucci esclarece tratar-se de incidente da execução[22].

Na verdade, o condenado deseja reduzir as penalidades que lhe foram impostas por decisões transitadas em julgado. Daí, o pensamento, pedindo *vênia* ao citado autor, de que se trata de incidente **na** execução e não **da** execução (estes previstos nos Arts. 80 a 193 da *supracitada* Lei de Execução Penal; são as conversões das penas, o excesso ou desvio, anistia e indulto).

Trata-se, nos casos de concurso material e formal e de crime continuado, de reconhecer a conexão (art. 82 do Código de Processo Penal), não admitida nos processos de conhecimento.

De seu turno, quanto ao **limite das penas (art. 75 do Código Penal),** a unificação é simplesmente objetiva: a questão limita-se ao máximo de 40 anos e aqui a referência é trazida atualizada de acordo com a edição da Lei Federal nº 13.964/2019 (denominado "Pacote anticrime"). Note-se que o dispositivo legal se refere ao cumprimento da pena. Daí a possibilidade da imposição de penas superiores a 40 anos (temos casos de penas centenárias, bicentenárias, tricentenárias). Mas o cumprimento será de, no máximo, 40 anos. Trata-se de dispositivo que visa impedir a prisão perpétua – vedada constitucionalmente e rechaçada desde há muito tempo pelo Direito Penal mais ilustrado que, na forma de princípio da disciplina, milita a favor da "vedação do retrocesso".

Assim, a **imposição** das penas poderá superar os 40 anos (são muitos os condenados a penas centenárias em nossas penitenciárias). Já o cumprimento, entretanto, fica limitado a 40 anos, com o intuito de impedir que, na prática, seja imposta uma pena de prisão perpétua, vedada pela Constituição Federal. Trata-se, pois, de uma verdadeira ficção legal. A lei considera que, se a recuperação do condenado (uma das metas do cumprimento da pena) não foi obtida em 40 anos, não mais se justifica o encarceramento do condenado. É como se o Estado dissesse ao condenado: "Fracassei na tentativa de recuperá-lo. Vou colocá-lo em liberdade para que você consiga sua recuperação por outros meios...".

22. NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 125 (e-book).

Note-se que o prazo de trinta anos é contínuo: se houve prática de outra infração durante o cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se o período cumprido (parágrafo 2º do art. 75). Também haverá possibilidade de cumprimento por mais de 40 anos se não houver continuidade. Ex. o sujeito cumpre 20 anos, é libertado e sofre nova punição de 25: poderá cumprir 45 anos... e assim por diante.

Todavia, ainda pende uma reflexão. Vejamos. O limite anterior de 30 anos, previsto originariamente no Código Penal, foi estabelecido há muitos anos, quando a expectativa de vida no Brasil não atingia os níveis atuais (mais de setenta anos). Ou seja: o condenado, em geral, tem 20 e poucos anos de idade. Com mais 30 de prisão, obtinha a liberdade para aguardar a morte. Hoje, por outro lado, a expectativa de vida aumentou, e o condenado pode viver até os 75-80 anos de idade. Por isso, o limite passou para 40 anos.

Por fim, há de se falar sobre o alcance do já citado Art. 75 do Código Penal. Nesse sentido, indaga-se: refere-se tão somente à pena ou alcança também outros institutos, como remição, livramento condicional, e regime aberto e semiaberto? Em outras palavras, questiona-se: a condenação superior a 40 anos pode ser considerada para efeito de obtenção dos institutos de progressão no cumprimento da pena? Por exemplo, para obter o livramento condicional, o condenado deve cumprir mais de um terço da pena se não-reincidente em crime doloso e mais da metade se reincidente (art. 83). Se a pessoa foi condenada a 50 anos, esse cálculo é feito sobre o total da condenação (50 anos) ou sobre o limite do art. 75?

Evidentemente, tais perspectivas são sumamente controversas, motivo pelo qual há duas correntes incidentes em tal análise. Vejamos. De um lado, é possível defender a tese de que o prazo para a obtenção de situação mais favorável (*sursis*, livramento condicional, transferência para regime semiaberto ou aberto) será **sempre** calculado com base na pena unificada em 40 anos[23]. Por outro, há quem sustente que o limite mencionado é restrito à pena, não beneficiando o condenado a mais de 40 anos no cálculo do livramento condicional, regime semiaberto e aberto, etc. Nesses casos, o cálculo deve ser feito sobre o total da pena unificada, podendo ser superior a 40 anos[24].

Assim, como se vê, as duas posições acarretam problemas de aplicação: a mais rigorosa permite que um condenado a pena elevada (cem anos, por exemplo) perca qualquer motivação, sabendo que terá de cumprir, na íntegra,

---

23. Defendem esta posição: Júlio Mirabete, Celso e Roberto Delmanto, Cernicchiaro, Alberto Silva Franco. Jurisprudência: RT 589/346

24. Sustentam esta posição: Damásio E. de Jesus, Heleno Fragoso, Guilherme Nucci. Jurisprudência: RJTJSP, 97/494 e 496; RT 604/335 e 353; 611/455; 718/465 e RTJ (STF) – 91/462

os quarenta anos. Já a mais liberal gera uma ampla impunidade, pois condenado a 100, 200, 300 anos ficaria livre após o cumprimento de parte da pena. Um perigoso incentivo à prática de crimes.

Por fim, ressalte-se que o já vergastado Art. 75 do Código Penal não se aplica às penas das **contravenções penais, à literalidade do Art. 10 da Lei de Contravenções Penais:** "A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos".

7. Conclusão

Como aduzido *supra,* no presente ensaio, quando o assunto é a subsunção do fato às normas penais, por muitas vezes o intérprete, antes mesmo de promover a aplicação da norma penal, depara-se com situações que, ora apenas virtualmente, ora concretamente, demandam necessária reflexão acerca da norma aplicável. Aliás, assim, de longa data, já se pronunciava o saudoso Francisco de Assis Toledo: "A tipicidade de uma conduta, ou seja, a subsunção de determinada ação humana a um tipo legal de crime, pode oferecer ao aplicador da lei dificuldades significativas quando a mesma conduta criminosa apresente características previstas em mais de um tipo incriminador".[25]

Justamente por esse motivo, para além das soluções trazidas expressamente pelo legislador, há que se recorrer, muitas vezes, a outros elementos valorativos, como é o caso dos princípios aplicáveis ao direito penal, pois é de extrema importância, conforme ressalta Jorge de Figueiredo Dias, saber se encontra-se, por exemplo, "perante um crime ou, antes, perante uma pluralidade de crimes"[26], revelando a embocadura dogmática que impacta as razões de política criminal selecionadas pelo legislador pátrio.

Assim, a temática do concurso de normas ganha especial relevo na contemporaneidade, sobretudo impulsionada pela nova realidade trazida pelo novel diploma "Pacote anticrime", que, dentre outras alterações, elevou para 40 anos o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

Referências Bibliográficas

ANDREUCI, Ricardo Antunes. **Estudos e pareceres de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

25. ASSIS TOLEDO, Francisco de. **Princípios básicos de Direito Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 50.

26. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral – Tomo I.** 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 977-978.

ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito**. Buenos Aires: Sudamericana, 1967.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de Normas Penais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Diritto Penale degli Stati Uniti d'America.** Milano: Ed. Giuffrè, 1985.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal Objetivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral – Tomo I.** 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018 (e-book).

STEVENSON, Oscar. Concurso Aparente de Normas Penais. In: ASUA, Luís Jimenez de (Org.). **Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nélson Hungria**. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

A Mudança de Prenome e do Gênero no Registro Civil como Premissa de Garantia dos Direitos Humanos

Tiago Romano[1]

É uma honra poder colaborar com um texto de minha autoria no livro *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Fernando Passos – 20 anos na Coordenação do Curso de Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA)*. Nesse compasso, a minha contribuição e homenagem ao amigo Prof. Dr. Fernando Passos será um estudo a respeito do Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 28 de junho de 2018, que dispõe sobre a averbação a respeito da mudança do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero, no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). E, como forma de homenagear um exímio coordenador de Curso de Direito, que tanto luta e batalha pelo ensino jurídico há duas décadas, nada mais oportuno do que um estudo o qual vise garantir os direitos fundamentais do cidadão.

A legitimidade do Conselho Nacional de Justiça, para regulamentar a matéria, encontra respaldo no poder de fiscalização e de normatização do Poder Judiciário, no tocante aos atos praticados por seus órgãos judiciais e extrajudiciais, nos incisos I, II e III, § 4º, artigo 103-B, da Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988. A saber:

> Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:
>
> (...)
>
> § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:
>
> I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

---

1. Advogado. Professor de Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA). Presidente da 5ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Araraquara.

> II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;
>
> III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.

Ademais, o Poder Judiciário possui competência de fiscalizar os serviços prestados pelo Registro Civil de Pessoas Naturais nos incisos I, II e III, § 4º, artigo 103-B, da Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988 (já citados), tendo ainda como amparo legal o § 1º, do artigo 236, da CF/88, *ex vi* do texto legal:

> Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.
>
> (...)
>
> § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

Outrossim, é competência do Corregedor Nacional de Justiça expedir provimentos e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos ofícios do RCPN, nos moldes do inciso X, do art. 8º, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça:

> Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: X – expedir Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações e outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correicionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça.

Por fim, os oficiais registradores do Registro Civil de Pessoas Naturais são obrigados a cumprir as normas técnicas estabelecidas pelo Poder Judiciário, por força dos artigos 37 e 38, da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994 (Lei dos Cartórios):

> Art. 37. A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos artes. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos.
>
> Art. 38. O juízo competente zelará para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente, podendo sugerir à autoridade competente a elaboração de planos de adequada e melhor prestação desses serviços, observados, também, critérios populacionais e socioeconômicos, publicados regularmente pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

A mudança de prenome e do gênero no registro civil é regulamentada pelo Provimento nº 73, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e é feita administrativamente, em qualquer cartório de registro civil das pessoas naturais, e sem necessidade de haver processo judicial ou mesmo atestado médico de análise psicológica ou cirurgia prévia.

A disposição sobre o prenome e o gênero é livre por parte do ser humano. Rodotà (1995, p. 22-23) sustenta que a vida privada não deve ser considerada tão somente como algo dado, mas sim como algo diretamente construído pela pessoa interessada. Dessa forma, prefiro falar em esfera privada em vez de vida privada, como algo que tem sido construído direta e continuamente pela pessoa interessada. Ela – esfera privada – é o resultado de uma interação entre o que é privado e a sociedade, fato este que corrobora bastante para a própria definição da identidade pessoal e, consequentemente, para aquela parte da identidade pessoal denominada de identidade sexual.

Frisa-se que existiam muitas dúvidas de como proceder à alteração do prenome e gênero da pessoa no registro civil. Cada oficial registrador interpretava de formas divergentes, e a discussão sempre terminava no Poder Judiciário.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 4275/DF, houve o reconhecimento do direito da pessoa transgênero de proceder à substituição de prenome e gênero diretamente no cartório de registro civil das pessoas naturais, independente de cirurgia de redesignação ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes.

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O

> direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente.

O Conselho Nacional de Justiça, órgão legitimado para fiscalizar as atividades cartorárias judiciais e extrajudiciais, deliberou e padronizou os procedimentos, por meio do Provimento nº 73, de 28 de junho de 2018. Hodiernamente, o provimento citado versa *"sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero, no Registro Civil das Pessoas Naturais"*, e é a carta de referência sobre o assunto.

Salienta-se que a única exigência para a alteração do prenome e/ou do gênero é a pessoa ter dezoito anos completos e estar apta à prática de todos os atos da vida civil. Esse é o único requisito, reiterando que a decisão do STF, já citada, dispensou qualquer outra exigência. O artigo 4º do provimento reza que *"o procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, a qual deverá declarar, perante o registrador do RCPN, a vontade de proceder à adequação da identidade, mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos"*. Reforça-se que o atendimento do pedido, apresentado ao oficial registrador, independe de prévia autorização judicial, ou da comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual, e/ou de tratamento hormonal ou patologizante, assim como não há necessidade de apresentação de laudo médico ou psicológico.

Nino (1989), ao discorrer acerca do princípio da autonomia da pessoa em decidir livremente o que é melhor para si, sem intervenção de terceiros, principalmente da vontade estatal, prescreve que, sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e da adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção. Deve, portanto, limitar-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida, em razão da satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta, a fim de impedir interferência mútua no curso de tal persecução.

Posto isso, a pessoa interessada deve comparecer ao cartório e pedir a alteração e a averbação do prenome e do gênero, de forma a adequá-los à identidade autopercebida. A alteração poderá abranger a inclusão ou a exclusão

de agnomes indicativos de gênero ou de descendência. Todavia, a alteração não compreende a modificação dos nomes de família e não pode ensejar a identidade de prenome com outro membro da família. Exemplificando: se o nome fosse Tiago Romano. Tiago é o prenome, portanto pode ser alterado. Por conseguinte, Romano é nome, também denominado nome de família, assim este não pode ser alterado. Já se fosse Tiago Henrique Romano: Tiago é prenome, pode ser alterado; Henrique, por ser agnome indicativo do gênero masculino, pode ser alterado; já o Romano, sendo nome de família, não pode ser alterado. Por fim, se fosse a derradeiro Tiago Romano, e a alteração do prenome fosse para Sabrina, a mudança não poderia ser atendida se Sabrina fosse o nome da irmã.

Outro ponto interessante é que o pedido poderá ser formulado em cartório diverso do que aquele que lavrou o assento; neste caso, deverá o registrador encaminhar o procedimento ao oficial competente, a expensas da pessoa requerente, para a averbação pela Central de Informações do Registro Civil. Em outras palavras, a pessoa interessada pode solicitar a alteração em qualquer cartório do Brasil e não necessariamente onde consta o seu registro.

Após dirigir-se ao cartório de registro civil das pessoas naturais, deve o oficial registrador adotar as seguintes providências: deverá identificar a pessoa requerente mediante coleta, em termo próprio, de sua qualificação e assinatura, além de conferir os documentos pessoais originais e acompanhar a assinatura da pessoa no requerimento, indicando a alteração pretendida.

A pessoa deve anexar no requerimento: certidão de nascimento atualizada; certidão de casamento atualizada, se for o caso; cópia do registro geral de identidade; cópia da identificação civil nacional, se for o caso; cópia do passaporte brasileiro, se for o caso; cópia do cadastro de pessoa física no Ministério da Fazenda; cópia do título de eleitor; cópia de carteira de identidade social, se for o caso; comprovante de endereço; certidão do distribuidor cível do local de residência, dos últimos cinco anos (estadual/federal); certidão do distribuidor criminal do local de residência, dos últimos cinco anos (estadual/federal); certidão de execução criminal do local de residência, dos últimos cinco anos (estadual/federal); certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência, dos últimos cinco anos; certidão da Justiça Eleitoral do local de residência, dos últimos cinco anos; certidão da Justiça do Trabalho do local de residência, dos últimos cinco anos; e, por fim, certidão da Justiça Militar, se for o caso. Referidas medidas visam acautelar o uso indevido da faculdade de alteração do nome, para evitar que a pessoa, em ato de má-fé, utilize-se do expediente para se furtar de dívidas, processos criminais, etc.

Todo o procedimento tem natureza sigilosa, razão pela qual a informação a seu respeito não pode constar nas certidões dos assentos, salvo por solicitação

da pessoa requerente ou por determinação judicial, hipóteses em que a certidão deverá dispor sobre todo o conteúdo registral. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto ao desejo real da pessoa requerente, o registrador do cartório fundamentará a recusa e encaminhará o pedido ao juiz corregedor permanente.

O ofício do cartório de registro civil de pessoas naturais deverá manter índice em papel e/ou eletrônico, de forma que permita a localização do registro tanto pelo nome original quanto pelo nome alterado. Finalizado o procedimento de alteração no assento, o ofício do cartório de registro civil de pessoas naturais no qual se processou a alteração, a expensas da pessoa requerente, comunicará o ato oficialmente aos órgãos expedidores do RG, ICN, CPF e passaporte, bem como ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE). Por fim, caberá à pessoa interessada providenciar a alteração nos demais registros que digam respeito, direta ou indiretamente, a sua identificação e nos documentos pessoais.

Quanto à subsequente averbação da alteração do prenome e do gênero no registro de nascimento dos descendentes da pessoa requerente, dependerá da anuência deles, quando relativamente capazes ou maiores, bem como de ambos os pais. A subsequente averbação da alteração do prenome e do gênero no registro de casamento dependerá da anuência do cônjuge. Havendo discordância dos pais ou do cônjuge quanto à averbação, o consentimento deverá ser suprido judicialmente.

Realmente, era de fundamental importância a regulamentação legal, única e administrativa da medida, uma vez que esse direito à alteração do nome e do gênero prestigia os direitos constitucionais fundamentais do ser humano: à dignidade humana, à honra, à liberdade pessoal, etc. Mas destaca-se que todos esses direitos se resumem a um maior ou melhor direito, caracterizando-se como sendo a somatória de todos os direitos constitucionais da humanidade: o direito do ser humano de ser feliz. O direito à felicidade é o resultado para o qual todos os demais ramos da esfera jurídica se unem. O maior direito humano é o de ser feliz, e este não pode ser privado do cidadão, nem mesmo por questões burocráticas.

Esse embasamento a respeito de a felicidade ser o maior direito do ser humano pode ser constatado pelo que já discorria o filósofo grego Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.), sobre o fato de a felicidade ser o maior bem do homem, *"uma atividade virtuosa da alma, de certa espécie"* (2003, p. 29/30).

Ainda, conforme alega o professor Eduardo Bittar (2011, p. 230-231), a felicidade é o bem supremo (*aristón*), o mais belo (*kallistón*) e o mais prazeroso (*édiston*); o prazer é conceitualmente parte da felicidade, porém não toda ela, nem qualquer prazer, mas o maior dos prazeres. Nessa perspectiva, a felicidade reside numa disposição efetiva da alma. Constata-se, desse modo, que ser feliz

é essencial a qualquer pessoa, e o Direito, por meio dos recursos legais, isto é, da formulação de leis e da garantia da aplicabilidade delas, tem o dever para com os cidadãos de auxiliá-los nesse bem supremo, como definido por Bittar.

O Supremo Tribunal Federal, em análise à ADI nº 3300/DF, por meio do voto do ministro Celso de Mello, reconheceu o direito à busca da felicidade no contexto de uma relação homoafetiva, *in verbis:*

> *Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.*

Sarlet (2007, p. 62) ensina que temos, por dignidade humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais os quais protegem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Ademais, têm por finalidade garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciarem e promoverem a participação ativa e corresponsável do indivíduo nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. A Constituição Federal foi alicerçada, pelos constituintes de 1988, tendo como um de seus pilares a dignidade humana. Como ensina Silva (1997, p. 146), a dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a existência e a iminência da dignidade humana, transforma-a em um valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito.

Em suma, a mudança de prenome e do gênero no registro civil é medida administrativa e depende apenas de a pessoa interessada manifestar sua vontade. Nesse sentido, constata-se que não deve haver qualquer dificuldade,

embaraço ou necessidade de acionar o Poder Judiciário, porquanto visa prestigiar o princípio da dignidade humana e o direito constitucional do cidadão à felicidade plena, direito este já defendido pelo filósofo Aristóteles, no período da Grécia Antiga, e que serviu de base ao Direito contemporâneo, para assegurar esse bem maior aos transgêneros.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 28 de junho de 2018.

BRASIL. Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, de 8 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4275/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 01/03/18.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3300/DF. Relator: Ministro Celso de Melo. DJ: 01/03/18.

NINO. Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989.

RODOTÀ, Stefano. General presentation of problems related to transsexualism. In: **Transsexualism, medicine and law: Proceedings of the XXIIIrd Colloquy on European Law**. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte poder popular – estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

Anexo

Modelo de requerimento administrativo[2] para averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN).

SENHOR OFICIAL DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS DO MUNICÍPIO DE (...)

I – REQUERENTE:

Nome civil completo, nacionalidade, naturalidade, data e local do nascimento, estado civil, profissão, RG, CPF, endereço completo, telefone, endereço eletrônico.

II – REQUERIMENTO:

Visto que o gênero que consta em meu registro de nascimento não coincide com minha identidade autopercebida e vivida, solicito que seja averbada a alteração do sexo para (masculino ou feminino), bem como seja alterado o prenome para (...)

III – DECLARAÇÕES SOB AS PENAS DA LEI

Declaro que não possuo passaporte, identificação civil nacional (ICN) ou registro geral de identidade (RG) emitido em outra unidade da Federação.

OU

Declaro que possuo o Passaporte nº (...), ICN nº (...) e RG nº (...). Estou ciente de que não será admitida outra alteração de sexo e prenome por este procedimento diretamente no registro civil, resguardada a via administrativa perante o juiz corregedor permanente. Estou ciente de que deverei providenciar a alteração nos demais registros que digam respeito, direta ou indiretamente, a minha pessoa e nos documentos pessoais.

Declaro que não sou parte em ação judicial em trâmite sobre identidade de gênero (ou Declaro que o pedido que estava em trâmite na via judicial foi arquivado, conforme certidão anexa).

IV – FUNDAMENTO JURÍDICO

O presente requerimento está fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 58 da Lei nº 6.015/1973, interpretado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.275, e no Provimento CN-CNJ n. (...)/2018.

Por ser verdade, firmo o presente termo.

Local e data.

Assinatura do requerente

CERTIFICO E DOU FÉ que a assinatura supra foi lançada em minha presença.

Local e data.

Carimbo e assinatura do cartório

2. BRASIL. Provimento nº 73 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 28 de junho de 2018.

Responsabilidade de Credores por Atos de Controle Societário

Uinie Caminha[1]

> "I submit respectfully to the House as a general principle that our responsibility in this matter is directly proportional to our power. Where there is great power there is great responsibility, where there is less power there is less responsibility, and where there is no power there can, I think, be no responsibility."
>
> Winston Churchill. In the House of Commons, February 28, 1906, speech South African native race

Introdução

O objetivo deste trabalho é determinar a possibilidade e extensão de eventual responsabilidade típica de controlador a credores da sociedade.

Justifica-se a investigação tendo em vista o reconhecimento pela doutrina da modalidade de controle externo, por meio do qual atos de controle societário poderiam ser praticados por quem não detém participação societária. Dentre os casos reconhecidos, destaca-se o poder de credores em interferir nos negócios sociais, amparados por cláusulas contratuais que se lhes atribuem tais poderes.

O alargamento da caracterização de controle societário tem preocupado diversos juristas que, se de um lado entendem que a definição legal estática pode não mais ser compatível com a evolução do mundo negocial, de outro cuidam que a excessiva extensão desse conceito pode acabar por gerar mais custos de transação no mercado, decorrentes exatamente de insegurança jurídica.

Inicialmente, aspectos conceituais do poder de controle são trazidos, abordando sua definição legal e ainda o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto. Trata-se ainda de espécies de controle não expressamente disciplinados em lei, mas que, funcionalmente, acabam por trazer as mesmas características do poder de controle clássico.

Em seguida, serão tratadas as responsabilidades específicas oriundas do controle e a ação de responsabilidade pela qual a companhia e seus acionistas

1. Professora titular da Universidade de Fortaleza. Professora adjunta da Universidade Federal do Ceará. Advogada.

podem buscar ressarcimento de prejuízos oriundos de abuso do poder de controle.

Por fim, serão trazidos elementos para que se possa concluir pela oportunidade, ou não, do alargamento da caracterização e, por conseguinte, das responsabilidades oriundas do poder de controle a agentes externos à sociedade.

1. Aspectos Conceituais do Poder de Controle

O contrato plurilateral de sociedade tem como traço distintivo das demais espécies de contrato – em especial do contrato bilateral – o fato de que os contraentes, em vez de interesses antagônico, guardam objetivos comuns e tendem a dividir proporcionalmente tanto ganhos como perdas.

Todavia, se a tomada de decisões parece simples quando compete a uma única pessoa definir a sorte de seu próprio patrimônio, torna-se diretamente mais complexa quando mais pessoas estejam envolvidas nas deliberações.

Com efeito, quando sócios se reúnem para tomar decisões acerca da sociedade da qual participam, o fato de terem, em princípio, interesses convergentes não impede que diversos conflitos se instalem.

Isso se torna especialmente verdadeiro quando, na atualidade, as relações societárias tornaram-se complexas em diversas aspectos. Se, de um lado, os conflitos podem advir do fato de haver muitos sócios envolvidos nas decisões e eventualmente sequer se conheçam e adotem culturas distintas, de outro, podem ser apenas dois que, exatamente por guardarem muita proximidade, acabem por considerar aspectos pessoais e não muito objetivos quando da tomada de decisões societária.

De qualquer maneira, é certo que deriva responsabilidade da tomada de decisão sobre patrimônio alheio, ainda que em conjunto com o seu próprio. Daí porque a lei cuida do poder de controle societário com especial atenção. A caracterização do controlador, seja uma ou várias pessoas, naturais ou jurídicas, traz consigo responsabilidades diferenciadas das dos demais sócios. E não poderia ser diferente. Portanto, antes de se perquirir sobre o objeto central deste trabalho, é importante que se discorra, ainda que brevemente, sobre o conceito e caracterização do poder de controle.

1.1 Conceito legal de controle societário no Brasil

O conceito de controle societário é trazido no direito brasileiro pela Lei 6.404/76, conhecida como Lei das S.A. O Código Civil, que regula a maioria dos demais tipos societários previstos, não traz disposições sobre poder de controle. Portanto, o conceito aplicável às sociedades por ações também o será aos demais tipos, e, por consequência, também o serão os efeitos advindos do controle.

Com efeito, nos termos do artigo 116 da mencionada lei:

> "Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
>
> a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
>
> b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia."

O conceito legal de controle engloba um elemento objetivo, ou seja, uma participação societária ou outro instrumento que permita ao controlador maioria nas deliberações assembleares de maneira permanente; e outro subjetivo, que envolve a efetiva utilização desse poder para dirigir os negócios da companhia.

O *caput* ainda prevê expressamente o controle compartilhado, indireto, e ainda aquele caracterizado por meio de acordos que regulem o exercício do direito de voto. A esse respeito, a doutrina, tanto nacional como estrangeira, tem, já há algum tempo, dedicado estudos à caracterização e categorização do poder de controle.

No que concerne ao controle interno, assim considerado aquele exercido por sócios, Comparato (2009, p. 142), tendo por base a classificação já trazida anteriormente por Berle e Means (1940), distingue as seguintes modalidades: controle totalitário, majoritário, minoritário e gerencial.

Quanto aos controles totalitário ou majoritário, o conceito é facilmente assimilado pela disposição do art. 116 da Lei das S.A., como visto. Esses tipos de controle ainda mantêm, em maior ou menor nível, a unidade da propriedade e da gestão dos bens, e, quando se lhe observa em uma sociedade, tende a não ocorrerem casos graves de conflitos de interesses (Teoria da Agência).

No caso do controle totalitário, não há exclusão de qualquer sócio do conceito de controlador. Isso, normalmente, se dá por meio de acordo de votos.

No caso do controle majoritário, que também pode decorrer de acordos de acionistas ou quotistas, existem grupos minoritários que não participam do controle. Nesse sentido,

> "acionista controlador pode ser uma só pessoa, natural ou jurídica, ou um grupo de pessoas. Nesse último caso, distintas individualmente cada uma delas, deverão estar ligadas por liames contratuais que objetivem um sentido de voto comum, o que constitui uma das variantes possíveis do acordo de acionistas previsto no art. 118" (GUERREIRO; TEIXEIRA, 1979, p. 195).

Os autores também tratam de controle indireto, que ocorre nos casos em que o controlador (ou grupo de controle) não tem participação societária direta na controlada, mas o faz por meio de outro instrumento jurídico, como uma outra pessoa jurídica ou um fundo de investimento: "Mas também o grupo sob controle comum identifica-se como acionista controlador. Com efeito, operando sob o influxo de uma só vontade, a diversidade de acionistas na sociedade não elide a configuração de controle".

O controle minoritário é observado quando o sócio que não possui, numericamente, uma participação societária que lhe permita preponderância em assembleia tem poder para prevalecer sobre os demais. Isso se dá quando a dispersão acionária de uma sociedade é tal que nenhum acionista individualmente, ou mesmo grupo vinculado por acordo, chega a ter a maioria das ações.

Todavia, ainda assim, pode-se identificar sócio ou grupo de sócios que utilizam sua participação, ainda que minoritária, para dirigir os negócios sociais.

A esse respeito, bastante elucidativo o Memorando nº 16/2015 – CVM/SER/GER – 1, de 18 de janeiro de 2015[2], que trata exatamente da caracterização de controle minoritário. Com efeito, no documento, há diversos casos em que julgados da Comissão de Valores Mobiliários reconhecem o exercício de poder de controle por acionistas que não possuem maioria numérica das ações da companhia.

É de se destacar que a própria lei não determina um percentual mínimo para que seja caracterizado o poder de controle, como bem anota Nelson Eizirik (2010, p. 180):

> "O fato de o artigo 116 não exigir um percentual mínimo de ações para permitir a identificação do acionista controlador, bem como subordiná-lo ao efetivo exercício do poder de dominação, evidencia que a Lei das S.A. admitiu implicitamente a existência de controle minoritário."

O controle gerencial, na denominação trazida por Comparato (2009), assim como o controle minoritário, também pode ser observado em sociedades com grande dispersão em sua estrutura de capital, mas igualmente naquelas em que, apesar de contar com o elemento objetivo (participação societária majoritária), o controlador em potencial não utiliza essa participação para dirigir a companhia.

O maior problema desse tipo de controle é a possibilidade de conflito de interesses, tendo em vista, exatamente, a separação quase total entre propriedade (detentores de participação societária) e gestão (administradores). Esse fenômeno é conhecido como Teoria da Agência.

---

2. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2015/20150324/9561.pdf. Acesso em: 14 nov. 2018.

Isso ocorre porque os acionistas nem sempre têm influência na gestão dos negócios e do patrimônio que aportam ao capital social. Mesmo quando titulares de ações que lhes conferem direito a voto, os investidores, na maioria das vezes, veem seu patrimônio ser administrado por outras pessoas – os administradores, diretores e conselheiros da sociedade.

Os administradores são, assim, aqueles que manifestam a vontade da sociedade anônima, não como representantes, mas como a própria sociedade (GATAZ, 2016, p. 55):

> "A relação jurídica entre a sociedade e seus administradores é orgânica, e não contratual, em razão de o administrador não ser um simples mandatário, mas um órgão de representação da sociedade. Em outras palavras e conforme dispõe a teoria orgânica, a sociedade não é representada pelo administrador e sim por meio dele manifesta sua vontade."

Existe uma separação entre propriedade e gestão, o que pode ocasionar problemas de conflito de interesses, ou seja, o que se denomina conflito entre agente e principal (JENSEN, 1998). Em outras palavras, o administrador pode não agir no melhor interesse da companhia (e, portanto, dos acionistas) e sim em seu próprio interesse individual. Pode preferir auferir vantagens pessoais indevidas em razão da posição que ocupa e especialmente das informações a que tem acesso, em vez de dirigir sua gestão para o melhor interesse do ente coletivo.

Existem diferentes formas de se abordar o problema da relação entre os administradores e a companhia e seus acionistas, ou seja, de compatibilizar os interesses dos proprietários com aqueles dos que gerem essa propriedade. Tanto pode-se pensar em medidas de incentivo *a priori* (como participação nos resultados ou opções de compra de ações) como medidas *a posteriori*, ligadas à responsabilidade e sanções em caso de descumprimento dos deveres legais dos administradores de companhias (CAMINHA, 1999).

A responsabilidade dos administradores por danos decorrentes de atos de sua gestão tem fundamento na responsabilidade civil geral, mas possui nuances próprias, decorrentes da relação especial existente entre administradores e administrado; entre propriedade e gestão. Assim, essa responsabilidade finda por justificar o exercício do poder sobre propriedade alheia. Essa possibilidade legitima a própria administração.

1.2 Controle externo

Embora não previsto na Lei das Sociedades Anônimas, a doutrina aceita ainda um tipo de controle não exercido por quem tem participação no capital da sociedade. Apesar de não parecer óbvia essa acepção de poder de controle

e ele ser exercido de forma indireta, torna-se clara sua existência a partir das estruturas contratuais, especialmente creditícias.

Com efeito, em várias situações, é fácil notar a relevante influência de credores e investidores nas tomadas de decisão dos controladores direitos. É cada vez mais comum a inserção de cláusulas em contratos de crédito que dão aos credores poder de veto em determinadas matérias ou submetem sua aprovação a anuência prévia, sob pena de vencimento antecipado das obrigações. Esse vencimento antecipado poderia, em última análise, levar a sociedade à insolvência.

Da mesma maneira, estruturas que lidam com mecanismos de créditos revolventes (*revolving credits*) como sociedades de fomento mercantil (factorings), securitizadoras ou Fundos de Investimento Creditórios (FIDCs), por entabularem relações de longo prazo com as empresas, acabam por impor condições à administração de forma a efetivamente participarem das tomadas de decisão e mesmo fazer preponderar sua vontade sobre a dos sócios.

Algumas vezes, a última palavra na orientação da empresa não procede nem de um acionista nem dos administradores da sociedade. Credores e fornecedores, por exemplo, podem se encontrar numa situação peculiar que permita que estes exerçam um poder de influir com supremacia nos destinos da sociedade.

Comparato (2009) ensina que reconhecimento do poder externo remonta às Cortes Norte-americanas, quando se reconheceu judicialmente a existência de uma "influência dominante" que pode ser exercida de forma diferente do voto.

Ressalte-se que nem sempre a influência externa se constitui num controle externo. Algumas condições devem ser preenchidas para que se possa falar especificamente em controle, e não puramente em influência. De acordo com Pimenta (2010, p. 112), as seguintes características devem estar presentes: a) que a influência seja de ordem econômica; b) que a influência se estenda a toda a atividade desenvolvida pela empresa controlada; c) que se trate de um estado de subordinação permanente ou, pelo menos, duradouro; e d) que haja impossibilidade para a controlada de subtrair-se à influência, sem séria ameaça de sofrer grave prejuízo econômico.

Normalmente, esse controle decorre de contratos cujas cláusulas, uma vez descumpridas, ocasionam vencimento antecipado das dívidas, que dificilmente seria suportado pelo devedor. Outro exemplo seria o caso de resilição de um contrato de longo prazo envolvendo créditos revolventes, o que poderia se configurar da mesma forma prejudicial.

João Pedro Scalzilli (2017, p. 67-8) também aponta influência dominante em contratos não creditícios, como o caso da franquia ou concessão, casos em

que a dependência econômica se daria não por endividamento, mas por uma condição contratual específica:

> Em um contrato de franquia, por exemplo, não há dúvida de que o franqueador exerce um poder de ingerência bastante grande sobre o negócio do franqueado. Isso porque o preço de venda dos produtos, qualidade dos mesmos, uso da marca, treinamento dos funcionários, métodos contábeis e a localização da loja são fatores os quais podem ser definidos pelo franqueador.

A rigor, essas cláusulas deslocam dos sócios, ou mesmo da administração da sociedade, a tomada de decisão sobre determinadas matérias, ou mesmo submete tais decisões a consequências que não seriam suportáveis pela sociedade.

Nesses casos, a tomada de uma decisão – ou sua não deliberação – poderia ocasionar prejuízos à sociedade e a seus sócios, mas essa responsabilidade poderia ser atribuída ao controlador de direito?

A expressão "direitos de sócio" disposta no conceito legal de poder de controle poderia incluir o poder de interferir nos negócios sociais? Se, por contrato, o credor pode impedir determinadas decisões que são típicas de sócio, teria, apesar de não ser sócio, esses direitos típicos?

Se forem consideradas afirmativas ambas as repostas, seria forçosa a conclusão de que não acionistas da sociedade poderiam ser considerados controladores, mesmo que indiretos. Nesse caso, teriam também as mesmas responsabilidades? É o que se passa a analisar.

2. Responsabilidades do Controlador

Preenchendo uma lacuna da legislação anterior, a Lei 6.404/76, além de caracterizar o controlador, atribui-lhe responsabilidades. Nesse sentido, o controlador não é o "senhor absoluto da sociedade. Segundo a Lei, deve usar o poder com fim de fazer a companhia realizar seu objeto e, por isso, tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa..." (MARTINS, 1988, p. 117). Nesse sentido dispõe o parágrafo único do artigo 116:

> "Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender."

Além disso, a lei traz, exemplificativamente, um rol de condutas que podem ser consideradas exercício abusivo de poder de controle. Nesses casos, o acionista controlador responde pelos danos que causar.

> Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.
>
> § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:
>
> a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
>
> b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
>
> c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
>
> d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
>
> e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;
>
> f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
>
> g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
>
> h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997)
>
> § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.
>
> § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

Com efeito, a jurisprudência tem reconhecido a responsabilidade do controlador por prejuízos causados à sociedade e aos acionistas minoritários e, nesse sentido, entende aplicável a ação de responsabilidade prevista no artigo 159 da Lei 6.404/76, que, apesar de mencionar apenas os administradores, seria a adequada, de maneira análoga, à reparação de danos por parte do controlador:

> Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

> § 1º A deliberação poderá ser tomada em assembleia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembleia-geral extraordinária.
>
> § 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia.
>
> § 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral.
>
> § 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.
>
> § 5° Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.
>
> § 6° O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.
>
> § 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.

Assim, aquele controlador que causa prejuízos à companhia ou aos acionistas minoritários responde na forma do art. 159. A esse respeito, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1207956 RJ 2010/014381-3, assim ementado, consolidando a jurisprudência nesse sentido:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA (CPC, ART. 130). NÃO OCORRÊNCIA. SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADOR (LEI 6.404/76, ART. 159) OU ACIONISTAS CONTROLADORES (APLICAÇÃO ANALÓGICA): AÇÃO SOCIAL UT UNIVERSI E AÇÃO SOCIAL UT SINGULI (LEI 6.404/76, ART. 159, § 4º). DANOS CAUSADOS DIRETAMENTE À SOCIEDADE. AÇÃO INDIVIDUAL (LEI 6.404/76, ART. 159, § 7º). ILEGITIMIDADE ATIVA DE ACIONISTA. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Aplica-se, por analogia, a norma do art. 159 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) à ação de responsabilidade civil contra os acionistas controladores da companhia por danos decorrentes de abuso de poder.
>
> 2. Sendo os danos causados diretamente à companhia, são cabíveis as ações sociais *ut universi* e *ut singuli*, obedecidos os requisitos exigidos pelos §§ 3º e 4º do mencionado dispositivo legal da Lei das S/A.
>
> 3. Por sua vez, a ação individual, prevista no § 7º do art. 159 da Lei 6.404/76, tem como finalidade reparar o dano experimentado não pela companhia, mas pelo próprio acionista ou terceiro prejudicado, isto é, o dano direto causado ao titular de ações societárias ou a terceiro por ato do administrador ou dos controladores. Não depende a ação individual de deliberação da assembleia geral para ser proposta.

> 4. É parte ilegítima para ajuizar a ação individual o acionista que sofre prejuízos apenas indiretos por atos praticados pelo administrador ou pelos acionistas controladores da sociedade anônima.
>
> 5. Recurso especial provido."

Portanto, a responsabilidade civil do controlador por prejuízos causados à companhia ou a acionistas minoritários por atos de abuso de poder de controle deve ser apurada mediante a interposição da ação de responsabilidade prevista no artigo 159 da Lei das Sociedades por Ações.

3. Da Possibilidade e da Oportunidade de se Atribuir Responsabilidade a Credores por Atos de Controle

Se, do ponto de vista doutrinário, existe convergência em se aceitar a possibilidade de caracterização de controle externo, ou seja, aquele que não deriva de participação acionária, esse fato ainda não é reconhecido na jurisprudência.

Ressalte-se que caracterização de poder de controle se torna relevante na aplicação do direito no caso concreto, quando da atribuição de responsabilidade ao controlador. Assim, apesar de se reconhecer a possibilidade de atos de controle societário oriundos de quem não é sócio, seria possível a responsabilização desse controlador externo? E, em caso positivo, seria isso desejável?

Imagine o caso em que determinada sociedade está vinculada a contrato de crédito que obrigue a manutenção de um índice de liquidez predefinido, sob pena de vencimento antecipado. Essa cláusula poderia impedir, por exemplo, a realização de investimentos e a perda de oportunidades de negócios. Assim, o controlador de direito (interno) poderia ser responsabilizado por prejuízos oriundos dessa inação? Ou, em caso contrário, se ocorresse o vencimento antecipado, por prejuízos dele oriundos?

É claro que, nesse hipotético exemplo, a decisão de anuir com a flexibilização da cláusula contratual em favor de uma boa oportunidade de negócio seria do credor que, apesar de não possuir participação societária, tem capacidade de fazer preponderar seus interesses.

Avançando ainda mais, pode-se perceber que a decisão desse "controlador externo" não leva em consideração os legítimos interesses da sociedade e de seus *stakeholders*, mas seus próprios interesses como credor. Em se tratando de um controlador interno, essa conduta já seria passível de reproche e ainda poderia ocasionar indenização no caso de prejuízos.

Todavia, em se tratando de controle externo, seria possível essa responsabilização, ou o fato de a sociedade ter se obrigado em um contrato dessa natureza transferiria essa responsabilidade para o controlador interno?

Como princípio geral da responsabilidade civil, aquele que causa prejuízo a outrem tem o dever de indenizar[3]. Todavia, a quem se poderia atribuir a responsabilidade nesse caso? Ao credor, que defende seus interesses, ou ao controlador, que firmou ou permitiu que se firmasse contrato que restringe a sua autonomia de ação?

Parece claro que, quando se fala em controle externo, esse conceito não seria facilmente aplicável na prática. É possível a construção da responsabilidade a partir de uma regra geral de responsabilidade por prejuízos ou ainda de princípios por vezes invocados, mas cujos conteúdos são indeterminados, como uma "função social da empresa", mas não da responsabilidade atribuída especificamente ao controlador pela Lei 6.404/76.

A importância de se identificar o controlador em uma sociedade está diretamente ligada à atribuição de responsabilidade, além daquelas imputáveis aos demais acionistas. Se o controlador tem mais poder, assim também maior será sua responsabilidade. A dificuldade em se atribuir, na prática, responsabilidade ao controlador externo faz com que esse conceito, apesar de amplamente aceito pela doutrina, careça de utilidade prática.

Outro ponto relevante que se deve considerar é o impacto que esse tipo de entendimento teria no custo do crédito, que, a propósito, já é consideravelmente alto no Brasil. A esse respeito, o Banco Central do Brasil calcula o ICC (Índice de Custo de Crédito) e, no cálculo desse índice, nota-se que o custo do crédito traz alguns elementos mais ou menos preponderantes, como se pode perceber das seguintes tabelas, ambas de elaboração do Banco Central do Brasil[4]:

Tabela 1 Decomposição do ICC médio ajustado.

	Em proporção (%) do ICC médio ajustado			
Discriminação	2015	2016	2017	Média
1 - Custo de captação	40,84	39,70	37,03	39,19
2 - Inadimplência	20,85	23,25	24,10	22,74
3 - Despesas administrativas	14,88	14,61	16,09	15,19
4 - Tributos e FGC	13,81	13,74	13,93	13,83
5 - Margem financeira do ICC	9,61	8,69	8,84	9,05
ICC médio ajustado (1 + 2 + 3 + 4 + 5)	100,00	100,00	100,00	100,00

3. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

4. Relatório de Economia Bancária Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REB_2017.pdf. Acesso em: 16 nov. 2018.

Tabela 2 Decomposição do *spread* do ICC.

	Em proporção (%) do *spread*			
Discriminação	2015	2016	2017	Média
1 - Inadimplência	35,25	38,57	38,27	37,36
2 - Despesas administrativas	25,16	24,23	25,55	24,98
3 - Tributos e FGC	23,35	22,79	22,13	22,76
4 - Margem financeira do ICC	16,24	14,41	14,04	14,90
Spread do ICC (1 + 2 + 3 + 4)	100,00	100,00	100,00	100,00

A primeira tabela mostra a composição do custo do crédito, enquanto a segunda mostra a composição do *spread* bancário (diferença entre o custo de captação dos recursos e o valor pelo qual eles chegam ao mercado). Note-se que o maior percentual desse *spread compõe*-se de taxa de inadimplência e despesas administrativas.

Caso outros elementos de risco sejam agregados, a tendência é que o custo do crédito aumente. A esse respeito, Marcio Aith (2009, p. 106) desenvolveu estudo empírico acerca do impacto do Poder Judiciário nas instituições financeiras:

> "O cálculo do *spread* leva em consideração, basicamente, os custos administrativos do banco e os riscos da operação. Como o judiciário tem uma estrutura burocrática grande, os bancos são obrigados a construir estruturas grandes o suficiente para acompanhar os processos existentes, o que encarece os custos administrativos dos bancos. De outro lado, a morosidade do judiciário torna mais arriscado aos bancos reaverem os créditos na justiça, o que também encarece os *spreads*."

Assim, além da dificuldade prática de aplicação da responsabilidade do controlador externo, não parece oportuno, do ponto de vista do custo do crédito, a aplicação desse conceito.

Conclusão

Embora juridicamente possível a concepção de controle societário externo, sua utilidade prática é reduzida. Isso porque o principal elemento do controle societário é a responsabilidade decorrente do exercício desse controle.

Nesse sentido, entende-se que, apesar de juridicamente possível a construção da responsabilidade de um controlador externo baseado na regra geral de responsabilidade civil, não se entende razoável construí-la a partir da responsabilidade própria de controlador.

A rigor, o controlador (ou administradores) que escolhe vincular-se a contratos com cláusulas que restringem seu poder de agir é, assim como por

outras escolhas na gestão da sociedade, responsável por elas, não podendo transferir essa responsabilidade a contratantes que legitimamente resguardam seus interesses.

Cabe aos controladores internos avaliar a oportunidade dos contratos, e, em os firmando, arcar com as consequências que, entende-se, incluem a renúncia a uma parcela de poder sem, no entanto, eximir-se da responsabilidade dele oriunda.

Há que se ter em mente, na interpretação dos negócios entre empresários, que, em princípio, trata-se de uma relação entre iguais e que, portanto, deve prevalecer a autonomia da vontade.

Ademais, entende-se pela não oportunidade de construções jurídicas em sentido contrário, tendo em vista o impacto negativo sobre o custo do crédito, já tão elevado no Brasil.

Referências Bibliográficas

AITH, Márcio O impacto do Judiciário nas atividades das instituições financeiras. In: CASTELAR, Armando (Org.). **Judiciário e Economia no Brasil.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. (online).

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **The modern Corporation and private Property**. Nova York: Macmillan, 1940.

BERTOLDI, Marcelo M. O poder de controle na sociedade anônima – alguns aspectos. **Revista Scientia Iuris**, p. 51-74. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11102/9815. Acesso em: 2 nov. 2018.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAMINHA, Uinie. Eficiência alocativa das normas de Direito Societário em relação ao acionista minoritário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,** São Paulo: Malheiros, v. 116, p. 194-9, out-dez 1999.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas**. Saraiva: Rio de Janeiro, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

EIZIRIK, Nelson. Aquisição de controle minoritário. Inexibilidade de oferta pública. In: **Poder de Controle e outros temas de Direito Societário e Mercado de Capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GATAZ, Luciana de Godoy Penteado.(A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras e o seguro D&O. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 74, p. 53-70, out/dez 2016.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares de; TEXEIRA, Egberto Lacerda. **Das sociedades anônimas no Direito Brasileiro**. São Paulo: Livraria e Editora Jurídica J. Bushatsky, 1979.

JENSEN, Michael C. Self-interest, Altruism, Incentives, and Agency Theory. **Journal of Applied Corporate Finance,** v. 7, n. 2, p. 40-45, Summer 1994.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito Societário.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTINS. Fran. O acionista controlador e os direitos dos acionistas minoritários. **Revista da Faculdade de Direito,** v. 29, n. 2, p. 115-21, jul.-dez. 1988.

SCALZILLI, João Pedro. Estruturação do poder nas sociedades anônimas. **Revista da Unisinos.** Disponível em: https://www.google.com /url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=2ahUKEwjDzsOxgdXeAhXFEZAKHSgPB6QQFjAEegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.unisinos.br%2Findex.php%2Frden%2Farticle%2Fdownload%2F14294%2F6024&usg=AOvVaw0Axk8QfHy-bs_2-4yCoPuS. Acesso em: 14 nov. 2018

WALD, Arnoldo. O acordo de acionistas e o poder de controle do acionista majoritário. **Revista de Direito Mercantil**, n. 110, 1998.

Ferramentas Inovadoras para Defender e Promover a Concorrência: A experiência da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo

Vicente Bagnoli[1]

Introdução

Em 2007, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) convidou a Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo (CECORE ou CECORE-OAB/SP) para que indicasse um representante para integrar a comitiva brasileira na Conferência Anual da Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network – ICN*), que se realizaria em Moscou, Federação Russa.

A Conferência reuniu cerca de 100 autoridades máximas em defesa da concorrência de 82 jurisdições, além de representantes de organismos internacionais, como OCDE, Banco Mundial e UNCTAD, e representantes de organizações não-governamentais, como acadêmicos e a própria CECORE, a qual tive a honra de representar em razão da indicação feita pelo seu então presidente, Fernando Passos.

Desde 2007, tenho me dedicado e contribuído com os trabalhos da ICN em seus grupos de trabalho (*working groups*) e participado assiduamente das conferências anuais e *workshops*.

E foi a partir dessa experiência que em 2013, quando então assumi a presidência da CECORE, outrora tão bem liderada pelo advogado e professor Fernando Passos, que implementamos a campanha da CECORE-OAB/SP de advocacia da concorrência.

---

1. Professor de Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie; presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo (CECORE-OAB/SP, 2013-2015); conselheiro não governamental (NGA) da *International Competition Network* – ICN; presidente do Comitê Jurídico da Câmara Ítalo-brasileira de Comércio, Indústria e Agricultura (Italcam); vice-presidente do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC); diretor para o Brasil da *Academic Society for Competition Law* (Ascola), sócio de Vicente Bagnoli Advogados.

Advocacia da Concorrência

Em 2012 entrou em vigor a atual Lei Brasileira de Concorrência (Lei nº 12.529/2011), reunindo novos desafios não só para a comunidade da concorrência, mas para as diferentes áreas do Direito, exigindo uma mudança cultural para todos que realizam atividades no mercado.

As grandes mudanças trazidas pela Lei da Concorrência foram: (i) a submissão prévia dos atos de concentração e o risco da consumação prévia (*gun jumping*); (ii) a repressão às condutas anticoncorrenciais, especialmente a persecução a cartéis como uma infração concorrencial, mas também um crime com pena de prisão; e (iii) as ações privadas pelos danos causados por infrações concorrenciais (*private enforcement*) como nova fronteira a ser explorada. Essas mudanças demandaram uma efetiva advocacia da concorrência (*competition advocacy*) para difundir a cultura da competição.

A advocacia da concorrência compreende iniciativas para conscientizar sobre os benefícios da competição para toda a sociedade e sobre o papel que a política concorrencial pode desempenhar para promover e proteger a livre concorrência e os benefícios dela decorrentes, como acesso a mercados, inovação tecnológica e melhores preços para o consumidor. Mas a advocacia da concorrência também significa iniciativas em relação às entidades públicas para incentivar o marco regulatório da concorrência e sua implementação de forma amigável em respeito à lei.

De acordo com a Rede Internacional de Concorrência – Grupo de Trabalho de Advocacia (ICN AWG, sigla em inglês), a advocacia da concorrência refere-se às atividades realizadas pela autoridade de concorrência relacionadas à promoção de um ambiente competitivo para as atividades econômicas por meio de mecanismos de não repressão, mas principalmente por meio de suas relações com outras entidades governamentais e pelo aumento da conscientização pública sobre os benefícios da concorrência.

Não obstante as autoridades de concorrência serem protagonistas para defender a concorrência, o papel das partes interessadas – como a ordem e

2. Conforme definido pelo Grupo de Trabalho de Advocacia da ICN: "Competition culture comprises a diverse set of factors that determine individual and/or group behaviour in the sphere of market competition and competition enforcement. These include knowledge, experience and perception. In defining competition culture, it is worth reflecting on the instrumental goals that make competition desirable. These include freedoms inherent in a competitive free market economy that allow individuals and firms to harness their creativity, passions and ambitions in pursuit of bettering their welfare and the welfare of others". Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1035.pdf p.8. Acesso em: 17 jan. 2018.

associações de advogados – aumentou e tornou-se um importante ativo para difundir a cultura e os valores do Direito da Concorrência.[2]

A interação das autoridades de concorrência e dos conselheiros não governamentais (NGAs),[3] tais como advogados, pode ser vista nas Conferências Anuais da Rede Internacional de Concorrência (ICN) e nas atividades como *webinars*, *workshops* e guias desenvolvidos pelo Grupo de Trabalho de Advocacia da ICN. Essa troca de experiências é proveitosa para melhorar a defesa da concorrência.[4]

Conforme observou Paul Lugard, citando Hugh Hollman e William Kovacic, a participação de conselheiros não governamentais (NGAs) que vêm da academia, empresas, grupos de consumidores, consultorias econômicas e escritórios de advocacia pode melhorar a qualidade da ICN (e de outras redes), fornecendo informações de que os funcionários públicos carecem, e auxiliar na implementação de produtos de trabalho[5].

Dave Anderson destaca que é claro que os conselheiros não governamentais (NGAs) e as autoridades de concorrência têm seus próprios interesses e agendas, e isso ajuda a garantir um debate robusto, mas a chave é que os[6] NGAs e as autoridades envolvidas na ICN trabalhem juntas em direção a um

3. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autoridade brasileira de concorrência, convida constantemente os NGAs a participar das discussões do ICN e incentivá-los a ingressar em um grupo de trabalho da ICN. Um desses grupos de trabalho é o Grupo de Trabalho de Advocacia (AWG). "The mission of the Advocacy Working Group (AWG) is to undertake projects, develop practical tools and guidance, and facilitate experience-sharing among ICN member agencies, in order to improve the effectiveness of ICN members in advocating the dissemination of competition principles and to promote the development of a competition culture. Advocacy reinforces the value of competition by educating citizens, businesses and policy-makers. In addition to supporting the efforts of competition agencies in tackling private anti-competitive behaviour, advocacy is an important tool in addressing public restrictions to competition. Competition advocacy in this context refers to those activities conducted by the competition agency, that are related to the promotion of a competitive environment by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness in regard to the benefits of competition." Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/advocacy.aspx. Acesso em: 17 mar. 2018.

4. Por exemplo, a experiência da CECORE-OAB/SP na advocacia da concorrência foi apresentada na Conferência Anual do ICN, realizada no Porto, em 2017, na sessão de abertura (BOS # 3), datada de 11 de maio de 2017, intitulada "Innovative tools to advocate and promote competition". Esta sessão de divulgação teve por objetivo promover o compartilhamento de experiências entre os membros da ICN no que diz respeito a novos métodos ou mecanismos que as agências usam para alcançar diferentes públicos como parte de seus esforços para promover a concorrência. Além disso, a experiência também foi compartilhada no Webinar organizado pelo ICN-AWG em 5 de outubro de 2017, intitulado "1st Webinar on Innovative Tools on Competition Advocacy".

5. LUGARD, Paul. O ICN em Dez: Origens e Aspirações – Uma Introdução. p. 15. In: LUGARD, Paul. **O ICN em Dez: Origens e Aspirações**. Cambridge: Intersentia, 2011. p. 5-19.

6. ANDERSON, Dave. Reflexões sobre o ICN e suas NGAs: Advocacia e Implementação. p. 279. In: LUGARD, Paul. **O ICN em Dez: Origens e Aspirações**. Cambridge: Intersentia, 2011. p. 277-285.

propósito comum – promover leis, políticas e sistemas de concorrência sólidos que contribuam para economias mais eficientes e prósperas.

A ideia desenvolvida pela CECORE para tornar efetiva uma advocacia da concorrência e disseminar o significado da Lei e os valores da cultura da concorrência entre os mais diversos agentes econômicos, incluindo a comunidade jurídica, é resultado das melhores práticas compartilhadas pelo Grupo de Trabalho de Advocacia da ICN (ICN AWG).

Construindo uma Campanha de Defesa da Concorrência

Existem várias possibilidades de difusão da cultura da concorrência para garantir que as comunidades empresariais, autoridades governamentais, bem como o público em geral, se conscientizem dos benefícios da competição e das políticas de concorrência e seus resultados. As empresas, observa o ICN AWG, estão interessadas em lucrar, não em infringir a lei, e quanto mais as empresas conhecerem a lei, mais a lei será respeitada. Os processos em matéria concorrencial e contestados pelas empresas perante as autoridades concorrenciais também desempenham um papel na advocacia, pois muitas vezes servem como um sinalizador para evitar futuros comportamentos anticoncorrenciais.[7]

O que define qual a mensagem de advocacia da concorrência será projetada depende do grau de conhecimento dos destinatários da mensagem na matéria concorrencial.

Conforme destacado pelo ICN AWG[8], entre as possíveis abordagens para engajar os destinatários, têm-se: (i) reuniões pessoais (geralmente no caso de destinatários influentes); (ii) convidar as partes interessadas a sentarem-se em grupos de direção, assessoria ou trabalho; (iii) apresentações a colaboradores-funcionários/diretores/conselheiros; (iv) recrutamento de membros da equipe do destinatário; (v) trabalho conjunto com organizações de destinatários em questões-chave; (vi) realização de atividades abertas ao público em geral; (vii) elaboração de um relatório para publicação de comentários; (viii) seminários para debates mais amplos de questões ou temas específicos; (ix) comunicações escritas, por exemplo sob a forma de boletins informativos, atualizações, diretrizes ou artigos; (x) mala direta, em papel ou digital; (xi) sítios que hospedam artigos-chave; (xii) grupos especializados e seminários, que podem ser uma forma útil de envolver membros de um setor, organizações representativas e usuários; (xiii) oferecer e divulgar a autoridade de concorrência como fonte de assistência aos destinatários da Lei; e (xiii) cada vez mais a utilização das mídias

7. Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1095.pdf. p. 3. Acesso em: 18 jan. 2018.

8. Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc745.pdf. p. 13-14. Acesso em: 18 jan. 2018.

sociais/profissionais para a propagação da cultura da concorrência. Evidentemente, diferentes abordagens devem ser adequadas para diferentes partes interessadas, destinatários.

Nesse sentido, as mensagens de defesa da concorrência podem ser dirigidas a um ou diferentes tipos de destinatários, e a explicação dos benefícios da concorrência dependerá do tipo de destinatário a ser abordado. Para governos, a mensagem-chave pode ser sobre alcançar o melhor valor a ser gasto em compras públicas; para as empresas pode ser sobre impulsionar a inovação e manter as empresas ineficientes fora do mercado; e para os consumidores pode ser sobre preços mais baixos e mais opções de escolha. Prossegue a ICN AWG observando que, para advogados que não são da área da concorrência, a mensagem pode ser dirigida para identificar questões de concorrência, antecipando questões futuras como infrações concorrenciais como fixação de preços ou identificação quando um ato de concentração deve ser submetido para o controle da autoridade de concorrência.[9]

A CECORE iniciou suas atividades em 2001 e, desde então, vem desempenhando um papel importante na advocacia do direito da concorrência[10]. Ao ter contato com a campanha de advocacia da Autoridade da Concorrência de Portugal, chamada Fair Play[11], percebeu que poderia contribuir ainda mais e de forma mais efetiva para promover a concorrência entre advogados e agentes econômicos em geral.

Para comemorar o 3º Aniversário da Lei de Concorrência, a CECORE promoveu uma Conferência Anual[12], oportunidade para discutir os últimos três anos da Lei, suas conquistas, suas falhas, e reunir advogados, economistas,

9. Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1095.pdf. p. 4. Acesso em: 18 jan. 2018.

10. O objetivo da CECORE é tratar de questões institucionais relacionadas à defesa da concorrência, notadamente relacionadas ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), mas também às Agências Reguladoras e ao Poder Judiciário. Para disseminar a cultura da concorrência, a CECORE organiza conferências interdisciplinares com outras áreas do direito e interage constantemente com diversos interlocutores para a divulgação dos valores promovidos pela livre concorrência. A valorização do advogado, responsável pela defesa de empresas e pessoas físicas em questões competitivas, também é constante para garantir o devido processo legal e a promoção da justiça, do bem-estar do consumidor e do desenvolvimento socioeconômico. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/regulacao-economica. Acesso em: 17 jan. 2018.

11. Disponível em: http://concorrencia.pt/fairplay/index.html. Acesso em: 17 jan. 2018.

12. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/regulacao-economica/eventos/3-anos-de-entrada-em-vigor-da-lei-de-concorrencia. Acesso em: 17 jan. 2018.

13. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=F07242472cs. Acesso em: 17 jan. 2018.

acadêmicos e autoridades como juízes federais e conselheiros do CADE para repensar os desafios para os anos seguintes da Lei.[13]

Durante a Conferência, a CECORE lançou uma campanha de advocacia para difundir a cultura e os valores do Direito da Concorrência entre advogados de outras áreas, além daqueles que militam no ramo da concorrência, mas também entre outras partes interessadas, como juízes, promotores, estudantes de Direito e comunidade empresarial.[14]

Uma Ferramenta "Antiga", mas Inovadora na Competição

Dentre as possibilidade comuns e eficientes de abordar e endereçar mensagens de advocacia da concorrência, observa o ICN AWG[15]: (i) Publicações, como boletins de informação/avisos, diretrizes de execução, artigos de discussão; (ii) Comunicação, como palestras, conferências/seminários/ *workshops*, *sites*, notificações por *e-mail*, vídeos, reuniões e consultas, participação em exposições e feiras regionais e nacionais, campanhas publicitárias; (iii) Relações com a mídia, como comunicados de imprensa, entrevistas à imprensa; (iv) Coleta de Informações, como parcerias com outras autoridade de concorrência, participação em conferências; (v) Educação e formação, como participação no desenvolvimento de políticas governamentais, intervenções perante órgãos reguladores, contribuições em projetos de lei e regulamentos; (vi) Promover o *compliance*, como contatos no mercado, com profissionais e consultas; (vii) Construir a confiança pública na política de concorrência e instituições, como forte aplicação e execução de política ativa, equidade e aplicação não discriminatória da lei, casos de impacto, decisões judiciais, multas elevadas e sanções não pecuniárias eficazes, devido a processo legal, transparência, previsibilidade.

Para promover o Direito da Concorrência, a campanha da CECORE teve por foco advogados de diferentes áreas, juízes, promotores, estudantes de Direito, mas também câmaras de comércio e sindicatos, dentre outros, organizando palestras, conferências, entrevistas e oficinas moldadas na

14. "Businesses can play an important role as stakeholders and partners in a competition agency's enforcement and advocacy initiatives. Communications between businesses and competition authorities can also help raise the profile of competition law and policy and promote compliance with the law. Businesses are also an important source of information and insight for agencies. Businesses can provide information about the nature of competition and help competition authorities better understand the functioning of specific sectors or markets. Regular communication with businesses can help develop trust and build stronger relationships with the business community." Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1137.pdf. p. 6. Acesso em: 18 jan. 2018.

15. Disponível em: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1095.pdf. p. 4-6. Acesso em: 18 jan. 2018.

compreensão a partir das diversas percepções do tema concorrencial e respeitando o que fosse mais útil e relevante para cada público.

A campanha da CECORE teve o seguinte mote: "Sem a livre concorrência, o consumidor fica sem escolha. O Direito da Concorrência é um direito seu". Com foco no Direito da Concorrência como um direito de todos, a campanha também enfatizou que: "Só o Direito da Concorrência garante a qualidade dos serviços e produtos com melhores preços. Com ele, todo mundo sai ganhando".

Com isso, a CECORE buscou ressaltar e despertar a atenção na sociedade de que, com a Lei da Concorrência, assegura-se o direito de todos os indivíduos na promoção de mercados mais competitivos, em que circulam riquezas e recursos, promovendo a livre concorrência e recompensando a eficiência.

O símbolo da campanha era um cartaz, que pode ser considerado uma ferramenta antiga. Mas esse modo antiquado de publicidade foi fixado nas paredes das 229 subseções da Ordem dos Advogados do Brasil espalhadas pelo Estado de São Paulo, na sala dos advogados no CADE e em Faculdades de Direito, chamando a atenção para a ideia principal de que o direito da concorrência de fato importa.

Na Era da Economia Digital, um pôster é uma ferramenta "antiga", mas que se tornou uma ferramenta inovadora quando foi exibida em formato digital, atingindo um público mais amplo de forma ainda mais eficaz e dinâmica.

O pôster da campanha passou a ser exibido em apresentações em Power Points, em assinaturas de *e-mails* e nas redes sociais como Facebook, como *teasers*, transmitindo a mensagem da campanha e sinalizando a importância do Direito da Concorrência na vida de todos.

Era uma ferramenta "antiga", mas inovadora, misturando um pôster de papel com mídia digital. Contudo, a CECORE percebeu que faltava algo para a mensagem da campanha se tornar ainda mais eficaz.

Pensando nas ferramentas inovadoras para promover a campanha, a CECORE, em parceria com a Web TV da OAB SP, discutiu quais eram as mensagens gerais, as mais relevantes para informar sobre a advocacia da concorrência e os temas de destaque relacionados à Lei da Concorrência. Resultado: foram gravados cinco vídeos, de dez minutos cada, para a Web TV da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo. O programa foi intitulado "Série Especial de Direito da Concorrência" e está disponível também no YouTube, no qual mais de três mil pessoas assistiram aos vídeos.[16]

16. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/web-tv-oab-sp/serie-especial-lei-de-defesa-da-concorrencia. Acesso em: 18 jan. 2018.

Os cinco vídeos buscam dar uma visão geral da importância da cultura da concorrência e dos principais temas da Lei de Concorrência e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), quais sejam:

- Livre concorrência e bem-estar do consumidor são bandeiras da Comissão da OAB SP.[17]
- Efeitos da Lei da Concorrência em concentrações econômicas.[18]
- Especialistas discutem cartel como uma infração concorrencial.[19]
- Direito da Concorrência e as regras para quem detém posição dominante no mercado.[20]
- Ressarcimentos de danos causados por infrações concorrenciais.[21]

A campanha de advocacia da concorrência da CECORE se confirmou uma ferramenta dinâmica para explicar o Direito da Concorrência, atingindo um público diversificado, não limitado a advogados, sendo utilizada, inclusive, em aulas de Direito na Graduação e Pós-Graduação de diversas Universidades.

17. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-Sy14ZivWJw. Acesso em: 18 jan. 2018.

18. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Ik2WEkNBfsU. Acesso em: 18 jan. 2018.

19. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-OhO8VWoejc. Acesso em: 18 jan. 2018.

20. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=THSLi9kqImI. Acesso em: 18 jan. 2018.

21. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8meCe3KbcHM. Acesso em: 18 jan. 2018.

Os Sistemas de *Opting-out* e *Opting-in* da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG) e Sua Aplicação no Brasil

Wagner Menezes[1]
David França Ribeiro de Carvalho[2]

1. Introdução

Com alegria, o presente capítulo é escrito em homenagem e comemoração aos 20 anos de dedicação do professor **Fernando Passos** à frente do Curso de Direito da UNIARA, trabalho que engrandeceu a instituição e contribuiu para a formação de uma geração de juristas a partir de uma perspectiva humanista. Professor Fernando é um realizador, ético, com longa folha de serviços prestados à sociedade brasileira, dono de carisma ímpar é obstinado jurista, que se coloca na vanguarda do pensamento do Direito no Brasil, com ideias e propostas sempre inovadoras que repercutem justamente na excelente condução do curso de Direito da UNIARA.

No contexto da contemporaneidade e emersão de novos mecanismos no campo do Direito, a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 é o produto da convergência de aspectos do direito contratual de diversos sistemas jurídicos, sendo os principais o sistema da *common law* e da *civil law*. Seu objetivo maior é a promoção da uniformização dessas regras jurídicas contratuais e de sua interpretação pelos tribunais. A Convenção entrou em vigor internacional em 1988 com a ratificação de 11 Estados-partes.

---

1. Doutor e livre-docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da USP. Presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Diretor científico do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – NETI-USP.

2. Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Internacional Econômico pela PUC-Minas. Professor e coordenador do Núcleo de Estudos e Práticas Internacionais da Faculdade de Direito Milton Campos – NEPI-FDMC. Coordenador de grupo do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da FDUSP – NETI-USP. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Vice-presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB/MG. Advogado.

Um dos baluartes da Convenção é o princípio da autonomia da vontade consagrado no artigo 6º. No Brasil, a autonomia das partes no Direito Internacional Privado contratual há muito é debatida pela doutrina e jurisprudência, contudo sem grandes avanços. Com a adesão à CISG pelo Brasil, em março de 2013, a questão volta à tona e questionamentos surgem, como a possibilidade de conformação do sistema *opting-out* e *opting-in* da Convenção ao ordenamento jurídico brasileiro. Esse sistema, decorrente diretamente da autonomia das partes, encontra-se previsto no artigo 6º da CISG e autoriza as partes a ampliarem ou restringirem a esfera de incidência da Convenção, derrogando ou modificando dispositivos, ou excluindo de forma expressa ou implícita a CISG como lei aplicável às relações contratuais transnacionais.

A fim de apresentar o sistema do *opting-out* e *opting-in* da CISG e a sua possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, o presente capítulo foi dividido e será apresentado da seguinte forma, em três momentos: no primeiro momento, será apresentado o princípio da autonomia das partes e os delineamentos do artigo 6º da Convenção de Viena; seguido, no segundo momento, do sistema de *opting-out* e *opting-in* da CISG e suas hipóteses de incidência; para, no terceiro momento, trabalhar com a autonomia das partes no Direito Internacional contratual brasileiro e suas eventuais antinomias perante a CISG.

2. O Artigo 6º da CISG e o Princípio da Autonomia das Partes nos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias

2.1 A autonomia das partes

O princípio da autonomia das partes é amplamente reconhecido pela Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) em seu artigo 6º e representa uma importante garantia para o efetivo funcionamento do comércio internacional, assim como acomoda o princípio da liberdade contratual, importante baluarte das relações comerciais internacionais[3].

> Artigo 6º. As partes poderão excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, sem prejuízo do disposto no art. 12.

3. BORISOVA, Bojidara**.** Freedom of contract: remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 6 of the CISG. In: FELEMEGAS, John. **An International Approach to the Implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law.** New York: Cambridge University Press, 2007. p. 39.

Como se percebe, o artigo 6º acima autoriza as partes a excluírem a aplicação da Convenção de Viena, a promoverem modificações ou derrogarem parcialmente as normas aplicáveis, bem como afastar os seus efeitos[4]. A partir desse dispositivo, a CISG autoriza as partes a promoverem exclusões/modificações não somente explícitas, como também implícitas, *v.g.* a partir da designação de lei aplicável por referência a uma codificação nacional, ficando, assim, afastada a aplicação da Convenção[5], em algumas situações, como trabalhado adiante.

Contudo, a redação apresentada somente foi possível a partir do acordo entre os Estados-partes de excluírem certas matérias sensíveis da esfera de aplicação da Convenção, dentre elas: as relações de consumo (artigo 2º), responsabilidade por morte ou lesão corporal (artigo 5º) e validade e direito de terceiros (artigo 4º)[6], situações que, normalmente, encontram-se reguladas de forma cogente pelos ordenamentos locais.

2.2 Breve evolução legislativa do artigo 6º da CISG

A previsão de exclusões implícitas e explícitas e suas controvérsias estão presentes desde as primeiras tentativas de uniformização do direito contratual, ao final da década de 1920. A organização do direito uniformizado da compra e venda tem início, efetivamente, no ano de 1928, com a primeira proposição apresentada pela Associação de Direito Internacional e exposta na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado daquele ano, seguida de um projeto que foi proposto pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), em 1935, de unificação das normas contratuais. Esse esforço teve continuação nos anos seguintes, com a aprovação de duas convenções internacionais sobre a compra e venda internacional: a Convenção para uma Lei Uniforme relativa à Compra e Venda Internacional (ULIS) e a Convenção para uma Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (ULF), ambas de 1964[7].

---

4. MURPHY, Maureen T. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity in International Sales Law. **Fordham International Law Journal**, n. 12, p. 727, 1989.

5. AYMONE, Priscila Knoll. A regulação do mérito da arbitragem mediante a utilização das regras internacionais de comércio: uma possibilidade decorrente da Lei brasileira de Arbitragem e um paradoxo frente à LICC/1942. In: FRADERA, Véra Jacob de; MEIRA MOSER, Luiz Gustavo (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 64

6. HONNOLD, John O. **Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales: Convención de las Naciones Unidas de 1980**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1987. p. 74

7. VICENTE, Dario Moura. P. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação. In: PINHEIRO, Luís de Lima (Coord.). **Estudos de Direito Comercial Internacional**. v. I. Coimbra: Almedina, 2004. p. 271- 273. Ver também: WALD, Arnold; COSTA, José Augusto Fontoura; VIEIRA, Maíra de Melo. O impacto da Convenção de Viena

A Lei Uniforme relativa à Compra e Venda Internacional (ULIS), em seu artigo 3º, dispôs, de forma expressa, a possibilidade de exclusão à aplicação da convenção, *verbis:*

> Artigo 3º As partes de um contrato de compra e venda são livres para excluir a aplicação da presente convenção integral ou parcialmente. Essa exclusão pode ser expressa ou tácita.

Simultaneamente, a Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (ULF), também de 1964, estabeleceu que suas disposições são aplicáveis salvo se as partes, expressa ou implicitamente, acordarem com a aplicação de outras regras[8]. Não obstante a ULIS e a ULF estejam ainda em vigor, foram ratificadas por apenas nove Estados e não obtiveram a penetração esperada pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

O artigo 6º da CISG é uma reafirmação, embora contida, das Convenções de 1964, em especial o artigo 3º da ULIS, o qual, com pequena alteração de redação, assegura que a fonte primária das regras que regulam os contratos internacionais de compra e venda é o princípio da autonomia das partes, como defendido pela doutrina[9] e pelos tribunais[10]. Assim, apesar de a regra geral do artigo 1º da Convenção de Viena dispor sobre o âmbito de aplicação da CISG, por meio de critérios material, espacial e temporal, o artigo 6º, ao possibilitar a exclusão da aplicação da Convenção, por meio da autonomia das partes, relativiza por completo a regra inaugural do texto[11].

2.3 O caráter não mandatório da CISG em decorrência do artigo 6º

Apesar do princípio da autonomia das partes ser reconhecido como um dos principais garantidores da estabilidade das regras de igualdade e competição

---

sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Direito Brasileiro: visão geral. In: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação** (caderno especial sobre a Convenção de Viena de 1980, sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias), ano 10, v. 37, p. 18-22, abr-jun 2013.

8. Ver texto completo em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulf.html>.

9. FERRARI, Franco. **Contracts for the International Sale of Goods: applicability and applications of the 1980 United Nations Sales Convention**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 153.

10. Ver [ITÁLIA] Tribunale di Padova, 24 de fevereiro de 2004, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>; [IUGOSLÁVIA] Tribunal de Arbitragem de Comércio Exterior vinculada à Câmara de Comércio da Iugoslávia, Laudo Arbitral de 9 de dezembro de 2002, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021209sb.html>; [BÉLGICA] Hof Beroep Gent, 17 de maio de 2002, disponível em <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002%05%17.htm>; e outras.

11. A respeito do âmbito de aplicação material, espacial e temporal da CISG, ver: VICENTE, Dario Moura. P. **Op. cit**. p. 273-284.

internacionais, não se pode afirmar que a CISG tem força cogente e obrigatória. Tanto doutrina[12] como os tribunais[13] reconhecem e afirmam a natureza não mandatória da CISG.

A título ilustrativo, a empresa H2O Recreation Inc. (compradora), com sede no Canadá, ajuizou ação em face de Dongui Synthetic Resin Inc. (vendedora), empresa sediada em Shanghai, China, neste país, acerca da aplicabilidade do artigo 1º (1) da CISG. Em sede recursal, a Corte de Apelação de Shanghai decidiu, em maio de 2007, corroborando com julgados de cortes e tribunais de outros Estados, que a Convenção de Viena tem uma natureza dispositiva e, portanto, não mandatória.

> The Convention is not mandatory and it is not necessary that the Convention is applicable to international sales contracts between parties with their places of business in different Contracting States. The Convention does not apply if the parties exclude the application of the Convention expressly or if there is objection to the application of the Convention. Then the rules of Chinese law on determining the law applicable to civil litigation should be resorted to. Thus, the Convention does not apply due to the objection of [Seller], despite the fact that both China and Canada are Contracting States to the Convention.[14]

O artigo 6º consagra, portanto, o caráter supletivo e não imperativo da Convenção, a qual será aplicada automaticamente, uma vez observadas as condições que preceitua, salvo se, por vontade das partes contratantes, os dispositivos forem excluídos total ou parcialmente, como reforçam Fernando Kuyven e Francisco Pignatta[15].

Conforme se analisará, por meio do sistema de *opting-out* as partes poderão excluir, derrogar ou modificar os efeitos das normas contidas na Convenção e, lado outro, aplicar a CISG, por meio da vontade das partes, a contratos normalmente excluídos do campo da esfera de aplicação, o que se entende por *opting-in*.

---

12. BORISOVA Bojidara. **Op. cit**. pp. 40; FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 154.

13. Para referências expressas sobre a natureza não mandatória da CISG, ver: [SUÍÇA] Obergericht Kanton Bern, de 19 de maio de 2008, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519s1.html>; [CHINA] Shanghai High People's Court, 17 de maio de 2007, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070517c1.html>; [ÁUSTRIA] Oberster Gerichtshof, de 21 de março de 2000, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>, e outras.

14. [CHINA] Shanghai High People's Court, 17 de maio de 2007, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070517c1.html>

15. KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: compra e venda internacional de mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 100.

3. O Sistema de *Opting-out* da CISG: A Autorização para Excluir, Derrogar ou Modificar os Efeitos das Normas

Segundo o artigo 6º da CISG, as partes podem excluir total ou parcialmente a aplicação da Convenção ou derrogar suas normas. Nesse sentido, vários tribunais entendem que, para a configuração do *opting-out*, as partes devem estabelecer um acordo[16] claro[17], inequívoco[18] e afirmativo[19], a fim de evitarem uma vinculação indesejada às normas da Convenção de Viena. Dessa forma, o *opting-out* pode ocorrer de diversas formas, seja por meio da derrogação, modificação ou exclusão expressa e implícita.

3.1 A derrogação (exclusão parcial) das normas ou modificação dos efeitos da CISG

O artigo 6º permite que as partes afastem parcialmente os dispositivos da Convenção de Viena, excluindo ou modificando suas disposições. Diversas são as hipóteses em que os tribunais vêm se posicionando sobre a possibilidade de derrogação dos dispositivos da CISG. A título ilustrativo, um tribunal reconheceu que as partes podem derrogar a expressão *reasonable time* para o prazo de notificações, nos termos do artigo 39 (1), e estabeleceu que a notificação deveria ser confirmada *em cinco dias úteis a partir da* entrega[20]. Um tribunal arbitral estabeleceu que as partes podem derrogar o período de 2 anos que se encontra no artigo 39 (2)[21]. Um outro dispôs que as partes estão autorizadas a derrogar o conceito de *entrega* que se encontra na CISG[22].

---

16. Ver [PAÍSES BAIXOS] Hof's-- Hertogenbosch, de 2 de janeiro de 2007, disponível em inglês em, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070102n1.html.
17. Ver [FRANÇA] Cour de Cassation, de 3 de novembro de 2009, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091103f1.html>; [ÁUSTRIA] Oberlandesgericht Linz, de 23 de janeiro de 2006, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>; [SUÍÇA] Tribunal Cantonal du Jura, de 3 de novembro de 2004, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041103s2.html>; [ESTADOS UNIDOS] Court of Appeals (5th Circuit), de 11 de junho de 2003, retificada em 7 de julho de 2003, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>, dentre outras.
18. Ver [ESTADOS UNIDOS] U.S. District Court, Southern District of New York, United States, de 11 de janeiro de 2011, sem publicação; [ÁUSTRIA] Oberster Gerichtshof, de 4 de julho de 2007, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a3.html>, dentre outros.
19. Ver [ESTADOS UNIDOS] District Court, Middle District of Pennsylvania, de 16 de agosto de 2005, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>.
20. Ver [PAÍSES BAIXOS] Rechtbank Arnhem, de 11 de fevereiro de 2009, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090211n1.html>; Ver também, [ALEMANHA] Landgericht Gießen, de 5 de julho de 1994, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940705g1.html>.
21. Ver [ICC] Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, France, 2002 (Arbitral award No. 11333), disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>.
22. Ver [SUÍÇA] Zivilgericht Basel-Stadt, de 8 de novembro de 2006, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061108s1.html>.

Não obstante, a autonomia das partes prevista na CISG não é ilimitada, e o artigo 6º impõe certas restrições à liberdade de escolha das partes contratantes. Contudo, não há consenso na doutrina a respeito da abrangência das limitações acerca do direito de derrogação e modificação.

Uma das raras hipóteses de limitação que reflete um certo consenso é o artigo 12, com a reserva do artigo 96. Considerando que ao menos uma das partes no contrato regulado pela CISG tem seu *place of business* no Estado que possa ter declarado uma reserva com fundamento no artigo 96 da Convenção, as partes não podem derrogar ou modificar os efeitos do artigo 12, a respeito dos requerimentos escritos. Eis a redação do artigo 96:

> Todo Estado contratante cuja legislação exija que os contratos de compra e venda sejam concluídos por escrito ou constatados por escrito pode, em qualquer momento, **declarar**, em conformidade com o artigo 12, **que qualquer disposição do artigo 11, do artigo 29 ou da segunda Parte da presente Convenção**, **que permita uma forma diversa da forma escrita** para a conclusão, modificação ou a resilição amigável de um contrato de compra e venda, ou para qualquer proposta, aceitação ou outra manifestação de intenção **não se aplica desde que uma das partes tenha seu estabelecimento nesse Estado** [*grifo nosso*].

Assim, em conformidade com o artigo 96, estabelece o artigo 12 que:

> Qualquer **disposição dos artigos 11 e 29, ou da segunda parte da presente Convenção que autoriza forma diversa da forma escrita**, seja para a conclusão, modificação ou extinção por acordo, de um contrato de compra e venda, seja para toda proposta contratual, aceitação ou outra manifestação de vontade, **não é aplicável, desde que uma das partes tenha o seu estabelecimento em um Estado contratante que tenha feito uma declaração nos termos do artigo 96 da presente Convenção. As partes não podem derrogar o presente artigo nem modificar-lhe os efeitos** [*grifo nosso*].[23]

Também, segundo entendimento da maior parte da doutrina[24], além do artigo 12, as provisões de Direito Internacional Público, contidas nos artigos 89 a 101[25], tampouco podem ser afastadas[26], uma vez que tais provisões são

---

23. Esse artigo veio à tona pelas mãos da antiga União Soviética, que insistiu na exigência da forma escrita para os contratos de comércio exterior, tendo em vista as disposições de seu direito interno.

24. BORISOVA Bojidara. **Op. cit**. p. 44; FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 157; KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Op. cit**. p. 107

25. Os artigos 89 a 101 se referem à IV Parte, que dispõe sobre as disposições finais da CISG.

26. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 157

endereçadas a questões relevantes dos Estados-partes. Nesse sentido foi a decisão proferida pelo *Tribunal di Padova*, em 2005[27]. No mesmo julgamento, entendeu o *Tribunal di Padova* que o Artigo 28[28], da mesma forma, não é direcionado às partes contratuais, mas aos Estados-partes e, em razão disso, não podem ser derrogados nem terem seus efeitos modificados.

3.2 A exclusão expressa da aplicação da CISG

A exclusão da CISG pode ocorrer de várias maneiras, normalmente por meio de manifestações expressas das partes[29] com a inserção de termos ou cláusulas contratuais que expressamente excluem a aplicabilidade da Convenção[30]. Para a doutrina tradicional, neste representada por Maureen Murphy, uma vez que o objetivo maior da CISG é a uniformização da aplicação de seus dispositivos, a única e melhor solução que se depreende da literalidade do artigo 6º é a exclusão explícita[31]. Entretanto, atualmente, a doutrina majoritária, liderada, neste, por Franco Ferrari, defende a completa possibilidade de as partes promoverem, ao lado das exclusões explícitas, as chamadas exclusões implícitas[32].

As exclusões explícitas se perfazem por duas vias: a exclusão com e sem a indicação pelas partes de uma lei aplicável ao contrato[33]. É possível, ainda, que essas hipóteses sejam fragmentadas em exclusão integral ou parcial. No que tange à primeira, a exclusão integral, aos contratantes é permitido, em

---

27. Ver [ITÁLIA] Tribunale di Padova, de 11 de janeiro de 2005, disponível em inglês em<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html>.
28. Artigo 28. Se, em conformidade com as disposições da presente Convenção, um dos contratantes tem o direito de exigir do outro a execução de uma obrigação, um tribunal não é obrigado a ordenar a execução in natura, a não ser se o fizer, em virtude do seu próprio direito, a contratos de compra e venda semelhantes, não regidos pela presente Convenção.
29. Para casos em que a aplicação da CISG foi expressamente excluída por meio da manifestação das partes, ver: [SÉRVIA] Foreign Trade Court of Arbitration vinculada à Câmara de Comércio Sérvia, Laudo Arbitral de 17 de agosto de 2009, disponível em inglês em < http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090817sb.html>; [PAÍSES BAIXOS] Rechtbank Utrecht, de 15 de abril de 2009, disponível em inglês em < http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090415n1.html>; [RÚSSIA] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, de 5 de novembro de 2004, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041105r1.html.>.
30. Ver [ALEMANHA] Oberlandesgericht Oldenburg, de 20 de dezembro de 2007, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071220g1.html>; [ÁUSTRIA] Oberster Gerichtshof, de 4 de julho de 2007, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a3.html>. Para uma referência simples quanto à possibilidade de exclusão da CISG expressamente pela utilização de termos contratuais padronizados, ver: [SUÍÇA] Tribunal Cantonal du Jura, de 3 de novembro de 2004, disponível em inglês em < http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041103s2.html>.
31. MURPHY, Maureen T. **Op. cit**. p. 743.
32. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 159-176
33. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 176.

primeira hipótese, excluírem a aplicação da Convenção de Viena e suplementar essa ausência de norma regente com a indicação de uma lei aplicável, a qual resultaria do exercício de aplicação das normas de Direito Internacional Privado do *forum*[34], ou, como acontece na maioria dos Estados, resultaria na aplicação da lei escolhida pelas próprias partes contratantes[35]. Neste âmbito, é possível, inclusive, que a lei aplicável seja escolhida pelas partes contratantes durante a tramitação de um procedimento judicial, nos Estados que assim o permitem as respectivas normas conflituais, como, por exemplo, Alemanha e Suíça.

Na hipótese de as partes contratantes, expressamente, escolherem, apenas, excluir a CISG sem, ao contrário, designar uma lei aplicável para a regência do contrato, as normas de Direito Internacional Privado do *forum* determinará, por meios próprios, o direito interno aplicável para reger o negócio jurídico, segundo visão preferencial da doutrina[36].

Neste contexto, as exclusões propostas da CISG ocorrem *in totum*, muito embora, conforme expõe Franco Ferrari, haja um debate entre os comentaristas da Convenção de Viena a respeito de as exclusões serem parciais[37]. Uma primeira corrente de doutrinadores, segundo o autor, favoráveis à exclusão parcial dos dispositivos da CISG defendem que as questões controvertidas erigidas a partir da exclusão das partes devem ser solucionadas em conformidade com o artigo 7º (2), juntamente com os princípios gerais da Convenção. Dessa forma, embora as partes manifestem o desejo de afastar a literalidade de determinado dispositivo, a CISG continua aplicável por intermédio de seus princípios, conforme assegura o artigo 7º (2). De outro lado, sustenta Franco Ferrari a necessidade de proteger a exclusão parcial[38], sem qualquer remissão aos princípios gerais da CISG, raciocínio mais lógico, segundo o autor[39].

3.3 A exclusão implícita da aplicação da CISG

Embora exista certa divergência doutrinária acerca da possiblidade de exclusão implícita da aplicação dos dispositivos da CISG pelas partes contra-

34. Ver [ALEMANHA] Bundesgerichtshof, de 23 de julho de 1997, disponível em inglês em <>. Em sentido similar, ver: [ALEMANHA] Oberlandesgericht Frankfurt, de 15 de março de 1996.
35. Ver [SERVIA] Câmara de Arbitragem de Comércio Exterior, de 17 de agosto de 2009.
36. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 178. O autor esclarece, em nota de rodapé, que antigamente esta exclusão expressa sem a determinação de uma lei substitutiva aplicável não era admissível.
37. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 178.
38. Referência de caso sobre a possibilidade de exclusão parcial da CISG, ver: [ALEMANHA] German Supreme Court, de 9 de janeiro de 2002, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>.
39. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 178.

tantes, a parcela majoritária defende a aplicação e utilidade da exclusão[40], desde que manifestada por meio de uma intenção real e clara das partes, configurada esta a partir de uma interpretação sistêmica da relação jurídica e nas condutas das partes. Esse também é o construto que se verifica na jurisprudência.

A exclusão implícita já havia sido prevista no artigo 3º da ULIS de 1964, o qual, embora criticado posteriormente, razão pela qual não integra o atual texto da CISG, declarava que "as partes de um contrato de compra e venda são livres para excluírem a aplicação da presente Convenção integral ou parcialmente. Essa exclusão deve ser expressa ou implícita". Todavia, a atual ausência no texto da Convenção de Viena a respeito da possibilidade de exclusão implícita não deve ser interpretada de maneira restritiva. Segundo Franco Ferrari, o silêncio da CISG deve ser analisado apenas como um fator de desencorajamento direcionado aos tribunais a fim de que eles não declarem, facilmente, a impossibilidade de exclusão dos dispositivos da Convenção nas relações contratuais entre as partes contratantes[41]. Entendimento este declarado em vários julgados.

As partes podem excluir a aplicação da CISG em suas relações contratuais (a) por meio da indicação, pelas partes, de lei aplicável ao contrato; em razão da utilização de contratos padronizados e da escolha de jurisdição pelas partes; assim como é possível afastar a incidência da Convenção.

(a) Exclusão implícita e a indicação pelas partes contratantes de lei aplicável nas condições gerais

Uma forma comumente utilizada pelas partes contratantes para afastar a incidência dos dispositivos da CISG, de forma implícita, ocorre pela escolha de uma lei aplicável para reger a relação contratual. Essa escolha deve ser efetiva, principalmente em se tratando de uma lei de um Estado-parte que não é membro da Convenção, conforme já, por diversas vezes, se pronunciaram os tribunais.

Às partes é facultado designar uma lei específica de um dos Estados contratantes da CISG, por exemplo, o Código Civil da França ou o Código Comercial da Alemanha, momento em que se afasta a incidência da Convenção de Viena por referência a outra lei. No mesmo sentido, afasta-se a aplicação da CISG se as partes designarem uma lei de um Estado não contratante da Convenção. Salienta Priscila Aymone que, na eventualidade de persistirem dúvidas acerca

40. BORISOVA, Bojidara. **Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles May Be Used to Interpret or Supplement Article 6 of the CISG.** 2004. Disponível em: <http>//cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova2.html>.
41. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 161.

da designação da lei aplicável pelas partes, o artigo 1º deve ser retomado com todas as suas limitações[42].

É imperioso ressaltar que o objetivo da Convenção de Viena, assim como todo instrumento congênere, é a promoção da uniformização, *in casu*, das regras aplicáveis aos contratos internacionais e sua interpretação. Neste sentido, por se tratar a CISG de um todo sistêmico, a interpretação de seus dispositivos, em especial do artigo 6º, deve observar o teor do artigo 7º, ou seja, respeitar o caráter internacional da Convenção e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como assegurar o respeito à boa-fé no comércio internacional.

Note-se, todavia, que a indicação pura e simples de um direito nacional como lei aplicável na regência de um contrato internacional não exclui, *per se*, a incidência da CISG, podendo esta ser aplicada como direito material do ordenamento jurídico cujo direito tenha sido designado pelas próprias partes. Contudo, havendo, paralelamente à designação da lei aplicável, uma menção expressa a respeito da exclusão da Convenção, assim se dará, como trabalhado no item 3.2.

(b) Exclusão implícita em razão da utilização de contratos padronizados e da escolha de jurisdição pelas partes

A exclusão da CISG ocorre também, implicitamente, pela utilização de contratos padronizados (*standard)*. A exclusão evidencia-se a partir do momento em que esses contratos se tornam parte integrante do contrato principal, observados os seguintes requisitos evidenciados por Franco Ferrari: (a) seu conteúdo seja profundamente influenciado pelas regras e conceitos de um sistema legal específico, concluindo-se pela incompatibilidade de aplicação com a CISG, assim como pela intenção das partes quanto à exclusão; e (b) sua utilização seja tendenciosa à exclusão da Convenção[43].

De forma similar, a utilização dos termos de comércio internacional, INCOTERMS, considerados como *standards* amplamente reconhecidos e aceitos

---

42 AYMONE, Priscila Knoll. **Op. cit**. p. 64. Segundo o artigo 1º da CISG: Artigo 1º. *(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante. (2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato. (3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.*

43. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 172.

no comércio internacional, não induz, *per se*, o afastamento da CISG. O mesmo ocorre com os princípios do UNIDROIT. Ambos complementam o sistema contratual, conforme autorizado pelo artigo 7º da própria Convenção de Viena. No mesmo sentido, se pronuncia a jurisprudência[44].

Ainda, Ferrari afirma que a escolha da jurisdição também pode levar ao afastamento da CISG, tal como a escolha de tribunal arbitral[45]. Exige, porém, o autor, dois requisitos para tanto: (a) a possibilidade de inferir que a intenção das partes quando da escolha do *forum* representa uma escolha inequívoca da lei interna como aplicável em detrimento da CISG; (b) o *forum* não deve estar situado no território de alguma das partes contratantes da CISG. Contrariamente, interpreta-se pela aplicação da CISG[46].

4. A Questão do *Opting-in*: A Não Vedação de Aplicação das Normas da CISG em Situações Excluídas pela Própria Convenção e Seus Efeitos

Outrossim, as partes contratantes podem, por meio da autonomia das partes, escolherem a CISG como direito aplicável ao contrato em casos não abarcados em sua esfera de aplicação, ou seja, quando os pré-requisitos para aplicação da Convenção não forem concretizados. É o denominado *opting-in*, sistema que, embora previsto desde 1964 no artigo 4º da ULIS[47], nunca foi levantado pelas partes[48].

O simples fato de a Convenção de Viena não prever a possibilidade expressa de utilização de seus dispositivos em situações outras além das abarcadas, não significa, necessariamente, que as partes encontram-se proibidas de *opting-in*, ampliando a esfera de aplicação da regra uniformizada. Assim, na ausência dos requisitos impostos pela CISG, as partes podem manifestar o seu

---

44. Ver [ÁUSTRIA] Austrian Supreme Court, de 22 de outubro de 2001, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011022a3.html>. *The agrément to apply Incoterms (...) does not necessarily indicate an agrément to exclude the CISG, because they provide only for singular aspects of the sales contract and do not require the basis of a certain sales law that diverges from the CISG.*

45. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 173.

46. Ver Arbitral Tribunal of the Hamburg Chamber of Commerce, de 29 de dezembro de 1998, disponível em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981229g1.html>.

47. Artigo 4º ULIS. *The present Law shall also apply where it has been chosen as the law of the contract by the parties, whether or not their places of business or their habitual residences are in different States and whether or not such States are Parties to the Convention dated the 1st day of July 1964 relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, to the extent that it does not affect the application of any mandatory provisions of law which would have been applicable if the parties had not chosen the Uniform Law*.

48. FERRARI, Franco. **Op. cit**. p. 180.

interesse quanto a questões referentes a: (a) transações ou questões especificamente excluídas da esfera de aplicação da Convenção, como, por exemplo, as relações de consumo[49], a responsabilidade por morte ou lesão corporal[50], e validade e direito de terceiros[51]; (b) partes contratantes estabelecidas no mesmo Estado-parte da CISG; e (c) transações transnacionais que carecem de contato adequado com um Estado contratante da Convenção[52].

Assim, o direito uniformizado poderá ser aplicado na relação contratual das partes, integrando o conteúdo contratual, limitando suas disposições às normas imperativas da lei material aplicável à controvérsia de ordem pública.

5. O Princípio da Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado Contratual Brasileiro e a Aparente Antinomia com as Regras da CISG: O Direito como Sistema Unitário de Normas

(a) A autonomia da vontade das partes no direito internacional privado contratual brasileiro

Conforme será analisado, o Brasil adota uma concepção mais restrita da liberdade contratual no âmbito dos contratos internacionais[53]. A questão da autonomia da vontade nos contratos internacionais e na normativa do Direito Internacional Privado brasileiro encontra-se posta desde meados do século XIX, momento em que Pimenta Bueno trazia à tona as primeiras lições da disciplina, no âmbito pátrio. Determinar se o Brasil é partidário ou não da autonomia da vontade para se apurar a lei que eventualmente governará um contrato transfronteiriço não se mostrou, nestes 150 anos, tarefa das mais conciliatórias.

A primeira codificação sistematizada de Direito Internacional Privado brasileiro foi a Lei de Introdução do Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917, juntamente com o Código Civil. Nesse texto codificado de DIP

---

49. Artigo 2º. *Esta Convenção não se aplicará às vendas: (a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso (...).*
50. Artigo 5º. *A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa.*
51. Artigo 4º. *Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente: (a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume; (b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas*.
52. HONNOLD, John. **Op. cit**. p. 83
53. KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários...** p. 100.

estipulou-se, no artigo 13[54], que *salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas* regulariam aquelas obrigações. A expressão *salvo estipulação em contrário* determinaria a existência da aceitação da autonomia da vontade pelo ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, o parágrafo único desse mesmo dispositivo reduzia drasticamente o âmbito de incidência, aparentemente negando a possibilidade da própria autonomia inserida no *caput*, ao dispor que *mas sempre se regerão pela lei brasileira*: os contratos exequíveis no Brasil; as obrigações contraídas entre brasileiros no exterior; e os atos referentes ao regime hipotecário brasileiro. Ficou estabelecida, portanto, uma dicotomia de tratamento entre a autonomia da vontade, a princípio, em razão de uma interpretação literal do dispositivo, a regra, e a lei brasileira, quando da execução das obrigações no Brasil, *prima facie*, a exceção.

Em 1928, o Código de Bustamante, exercício de uniformização do Direito Internacional Privado no âmbito latino-americano, tratou da autonomia da vontade de forma relativa. Recebendo críticas em razão da imprecisão, o tratado dispôs, nos artigos 164 a 186, a respeito do tema obrigações e contratos, contudo indicou os termos *lei territorial* e *lei pessoal* sem, de fato, indicar um critério para determinação[55]. Assim, careceu de aplicabilidade dentre os juristas e tribunais brasileiros.

Desde 1942, o código de Direito Internacional Privado brasileiro – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe, no artigo 9º, a respeito da adoção de um critério territorial e nacionalista:

> Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, **aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem**.
>
> §1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.
>
> §2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente [*grifo nosso*].

Analisando a evolução doutrinária jusprivativista brasileira acerca do reconhecimento e adoção da autonomia da vontade pelo Direito Internacional

---

54. Lei de Introdução ao Código Civil de 1916. *Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas. Parágrafo único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil. II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro. III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil. IV. Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.*
55. ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 173

Privado pátrio, desde o século XIX, é possível identificar três correntes distintas de pensamento, são elas: (a) aqueles contrários à adoção da autonomia da vontade, dentre os quais se destacam Bueno, no século XIX, Pontes de Miranda[56], seguido por Amílcar de Castro[57]; (b) aqueles favoráveis à autonomia da vontade, porém limitada às normas supletivas, retirando sua aplicabilidade na integralidade do contrato, posição defendida, tradicionalmente, por Clóvis Beviláqua[58], Rodrigo Otávio, Eduardo Espínola[59], Grandino Rodas[60]; e (c) aqueles amplamente favoráveis ao reconhecimento e à adoção da autonomia da vontade no DIP brasileiro, sendo seus maiores representantes Irineu Strenger[61], Haroldo Valladão[62] e Jacob Dolinger[63]. Endossando a segunda corrente, Paulo Borba Casella[64], ao analisar o artigo 9º da LINDB/1942, atesta que não há previsão expressa que autorize a utilização da autonomia da vontade das partes no DIP brasileiro, contudo declara que a impossibilidade de utilização da escolha da lei aplicável pelas partes não é absoluta, desde que por via indireta, *verbis:*

> (...) não acarreta a total impossibilidade para que as partes o façam, por via indireta. Assim, no direito pátrio, a previsão contida no parágrafo, remetendo à tutela da lei do local em que residir o proponente, no caso do contrato entre ausentes, permite deslocar a tutela da lei aplicável, conforme estipulem as partes o local de celebração do contrato.

Não obstante ainda estarmos diante da ausência de previsão legal da autonomia da vontade das partes nas relações negociais de alcance trans-

---

56 .MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Internacional Privado**. Tomo I, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1935. p. 156-160, 185-195

57. CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 363-378.

58. BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 357-359.

59. ESPÍNOLA, Eduardo**. Elementos de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1925. p. 655-657.

60. RODAS, Grandino. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 44.

61. STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 215-220.

62. VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 363-375.

63. DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 421-481.

64. CASELLA, Paulo Borba. A autonomia da vontade, arbitragem Comercial internacional e Direito Brasileiro. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 743.

fronteiriço, é possível identificar sinais concretos de mudança em nosso ordenamento jurídico que nos levam a crer que a autonomia da vontade se encontra presente e aplicável no DIP brasileiro. O primeiro sinal trata da possibilidade de escolha pelas partes da lei regente aos procedimentos arbitrais, incluindo, neste rol, a *lex mercatoria*, nos termos do artigo 2º do diploma legal, sendo ampla a liberdade de exercício no caso prescrito[65], conforme se conclui da literalidade do artigo, abaixo:

> Art. 2 A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.
>
> § **1º Poderão as partes escolher**, livremente, **as regras de direito** que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
>
> **§ 2º** Poderão**, também,** as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio **[*grifo nosso*].**

Ademais, no âmbito interamericano, foi elaborada, durante a CIDIP V, a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, em 1994 (Convenção do México). Nesta, o Brasil participou, negociou, e foi incluído o princípio da autonomia da vontade a título de lei aplicável, praticamente nos mesmos termos da Convenção de Roma, bem como adotou-se a regra dos vínculos mais estreitos por meio do qual os juízes deverão, ao julgar, observar todos os elementos que envolvem o caso concreto, subjetivos e objetivos[66]. No artigo 7º e seguintes encontra-se prevista a autonomia das partes para a determinação do direito aplicável:

> O contrato **rege-se pelo direito escolhido pelas partes**. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de **forma evidente da conduta das partes** e **das cláusulas contratuais**, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

Todavia, até a presente data, o Brasil não ratificou a Convenção do México, muito em razão de seu Direito Internacional Privado nacional.

No âmbito da jurisprudência dos tribunais brasileiros, raras são as manifestações acerca do antigo artigo 13 e do atual artigo 9º. Nessas poucas oportu-

65. CASELLA, Paulo B. **Op. cit.** p. 745.
66. ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 197-198.

nidades de aplicação dos dispositivos pelos tribunais brasileiros, segundo Nádia de Araújo, sempre houve a interpretação literal dos mesmos, em especial do artigo 9º, afastando a autonomia da vontade da regência dos contratos transnacionais[67].

Assim, o sistema brasileiro de Direito Internacional Privado, quanto ao uso da autonomia da vontade, é bem particular. Ao mesmo tempo em que se nota uma vontade inicial do legislador em internalizar o princípio da autonomia da vontade para o DIP, também se evidencia uma forte resistência, levando a uma legislação que afasta por completo a possibilidade literal de aplicação da autonomia da vontade. E, mesmo nos dias atuais, em que se verifica uma proliferação de contratos internacionais com o incremento comercial entre os Estados, ainda a questão aguarda uma solução.

(b) A aparente antinomia das regras brasileiras com as regras da CISG: o direito como sistema unitário de normas

Neste contexto, em 4 de março de 2013, o Brasil depositou o instrumento de adesão à CISG, e esta entrou em vigor para o país, no plano jurídico internacional, em 1º de abril de 2014, integrando, finalmente, o direito brasileiro. Ante a esse fato e ao pêndulo normativo e doutrinário a respeito da autonomia da vontade nos contratos internacionais verificado na evolução do direito internacional privado brasileiro, pergunta-se: Como aplicar o artigo 6º da CISG em conformidade com o panorama do Direito Brasileiro traçado acima?

É sabido que cada diploma legal, como parte integrante de um sistema jurídico unitário, possui características próprias, em especial segundo a validade temporal, espacial, pessoal e material. As normas se adequam ao todo e nele passam a interagir e a dialogar com as demais, ora se sobrepondo, ora se afastando, mas sempre contribuindo para o desenvolvimento da regulação social. A respeito do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio, em seu *Teoria do Ordenamento Jurídico*, apresentou os critérios fundamentais de solução de antinomias legais, os quais são: o cronológico, o hierárquico e a especialidade. Para o autor, no âmbito cronológico, *lex posterior derogat priori*; na esfera da hierarquia, a lei superior afasta a lei inferior; no plano da especialidade, *lex speciali derogat generali* [68].

Utilizando-se desses critérios, é possível evidenciar que a CISG, como parte da ordem jurídica brasileira, adaptará, assim como todas as outras normas do sistema, ao todo unitário, mantendo a coerência do ordenamento e afastando-se

67. ARAÚJO, Nádia. **Op. cit.** p. 272.

68. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

eventuais antinomias. Observando-se o adágio *lex posterior derogat priori*, a Convenção de Viena integrou o ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação e publicação do Decreto Presidencial nº 8.327, de 13 de outubro de 2014, portanto posterior às demais normas e posições que não acolhem o princípio da autonomia das partes no âmbito das relações contratuais internacionais.

Quanto à hierarquia, a maioria dos tratados internacionais ratificados e internalizados no ordenamento brasileiro equiparam-se, ainda no presente, à lei ordinária. Entretanto, há um claro e progressivo desenvolvimento jurisprudencial no sentido de reconhecer o *status* normativo dos tratados no Brasil como norma supralegal, abaixo, hierarquicamente, somente da Constituição da República, como já acontece com os tratados internacionais de direitos humanos não referendados por quórum qualificado de emenda constitucional, bem como recente entendimento, ainda em construção, a respeito dos tratados de bitributação. A isso, acrescenta-se que o Brasil, em 2009, ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, na qual consta dispositivo acerca da impossibilidade de afastar disposições de tratados internacionais sob o argumento de violação do direito interno. Neste sentido, observa-se um acelerado processo de elevação dos tratados a um patamar superior àquele atualmente reinante.

Por fim, acerca da especialidade, observa-se que a CISG é, sem sombra de dúvidas, um instrumento que regulamenta uma matéria especial, qual seja, contratos internacionais de compra e venda internacional de mercadorias. Dessa forma, tratando-se de relações contratuais transnacionais ou, configurando-se as hipóteses tratadas neste artigo, *lex speciali derogat generali*, afastando-se a incidência da lei interna, na medida da vontade manifestada pelas partes contratantes.

Assim, no caso da aplicação da CISG à arbitragem no Brasil, aparenta não haver dúvidas quanto à sua possibilidade. Dispõe o artigo 2º da Lei nº 9.307/1997 o seguinte:

> Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de **equidade**, a critério das partes.
>
> § 1º **Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito** que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
>
> **§ 2º** Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio **(...).**

Da leitura do dispositivo acima é possível depreender a possibilidade de as partes escolherem o direito aplicável à arbitragem, podendo este basear-se nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais

de comércio, incluindo-se, neste ponto, a CISG. O princípio da autonomia da vontade encontra-se expressamente declarado no artigo 2º da Lei de Arbitragem brasileira, sendo aplicado, inclusive, para arbitragens internacionais. Tal dispositivo é aplicável ao mérito da arbitragem, afastando-se a incidência do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942[69]. No mesmo sentido, a parca jurisprudência brasileira[70].

Lado outro é a aplicação da CISG pela jurisdição estatal. Como afirma Priscila Aymone, *uma vez submetida ao Judiciário, essa cláusula* [escolha da lei] *será afastada, pois os juízes, presos à rigidez das regras de DIP do país, não acatarão o princípio da autonomia da vontade*[71]. Não obstante tal visão, a CISG hoje é parte do Direito Brasileiro e com ele deve dialogar a partir dos critérios hermenêuticos de conformação e de interpretação. O ordenamento jurídico é unitário, e as regras não devem proporcionar fragmentação do sistema. Nesse sentido, os critérios proporcionados por Bobbio demonstram que a CISG é norma posterior, especial e de mesma ou hierarquia superior conforme entendimento perfilhado. Não entender dessa forma seria passar ao largo dos principais critérios utilizados para a conformação de todas as demais normas no ordenamento jurídico. É este o desejo do Legislador que referendou a Convenção de Viena, atribuir a ela critérios especiais de interpretação ante todo o resto das normas brasileiras? E quanto aos juízes aplicadores, será a CISG argumento suficiente para afastar de uma vez por todas o medo da literalidade do artigo 9º da LINDB/1942 quanto aos contratos transnacionais?

Em tese, essas respostas devem ser afirmativas, contudo sua aplicação ainda será testada pelo Judiciário e o artigo 6º da CISG analisado pela prática dos tribunais brasileiros.

Considerações Finais

A CISG, como um processo de uniformização do direito contratual transnacional, norteia-se pelo princípio da autonomia das partes contratantes, como se encontra previsto no artigo 6º da Convenção. Esse dispositivo, originado das convenções congêneres elaboradas desde as primeiras ideias de uniformização do direito contratual das primeiras décadas do século XX, autoriza as partes a promoverem o *opting-out* e o *opting-in*, restringindo e alargando, respectivamente, a esfera de aplicação prevista no texto uniformizado.

---

69. Neste sentido, DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 282.

70. Ver, como exemplo, julgado do 1º TASP. Ap Civ. 1111650-- 0/SP. 7ª Cam. Rel. Des. Waldir de Souza José, j. 24/09/2002.

71. AYMONE, Priscila Knoll. **Op. Cit.** p. 84.

Como instrumento uniformizador do comércio internacional, a CISG, ao prever o *opting-out* e o *opting-in,* reflete a dinamicidade das práticas de comércio internacional, bem como a flexibilidade necessária às partes contratantes para melhor regularem sua relação jurídica, seja simplesmente aceitando a limitada esfera de aplicação da Convenção de Viena, seja derrogando ou modificando os efeitos de seus dispositivos ou excluindo, expressa ou tacitamente, a CISG como instrumento aplicável às suas relações contratuais.

Apesar de o Brasil ter recentemente aderido à Convenção, incorporando o tratado no ordenamento jurídico brasileiro, ainda restam dúvidas a respeito de sua adaptação e conformação ante o histórico brasileiro de afastamento do princípio da autonomia das partes no âmbito dos contratos internacionais ou transnacionais, em especial pela parca jurisprudência a respeito. Não obstante, é possível concluir que, no que tange à arbitragem, suportada pelo artigo 2º da Lei de Arbitragem Brasileira, a CISG é aplicável, bem como seu artigo 6º, no amplo exercício da autonomia das partes, desde 1997.

Todavia, o mesmo não se pode ainda afirmar quanto aos contratos transnacionais que se submeterão ao Judiciário. Neste ponto, apesar do entendimento conservador da magistratura brasileira, pelos critérios de afastamento das antinomias ensinado por Bobbio, hierarquia, especialidade, bem como temporal, não haverá outra saída senão o amplo reconhecimento da aplicabilidade da CISG e do princípio da autonomia das partes por parte dos juízes brasileiros, sob pena de fazerem uso de critérios diferentes para interpretar normas que compõem o mesmo ordenamento jurídico. Por derradeiro, reconhecendo a CISG, reconhece-se a possibilidade de utilização do sistema *opting-out* e *opting-in*, expressão maior da autonomia das partes no âmbito da Convenção de Viena.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AYMONE, Priscila Knoll. A regulação do mérito da arbitragem mediante a utilização das regras internacionais de comércio: uma possibilidade decorrente da Lei brasileira de Arbitragem e um paradoxo frente à LICC/1942. In FRADERA, Véra Jacob de; MEIRA MOSER, Luiz Gustavo (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Atlas, 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios Elementares de Direito Internacional Privado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

BORISOVA Bojidara**.** Freedom of contract: remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 6 of the CISG. In: FELEMEGAS,

John. **An International Approach to the Implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law**. New York: Cambridge University Press, 2007.

BORISOVA, Bojidara. **Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 6 of the CISG.** 2004. Disponível em;: <http>//cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova2.html>.

CASELLA, Paulo Borba. A autonomia da vontade, arbitragem Comercial internacional e Direito Brasileiro. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 421-481.

ESPÍNOLA, Eduardo**. Elementos de Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1925.

FERRARI, Franco. **Contracts for the International Sale of Goods: applicability and applications of the 1980 United Nations Sales Convention**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

FRADERA, Véra Jacob de; MEIRA MOSER, Luiz Gustavo (Orgs.). **A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Atlas, 2011.

HONNOLD, John O. **Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales: Convención de las Naciones Unidas de 1980**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1987.

KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: compra e venda internacional de mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Internacional Privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1935.

MURPHY, Maureen T. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity in International Sales Law. **Fordham International Law Journal,** n. 12, 1989.

RODAS, Grandino. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, Grandino (Org.). **Contratos Internacionais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 363-375.

VICENTE, Dario Moura. P. A Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação. In: PINHEIRO, Luís de Lima (Coord.). **Estudos de Direito Comercial Internacional**. v. I. Coimbra: Almedina, 2004.

WALD, Arnold; COSTA, José Augusto Fontoura; VIEIRA, Maíra de Melo. O impacto da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Direito Brasileiro: visão geral. In: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação** (caderno especial sobre a Convenção de Viena de 1980 sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias), ano 10, v. 37, Abr-Jun 2013.

Casos consultados

[ALEMANHA] Landgericht Gießen, de 5 de julho de 1994, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940705g1.html>.

[ALEMANHA] Oberlandesgericht Oldenburg, de 20 de dezembro de 2007, disponível em inglês em < http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071220g1.html>.

[ÁUSTRIA] Austrian Supreme Court, de 22 de outubro de 2001, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011022a3.html>.

[ÁUSTRIA] Oberster Gerichtshof, de 21 de março de 2000, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000321a3.html>.

[ÁUSTRIA] Oberlandesgericht Linz, de 23 de janeiro de 2006, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>.

[ÁUSTRIA] Oberster Gerichtshof, de 4 de julho de 2007, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070704a3.html>.

[BÉLGICA] Hof Beroep Gent, 17 de maio de 2002, disponível em <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/2002-- 05-17.htm>.

[BRASIL] 1º TASP. Ap Civ. 1111650--0/SP. 7ª Cam. Rel. Des. Waldir de Souza José, j. 24/09/2002.

[CHINA] Shanghai High People's Court, 17 de maio de 2007, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070517c1.html>.

[ESTADOS UNIDOS] Court of Appeals (5th Circuit), de 11 de junho de 2003, retificada em 7 de julho de 2003, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>.

[ESTADOS UNIDOS] U.S. District Court, Southern District of New York, United States, de 11 de janeiro de 2011, sem publicação.

[ESTADOS UNIDOS] District Court, Middle District of Pennsylvania, de 16 de agosto de 2005.

[FRANÇA] Cour de Cassation, de 3 de novembro de 2009, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091103f1.html>.

[ICC] Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, France, 2002 (Arbitral award No. 11333), disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021333i1.html>.

[ITÁLIA] Tribunale di Padova, 24 de fevereiro de 2004, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

[ITÁLIA] Tribunale di Padova, de 11 de janeiro de 2005, disponível em inglês em<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html>.

[IUGOSLÁVIA] Tribunal de Arbitragem de Comércio Exterior vinculada à Câmara de Comércio da Iugoslávia, Laudo Arbitral de 9 de dezembro de 2002, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021209sb.html>.

[PAÍSES BAIXOS] Hof's-Hertogenbosch, de 2 de janeiro de 2007, disponível em inglês em, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070102n1.html>.

[PAÍSES BAIXOS] Rechtbank Arnhem, de 11 de fevereiro de 2009, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090211n1.html>.

[PAÍSES BAIXOS] Rechtbank Utrecht, de 15 de abril de 2009, disponível em inglês em < http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090415n1.html>.

[RÚSSIA] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, de 5 de novembro de 2004, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041105r1.html>.

[SÉRVIA] Foreign Trade Court of Arbitration vinculada à Câmara de Comércio Sérvia, Laudo Arbitral de 17 de agosto de 2009, disponível em inglês em < http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090817sb.html>.

[SUÍÇA] Obergericht Kanton Bern, de 19 de maio de 2008, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080519s1.html>.

[SUÍÇA] Tribunal Cantonal du Jura, de 3 de novembro de 2004, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041103s2.html>.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050816u1.html>.

[SUÍÇA] Zivilgericht Basel-Stadt, de 8 de novembro de 2006, disponível em inglês em <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061108s1.html>.

Cartazes das Semanas Jurídicas da UNIARA de 2000 a 2020

XXIX SEMANA JURÍDICA

"Luiz Felipe Cabral Mauro"

28/08 a 1°/09 de 2000

PROGRAMAÇÃO

DIA / SÉRIE	SEGUNDA 28	TERÇA 29	QUARTA 30	QUINTA 31	SEXTA 01
1°, 2°, 3° DIURNO	SOLENIDADE DE ABERTURA Palestra Magna	Sérgio Roxo da Fonseca **"Lógica Jurídica"** Início: 8:00 hs Local: Uniara	Sílvio Venosa **"Novos Horizontes dos Contatos"** Início: 8:00 hs Local: Uniara	Toshio Mukai **"Responsabilidade Ambiental"** Início: 8:00 hs Local: Eldorado	Alexandre de Morais **"MP e o combate a improbabidade administrativa"** Início: 8:00 hs Local: Eldorado
1°, 2°, 3° NOTURNO	Almino Affonso **"Advocacia e Função Social"** Início:19:30 hs Local: Eldorado	Sílvio Venosa **"Novos Horizontes dos Contratos"** Início: 19:30 hs Local: Eldorado	Toshio Mukai **"Responsabilidade Ambiental"** Início: 19:30 hs Local: Eldorado	Alexandre de Morais **"MP e o combate a improbabidade administrativa"** Início: 19:30 hs Local: Eldorado	
4° e 5° NOTURNO		Marco Aurélio Grecco" **"A Tributação na Internet"** Início:19:30 hs Local: Uniara	Sérgio Roxo da Fonseca **"Contratos Administrativos"** Início: 19:30 hs Local: Uniara	Rita de Cássia Curvo Leite **"Direitos da Personalidade"** Início: 19:30 hs Local: Biblioteca Municipal	

LEMBRETE

PARA TER ACESSO ÀS PALESTRAS É NECESSÁRIO APRESENTAR O COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO.

UNIARA

INFORMAÇÕES

0800 55 65 88

WWW.uniara.com.br

REALIZAÇÃO

- DIRETÓRIO ACADÊMICO PROFESSOR WALTER MEDEIROS MAURO
- DEPARTAMENTO DE CEIÊNCIAS JURÍDICAS

XXX Semana Jurídica

"Prof. Dr. Fernando da Costa Tourinho Filho"

5 a 9 de Novembro de 2001

UNIARA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAQUARA

TURMAS (DIURNO E NOTURNO)

05/11 SEGUNDA	06/11 TERÇA	07/11 QUARTA	08/11 QUINTA	09/11 SEXTA
Solenidade de Abertura (convite) *Palestra Magna* *Horário: 18h30* *Dr. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO* *Ministro do S.T.F.* *Ativos e Passivos e Reformas do Poder* *Horário: 19h30* *Local: Hotel Eldorado*	*Dra.ANA MARIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI* *Advogada, Secretária-geral e apresentada do T.S.E.* *"As privatizações e a Nova Papel de Estado"* *Local: Auditório UNIARA* *Horários: 8:30h* *Horários: 19:30h* *Dr. ANTONIO CARLOS MARCATO* *Desembargador aposentado do T.J., Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP* *"O Processo como Instrumento de Realização do Direito"* *Horários: 8:30h* *Local: Auditório UNIARA* *Horários: 19:30h* *Local: Hotel Eldorado* *Dr. ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL* *Presidente do Brazil Law School Association do Brasil, Advogado em São Paulo* *"Novos Horizontes dos Contratos Internacionais"* *Horários: 19:30h* *Local: Biblioteca Municipal*	*Dr. ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL* *Presidente da Harvard Law School Association do Brasil, Advogado em São Paulo* *"Novos Horizontes dos Contratos Internacionais"* *Horários: 8:00h* *Dr. PAULO RICARDO ARENA FILHO* *Juiz Federal* *"A Justiça Federal no Controle do Poder Judiciário"* *Horários: 9:00h* *Local: Auditório UNIARA* *DR. EDVALDO BRITO* *Prof. do Univ. Federal da Bahia e Livre Docente da Faculdade de Direito da USP* *"A Tributação e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana"* *Horários: 19:30h* *Local: Hotel Eldorado* *DR.ª ELISABETE LIBERTUCCI* *Advogada, Especialista em Direito Tributário, Prof.ª de Pós Graduação Lato Sensu do Centro de Extensão Universitária- SP.* *"Sistema Tributário Nacional"* *Horários: 19:30h* *Local: Auditório da UNIARA* *Dr. MARCO AURÉLIO GRECCO* *Advogado, Doutor em Direito e Consultor(s) do Instituto dos Advogados do Brasil* *"Tributação e Internet"* *Horários: 19:30h* *Local: Biblioteca Municipal*	*Dr. EURIS DO AMARAL* *Advogado criminal, Ex-professor de Direito Penal da USP* *"Teoria Geral do Crime - O Direito Tributário"* *Horários: 8:30h* *Horários: 19:30h* *Dr. GASTÃO ALVES DE TOLEDO* *Advogado, Mestre e Doutor pela PUC - S.P.* *"A Medida Provisória - Constitucionalidade e a Realidade Brasileira"* *Horários: 8:30h* *Local: Auditório UNIARA* *Dr. REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA* *Desembargador aposentado e Ex-Presidente do Ass. Brasileiro e Ass. Latino Americana dos Magistrados* *"Aspectos da Lei de Falências e Concordata"* *Horários: 19:30h* *Local: Hotel Eldorado* *Dr. ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO* *Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil, Prof. da UNESP e Presidente da AFAMAGIS* *"Direito Autoral"* *Horários: 19:30h* *Local: Biblioteca Municipal*	*Dr. REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA* *Desembargador aposentado e Ex-Presidente do Ass. Brasileira e Ass. Latino Americana dos Magistrados* *"Expectativa de Poderes e Calabouço"* *Horários: 8:30h* *Dr. ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO* *Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil, Prof. da UNESP e Presidente da AFAMAGIS* *"Direito Autoral"* *Horários: 9:30h* *Local: Auditório UNIARA* *Solenidade de encerramento* *Dr. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO* *Prof. da UNIARA e Promotor de Justiça Aposentado* *"Hierarquia Criminal"* *Horários: 19:30h* *Local: Hotel Eldorado*

ATENÇÃO TURMAS DIURNAS: *Algumas Listas de Presença serão passadas em palestras noturnas.*

XXXI SEMANA JURÍDICA

"Professor Dr. Raul de Mello Franco Júnior"

2002 DE 28 DE OUTUBRO A 1º DE NOVEMBRO

ESPAÇO CULTURAL PARATODOS

XXXI SEMANA JURÍDICA PROGRAMAÇÃO DE PALESTRAS

DIA 28 - 19h30
Dr. EDVALDO BRITO
"Princípios do Novo Código Civil"

- Professor da Universidade Federal da Bahia
- Livre docente da Faculdade de Direito da USP

DIA 29 - 19h30
Dr. ANTONIO ALBERTO MACHADO
"Direito Alternativo"

- Promotor de Justiça
- Professor da UNESP de Franca
- Coordenador do NEDA (Núcleo de Estudos sobre Direito Alternativo) da UNESP

Dr. WEBER ANTONIO NEVES AMARAL
"Acordos internacionais, Johannesburg e os caminhos para o desenvolvimento sustentável"

- Ph.D e M.A. Pela Univerisidade de Havard-EUA
- Professor da USP
- Atua como consultor do Banco Mundial, FAO, UNEP.

DIA 30 - 19h30
Dr. RICARDO NEGRÃO
"Direito empresarial e o novo Código Civil"

- Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civel - SP
- Professor Universitário

Dr. ROBSON BARONE - (opcional) alunos das 5ªséries
"Ética e disciplina para o exame de Ordem"

DIA 01 - 19h30
Dr. CARLOS VICO MAÑAS
"Pricípio da Legalidade e Intervenção mínima"

- Juiz do Tribunal de Alçada Criminal
- Ex-presidente do IBCCRIM
- Mestre em Direito Penal

XXXI SEMANA JURÍDICA MINI CURSOS

DIA 31

1 - NOVO CÓDIGO CIVIL
(Auditório da UNIARA)
8h00 - " Comentários sobre o novo Código Civil"
Dr. Cyrilo Luciano Gomes Júnior
Promotor de Justiça em Ribeirão Preto

20h00- " O novo Código Civil"
Drª. Renata Mancheti Silveira
Advogada em Ribeirão Preto

2 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
(sala 09)
8h00 - " O Estatuto da Criança e do Adolescente"
Dr. Naul Luiz Felca
Promotor de Justiça em Araraquara - Mestre em Direito pela PUC

20H00 - " O Estatuto da Criança e do Adolescente"
Dr. Luiz Fernando de Barros Vidal
Juiz da 1ª Vara do Tribunal do Juri

3 - BIOÉTICA
(sala 01)
20h00 - " O Direito Ambiental e o Bio-Direito"
Drª Mariel Silvestre e Dr. Evandro Alves da Silva Grilli
Advogados da Advocacia Brasil Salomão e Matter- Rib. Preto

4 - DIREITO CONSTITUCIONAL
8h00 - "Aintimidade e seus reflexos jurídicos"- (sala 10)
Dr. Carlos Alberto Goulart Ferreira
Promotor de Justiça em Rib. Preto

20h00- "O Devido Processo Legal" - (sala 10)
Dr. Márcio Satalino Mesquita
Juiz Federal

20h00 - "O Direito Constitucional" - (sala 07)
Dr. Ivan Carneiro Castanheira
Promotor de Justiça em Piracicaba

5 - DIREITO PENAL ECONÔMICO
(sala 08)
20h00- "O Direito Penal Econômico"
Drª . Heloisa Estellita
Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra - Portugal

XXXII SEMANA JURÍDICA

Prof. Fernando Passos



Dia 08 - 19h30
DR. GILMAR MENDES
" Controle de Constitucionalidade"
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Dia 09 - 19h30
DR. NEY PRADO
"Reforma da Legislação Trabalhista "
Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia

Dia 10 - 19h30
DR. CARLOS ROBERTO GONÇALVES
"Responsabilidade Civil no Novo Código"
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
DR. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA
Debatedor
Desembargador Diretor da Escola Paulista de Magistratura

Dia 12 - 19h30
DR. DURVAL DE NORONHA GOYOS JR.
" O Brasil e os Tratados Internacionais"
Advogado, Professor de Direito do Comércio Internacional e Árbitro da O.M.C.

Dia 11 - MINI CURSOS

1 - 8:00h - Auditório (250 vagas)
Dr. OSVALDO CAPELARI
" O Ministério Público e a Defesa dos Interesses Sociais"
Procurador da República

2 - 8:00 - Sala 09 (130 vagas)
Dr. NAUL LUIZ FELCA
"Estatuto da Criança e do Adolescente"
Promotor de Justiça do Estado de São Paulo

3 - 8:00h - Sala 10 (130 vagas)
Dr. JOÃO BAPSTISTA GALHARDO JÚNIOR
" O Direito Empresarial no Novo Código Civil"
Juiz de Direito do Estado de São Paulo

4 - 19h30 - Auditório (250 vagas)
Dr. LUIZ GONZAGA CHAVES
"Descomplicando o Exame da OAB"
Juiz Auditor Aposentado
Cursos Preparatórios

5 - 19h30 - Sala 09 (130 vagas)
Dr. MOACIR FREITAS JÚNIOR
" Imputação Objetiva"
Advogado

6 - 19h30 - Sala 10 (130 vagas)
Dr. MARCO AURÉLIO BORTOLIN
"O Estatuto da Criança e do Adolescente"
Juiz de Direito do Estado de São Paulo

7 - 19h30 - Sala 08 (130 vagas)
Dr. RUBENS LEONARDO MARIN
"Parte Geral do Novo Código Civil"
Advogado da Tozzini Freire Teixeira e Silva

8 - 19h30 - Sala 07 (130 vagas)
Dr. JOSÉ ANTONIO RIBEIRO O. SILVA
"Execução Trabalhista"
Juiz do Trabalho do Estado de São Paulo

XXXIII SEMANA JURÍDICA

Ministro Cezar Peluso
25 a 29 de Outubro - 2004

Dia 25
- Ministro Dr. Cezar Peluso -
Ministro do Supremo Tribunal Federal
Tema: JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA PENAL

Dia 26
- Desembargador Dr. Newton De Lucca -
Desembargador do Tribunal Regional Federal 3ª Região
Tema: PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA INTERNET

Dia 27
- Dr. Manoel Justino Bezerra Filho -
Juiz de Direito no Estado de São Paulo
Tema: O PROJETO DA LEI DE FALÊNCIA

Dia 28
-Dr. Antonio Carlos Marcatto -
Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de SP
Tema: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE DISTRIBUIÇÃO DE JUSTIÇA

Dia 29
-Dr. Pedro Henrique Demercian -
Promotor de Justiça do Estado de São Paulo
Tema: O Poder Investigatório do Ministério Público

- Estudantes - R$ 12,00
- Estudantes + Bolsa - R$ 17,00
- Profissionais - R$ 35,00
- Formandos 2002/03 - R$ 25,00

Apoio: CPC (16) 3333-6868
Organização: DIREITO
Realização: UNIARA



Local:
Espaço Cultural Paratodos
Rua São Bento, nº 370
Araraquara - SP

0800 556588
www.uniara.com.br

XXXIV SEMANA JURÍDICA

UNIARA

Dr. Alexandre de Moraes
3 a 7 de Outubro - 2005

Dia: 03
Palestra: ***O Conselho Nacional da Justiça***
Palestrante: Dr. Alexandre de Moraes - Membro do Conselho Nacional da Justiça

Dia: 04
Palestra: ***A Lei do Juizado Especial e seus Enunciados***
Palestrante: Dr. Ricardo Cunha Chimenti - Juiz de Direito no Estado de São Paulo e Membro do Colégio Recursal da Capital

Dia: 05
Palestra: ***O Instituto da Delação Premiada***
Palestrante: Dr. Luiz Antônio Guimarães Marrey - Procurador de Justiça e Secretário Municipal de Negócios Jurídicos de São Paulo

Dia: 06
Palestra: ***A Responsabilidade Civil no Código Civil***
Palestrante: Dr. Cláudio Luiz Bueno de Godoy - Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Dia: 07
Palestra: ***O Procedimento da CPI***
Palestrante: Dr. Ramez Tebet - Senador da República

Organização: DIREITO
Apoio: CPC (16) 3333-6868



Local das Palestras:
Espaço Cultural Paratodos
Rua São Bento, nº 710
Araraquara - SP

Horário: 19h30

Inscrições: Via internet (somente p/ alunos da Uniara)
Valor: ***R$ 15,00*** A inscrição será validada após o pagamento na tesouraria da Uniara *Haverá lista de presença*
Informações: 0800 556588

XXXV SEMANA JURÍDICA

UNIARA

Dr. José Carlos Cosenzo
2 a 5 de Outubro - 2006

Dia: 02
Palestra: ***Reforma do Judiciário: Reflexos na Magistratura e no Ministério Público***
Palestrante: Dr. José Carlos Cosenzo - Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e ex-professor da Uniara

Dia: 03
Palestra: ***Repetição de Indébito nos Tributos***
Palestrante: Dr. Luiz Antônio Ribeiro - Advogado, Prof. Universitário da Escola Superior de Direito Constitucional ESDC-SP e Prof. do Curso Jurídico CPC-Marcato

Dia: 04
Palestra: **Aspectos Atuais da Filiação**
Palestrante: Dr. Clilton Guimarães dos Santos - Promotor de Justiça do Estado de São Paulo e Prof. do Curso Jurídico CPC-Marcato

Dia: 05
Mini-Cursos
Local: Uniara
Programa e inscrições com vagas limitadas na coordenadoria do Curso de Direito



Local das Palestras:
Sede Social do Clube
22 de Agosto
Av. Brasil, nº 555
Araraquara - SP

Horário: 19h30

Organização:

Apoio:

Inscrições à partir de 25/09: VIA INTERNET
(somente p/ alunos da Uniara)
Valor: R$ 10,00 A inscrição será validada após o pagamento na tesouraria da Uniara
Haverá lista de presença e emissão de certificado
Informações: 0800 556588

(16) 3333-6868

XXXVI SEMANA JURÍDICA

UNIARA

Prof. Paulo Treviso
8 a 11 de Outubro - 2007

Dia: 08
Palestra: ***Novidades no Direito do Trabalho***
Palestrante: Gleibe Pretti
- Advogado militante em São Paulo
- Presidente da APAT - Associação dos Advogados Trabalhistas
- Mestre em Direito.
- Professor do Marcato Cursos Jurídicos

Dia: 09
Palestra: ***Análise crítica das recentes reformas do Código de Processo Civil: Recursos e Execução***
Palestrante: Antônio Carlos Marcato
- Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- Mestre, doutor e livre-docente em Direito Processual pela mesma Faculdade de Direito.
- Cursos de especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- Professor do Marcato Cursos Jurídicos

Dia: 10
Palestra: ***Dano Moral nas Relações Conjugais***
Palestrante: João Baptista de Mello e Souza Neto
- Mestre em Direito pela Universidade de Illinois (LL'M - EUA)
- Mestre em Direito Civil pela PUC/SP
- Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP
- Juiz de Direito TJSP (1990/2000)
- Advogado (2000/2003)
- 2º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas (2003)
- Professor do Marcato Cursos Jurídicos

Dia: 11
Palestra: ***Júri Simulado***
Fernando da Costa Tourinho Filho
- Promotor de Justiça aposentado
- Advogado
- Professor da Uniara



Local das Palestras:
Clube Araraquarense
Araraquara - SP
Horário: 19h30

Inscrições a partir de 24/09
Pela Internet (www.uniara.com.br)
Valor: R$ 15,00 A inscrição será validada após o pagamento na Tesouraria da Uniara
Haverá lista de presença e emissão de certificado
Informações: 0800 556588

Organização:

Apoio:

(16) 3324-8484

ADVOGADOS
CASTRO, BAENINGER, TRAMONTANO E SIMONETTI ASSOCIADOS
OAB/SP 9.689

Editora Saraiva

XXXVII SEMANA JURÍDICA

UNIARA

Prof. Dr. Cândido Rangel Dinamarco
13 a 17 de Outubro - 2008

Dia: 13
Palestra: ***Novidades no Processo Civil***
Palestrante: ***Cândido Rangel Dinamarco***
- Advogado;
- Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, onde é professor titular e
- Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Dia: 14
Palestra: ***A Efetividade da Lei Ambiental e o Desenvolvimento Regional***
Palestrante: ***Marcelo Pedroso Goulart***
- Promotor de Justiça do Meio Ambiente de Ribeirão Preto/SP;
- Professor Universitário;
- Mestre em Direito pela unesp de Franca e
- Autor de várias obras e artigos jurídicos.

Dia: 15
Palestra: ***Novidades no Direito e Processo do Trabalho***
Palestrante: ***Gleibe Pretti***
- Advogado Trabalhista;
- Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo e
- Professor do curso Preparatório para Concurso Marcato.

Dia: 16
Palestra: ***Os Integrantes do Sistema de Justiça e a Efetividade do ECA***
Palestrante: ***Laila Said Abdur Qader Shukair***
- Procuradora de Justiça do Estado de São Paulo e
- Ex-coordenadora do Centro de Apoio da Infância e Juventude do Ministério Público.

Dia: 17
Palestra: ***Temas Atuais de Direito de Família***
Palestrante: ***Kátia Boulos***
- Advogada;
- Consultora em Direito de Família;
- Membro Fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família IBEDEFAM e
- Professora da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil.



Local das Palestras:
Clube Araraquarense
Araraquara - SP
Horário: 19h30

Inscrições a partir de 24/09
Pela internet (www.uniara.com.br)

Haverá lista de presença e emissão de certificado

Informações: 0800 55 65 88

ESA SP
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

MARCATO CURSOS JURÍDICOS
Venha para onde estão os melhores!
(16) 3324-8484

IRETI

UNIARA

XXXVIII SEMANA JURÍDICA
Dr. Michel Temer

05 a 08 de Outubro - 2009

05 - Dr. Michel Temer
"Constituição e democracia"

06 - Dr. Antônio Carlos Rodrigues do Amaral
"O desequilíbrio entre os Poderes da República e os impactos sobre a prestação da Justiça"

07 - Dr. Cláudio do Prado Amaral
"Crimes sexuais e a dignidade da pessoa humana"

08 - Dr. Fernando Capez
"Teoria constitucional do Direito Penal"



Inscrições à partir de 21 de setembro no Diretório Acadêmico de Direito

Valor:
R$ 10,00 alunos e ex-alunos UNIARA
R$ 25,00 profissionais

Informações: 0800 556588
www.uniara.com.br

Local das Palestras:
Gran Hotel Morada do Sol
Araraquara - SP
Horário: 19h

Apoio:
MARCATO CURSOS JURÍDICOS
Venha para onde estão os melhores!
(16) 3324-8484
Villa Fonte
SAGAE Formaturas
ServiFest EVENTOS

Organização:
IRETI
UNIARA

XXXIX SEMANA JURÍDICA
Dr. Heitor Luiz Ferreira do Amparo

18 a 21 de Outubro - 2010

18 - Dr. Pedro Lenza
"Direito Constitucional: Temas Polêmicos e Perspectivas"

19 - Dr. Silvio de Salvo Venosa
"Arbitragem e Meios Alternativos de Solução de Contendas"

20 - Dr. José Cretella Neto
"Arbitragem para Contratos Nacionais e Internacionais"



21 - Dra. Cledi de Fátima Manica Moscon e Dr. Raul de Mello Franco Júnior
"Justiça e Administração Pública" e Lançamento do livro "Temas de Direito Público"



Inscrições até dia 14 de outubro pela internet, no site www.uniara.com.br/direito

Vagas limitadas.

Valor:
R$ 15,00 alunos e ex-alunos UNIARA
R$ 25,00 profissionais

Local das Palestras:
Gran Hotel Morada do Sol
Araraquara - SP
Horário: 19h

Apoio: art-nobre formaturas; Villa Fonte; Complexo Educacional Damásio de Jesus

Organização: IRET; UNIARA

XL SEMANA JURÍDICA
Prof. Dr. Luiz Felipe Cabral Mauro

17 a 21 de Outubro de 2011

17/10 - **Prof. Dr. Aloísio Sérgio Rezende Silveira**
(Juiz de Direito e Coordenador da Escola Paulista da Magistratura da Área de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos)
Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

Descentralização Empresarial e Responsabilidade Trabalhista

18/10 - **Prof. Dr. Diego Francisco José López Fernández**
(Advogado e assistente do Tribunal Constitucional do Chile, Professor de Direito do Trabalho da Universidade Adolfo Ibáñez e autor de várias obras)
Visão Chilena

19/10 - **Prof. Dr. Ramón Alvarez Bangueses**
(Juiz Nacional do Trabalho da Argentina e Professor da Universidade de Buenos Aires)
Visão Argentina

20/10 - **Prof. Dr. David Montoya Medina**
(Professor Universidade de Alicante na Espanha e do Centro de Estudos Jurídicos Europeus - Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge no Reino Unido e Autor de várias obras)
Prof. Dr. Manoel Carlos Toledo Filho
(Desembargador Federal do TRT – 15ª Região, Professor universitário e autor de várias obras)
Visão Espanhola e Brasileira

21/10 - **Prof. Dr. Édis Milaré**
(Advogado, Professor e Autor de várias obras)
Direito Ambiental: Origem, Realidade e Perspectivas

Local das palestras:
Gran Hotel Morada do Sol - 19h15

Investimento:
R$ 20,00 alunos (Graduação e Pós)
R$ 40,00 profissionais

Inscrições até dia 14 de outubro pela internet, no site www.uniara.com.br/direito

Apoio: Usina Santa Fé S.A.; Antoniosi; OAB 5ª Subseção Araraquara; art-nobre formaturas; Editora Saraiva; LFG; On Off; Nagano Restaurante, Chopperia e Pizzaria

Organização: UNIARA – Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito

XLI SEMANA JURÍDICA

PROF. DR. FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

15 a 18 de Outubro de 2012



15/10 - Prof. Dr. Ricardo Negrão
- Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
O projeto do Código Comercial - Alterações no Sistema Recuperacional Falimentar

16/10 - Prof. Dr. Klaus Eduardo Rodrigues Marques
- Advogado Tributarista e Professor Universitário
Guerra Fiscal do ICMS

17/10 - Prof. Dr. Willey Lopes Sucasas
- Advogado Criminalista e Professor Universitário
Aspectos Polêmicos do Processo Penal

18/10 - Prof. Dr. Fernando da Costa Tourinho Neto
- Desembargador Federal do TRF da 1º Região
Provas Ilícitas

Local:
Gran Hotel Morada do Sol - 19h15

Investimento:
R$ 20,00 alunos (Graduação e Pós)
R$ 40,00 profissionais

Inscrições até o dia **10 de outubro** no site **www.uniara.com.br/direito**

Apoio: USINA SANTA FÉ S.A. | Antoniosi | OAB 5ª Subseção Araraquara | Editora Saraiva | LFG | art-nobre reformas

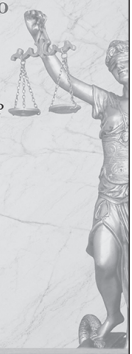
Organização: DIREITO | UNIARA

Realização: Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito

XLII SEMANA JURÍDICA

PROF. DR. SÉRGIO DE OLIVEIRA MÉDICI

14 a 17 de Outubro de 2013



14/10 - DR. JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOSO
-MINISTRO DA JUSTIÇA
SEGURANÇA JURÍDICA

15/10 - DR. FELIPE LOCKE CAVALCANTI
-PROCURADOR DE JUSTIÇA E PRESIDENTE DA APMP
ATUAÇÃO NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ

16/10 - DRA. ELOISA DE SOUZA ARRUDA
- SECRETÁRIA DE JUSTIÇA - SP
JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL

17/10 - DR. ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS
- DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SP
INFÂNCIA E JUVENTUDE

Local:
Gran Hotel Morada do Sol - 19h15

Investimento:
R$ 30,00 alunos (Graduação e Pós)
R$ 45,00 profissionais

Inscrições até o dia 10 de Outubro

no site **www.uniara.com.br/direito**

Apoio: art-nobre reformas | LFG | OAB 5ª Subseção Araraquara

Organização: DIREITO | UNIARA

Realização: Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito

XLIII SEMANA JURÍDICA

DESEMBARGADORA DRA. SANDRA MARIA GALHARDO ESTEVES

13 a 16 de Outubro de 2014

13/10 - DR. FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO
-DESEMBARGADOR - TJ/SP
DANOS MORAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

14/10 - DR. LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO
-ADVOGADO E CONSELHEIRO FEDERAL DA OAB - BRASIL
A TRAJETÓRIA E A EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA NO BRASIL.

15/10 - DR. JOSÉ ARALDO DA COSTA TELLES
- DESEMBARGADOR - TJ/SP
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: BREVE ITINERÁRIO PROCESSUAL ATÉ A DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLÉIA DE CREDORES.

16/10 - DR. ALEXANDRE BERZOSA SALIBA
JUIZ FEDERAL - TRF 3ªREG. E CONSELHEIRO NAC. DO M.P. - CNMP
O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS ATIVIDADES DESDE A EC/45.

Local:
Gran Hotel Morada do Sol - 19h15

Investimento:
R$ 35,00 alunos (Graduação e Pós)
R$ 40,00 profissionais

Inscrições até o dia 10 de Outubro

no site **www.uniara.com.br/direito**

Haverá expedição de certificado de 15 horas, incluindo os trabalhos

Apoio: OAB 5ª Subseção Araraquara; SAGAE Formaturas & Eventos
Organização: UNIARA
Realização: Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito

XLIV SEMANA JURÍDICA

PROF. SÉRGIO FRANCO DE LIMA FILHO

UNIARA

19 a 22 de outubro de 2015 / Gran Hotel Morada do Sol / às 19h15

ABERTURA: APRESENTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO COMBATE AO RACISMO

- DRA. ALESSANDRA DE CÁSSIA LAURINDO; DR. DARCI APARECIDO HONÓRIO; THAINARA KAROLINE FARIA

Palestras

19/10 - DR. BRUNNO GIANCOLI
- PROFESSOR DA DAMÁSIO
PRECEDENTES JUDICIAIS E O NOVO CPC

20/10 - DR. JOSÉ ANTONIO RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA
- JUIZ DO TRABALHO
O NOVO CPC E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

21/10 - DR. LEANDRO CASTANHEIRA LEÃO
- PROFESSOR DA DAMÁSIO
ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO DE CONHECIMENTO NO NOVO CPC.

22/10 - MESTRE SÉRGIO FRANCO DE LIMA FILHO
- PROFESSOR DA UNIARA
O NOVO CPC E O PROCESSO COLETIVO

Certificado
Frequência de 100% (15 horas) e 75% (6 horas).

Inscrições: Coordenadoria do curso de Direito (**Alunos:** R$ 35,00 - **Profissionais:** R$ 40,00)

MINICURSOS (Inscrições no local - gratuitas)

Dias 19 e 20 - das 9h às 11h
Dra. Alessandra de Cássia Laurindo - Coordenadora do Centro de Referência Afro Mestre Jorge
"Políticas de Igualdade Racial e Combate ao Racismo"

Local: Salão Nobre - UNIARA

Certificado
2 horas.

Dias 21 e 22 - das 14h às 16h
Atividade Externa- Plenarinho da Câmara Municipal

Dr. Frederico Monteiro – Defensor Público
"Defensoria Pública no Novo Código do Processo Civil"

Dr. Marcos Henrique Caetano do Nascimento - Defensor Público
"Conciliação e Mediação no Novo CPC - Reflexos na atuação institucional da defensoria Pública"

Local: Câmara Municipal

Patrocínio: DAMÁSIO EDUCACIONAL; NOBRE
Parceiros: EDEPE Escola da Defensoria Pública do Estado; escola do legislativo; OAB 5ª Subseção Araraquara
Realização: Curso de Extensão de Direito Uniara; Coordenação de Direito da Uniara

XLV SEMANA JURÍDICA

DESEMBARGADOR. DR. CARLOS ALBERTO MOUSINHO DOS SANTOS MONTEIRO VIOLANTE

03 a 06 de outubro de 2016

DIA 03 - DR. FABIO ULHOA COELHO

-ADVOGADO, PROFESSOR TITULAR DE DIREITO COMERCIAL DA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP

REFORMA DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO - O NOVO CÓDIGO COMERCIAL

DIA 04 – DR. ANTONIO CARLOS MARCATO

-PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

A NOVA SISTEMÁTICA RECURSAL CIVIL E PRECEDENTES JUDICIAIS PERSUASIVOS E VINCULATIVOS

DIA 05- DR. PEDRO LENZA

- MESTRE E DOUTOR PELA PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP

SUPREMOCRACIA: ASPECTOS DE UMA INEGÁVEL REALIDADE

DIA 06- DR. CARLOS ALBERTO MOUSINHO DOS SANTOS MONTEIRO VIOLANTE

- DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS

Local:
Gran Hotel Morada do Sol - 19h15

Investimento:
R$ 35,00 alunos (graduação e pós)
R$ 40,00 profissionais

Inscrições até o dia 30 de setembro

no site **www.uniara.com.br/eventos/xlv-semana-juridica/**

Certificado – Frequência de 100% - 15 horas - 75% - 6 horas

Patrocínio: DAMÁSIO EDUCACIONAL
Apoio: OAB 5ª Subseção Araraquara
Realização: Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito; Coordenação do Curso de Direito - Uniara; UNIARA

XLVI SEMANA JURÍDICA

DR. CARLOS EDUARDO DE FREITAS FAZOLI

16 a 19 de outubro de 2017

DIA 16 - DRA. ÉRIKA MIALIK MARENA

-DELEGADA DE POLÍCIA FEDERAL, CHEFE DA DELEGACIA DE COMBATE À CORRUPÇÃO E CRIMES FINANCEIROS EM FLORIANÓPOLIS/SC E REPRESENTANTE DA ADPF - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL

CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO

DIA 17 – DR. LEONARDO DE MENEZES CURTY

-PROCURADOR REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL NA 3º REGIÃO

A PGFN NO CENÁRIO JURÍDICO NACIONAL: QUESTÕES TRIBUTÁRIAS ATUAIS

DIA 18- PROFº. DR. FLAVIO MARTINS

- DOUTOR PELA MACKENZIE E PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO CURSO DAMÁSIO EDUCACIONAL

NOVOS TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL (DOUTRINAS E JURISPRUDÊNCIAS)

DIA 19- PROFº. DR. RICARDO MACAU

- ADVOGADO, MESTRE E DOUTOR PELA USP E PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO CURSO DAMÁSIO EDUCACIONAL

IMUNIDADES PENAIS E JUÍZES NATURAIS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO E DOS PARLAMENTARES

Local:
Gran Hotel Morada do Sol - 19h15

Investimento:
R$ 40,00 alunos (graduação e pós)
R$ 50,00 profissionais

Inscrições até o dia 13 de outubro

no site **www.uniara.com.br/eventos/xlvi-semana-juridica/**

Certificado – Frequência de 100% - 15 horas - 75% - 6 horas

Patrocínio: DAMÁSIO EDUCACIONAL; art-nobre revestimentos
Apoio: OAB 5ª Subseção Araraquara
Realização: Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito; Coordenação do Curso de Direito - Uniara; UNIARA

XLVII SEMANA JURÍDICA

15 a 18 de outubro de 2018

DR. GUILHERME DE SOUZA NUCCI

DIA 15 – DR. GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA

DEFENSOR PÚBLICO E PROFESSOR DE DIREITO PENAL
NA PUC SÃO PAULO E NO CURSO DAMÁSIO

EFEITO COLATERAL: OS REFLEXOS DA LAVA-JATO NA CRIMINALIDADE DE MASSA

DIA 16 – DR. PAULO HENRIQUE FULLER

EX JUIZ DE DIREITO DE MINAS GERAIS, ADVOGADO, PROFESSOR
NO CURSO DAMÁSIO E AUTOR DE OBRAS JURÍDICAS

ATUALIDADES NO PROCESSO PENAL

DIA 17- DR. GUILHERME DE SOUZA NUCCI

DESEMBARGADOR NA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, LIVRE-DOCENTE EM DIREITO PENAL, DOUTOR E MESTRE EM DIREITO PROCESSUAL PENAL PELA PUC-SP, PROFESSOR CONCURSADO DA PUC-SP, E ATUANDO NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO (MESTRADO E DOUTORADO)

A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

DIA 18- DR. RAFAEL FERNANDES SOUZA DANTAS

DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL E PROFESSOR UNIVERSITÁRIO

COMPLIANCE POLICIAL PREVIDENCIÁRIO

Local:
Gran Hotel Morada do Sol - 19h15

Investimento:
R$: 45,00 alunos (graduação e pós)
R$: 70,00 profissionais

UNIARA

no site **www.uniara.com.br/eventos/xlvii-semana-juridica/**

Certificado – Frequência de 100% - 15 horas - 75% - 6 horas

Patrocínio: DAMÁSIO EDUCACIONAL | arte NOBRE Formaturas
Apoio: OAB 9ª Subseção Araraquara
Realização: Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito | Coordenação do Curso de Direito - Uniara

XLVIII SEMANA JURÍDICA

21 a 24 de outubro de 2019

DR. MARCEL ZANIN BOMBARDI

DIA 21 – DR. ANDRÉ SANTA CRUZ

PROCURADOR FEDERAL – AGU, DOUTOR EM DIREITO (PUC/SP), DIRETOR DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA.

TEMA: MP 881/2019 - MP DA LIBERDADE ECONÔMICA

DIA 22 – DRA. PATRICIA VANZOLINI

ADVOGADA, MESTRE E DOUTORA EM DIREITO É PROFESSORA DO COMPLEXO EDUCACIONAL DAMÁSIO DE JESUS, PROFESSORA CONVIDADA DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA E DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AUTORA DE VÁRIAS OBRAS.

TEMA: FEMINICÍDIO

DIA 23 – DR. JOSÉ CARLOS COSENZO

PROMOTOR DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E COORDENADOR DE ASSUNTOS ESTRATÉGICOS DO MPSP JUNTO À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA.

TEMA: MINISTÉRIO PÚBLICO: PERSPECTIVAS E REFLEXÕES

DIA 24 – DR. CAIO AUGUSTO SILVA DOS SANTOS

ADVOGADO, PROFESSOR E PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DA SEÇÃO SÃO PAULO.

TEMA: ÔNUS DA PROVA

Local:
Gran Hotel Morada do Sol - 19h15

Investimento:
R$: 45,00 alunos (graduação e pós)
R$: 70,00 profissionais

UNIARA

inscrições no site **www.uniara.com.br/eventos/xlviii-semana-juridica/**

Certificado – Frequência de 100% - 15 horas - 75% - 6 horas

Patrocínio: DAMÁSIO EDUCACIONAL | arte NOBRE Formaturas
Apoio: OAB 9ª Subseção Araraquara
Realização: Coordenadoria de Extensão do Curso de Direito | Coordenação do Curso de Direito | Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos

XLIX SEMANA JURÍDICA

"PROF. FERNANDO PASSOS"

20 ANOS DE COORDENAÇÃO DO DIREITO DA UNIARA

19 A 23 DE OUTUBRO DE 2020 PELO FACEBOOK E YOUTUBE UNIARA

DIA 19/10 18h45 – ABERTURA E PAINEL "NOVAS QUESTÕES DE POLÍTICAS DE INTEGRIDADE: ANTICORRUPÇÃO E ANTITRUSTE"

PROFESSORES:

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (MACKENZIE), Gesner Oliveira (FGV) e Dimas Eduardo Ramalho (TCE).

DIA 20/10 19h00 – "REFORMA DO PACTO FEDERATIVO"

PROFESSORES:

Ives Gandra da Silva Martins (CSD – FECOMERCIO/SP), Gianpaolo Poggio Smanio (MACKENZIE) e Maria Cristina Mattioli (CORT - FIESP).

DIA 21/10 19h00 – "IMPACTOS CONCORRENCIAIS E REGULATÓRIOS DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS DAS EMPRESAS"

PROFESSORES:

Ana Frazão (UNB), Armando Rovai (Ex-Pres. JUCESP), Wagner Menezes (USP) e Mariana Passos Beraldo (UNIARA).

DIA 22/10 19h00 – "LIBERDADE ECONÔMICA: BRASIL FINALMENTE ADOTARÁ ESTE CAMINHO?"

PROFESSORES:

Fabio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Marcelo Guedes Nunes (PUC-SP), Uinie Caminha (UNIFOR) e André Santa Cruz (DREI).

DIA 23/10 19h00 –"PAPEL DO DIREITO NA GARANTIA DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS"

PROFESSORES:

Orides Mezzaroba (UFSC), Filomeno Moraes (UECE), Rubens Beçak (USP) e Mariana D. de Andrade (UNIFOR).

Investimento:
R$: 30,00 alunos (graduação e pós)
R$: 45,00 profissionais

A inscrição para o evento inclui 01 exemplar do livro

inscrições no site **www.uniara.com.br/semana-juridica2020**
Certificado – 15 horas

LANÇAMENTO DO LIVRO

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral
Mariana Passos Beraldo
Coordenadores

ESTUDOS JURÍDICOS: CONSTITUCIONAL E EMPRESARIAL

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR FERNANDO PASSOS

20 anos de coordenação do Curso de Direito da Uniara



UNIARA

COORDENAÇÃO DE EXTENSÃO DO CURSO DE DIREITO

OAB 5ª Subseção Araraquara

MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO GESTÃO DE CONFLITOS UNIARA



O Professor Fernando Passos nasceu em 20/07/1963 em Araraquara, filho da Professora Hellé-Nice e de Neil dos Passos. Graduou-se em Direito pela USP (1985) e é Mestre em Direito pela UNESP (Franca, 2001). É doutorando no programa de Biotecnologia da UNIARA.

Desde maio de 2000 é Coordenador do Curso de Direito e Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas da UNIARA, onde é professor de Direito Empresarial desde 1993.

É membro do Conselho Superior de Direito da Fecomercio SP. Integrou a Comissão de Juristas em apoio à Comissão da Câmara dos Deputados e a Comissão da CNC para discussão do projeto do Novo Código Comercial. Participou de Audiências Públicas no Congresso Nacional e organizou missões técnicas internacionais.

Foi Vereador em Araraquara (1988 a 1992) e relator da Lei Orgânica do Município. Foi Chefe de Gabinete do Vice-Governador do Estado de São Paulo (1990). É autor de artigos e capítulos de livros jurídicos e escreveu mais de 500 crônicas no jornal Tribuna Impressa. É presidente da Associação Araraquarense de Letras.

É casado com a cirurgiã-dentista Rosângela Aparecida, é pai de Mariana e Mayara e avô de Bento, Maria Anna e Lara.



"O querido amigo Fernando tem sido fundamental para nós da UNIARA; sua competência, resiliência, inteligência, humildade e altruísmo fazem a diferença para aqueles que têm o privilégio de com ele conviver e aprender diariamente."

Prof. Luiz Felipe Cabral Mauro, Reitor da UNIARA

"Fernando Passos é, hoje, um dos grandes juristas do país, pois, além de uma intensa atividade profissional, exerce o magistério com especial dedicação e competência, não poucas vezes apresentando expressiva exposição doutrinária de suas teses e ideias."

Prof. Ives Gandra da Silva Martins

"Relembro o Fernando Passos quando, em plena juventude, ajudou-me a semear ideias para – de algum modo – consolidar a Democracia em nosso país."

Almino Affonso

"Parabenizo a UNIARA pela escolha, no ano 2000, do coordenador Fernando Passos. O tempo mostrou o absoluto acerto da sua escolha. Os beneficiados com isso foram os incontáveis alunos que por esse curso passaram nos últimos 20 anos."

Marcelo Barbieri

ISBN 978-658854903-2

RiMa

UNIARA
UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA