

Após oferecer à comunidade jurídica os livros comemorativos de seus 20 e 25 anos de existência, a equipe de JASA oferece agora e em prosseguimento o livro de seus 30 anos. A obra se subdivide em duas partes, a primeira com 42 artigos e pareceres internamente produzidos e a segunda uma seção 'pinga fogo' com outros 34 escritos.

O volume prestigia conteúdos dogmaticamente densos, como recomenda a clássica formação acadêmica. Não se olvida, todavia, das discussões do dia a dia da advocacia, abrangendo temas atuais e controvertidos afeitos à área central de atuação da firma, o direito empresarial em suas mais diversas manifestações, tais como a arbitragem, o direito administrativo e financeiro, o direito societário (fusões e aquisições), a recuperação judicial e a falência, o direito do trabalho, o direito tributário, o direito penal econômico, além da advocacia consultiva.

A obra se complementa, nas palavras do sócio fundador e titular, José Anchieta da Silva, com a propositura de uma cruzada de instituições, na orientação do que poderá ser um "pacto nacional" (pregação que faz o presidente da Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas) como revelam os textos, com a finalidade de "reunir os poderes constituídos e as instituições para que o Brasil possa sair melhor da crise". Isto demonstra que JASA concilia a maturidade dos 30 anos, com uma inconformada alma jovem, segundo a qual um novo futuro é uma página a ser escrita.

*Gustavo Henrique de Souza e Silva*  
Sócio

editora  
**Del Rey**  
editoradelrey.com.br



30 ANOS DE ADVOGACIA

JASA  
JOSÉ ANCHIETA DA SILVA ADVOCACIA

# 30 ANOS DE ADVOGACIA

Coordenador | José Anchieta da Silva

**JASA**  
JOSÉ ANCHIETA DA SILVA ADVOCACIA

*HOTSTAMPING DOURADO*

30 ANOS  
DE  
ADVOCADIA

COORDENADOR

**José Anchieta da Silva (JASA)**

# TRINTA ANOS DE ADVOCACIA

(Textos doutrinários e palestras)

Equipe profissional de José Anchieta da Silva  
Advocacia (JASA)



Belo Horizonte  
2020



Copyright © 2020 Editora Del Rey Ltda.  
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios empregados, sem a permissão, por escrito, da Editora.  
Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*  
EDITORA DEL REY LTDA.

[www.livrariadelrey.com.br](http://www.livrariadelrey.com.br)

**Editor:** Arnaldo Oliveira

**Editor Adjunto:** Ricardo A. Malheiros Fiuza  
(*in memoriam*)

**Coordenação Editorial:** Letícia Neves

**Diagramação:** Know-how Editorial Ltda.

**Revisão:** Maria Elizabete de Sousa

**Editora:**

Rua dos Goitacazes, 71 – Lojas 20 a 24  
Centro – Belo Horizonte - MG  
CEP 30190-050

**Comercial:**

Tel: (31) 3284-3284 / 3293-8233  
[vendas@editoradelrey.com.br](mailto:vendas@editoradelrey.com.br)

**Editorial:**

[editora@editoradelrey.com.br](mailto:editora@editoradelrey.com.br)

**CONSELHO EDITORIAL:**

Alice de Souza Birchall  
Antônio Augusto Cançado Trindade  
Antonio Augusto Junho Anastasia  
Antônio Pereira Gaio Júnior  
Aroldo Plínio Gonçalves  
Carlos Alberto Penna R. de Carvalho  
Dalmar Pimenta  
Edelberto Augusto Gomes Lima  
Edésio Fernandes  
Felipe Martins Pinto  
Fernando Gonzaga Jayme  
Hermes Vilchez Guerrero  
José Adércio Leite Sampaio  
José Edgard Penna Amorim Pereira  
Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior  
Misabel Abreu Machado Derzi  
Plínio Salgado  
Rénan Kfuri Lopes  
Rodrigo da Cunha Pereira

---

S586a Silva, José Anchieta da (coord.).

30 Anos de Advocacia: Textos Doutrinários / Coordenador: José Anchieta da Silva.  
Prefácio de José Horácio.-1. ed. - Belo Horizonte, MG : Editora Del Rey, 2020.

864 p.; 17x24 cm.

Inclui bibliografia.  
ISBN 978-65-5791-025-2

1. Advocacia. 2. Direito. 3. História. 4. Justiça. I. Título. II. Assunto. III. Silva, José Anchieta da.

CDD 340.4  
CDU 340.111

---

**ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO**

1. Direito: Introdução à ciência jurídica; Prática profissional.
2. Direito: Conceito, características e definição do direito; Prática Jurídica.

---

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes CRB-8 8846

# PREFÁCIO

Numa era onde as palavras perdem cada vez mais significado diante dos símbolos, evocamos um ícone do uso da palavra, escrita e falada: José Anchieta da Silva.

Porém, Anchieta também se tornou um símbolo: JASA.

José Anchieta da Silva Advocacia: uma sociedade de advogados que completa 30 anos de existência tão virtuosa quanto o Colégio do Caraça.

A fórmula era infalível, e hoje é apenas história para muitos, e privilégio para tantos que podem privar da amizade e do convívio com José Anchieta da Silva.

Dentre outros valores, comungamos conjuntamente do estudo ininterrupto e do incentivo às instituições, tal e qual ao Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil que idealizamos, criamos e cultivamos.

Tudo se amolda a um trecho dos sermões do Padre Vieira:

“Por uma omissão perde-se uma maré, por uma maré perde-se uma viagem, por uma viagem perde-se uma armada, por uma armada perde-se um estado.”

Esta obra, cuja leitura é imperdível, reúne uma pequena amostra concreta das múltiplas atuações de Anchieta, que têm como denominador comum a incansável luta por uma sociedade mais justa e menos desigual.

Viva os 30 anos de JASA!

José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro  
*Presidente Honorário do Colégio de Presidentes dos  
Institutos dos Advogados do Brasil*



## RESPOSTA AO PREFÁCIO

O exercício da palavra, como bem o disse José Horácio, é grave. No meu caso, de se sobrepor, ainda, o ônus de representar não só os 55 atuais integrantes do time, mas também os demais coprotagonistas dessa história, todos aqueles que por aqui passaram nessas últimas três décadas, como advogados, estagiários ou staff administrativo, cuja colaboração se confunde com o sucesso da banca. A honraria enseja, também, o mister de substituir o saudoso Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza, nosso eterno Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado que, nas edições anteriores, em comemoração aos 20 e 25 anos de JASA, se desincumbiu com brilho próprio da tarefa de escrever o texto da quarta capa das obras. Nota-se que a obra, de certa forma, espelha o legado do Professor Fiuza. Subdividida em duas partes, a primeira com 42 artigos e pareceres internamente produzidos e a segunda uma seção “pinga fogo” com outros 34 escritos, o volume prestigia conteúdos dogmaticamente densos, como recomenda a clássica formação acadêmica.

Não se olvida, todavia, das discussões do dia a dia da advocacia, abrangendo temas atuais e controvertidos afeitos à área central de atuação da firma, o direito empresarial em suas mais diversas manifestações, tais como a arbitragem, o direito administrativo e financeiro, o direito societário (fusões e aquisições), a recuperação judicial e a falência, o direito do trabalho, o direito tributário, o direito penal econômico, além da advocacia consultiva. Complementa-se, nas palavras do nosso sócio fundador e titular, José Anchieta da Silva, fonte perene de inspiração, propondo “uma cruzada de instituições na orientação do que poderá ser um ‘pacto nacional’ com a finalidade de reunir os poderes constituídos e as instituições para que o Brasil possa sair melhor da crise”, demonstrando que JASA concilia a maturidade dos 30 anos, com uma inconformada alma jovem, segundo a qual um novo futuro é uma página a ser escrita. Mãos à obra!

Gustavo Henrique de Souza e Silva  
*Sócio*



# APRESENTAÇÃO

Depois de levar à comunidade jurídica e a seus colaboradores os livros comemorativos dos 20 e dos 25 anos de exercício da advocacia empresarial, temos a alegria de fazer-lhes a entrega do volume correspondente aos “30 anos de JASA – José Anchieta da Silva Advocacia”. A data dessa celebração é 30 de setembro de 2020.

Antes de fazer, propriamente, a apresentação do conjunto de textos que compõe o livro, é imprescindível que se promova o registro de duas notáveis ausências. Faleceram, recentemente, e deles fica o registro de impreenchíveis lacunas, as figuras do publicista Ricardo Arnaldo Malleiros Fiuza e do advogado Aristóteles Dutra de Araújo Atheniense. O primeiro, juntamente conosco, foi o organizador das duas primeiras edições desse livro, de 20 e de 25 anos. Figura afável, aposentado do corpo administrativo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com extensa vivência no magistério, é autor de relevantes obras, principalmente no campo do Direito Constitucional. O segundo, modelo e exemplo da advocacia, foi o prefaciador do livro de celebração dos 25 anos de Advocacia de JASA, presidiu a Ordem dos Advogados – Seção de Minas Gerais, tendo sido vice-presidente do Conselho Federal da mesma Ordem. O convívio com ambos foi muito estreito, e deles se recolhe o melhor exemplo de profissionais de carreiras jurídicas. É saudade que, pela natureza dessa obra, deve ser registrada em primeiro lugar.

Este difícil ano de 2020 (registra-se o isolamento social imposto em praticamente todo o mundo devido ao coronavírus – COVID-19) é um ano repleto de celebrações. O Estado de Minas Gerais celebra o seu tricentenário como Província desmembrada de São Paulo. A Academia Mineira de Letras celebra 110 anos e o Instituto de Ciências Penais – ICP acabou de celebrar 20 anos de existência.

O livro revela a distinção dedicada às instituições das quais JASA participa ou das quais são membros vários dos integrantes de sua equipe e que são: o Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG; o Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas – IBR; o Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil; a Academia Mineira de Letras Jurídicas; o Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais – IHGMG; o Instituto de Ciências Penais – ICP; a Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas; a Associação dos Amigos

da Academia Mineira de Letras – AMIGOS; o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA; a *American Chamber of Commerce* – AMCHAM.

Como as obras anteriores, também esta corresponde ao repositório do material produzido pelo Escritório no lapso entre 2015 a 2020 e se divide em duas partes distintas. Na primeira estão os temas jurídicos variados, compreendendo pequenos ensaios, artigos e pareceres internamente produzidos. Não se prestigia necessariamente a originalidade dos trabalhos, pelo contrário, sempre que for o caso se indicará o local onde o texto já tenha sido publicado, com isto reunindo, exatamente, a produção intelectual interna de seus integrantes. Os textos foram ordenados de acordo com o tempo de participação de cada integrante na equipe. Abriu-se mão, neste ponto, de uma melhor distribuição temática, sem, todavia, prejuízo de seu conjunto. Alguns dos autores já reuniam experiência de publicações jurídicas, outros, noviços, estão publicando pela primeira vez. Com isto JASA reafirma um de seus compromissos: o de investir naqueles que são os juristas do futuro. Na segunda parte, numa espécie de seção “pinga fogo” estão reunidos pronunciamentos institucionais, panegíricos, editoriais, prefácios e crônicas referentes a assuntos jurídicos variados. O livro termina com textos referentes a uma cruzada de instituições na orientação do que poderá ser um “pacto nacional” com a finalidade de reunir os poderes constituídos e as instituições para que o Brasil possa sair melhor da crise criada pelo acontecimento mundial do coronavírus ou “COVID-19”.

Nesse ensejo, JASA registra agradecimento especial a cada um de seus colaboradores, seus familiares, a todos, enfim, sem cujo trabalho diuturno e sem tréguas não se teria chegado aos resultados obtidos. Afinal, o exercício da advocacia profissional corresponde a um verdadeiro furta-horas de convívio e de descanso, de lazer e de qualquer outro tipo de entretenimento. Esta publicação é a prova disso. É ao mesmo tempo um corpo de delito, a prova do crime, mas há de ser, também, um salvo-conduto.

A vida foi feita para ser celebrada. 30 anos de JASA é apenas uma motivação a mais.

A todos, muito obrigado.

José Anchieta da Silva

# RELAÇÃO DE INTEGRANTES DA EQUIPE JASA

## *UNIDADE I*

### **ADVOGADOS**

José Anchieta da Silva  
Caio Soares Junqueira  
Eduardo Augusto Franklin Rocha  
Gustavo Henrique Souza e Silva  
Pedro Henrique Machado Silveira  
Max Roberto de Souza e Silva  
Renata Dantas Gaia  
Bruno Barros de Oliveira Gondim  
Gabriel Ribeiro Semião  
Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier Cançado de Almeida  
Amanda César Silvano  
Mateus Vieira Nicácio  
Hyana Paiva Pimentel  
Júlia Maria Martins da Costa Araújo  
Lara Fernandes Almeida  
Ana Carolina Soares Bahia

## *UNIDADE II*

### **ADVOGADOS**

Maria Fernanda de Oliveira Larciprete  
Caroline Rodrigues Braga  
Pedro Henrique Ramirez  
Letícia Paropato Camargo e Almeida  
Renze Lage Gomes  
Clarice Oliveira Martins da Costa  
Lucélia Martins Moreira

### **ESTAGIÁRIOS**

Guilherme Murari Souza  
Rafaela Velefort de Carvalho e Souza  
Flávio Márcio Araújo Lima Rodrigues  
Deborah Frauches Chaves

Ana Luiza Mendes Lopes Vieira  
César Henrique Silva Diniz  
Bruno Corrêa Lopes Filho  
Rafaella Linhares Viana  
Helena Ariela Coeli Xavier

## **ADMINISTRATIVO**

Patrícia Regina da Silva  
Marlene Garcia da Silva  
Mirian Verônica Dias  
Erison Francisco de Souza  
Maria das Graças Batista Pereira  
Gabriela Augusta Frias Medeiros  
Adriana Martins Pereira  
Janaina Carla Costa  
Aline Flávia Souza  
Erika Christina Silva Trad Maia  
Edilaine Vertelo de Andrade  
Ana Carolina de Nazaré Peconick  
Lilian de Souza Tavares  
Aline Esteves de Souza  
Ruben Vaz da Silva  
Luiz Eduardo da Paixão  
Ivan Rodrigues da Costa  
Wagner Fernando Rodrigues Diniz

## **ADVOGADOS CORRESPONDENTES**

Roberto Henrique Couto Corrieri  
Lorena de Castro Abreu e Silva  
Marcelo Corrêa Villaça  
Laércio Monteiro Dias  
Andreza Amparado

## AUTORES

### JOSÉ ANCHIETA DA SILVA

Advogado. Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e especialista em História de Direito pela mesma Faculdade. Ex-professor (concursado) de Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG e na Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG (e seu ex-presidente). Membro nato do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil (e seu ex-presidente). Ex-membro da Comissão de Relações Internacionais no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e seu delegado junto às Ordens e Colégios do Mercosul. Membro do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas – IBR. Membro da Academia Municipalista de Letras. Membro da Academia Marianaense de Letras. Árbitro na Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil – CAMARB e na Câmara Mineira de Arbitragem – CAMINAS. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas (seu atual presidente). Membro da Associação dos Amigos da Academia Mineira de Letras – AMIGOS (seu atual presidente). Membro da Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMINAS (atualmente, um de seus vice-presidentes).

### CAIO SOARES JUNQUEIRA

Advogado, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, Pós-graduado em Direito Societário pela Universidade Cândido Mendes – UCAM.

#### EDUARDO AUGUSTO FRANKLIN ROCHA

Advogado. Bacharel em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos – FDMC. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – IBRADEMP. Membro do Conselho Empresarial de Assuntos Jurídicos da Associação Comercial e Empresarial de Minas Gerais – ACMINAS. Ex-professor do L.L.M. em Direito Corporativo e do Curso de Direito Societário Aplicado do IBMEC.

#### GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo, FGV/SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutorando em Direito pela mesma Faculdade, 2º Secretário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP. Diretor do CESA-MG.

#### PEDRO HENRIQUE MACHADO SILVEIRA

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC.

#### MAX ROBERTO DE SOUZA E SILVA

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Mestre em Direito Empresarial pela mesma Faculdade. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG. Membro do Conselho Empresarial de Assuntos Jurídicos da Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas. Pós-Graduando em *Global MBA – Business Management* pelo IBMEC.

#### RENATA DANTAS GAIA

Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Mestre em Direito Empresarial pela mesma Faculdade.

MARIA FERNANDA DE OLIVEIRA LARCIPRETE

Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro da AMAT – Associação Mineira dos Advogados Trabalhistas.

BRUNO BARROS DE OLIVEIRA GONDIM

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito FUMEC; Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo.

GABRIEL RIBEIRO SEMIÃO

Advogado. Bacharel em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – IEC-PUC Minas.

CAROLINE RODRIGUES BRAGA

Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Especialista em Direito do Trabalho pela mesma Universidade.

MARIA DE LOURDES FLECHA DE LIMA XAVIER  
CANÇADO DE ALMEIDA

Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professora Universitária. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

PEDRO HENRIQUE RAMIREZ PIRES

Advogado. Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

#### AMANDA CÉZAR SILVANO

Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-Graduada em direito empresarial pela mesma Universidade.

#### MATEUS VIEIRA NICACIO

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada da mesma Universidade. Pós-Graduando em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo.

#### LETICIA PAROPATO CAMARGO E ALMEIDA

Advogada. Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. MBA em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela IBS/FGV.

#### RENZE LAGE GOMES

Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho.

#### CLARICE OLIVEIRA MARTINS DA COSTA

Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-Graduada em Advocacia Trabalhista pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI.

#### HYANA PAIVA PIMENTEL

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Pós-Graduada em Direito dos Contratos pela FGV Direito SP (FGVLAW).

#### JÚLIA MARIA MARTINS DA COSTA ARAÚJO

Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Capacitada em Mediação e Conciliação pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes. Especialização em Direito Empresarial – Master of Laws (L.L.M.) – IBMEC (em curso).

## LARA FERNANDES ALMEIDA

Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pós-Graduada em Direito Tributário pela mesma Universidade.

## ANA CAROLINA SOARES BAHIA

Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Master of Laws – L.L.M. em Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC).

## MANUELA PORTO RIBEIRO SILVEIRA

Advogada. Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Almenara – ALFA.

## LARISSA HAUEISEN FREIRE PIMENTA

Advogada. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

## AUTOR CONVIDADO

### GUGLIELMO GIORDANENGO

Doutor em pesquisa de Direito Penal na Universidade de Estados de Turim. Professor contratado de Direito Penal junto à Universidade dos Estados do Piemonte Oriental.

## ESTAGIÁRIOS

### FLÁVIA MELANY FRICHE SIQUEIRA

Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Integrante da Equipe de Processo Civil da mesma Universidade. Representante da UFMG na 3ª Competição Brasileira de Processo Civil (2020). Estagiária na Procuradoria Municipal do Estado de Minas Gerais e atualmente faz estágio no Tribunal de Justiça de Minas Gerais – 8ª C.C.

GUILHERME MURARI SOUZA

Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

RAFAELA VILEFORT DE CARVALHO E SOUZA

Bacharelada em Direito pela Faculdade Dom Helder Câmara.

DEBORAH FRAUCHES CHAVES

Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

ANA LUIZA MENDES LOPES VIEIRA

Bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

CÉSAR HENRIQUE SILVA DINIZ

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

# SUMÁRIO

PREFÁCIO .....	V
RESPOSTA AO PREFÁCIO.....	VII
APRESENTAÇÃO .....	IX
A ADVOCACIA NO BRASIL. RELEITURA E PROPOSIÇÕES.....	1
<i>José Anchieta da Silva</i>	
O EMPRESÁRIO E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA. ESPERADO ENCONTRO MERCADO .....	31
<i>José Anchieta da Silva</i>	
O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA ALÉM DELE (O PLANO ALÉM DO PLANO).....	59
<i>José Anchieta da Silva</i>	
A (R)EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS E O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA (A GARANTIA REAL CLÁSSICA E OS CONTRATOS DE GARANTIA FINANCEIRA) .....	81
<i>José Anchieta da Silva</i>	
SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DA COMPANHIA (UMA CRÍTICA À DESCONSTRUÇÃO DA DOCTRINA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS NO BRASIL) 111	
<i>José Anchieta da Silva</i>	
BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO JURÍDICO DA PUBLICIDADE .....	133
<i>José Anchieta da Silva</i>	
SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NO ÂMBITO ESTADUAL. SEU DIREITO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCORÊNCIA.....	143
<i>José Anchieta da Silva</i> <i>Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier Cançado de Almeida</i> <i>Bruno Barros de Oliveira Gondim</i>	
O NOVO “CORONAVÍRUS” – “COVID-19” E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA. A (NOVA) AÇÃO DE REVISÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	173
<i>José Anchieta da Silva</i> <i>Max Roberto de Souza e Silva</i>	

DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO .....	179
<i>Caio Soares Junqueira</i>	
NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL POR VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA.....	191
<i>Eduardo Augusto Franklin Rocha</i>	
BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DO AUMENTO DE PREÇOS PREVISTA NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 269/18.....	201
<i>Gustavo Henrique de Souza e Silva</i>	
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO RETROATIVA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE TANGE AO INÍCIO DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO PENAL – ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO ORDINÁRIO EM <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 122.774-RJ .....	205
<i>Gustavo Henrique de Souza e Silva</i>	
A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS: PROPOSTA DE MODELAGEM DE UM JOGO DINÂMICO COM INFORMAÇÃO COMPLETA.....	223
<i>Gustavo Henrique de Souza e Silva</i>	
OPERAÇÃO MÃOS LIMPAS – 25 ANOS .....	237
<i>Guglielmo Giordanengo</i>	
COLABORAÇÃO PREMIADA E VÍCIO DE CONSENTIMENTO. APONTAMENTOS INTERDISCIPLINARES.....	247
<i>Gustavo Henrique de Souza e Silva</i>	
NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E CALENDÁRIO PROCESSUAL NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	267
<i>Pedro Henrique Machado Silveira</i>	
A TRANSFORMAÇÃO DE CLUBES DE FUTEBOL, FEDERAÇÕES E LIGAS EM SOCIEDADES ANÔNIMAS: UM NOVO TEMPO PARA O FUTEBOL BRASILEIRO (BREVE PANORAMA DO PROJETO DE LEI Nº 5.082/2016) .....	285
<i>Max Roberto de Souza e Silva</i>	

AINDA SOBRE O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....	305
<i>Renata Dantas Gaia</i>	
AINDA SOBRE A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA (QUE FALÊNCIA NÃO É) .....	319
<i>Renata Dantas Gaia</i>	
ARBITRAGEM – INSTITUTO EM EVOLUÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO.....	335
<i>Maria Fernanda de Oliveira Larciprete</i>	
ALTERAÇÕES HAVIDAS NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB (DECRETO-LEI Nº 4.657/42) .....	345
<i>Bruno Barros de Oliveira Gondim</i>	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACIONISTA MINORITÁRIO NO ÂMBITO DA LEI Nº 6.404/76 .....	369
<i>Gabriel Ribeiro Semião</i>	
O GRUPO ECONÔMICO SOB O ENFOQUE DA REFORMA TRABALHISTA.....	389
<i>Caroline Rodrigues Braga</i>	
AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E AS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS.....	401
<i>Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier Caçado de Almeida</i>	
DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL: UM CONCEITO VAGO OU ABERTO.....	425
<i>Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier Caçado de Almeida</i>	
BREVE RELATO SOBRE OS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO A PARTIR DAS LEIS 13.429/2017 E 13.467/2017 .....	443
<i>Pedro Henrique Ramirez Pires</i>	
A DESTITUIÇÃO DO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO, PREVISTA NA LEI Nº 4.591/64, COMO UM DOS INSTRUMENTOS DO DIREITO URBANÍSTICO .....	461
<i>Amanda César Silvano</i>	

A TRIBUTAÇÃO DO DESÁGIO OBTIDO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	477
<i>Mateus Vieira Nicacio</i>	
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017).....	493
<i>Leticia Paropato Camargo e Almeida</i>	
RELEITURA DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO EMPREGADO E EMPREGADOR – REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO .....	503
<i>Renze Lage Gomes</i> <i>Rafaela Vilefort de Carvalho e Souza</i>	
O COMPLIANCE NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO.....	517
<i>Clarice Oliveira Martins da Costa</i>	
NOTAS RELEVANTES SOBRE A FIGURA DO ADMINISTRADOR JUDICIAL.....	531
<i>Hyana Paiva Pimentel</i>	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA.....	547
<i>Júlia Maria Martins da Costa Araújo</i>	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES AGRAVÁVEIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....	559
<i>Lara Fernandes Almeida</i>	
CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM E O <i>FULL DISCLOSURE</i> : POSSÍVEL COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E SUA MITIGAÇÃO FRENTE ÀS COMPANHIAS ABERTAS NO MERCADO DE CAPITAIS.....	577
<i>Ana Carolina Soares Bahia</i>	
ADVOCACIA “ <i>PRO BONO</i> ” – CONCEITO E ASPECTOS ÉTICOS.....	599
<i>Manuela Porto Ribeiro Silveira</i>	
OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA UMA EFETIVA INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO .....	611
<i>Larissa Haueisen Freire Pimenta</i>	

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA .....	627
<i>Flávia Melany Friche Siqueira</i>	
A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL – PRECEDENTES .....	645
<i>Deborah Frauches Chaves</i>	
CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DA LEI Nº 13.964/2019: A DISCRICIONARIEDADE QUE PERMEIA O INSTITUTO E SEUS REFLEXOS .....	665
<i>Guilherme Murari Souza</i>	
SUCESÃO NAS EMPRESAS FAMILIARES E PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO ATRAVÉS DA <i>HOLDING</i> FAMILIAR.....	683
<i>Ana Luiza Mendes Lopes Vieira</i>	
A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	701
<i>César Henrique Silva Diniz</i>	
JOSÉ MARRARA UM GIGANTE QUE NÃO SERÁ ESQUECIDO.....	720
REFORMA POLÍTICA. REFORMA DO ESTADO.....	723
SESSÃO DE COMEMORAÇÃO DO DIA DE PORTUGAL, DE CAMÕES E DAS COMUNIDADES PORTUGUESAS EM BELO HORIZONTE, NO CENTRO DA COMUNIDADE LUSO-BRASILEIRA EM BELO HORIZONTE .....	725
BACHAREL EM DIREITO NÃO É “PARALEGAL” .....	732
ADVOCACIA UNA. OAB ÚNICA .....	734
O COLÉGIO DE PRESIDENTES DOS INSTITUTOS DE ADVOGADOS DO BRASIL FAZ A ENTREGA DA MEDALHA SANTO IVO, A SUA COMENDA OFICIAL, AO JURISTA MIGUEL REALE JUNIOR.....	736
VERBETE CONSUMIDOR .....	740
ENCERRAMENTO DO CENTENÁRIO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS – IAMG .....	744

A NOSSA REVOLUÇÃO FRANCESA .....	749
CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DO ACADÊMICO HÉLIO ARMOND WERNECK CÔRTEZ .....	751
POSSE NA ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS JURÍDICAS – AMLJ. ACADÊMICOS: JOSÉ CARLOS PIMENTA E FERNANDO ARMANDO RIBEIRO FILHO .....	755
O RECURSO ESPECIAL E A PEC 209/2012 .....	759
SAUDAÇÃO AO MINISTRO JOSÉ FRANCISCO REZEK .....	764
UM PREFÁCIO QUE NÃO ERA NECESSÁRIO: PREFACIANDO BÁRBARA BARBIZANI DE CARVALHO DE MELO FRANCO CAIADO .....	769
DEMOCRACIA E ESTADO POLICIAL .....	772
NOSSAS INSTITUIÇÕES NÃO FUNCIONAM .....	774
ELEIÇÃO E POSSE NA PRESIDÊNCIA DA ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS JURÍDICAS .....	776
INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONVÊNIO QUE ASSINAM A ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS E A ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS JURÍDICAS VISANDO, EM CONJUNTO, A ORGANIZAÇÃO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO DENOMINADO “PROJETO RESGATE MEMÓRIA” .....	778
PREFACIANDO JAIME VITA ROSO EM SEU “SEM MEDO DA IMITAÇÃO. DA RÉGUA AO COMPASSO: UM FENÔMENO DE CONSCIÊNCIA” .....	781
SAUDAÇÃO AO PROFESSOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO .....	783
UM NOVO PODER MODERADOR .....	785
UMA NOVA CONSTITUIÇÃO .....	788
UMA NOVA CONSTITUIÇÃO PARA A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL .....	790
A SEDE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO EM BELO HORIZONTE .....	796
BEM-VINDOS AMIGOS DA AMIGOS! ISTO É UMA CONCITAÇÃO ...	798

MEDALHA SANTO IVO ENTREGUE A ORLANDO GOMES – <i>POST MORTEM</i> .....	802
BELO HORIZONTE – CIDADE JARDIM.....	807
A PRESENÇA DO SERRO NAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, ACADÊMICAS E CULTURAIS.....	809
PALAVRA DO PRESIDENTE DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS – ICP, GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA .....	816
SE É PRECISO MUDAR, É PRECISO PROPOR MUDANÇAS.....	820
SEM LEGALIDADE NÃO HÁ SANÇÃO LEGÍTIMA .....	822
CIÊNCIA E DEMOCRACIA.....	824
TEXTOS PRODUZIDOS NO ÂMBITO DE JASA – JOSÉ ANCHIETA DA SILVA ADVOCACIA, EM RELAÇÃO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS COVID-19 .....	826
O “CORONAVÍRUS”. A VIDA DAS PESSOAS E A VIDA DAS EMPRESAS.....	827
CARTA DIRIGIDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM RELAÇÃO À PANDEMIA. DOCUMENTO ASSINADO POR AGUINALDO DINIZ FILHO, PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E EMPRESARIAL DE MINAS – ACPMINAS .....	830
CHAMAMENTO: PROPONDO UM “PACTO NACIONAL” EM FACE DA DESORGANIZAÇÃO DOS SETORES PÚBLICOS E PRIVADOS. DOCUMENTO ASSINADO PELA ASSOCIAÇÃO COMERCIAL E EMPRESARIAL DE MINAS – ACPMINAS, PELO SEU PRESIDENTE AGUINALDO DINIZ FILHO, PELO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS – IAMG, PELO SEU PRESIDENTE FELIPE MARTINS PINTO E ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, PELO SEU PRESIDENTE JOSÉ ANCHIETA DA SILVA .....	834



# A ADVOCACIA NO BRASIL. RELEITURA E PROPOSIÇÕES<sup>1</sup>

José Anchieta da Silva

**Resumo:** O exercício da Advocacia moderna, no enfrentamento das novidades e das inovações tecnológicas, impõe uma revisão de seu conteúdo que vai da formação dos bacharéis à renovação de seus institutos, com providências a serem adotadas não apenas no plano da lei, mas também e principalmente, no interior de suas instituições e no comportamento das pessoas que elegem, por vocação, a Advocacia como profissão.

Palavras-chaves: Advogado. Advocacia. Cursos Jurídicos.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Advocacia, notícia histórica. 3. A figura do advogado, sua conduta pessoal (seu *confiteor*). 3.1. O Advogado em relação à sua própria pessoa. 3.2. O Advogado e o seu cliente. 3.3. O Advogado e seus colegas de profissão. 3.4. O Advogado e o Poder Judiciário. 3.5. O Advogado e a sociedade. 3.6. O Advogado e o uso da palavra. Necessária restauração do princípio da oralidade. 3.6.1. O quase abandono do princípio da oralidade na prática processual brasileira. 3.6.2. Modernos instrumentos a serviço da oralidade. 4. Problemas e vicissitudes da Advocacia brasileira. 4.1. A formação do Advogado. 4.2. A legislação do estágio profissional e o "Exame de Ordem". 4.3. O problema da remuneração do Advogado. 4.4. Os

---

<sup>1</sup> Texto publicado no livro *A Nova Advocacia* editado pelo Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, obra organizada por Hélio Gomes Coelho Júnior, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins e Gilberto Lopes Teixeira (lançado em Salvador).

processos virtuais, a chamada inteligência artificial e os atos próprios dos Advogados. 4.5. A crise de colegialidade. Um novo marco legal para a profissão. 5. Um atrevido elenco de propostas. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Instado pelo Advogado Hélio Gomes Coelho Júnior, presidente do Instituto dos Advogados do Paraná, na presidência do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil, entidade personificada e de caráter nacional, atendemos à sua conclamação para enfrentar tema compreensivo dos desafios da Advocacia brasileira neste século XXI que já vai alto.

O nomeado Colégio de Presidentes já se firmou como um dos mais autorizados fóruns de debate, lugar onde há mais de dez anos tem se reunido, com regularidade, em vários Estados da Federação, os tradicionais Institutos de Advogados para discutir crises e vicissitudes da advocacia e de seu ambiente. Debate-se em seu interior, naquilo que de pauta comum de todos os congêneres, o plexo de leis e de códigos, propósitos e projetos de seu aprimoramento; discute-se a ação e a inação de autoridades e de agentes públicos em relação ao cenário jurídico (e suas consequências político-sociais) desse Brasil que, a caminho de sua arrumação, deixa claro o muito que ainda há por ser feito ou consertado (é consertando-se que se propicia algum concerto). Fica sempre claro nos debates e proposições, que os Advogados e a Advocacia não podem renunciar ao seu indispensável protagonismo com relação às graves tarefas e missões institucionais, agindo como sentinela avançada, cumprindo o seu papel de integração fazendo as vezes de um moderno “Poder Moderador”<sup>2</sup>. A situação atual é grave. Não podendo a Advocacia descuidar da sua própria sobrevivência (*rectius*: é preciso cuidar de sua sobrevivência como profissão livre, culta, independente, ativa, comprometida com os valores maiores da vida: a liberdade, a honra e o patrimônio das pessoas), precisa dar sua contribuição na construção de um Brasil livre e democrático, dotando-o de credenciais para se fazer presente à altura de sua gente no concerto das nações.

---

<sup>2</sup> SILVA, José Anchieta da, Pronunciamento feito no simpósio internacional 30 Anos da Constituição realizado pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG e seus parceiros; texto publicado no *Jornal ACMinas*, jul./ago. 2018, da Associação Comercial e Empresarial de Minas, p. 33-34.

Nessas linhas nada se escreverá de novo. O que se trará a texto, com indicação de fontes, são reflexões levadas a termo em profícuos debates no âmbito do reverenciado Colégio de Presidentes. São registradas aflições que roubaram (e roubam) o sono e a paz dos profissionais da Advocacia, atividade que não se exerce sem que se deposite no seu altar, liturgicamente, permanentes votos de fé mais ardente nos valores da ética, da moralidade, da dignidade, do civismo. O discurso posto está ancorado em fatos e em textos-epístolas anteriormente publicados. Sem receio das críticas que virão, o texto, ao fim, assume um elenco de atrevidas propostas com a finalidade de fomentar o debate visando a construção de uma agenda de proativos eventos e fastos.

## 2. A ADVOCACIA, NOTÍCIA HISTÓRICA

O homem, na primeira hora de sua existência fazia justiça com as suas próprias mãos. Era uma justiça feita com o tacape e com o bodoque. Matava-se e escalpelava-se. Não havia nem processo e nem Advogado. Mais adiante, a justiça passou a ser assunto da própria comunidade. Apedrejava-se em praça pública. Se defensores havia, muito pouco se podia fazer. Era uma justiça justiceira. Adiante mais, a justiça passou a ser exercida pelos monarcas que se achavam dotados de alguma divindade, atribuindo-se o poder de julgar e de dispor sobre a vida e sobre o patrimônio de seus súditos. De modo ainda embrionário aí começaram a aparecer os defensores, os primeiros advogados que exerciam a missão de *ad vocare* (aqueles aos quais se concedia a palavra). Não existia, contudo, sistema organizado e prevalecia a vontade do rei. Exemplo que se tem desse tempo está, para os cristãos, no seu livro santo (a Bíblia), quando Salomão ordenou que se partisse a criança já que duas mulheres reivindicavam aquela maternidade.

O exercício da Advocacia, no curso da história, é pleno de demonstração das dificuldades, barreiras e incompreensões que sempre enfrentou. Em Portugal, no século XIII eram vistos com maus olhos pela corte os vozeiros e arrazoadores. Lembra José Roberto de Castro Neves que Shakespeare, em uma de suas obras, sobre o reinado de Henrique VI, coloca na boca de um dos personagens, o açougueiro Dick, a seguinte expressão “a primeira coisa a fazer é matar os advogados”. Assim foi na França da Revolução Francesa e na França de Napoleão que não nutria respeito algum pelos Advogados. No Brasil, a Conjuração Mineira, que terminou com o enforcamento do auferes

Tiradentes, tinha dentre seus conspiradores três advogados formados em Coimbra – Cláudio Manoel da Costa, Alvarenga Peixoto e Tomás Antônio Gonzaga –, todos presos por conspiração. Na República Velha, quando o marechal de ferro, Floriano Peixoto dissolveu o Congresso Nacional, coube a Rui Barbosa sugerir a impetração de uma ordem de *Habeas Corpus* na Suprema Corte de então para que se reabrisse o Congresso Nacional. Ficou famoso o repto do marechal-presidente a essa “provocação” de Rui Barbosa, tendo a ele respondido mais ou menos assim, registra a história: “Concedendo o Supremo Tribunal uma ordem de *habeas corpus* em favor do Congresso, e depois, quem e onde se impetrará *habeas corpus* para reabrir o Supremo Tribunal Federal?” Era clara a disposição do marechal de fechar também o Supremo Tribunal Federal. As dificuldades não foram menores durante o período da ditadura de Getúlio Vargas. Quando acusado de seu desprezo pelos textos legais o ditador exercitava uma frase feita, desdenhando: “a lei, ora a lei...”. O mesmo ocorreu durante a ditadura militar iniciada em 1964 e que duraria mais de vinte anos. Não pode ficar sem registro as primeiras demandas da Ordem dos Advogados do Brasil (instituída pelo Decreto nº 19.408 de 18 de novembro de 1930), na criação do *habeas corpus* e do *mandado de segurança* (forma especial de diferenciar a proteção da liberdade pelo Estado das ações cometidas pelo mesmo Estado contra direitos individuais).<sup>3</sup>

A faina da Advocacia nos dias de hoje não tem sido diferente. Dentre os dramas vividos se destaca uma crise de credibilidade e de perda de prestígio de seus profissionais no exercício de seus misteres. O segredo ou o sigilo da profissão não tem sido respeitado. Em torno da Advocacia tem sido frequente a utilização e a divulgação de fatos ou suspeitas que sequer tenham se transformado em processos, por meio de desastradas escutas telefônicas (nem sempre corretamente autorizadas) seguidas de vazamento de dados e de informações espetaculares (ou espetaculosas), a partir de invasões de domicílios e de oficinas pessoais, de forma viciada, dirigida, adrede, irregular, sensacionalista,

---

<sup>3</sup> SILVA, José Anchieta da, “A Carreira do Advogado”, em *20 Anos de Advocacia*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 1-13; NEVES, José Roberto de Castro, *Como os Advogados Salvaram o Mundo* (obra, sobre o tema, recomendada), Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2018; ATHENIENSE, Aristóteles Dutra de Araújo, “A Evolução da advocacia brasileira”, *Revista Inconfidente*, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, ano 13, nº 58, junho, 2019.

seguida, quase sempre, de coerção ou de prisão sem sentença e, sempre com a grande imprensa pré-avisada e, por isso mesmo, a tudo presente. Inaugurou-se um tempo novo: o tempo do “*teje preso*”, coisa que só se via no cinema, no mais animado faroeste das sessões de matinês de domingo à tarde. A nova mídia (os vários tipos das consideradas mídias sociais) necessita ser colocada a serviço da Advocacia e dos processos e disso se cuidará mais adiante.

Nos ruidosos casos de vazamento e de apedrejamento público pela mídia antes mesmo de formado o processo, a sentença por vir do Poder Judiciário chegará desgraçadamente atrasada, um dia, e, condenatória ou não, será insuficiente para reparar os estragos provocados.

### **3. A FIGURA DO ADVOGADO. SUA CONDUTA PESSOAL (SEU CONFITEOR)**

O discurso em torno dos problemas da Advocacia não prescinde *ex ante* de um necessário exame de consciência da pessoa do Advogado, da constatação de sua responsabilidade profissional, de sua postura, de seu modo de agir. A (des)valorização e o (des)prestígio da Advocacia tem seu começo no comportamento da figura do próprio Advogado, da falta de cuidado em relação à sua própria pessoa; em relação a seu cliente; em relação a seus colegas de profissão; em relação ao Poder Judiciário e seus agentes; em relação à sociedade (à comunidade). É preciso repristinar o valor do uso da palavra, reascendendo a relevância do princípio da oralidade.

#### **3.1 O Advogado em relação à sua própria pessoa**

Nenhum outro curso universitário abre aos bacharéis tantas portas quanto os cursos de Direito. O título de bacharel em ciências jurídicas propicia acesso às carreiras da magistratura, do ministério público, o magistério jurídico, as assessorias públicas (nos três poderes de Estado: executivo, legislativo e judiciário) e uma gama de exercícios profissionais afins. Nenhuma dessas atividades, todavia, se revela mais exigente, mais instigante, mais desafiadora e mais tentadora do que o exercício da Advocacia.

O destinatário principal desta reflexão é o conjunto de atores que exercita a Advocacia como profissionais liberais, sozinhos ou em regime de consórcio ou parcerias, em sistema cooperado de trabalho ou

estabelecendo-se como participantes de sociedades de Advogados. De se ter presente desde logo a advertência de que Direito e Advocacia são coisas muito distintas.<sup>4</sup> As figuras do bacharel e do Advogado não se confundem.

Em boa medida são os próprios advogados que contribuem para o processo de seu desprestígio pessoal. O Advogado é um agente de transformação social. Do ponto de vista da sua preparação profissional é preciso ter em mente aquele mandamento de Couture: “Estuda – o direito está em constante transformação. Se não acompanhas, serás cada dia menos advogado”. O Advogado deve falar e escrever com clareza e corretamente. Estão à sua disposição as lições da História, da Estatística, da Lógica e, principalmente, da Filosofia, além de várias outras ciências. Na elaboração de suas peças deve usar linguagem apropriada, atento ao valor e ao conteúdo do vocabulário jurídico. É desnecessário pedantismo. A advocacia moderna não se compatibiliza com textos longos. O ministro do Supremo Tribunal Federal Aliomar Baleeiro, na segunda metade da centúria passada, advertindo a magistrados que sentenciavam fazendo-o em textos longos, dizia que não deviam mandar tais escritos para o processo, mas para a editora.

Com os avanços da humanidade e com o aparecimento de tantos e novos campos do conhecimento, o Advogado deve ter presente a sua desobrigação de dominar com profundidade todos os ramos do saber. Daí a indispensabilidade de uma especialização. Nada justifica, entretanto, o descuido com a sua formação básica. O Advogado deve ter e deve demonstrar perante clientes, colegas e magistrados a necessária autoconfiança. Deve ser seguro no argumento e deve estar sempre automotivado. A Advocacia, afinal, deve ser exercida com altivez e com autoridade pessoal. Esses dois atributos não se reúnem se a pessoa não se preparar por inteiro para o cumprimento dos nobres misteres da Advocacia. Deve o profissional tomar cuidado com a sua aparência, sua indumentária, com os usos e costumes do lugar e com as portarias eventualmente baixadas pelo magistrado, nos limites de sua competência e, em qualquer hipótese, respeitada a lei. A insurreição contra normativos nulos ou disposições descabidas deve dar-se sob os meios

---

<sup>4</sup> A afirmação é de José Roberto de Castro Neves: “O propósito final do advogado não é aplicar o Direito, porém proteger os interesses de quem solicitou sua ajuda. O advogado pode valer-se do Direito, mas essa não é sua única ferramenta” (obra citada, 2018, p. 23).

e modos próprios previstos na práxis. Não se deve acreditar em caminhos curtos, em atalhos que podem conduzir a becos sem saída.

O Advogado deve ter comportamento social exemplar em todas as horas. Enfim, o profissional que dedica a sua vida ao Direito, antes de qualquer outra diligência deve ser diligente consigo mesmo.

### 3.2 O Advogado e o seu cliente

O Advogado é que deve conduzir o cliente e não por esse ser conduzido (*duco non ducor*). Diz o velho axioma popular que “o advogado é (deve ser) o primeiro juiz da causa”. É preciso recordar expressão utilizada pelo saudoso desembargador Garcia Leão, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo a qual “o advogado não tem teses, tem casos”. A causa posta, muitas vezes aparentemente indefensável exigirá uma postura ou mais ou menos dogmática do Advogado, sem, contudo, lhe impor adoção de posições desnecessariamente insustentáveis. Nunca haverá a necessidade de mentir. Não existe Advocacia de acusação porque toda Advocacia se põe a serviço de uma defesa, de uma postulação legítima na proteção de um interesse também legítimo.

O Advogado ao defender os interesses de seus constituintes não deve com esses ser confundido. É razoável admitir a paixão que alimenta o cliente ou o paciente em relação a seu caso. O eventual contágio dessa paixão à pessoa do Advogado pode ser prejudicial ao seu desempenho profissional. Rui Barbosa advertiu, em memorável oração, que os Advogados devem esquecer tanto as vitórias quanto as derrotas, para que dia não chegue em que o exercício da Advocacia possa se tornar impossível para o profissional apaixonado. Não pode a Advocacia, todavia, ser exercida com frieza. A pessoa do Advogado deve demonstrar perante todos os circunstantes, o equilíbrio, a prudência, a sobriedade.

O Advogado deve ser remunerado de modo justo pelos serviços e este assunto deve ser tratado com o cliente, com clareza e previamente.

### 3.3 O Advogado e os colegas de profissão

A lhanza de trato é questão relevante na conduta pessoal, principalmente no convívio com os colegas de profissão. Com relação à ética, é preciso lembrar que não podem ser secundados os interesses do constituinte. Neste ponto é preciso ser transparente, firme e leal, sem tibieza de qualquer espécie.

É preciso ter presente que os Advogados não litigam entre si. É fundamental respeitar os mais jovens sem lhes demonstrar superioridade e, na medida em que for útil, apontar-lhes os caminhos mais próprios para conduzir o caso.

Não se reconhece por absoluta incompatibilidade, o substantivo composto “advogado-bandido”. Diante da prática de qualquer ato ilegal, delituoso, a figura do Advogado desaparece, sucumbe, morre, fica só o bandido. O verbete “Advogado” não é só substantivo indicador da profissão sendo, sobretudo e orgulhosamente para esses profissionais um “pró nome” (neologismo para registrar uma situação de prenome), um distintivo social, profissional e cultural do qual se deve ter orgulho, fazendo por merecê-lo.

É preciso trabalhar em torno do resgate de valores que não podem ser esquecidos. Sob hipótese alguma deverá o Advogado curvar-se a chicanas. Os procedimentos delituosos devem ser prontamente rechaçados. Este é também um dever profissional cuja raiz, a despeito de ser uma obrigação calçada naquele princípio do *honeste vivere* corresponderá a uma constante reafirmação daquele juramento festivo que se faz no momento da colação de grau como bacharéis. Não há Direito sem valores.<sup>5</sup>

Nunca se deve menosprezar a maneira às vezes muito simples do circunstante ou interlocutor. A intolerância é má companhia. A experiência recomenda que é melhor admitir que o outro (o outro Advogado) está mais preparado do que parece. Pensando e agindo assim não haverá surpresa e o convívio será, certamente, saudável e proveitoso. Os Advogados mais velhos são credores de justa veneração. São poços de experiência, de sabedoria. São exemplos a serem imitados.

### 3.4 O Advogado e o Poder Judiciário

Desnecessário privilegiar, nesse passo, apenas a relação do Advogado com os magistrados. O Poder Judiciário compreende um sistema, em que o cumprimento das normas e regimentos e um bom relacionamento com os serventuários da justiça (escrivães e escreventes, oficiais e serventuários em geral) são de indiscutível utilidade.

Com os magistrados, de se lembrar que entre esses e os Advogados não há relação de hierarquia. É bom ter presente a lição de Celso Barbi

---

<sup>5</sup> NEVES, obra citada, 2018, p. 286.

(o pai), segundo a qual o Advogado é sempre um pedinte (acreditado pedinte, mas pedinte). Suas peças necessariamente terminam com um solene “pede-se deferimento”. O exercício da Advocacia não é e não pode ser um *lobby*.

É ao advogado que cabe decidir sobre a necessidade e a oportunidade em que a defesa dos interesses em conflito esteja a reclamar a sua presença diante do magistrado. Sem ouvir o Advogado, o magistrado não terá ouvido aquele que detém mandato exatamente para esse indispensável diálogo, essa interlocução entre a beca e a toga. Não está correto imaginar que o Advogado só exerce a Advocacia escrevendo ou peticionando. Os atos orais que praticados no exercício de sua missão são também atos profissionais e como tais devem ser compreendidos. Se e quando necessário, caberá ao magistrado reduzi-los a termo. Se as circunstâncias exigirem, o Advogado tem o direito de ser recebido pelo magistrado, seja em seu gabinete de trabalho, seja em sua residência, seja onde mais for encontrado. De outra forma poderá se estar colocando em risco direito do cidadão defendido, o que a lógica do processo, a busca pela justiça, não toleram. O Advogado, todavia, deve evitar a audiência ou o despacho pessoal com o magistrado, quando de todo evitável, sem prejuízo dos interesses postulados. A audiência ou o despacho pessoal, quando solicitado, deve ser breve e deve conter-se nos limites do tema que tenha suscitado a urgência, para que não incorra, o Advogado, em esvaziamento da própria motivação da audiência. Nos contatos pessoais deve o Advogado evitar os meios menos cômodos de se promover a abordagem profissional ao magistrado. Ainda que não correspondido, o tratamento do Advogado dirigido ao magistrado deve ser respeitoso e sempre em linguagem técnica.

O Advogado não deve preocupar-se em ser amigo do magistrado, e se o for, deve evitar que essa relação de amizade se transforme em privilégio. Será ótimo que Advogado e magistrado tenham relação de amizade. Terá sido péssimo se essa relação tiver exercido alguma influência sobre o processo do qual, cada um deles a seu título, com atribuições distintas, estiverem a tratar.

Nenhum Advogado necessita temer linguagem ou despachos de magistrados quando intimidatórios, devendo, sempre que for o caso, utilizar-se imediatamente dos meios e recursos em lei previstos na defesa dos interesses de seus constituintes. Calamandrei deixou escrita a lição segundo a qual “vociferar não é sinônimo de energia”. Quando a

advocacia e a magistratura mal se entendem, quem perde é o cidadão. O Magistrado tem no Advogado um aliado e não um inimigo. Essa afirmação é expressão de mão dupla.

### 3.5 O Advogado e a sociedade

A Advocacia é ofício e arte. Seu exercício compreende uma responsabilidade social irrenunciável. O Advogado, esse agente transformador, é um condutor da sociedade. Diante de circunstâncias especiais, cabe-lhe algumas iniciativas graves e dentre elas o dever de manifestar, na hora e na forma corretas, a necessária indignação. Quando necessário é preciso que o Advogado assuma, em nome da sociedade, a trombeta de Gedeão<sup>6</sup>. Nas palavras de Ariosvaldo de Campos Pires, um dos maiores mestres da advocacia de nosso tempo, em discurso proferido como Diretor da “Vetusta Casa de Affonso Penna”, a centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, “a advocacia não se exerce no anonimato”. Não deve, todavia, o Advogado, agir como incendiário. Não deve contribuir para o agravamento de eventuais crises de valores sociais, éticos, morais.

Nem todo o trabalho desempenhado pelo Advogado há de sê-lo mediante paga. O Advogado deve atender, nas emergências, às nomeações como defensor dativo. Deve ser solícito nas impetrações de ordens de *habeas corpus* por exemplo. Àqueles já estabelecidos é aconselhável a adoção, não necessariamente permanente, de alguma Advocacia *pro bono*<sup>7</sup>. No exercício do ministério nobre da advocacia, mais do que em outras profissões, a vida é fértil em apontar as carências sociais nas quais a presença e a contribuição do Advogado, sua palavra orientadora e solidária, se apresentam mais do que apenas útil, necessária.

---

<sup>6</sup> Gedeão, condenado sem defesa lutou até que a Suprema Corte norte-americana lhe nomeasse advogado e apreciasse seu recurso. Foi absolvido e o seu processo se transformou num *case*. *A Trombeta de Gedeão*, de Antony Lewis, publicado em 1966, Editora Forense. Rio de Janeiro. Fonte recente, SILVA, José Anchieta da, *Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p. 88.

<sup>7</sup> SILVEIRA, Manuela Porto Ribeiro, “Advocacia *pro bono* – Conceito e aspectos éticos”, in: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; SANTIAGO, Rogério Vieira (Coord.). *Advocacia & Ética – Novos Temas*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2016, p. 53-64.

### 3.6 O Advogado e o uso da palavra. *Necessária restauração do princípio da oralidade*

Muito antes do surgimento da escrita já se transmitia conhecimentos tendo a palavra como veículo. Do exame do comportamento social das comunidades nos vários rincões da terra e em tempos também vários se reconhece as figuras dos anciãos como os mais sábios; dentre os silvícolas se reverencia a liderança dos caciques e dos pajés, calçada na pura sabedoria.

Na antiga Grécia, uma das principais qualidades do cidadão estava na coragem de dizer na *Ágora*, assembleia do povo, as suas verdades com independência e com destemor.

Designava-se *parresia* a coragem de falar em público, fazendo a sua pregação, expondo ideias, em contraposição ao *phobos* que era o medo de se expor e de promover alguma revelação. Era o exercício da verdade e da franqueza.

A primeira ferramenta do Advogado está no uso da palavra escrita ou falada e no seu valor argumentativo. No seu discurso o Advogado deve ser ousado e corajoso, valorizando a necessária clareza expositiva de sua oração<sup>8</sup>. É preciso, portanto, retomar o tema da oralidade forense, discutindo-o com o rigor científico que o tema reclama. É preciso reconquistar a prática da oralidade processual na sua inteireza, para que se obtenha deveras, um processo ou um procedimento ágil, moderno, de duração razoável.

Em memorável pronunciamento no Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, no Rio de Janeiro, em sessão solene em homenagem a Luiz Gama, negro forro, vendido ainda criança como escravo pelo seu próprio pai, e que adulto se fez rábula, dedicando-se à defesa de escravos fugitivos, o inolvidável Fábio Konder Comparato dissertou sobre os elementos da oratória judicial. Ensinou que o primeiro elemento a despertar a atenção do orador está no *acumem* que se pode traduzir por argúcia ou agudeza de espírito do orador. Segue-se a *ratio* que

<sup>8</sup> Recomenda-se, a respeito, ler a oração de Dom Silvério Gomes Pimenta, primeiro arcebispo de Mariana – MG, quando de sua posse na Academia Brasileira de Letras sobre “o valor da palavra”, Fonte recente, SILVA, José Anchieta da, “A Carreira do Advogado”, in: *20 Anos de Advocacia*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 9; do mesmo autor, “Palavra de Advogado”, obra já citada, 2014, p. 251-271.

corresponde à habilidade racional no ato de argumentar. Em seguida vem a *diligenhtia*, ou seja, o zelo pela aplicação constante, correspondente à dedicação profissional cujo conjunto conduz ao *ingenium*, isto é, ao talento natural do grande orador. Os princípios fundamentais da arte oratória na construção de Cícero estão no *probare* que compreende a capacidade na demonstração da verdade, afirmando-se no *conci-liare* que equivale à arte de atrair e de granjear a simpatia dos ouvintes e se arremata no *movere* que corresponde à destreza em suscitar nos expectadores a justa emoção (Orare, II, 15).

Também a respeito da oratória forense, o decano do Instituto dos Advogados de São Paulo, Elias Farah, em erudito ensaio reúne preciosas considerações pertinentes ao bom discurso do advogado na condução de processos e procedimentos. Adverte sobre a necessária distribuição formal do texto, bem separando o que seja o *exórdio* e o que seja *peroração*. No primeiro tem-se a exposição da tese e da pretensão. No segundo tem-se a afirmação da tese lançada. Lembra que a eloquência não é um privilégio dos que se dedicam às carreiras jurídicas sendo, na verdade, um fenômeno que tanto se fará presente num discurso verbal como pode aparecer na beleza de uma tela, de um quadro com ou sem moldura, pelo encantamento e pela harmonia das cores; estará presente num poema pelo conjunto sincopado das palavras ou no simbolismo de um monumento, na coragem de um líder e até nas lágrimas da criança órfã. Arremata trazendo a lição de Rui Barbosa para quem “a eloquência é o privilégio divino da palavra na sua expressão mais fina, mais natural, mais bela”.<sup>9</sup> Tenha-se presente a riqueza da língua portuguesa, “última flor do lácio inculta e bela”<sup>10</sup>.

O texto escrito deve ser estruturado. A linguagem jurídica não se compatibiliza com modismos, cacoetes e clichês que devem ser evitados. É preciso selecionar e valorizar os pontos principais do texto escrito ou pronunciado. Toda oração deve ser preparada e deve ser breve. Deve-se evitar improvisos. Deve-se usar voz natural, com as entonações que a valorização do discurso escrito ou a oração verbal exigirem. A linguagem escrita, não se esqueça, é descritiva e a linguagem oral, performática e ambas exigem cuidado. Deve-se ter cuidado

---

<sup>9</sup> FARAH, Elias, “A Oratória Forense: reflexões sobre alguns aspectos práticos”. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 11, n° 22, jun./dez. 2008.

<sup>10</sup> Na expressão de Olavo Bilac, no soneto “Língua Portuguesa”.

com a expressão corporal porque o mensageiro do Direito não é bailarino e o ambiente forense não é picadeiro.

O exercício das atividades jurídicas deve observar a linguagem própria, fundamental para a compreensão científica e técnica das postulações e dos arrazoados. A linguagem jurídica não é casual, não é modismo e tem função própria, nas suas expressões, títulos e termos. Corresponde a uma ritualística necessária. É indispensável à solenidade dos atos de construção sublime da justiça e responde pela nobreza das atividades de todos os ministérios jurídicos<sup>11</sup>. Nos últimos dias despertou-se uma corrente de profissionais da área jurídica que, levantando-se contra o *juridiquês* (neologismo crítico em relação à terminologia jurídica quando mal utilizada, visivelmente pejorativo) e passou a desfraldar perigosa bandeira contra a linguagem jurídica, a título do que seria uma simplificação vernacular. Esse movimento não deve ser prestigiado. Imagine-se a matemática, a física, a química, a medicina, sem a utilização de sua linguagem técnica, própria e identificadora de seus elementos e de seus institutos. Uma coisa há de ser a linguagem do Advogado com o seu cliente; esta, coloquial e simples. Outra coisa há de ser a linguagem jurídica para o processo (no diálogo da beca com a toga) com a sua necessária disciplina terminológica e com a necessária liturgia de quem esteja a serviço da justiça.

### 3.6.1 O (quase) abandono do princípio da oralidade na prática processual brasileira

Os tribunais brasileiros e a Advocacia têm secundado o princípio da oralidade e nessa constatação se identifica um de seus erros. A face visível desta afirmação está na percepção de certo desinteresse por ouvir os Advogados. É o que aparece nas limitações do exercício de sustentações orais em sessões de julgamento de recursos nos tribunais brasileiros<sup>12</sup>. Trata-se, e é visível, de um certo regimentalismo

<sup>11</sup> A obra-prima de Fustel de Coulanges *A Cidade Antiga* percorre os passos históricos do conceito de justiça elaborado pelos povos a partir de uma concepção religiosa, familiar, sobre-humana. Sempre houve em torno da justiça ou dos atos de julgar um forte conteúdo de certa divindade (Editora Hemus, São Paulo, 1986, obra traduzida por Jonas Camargo e Eduardo Fonseca).

<sup>12</sup> Este texto já se encontrava a caminho do prelo quando a laboriosa Associação dos Advogados do Estado de São Paulo – AASP fez publicar em seu *Boletim n° 3085*, da segunda quinzena de junho de 2019, oportuno texto intitulado “Exi-

exacerbado (exacerbação de regimentos dos tribunais). Nesse ponto, a crítica que se faz diz respeito à limitação de processos nos quais se confere a prerrogativa de sustentação oral, o que tem causado prejuízos sem conta à Advocacia e, portanto, aos julgamentos, em certa medida, comprometendo a qualidade dos julgados. Há frequentes situações em que os recursos aparentemente vistos como menores, como os agravos de instrumento, pela matéria envolvida, pelo contexto processual, ditarão a sorte da sentença por vir. Muitas vezes os julgadores que participarão do órgão julgador não conhecem suficientemente o processo e, em minutos, com um simples aceno (aquele “de acordo com o voto do relator”) reforma decisões proferidas com autoridade pelo primeiro grau e destrói teses e provas coligidas por anos em trabalho de artesanato que a advocacia dedicada terá construído. Ouvir o Advogado em circunstâncias tais, em sustentações orais indispensáveis é o único remédio, por sinal, de previsão constitucional, de orientação legal, da lógica do processo, da tradição dos melhores sistemas de justiça. As sustentações orais nos tribunais brasileiros passaram a ser um drama para os advogados. A pretexto de pautas sobrecarregadas, o que não pode servir de causa para prejudicar a qualidade dos julgamentos, sufocados por normas regimentais peculiares e casuístas muitas vezes, há situações em que, por divergência de seus órgãos fracionários (principalmente nas câmaras) há interpretações para todos os gostos, nessa ordem: adia-se o processo e admite-se a sustentação; adia-se mas não sustenta; sustenta-se mas não se adia; sustenta ou adia de acordo com a presença e a concordância de procuradores de todas as partes (mas nunca é certo, nesse momento do processo, o consenso entre procuradores que defendem interesses, afinal, contrapostos);

---

gência de inscrições antecipadas para sustentação oral”. Num misto de desafo, denúncia, reclamação, um grito, enfim, invocando a norma do artigo 937 do Código de Processo Civil, sustenta o texto com absoluta pertinência que “A permissão para que terceiros formalizem a inscrição para sustentação oral em nome do advogado é prática observada por diversos tribunais, certo que, quando anunciado o processo para julgamento, o advogado previamente inscrito deverá se fazer presente para pronunciar sua sustentação oral, sob pena de comprometer a própria oportunidade” e arremata em forma de pedido, “A AASP reitera o pedido de alteração urgente dos procedimentos da 2ª Câmara de Direito Público para a sustentação oral em feitos de sua competência” (*Boletim*, p. 6). O texto é revelador. Confirma o desprezo dedicado pelo Judiciário ao princípio da oralidade; a presença de uma quase invencível burocracia forense; a pobreza com que se trata tema de tamanha relevância.

adia-se automaticamente, apenas em face da inscrição para sustentar, ainda que as partes não pretendam o adiamento; e, o mais radical dos exemplos, nem se adia e nem se aceita a sustentação. É a isto que se quer chamar de regimentalismo exacerbado, situação nem por Kafka prevista e que conduz a um processo que se distancia de sua finalidade maior que é a de proferir decisões acreditadas, entregando aos jurisdicionados a melhor decisão.

O princípio da oralidade, de se reconhecer, é algo, no entanto, muito mais abrangente do que o direito de fazer uso da tribuna. No bom (e correto) uso da palavra está o momento nobre do exercício da oralidade forense, e nela, a chave para a obtenção da sempre desejável celeridade processual e segurança jurídica. O desprestígio do princípio da oralidade no entanto não está (ou não começa) na resistência que se lhe oferecem os tribunais porque está na primeira instância, onde não mais se pratica (pelo menos como regra) as razões finais orais quando do encerramento em audiência da fase instrutória dos feitos, seguidas de sentenças judiciais ditadas presencialmente pelo próprio magistrado. A restituição ou repriminção dessa prática tornará os processos mais céleres, exigirá mais preparo dos Advogado presentes ao ato da audiência (e também do magistrado), combinado com o ato da sentença ditada; produzir-se-á a sentença ditada na presença daqueles que são os seus interessados diretos: as partes e os procuradores; dará assim muito mais autoridade ao ato sentencial, evitar-se-á a interposição de embargos de declaração uma vez que, presentes as partes e seus procuradores, omissões, obscuridades e contradições serão decididas ali mesmo; e evitar-se-á os recursos evitáveis em face da autoridade da sentença conferida em tempo real e no calor do processo e dos fatos expostos e das provas produzidas; tudo, afinal, na presença e com a participação dos interessados. As normas processuais permitem o procedimento que apenas foi abandonado, sem mais explicações. A doutrina, a jurisprudência, sequer tem se dedicado ao tema e a Advocacia, inexplicavelmente, pratica, a respeito, o silêncio dos calados. Para se não colocar a culpa apenas nessa constatação, é preciso anotar que essa lacuna vem de mais longe ainda, e deve ser levada a débito da má preparação que o sistema de ensino jurídico (cada vez menos jurídico) dedica a seus estudantes, principalmente para aqueles que vocacionados para a Advocacia. Também essa consideração implica em trazer para o rol dos responsáveis, a própria Ordem dos Advogados do Brasil na organização e na fiscalização dos estágios e, por evidente,

na imperdoável omissão do tão proclamado “exame de ordem”, este, historicamente de costas para a oralidade forense, como se possível fosse exercer a Advocacia sem o uso correto da palavra e sem o correto discurso jurídico.

O princípio da oralidade, ainda na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 foi objeto de uma consideração um tanto pessimista. Na sua exposição de motivos, o ministro Alfredo Buzaid foi expresso em admitir a dificuldade em se o manter, na sua inteireza, e dava as razões de seu pessimismo, apontando para a extensão territorial brasileira, para o surto do progresso e para as promoções dos magistrados de entrância para entrância, para o aumento da densidade demográfica, situações (então) novas que seriam a base de “considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade física do juiz”. As motivações invocadas não se confirmariam razoáveis e decorrido quase meio século de tais afirmações, sopesados os argumentos pró e contra e diante dos caminhos novos que foram se abrindo, tem-se um conjunto de constatações que acaba por conduzir, aquele mesmo discurso, a conclusões contrárias daquelas que adotadas, isto é, a realidade que se vive hoje autoriza, a partir da mesma argumentação, dela se servir, mas para concluir o contrário. A partir da leitura dessa realidade do progresso em todas as frentes, da densidade demográfica, do aumento dos magistrados e de sua condição de um quase nômade em vários pontos do país; o processo judicial moderno, em benefício de sua vitalidade, de sua eficiência, mais até do que em benefício de uma celeridade processual, está clamando pelo retorno ao princípio da oralidade. Não o contrário.

### *3.6.2 Modernos instrumentos a serviço da oralidade*

Diante das inovações que a modernidade oferece no seu dia a dia fica desautorizado o argumento de, simplesmente, culpar a impossibilidade formal daquela identidade física do juiz como o único responsável pelo insucesso na utilização da oralidade processual moderna. Aquela presença física do juiz há de ser vista e analisada com os olhos voltados para o futuro, tirando-se melhor proveito das técnicas novas disponíveis. É preciso lembrar que, quando se assentou a oralidade na identidade física do juiz os tempos eram outros, porque os processos eram costurados à mão e as audiências eram anunciadas por sineta. O termo de audiência era manuscrito à tinta, tendo ao lado do juiz e do

escrevem um mata-borrão. Não existiam computadores e nem meios modernos de publicação dos atos judiciais a não ser a sua inserção em “diários oficiais” (para não ser lidos).

O princípio da oralidade continua fiel a três de seus elementos formadores identificados na imediatidade do contato direto com o juiz da causa; na concentração dos atos processuais de modo que os atores, no andamento do processo, façam-no de modo célere, com vistas a criar-lhe condições de julgamento, evitando-se as chamadas horas mortas do processo.<sup>13</sup> Aquele quarto elemento, que seria a identidade física do juiz pode e deve ser secundado, sendo suficiente que exista, em todos os momentos do processo, a figura de um juiz legitimado para fazer o processo prosseguir, apenas.

A práxis moderna usa mal as novidades que a ciência disponibiliza para o cidadão e da qual tiram proveito todos os segmentos da sociedade, apenas não o fazendo o sistema de processo. Os exemplos mais à mão são a técnica de comunicação por conferências telefônicas, videoconferências<sup>14</sup>, as intimações e a contagem de prazos para manifestação nos processos por vias ágeis e eficientes em tempo real. Razão plausível não há para se não adotar as comunicações via *e-mails* (os procedimentos de arbitragem o fazem com extraordinário sucesso e varrido de vícios ou nulidades). São vários os meios que necessitam ser introduzidos como veículos de comunicação processual, cujo conjunto deve ser identificado como uma oralidade de segunda geração.

#### 4. PROBLEMAS E VICISSITUDES DA ADVOCACIA BRASILEIRA

Para além da questão fundamental trazida a texto e que reside na necessidade de se utilizar uma oralidade reinventada, como velha-alavanca-nova para um moderno processo, foram selecionados para este encontro com a releitura da advocacia, temas recorrentes da lida profissional que bem elucidam o tema, compreendidos na formação do Advogado, na

<sup>13</sup> ANDRADE, Diana Tessari de; ZANONI, Gabriela; RIBEIRO, Renata Ceolla, em “O Princípio da Oralidade no Sistema Processual Civil”. *Juris Way – Sistema Educacional Online – internet* (em 31 de julho de 2009).

<sup>14</sup> A título de crédito ao pioneirismo, registra-se que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o gabinete da ministra Nancy Andrigh promove com advogados audiências virtuais. O Tribunal de Justiça de Rondônia adota a prática de sustentação oral pelos meios virtuais.

legislação do estágio profissional, no “exame de Ordem” (da Ordem dos Advogados do Brasil), no problema da remuneração do Advogado, nos processos virtuais (com a chamada inteligência artificial e os atos próprios dos Advogados), na crise de colegialidade e na revisão do marco legal para a profissão, conjunto de temas esses ao qual se acrescentará à guisa de conclusão, um atrevido elenco de propostas.

#### *4.1 A formação do Advogado*

Especialmente com relação à crise do ensino jurídico, o Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, em sessão solene datada de 9 de novembro de 2007, realizada na cidade do Rio de Janeiro, fez publicar Nota Oficial e nela o texto da sua “Carta de São Paulo”, redigida esta em sessão igualmente solene na cidade de São Paulo, em data de 7 de setembro daquele mesmo ano, em que restaram explicitados dez pontos, na verdade, uma síntese do problema com proposições que necessitam ser reanimadas. Transcreve-se do texto referido, o seu elenco de propostas concretas: “1. As Faculdades de Direito deverão obedecer às normas legislativas brasileiras relativas aos conteúdos programáticos indispensáveis à boa formação acadêmica. 2. Para o aperfeiçoamento da legislação do ensino superior, uma nova redação deve ser dada ao artigo 5º da Resolução CNE/CES nº 9 de dezembro de 2004, para incluir ao Projeto Pedagógico e na Organização Curricular dos Cursos de Graduação em Direito, conteúdos e atividades que atendam a eixos interligados de formação fundamental, profissional e prática, para conectar conteúdos essenciais que estabeleçam relações do Direito com outras áreas do saber, para abranger, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação peculiares aos diversos ramos da Ciência Jurídica, e para a integração entre a prática e os conteúdos técnicos desenvolvidos aos demais Eixos. 3. Devem ser reavaliados os critérios de seleção dos candidatos aos cursos jurídicos, criando-se regras objetivas para a confecção e correção das provas e editais utilizados pelas instituições de ensino, devendo ambos os procedimentos submeterem-se ao controle e supervisão de ensino, devendo ambos os procedimentos submeterem-se ao controle e supervisão do MEC em conjunto com a Ordem dos Advogados do Brasil. 4. O sistema de cotas para admissão nos cursos jurídicos deve ser abolido, por ser discriminatório e não representar solução satisfatória para eliminar as desigualdades no acesso ao ensino superior [aprova-da com abstenção do Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia].

5. Na bibliografia básica dos cursos de graduação em Direito devem ser inseridas as obras clássicas para minimizar a carência cultural dos ingressantes e valorizar a sua formação acadêmica. 6. A formação dos acadêmicos de Direito deve ser objeto de um planejamento que observe, além dos objetivos gerais e específicos das disciplinas jurídicas, também a metodologia a ser aplicada, os meios de avaliação dos alunos e uma bibliografia básica consistente. Para isso, deve-se cuidar de melhor formação dos professores de Direito, com a oferta e fiscalização de cursos de pós-graduação, mestrados, profissionais ou profissionalizantes, que forneçam melhor qualidade para o trabalho educacional, possibilitando os meios para que estes possam estimular os alunos à criação cultural, ao desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo. 7. Os instrumentos previstos pelo SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior podem e devem, na atualidade, ser utilizados para uma ampla aferição das condições dos cursos jurídicos. 8. O exame de admissão à Ordem dos Advogados do Brasil deve ser mantido por servir também à aferição da qualidade dos cursos jurídicos; a exigência reflete não apenas na qualidade dos profissionais que militam na advocacia, mas também na própria administração da justiça, na manutenção da ordem pública e da paz social. 9. As atividades jurídicas devem, em conjunto, buscar soluções que contribuam para o aperfeiçoamento do ensino jurídico, sugerindo-se a criação de um Conselho Nacional de Ensino Jurídico para o acompanhamento dos cursos de Direito, opinando sobre a abertura de novos ou a extinção dos já existentes. 10. Deve ser aumentada a carga horária dos cursos de Direito que passariam de 5 (cinco) para 6 (seis) anos de duração, com a introdução de disciplinas curriculares que ensinem os novos ramos do Direito, surgidos na época da sócio-informatização e globalização, tornando o sexto ano o de “profissionalização”, permitindo ao bacharel especializar-se em determinado ramo do Direito, para o qual, depois, possua habilitação, e preparando-se, como futuro profissional, para as formas alternativas de solução de conflitos, notadamente a conciliação”.<sup>15</sup>

A instituição, que congrega os presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil fez a sua parte. Não se tem notícia de que as demais

<sup>15</sup> O texto está subscrito por oito Institutos de Advogados. A ele se deu ampla divulgação e está inserido no livro (do Autor), *Palavra de Advogado*, obra citada, 2014, p. 117-121.

instituições ou os órgãos de governo responsáveis pelo ensino jurídico tenham, de alguma forma, acolhido tão relevantes sugestões.

#### ***4.2 A legislação do estágio profissional e o “Exame de Ordem”***

As linhas gerais do estágio para estudantes dos cursos de Direito se encontravam, basicamente, na Lei nº 8.906, de 1994, conhecida como o “Estatuto da Ordem dos Advogados”. Nessa lei se encontravam e se encontram (acredita-se) os requisitos para o estágio profissional, limitado a dois anos, na parte final do curso, conferindo-lhe, inclusive (diferentemente das demais profissões), inscrições especiais junto à Ordem dos Advogados. Do mesmo estágio cogita o Regulamento Geral previsto na aludida lei e em instrução normativa editada no âmbito da própria Ordem, propiciando a prática de atividades típicas de Advogado. Sobreveio, no entanto, a Lei nº 11.788, de 2008, recebida sob a denominação de “nova Lei de Estágio”, uma espécie de lei geral, que é de aplicação, ainda que secundária, aos estudantes de Direito e nela se contém algumas armadilhas que punem o exercício da Advocacia tendo havido, quando de sua tramitação, descuido das instituições responsáveis pelo curso de Direito, pelo estágio profissional e, portanto, pela condução da advocacia na medida em que os fiscais de plantão, principalmente no âmbito do Ministério do Trabalho, colocam sob suspeita o estágio dos estudantes de Direito na formação de Advogados.

Essa lei geral, sem reconhecer a reserva e a distinção devidas, colocou no mesmo barco os estagiários de quaisquer cursos de ensino superior, de educação profissional, de ensino médio e da chamada educação especial. Trata tanto do estágio obrigatório (compreendido dentro da carga horária obrigatória) como do não obrigatório, este, verdadeiramente, profissionalizante. Essa desavisada confusão não considera peculiaridades de cursos e de campos de conhecimento e de profissões estruturalmente distintas. Nota-se o que parece ter se tornado modismo dos últimos tempos, certa diretriz no sentido de propiciar uma “celetização” (leia-se interpretação conforme a Consolidação das Leis do Trabalho) daquela relação de estágio. O ônus decorrente dessa interpretação poderá decretar o fim de estágios sadios e verdadeiramente úteis à vasta gama de seus beneficiários. Não se cogita, nesse passo, de levantar questões quanto à remuneração, salubridade, conforto e proteção do beneficiário do estágio. Seus destinatários têm, é certo, o direito a tudo isso, mas não se pode conceber a utilização de

tal lei para fazer desabar sobre aqueles que concedem estágio obrigações de empregador. Estágio não é emprego.

É preciso, afinal, ter presente as peculiaridades próprias da relação de estágio como contrato que reúne três interesses distintos, mas interdependentes quais sejam: o do aluno, daquele que concede o estágio, do estabelecimento de ensino. E a isto se acresce o poder de fiscalização exercido pela Ordem dos Advogados e, evidentemente, pelo próprio estabelecimento de ensino.

Há, em relação a essas figuras, interesses conjuminados. Sem aqueles que oferecem o estágio, o seu objeto jamais será alcançado. Sem a participação ativa e fiscalizadora daqueles que a exerçam poderá restar comprometida a finalidade educativa-complementar do estágio e sem o estagiário não se cogitaria do próprio instituto que sendo um instituto meio não detém fim em si mesmo. Há, em relação a esses atores, interesses que necessitam ser guardados, convenientemente.

Em se tratando de estágio em escritórios de Advocacia algumas questões especiais não podem ser olvidadas, porque fazem a diferença e não encontram paradigma com estágios de outros cursos. O estagiário de Direito convive necessariamente com o estudo do caso, a pesquisa, a redação, o acompanhamento do processo, despachos pessoais, audiências e julgamentos em sessões às vezes intermináveis. E estar a tudo presente faz parte do aprendizado. O horário, portanto, nunca pode ser demasiado rígido. A duração do curso de Direito não é de cinco anos por acaso. A grade curricular é exigente e o aprendizado das várias carreiras jurídicas, principalmente a Advocacia, não consome pequena porção de tempo. Sustentar diferentemente ou é ignorância ou é defesa de interesses menores.<sup>16</sup>

A lei e os normativos menores que cuidam da formação do profissional da Advocacia e do estágio profissional não fazem, com a devida clareza, uma necessária ligação entre o estágio e o “Exame de Ordem”. É possível que também nessa lacuna resida um equívoco. O “Exame de Ordem” contra o qual existe uma surda conspiração é de extraordinária necessidade no filtro (único existente) a diferenciar a figura do bacharel da figura do Advogado. Ocorre que o estágio deve ser

<sup>16</sup> Após pregação sem êxito a respeito do tema, publicamos pequeno texto intitulado “A Advocacia punida – a nova lei de estágio” (do Autor), em *Palavra de Advogado*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 201-203.

compreendido como etapa desse exame admissional. Um novo marco legal para a profissão ou a revisão do existente não poderá deixar de tratar desses dois pontos: o estágio, o profissional do Direito e o “Exame de Ordem” como figuras complementares.

#### *4.3 O problema da remuneração do Advogado*

A remuneração da atividade profissional do Advogado também se apresenta com faces distintas. Não se cuidará neste curto espaço da remuneração dos Advogados que trabalham como empregados, matéria regida pela Consolidação das Leis do Trabalho e nem da remuneração dos que exercem a Advocacia pública, assumindo cargos e funções mediante concursos públicos ou outros meios de nomeação. Uma e outra, por evidente, devem obediência às normas de conduta ética que regem a profissão. A Advocacia privada tem os seus honorários regulados nos contratos de prestação de serviços para os quais também há regras próprias em função da singularidade da profissão e de sua missão social. Merece, no entanto, neste título, alguma reflexão em relação aos denominados honorários de sucumbência.

Honorários de sucumbência, tradicionalmente de previsão legal, são aqueles que o juiz togado determina como ônus da parte vencida em processo judicial. Ninguém vai a juízo de olho nessa remuneração que só se materializa com o êxito das teses e das provas conduzidas com zelo e pertinência pelo Advogado da parte vencedora. Registre-se que, no Brasil, chegar ao fim de uma demanda judicial é um feito quase olímpico, digno de celebração. Registre-se também que obter decisão judicial concedendo honorários advocatícios de fato remuneradores nunca é uma certeza. É comum, todavia, para facilitar a demanda, o advogado considerar essa remuneração na composição de sua proposta de trabalho e em benefício de conforto financeiro de seu constituinte. É matéria regulada no Estatuto da Ordem dos Advogados.

O responsável primeiro pelo êxito da demanda é o Advogado. É ele o artesão do processo sem cujo trabalho resultado útil não haverá. O bom Advogado adota o processo praticando exercício de imersão, de longo prazo em cada caso. A Advocacia impõe sacrifícios, desafios sem trégua. O mesmo caso, entregue a Advogados mal preparados, desatentos, desatualizados não chegaria a bom termo.

Na identificação do empobrecimento material dos Advogados existem causas que fogem aos propósitos deste pequeno texto e que decorrem de vicissitudes da modernidade e de rearranjos sociais aos quais todas as profissões (as que não sobreviverão) estão sujeitas. De se considerar, entretanto, que o empobrecimento material dos profissionais da Advocacia, n'alguma medida tem dentre suas motivações a péssima qualidade de sua preparação intelectual, à qual se soma, com o mesmo peso, a ausência de vocação para o seu exercício em significativo percentual de pessoas que por razões menores adotam-na como profissão.

Honorários de sucumbência não se confundem com outras formas de remuneração que a prática forense conhece, por exemplo, pagamento de verbas periódicas (mensalidades, semestralidades, anuidades); por peça elaborada (prática comum na Advocacia de pareceres) percentual em relação ao valor demandado e efetivamente recebido. É possível e muitas vezes é recomendável uma forma composta, combinada, de remuneração para o caso, no interesse do cliente em primeiro lugar. Caberá, com exclusividade, pela relação entre Advogado e o cliente (pessoal) a escolha da melhor forma de estabelecer a remuneração dos serviços que serão prestados. De se levar em conta, também, os estudos prévios e a elaboração das peças considerando-se o tempo despendido, o número de profissionais envolvidos, as limitações e impedimentos que o patrocínio pode provocar.

Em qualquer hipótese será sempre legítimo combinar a composição da quota de êxito com a parte que vier a ser judicialmente arbitrada, a título de honorários de sucumbência, em favor do Advogado. No caso da sucumbência, a remuneração virá do litigante vencido no processo judicial (o outro, portanto). O vencido se transforma em devedor do Advogado vitorioso. A legislação, a doutrina e a jurisprudência reconhecem os honorários como verba de natureza alimentar em favor do Advogado. Os honorários de sucumbência têm, ainda, função pedagógica e institucional com o fito de coibir as lides temerárias.

A forma de composição dos honorários em processo judicial que decorre, com exclusividade, da relação contratual ajustada entre o Advogado e o seu cliente é assunto que não interessa a mais ninguém, embora seja matéria regulada em mais de uma lei. Quanto à contratação dos serviços, a cláusula de remuneração deve ser redigida com clareza. Deve ser certa, de acordo com os postulados de natureza ética, sopesados a envergadura

do profissional, o interesse demandado, a dificuldade do caso e o tempo de sua duração, as peculiaridades do caso, seus reflexos enfim, de modo que, ao final, esteja feliz um com o outro, Advogado e cliente.

Os graciosos adversários desses honorários profissionais não conhecem as singularidades, as incertezas, as mazelas enfim da Advocacia forense, que necessita ser bem remunerada como sinal de prestígio, inclusive, do trabalho (também) dos julgadores. Desprezar o trabalho do Advogado é maneira de desprezar o próprio trabalho do magistrado sentenciante ou dos revisores de sentença ao proferirem seus acórdãos.<sup>17</sup>

#### ***4.4 Os processos virtuais, a chamada inteligência artificial e os atos próprios dos Advogados***

Os processos virtuais são uma realidade definitiva e, embora alvissareira a constatação, é preciso ajustar-lhe os rumos para que não se transformem num problema de ciclópicas proporções para a Advocacia e para os tribunais. A proposta inicial que conduzimos outrora no âmbito do Conselho da Ordem dos Advogados sequer foi considerada. Entendíamos que, pela relevância da empreitada (afinal, a legislação processual é legislação federal), tal deveria ocorrer por setores, com melhor proveito e maior organização, proporcionando, ao mesmo tempo, capilaridade seletiva e possibilidade de correções de rumo, isto é, por andares. Deveria ter sido coordenada a sua implantação de cima para baixo, iniciando-se (era a proposta) pelos processos no âmbito do Supremo Tribunal Federal; num segundo momento o seria nos tribunais federais; noutro tempo ou com esse conjugado, o seria nos tribunais estaduais; numa outra etapa se chegaria às comarcas das capitais e, em última demão, se chegaria às comarcas do interior. Não foi o que aconteceu. O resultado é que cada tribunal praticamente criou o seu próprio sistema de processo eletrônico. O que se tem é um plural de meios eletrônicos em circunscrições fechadas e sendo diversos, os sistemas não conversam entre si. A Advocacia não foi chamada para o debate prévio (ou prévio o suficiente). Os múltiplos sistemas chegam a causar pânico a seus usuários em frequentes situações. O resultado é paradoxal na medida em que os processos virtuais concebidos para ser algo de novo, revolucionário, apenas convivem com o arcaico sistema antigo. Vivencia-se um sistema híbrido que existe e se impõe

---

<sup>17</sup> “A Justa remuneração do advogado” (do Autor), *Palavra de Advogado*, obra citada, 2014, p. 219-221.

embora assim não tenha sido criado. O processo eletrônico formalmente implantado convive com uma estrutura que só sabe dar respostas ao sistema tradicional. Apenas para valorização do discurso, suspeita-se que se os processos virtuais continuarem nessa convivência com o velho vão acabar fazendo greve e reivindicando para si carimbos, um bloco de anotações e uma máquina de escrever.<sup>18</sup>

É incorreto pensar que o processo eletrônico terá nascido apenas para evitar carimbos e despachos desnecessários. Dele espera-se muito mais. É preciso pôr fim às horas mortas do processo (referência à permanência dos autos nos escaninhos de secretarias e no seu demorado trânsito entre o requerimento produzido pelo Advogado e a decisão do magistrado). É necessário que o legislador estabeleça as regras procedimentais mestras a serem obedecidas por todos os tribunais que, no Brasil, são numerosíssimos (tribunais estaduais, tribunais federais, os do trabalho inclusive, as cortes militares, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal).

Em tema de modernização do processo é, todavia, injusto colocar a culpa apenas nos processos judiciais. À parte os problemas suscitados em relação ao processo eletrônico, a Advocacia ainda não assimilou facilitadores da vida moderna, perdendo, nesse campo, de longe, para várias outras profissões liberais. O permanentemente anunciado aparecimento de técnicas novas, dentre as quais a que apelidada de inteligência artificial não levará à extinção da Advocacia como profissão liberal por um plural de razões. A Advocacia é profissão que se exerce necessitando do outro (de uma outra parte que também se fará representar por advogado); os seus atos se compreendem numa concatenação de pensamentos; numa articulação das teses; na arregimentação e organização estratégica dos elementos probantes; no comparecimento perante os tribunais, assembleias, repartições e nessas indicações as atividades próprias do Advogado não se esgotam. Valendo-se do Direito e das armas lícitas a seu dispor o Advogado persegue a realização da justiça porque não se faz justiça sem defesa e não se faz defesa sem Advogado. Trata-se de uma plêiade de atos que máquina alguma conseguirá suprir. São sempre muitas as perguntas e são várias as respostas. A respeito, atribui-se a Pablo Picasso o fraseado apontando para a inutilidade dos computadores, máquinas “que só sabiam dar respostas”. Para os que admitirem que esta frase ficou velha reflitam sobre a realidade

<sup>18</sup> Do tema se ocuparam os textos “Por um novo Código de Processo Civil” e “O Processo Judicial.com” (do Autor) em *Palavra de Advogado*, obra citada, 2014, p. 205-206 e 209-210.

segundo a qual os computadores nada criam, apenas repetem. Os atos do Advogado são, todavia, sempre singulares, para cada caso em concreto, com suas peculiaridades. Na advocacia as coisas não se repetem.

O trabalho que a inteligência humana já dominou, aquele que está pronto, pode e até deve ser obtido pelos meios mecânicos pois que passam a ser tarefas executáveis pelas máquinas. A Advocacia não se obtém a partir de um robô. Embora haja respeitadíssimas opiniões divergentes haverá sempre espaço para o trabalho “analógico” dos Advogados.

Esse trabalho maquinal referido é uma conquista, assim deve ser compreendido. O Supremo Tribunal Federal saneia os processos que lá aportam através do *computador-Victor* (assim denominado em homenagem ao saudoso ministro, oriundo de Minas Gerais, Victor Nunes Leal que inaugurou com o seu fichário pessoal as anotações sobre os precedentes). A Receita Federal do Brasil opera o controle dos contribuintes fazendo uso de seu *computador-Hal*. O Banco Brasileiro de Descontos – Bradesco faz uso de seu *computador-Bia* e a Indústria de Máquinas IBM utiliza o seu *computador-Watson*. Para a Advocacia, os espaços cibernéticos se apresentam, na verdade, como uma *Ágora* moderna.

A Advocacia necessita, na proteção de seu futuro, copiar o que fez a medicina que instituiu, no âmbito do exercício da profissão médica, o que se considera como “ato médico”. Parece que esse há de ser o caminho para bem segregar os atos compreendidos como atos do Advogado.<sup>19</sup> Advirta-se, para esse efeito, que aquela construção doutrinária do que sejam os atos privativos do advogado a partir do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não responde a esse questionamento, sendo insuficiente para esses tempos novos de Victor, Hal, Bia, Watson.

#### ***4.5 A crise de colegialidade. Um novo marco legal para a profissão***

No Brasil, desde a criação da OAB, se adota o sistema da colegialidade obrigatória e só se reconhece habilitado o bacharel como advogado após a obtenção de sua inscrição naquela instituição. A Constituição

---

<sup>19</sup> Não se está, neste ponto, sendo propriamente original. O tema foi abordado no VII Colóquio Jurídico realizado em Portugal, iniciativa do Instituto dos Advogados de São Paulo e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, realizado entre os dias 06 e 10 de maio de 2019, mais precisamente nos debates ocorridos na Universidade do Minho, em Braga, no dia 09 de maio, tendo como expositor o Advogado paulista José Carlos Magalhães Teixeira Filho.

de 1988 (a Constituição de Ulisses) fez mais, admitindo em seu artigo 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.<sup>20</sup> Críticas à parte, é preciso lembrar o momento e o ambiente em que se deu a feitura daquela Constituição, com representação oriunda de sindicatos, quartéis, banqueiros, empresários, igrejas, cada uma delas devotada à construção de uma constituição que cuidasse de sua cozinha e de seu quintal e nessa babel a Advocacia era a representação mais ferida, com um número enorme de mártires caídos em defesa das liberdades de seus constituintes. Sendo produto daquele meio o dispositivo até que fazia algum sentido. Os que não tiveram essa percepção encontram nele apenas um certo furor corporativista da categoria; também com alguma razão porque a Advocacia não seria nem menor e nem menos relevante se tal dispositivo constitucional não existisse.

Também não se pode colocar a responsabilidade pela crise dessa colegialidade obrigatória apenas nesse ponto da Constituição. O extraordinário crescimento do número de bacharéis mal formados (em face daquele crescimento virótico de escolas)<sup>21</sup> e sem condições de aprovação naquele “Exame de Ordem” criou (e tem feito crescer com o seu próprio fermento) um exército de inconformados que, batendo à porta de um poder legislativo que não sabe ler o ontem (e por isso não compreendem o hoje e comprometem o amanhã) está a serviço da tese da extinção daquele exame, fazendo, num passo de mágica, milhões de bacharéis, advogados. A vingar essa possibilidade anuncia-se uma hecatombe de proporções nunca vistas.

Mais recentemente, adotando argumentos menores, a chamada Advocacia pública ensaiou um movimento no sentido de excluir seus militantes da obrigatoriedade de inscrição na referida Ordem. Se

<sup>20</sup> É provável que já a partir daí a profissão e a sua instituição ganharam a “ira santa” de vários segmentos, com uma fila de oradores liderada por Roberto Campos que apelidou o dispositivo de “Cabralão II” (nele identificando a figura do senador e ex-presidente da OAB Bernardo Cabral, um dos redatores-em-chefe da Carta). Em ataque felino, Campos, também constituinte, fala da singularização de criaturas especiais, conspurcando a igualdade desses em relação aos professores, médicos, garimpeiros e siringalistas (CAMPOS, Roberto, *Constituição contra o Brasil*, obra organizada por Paulo Roberto de Almeida, Editora LVM, São Paulo, 2018).

<sup>21</sup> MACHADO, Alberto de Paula, “A Massificação da Advocacia pós Constituição Federal de 1988”, em *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, 30 Anos da Constituição, número 44, Curitiba, junho de 2018, p. 83-93.

a ideia vier a vingar certamente que estará a propiciar o nascimento de uma outra instituição, agregadora apenas dos Advogados a serviço dos interesses do Estado. Propõe-se, lamentavelmente, um distanciamento do Estado de seu convívio com a cidadania.

Não bastasse tudo isso, a crise da OAB como instituição, decorre, ainda, de sua arcaica estrutura, o que é visível a olho nu. Temas internos como uma releitura de sua finalidade e de sua função, sua condição de instituição *sui generis*, a forma de eleger seus representantes e seus dirigentes, a forma de sua prestação de contas e a quem prestá-las são temas interiores que reclamam, com urgência, uma modernização de seu marco legal.

## 5. UM ATREVIDO ELENCO DE PROPOSTAS

De nada adianta exame diagnóstico de paciente doente, pondo o dedo nas feridas, mas não contribuindo, ainda que sujeito a equívocos, com alguma receita, apontando alguns caminhos, algumas providências para melhorar a saúde do corpo doente ou cansado, que precisa tratamento. As providências que este texto sugere foram colhidas ao longo do discurso adotado, assim:

- É necessário que se inicie uma cruzada pelas instituições que abrigam as carreiras jurídicas (com destaque para os Institutos de Advogados e Conselhos Seccionais da OAB e seu Conselho Federal [afinal, aves da mesma plumagem voam juntas] além, é claro, dos tribunais) no sentido de reanimar o uso do saudável princípio da oralidade, de primeira e de segunda geração. Onde necessário, que se promova propostas de alterações de leis, provimentos e regimentos.
- É fundamental e é urgente que se promova uma revisão dos currículos nos cursos jurídicos e que fechada seja a porta aberta por onde passam autorizações para abertura de cursos de Direito sem condições mínimas de cumprir sua finalidade. Neste ponto nada se obterá se se não fizer ouvir o poder executivo federal e as instituições envolvidas. De se destacar a imperiosidade de se criar o “Conselho Nacional de Ensino Jurídico”. Aproveitável para esse encaminhamento a Carta e a Nota do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil transcritas linhas atrás.
- Sobre o estágio profissional é preciso deixar arredado de dúvidas que a lei geral de estágio não se aplica aos estagiários de Direito,

pela singularidade deste, devendo, o tema, vir a ser atualizado na lei que trate, exatamente, da carreira do Advogado.

- A proposta do tópico anterior não caminha só. É necessário que o estágio do estudante de Direito vocacionado para a Advocacia seja visto e considerado como um anteparo para aquele indispensável “Exame de ordem”, dando-se, a este último, também e principalmente por isso, uma nova e mais abrangente conformação. É neste passo em que caminham de mãos dadas o estudante, a Universidade e a Advocacia.
- Uma urgente reorganização dos processos eletrônicos reclama uma lei geral dos processos virtuais de modo a se criar uma coordenação nacional, com os tribunais se falando e assim se criando, deveras, um sistema nacional de processo sem papel.
- No conjunto das providências anteriores, em seu interior, estará, naturalmente, nascendo ambiente próprio e fértil para o aproveitamento da inteligência artificial que não compete com a Advocacia (profissão de peripatéticos, de pensadores), criando-se com a lei que há de vir um conceito do que seja o “ato do Advogado”.
- Também o conjunto das proposições anteriores demonstrará a necessidade de um novo marco legal para a Advocacia, com uma revisão estrutural do atual Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, 2ª quinzena de junho de 2019.

ABRITA, Luiz Carlos Parreira, “Ética na Advocacia”, in: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; SANTIAGO, Rogério Vieira (Coord.). *Advocacia & Ética* – Novos Temas, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2016, p. 227-236.

ANDRADE, Diane Tessari de; ZANONI, Gabriela; RIBEIRO, Renata Cello, “Princípio da Oralidade no Sistema Processual Civil”, *Juris Way* – Sistema Educacional *on-line*, em 31 de julho de 2009.

ATHENIENSE, Aristóteles Dutra de Araújo, texto: “A Evolução da advocacia brasileira”, em *Revista Inconfidente*, do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, ano 13, nº 58, junho, 2019.

CAMPOS, Roberto, *A Constituição contra o Brasil: ensaios de Roberto Campos sobre a Constituinte e a Constituição de 1988*, obra organizada por Paulo Roberto de Almeida, Editora LVM, São Paulo, 2018.

COULANGES, Fustel de, *A Cidade Antiga*, Editora Hemus, São Paulo, 1986, obra traduzida por Jonas Camargo e Eduardo Fonseca, do original *La cité antique*.

FARAH, Elias, em “A Oratória Forense: reflexões sobre alguns aspectos práticos”. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, 11, n° 22, jun./dez. 2008.

MÁXIMO, Jacob de Castro; MÁXIMO, Maria Flávia Cardoso, “Do Dever do Advogado de Abster-se de utilizar influência indevida em benefício próprio ou do cliente”, in: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; SANTIAGO, Rogério Vieira (Coord.). *Advocacia & Ética – Novos Temas*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2016, p. 181-196.

NEVES, José Roberto de Castro, *Como os Advogados Salvaram o Mundo*, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Conselho Federal, *Estatuto da Advocacia e da OAB*, Conselho federal, textos atualizados até maio de 2014.

SILVA, José Anchieta da, texto “A Carreira do Advogado”, em “*20 Anos de Advocacia*”, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 1-13.

SILVA, José Anchieta da, em *Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1998.

SILVA, José Anchieta da, “Um novo Poder Moderador”. Pronunciamento feito no simpósio internacional 30 Anos da Constituição realizado pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG e seus parceiros. Texto publicado no *Jornal da ACMinas*, jul./ago. 2018, da Associação Comercial e Empresarial de Minas, p. 33-34.

SILVANO, Amanda Cezar; SILVA, Gustavo Henrique de Souza e, “Liberdade e Independência ao Advogado no Código de Processo Civil de 2015”, in: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; SANTIAGO, Rogério Vieira (Coord.). *Advocacia & Ética – Novos Temas*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2016, p. 435-444.

SILVEIRA, Manuela Porto Ribeiro, em “Advocacia *pro bono* – Conceito e aspectos éticos”, in: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; SANTIAGO, Rogério Vieira (Coord.). *Advocacia & Ética – Novos Temas*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2016, p. 53-64.

VALLADÃO, Luiz Fernando, “Sustentação Oral no novo Código de Processo Civil, considerações sobre pontos relevantes”, in: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; SANTIAGO, Rogério Vieira (Coord.). *Advocacia & Ética – Novos Temas*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2016, p. 785-792.

# O EMPRESÁRIO E A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA. ESPERADO ENCONTRO MERCADO<sup>1</sup>

José Anchieta da Silva

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Declaração de Direitos da Liberdade Econômica. Garantias de Livre Iniciativa. Impacto regulatório. 3. As mais relevantes inovações da Lei. 3.1. Inovações no âmbito do Código Civil. 3.2. Inovações no âmbito da legislação societária. 3.3. Inovações no âmbito dos Fundos de Investimentos. 3.4. Inovações no âmbito dos Registros Públicos e acreditação de meios eletrônicos. 3.5. Nova disciplina de súmulas e procedimentos administrativos para as autoridades federais. 3.6. Inovações no âmbito da legislação do trabalho. 4. Menos do que uma conclusão e mais do que uma proposta.

## 1. INTRODUÇÃO

*De tudo, ficaram três coisas: a certeza de que ele estava sempre começando, certeza de que era preciso continuar e certeza de que seria interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo. Fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sonho uma ponte, da procura um encontro.* (SABINO, Fernando, no seu clássico *Encontro Mercado*, 1967, disponível na internet)

---

<sup>1</sup> Extraído do pronunciamento, em palestra organizada pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG e da Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas, realizado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no Colégio de Presidentes dos Advogados do Brasil, em Brasília, nos dias respectivamente 19 e 20 de agosto de 2019. Foi publicado em obra coordenada pela professora Amanda Flávio de Oliveira pela Editora D’Plácido, Belo Horizonte, em abril de 2020.

A Medida Provisória de nº 881/2019 fez-se lei (Lei Federal nº 13.875, em 20 de setembro de 2019). Trata-se de instrumento legal de reconhecida relevância e que, por razões plurais, deve ser recebido com aplausos. De acordo com o título que adota, “institui [fica instituída] a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, estabelecendo o que considera garantias de livre mercado, promove alterações numa plêiade de textos legais, com destaque para as modificações que inocula no Código Civil, na legislação societária, na Consolidação das Leis do Trabalho, na legislação que trata de registros públicos, propiciando a utilização de meios eletrônicos que se tornam meios legalmente acreditados.

O título que se adota para este breve adminículo foi inspirado na extraordinária obra literária do mineiro Fernando Sabino, *Encontro Mercado* (1967), cujo pensamento central deve ser revisitado porque, afinal, pela primeira vez a atividade empresarial, dos fazeres da indústria, do comércio e dos serviços, está de encontro marcado com as autoridades; com os agentes do Estado que, na lida e na luta diárias do empreender, estão do outro lado da cancela exercendo e praticando atos de Estado, atos de autoridade, portanto. Não é novidade para ninguém que os homens da empresa, recolhedores de impostos e exações (portanto, exatamente os que pagam a conta) sempre estiveram em desvantagem nesse quase impossível diálogo com as autoridades. Nenhuma senha era a certeza de que não prevaleceria a sanha de um Estado sem olhos de ver e sem ouvidos de ouvir. Ao empresário, no vácuo e no limbo, só restava, até então, o consolo daquelas três certezas descritas no texto de Sabino: a certeza de um sempre começar. A certeza de um eterno continuar e a certeza de que seria interrompido antes mesmo de terminar. Ao empresário brasileiro restava a sina e a saga de uma permanente busca de caminhos novos. A cada queda, um passo de dança, fazendo de cada medo uma escada e fazendo do sono, uma ponte, e dessa procura, um encontro.

A “Lei de Liberdade Econômica”, em boa medida é a lei dos paradoxos, a lei do óbvio. E nunca o óbvio se fez tão necessário. A simplicidade de temas nela tratados está apenas na aparência. Trata-se de texto de difícil inteligência e a sua aplicação representa um desafio para os vários atores envolvidos: autoridades (miúdas e graúdas), empresários (pessoas naturais e pessoas jurídicas), os Poderes Executivo e Judiciário, além dos próprios cidadãos em geral.

Identificados os atores, é necessário reconhecer o cenário. O Brasil, em termos regulatórios, é a própria Babel. O excesso da burocracia fere de morte qualquer iniciativa empreendedora em todos os campos da atividade econômica. Os processos e procedimentos impostos são lentos, onerosos, injustos e, em larga medida, desnecessários.

Ancora-se o texto no fundamento constitucional da valorização da livre iniciativa, desmistificando comportamento arraigado na sociedade brasileira, verdadeiro obstáculo cultural, refletido numa legislação segundo a qual a iniciativa privada não poderia empreender sem a prévia autorização do Estado. O Brasil, uma das dez maiores economias do mundo, ocupa, por causas várias, os últimos lugares em vários indicadores internacionais<sup>2</sup>, sendo um dos piores países classificados nos ranqueamentos de ambiente de negócios. Os números são conhecidos: figura, o Brasil, na 109ª posição no *doing bussines* do Banco Mundial; na 150ª posição no *ranking* de liberdade econômica da *Heritage Foundation*; 144ª no *ranking* do *Fraser Institute*; e figura no 123º lugar no *ranking* do *Cato Institute*. Quando de sua tramitação no Poder Legislativo, o projeto original recebeu 301 emendas, resultando em 74 artigos. O projeto final aprovado, no entanto, ficou razoavelmente próximo do texto original encaminhado pelo Poder Executivo, compondo-se, o seu texto definitivo, de 20 artigos.

Os propósitos desse instrumento legal são os mais nobres. Procura-se auxiliar nos efeitos da recuperação da estagnada economia brasileira, garantir investimentos em educação, tecnologia, afastando desperdício de seu potencial em reconhecimento à necessidade de valorização da eficiência máxima de recursos dispendidos pela administração em tempos de austeridade. Pretende-se propiciar processos de desestatização e de desenvolvimento do país, e resolver questões concretas de segurança jurídica, tendo em vista a justificada desconfiança de investidores, os externos, principalmente, mas não só.

Deslembra-se quando é que o legislador brasileiro terá se ocupado de maneira tão clara com a iniciativa privada. De se trazer a texto, a respeito, um registro da história. Em governo da ditadura se tentou algo do tipo, com a criação do então denominado Ministério da Desburocratização, chefiado pelo notável brasileiro Hélio Beltrão, sem êxito, todavia. O Estado de Minas Gerais, ao tempo da redação destas notas,

<sup>2</sup> São dados extraídos do texto do próprio relator do projeto no âmbito da Câmara de Deputados (Deputado Jerônimo Goergen).

andava envolvido com um projeto que talvez merecesse ser maior do que está por vir e que leva o expressivo apelido de projeto “revogasso”, neologismo com o qual se pretende (e tomara que o seja) um instrumento que deverá cuidar da revogação de todo o enorme lixo legislativo que emperra o Estado, emperrando a ação dos que queiram produzir.

Dentre os críticos do texto legal estão os que entendem que as matérias nele tratadas não reclamavam nova disciplina legal. É fato que a lei contém algumas determinações visivelmente óbvias, como óbvios são os reiterados procedimentos inúteis que a máquina do Estado impõe ao cidadão que produz. Consideram alguns que o texto padeceria de assistemia, na medida em que trata de assuntos variados e que não guardam relação ou proximidade entre si. Embora verdadeira do ponto de vista nominal a assertiva, de se considerar a excepcionalidade da medida com o seu objetivo de “arrumar a casa”. Poderia, o Executivo, aproveitando fórmula adotada pelo então erudito e culto ministro Mário Henrique Simonsen (também do tempo da ditadura), fazer o envio, do Executivo para o Legislativo, de um conjunto de projetos, um “pacote de leis”. O resultado poderia, no entanto, não ser o mesmo, tendo em vista a sua tramitação fracionada. Os tempos são outros. A composição congressual é outra. O número de partidos políticos é quase uma extravagância. Considere-se, ainda, tratar-se, essa arguição, de uma questão de forma e não de fundo. Exemplificando, ao final de uma noite de orgia, o varredor do recinto não tem como selecionar o lixo que será encontrado; deve ir direto à limpeza, direto à varrição. Na sua tramitação, foi cuidadoso o Poder Legislativo ao proteger, tanto quanto possível, o texto original, não se permitindo a “colocação de jabutis em árvore”. A maioria das 301 emendas propostas foi rejeitada.<sup>3</sup>

## **2. DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA LIBERDADE ECONÔMICA. GARANTIAS DE LIVRE INICIATIVA. IMPACTO REGULATÓRIO**

Iniciando pelas chamadas disposições gerais, anuncia a lei os propósitos a que veio, estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica dispondo sobre a atuação do

---

<sup>3</sup> Considere-se que ao texto inicial, acrescido de 301 emendas se chegou a um texto de 74 artigos. Ao fim, o texto aprovado se manteve com 20 dispositivos, muito próximo da proposta original.

Estado regulador, dando foros de realidade ao conteúdo do texto constitucional que trata dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do exercício de modo livre de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos. Cuida-se da função do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, do seu exercício fiscalizatório, do incentivo e do planejamento de modo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.<sup>4</sup> Chama a si a responsabilidade de demonstrar o espectro amplo de seu campo de ação, admitindo, no conflito de regras, o que passa a ser um *in dubio pro societas* (ou *pro societatis*). Interpretar-se-ão as normas em favor da liberdade econômica, sob o princípio da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade. É o que resta declarado em relação às regras no plano do Direito Civil, Empresarial, Econômico, Urbanístico e do Trabalho, inclusive sobre exercício das profissões, do comércio, das juntas comerciais, dos registros públicos, trânsito, e transporte e meio ambiente. A lei define o que sejam atos públicos, como sendo a liberação, a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos sob qualquer denominação por órgão ou entidade da administração pública como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação, dentre outros. Trata-se de enumeração visivelmente exemplificativa, de modo que na hipótese de criação de apelidos novos para quaisquer atos liberatórios por parte dos agentes do Estado, automaticamente deverão ser considerados, por extensão, como ato público.

A lei consagra, explicitamente, os seguintes princípios: da liberdade como garantia no exercício da atividade econômica;<sup>5</sup> da boa-fé<sup>6</sup> do

<sup>4</sup> São os imperativos cogentes do inciso IV do *caput* do artigo 1º, do parágrafo único do artigo 170, e do *caput* do artigo 174, todos da Constituição da República.

<sup>5</sup> Trata-se da consagração dos princípios da autonomia da vontade e da livre iniciativa, neles compreendida a liberdade de comércio, de indústria e de serviços. Liberdade econômica corresponde à liberdade de iniciativa econômica, abrigo da livre concorrência inclusive, mas não só. São princípios orientadores das relações contratuais em geral. Chama-se atenção para a compreensão mais ampla

particular perante o Poder Público; da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; do reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Onde necessário, regulamento dirá sobre critérios de aferição dessa vulnerabilidade. O texto legal, quanto à evocação de princípios, se apresenta com duas novidades: o reconhecimento (finalmente! Eureka!) da subsidiariedade da intervenção do Estado, secundando, portanto, aquilo que reconhecido como Estado intervencionista nas relações privadas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão perante a máquina do Estado (obesa, lenta, cara e frequentemente inútil). Para compreensão dessas afirmativas, a figura de linguagem a ser invocada é a da presença de uma colônia de pinguins apoiada sobre um *iceberg* enorme e gelado. E os pinguins não têm como abandonar o lugar onde estão, não têm opção.

Reconhece o texto legal às pessoas naturais ou jurídicas, direitos essenciais para o desenvolvimento e para o crescimento econômico do

---

do texto, com a atração de outros princípios como o da responsabilidade econômica, orientador da solvência e da solvabilidade inclusive e do livre arbítrio. As partes contratantes devem ser livres para o exercício da contratação, decidindo sobre a forma e sobre o conteúdo das avenças (CANALES, Cesar Ayala, *La Protección Del Patrimonio del Concursado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valência, 2017, p. 287; GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida, *Função Social do Contrato e Contrato Social – Análise da Crise Econômica*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p. 110 e seguintes; BIONDI, Mario, INSAUTSTI, A. Eduardo; STRIGLIO, Amilcar, *Derecho Comercial*, Balmes Editores, 3ª edición, Buenos Aires, 1951, p. 88; CARVALHO, Orlando de, *Direito das Empresas*, obra coordenada por Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 210; MARTINEZ, Immaculada Herbosa, *El Derecho Patrimonial*, Editora Civitas, Thompsom Reuters, 2ª edición, Navarra/Pamplona, 2013, p. 101 e seguintes).

A lei consagra também, e no geral, o saudável princípio da preservação da empresa. Acolhendo aquela *rescue culture* (cultura do resgate) (LoKUPI, Lynn M. *Response the Nature of the Bankruptcy Firm: A Response to Baird and Rasmusen's the Bankruptcy Santford Law review*, Vol. 56, nº 3 [Dc. 2003]. Accessed: 27.04.2017, 20:21. UTC <http://www.jstor.org/stabel/1222639>, p. 662); MORRISON, David and ANDERESON, Colin, "The Commencement of the Company Rescue: How and when does is start?" *International Insolvency Law*, Themes and Perspective, Sussex Institute University of Sussex, UK, Markets and the Law, Routlege Taylor and Frncis Group, London and New York, 2016, p. 83-84).

- <sup>6</sup> O princípio da boa-fé objetiva está presente em todas as disciplinas jurídicas e perpassa todas as áreas das relações humanas. Nele se tem um modelo de conduta. Os códigos civis brasileiros, o velho (1916) e o novo (2002), explícita e implicitamente o consagram (artigo 476 do Código de Miguel Reale).

país, podendo qualquer particular<sup>7</sup> desenvolver atividade econômica de baixo risco<sup>8</sup> para a qual se valha exclusivamente de propriedade

<sup>7</sup> Não se abrirá, neste texto, discussão sobre o significado do verbete “empresa” do ponto de vista econômico e jurídico, mas certamente que ao se adotar o termo “particulares” a lei está a dizer a empresa de um modo em geral. Um dos aspectos relevantes nos contornos conceituais de “empresa” está na sua compreensão como sujeito de Direito e como objeto de Direito. Os textos legais, assim como a doutrina e a jurisprudência, são traiçoeiros na medida em que ora o adotam como sujeito, ora o adotam como objeto de Direito. Portanto, é preciso estar atento à pretensão do legislador em cada caso examinado. O que desperta a atenção, nesse entrecho, é a possibilidade de certa hibridez, certa situação hermafrodita do termo, que as vezes se apresenta, no mesmo texto, como sujeito e como objeto. A respeito é vasta a doutrina (SZTAJN, Rachel, *Teoria Jurídica da Empresa – Atividade Empresária e Mercados*, Editora Atlas, 2ª edição, São Paulo, 2010, p. 17 e seguintes; LINDE, Mário Sanches, *Los Contratos, Empresa y Empresario – Marco Jurídico de La Empresa, Tratado y Manuales*, obra coordenada por Abel A. Veiga Copo, Editora Civitas, Thomson Reuters, Navarra/Pamplona, 2013, p. 283 e seguintes; CORREA, Miguel J. A. Pupo, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, Editora Ediforum, 12ª edição, Lisboa, 2011, p. 41 e seguintes; REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, Editora Saraiva, vol. I, 27ª edição, São Paulo, 2007, p. 60; COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial, Direito de Empresa*, Vol. I, Editora Saraiva, São Paulo, 11ª edição, 2007, p. 19; PONT, Manuel Broseta, *Manual de Derecho Mercantil*, Editorial Tecnos, 1ª edición, Reimpresión, Madrid, 1972, p. 80-81; ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Editora Almedina, 2ª reimpressão, Lisboa, 2009, p. 27 e seguintes; BULGARELLI, Waldírio, *Teoria Jurídica de Empresa*, Editora RT, São Paulo, 1985, p. 5 e seguintes; ABREU, Jorge Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Editora Almedina, 8ª edição, Lisboa, 2012, p. 201 e seguintes; do mesmo autor, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Coleção Teses, Editora Almedina, Coimbra, 1999, p. 41 e seguintes; NARDE JUNIOR, Walfrido Jorge, *Tratado de Direito Comercial, Teoria Geral da Empresa*, Vol. I, obra coordenada por Modesto Carvalhosa, Editora Revista dos Tribunais, Thompson Reuters, 2ª tiragem, São Paulo, 2016, p. 129 e seguintes; FERRARA, Francesco, *Teoria Jurídica de la Hacienda Mercantil*, Editorial Revista del Derecho Privado, Madrid, 1950, p. 65; BOUTAUD, Elie; CHABROL, Paul, *Traité Générales des Fondes de Commerce et d’industrie*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeurs, Paris, 1905, p. 2-3; BARRETO FILHO, Oscar, *Teoria do Estabelecimento Comercial*, Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 1988, p. 79; GUYENOT, Jean, *Cours de Droit Commercial*, Editions Licet, Paris, 1978, p. 293; ASCARELLI, Tullio, *Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria Dell’impresa*, Editora Multa Paucis AG, Dott. A. Giufrè Editore, Milano, 1962, p. 363; FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro, da Mercancia ao Mercado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo, 2016, p. 54).

<sup>8</sup> A ideia de risco surge numa cadeia causal com o concurso dos fatores tempo e incerteza. No Direito Romano a eventualidade de um acontecimento incerto era expressa no termo *alea* e a hipótese de evento negativo era tratada como

privada própria ou de terceiros, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica. Caberá exclusivamente aos particulares, no seu interesse, definir livremente, em mercados<sup>9</sup> não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alteração da oferta e da demanda; receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades de administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento. Este ponto aparece razoavelmente pormenorizado no próprio texto legal, quando está a cuidar de uma súmula administrativa e de uma nova disciplina para os procedimentos internos no âmbito de atuação das autoridades.

Os atos de empresa passam a gozar de presunção de boa-fé na prática de iniciativas pertinentes à sua atividade econômica em termos amplos, abrangendo regrações do Direito Civil, Empresarial, Econômico e Urbanístico, sempre com a preservação da autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário. O empreendedor é livre para desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços. As partes contratantes ficam livres na pactuação de seus negócios jurídicos empresariais.

---

*periculum* ou como *danum*. A ideia entre risco e perigo levou a que o segundo fosse tomado pelo primeiro, no fenômeno linguístico da metonímia. Não se esqueça que a atividade empresarial corresponde a negócio (termo formado com as partículas *nec* [negação] e *ocio* [portanto, negação do ócio]) compreendendo necessariamente o risco. *Finis commercium est lucrum*. A atividade comercial é exercida *cum intuitu pecuniae*.

<sup>9</sup> O verbete “mercado” se compõe do participio passado do verbo latim *mercari*, com o significado de comerciar. Mercado e não mais o ato de comércio ou a empresa (isoladamente considerada) imprime um sentido novo para o moderno e amplo Direito Comercial como Direito dos Negócios. O termo “economia” deriva da expressão grega *oiko nomos*, significando norma aplicável à organização da atividade doméstica. No caso, *oikos* é tomado como sinédoque no lugar do patrimônio como conjunto de bens e atividades. A combinação dos termos “economia” e “mercado” que se apropriaram do dia-a-dia da atividade negocial e não pode ser desconsiderada em exame que se proceda da atividade econômica levou à expressão, que também se tornou corrente, de “economia de mercado” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADI, Jairo, *Direito, Economia e Mercados*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 2005, p. 15).

Inaugura-se uma mais ampla liberdade na estipulação de cláusulas e condições, de forma paritária entre os envolvidos, de forma que as regras de Direito Empresarial inclusive, não de ser invocadas apenas subsidiariamente. Trata-se da recriação de um novo sistema nos moldes daquela histórica *Lex Mercatoria*.<sup>10</sup>

Fica proibida a exigência dos empreendedores, de imotivadas medidas ou prestações compensatórias ou mitigatórias de modo abusivo. Não mais pode ser exigido do empreendedor qualquer certidão sem previsão expressa em lei. Em especial, afirma o texto, é ilegal delimitar prazo de validade de certidão emitida em relação a fato imutável, inclusive sobre óbito.

Ato do Poder Executivo federal disporá sobre a classificação de atividades de baixo risco, a ser observada na ausência de legislação estadual, distrital ou municipal específica, aplicando-se, na ausência dessa regulamentação, resolução do Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM), independentemente da aderência do ente federativo à Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM). A edição de regulamento a respeito por parte dos Estados ou Municípios, obriga que tais entes encaminhem o normativo ao Ministério da Economia. A fiscalização por parte das autoridades aos atos de empresa, como regra, não mais o será

<sup>10</sup> O Direito Comercial que nasceu estatutário (o Direito das Guildas, das Corporações) tem sedimento naquele Direito construído às margens das normas editadas pelo Estado, daí a *Lex Mercatoria* ou *Ius Mercatorum* (CORDEIRO, Antônio Menezes, *O Costume e os Usos no Século XXI*, *Revista do Direito das Sociedades*, ano III, número 3, Editora Almedina, Lisboa, 2011, p. 627-655; PERALTA, Ana Maria, *Direito Comercial Comparado*, Editora Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1977, p. 38; BAPTISTA, Olavo, *Contratos Internacionais*, Editora Lex Magister, publicação da OAB/SP – Comissão de Direito e Mundialização, São Paulo, 2011, p. 62-63; GALGANO, Francesco, *Lex Mercatoria*, Editora Il Mulino Universale Paperbacks, Urbino, 2011, p. 9 e seguintes; AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues, *Direito do Comércio Internacional*, Lex Editora/Comissão de Comercio Exterior e Relações Internacionais da OAB/SP, São Paulo, 2004, p. 61-62; GOMES, Manuel Januário da Costa, *Contratos Comerciais, Contratos Comerciais em geral, Contratos bancários*, Editora Almedina, Lisboa, 2012, p. 34; MARRELLA, Fabrizio, *Tratado di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'economia, La Nuova Lex Mercatoria – Principi Unidroit ed Usi Dei Contrati del Commercio Internazionale*, CEDEM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2003, p. 1 e 917).

fiscalização prévia, dando-se, preferencialmente, como ato posterior ou como consequência de denúncia encaminhada à autoridade competente.<sup>11</sup> Esse procedimento não terá aplicação naquelas situações em que o preço de produtos e de serviços seja utilizado com a finalidade de reduzir o valor do tributo, de postergar a sua arrecadação ou se dele se servir para remeter lucros em forma de custos ao exterior, e ainda em relação à legislação de defesa da concorrência, dos consumidores e demais disposições expressamente protegidas por leis federais.

As regras liberalizantes não se aplicarão quando envolvidos o agente público ou seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade até terceiro grau, quando dirigida à autoridade administrativa ou política do próprio órgão, ou entidade da administração pública em que desenvolva suas atividades funcionais.

A fixação de prazo máximo para liberação de atos empresariais será definida pelo órgão ou pela entidade da administração pública destinatária da solicitação, observados os princípios da impessoalidade e da eficiência, bem como os limites máximos estabelecidos em regulamento.

Especialmente sobre as garantias de livre iniciativa, fica em lei estabelecido o dever da administração pública em sentido amplo, de evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente, criar reserva de mercado, favorecendo, na regulação, grupo econômico ou profissional em prejuízo dos demais concorrentes. Ficam proibidos os atos como os de redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; assim como exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado ou redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação

---

<sup>11</sup> No Congresso, o parecer da comissão mista, sobre esse ponto, contém elucidativa orientação que, por certo, será, nalguma medida, aproveitada. Assinala-se que, a partir de entendimentos da política mundial de matriz de risco (*risk assessment*), o caminho indicado e oportuno aponta para o seguinte entendimento quanto à liberação de riscos: risco C – alto (para esses, a liberação se daria sob análise e vistoria prévia, com fiscalização rotineira e de ofício, sob o tipo de sanção plena); risco B – moderado (para esses, a liberação se daria sob análise e vistoria posterior, com fiscalização sob denúncia ou em razão de processo de sortimento, sob o tipo de sanção que observaria o critério de visita dupla); e risco A – leve ou inexistente (para esses, haveria a dispensa de fiscalização, com fiscalização somente sob denúncia e sob o tipo de sanção que observaria o critério de visita dupla).

e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócio (ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco). Fica vedado aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico (ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal). Observa-se o esforço do legislador em garimpar substantivos e indicações de atos que devem ser coibidos. Trata-se de descrição, portanto, também aqui, exemplificativa, de modo que pode haver atos para os quais se adote apelidos novos e que incluídos estarão nesse rol de vedações.

Quanto à análise de impacto regulatório, as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgãos ou por entidades da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de seu impacto regulatório. Dessa análise constará o rol de informações e de dados sobre possíveis efeitos do ato normativo, verificando a razoabilidade do seu impacto econômico. A matéria será objeto de regulamento que deverá dispor sobre a data de início da exigência, o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame e as hipóteses em que será obrigatória sua realização, além das hipóteses em que poderá ser dispensada. Certamente não mais se conviverá com as decisões desprovidas de fundamentação e de justificativas plausíveis.

### **3. AS MAIS RELEVANTES INOVAÇÕES DA LEI**

Antecipado que o texto legal em exame é de difícil intelecção, analisar-se-á as mais importantes inovações que a lei contém, fazendo-o, tanto quanto possível, na ordem de abordagem que o texto legal adotou. Serão analisadas as inovações no âmbito do Código Civil, no âmbito da legislação societária, no âmbito dos Fundos de Investimentos, no âmbito dos Registros Públicos e a acreditação de meios eletrônicos, a nova disciplina de súmulas e procedimentos administrativos para as autoridades federais e as inovações no âmbito da legislação do trabalho.

Não se abordará, pela brevidade do texto, dispositivos isolados cuja clareza dispensa interpretação outra que não a literal (por exemplo: a extinção do Fundo Soberano Brasil e a substituição do Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas [eSocial]).

Por questão metodológica e para manter a unidade do texto, as matérias foram agrupadas de acordo com o tema. Assim se fez em relação à matéria societária, o mesmo ocorrendo em relação aos registros públicos e à acreditação dos meios eletrônicos.

### *3.1 Inovações no âmbito do Código Civil<sup>12</sup>*

Das relevantes alterações inoculadas no Código Civil depreende-se, à primeira vista, a contribuição que a lei oferece na compreensão do que seja a pessoa coletiva e a sociedade individual, valorizando a construção da pessoa jurídica como sujeito de Direito, em cuja elaboração se consumiu vários séculos, numa cuidadosa separação definitiva da responsabilidade da sociedade, diferentemente da responsabilidade de suas pessoas-membros ou administradores. Coloca-se, assim, certa ordem na interpretação das regras básicas das pessoas jurídicas, evitando-se tendenciosa interpretação que vem destruindo o valor e a compreensão desses corpos coletivos fundamentais a qualquer ação empreendedora.<sup>13</sup> Diz a lei em exame, ripristinando dispositivo claro que existia no Código de Clovis Bevilacqua<sup>14</sup>, que a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. E acrescenta, a autonomia patrimonial das pessoas jurídica é instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributos, renda e inovação.

O tema candente da desconsideração da personalidade jurídica, que já havia merecido considerações próprias no Código de Processo Civil<sup>15</sup>, ganhou contornos mais evidentes, restando, com a nova lei, claro,

---

<sup>12</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>13</sup> Os artigos modificados são os de nºs 49-A, 50, 113, 421, 421-A, 980-A, 1052, 1368-C, 1368-D, 1368-E e 1368-F. Os artigos identificados de forma alfanumérica foram criados ou modificados em relação à sua redação original.

<sup>14</sup> O artigo 20 do Código de 1916 era expresso em dizer que a pessoa jurídica é distinta das pessoas de seus membros.

<sup>15</sup> Artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil.

arredado de dúvidas que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, poderá o juiz, a requerimento da parte ou do Ministério Público, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso (*abusus non est usus*).<sup>16</sup> O tema reclamava mesmo uma

<sup>16</sup> O tema da descon sideração da personalidade jurídica, para ser compreendido, não pode prescindir do exame do fenômeno da personalização dos entes coletivos. É matéria sobre a qual já se derramou rios de tinta. O termo companhia deriva da expressão latina *ex cum panis* (aqueles que comem do mesmo pão). Parte-se da ideia do *corpus mysticus*. Para os canonistas do medievo a ideia de pessoa coletiva derivava das *universitas* ou *collegia*, do *corpus christianorum*, a partir da noção segundo a qual os bens pertenciam à Igreja e não a seus membros. Construiu-se a partir daí uma outra pessoa, a pessoa coletiva, sujeito de Direito. No plano da atividade empresarial, os ordenamentos conceberam a segregação dos patrimônios, os que pertencentes à pessoa jurídica diferentemente dos que pertencentes às pessoas de seus membros (em termos de sociedades mercantis, os donos de seu capital). A descon sideração da pessoa jurídica é tema tratado em farta e sólida doutrina. (Apenas enunciativamente; LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *A Lei das S. A.*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1996, p. 26 e seguintes; BARRETO, Oscar Filho, obra citada, 2018, p. 312 e seguintes; JUSTO, A. Santos, *Direito Romano I*, Parte Geral, Introdução, Relação Jurídica, Defesa dos Direitos, *Studio Iuridica*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2017, p. 107 e seguintes; NUNES, Márcio Tadeu Guimarães, *Desconstruindo a Descon sideração da Pessoa Jurídica*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2007, p. 67; FORGIONI, obra citada, 2016, p. 72 e seguintes). Os argumentos elencados no parecer da comissão mista no Congresso são, de fato, ponderosos e refletem a realidade quando considera que: “A descon sideração da personalidade jurídica está sendo fortemente distorcida no direito brasileiro. Essa teoria foi criada na Alemanha nos anos 1950. Chegou ao Brasil, na doutrina, em 1969 e começou a ser adotada pela jurisprudência nos anos 1990. Mas ocorreu uma lamentável distorção. O que deveria ser sempre uma exceção (descon siderar a personalidade jurídica somente sem caso de fraude) está quase virando uma regra. (...) Só para se ter uma comparação, na Suécia, o primeiro (e até o momento único) julgamento em que uma pessoa jurídica foi descon siderada ocorreu em 2014, ou seja, 50 anos após o surgimento da teoria. Nas vezes anteriores em que os advogados a tinham invocado, os juízes suecos a negaram por não ter ocorrido fraude, mas simples incapacidade econômico-financeira da pessoa jurídica. É o que demonstra o estudo dos advogados nórdicos Marten Knuts e Thomas Kols ter (Supreme Courts in the nordics Pierce the corporate veil: is the limited liability of the shareholders at risk? Em *Business Law*, International Bar Association, vol. 17 (3) p. 253-258. (...) O caminho parece ser outro: reforçar a autonomia patrimonial como regra, para reservar à descon sideração seu verdadeiro lugar de exceção”. Disse-se tudo (extraído do texto que tramitou no Congresso Nacional).

elaboração dos contornos legais do que possa ser compreendido como desvio de finalidade, que passou a ter conceituação legal. Assim, por desvio de finalidade há de se entender, restritivamente, a demonstração mediante provas, da utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. Da mesma forma, só se cogitará da presença do que seja confusão patrimonial se demonstrada, em concreto, a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizados por um cumprimento repetitivo pela sociedade, de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa, ou se houver transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante e outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. Essa compreensão se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. A mera existência de grupo econômico não mais autorizará a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. Para o efeito, reconhece a lei que não constituirá desvio de finalidade a mera expansão ou alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. A regra, ao que parece, tem o mérito de obrigar a demonstração probatória, não mais se tolerando a adoção de desconsideração de personalidade jurídica ou de extensão de responsabilidade sem a devida e razoável instrução probatória. É preciso, a respeito, deixar arredado de dúvidas, que desconsideração de personalidade jurídica não se confunde com despersonalização de ninguém. São coisas distintas. O ato de desconsiderar é cirúrgico, desconsidera-se o ato ou os atos fraudulentos. A pessoa jurídica deve sobreviver.<sup>17</sup>

Esses dispositivos aclaradores enfrentarão certa doutrina e certa jurisprudência que, mal compreendendo institutos consagrados, conspiram contra a segurança jurídica. Trata-se, portanto, de um necessário choque de realidade, numa devolução das coisas ao leito da legalidade. Essa expressiva e equivocada jurisprudência, para cuja construção tem contribuído pernicioso colaboração de “administradores judiciais” (judiciais porque nomeados pelo juiz)<sup>18</sup> que ferem de morte sociedades

---

<sup>17</sup> “A Pessoa Jurídica, a Falência e a *Disregard Doctrine*”, e “O Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil”, respectivamente, p. 225-248 e 295-330, SILVA, José Anchieta da, *Palavra de Advogado*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2014, 2ª tiragem.

<sup>18</sup> Não se há de confundir essa figura esdrúxula com a figura legal do “administrador judicial” tratada na Lei de Falências e de Recuperação da empresa (Lei nº 11.101/2005).

empresariais viáveis, cassando-lhes o direito de serem administradas conforme seus estatutos e seus contratos sociais. Esse quase sempre dispensável ato judicial se arrima em questões as mais variadas (tributárias, trabalhistas, ambiental, relações entre sócios). Trata-se de intervenção estatal que necessita ser evitada porque representa uma evidente destruição de valor. A figura do administrador, uma vez nomeada, espanta credores, negócios e prestadores de serviços. Afinal, administrador judicialmente nomeado não pode empresar e nem assumir compromissos. A figura não tem enquadramento jurídico razoável porque: não é dono do capital, não é administrador estatutário, não é administrador contratual, não é obrigado contratual ou cambiário, não é procurador, não é gestor de negócios. Essa desorientadora jurisprudência coloca em risco qualquer empreendimento e estava tornando o Brasil um lugar onde não se tem a certeza de que a sociedade empresária regular seria respeitada. É sementeira de insegurança, lesões patrimoniais as mais diversas, metendo o Poder Judiciário numa atribuição que não é sua e nem se oferece como solução para questões da espécie.

Também na compreensão do negócio jurídico, a lei em causa trouxe regras mais claras, afirmando que na interpretação dos negócios jurídicos se lhe atribuirá o sentido daquilo que confirmado pelo comportamento das partes; daquilo que corresponder aos usos, costumes e práticas de mercado relativas ao tipo do negócio empreendido; daquilo que norteado pela boa-fé; daquilo que for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo eventualmente questionado. Poderão as partes, outro tanto, livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos, diversas daquelas previstas em lei. A legislação brasileira carecia desses enunciados legais como forma até de melhor orientar a jurisprudência.

O texto legal trata da questão da função social do contrato,<sup>19</sup> preservando que nas relações contratuais privadas prevalecerão o prin-

<sup>19</sup> A expressão “função social do contrato” é atribuída a León Duguit interpretando desígnios da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem.

A ideia de que o direito de propriedade estaria ligado a um dever perante a coletividade aparece com nitidez na encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII. Nela se procura distinguir o direito de propriedade e o seu uso preconizando-se a atuação do legislador no sentido de se regular o exercício do Direito de Propriedade, fazendo-o de acordo com as exigências do bem comum. O texto papal e suas renovações demonstram o apreço por um tipo de democracia e de economia

cípio da intervenção mínima e da excepcionalidade da revisão contratual. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos<sup>20</sup> até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos próprios ou especiais previstos em lei. Assegura-se que as partes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de pressupostos de revisão ou de resolução. A alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada e a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional. Se é certo que a nova disciplina apenas está a consagrar aquilo que recomenda a melhor doutrina, também é certo que a lei impede, em face de seu caráter cogente, certas interpretações que conspiram contra a segurança jurídica em sede de Direito dos Contratos. Devolve-se dignidade ao princípio da autonomia da vontade que andava desprestigiado. Introduce, também, o que é uma novidade para o sistema, o uso do princípio derogatório, segundo o qual as pessoas são livres para resolver as questões empresariais diferentemente do que seja uma orientação legal que não se amolde às pretensões das partes.

---

livre, valorizando a indispensável solidariedade. São textos que não se envelhecem (a encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII é de 15.05.1891 e foi celebrada quarenta anos depois com a encíclica *Quadagesimo Anno*, de Pio XI, em 1931 e no seu centenário, com o *Centesimus Annus* do papa João Paulo II, de 1991).

Do tema se ocupa a doutrina mais atual, valendo destacar a percepção de Sidnei Beneti e Sidnei Beneti Filho, reproduzindo expressão feliz Edson Fachin ao ensinar que modernamente “quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social, probidade e boa-fé [que] são princípios obrigatórios na propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim como em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos. Desse modo, quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, via do que adota a oferta de um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública” (BENETI, “Teoria do Adimplemento Substancial do contrato na atualidade”, *Revista do Advogado*, Direito das Empresas em crise, AASP, outubro, 2016, ano XXXVI, p. 131-137). De se chamar a atenção, ainda, para o chamado efeito Lázaro dos contratos, expressão cunhada por Costa Gomes para constatar a existência de obrigações que, vencido o tempo do contrato, dele resultem, tardiamente (COSTA GOMES, obra citada, 2012, p. 83 e seguintes).

<sup>20</sup> A respeito de paridade e simetria, de se trazer a texto a advertência em relação ao princípio da igualdade contida no célebre discurso de Rui Barbosa, na sua “Oração aos Moços” (*Discursos, Orações e Conferências*, Livraria Editora Iracema, Tomos III, São Paulo, 4ª edição, p. 418).

### 3.2 Inovações no âmbito da legislação societária<sup>21</sup>

Dando continuidade às entronizações, como matéria legal, de regras novas no Código Civil restou renovada, e se fazia necessária, a diferenciação entre patrimônio social (da sociedade) e patrimônio individual (dos donos do capital) consoante já anotado. Afirma o texto que somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude. A ressalva se justificava, afinal, o Direito não se compadece com a fraude que é um não direito.

Em matéria de direito societário, esclarece o texto que a sociedade limitada pode ser constituída por uma ou mais pessoas. Se se tratar de sociedade unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição de sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.

No âmbito das companhias, mais precisamente em relação às normas reguladoras da subscrição de capital, o ato de subscrever poderá ocorrer respeitadas as condições previstas no prospecto, por carta à instituição, acompanhada das declarações exigidas e do pagamento da entrada, ficando dispensada a assinatura de lista ou de boletim, na hipótese de oferta pública cuja liquidação ocorra por meio de sistema administrado por entidade administradora de mercados organizados de valores mobiliários.

O arquivamento dos atos constitutivos e de alterações societárias, em regra, se consumarão com o deferimento automático, caso cumpridos os requisitos de aprovação da consulta prévia da viabilidade do nome empresarial e da viabilidade de localização (quando o ato o exigir) e de utilização pelo requerente do instrumento padrão estabelecido pelo Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (Drei). Será automático o registro no caso de utilização de impresso padrão do Drei. Estabelece a lei situações em que a análise do cumprimento das formalidades legais será feita posteriormente.

A prova da publicidade<sup>22</sup> de atos societários, quando exigida em lei, será feita mediante anotação nos registros da junta comercial, à vista da

<sup>21</sup> Nessa quadra, além de inovações que se procede no Código Civil, altera-se também o artigo 85 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

<sup>22</sup> O princípio da publicidade é moeda de duas faces: a publicidade (e até a propaganda) e o sigilo. O primeiro é uma regra e o segundo uma exceção (há casos em que o sigilo é da essência da avença). Afinal, o Direito prestigia os atos praticados sob o sol do meio dia e não aqueles ocultos, que não se fazem conhecidos.

apresentação da folha do Diário Oficial, em sua versão eletrônica, dispensada a juntada da mencionada folha. Compete ao já conhecido Drei propor a elaboração da tabela de preços dos serviços pertinentes ao Registro Público de Empresas Mercantis, na parte relativa aos atos de natureza federal, bem como especificar os atos a serem observados pelas juntas comerciais (estaduais) na elaboração de suas tabelas locais. Fica 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 convencional.

Os atos de constituição, alteração, transformação, incorporação, fusão, cisão, dissolução e extinção de registro de empresários e de pessoas jurídicas, poderão ser realizados também por meio de sistema eletrônico criado e mantido pela administração pública federal.

A cópia de documento, autenticada na forma prevista em lei, dispensará nova conferência com o documento original. A autenticação do documento poderá ser realizada por meio de comparação entre o documento original e a sua cópia pelo servidor a quem o documento seja apresentado. Fica dispensada essa autenticidade quando o advogado ou o contador da parte interessada declarar, sob sua responsabilidade pessoal, a autenticidade da cópia do documento. Valoriza-se o instituto da “fé de ofício” tão esquecido.

### *3.3 Inovações no âmbito dos Fundos de Investimentos*

As inovações, neste tópico, também são de relevo e se inclui na necessidade de se conceder aos Fundos de Investimentos aquela conhecida personalidade judiciária que por tradição já se concede, por exemplo, aos condomínios e aos espólios. Os fundos, afinal, se incluem dentre aquelas universalidades cada vez mais presentes na vida empresarial. Sua disciplina ganha dispositivos novos de extraordinária utilidade. Resta definida a figura dos fundos de investimentos, na afirmação da lei, como uma comunhão de recursos, constituídos sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza, competindo à Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a sua disciplina, não se lhe aplicando as regras do Condomínio Geral postas no Código Civil.<sup>23</sup> O seu registro junto à CVM é elemento suficiente para garantir a sua pu-

---

<sup>23</sup> Não se aplicarão, pois, aos fundos de investimentos, as regras do condomínio geral, previstas nos artigos 1.314 a 1.358-A do Código Civil.

blicidade e a oponibilidade de efeitos em relação a terceiros. Os regulamentos dos fundos de investimentos poderão estabelecer a limitação da responsabilidade de cada investidor ao valor de suas cotas; a limitação da responsabilidade, bem como parâmetros de sua aferição, dos seus prestadores de serviços perante o condomínio e entre si, em relação ao cumprimento dos deveres particulares de cada um, sem solidariedade e classes de cotas com direitos e obrigações distintos, com possibilidade de constituir patrimônio segregado para cada classe. A adoção da responsabilidade limitada por fundos de investimentos constituídos sem a limitação de responsabilidade somente abrangerá fatos corridos após a respectiva mudança em seu regulamento. A avaliação de responsabilidade dos prestadores de serviço deverá levar em consideração os riscos inerentes às aplicações nos mercados de sua atuação bem como a natureza das obrigações. O patrimônio segregado só responderá por obrigações vinculadas à classe respectiva, nos termos do regulamento. Trata-se, pois, de um regime jurídico novo e próprio para os fundos.

Respondem os fundos de investimentos diretamente pelas obrigações legais e contratuais assumidas. Seus prestadores de serviços não respondem por essas obrigações, respondendo, todavia, pelos prejuízos que causarem quando procederem com dolo ou má-fé. Se os fundos de investimentos com limitação de responsabilidade não possuir patrimônio suficiente para responder por suas dívidas, aplicar-se-á as regras de insolvência previstas no Código Civil, podendo o concurso ser requerido judicialmente por credores, ou dar-se-á por deliberação própria dos cotistas do fundo de investimento, nos termos de seu regulamento ou pela própria CVM, em ato de autoridade.

### ***3.4 Inovações no âmbito dos Registros Públicos e acreditação de meios eletrônicos<sup>24</sup>***

O sinal para as inovações nesse campo se deu logo na primeira parte da lei, quando se reconheceu o direito de arquivar qualquer documento

<sup>24</sup> Lei nº 11.598, de 3 de dezembro de 2007, que estabelece normas legais de simplificação e de integração do processo de registro e legalização de empresário e pessoas jurídicas. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Lei de registro públicos. Lei nº 5.433, de 8 de maio de 1968, regula a microfilmagem de documentos oficiais. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins.

por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento. O registro eletrônico se equipara ao documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público, atendidos, por evidentes, normas regulamentares que orientarão o serviço de registro eletrônico. Para os particulares, qualquer meio de comprovação da autoria, da integridade e da confidencialidade de documentos em forma eletrônica, será meio válido, desde que escolhido de comum acordo pelas partes ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento. Independentemente de aceitação, o processo de digitalização que empregar o uso de certificação no padrão da infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) terá garantia de integridade, de autenticidade e confidencialidade para documentos públicos e privados.

Retomando a cronologia do texto legal, fica autorizado o armazenamento em meio eletrônico, óptico ou equivalente, de documentos privados, compostos por dados ou por imagens, observada a legislação específica e os regulamentos a respeito editados. Após a digitalização, constatada a integridade do documento digital, o original poderá ser destruído, ressalvados os documentos de valor histórico, cuja preservação observará o disposto na legislação específica. O documento digital e a sua reprodução, em qualquer meio legalmente autorizado, terão o mesmo valor probatório do documento original, para todos os fins de direito, inclusive para atender ao poder fiscalizatório do Estado. Esta sinalização de modernidade era ansiada pelo mundo empresarial. É lícita a reprodução de documentos digitais, em papel ou em qualquer outro meio físico, que contiver mecanismo de verificação de integridade e autenticidade na maneira e com a técnica definidas pelo mercado, cabendo ao particular o ônus de demonstrar integralmente a presença desses requisitos de integridade e de autenticidade. Para a garantia dessa preservação (da integridade, da autenticidade e da confidencialidade de documentos públicos), será usada certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Decorridos os respectivos prazos de decadência ou de prescrição, os documentos armazenados em meio eletrônico, óptico ou equivalente, poderão ser eliminados. Evitar-se-ão arquivos desnecessários. De modo reflexo, o instituto das provas também está sendo tocado, na medida em que não mais se sucumbirá à ditadura da presença dos originais. Caberá à Secretaria de Governo Digital, no âmbito do governo

federal, dizer quais os documentos cuja reprodução conterà código de autenticação verificável, e caberá ao Conselho Monetário Nacional regular a matéria no âmbito das operações e transações realizadas no sistema financeiro nacional.

Enfim, os registros poderão ser escriturados, publicados e conservados em meio eletrônico, obedecidos os padrões tecnológicos estabelecidos em regulamento próprio.

Cabe ao Departamento Nacional de Registro Empresarial (Drei) manter cadastro nacional contendo as informações originárias do cadastro estadual de empresas, vedada a exigência de preenchimento de formulário pelo empresário, ou a exigência de novos dados ou informações, bem como a cobrança de preço pela inclusão das informações nesse cadastro.

Os atos decisórios referentes aos registros em lei exigidos serão publicados em sítio da rede mundial de computadores da junta comercial do respectivo ente federativo. 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. 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 Receita Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (REDESIM).

### *3.5 Nova disciplina de súmulas e procedimentos administrativos para as autoridades federais<sup>25</sup>*

O entulhamento de escaninhos das procuradorias e dos cartórios judiciais, em boa medida, é de responsabilidade de um vilão que ainda não havia sido enfrentado. Os procuradores dos entes públicos sempre se sentiam obrigados a recorrer de tudo, ainda que já apascentada a questão em instâncias superiores, tanto no plano administrativo, quanto no plano judicial. Os procuradores mais zelosos recorriam para fugir de uma temível acusação de prevaricação, e os displicentes o faziam para cumprir um ritual sem sentido e sem utilidade no âmbito dos superiores interesses, mas o suficiente para emperrar toda a máquina de serviços. Quem paga essa conta, não se esqueça, são os agentes empreendedores.

<sup>25</sup> Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Desprovido de qualquer entusiasmo com a criação das súmulas vinculantes no âmbito do Poder Judiciário (uma criação constitucional que, como o previsto, não surtiu os resultados esperados)<sup>26</sup>, a criação de súmula nas instâncias administrativas tal como posto na lei representa inovação que merece aplausos. Diz a lei que Comitê formado de integrantes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ditará enunciados de súmulas da administração tributária federal, conforme o disposto em ato do Ministro da Economia, que deverão ser observados nas ações administrativas, normativas e decisórias praticadas pelos referidos órgãos. Ficará, finalmente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos; fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que à mingua de outro fundamento relevante. É procedimento válido tanto para as ações judiciais quanto administrativas. Para tanto, bastará que se esteja a tratar de temas que sejam objeto de parecer aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional conclusivo no mesmo sentido do pleito posto. Aplicar-se-á essa providencial medida em temas fundados em dispositivos legais cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e tenha tido sua execução suspensa por resolução do Senado Federal; aplicar-se-á, ainda, a medida, quando se tratar de tema sobre o qual exista enunciado de súmula vinculante ou que tenha sido definido pelo mesmo Supremo Tribunal Federal em sentido desfavorável à Fazenda Nacional em sede de controle concentrado da constitucionalidade, ou decidido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral, ou oriundo de Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências. Norteará essa decisão a percepção de que não mais haverá viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, e ainda em relação a tema que seja objeto de súmula da administração tributária federal.

Prestigia-se o princípio da efetividade dos atos consumados. A lei sugere que os órgãos do Poder Judiciário e as unidades da

---

<sup>26</sup> A respeito, *Súmula de Efeito Vinculante amplo* – Um problema e não uma solução, SILVA, José Anchieta da, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1998.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de comum acordo, realizem mutirões para análise do enquadramento de processos ou de recursos para os fins desse ato de não recorrer. É, percebe-se, quase que uma recomendação, o que dá a medida exata do desejo da legislação (a *mens legis*) de ver a regra aplicada desde logo. Tempos novos! Dessa simplificação, da qual a lei em exame é alvissareiramente portadora, brotam efeitos vários e distintos. A autoridade liberada do ato de recorrer não mais correrá o risco de responder por prevaricação, até porque ato de racionalidade jamais poderia ser compreendido como prevaricação. O colegiado ou tribunal, destinatário do recurso inútil, fica desobstruído. Essa segunda conclusão há de ser desdobrada, com a verificação (uma certeza) de que com a vigência da lei não deve ser pequeno o número de recursos que, por simples ato administrativo deverão, imediatamente, ir para o arquivo. O cidadão empreendedor, enfim, poderá respirar aliviado. Trata-se, como se vê, de medida de grande alcance, com impacto imediato na vida da sociedade.

É natural que no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional se faça o exame da juridicidade das proposições normativas, orientando a aplicação desse dispositivo. Esse procedimento (de não recorrer) se aplicará, também, aos demais meios de impugnação às decisões judiciais, inclusive nas causas em que as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional atuem como representante judicial ou na condição de autoridade coatora (nos casos de mandados de segurança ou medidas do gênero).

Emparelhada com a medida racionalizadora do uso de recursos, a lei estimula ainda a realização dos negócios processuais<sup>27</sup> para as ações em curso, autorizando à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, mediante regulamento, organizar a sua celebração, incluindo a cobrança administrativa ou judicial da dívida ativa da União. A regra é válida para os demais órgãos da administração pública que administrem créditos tributários e não tributários passíveis de inscrição e de cobrança pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Trata-se de uma dessacralização do crédito público referente às exações federais. Levado a termo (e a sério) essa faculdade legal, de fato e deveras se terá dado

<sup>27</sup> A sede dos negócios processuais que o sistema anterior não admitia está no artigo 190 do Código de Processo Civil e trata da autocomposição, autorizando modificação (interna) no procedimento, ajustando-o às especificidades da causa.

passo relevante para a reorganização das empresas que estejam por razões várias demandando com a Receita Federal do Brasil numa situação de permanente desvantagem, por razões plurais: seja porque de um lado sempre se pregou uma impossibilidade absoluta (argumento não verdadeiro) de se não poder transigir com os créditos públicos; seja porque as ações do tipo correm (e entulham) varas judiciais especializadas; seja porque nem sempre o Estado exator tem razão na sua voracidade arrecadadora, e o contribuinte fica refém de uma futura decisão transitada em julgado que não vem (o Brasil é o único país do mundo que além de possuir quase uma centena de tribunais, tem [em face de sua constituição instrumento, antônima de si mesma], quatro instâncias judiciais [juízo singular, tribunais regionais, tribunal superior e tribunal supremo]).

O ato de aperfeiçoamento das medidas analisadas nos tópicos anteriores está na própria lei ao admitir que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá dispensar seus procuradores e representantes da prática de atos processuais, inclusive com a desistência de recursos interpostos, quando o benefício patrimonial almejado com o ato praticável não atender aos critérios de racionalidade, de economicidade e de eficiência. Se se está a dizer de dispensa de atos processuais, é certo que se está a propor solução para as ações fiscais em curso. A lei faz a ressalva de que a aplicação dessa conduta não implicará em reconhecimento da procedência de pedido formulado pelo autor.

Serão arquivados sem baixa na distribuição, por meio de requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos em Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior àquele estabelecido em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Os propósitos da lei, em boa hora, são, verdadeiramente, os de esvaziar escaninhos e gabinetes. Trata-se de normativos extraordinariamente racionalizadores.

### ***3.6 Inovações no âmbito da legislação do trabalho***

Nessa matéria, a inovação de maior relevância está na primeira parte da lei examinada, ao possibilitar o exercício da atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobrança ou encargos adicionais; observadas, no entanto,

as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público e as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou/e outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança e a legislação trabalhista. O avanço, todavia, em sede de legislação do trabalho, foi tímido. É provável que instrumentos legais porvir, voltem a tratar da matéria que, por intervenção do Congresso, ficou limitada. Sentido não faz, afinal, mais de sessenta anos passados da criação da consolidação das leis do trabalho, em tempos de *internet* e de comunicação em tempo real para alfabetizados e analfabetos, continuar pensando que todos os brasileiros são, em termos de contratação, hipossuficientes. Sentido não tem o Estado regular com mão de ferro (e encarecer) a contratação de mão de obra num país onde mais de dez por cento de sua massa de trabalhadores continua desempregada. E, anote-se, serviços há. O projeto original contemplava alterações mais substanciais, sendo boa parte delas suprimida.

No Brasil, continua, percebe-se, muito difícil modernizar as relações de trabalho, desfazendo-se nós, desamarrando interesses outros, reservas e perversões retrógradas, acrisoladas num discurso ideológico que estabelece o paradoxo de, possuindo uma das mais caras mãos de obra do planeta, ter um operariado pobre. Esse proceder lesa, a um só tempo, a quem trabalha (o empregado) e quem empreende (quem emprega). Algumas pedras ainda necessitam ser quebradas.

Com as alterações que permaneceram, a Carteira de Trabalho e de Previdência Social, que terá como identificação única do empregado o seu número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, será emitida pelo Ministério da Economia, preferencialmente por meio eletrônico e excepcionalmente por meio físico. O empregador terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis para anotar na Carteira, em relação aos trabalhadores que admitir, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais da contratação. A comunicação pelo trabalhador ao empregador do número de sua inscrição no CPF equivalerá à apresentação da Carteira por meio digital, dispensando-se o empregador da emissão de recibo. Os registros eletrônicos gerados pelo empregador nos sistemas informatizados da Carteira de Trabalho por meio digital equivalem às anotações a que se refere a lei. O trabalhador terá acesso às informações da sua Carteira de Trabalho no prazo de 48 (quarenta e oito) horas a partir de sua anotação, nela sendo anotado o horário de trabalho.

Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso. Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará do registro manual, mecânico ou eletrônico em seu poder. Fica permitida a utilização de registro de ponto por exceção à jornada regular de trabalho, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

#### **4. MENOS DO QUE UMA CONCLUSÃO E MAIS DO QUE UMA PROPOSTA**

O voo de pássaro procedido sobre a lei não autoriza conclusões imediatas. Os temas abordados são vários e as alterações legislativas levadas a cabo são benfazejas, de repercussão imediata. Não pode a “Lei de liberdade econômica” entrar para o rol das “leis que não pegam”. Se se não afigura prudente antecipar-se em conclusões apresadas, o que se quer consignar há de ser mais do que uma proposta, porque para que se retire da lei tudo o que de bom (e oportuno) ela propicia, necessidade há do envolvimento de toda a sociedade. É dizer, mais do que uma proposta, se quer concitar agentes e atores destinatários da lei à responsabilidade de cada um para, efetivamente, “fazer acontecer”. A lei chama à responsabilidade todas as autoridades federais. Logo, é preciso que o exército de autoridades brasileiras – que não é pequeno – assuma o compromisso de fazer cumprir tudo quanto na lei está escrito. Os profissionais do Direito, advogados, patrocinadores das pretensões dos agentes do comércio, da indústria e dos serviços precisam assumir a responsabilidade de corretamente requerer, fiscalizar e reclamar os direitos consagrados em cada dispositivo analisado. Os homens de empresa, conhecedores de seus direitos, necessitam exercê-los. Na correta aplicação da lei em causa estará um permanente desafio. Por causas tais é que, menos do que uma conclusão e mais do que uma proposta, o que se registra a título de epílogo é uma concitação, no sentido de que cada um desempenhe o seu papel.

A definição de “ato público” que a lei oferece é apenas indicativa. A subsidiariedade da presença do Estado na vida da empresa privada

em contraponto com a reconhecida vulnerabilidade do agente da produção diante da máquina estatal, são os fios condutores de toda a elaboração legal.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que neste tempo novo se inaugura, pela vez primeira, em favor dos agentes da produção, um princípio novo: o do *in dubio pro empresa*. Pode, agora, a atividade produtiva, munida deste instrumento que lhe assegura razoável segurança jurídica, proclamar o seu *habemus legem*.

O texto legal enumera dispositivos legais vários que expressamente revoga. A matéria da revogação, todavia, aí não se esgota. Há, certamente, por derivação, um sem número de normativos outros que, em face dessa nova ordem legal, estão tacitamente revogados (é preciso estar atento às protocolares, indevidas e inúteis exigências de balcão que mais não poderão ser cobradas). Exige-se, portanto, acompanhamento permanente de todos os atos que, alcançados pela lei, também terão sido revogados, explícita e implicitamente.

O embalço da lei examinada autoriza sugerir que, prosseguindo-se na determinação de desobstruir os caminhos da gente brasileira que produz, diante de tanta burocracia, é mesmo o caso de se propor outro texto legal do gênero, uma lei do “revogasso nacional”, copiando iniciativa, tímida embora, que se anuncia a partir do Estado de Minas Gerais.

É seguro afirmar que as inovações trazidas o foram para harmonizar os interesses do mundo empresarial em face das ações do Estado. Não se pode, todavia, deixar de consignar que eventual resistência por parte de qualquer autoridade no cumprimento dos comandos que essa lei encerra, será o suficiente para, em benefício dos particulares, se invocar outra lei nova, aquela que cuida do Abuso de Autoridade.<sup>28</sup>

As saudáveis inovações com as quais se defronta reclamam, com urgência, que também os Estados e os Municípios (sobretudo os maiores, as capitais) editem a sua “Lei de Liberdade Econômica”, principalmente no que tange à matéria tributária onde se possa evitar os intermináveis processos de cobrança, assim como em matéria ambiental.

Especialmente quanto às súmulas administrativas, é necessário vigília permanente no sentido de que sejam elas editadas, sob pena de o instrumento que a estimula não surtir os necessários efeitos daí decorrentes.

<sup>28</sup> Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

De resto, falta consignar que a lei já está em vigor, de modo que é preciso meter mãos à obra. Os requerimentos necessários ao cumprimento de seus normativos podem e devem ser manifestados desde já. É preciso dar realidade a essa nova “ordem”.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> De se recordar as lições inesquecíveis de Celso Barbi, lente de Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, ao ensinar que o advogado é um pedinte. Acreditado pedinte, mas pedinte, e justificava sua afirmativa lembrando que as peças subscritas pelos advogados terminam com um inevitável: ... “*pede-se deferimento*”.

Vem a calhar a afirmativa de Gofredo Telles Junior: “a desordem não pode ser ausência de ordem, é presença de ordem. Logo, a desordem é ordem. O que faz essa ordem que chamamos desordem é o desacordo entre a ordem existente na realidade e a nossa ideia de ordem”. O autor vai a Montesquieu no seu *Espírito das Leis* para dizer que “as leis não são relações concretas. São relações ideais, relações entre ideias”. E conclui: “a lei é o plano concebido do que vai acontecer. É fórmula da ordem” (do autor, *O Direito Quântico*, ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. Editora Max Limonad [sem referência a edição ou data], Biblioteca do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, p. 27).

# O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA ALÉM DELE (O PLANO ALÉM DO PLANO)<sup>1</sup>

José Anchieta da Silva

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Empresário e a Crise. 3. O “Plano de Recuperação Judicial”. 4. As vicissitudes do “Plano de Recuperação Judicial” (para além dele). 4.1. O Princípio do Juízo Universal na Ação de Recuperação Judicial. 4.2. A função do Juiz (o controle da legalidade). 4.3. A aparente duplicidade do voto às micro e pequenas empresas. 4.4. A função do Administrador Judicial (auxiliar do juiz). 4.5. O parcelamento dos débitos tributários federais. 4.6. Os votos (não votos) em assembleia de credores ausentes ou que se abstêm. 4.7. A situação dos coobrigados dos devedores em recuperação judicial. 5. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

A investigação sobre o instituto da Recuperação de Empresas, especialmente sobre a “Ação de Recuperação Judicial” regida pela Lei nº 11.101/2005 é fascinante. E, dentro dela, o exame das vicissitudes que habitam o “Plano de Recuperação” revela novidades, descobertas e frustrações a cada passo. Dentre as duas maneiras de ver e analisar o “Plano” – de dentro para fora e de fora para dentro – escolhemos a primeira. Este texto tratará do “Plano”, portanto, visto sob a ótica do empresário em crise e que dele necessita. A segunda visão, não necessariamente antônima da primeira, seria analisá-lo a partir da ótica da comunidade dos credores e demais agentes da recuperação. São visões diferentes.

---

<sup>1</sup> Texto publicado no livro *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005 – Estudo sobre a Lei de Recuperação e Falência*, obra coordenada por Sheila Neder Cerezetti e Emanuelle Urbano Maffioletti. Editora Almedina, São Paulo, 2015.

Para o caso, o cenário proposto (o pano de fundo) seria a de uma casa um tanto desarrumada, em cujo interior está o empresário com todos os seus problemas a serem enfrentados, organizando a papelada que a lei exige para postular a sua ação de recuperação judicial. O empresário está cheio de indagações, perguntas para as quais nunca há apenas uma resposta.

O empresário abre a sua janela, enfrentando o desafio de encarar os seus credores, de antemão já avisado que a ação de recuperação judicial possui três características, todas cruéis em relação ao devedor: é uma ação cara. É invasiva. É estigmatizante.

## 2. O EMPRESÁRIO E A CRISE

A lei brasileira é expressa em seu artigo 1º ao dizer que ali se está a disciplinar *a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante denominados simplesmente como devedor*. Portanto e para delimitação do âmbito deste texto, se está a tratar da figura do empresário, pessoa natural ou pessoa jurídica e de suas vicissitudes quando estiver em causa a ação de recuperação da empresa. Esta ação, em tudo especial, está prevista no artigo 47 do mesmo diploma legal que assim se contém: *A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*. É ação que pode ser intentada como resposta, no prazo da contestação, quando o devedor empresário for vitimado de ação de falência. É o que contém o permissivo 95 da mesma lei. Proposta a ação de recuperação judicial, o seu “Plano de Recuperação” deverá ser apresentado pelo devedor, em juízo, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial. Da lei, com efeito, se recolhe extraordinário esforço no sentido de propiciar a recuperação da empresa em crise.<sup>2</sup> A sanção à não apresentação do “Plano” será a

---

<sup>2</sup> Com docente precisão, Manoel Alonso conseguiu elencar as pretensões contidas na lei brasileira de falências e de recuperação de empresas, dela extraindo doze princípios básicos e que bem a caracterizam: a lei brasileira busca: 1) a preservação da empresa; 2) a separação dos conceitos de empresa e empresário;

convolação da recuperação em falência (artigo 53). Estes são os pontos da reflexão proposta pelo empresário em crise, debruçado à janela, receoso de que o seu isolamento poderá representar, de fato, um abandono. A ação de recuperação judicial é estigmatizante.

É preciso trazer a texto a certeza de que a atividade empresarial é fundamental para a sociedade. O desenvolvimento silencioso da atividade empresarial responde, afinal, pela harmoniosa caminhada da vida moderna, em todos os setores. O dia a dia da engrenagem social, da vida das pessoas, nas manhãs de segunda-feira, assim como nas tardes de domingo não é produto do acaso. Decorre de milhares de atividades, conduzidas por interesses diversos e legítimos de todas as atividades desenvolvidas pelo ser humano sobre a terra. A confirmação dessa assertiva está na consagrada afirmação de Adam Smith, conhecida como “a mão invisível”<sup>3</sup> (*the invisible hand*) a dizer que “não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que se tem a expectativa de seu bom jantar, mas do interesse de todos eles”. Esta é a ação do homem de empresa. É dizer, a desorganização da empresa produz um caos social.

Empresar é assumir riscos. O verbete negócio decorre da junção de duas palavras latinas *nec* (negação) e *ocio* (ócio). Exercer o comércio (*commutatio mercium* – troca de mercadorias) correspondente, pois, à negação do ócio. A expressão latina *finis commercium est lucrum* define bem os propósitos da indústria, do comércio e dos serviços, mas trata-se de uma vocação e nunca de uma certeza porque os prejuízos aparecem.

---

3) a recuperação das sociedades ou empresários recuperáveis; 4) a retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; 5) alguma proteção aos trabalhadores; 6) a redução do custo do crédito no Brasil; 7) a celeridade e eficiência dos processos judiciais; 8) a segurança jurídica; 9) a participação ativa dos credores; 10) a maximização do valor dos ativos do falido; 11) a desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; 12) maior rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial (DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 248).

<sup>3</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito Comercial – Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito*, Editora AO, Lisboa, 2011, p. 11: “it is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker that we expect our dinner, but from their regard to their own interest”.

O conceito de crise, de origem latina *crise* e do grego *krises*, compreende perturbações que alteram o curso ordinário das coisas e cabe aos ordenamentos jurídicos proporcionar soluções para tais situações excepcionais, já que para a crise as soluções não são encontradas na legislação comum. Para seu enfrentamento há necessidade de leis especiais, pontuais.<sup>4</sup> É preciso encontrar caminhos novos e proporcionar soluções para situações excepcionais, lembrando que assim como a crise não se previne com a legislação ordinária, a solução para os seus males não se escolhe num catálogo de oportunidades. Toda crise tem suas peculiaridades. Há crises isoladas, motivadas por ação do próprio empresário ou por determinado setor da economia. Há, também, crises gerais, mais amplas, cujas causas nem sempre estarão na ação do empresário ou do seu setor. A crise vista numa alça maior, de um modo geral, não fica acantonada a determinado setor.<sup>5</sup> Ela surpreende e é perversa.

Há, e é frequente, crises provocadas (ou agravadas) por atos ou comportamentos do próprio Estado, e que acabam comprometendo todo um sistema e toda uma estrutura de funcionamento da máquina empresarial. O reconhecimento da crise empresarial, portanto, não se fará a partir de conceitos acabados, assim como a solução para a crise não se obterá mediante aplicação de soluções preconcebidas ou com os remédios prescritos a partir de soluções encontradas em manuais. É modo de se dizer que cada “Plano de Recuperação Judicial” carrega consigo a sua dose própria de originalidade.

Insolvência, falência, a crise empresarial enfim, não guardam, necessariamente, relação direta com a prática de delitos. Insucesso, desde sempre, é o outro nome da insolvência. Em Portugal, nas Ordenações Filipinas surgiram as primeiras regras determinando que os mercados que quebravam seus tratos seriam havidos como ladrões públicos, devendo ser castigados, despidos de nobreza e liberdades. Levava-se ao pé da letra o sentido dos termos latinos *fallens*, *fallentis*, *fallo*, *falsum* designativo daquele que engana, daquele que trai dissimuladamente. Havia, no entanto, ressalva para a falência não fraudulenta,

---

<sup>4</sup> RODRIGUES, Raquel Pinheiro, “Crise e reestruturação empresarial – as respostas do Direito das Sociedades Comerciais”, *Revista de Direito das Sociedades*, ano III (2011) – número 1, Editora Almedina, Lisboa, 2011, p. 231 e 255.

<sup>5</sup> CORDEIRO, António Menezes, “Perspectivas evolutivas do Direito da Insolvência”, *Revista de Direito das Sociedades*, ano IV – número 3, Editora Almedina, Lisboa, 2012.

restando escrito que os falidos sem culpa “por receberem grandes perdas no mar ou na terra, sem dolo e sem malícia, não incorrerão em pena”. Ainda em Portugal vieram as reformas do Marquês de Pombal e do Código Comercial de 1833 (de Ferreira Borges) trazendo, esse último, uma rubrica intitulada “Das quebras”, tratando da reabilitação de falidos e de moratórias.

### 3. O “PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL”

De acordo com a lei brasileira o “Plano de Recuperação” deverá conter a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem utilizados, demonstrando sua viabilidade econômica, acompanhada de laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens ativos do devedor. Especialmente sobre os modos de recuperação, a lei traz um elenco de dezesseis operações ou possibilidades que isoladas ou combinadas servirão para animar a recuperação do devedor (artigo 50). Não é uma lista fechada.

Na elaboração do “Plano” é falsa a ideia de que o devedor tenha alguma liberdade na organização de seus credores. Afinal os créditos alinhados no momento da crise do devedor não são todos iguais. Há créditos de natureza tributária (as exações) e equiparados, destinados ao Estado e que por força da quase impossibilidade de se exercer, em relação a esses, transação ou diferimento de sua exigibilidade, a não ser em relação àqueles expressamente em lei autorizados, não seria correto supor que a deliberação pela recuperação da empresa pudesse depender dessa categoria de credores (créditos fiscais e tributários e assemelhados). Recebem tratamento especial os créditos trabalhistas e os que lhe sejam equiparados porque, representando créditos detidos pela força de trabalho (crédito alimentar), não responderiam, sozinhos, os empregados, pelo êxito de uma recuperação. Os créditos protegidos por garantias só se submeterão ao “Plano” se com ele expressamente concordarem, sem o que restarão intocadas as garantias dadas. Na última fila estão os credores quirografários e, depois, os subordinados, os quais só muito excepcionalmente terão poder e força para ditar a sorte de uma recuperação da empresa devedora. São os considerados credores fracos.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> A distinção entre credores fortes e credores fracos é esclarecedora: “Note-se que os credores comuns coincidem em regra com os chamados credores ‘fracos’, aqueles que não tem a força econômica suficiente para exigir o pagamento a

Observe-se que, no ambiente próprio da recuperação da empresa coexistem interesses legítimos e às vezes contrapostos, uns em relação aos outros, em três dimensões diferentes, quais sejam: (i) os interesses do empresário vitimado da crise que pretende a sua recuperação; (ii) os interesses dos credores que, de alguma forma, pretendem receber os seus créditos; (iii) os interesses da empresa, o que, necessariamente, não confere com os interesses do empresário. A noção de “empresa” no caso, corresponde à “atividade empresarial” (como objeto) e não à figura do empresário que é o sujeito da ação.

À janela, um dos medos do empresário está na possibilidade, sempre presente, de os seus credores, pretendendo salvar a si (aos seus interesses de credores) optarem pela salvação da empresa, catapultando, todavia, a figura do empresário autor (na verdade, vítima) de sua própria crise. A ação de recuperação, portanto, além de ser estigmatizante é invasiva.

Sob vários aspectos o “Plano de Recuperação” estabelece uma concorrência silenciosa nas pontas desse “cabo de guerra”. São vários os autores que reconhecem nesta quadra a presença da chamada “teoria dos jogos” segundo a qual cada um luta por si, procurando tirar do *status quo* o melhor proveito individual porque todos querem ganhar. É preciso conhecer os limites de eventuais sacrifícios que podem ser impostos aos credores (precipualemente os garantidos – credores fortes), em benefício de uma recuperação da empresa, sendo de admitir a falência e a liquidação do devedor, quando não se justificar a recuperação postulada (o que pode, também, sob outro e moderno enfoque, compreender-se como meio de recuperação da empresa). Será preciso, afinal, pesar e medir os interesses envolvidos. É preciso decidir entre os interesses (legítimos) da coletividade de credores, em cada categoria distinta, e o interesse (também legítimo) do empresário em crise.<sup>7</sup> O que assalta o empresário recuperando nesta quadra é, também, a ausência de uma liderança natural nesse tipo de processo. Afinal, o de-

---

pronto ou a prestação de uma garantia, sendo os credores ‘fortes’ aqueles que pode exigir a prestação de uma garantia (ou a que a lei confere uma garantia)” VASCONCELOS, L. Miguel Pestana, em *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, Coimbra Editora, 2007, p. 992 e 993; RIBEIRO, Maria de Fátima, em *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Editora Almedina, Coimbra, 2012, p. 172.

<sup>7</sup> É preciso lembrar Canelutti, no Brasil repetido por Arnaldo Wald: “a função do direito é de submeter a economia à ética”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Editora RT, São Paulo, 1984, p. 10.

vedor, neste momento febril, não seria o líder de seus credores, correndo o risco de, dentre eles, encontrar detratores. Por outro lado, a não ser em casos excepcionais, também dentre os credores não aparece liderança natural. Esta é uma vicissitude do “Plano de Recuperação”.

Como resultado dessas constatações, se percebe que o “Plano de Recuperação” é, de fato, instrumento especial. A doutrina se consome em argumentos de matizes variados para encontrar o seu conceito. O Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas de Portugal (CIRE), antes de tratar do Plano de Recuperação (que poderá ou não vir a existir), cuida, numa alça maior, do chamado “Plano de Insolvência” que tanto pode levar à liquidação quanto às formas de recuperação. Sobre o seu conteúdo, Menezes Leitão registra que os credores tem, em relação ao seu conteúdo, ampla liberdade de estipulação, podendo, inclusive, adaptar algumas das soluções que a lei sugere, o que traz ao “Plano” a característica de negócio jurídico atípico.<sup>8</sup>

De forte viés contratual, inovador, o “Plano” é, pode se dizer, um modo de autocomposição de interesses.<sup>9</sup> Na França, o “Plano” é considerado como um contrato legal (ou judicial), nele se reconhecendo um produto de decisão judicial ou de caráter judicial dominante, presente o controle e a decisão do juízo.<sup>10</sup>

Do ponto de vista prático, a lei brasileira deixou aparentemente resolvida a questão ao reconhecer que o “Plano de Recuperação Judicial” implica em novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem, todavia, prejuízo das garantias na forma em que estabelecidas nas leis próprias (artigo 59). Não se está a dizer, no entanto, daquela novação como compreendida na legislação civil em face dos terceiros garantidores da obrigação.

Pelo sistema adotado no Brasil, a apresentação do “Plano” é atribuída unicamente ao devedor e numa única oportunidade. Esta determinação é razoável porque, apresentado o “Plano” a ele será dada ampla publicidade para que seja conhecido, discutido e questionado no âmbito

<sup>8</sup> LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito da Insolvência*, Editora Almedina, Lisboa, 4ª edição, 2012, p. 285.

<sup>9</sup> FONSECA, Gisela Teixeira Jorge, *Natureza Jurídica do Plano de Insolvência*, Estado de insolvência, Direito da Insolvência, Estudos, coordenação de Rui Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 120/121.

<sup>10</sup> JACQUEMONT, André, *Droit Des Entreprises em Difficulté*, Editora Lexis Nexis, 8ª edição, Paris, 2013, p. 438 e 439.

dos credores. Não se perca de vista que ao tempo da apresentação, o devedor estará gozando daquele período da graça – o *stay period* que é de seis meses – estação na qual os processos envolvendo as dívidas do devedor estarão suspensas. Se se permitisse a apresentação de mais de um plano, o processo não caminharia. A solução para que as questões referentes aos questionamentos e modificações do plano serão resolvidas de outra forma e desaguarão na votação que se dará na assembleia de credores. É dizer, os interessados poderão promover alterações no plano proposto e o foro para as decisões a respeito será a assembleia de credores. A ação de recuperação judicial é, pois, invasiva. Este é o modelo.

Das alterações poderá resultar desfigurado aquele plano inicial, dando-lhe configuração inteiramente nova. O “Plano de Recuperação” é, portanto, um instrumento de muitas faces: econômico, financeiro, estratégico, contábil, gerencial e até jurídico. É, indiscutivelmente, um diploma multidisciplinar.

#### **4. AS VICISSITUDES DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (PARA ALÉM DELE)**

Estabelecidos, em ligeiras e apressadas pinceladas, os contornos do “Plano de Recuperação” será fácil observar que dele decorrem efeitos que vão muito além daquela relação direta entre o devedor e seus credores submetidos à recuperação judicial. Reconhecendo ser impossível esgotar o tema, para este adminículo adotou-se a eleição de alguns dos pontos cuja controvérsia está mais acesa, despertando olhares e preocupações dos devedores, dos doutrinadores e dos julgadores.

##### ***4.1 O Princípio do Juízo Universal na Ação de Recuperação Judicial***

O juízo universal no processo de falência é uma certeza e uma segurança de que o processo de falência terá uma única condução. Afinal, todo corpo tem que ter cabeça. A falência é mesmo uma execução coletiva e é preciso que o trabalho de aglutinação, organização e venda dos bens existentes (o monte ativo) seja presidido por um único magistrado, como forma de otimizar a segunda fase, qual seja a de realizar este ativo para distribuí-lo aos credores da massa (o monte passivo), observando-se toda a ordem de prelações legais.

Recuperação judicial não é falência (embora dela seja vizinha) e o princípio da universalidade, com algumas adaptações, é de todo indispensável para que a condução do “Plano” não seja contaminada por decisões de outros magistrados a pretexto, apenas, do argumento de que há créditos que não se submetem à recuperação judicial. Afinal, nenhum plano fica de pé se com ele concorrendo estiverem decisões judiciais de outros juízos, leiloando e esvaziando o patrimônio da empresa em recuperação. Exemplos claros dessa vicissitude estão nas decisões que, vindas das justiças especializadas do trabalho, da justiça federal e dos juízos de execução de garantias reais põem a pique o “Plano de Recuperação” e todo o trabalho em torno dele realizado. É assunto que tem dado muito trabalho à jurisprudência em construção.

O princípio da universalidade do juízo na ação de recuperação judicial implica em reconhecer nesse juízo a primazia para conduzir o “Plano” até a deliberação da assembleia de credores, respeitando-se o *stay period* e não se admitindo o esvaziamento patrimonial da empresa em recuperação. Há de ser, então, o juízo da recuperação o *lugar-onde* se resolve e se ajusta a recuperação através do “Plano” proposto. É seguro que para os créditos, direitos e pretensões ainda não constituídos, as demandas correrão em seus leitos naturais, disso, todavia, não se pode servir nem a autoridade e nem os autores de tais demandas para inviabilizar, previamente, a recuperação do devedor autor da ação especial que lhe é própria e peculiar.

#### 4.2 A função do juiz (o controle da legalidade)

A primeira decisão do magistrado que preside o processo de recuperação judicial é de caráter formal, recebendo e mandando processar a ação. Dessa decisão decorrem efeitos graves e imediatos, dentre os quais se destacam a suspensão das ações, execuções e constrições pelo período de seis meses e a nomeação do administrador judicial. Correndo bem a recuperação e havendo a aprovação do “Plano”, em regra pela sua assembleia de credores, outra decisão virá, a de homologação do “Plano” (*rectius*: da recuperação como aprovada), com caráter, nesta parte, de decisão homologatória. Não se trata, todavia, de uma homologação comum. Vem a texto e a tempo, a doutrina de Moacyr Lobato para quem não exerce o magistrado, em sede de recuperação judicial, atribuições meramente homologatórias, chancelando

com uma espécie de visto judicial a vontade imperativa dos credores. Caberá a essa decisão a análise de sua efetiva legalidade, evitando-se desequilíbrio e disparidades que certo poderio particularizado en-sejaria.<sup>11</sup> Esta pertinente advertência doutrinária deverá ser analisada a partir de duas motivações sem a qual não teria sentido. Caberá ao magistrado, no caso, decidir pedido em concreto, o que equivale dizer, deverá, para tanto, ter sido provocado pelos prejudicados com a decisão da assembleia. E, em não havendo provocação, também esta decisão permanece naquele sítio das decisões judiciais onde a função do magistrado outra mais não será que a do simples controle estrito da legalidade do ato. Neste passo e neste ponto, tenha-se presente o viés contratual, de deliberação privada compreendida no plano aprovado a partir – é o que se pressupõe – da manifestação da vontade livre dos credores em assembleia. Não se trata, todavia, por estas razões, de decisão meramente homologatória.<sup>12</sup>

O processo de recuperação judicial, no Brasil, se divide em três fases: a postulatória, que se inicia com a petição inicial (art. 51) e se encerra com o despacho de processamento (art. 52); a fase deliberativa, que termina com a decisão de concessão da recuperação (art. 58); fase da execução, que regula o cumprimento do plano concluindo-se com a sentença de encerramento do processo de recuperação (art. 63). São, portanto, no mínimo três as intervenções decisivas do magistrado no processo que, bem sucedido, tem data marcada para acabar, o que

---

<sup>11</sup> LOBATO, Moacyr, *Falência e Recuperação*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 145.

<sup>12</sup> Quem melhor definiu o conteúdo de decisão judicial homologatória foi o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, própria da jurisdição voluntária em emblemático acórdão do qual foi relator no Superior Tribunal de Justiça ao ensinar que a jurisdição voluntária é distinta da contenciosa porque “na jurisdição voluntária não há ação, embora haja pedido; não há processo, há procedimento; não há partes; há interessados; não produz coisa julgada e nem há lide porque em juízo homologatório presume-se que não há resistência. Na expressão de outros juristas, homologar significa agregar a um ato realizado por outro sujeito a autoridade do sujeito que o homologa porque homologar corresponde ao ato que se examina, semelhante, adequado ao ato que deveria ser” (Acórdão proferido em 29.08.2000 pela 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do recurso especial nº 238.573/SE. Fonte recente: PINTO, Lígia Paula Pires, *Recuperação Extrajudicial de empresa – O Direito Empresarial Atual – Princípios da preservação da empresa – Reorganização empresarial – Meios de reorganização*, Editora Campus Jurídico, Elsevier, São Paulo, 2014, p. 89 e 91).

não ocorria no sistema anterior.<sup>13</sup> Há, neste ponto, uma tentativa de desjudicialização do processo, devolvendo a atividade empresarial ao leito da normalidade após a sentença de encerramento da recuperação, restando, ao devedor, a obrigação de cumprir o “Plano” no tempo e na forma em que novadas terão sido as obrigações.

Há, todavia, no meio do caminho e no que toca à aprovação do “Plano”, oportunidade de o magistrado exercer a autoridade do Poder Judiciário para viabilizar a aprovação de plano aprovável, trazendo a exercício aquilo que a doutrina identifica como o *Cram Dow*.<sup>14</sup> A lei brasileira prevê a possibilidade de o magistrado conceder a recuperação (deferindo-a, portanto) em benefício do devedor cujo plano não tenha obtido a aprovação normal desde que, cumulativamente: tenha havido voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes e com a aprovação de duas das classes de credores ou, havendo somente duas classes, que tenha havido a aprovação de pelo menos uma delas e na classe em que for rejeitado o plano tenha havido voto favorável de mais de um terço dos credores. Nesse caso e ainda assim, a recuperação não será concedida se houver tratamento diferenciado entre os credores da classe em que se der a rejeição (art. 58). Mediante o *Cram Dow*, concede-se ao magistrado uma liberdade mais ampla, facultando-lhe suprir esta falta de aprovação e deferir judicialmente a aprovação do “Plano” em risco. Compreende a doutrina que não se pode privar o juízo de poderes e atribuições que lhe são assegurados constitucionalmente. Tem-se, no caso, o controle da legalidade formal e substancial, competindo ao magistrado analisar em concreto, dentre outras questões que a singularidade de cada caso suscitar, aquelas que pertinentes (i) ao interesse público envolvido; (ii) ao comportamento ético dos votantes; (iii) à preservação da atividade econômica.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> DE LUCCA, obra citada, 2005, p. 275.

<sup>14</sup> “*Cram Dow* [...] instituto del derecho norteamericano que faculta al juez a imponer el concordato a una o más categorías de acreedores disidentes (claro que dentro de ciertos condicionamientos legalmente establecidos)” (VAISER, Lúdia (Coord.). *Estudios de Derecho Concursal* (em homenagem a Guillermo Mosso) – Categorización de Acreedores em el Concurso reventivo el estado de las cosas, Editora Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 30).

<sup>15</sup> LOBO, Jorge, em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 2007, p. 169 e 172.

Para bem apreender a relevância da questão, necessário trazer a texto que com o “Plano” não aprovado restaria ao magistrado outra mais grave decisão, a de decretação da falência do devedor. Com efeito, mero desentendimento entre grupos de credores ou mero embate de interesses menores entre credores e devedor não pode ser suficiente para orientar uma quebra. Ação de falência é de outra etiologia. Necessário refletir que a decretação da quebra implicaria em comportamento mais explícito de parte dos credores recalcitrantes em relação ao “Plano”. É dizer, não parece razoável a decretação de uma falência sem que haja pedido expresso de quebra. E, neste caso, caberia ao credor, defensor da decretação da falência, a demonstração de que a quebra seria, para o caso, mais benéfica aos interesses daquela comunidade de credores.<sup>16</sup> Esta, afinal, é a questão relevante.

#### *4.3 A aparente duplicidade de voto às micro e pequenas empresas*

Recente modificação no texto da Lei 11.101/2005 (pela Lei Complementar nº 147, de 07.08.2014), a nosso aviso traz mais uma atribuição ao magistrado. A lei inova, em seu artigo 5º que altera dentre outros, os artigos 26, inciso IV e 41, inciso IV, e 45, § 2º, da lei original cria em benefício das microempresas e das empresas de pequeno porte outra categoria de credores (sem lhes retirar a característica que seus créditos, naturalmente, já carregam) algo de um tipo especial. Andou mal o legislador. Agora, além da distribuição dos créditos entre as conhecidas classes: trabalhistas, garantidos e quirografários (os tributários recebem outro tipo de tratamento) votarão em separado, os credores que sejam ou microempresários ou empresários de pequeno porte. A classificação dos créditos se dava, até então, a partir do tipo de crédito e com a alteração, sem revogar qualquer dispositivo que organiza as categorias de créditos, criou-se esta outra categoria, não mais em função da qualidade do crédito, mas em função da qualidade do credor. Logo, os credores que sejam ou microempresários ou empresas de pequeno porte detêm, para o efeito, duas identidades: uma em relação à qualidade do crédito e outra em relação à sua qualidade de pessoa. E essas duas situações se superpõem. A título de exemplo,

---

<sup>16</sup> MANDEL, Júlio Kahan, em *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, Saraiva, 2005, p. 127.

o microempresário, detentor de hipoteca, reúne condições para figurar nas duas situações: a de credor garantido e a de um credor microempresário. Caberá ao magistrado, propomos, no primeiro despacho a cuidar da realização da assembleia determinar que os credores que sejam ou microempresários ou empresas de pequeno porte deverão declarar, antes, qual das qualidades de voto exercerá em assembleia. Sem este conhecimento prévio não se terá como aferir o quórum de deliberação em assembleia. É tarefa para a autoridade judiciária evitar, previamente, esse imbróglío que a lei criou, não cabendo às partes fazê-lo, sob pena de restar comprometida a inteireza da deliberação da assembleia de credores.

#### *4.4 A função do administrador judicial (auxiliar do juiz)*

Diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, o administrador judicial na ação de recuperação judicial em exame não administra a “empresa” em recuperação (artigo 22), porque a lei não arreda de suas funções os órgãos sociais do devedor. Mal comparando, a figura do administrador judicial na moderna ação de recuperação corresponde à figura do comissário da concordata na lei antiga (comissário com indumentária nova). Na ação de recuperação judicial o administrador judicial não é credor. Não vota. Não corre risco algum. A rigor nem é administrador de bens de terceiros já que o seu foco há de ser a boa condução do “Plano de Recuperação” ainda que para isso tenha que acompanhar o desenvolvimento das atividades da empresa, conferindo-lhe a viabilidade e a seriedade de seu “Plano”.

Quando se afirma que um dos problemas da ação de recuperação está exatamente no preço que por ela se paga (ação de recuperação é uma ação cara), em boa medida se está a reclamar dos custos representados pela figura do administrador judicial, cujo ministério legal está em conduzir o plano, estabelecendo duas interfaces da maior importância: uma em relação aos credores da recuperação e outra em relação ao juiz que preside o processo. Não terá sido feliz a lei brasileira quando tratou da remuneração do administrador, fazendo-o em relação a percentuais sobre o monte devedor (artigo 24, § 1º). A boa doutrina está a considerar que na fixação dessa remuneração, o magistrado levará em consideração a complexidade da hipótese, mas com bom senso. Será preciso levar em consideração a capacidade de pagamento do

devedor e as horas de trabalho que a empreitada consumirá, de outra forma será a recuperação que estará sendo inviabilizada.<sup>17</sup>

#### 4.5 O parcelamento dos débitos tributários federais

O Estado, credor de suas exações fiscais, não se submete a plano de recuperação algum, dada a impossibilidade de se transigir com o crédito público. Neste ponto, em face de suas peculiaridades, a situação brasileira reclama atenção toda especial. Não recolher impostos é sintoma de crise. No Brasil, segundo Ives Gandra da Silva Martins, a carga tributária resvala os 40% do Produto Interno Bruto.<sup>18</sup> Nenhuma recuperação judicial obterá êxito sem que se resolva a questão de seu passivo tributário. O instituto da indisponibilidade dos créditos fiscais (art. 37 da Constituição da República) precisa ser analisado em concreto. A lei de execuções fiscais (nº 6.830/80) é, no Brasil, responsável pela letargia do Estado credor que sequer comparece nos processos de recuperação e de falência.

A propósito da lei de recuperação, promoveu-se alteração expressa no Código Tributário Nacional – CTN, com a Lei Complementar nº 118/2005 (artigo 155-A), conferindo aos empresários submetidos à recuperação judicial o direito a parcelamentos especiais de seus tributos, na forma em que a lei haveria de dispor. Ao mesmo tempo e praticando absoluta incoerência legal, o texto expresso da lei de recuperações faz (art. 191-A) exigência da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, para efeito da homologação judicial de seu “Plano de recuperação judicial” (art. 68). O dispositivo legal expresso, ao tratar dos parcelamentos das dívidas tributárias, faz uso da alocação “poderá” (o Estado poderá fornecer parcelamentos especiais) em absoluta falta de sintonia dessa lei (também) com aquele comando da disposição modificada do Código Tributário Nacional. Esse “poderá” só pode ter o sentido mandatório [“deverá”]. A obtenção de parcelamento das

---

<sup>17</sup> Cuidam desse tema, os juristas de São Paulo Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, em *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, Saraiva, 2ª edição, 2007, p. 68; Manoel Justino Bezerra Filho, em *Nova Lei de Recuperação e Falências*, Editora RT, 2005, p. 99; Julio Kaham Mandel, em *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, Saraiva, 2005, p. 61.

<sup>18</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva, “Comentários à Lei Complementar nº 118/2005”, coordenação de Rubens Approbato Machado, em *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas – Doutrina e Prática*. Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 321 e 322.

obrigações tributárias é direito do devedor e, portanto, a autoridade encarregada de apreciar o pedido, uma vez preenchidos os requisitos objetivos para tanto, “deverá” conceder o parcelamento. A lei não reserva à autoridade o direito à decisão subjetiva de não conceder o benefício. A questão é de fundo constitucional, em nome do princípio da isonomia.

Fato é que o legislador brasileiro, finalmente, sanou aquela omissão legislativa, editando a Lei nº 13.043, de 13.11.2014, em cujo texto, alterando legislação anterior (Lei nº 10.522, de 19.07.2002), em seu artigo 43, confere ao empresário na ação de recuperação judicial, o direito de pleitear o parcelamento de seus débitos com a Fazenda Nacional, acenando-lhe com a concessão do prazo de 84 (oitenta e quatro) meses, fazendo-o de modo escalonado, de maneira que a parte mais substancial da dívida parcelada seja quitada na última das prestações. A lei tem sido objeto de acirradas críticas e com razão.

Se é certo que, com a edição dessa lei, restou afastado o argumento da omissão do legislador, longe ainda se está de admitir que a solução legal terá sido razoável. Em primeiro lugar porque é da tradição brasileira a concessão de prazos mais generosos para os devedores junto ao fisco. Os vários modelos de parcelamentos (padrão REFIS) são exemplos claros desta afirmativa. Padece de justificativa razoável a escolha, por mera ficção, do número de meses (84) fixado pelo legislador.

Em segundo lugar porque a lei (§ 1º do artigo 43) determina a aplicação do parcelamento à totalidade dos débitos, compreendendo os débitos constituídos ou não, inscritos ou não na dívida ativa da União. A determinação legal não parece correta. Cabe, afinal, ao contribuinte dizer o que é que pretende parcelar. Cabe ao devedor, e só a ele, decidir sobre as matérias e os temas tributários em relação aos quais possa pretender outra solução, tais como, promover outra forma de quitação; fazer pedido específico de compensação onde cabível e discutir judicialmente a parte da dívida em relação à qual entenda cabível alguma discussão razoável. O parágrafo seguinte da mesma norma insiste na exigência de se desistir, expressamente, do direito de impugnar ou de recorrer em relação aos recursos ou ações existentes à data da postulação do parcelamento. São disposições eivadas de manifesta inconstitucionalidade.

Ainda desse mesmo conjunto normativo (§ 4º do artigo 43) se tem a falência eventualmente decretada como causa de rescisão do parcelamento. Trata-se de imposição legal arcaica e na contramão de uma visão

mais moderna e mais saudável do instituto da falência. Afinal, perder o legislador oportunidade de inovar sobre o tema, admitindo, mesmo para as massas, o direito de continuar pagando parcelamento regularmente obtido. Faltou ao legislador, voraz e predador, um gesto de humanização das quebras. E se arremata (o texto legal), obrigando que o empresário se submeta a um único parcelamento. Trata-se de uma disposição legal em si contraditória porque está em desacordo com outras leis e regulamentos que tratam, exatamente, de parcelamentos, admitindo ao devedor, mais de um parcelamento e de forma mais vantajosa.

No plano geral, a lei não enfrentou outro aspecto fundamental para a segurança e para a efetividade da ação de recuperação judicial, no sentido de obrigar que o credor dos tributos (o Estado, nas várias instâncias e manifestações de Estado: União, Estados, Municípios, Autarquias) compareça no processo de recuperação para dizer, ele próprio (credor que é), do valor que entende ser-lhe devido.

Noutro escrito tivemos oportunidade de sugerir e de propor solução que melhor atenderia às necessidades do empresário devedor em crise. Seria a proposta de uma recuperação fiscal na recuperação judicial, compreendida em três pontos fundamentais:

I – A consolidação das dívidas tributárias do devedor, na data da impetração de sua ação de recuperação judicial, sobre cuja consolidação o Estado credor manifestaria, desde logo, o seu de acordo. É preciso tirar o Estado desse seu estado letárgico de não comparecimento na ação de recuperação. Afinal, tanto o devedor quanto os seus credores têm o direito de conhecer, de modo destacado, o exato valor do montante devido ao Estado, antes da elaboração de um plano de recuperação.

II – Com o plano a ser aprovado se submeteria, também, à assembleia de credores, e no mesmo prazo, a forma de parcelamento pretendida e condizente com as condições do plano no que se refira a prazo/número de parcelas do débito.

III – Com a aprovação do plano, com a sua homologação judicial se homologaria, também, o plano de recuperação fiscal, na forma em que proposta e aprovada pela assembleia de credores. Assim se traria para o mundo da realidade o sentido daquela “indisponibilidade” e daquele “interesse público” envolvidos.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> A fundamentação doutrinária dessa proposta está contida em trabalho deste expositor intitulado: “A ‘Recuperação Fiscal’ na Recuperação Judicial: Proposta

Por fim, ressalte-se que a lei reguladora dos parcelamentos para os devedores em regime de recuperação judicial cuida apenas e exclusivamente de parcelamento das obrigações no âmbito federal. No que toca às unidades da federação tem sido tímidas as iniciativas de parcelamento, o que é grave, tendo em vista o peso que representa na atividade empresarial brasileira, o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS. A lei federal não deu bom exemplo.

#### *4.6 Os votos (não votos) em assembleia de credores ausentes ou que se abstêm*

Na assembleia de credores a lei considera, em primeiro lugar, o quórum de instalação, a partir do qual se organizarão os grupos de credores. Em segundo lugar se tem o quórum de deliberação, equivale dizer, aquele da contagem de votos para se conhecer o resultado útil do conclave. Nesse passo, a doutrina e a jurisprudência precisam preencher a lacuna da lei no que diz respeito aos credores ausentes e em relação àqueles que, presentes, preferem a abstenção de voto na aprovação do plano.

Animando a discussão em relação ao tema, tenha-se presente que, do ponto de vista legal, a lei não obriga credor algum a comparecer à assembleia. Não parece, portanto, razoável, penalizar a figura do devedor e o seu “Plano” em face da ausência de devedores que, simplesmente, não querem comparecer ao conclave assemblear. Se razão não há para interpretar a leitura dos ausentes como comportamento de aprovação ao “Plano”, razão também não há para computar essa ausência como se fosse voto desaprovador do “Plano”. Seria razoável, para tais hipóteses, considerar os ausentes como aprovadores do projeto de recuperação, afinal, publicado e dependente dessa assembleia de credores para sua sagração ou não. De outro modo se estaria considerando o “credor de pijama” (aquele que ficou em casa) como se tivesse requerido a falência do devedor. Isto é que não seria razoável.

---

de uma ‘Recuperação Fiscal’ dentro da ação de Recuperação Judicial”, em obra coletiva *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*, sob a coordenação de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Francisco Satiro, publicação do IBR – Instituto Brasileiro de Estudos de Recuperação de Empresas, Quartier Latin, São Paulo, 2012, p. 175 a 192.

Noutra consideração, mas para sustentar aquela mesma conclusão, está em que os credores que, estando presentes, se abstêm (e apenas se abstêm) de aprovar o “Plano” não podem ser considerados como votos contrários à sua aprovação. É que, presentes à assembleia, se se tem a intenção de levar o devedor à falência, o voto deve ser declarado e neste sentido, deve ser fundamentado e claro.<sup>20</sup> É preciso, afinal, conhecer a *causa mortis* do moribundo, propiciando-lhe o que seria um *requien cum dignitate*. A abstenção contém, de certo modo, um comportamento estranho e às vezes, munido de certa covardia, já que o abstenente não torna clara a intenção velada de seu comportamento. É preciso recorrer ao léxico para deixar arredado de dúvida que reprovação do “Plano” é reprovação do “Plano” e abstenção não se confunde com reprovação. Não se pode, afinal, chamar de reprovação qualquer outra manifestação de vontade livre que reprovação não tenha sido. Cada palavra tem o seu sentido próprio e neste caso, não se confundem. Logo, as abstenções não servem para fundamentar desaprovação de “Plano” algum e, com menor razão ainda serviria de fundamento para a decretação de falência porque decreto de falência não pode ter por fundamento comportamentos de manifesta e pública tibieza.

É sabido que lei alguma pode ter por finalidade resolver todas as questões passíveis de verificação. O legislador não é adivinho. Tem sido comum a realização de assembleias com questões ainda em aberto, não resolvidas e relacionadas com os créditos postos no “Plano”. Embora de imprevisão legal, parece razoável e tem sido utilizado, nesses casos, e com razoável sucesso, a coleta de “votos condicionais”, ou em separado, deixando-se o seu cômputo ou a sua eficácia a cargo da decisão judicial que declarar o direito em torno do qual a assembleia não tenha poderes para decidir.

#### ***4.7 A situação dos coobrigados dos devedores em recuperação judicial***

A situação dos garantidores das obrigações do devedor que se submete à ação de recuperação judicial é questão ainda não resolvida e corresponde a um desafio para a doutrina e para a jurisprudência em construção. É seguro que a própria lei sustenta que a novação é o

---

<sup>20</sup> MANDEL, obra citada, 2005, p. 125 e 127.

resultado do “Plano” de recuperação aprovado, estabelecendo-se um novo tempo para aquele conjunto de obrigações abrigadas no “Plano” dentro de uma nova conformação. No entanto, a mesma lei não diz da exoneração da obrigação dos garantidores originais da dívida perante os credores que estão, assim e dessa forma, garantidos por coobrigação de terceiros.<sup>21</sup> Este debate necessita ser retomado porque cada plano tem as suas singularidades e as garantias outorgadas não são iguais.

A lei de recuperação, como já se demonstrou, está conferindo ao instituto da novação um sentido apenas parcial porque o credor da obrigação garantida tem em seu favor, a novação da lei enquanto lhe convier, e fica também à sua conveniência, reservado o direito de negá-la, para exigir dos garantidores, noutra condição, aquela mesma obrigação novada. Cumprindo o garantidor a obrigação garantida, em regra, terá direito de regresso contra o devedor original e este círculo vicioso não se encerra, grassando a insegurança jurídica, o que a ninguém interessa. Por outro lado, se está deixando de considerar, do ponto de vista conceitual, as obrigações que, por sua natureza, sejam obrigações autônomas, cujo melhor exemplo é a obrigação do aval (que não guarda relação com a obrigação garantida) dando-lhes o mesmo tratamento que se dá às obrigações que são necessariamente acessórias, cujo melhor exemplo é a fiança (que guarda relação direta com a obrigação garantida porque é dela um acessório). Sempre que estiver em pauta uma obrigação acessória, sentido não faz adotar outro entendimento, segundo o qual a novação não teria sido alcançada pelo “Plano” aprovado. Afinal, ao se aprovar o “Plano de recuperação” terá sido o credor aquele que aceitou as novas condições da obrigação a ser adimplida. Essa questão aponta ainda para uma singularidade que mais agrava a situação do garantidor porque não sendo credor da recuperação em causa, nela não possuindo direito de voto, não tem mesmo

<sup>21</sup> A segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgando caso condutor (dos chamados recursos repetitivos) Recurso Especial de nº 1333349/SP, para efeitos do artigo 543-C do CPC decidindo que “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções, nem tampouco induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos artigos 6º, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o artigo 59, *caput*, por força do que dispõe o artigo 49, parágrafo 1º, todos da Lei nº 11.101/05”.

o que fazer.<sup>22</sup> A doutrina e a jurisprudência, com maior acerto, ainda se debruçarão sobre este tema.

## 5. CONCLUSÕES

As conclusões que esta breve caminhada possa suscitar serão sempre menores se comparadas com o permanente e concreto desafio que cada um desses pontos abordados, dentre tantos outros, está a representar em sede de recuperação judicial da empresa.

Segundo pertinente reflexão de Orlando de Carvalho, o Direito Comercial é direito típico do capitalismo e, portanto, não pode deixar de exprimir as contradições que são próprias desse sistema. Nele se manifesta um “direito de classe” (cuja origem está naquele direito das guildas da Idade Média). É um “direito de privilégios” (criados para garantir o funcionamento de seus institutos), repleto de flutuações. É “singularizante”. Com esses atributos, a contradição mais à mostra está no trato de um sistema econômico onde se vive, ao mesmo tempo, rotina e aventura.<sup>23</sup>

Pode-se dizer que uma das finalidades (ainda que não declarada) do instituto da recuperação da empresa está na necessidade de manutenção dos contratos.<sup>24</sup> Arriscaria mesmo a dizer que esta deve ser a sua preocupação primordial porque é no contrato que está a essência do ato de comércio. Não fosse a existência do contrato e a sua constante evolução é possível que a humanidade ainda estivesse parada nalguma estação da Idade Média. Não pode o contrato, afinal, ser visto, apenas, na sua dimensão jurídica, na medida em que ele reflete uma realidade

---

<sup>22</sup> É o que pensa, dentre outros Francisco Satiro, em “Credor versus fiador na recuperação judicial”, publicado no *Valor Econômico*, Caderno legislação e Tributos, edição de sábado, domingo e segunda, 1, 2, e 3 de novembro de 2014, p. E2; e JUNQUEIRA, Caio Soares, em “A Evolução do Entendimento Jurisprudencial a respeito dos efeitos da novação sobre os coobrigados do devedor em recuperação judicial”, publicação de *José Anchieta da Silva Advocacia – 25 anos*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2015.

<sup>23</sup> CARVALHO, Orlando, *Direito das Empresas* (coordenação de Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 242 e 243.

<sup>24</sup> Na França, Saint-Alary-Hovin anota o esforço da lei e da jurisprudência no sentido de se manter, apesar da crise, os contratos firmados nas suas condições originais (HOVIN-SAINT-ALARY, Corinne, *Droit Entreprises en Difficulté*, Editora LGDJ Lextenso Éditions, Paris, 8ª edição, 2013, p. 360).

exterior. O contrato é a veste jurídica das operações econômicas, seu instrumento legal. A história do contrato e a sua função dentro do Direito Comercial demonstram a sua importância como instrumento de mediação social.<sup>25</sup>

Noutro giro, se depara com as frequentes lacunas da legislação comercial-falencial, produto mesmo da dinâmica da atividade empresarial e que, paradoxalmente, convivem com uma permanente alteração dos textos legais postos a seu serviço. O consolo, a este respeito, vem de preciosa e arguta observação de Menezes Leitão que encontrou no preâmbulo do Código de Falências de Portugal, no distante ano de 1899 a seguinte justificativa: “em matéria de falência não há previsões legislativas que bastem, nem reformas que muito durem”.<sup>26</sup> Em face dessas lacunas, o Direito de falências e de recuperação das empresas há de recorrer aos princípios jurídicos que lhes sejam aplicáveis, dentre os quais os princípios da preservação da empresa e da conservação dos contratos. Os princípios são a luz da norma.

No Brasil, de se reconhecer que ainda não foram assimilados ou suficientemente experimentados vários pontos que a lei de 2005 disponibiliza, dentre os quais se destacam o trespasse, o arrendamento, a cessão de unidades produtivas sem os encargos da sucessão de obrigações.

O Direito Comercial e nele inserido o Direito de falências e de recuperação de empresas é necessariamente um direito moderno, do tempo presente. É Direito que não tem medo do novo. Necessita ter respostas rápidas para todas as vicissitudes da atividade mercantil. Por tais razões é um direito em permanente ebulição. É vulcânico. É o Direito do enfrentamento dos fatos empresariais do dia a dia. Não se pode, todavia, esquecer que o direito da crise trata de empresas doentes, mas lida com pessoas.<sup>27</sup>

Dentre os vários ramos do Direito, em relação ao Direito Comercial, Mercantil ou dos Negócios (qualquer que seja o patronímico que

<sup>25</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato* (tradução de Ana Coimbra e Manuel Januário da Costa Gomes), Editora Almedina, Coimbra, 2009, p. 7, 11, 127 e 335.

<sup>26</sup> LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito da insolvência*, Editora Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2013, em prefácio.

<sup>27</sup> CORDEIRO, António Menezes, “Perspectivas evolutivas do Direito da Insolvência”, *Revista de Direito das Sociedades*, ano IV (2012) – número 3, Almedina, Lisboa, 2012.

se lhe dê), dele se pode afirmar que a busca de soluções (dentro do Direito) não pode ficar para o amanhã. O Direito Comercial não pode confiar no futuro, porque este rouba de todos nós, indistintamente, 24 horas, todos os dias. A afirmação de Arthur Miller vem a calhar, *para um caixeiro-viajante a vida não tem chão firme*.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> MILLER, Arthur, *A Morte de um Caixeiro-Viajante* (e outras quatro peças), traduzido por José Rubens Siqueira, Editora Companhia das Letras, São Paulo, 2009, p. 267.

# A (R)EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS E O PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA (A GARANTIA REAL CLÁSSICA E OS CONTRATOS DE GARANTIA FINANCEIRA)<sup>1</sup>

José Anchieta da Silva

**Resumo:** As garantias reais e a plêiade de garantias que daí são derivadas é tema necessariamente enfrentado no estudo da Ação de Recuperação Judicial da Empresa. A partir de legislação básica o assunto migrou para o Direito dos Contratos, em que os chamados Contratos de Garantia Financeira (como gênero) são os responsáveis pelos engenhosos meios modernos de se contratar, construindo-se um seguro e eficiente sistema de garantias. Todos os ordenamentos jurídicos analisados, a partir de uma praticamente regra geral, são determinantes na necessidade de se proteger as garantias dadas quando instalada a crise empresarial e isto faz dos credores garantidos atores qualificados na condução da recuperação judicial da empresa.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Obrigações, garantias e risco. 3. Os Direitos reais de garantia. 4. As garantias reais clássicas. 4.1. O contrato de hipoteca. 4.2. O contrato de penhor. 4.2.1. O penhor financeiro. 5. A Anticrese ou consignação de rendimentos. 6. Os contratos de garantia financeira. 6.1. Propriedade fiduciária e negócio fiduciário. 6.2. Os negócios fiduciários no Brasil. 6.3. A alienação fiduciária em garantia. 6.4. O arrendamento mercantil (*Leasing*).

---

<sup>1</sup> Texto publicado na *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. v. 6, out./dez. 2017.

6.5. A cessão de crédito em garantia. 7. Sobre as consideradas garantias atípicas. 8. As garantias reais e a recuperação judicial da empresa. 9. Em Conclusão, a excelência do contrato como instrumento. 10. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema das garantias em face do crédito concedido e os seus instrumentos ou mecanismos tem passado, ao longo do tempo, por uma constante metamorfose. É matéria de interesse recorrente nas relações mercantis, sobretudo quando se esteja a tratar do sempre instigante instituto da recuperação judicial da empresa, em que sua eficiência é necessariamente desafiada. Afinal, será no enfrentamento da crise do devedor, em concreto, que se terá a sua prova de resistência, quando contrapostos a situação do devedor-empresário inadimplente (ou mesmo insolvente) e a relação deste com o seu credor-garantido.<sup>2</sup> Neste cenário, a figura da garantia concedida vai para o proscênio e nem admite (embora pareça o contrário) queda de braço com os demais credores (os credores da planície), tolerando-se, no máximo, discutir, em vigoroso processo interno de aferição, a possibilidade de disputar a garantia com algum credor-concorrente desde que este apresente credenciais nominalmente de igual valor àquela que o credor garantido possuía.

Jogando um jato de luz nesse picadeiro, duas constatações prévias merecem ser realçadas porque serão orientadoras deste ligeiríssimo ensaio a respeito do tema. A primeira delas está na verificação de que os ordenamentos jurídicos analisados, na sua quase totalidade tem, como ponto em comum, a proteção das garantias dadas, solenizando a sua manutenção sempre que a crise de solvência do devedor se instale. Esta é quase uma regra geral. A segunda constatação reside na verificação de que não há, em sede de legislação, nesses mesmos e vários ordenamentos, abrigo único (um único instrumento legal) de proteção

---

<sup>2</sup> O instituto dos Direitos reais de garantia é instituto sólido. Sua efetividade é marcante em sede de Direito da Insolvência. A doutrina norte-americana considera a insolvência como o “teste ácido” (*acid test*) das garantias, ou melhor, dos *security interest*, compreendendo o que se acostumou chamar de reforço qualitativo das garantias (VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Editora Almedina, Coimbra, 2ª edição, 2013, p. 19 e 62).

das garantias outorgadas. As leis, para o efeito, o são em número reduzido, ocorrendo mesmo um processo de transferência da matéria, que tem migrado para um infindável número de instrumentos contratuais, os mais variados, típicos e atípicos, formando um universo novo que tem cuidado desse relevante tema, com inacreditável eficiência. São contratos que, sobre serem fontes de direito em si mesmos, bebem na fonte primária de um direito tradicional e, a partir de poucas normas legais básicas estruturantes, constroem trincheiras novas de “garantias” capazes de sustentar os mais variados acordos e negócios na vida das pessoas. A constatação é relevante, assiste-se a um fenômeno histórico mediante o qual o sistema de garantias, a partir de sedimentos ou balizamentos legais velhos, se recicla e se renova a todo o instante.

Tem sido algo de extraordinário essa evolução de formas e meios de se exercer, mediante estruturas contratuais inovadoras, o que se pode chamar de um seguro sistema de garantias. É a isto que se chama de revolução e de evolução das garantias em face da recuperação da empresa.

Estas duas constatações merecem aplausos. Não se pode, entretanto, descurar da responsabilidade que o Direito das Garantias, assim como o Direito da Crise Empresarial (*rectius*: da insolvência e da recuperação da empresa) coloca nas mãos desses atores da economia. Não haveria, reconheça-se, florescimento das relações mercantis sem a permanente reinvenção que se dá no interior do instituto jurídico dos contratos. Sem essa evolução, a humanidade, provavelmente, ainda estaria perdida n’alguma estação da Idade Média.

## 2. OBRIGAÇÕES, GARANTIAS E RISCO

No direito moderno, as obrigações e as garantias de obrigações e riscos caminham juntas. O risco surge numa relação causal com o curso dos fatores tempo e incerteza. Os pilares históricos de onde descendem as garantias, principalmente as garantias gerais são a *bonorum venditio* romana, a falência medieval, a ideia oitocentista de património e a construção novecentista do vínculo obrigacional.<sup>3</sup> O risco nas obrigações pode ser controlado, minimizado ou suprimido por intermédio

<sup>3</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil X Direito das Obrigações – Garantias*, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 30 e 50.

de suas garantias. Por sua vez, as garantias aparecem como esquemas destinados a lidar com o risco, visando assegurar o cumprimento das obrigações. A garantia, fenômeno visto com menor frequência no Direito civil tradicional, é de presença marcante, quase que obrigatória, nas obrigações de caráter mercantil. As garantias, afinal, se agrupam em figuras variadas, tendo por escopo reforçar a expectativa do credor em relação ao devedor, na busca do cumprimento de determinada obrigação.

A garantia natural do crédito (e, portanto, dos credores), está no patrimônio do devedor.<sup>4</sup> Será, pois, aos credores a quem cabe decidir quanto à sua melhor efetivação. É dessa premissa que nasce a ideia ou a necessidade de melhor se satisfazer o interesse público preservando o bom funcionamento do mercado. Será, pois, e em última análise, dos credores, a decisão de se recuperar uma empresa em crise. De um modo em geral, são os mecanismos do mercado que se impõem, recomendando caminhos e soluções mais próprias, que propiciarão melhores resultados. Há uma tendência no sentido de se evitar intervenções judiciais que são necessariamente autoritárias. Segundo uma lógica de mercado os credores acabam sendo os proprietários econômicos da empresa.<sup>5</sup>

As garantias, como gênero, estão longe de se constituírem num elenco fechado, com limites e contornos definidos. Estão em contínuo desenvolvimento. Serve às necessidades econômicas e financeiras e são constantemente reinventadas, explorando-se os limites de cada figura típica já existente. As garantias visam o reforço da tutela do crédito, na esfera do direito dos contratos e tem estrutura obrigacional.

---

<sup>4</sup> O verbete “garantia”, explica Michele Fragalli, deriva da antiga expressão germânica *waren* ou *waeren* para indicar a obrigação de garantia prestada pelo vendedor (*Warens*) na compra e venda. Daí é que nasceram as expressões do medievo italiano *garantire* e *guarentiga*; e outras tais como *garantizar*, *gewahren*, *warrant*. A utilização do termo para designar as garantias das obrigações é, todavia, mais recente, e se deve à pandectística alemã do século XIX. Numa perspectiva mais atual, garantia em sentido amplo consiste num reforço (posição de privilégio) de diversas formas, de um credor em relação a outros credores. As garantias são de duas modalidades: no reforço quantitativo e no reforço qualitativo do crédito (PESTANA DE VASCONCELOS, obra citada, 2013, 2ª edição, p. 48-49). No francês medieval se tinha a *Chanson de Roland*, do normando se tem *garantie*, terminologia adotada no anglo-saxão como *garanty* e o *warrant* (MENEZES CORDEIRO, 2015, p. 35).

<sup>5</sup> FERNANDES, Luis A. Carvalho e LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2009. p. 21-22.

Casos existem em que o que sobressai não é a estrutura, mas a sua função que atrai as garantias para o campo das obrigações.

### 3. OS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

Os Direitos reais de garantia visam assegurar a satisfação de determinado direito de crédito, colocando o seu titular em posição preferencial em relação aos demais credores desprovidos de garantia e<sup>6</sup> dizem respeito à vinculação de determinado bem ao cumprimento de determinada obrigação, com preferência sobre os demais credores.<sup>7</sup>

Sendo os Direitos reais de garantia acessórios de um crédito, compreendem a vinculação de determinado bem até o limite de seu valor, para assegurar o pagamento de uma obrigação determinada e, portanto, é compreensível que o credor garantido, nos limites da garantia dada, se considere a salvo dos efeitos da insolvência do seu devedor. Esse credor, porque garantido, tem preferência sobre o preço que se apurar com a venda judicial da coisa gravada.

As características gerais dos Direitos reais se fazem presentes nos direitos reais de garantia, dentre as quais se destacam: a eficácia absoluta, a tipicidade, a publicidade, a especialização, a exclusividade, o direito de seqüela e a preferência ou prevalência em relação aos demais direitos de créditos.<sup>8</sup> A essas características se acrescem a acessoriedade, a legitimação, o vínculo da garantia, a indivisibilidade da obrigação garantida e a possibilidade, diante de avenças próprias e não abusivas, do seu vencimento antecipado.<sup>9</sup> Estão a serviço dos direitos reais de garantia o princípio da totalidade da coisa (recairá sobre uma coisa na sua totalidade); o princípio da elasticidade (o direito sobre uma coisa tende

<sup>6</sup> JUSTO, A. Santos, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 4ª edição, Coimbra, 2012, p. 46; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Reais*, Coimbra Editora, 5ª edição, reimpressão, Coimbra, 2000, p. 175-177.

<sup>7</sup> “A expressão garantia é tomada, no direito, em vários sentidos (...) Direitos reais de garantia são os que, recaindo sobre determinada coisa corpórea, a vinculam ao cumprimento de uma obrigação” (BEVILAQUA, Clovis, *Direito das Coisas* [atualizado por Achilles Bevilaqua], Livraria Freitas Bastos, 2º volume, Rio de Janeiro, 1951, p. 9-11).

<sup>8</sup> ARAUJO, Lima, *Direitos Reais*, sem editora, Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1977, p. 416.

<sup>9</sup> CHALHUB, Melhim Namem, *Direitos Reais*, Editora Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2ª edição, São Paulo, 2014, p. 218.

a abranger o máximo de sua utilidade); o princípio da transmissibilidade (transmissíveis que são *inter vivos* bem assim como *mortis causa*).<sup>10</sup>

## 4. AS GARANTIAS REAIS CLÁSSICAS

São reconhecidamente consagrados como Direitos reais de garantia clássicos: a hipoteca, o penhor, a anticrese.<sup>11</sup> Quando se fala em Direitos reais de garantia clássicos se está a recorrer àqueles que nasceram primeiro, que deram estrutura ao instituto e que são assim consagrados em todos os ordenamentos jurídicos. Tenha-se presente que as garantias reais, mesmo as consideradas clássicas, se apresentam com mais de uma face.<sup>12</sup>

### 4.1 O contrato de hipoteca

O contrato de hipoteca tem sua origem naquela figura do Direito romano *conventio pignoris* que, por sua vez, tem origem na figura do Direito grego designada por *hypothéké*. A hipoteca que incidia, inicialmente sobre coisas móveis e imóveis<sup>13</sup>, se constitui desde sempre a mais sólida garantia das obrigações. É de extraordinária importância em termos econômicos, permitindo aos titulares de bens imóveis acesso mais rápido e mais barato ao crédito. A hipoteca é garantia que tem sua habitação no Direito Civil. São três os tipos de hipoteca: a hipoteca legal, a judicial e a convencional. No primeiro e no segundo casos, respectivamente, a lei ou a ordem judicial a determina e a convencional

---

<sup>10</sup> SANTOS JUSTO, obra citada, 2012, p. 27-44.

<sup>11</sup> BEVILAQUA, 1951, obra citada, p. 11; GOMES, Manuel Januário da Costa, “Sobre Viagens Organizadas e ‘Férias Estragadas’”, Breves Notas, em *As Causas dos Direitos dos Consumidores*, organizado por Mário Frota, Almedina, Coimbra, 2012, p. 350.

<sup>12</sup> “Os direitos reais de garantia são o penhor; a hipoteca; os privilégios creditórios especiais – que são, como já referimos, todos os privilégios imobiliários e certos mobiliários excluindo-se os privilégios mobiliários gerais que não constituem, como então, também dissemos, direitos reais – o direito de retenção e a consignação de rendimentos, esta última designada no nosso direito e também em alguns sistemas jurídicos estrangeiros de países de língua latina, por anticrese” (MOREIRA, Álvaro e FRAGA, Carlos, *Direitos Reais* [segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-71], Livraria Almedina, Coimbra, 1975, p. 135).

<sup>13</sup> LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2012, 4ª edição, p. 182.

é ditada por declaração de vontade.<sup>14</sup> O direito compreendido na hipoteca consiste num Direito real de garantia, conferindo-se ao credor o direito de ser pago nos limites do valor do bem hipotecado, com toda preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial com prioridade de registro.<sup>15</sup>

Na insolvência, ao devedor da obrigação garantida por hipoteca se confere o direito de remissão, cumprindo-se a obrigação e salvando-se o bem hipotecado em benefício da massa, não podendo, no caso, o credor se recusar em receber o valor correspondente àquela obrigação garantida. Na insolvência, o credor protegido pela hipoteca não concorrerá com os demais credores (será a concretude do princípio da preferência).<sup>16</sup> A hipoteca se extingue com a extinção da obrigação garantida, ou ainda, em face de prescrição, pelo perecimento da coisa hipotecada, pela renúncia do credor.

#### 4.2 O contrato de penhor

A palavra penhor é utilizada em três sentidos distintos: direito de penhor, a coisa empenhada e no sentido do próprio, o contrato de penhor. O penhor, assim como a hipoteca, pode ser constituído por quem tenha legitimidade para alienar os bens. O penhor se traduz na afetação jurídica de coisa corpórea móvel, visando a satisfação de determinado direito de crédito. Decorre daquela *fidúcia cum creditore* do Direito romano. A obrigação garantida pelo penhor pode ser futura ou condicional.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> CHALHUB, obra citada, 2014, p. 231-322; MENEZES LEITÃO, obra citada, 2012, p. 182-184; COSTA GOMES, obra citada, 2012, p. 385; BEVILAQUA, obra citada, 1951, p. 152.

<sup>15</sup> SANTOS JUSTO, obra citada, 2012, p. 474; PESTANA DE VASCONCELOS, obra citada, 2013, p. 195.

<sup>16</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, “As repercussões da declaração de falência sobre a situação dos credores hipotecários”, *Separata de Estudos de Direito Comercial I*, Almedina, Lisboa, 1989, p. 67; CHALHUB, obra citada, 2014, p. 238; COSTA GOMES, obra citada, 2012, p. 382.

<sup>17</sup> SANTOS, Eduardo dos, *Curso de Direitos Reais*, Direitos reais de garantia e de aquisição, vol. II, Livraria Arco Iris, Lisboa, 1986, p. 159; MENEZES LEITÃO, obra citada, 2015, p. 403; MENEZES LEITÃO, obra citada, 2012, p. 177; PIRES, Miguel Lucas, *Dos Privilégios Creditórios – Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 146; CHALHUB, obra citada, 2014, p. 221.

A noção de penhor corresponde à garantia real que confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito e dos juros, se houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca pertencentes ao devedor ou a terceiro garantidor<sup>18</sup>. Quanto à sua natureza jurídica há quem o considere como figura processual. Outros nele reconhecem um direito de crédito ou um direito misto ou um direito real complexo.<sup>19</sup>

Como todo Direito real de garantia, o penhor é indivisível e, como a hipoteca, acessório, permanecendo íntegro o gravame enquanto subsistir saldo da obrigação garantida pendente de cumprimento. O pagamento parcial da obrigação será, portanto, insuficiente para a liberação proporcional do valor do penhor que corresponde a uma relação jurídica secundária, ligada a uma primeira que é a relação jurídica principal. Cumprida a relação original, desaparecerá a segunda.

A extinção do penhor, em regra, se dá pelas mesmas causas por que cessaria o direito de hipoteca, ou seja, pela extinção da obrigação garantida, pela prescrição na forma da lei, pelo perecimento da coisa, pela renúncia do credor.

Dentre os direitos reais de garantia considerados clássicos, o penhor terá sido o que mais se abriu, numa multiplicação de subtipos. Isto ocorreu ainda na fase das consideradas garantias tradicionais, abrindo-se vários caminhos. Os tipos de penhor que se tornaram mais comuns são o penhor rural, o industrial e o mercantil. São ainda subtipos específicos desse instituto, o penhor de empresa, de estabelecimento, de valores mobiliários, de créditos bancários e nessa indicação o tema não se esgota. A partir dessa constatação e sem maiores preocupações com os pruridos de uma visão purista do instituto se passa a fazer uso do termo no plural (penhores) chamando a atenção para o que considera esta elaboração, “penhores adjetivados”. Terá, a partir daí se iniciado (ou sedimentado) aquela revolução mediante a qual as formas de garantias se multiplicaram.

#### 4.2.1 O penhor financeiro

A disciplina do penhor financeiro compreende algumas particularidades em relação ao regime geral do penhor. O direito de disposição do

---

<sup>18</sup> SANTOS JUSTO, obra citada, 2012, p. 467; BEVILAQUA, obra citada, 1951, p. 50 e 63-66; PESTANA DE VASCONCELOS, obra citada, 2013, p. 244.

<sup>19</sup> SANTOS JUSTO, obra citada, 2012, p. 412, 472-473; MENEZES LEITÃO, obra citada, 2012, p. 175.

objeto da garantia significa, afinal, que as partes podem convencionar a atribuição ao credor pignoratício (o beneficiário da garantia) do direito de dispor do objeto, isto é, pode alienar a coisa nos termos negocialmente previstos, como se fosse seu proprietário. As partes podem convencionar o vencimento antecipado da obrigação de restituição do credor pignoratício e o cumprimento da mesma obrigação por compensação com créditos da outra parte na avença contratual, se ocorrer um fato (previsto) que desencadeie a execução (*rectius*: que seja determinante para a sua exigibilidade) como, por exemplo, no caso de não cumprimento do contrato ou de outro fato ao qual se atribua tal efeito. Ocorrendo uma *close-out netting*<sup>20</sup>, isto é, um evento de *default* (prática muito adotada nos mercados financeiros) fica permitido ao credor, beneficiário do penhor financeiro, desencadear a execução do penhor, admitindo-se o vencimento antecipado da obrigação garantida e, em decorrência, a exigibilidade do pagamento que se dará com a execução do penhor.

No penhor financeiro o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seu o objeto da garantia, mediante venda ou apropriação, quer compensando o seu valor, quer aplicando-o para liquidação das obrigações financeiras garantidas. Aqui se teria a tolerância do chamado “pacto marciano”, em lugar daquele “pacto comissório”. Permitido o “pacto marciano”, pode o credor pignoratício fazer seu o objeto da garantia, mediante venda ou apropriação da coisa, inclusive com a compensação de seu valor ou da aplicação para liquidação da obrigação financeira garantida.<sup>21</sup>

Também o tipo de penhor financeiro comporta, dentro de si, outros subtipos, dentre os quais, o penhor de títulos de crédito e o penhor rotativo, não sendo, pois, incomum, outras modalidades ainda dele derivadas que, sem se alterar na sua estrutura básica, portam nuances especiais. Para não se prender em particularismos, neste texto serão analisados o penhor de Direitos ou de títulos de crédito ou de caução de títulos e o penhor rotativo. É o suficiente para se ter a ideia de sua importância quando da instalação da crise do devedor. Em relação ao primeiro há controvérsia doutrinária a perguntar se se trataria de um

<sup>20</sup> O denominado *close-out netting* é, na verdade, uma forma de fazer cessar as relações entre as partes e se caracteriza pela verificação de um *event of default* pela aceleração, conversão das obrigações das partes, cujo objeto não seja uma prestação pecuniária e a compensação.

<sup>21</sup> MENEZES LEITÃO, obra citada, 2012, p. 255-257.

penhor de coisa ou de um legítimo penhor de créditos. Essa discussão se renova quando se trata de penhor sobre conta bancária, reconhecendo alguns que se teria, na hipótese, um penhor irregular, a incidir sobre o saldo da conta e não sobre dinheiro depositado. Para outros se estaria diante de penhor de créditos, cujo objetivo estará no crédito do depositante. No Brasil, Edson Fachin, atualizando a obra de Orlando Gomes lançou luz sobre a questão ao dizer que a doutrina segundo a qual há direitos sobre direitos recebeu, no penhor de direitos, materializado na caução de títulos de crédito, uma de suas aplicações mais fecundas. Nele se recolhe uma extensão do penhor a tais bens emprestando à sua função econômica específica, notável importância. Com o seu uso, penhor comum deixará de ser um instrumento usual de garantia, tornando mais escasso o modelo tradicional de penhor. Especializou-se o penhor em formas outras que lhe restituíram utilidade como um estimulante do crédito, modificando-se na sua estrutura clássica. A mais interessante dessas modalidades especiais acaba sendo, sem dúvida, o penhor de direitos. Esse penhor pode recair sobre um crédito ordinário (penhor *stricto sensu*) ou sobre um crédito incorporado num título de crédito passando a receber apelido novo, como caução de títulos de crédito. Essa separação é feita por doutrinadores mais cuidadosos, ou mais preciosistas já que os seus efeitos serão os mesmos.<sup>22</sup>

O penhor rotativo ocorrerá quando, mediante acordo entre o credor pignoratício e o autor do penhor, se estabelece um pacto de rotatividade mediante o qual se admite a substituição dos bens objeto da garantia sem que esta seja interrompida. A garantia se mantém, alterando-se, todavia, em face da sua rotatividade, o objeto do (mesmo) penhor por outro de valor equivalente, sem que tal seja considerado um novo penhor. Esta forma de penhor merece atenção especial já que, modernamente, tem aumentado a intensidade da prática das vendas a prazo e delas resultando as carteiras de “recebíveis”, para as quais esse penhor rotativo aparece como alavanca viabilizadora de negócios.

Oportuno trazer a texto a observação de que esse tipo de garantia vem ocupando, no tráfego da contratação mercantil, num grande varejo, o lugar daquelas garantias clássicas, exatamente em face da maior facilidade de seu manuseio. A liberação de recursos para o devedor é mais fácil e o giro rotativo das garantias (os “recebíveis”) se dá com a facilidade de se substituir ou renovar o objeto da garantia. Sua praticidade é

---

<sup>22</sup> COSTA GOMES, obra citada, 2012, p. 371.

assombrosa. A hipoteca, por exemplo, nascida para cuidar das garantias de bens imóveis ou equiparados é lenta, é morosa, é litúrgica, não correspondendo à agilidade que o mercado empresarial moderno reclama. Também o penhor comum é de certa forma, mais lento do que este seu desdobramento que é o penhor rotativo. Com frequência se verá a utilização de duas garantias combinadas, tendo à frente e em primeiro lugar, a utilização do penhor rotativo e em segundo lugar e fazendo-lhe a guarda ou dando-lhe cobertura para eventual insuficiência, uma garantia hipotecária, por exemplo. Para a compreensão dessa prática, é preciso recordar que não há impedimento legal de que uma mesma operação esteja acobertada por garantias diferentes. Este tem sido o conjunto de garantias da preferência das instituições de crédito em geral.

A eleição desse tipo de garantia para assegurar fontes de financiamento se justifica tendo em vista a sua agilidade, sua fluidez, sua praticidade e a dinâmica enfim da operação que o penhor rotativo permite. Este tipo de garantia é, também, matriz para outros procedimentos mais elaborados e responde hoje, em boa medida, pelo sucesso do chamado giro de caixa das sociedades empresárias.

É comum na contratação de penhor rotativo se estabelecer como regra de rescisão e de exigibilidade da obrigação garantida, o vencimento antecipado da obrigação, na hipótese de vir a ocorrer a insolvência do devedor. Equivale dizer, ao simples fato da declaração de insolvência do devedor, ou da impetração da ação de recuperação judicial, se tornaria exigível toda a obrigação garantida. Necessário será analisar (sempre em função de caso concreto) quando é que isto será possível, admitindo-se a tal cláusula em benefício do credor, e quando é que tal comportamento será admitido como abuso de direito. Esta análise há de ser feita sem que se conspire contra o instituto das garantias que tem por finalidade – não há outra – proteger, naquela relação contratual, a figura do credor, o que é legítimo. É preciso, no entanto, analisar se no caso concreto não estaria em causa o uso abusivo da disposição contratual de vencimento antecipado. É preciso analisar as circunstâncias para se conhecer se esta realização da garantia não sufocaria e não comprometeria toda a empresa com prejuízo geral e em benefício, apenas, de um capricho do credor beneficiário desse penhor. Nesse enfrentamento, a aplicação fria de normas legais gerais não se tem revelado o melhor caminho e será tarefa dos tribunais superar as divergências interpretando os normativos legais e contratuais com temperamento próprio que cada situação esteja a exigir.

Nessa linha de pensamento restou consagrada a necessidade de se afastar, por imperativos éticos inclusive, as disposições contratuais que propiciem o exercício abusivo de um direito. As cláusulas especiais de um contrato devem ser invocadas com certa parcimônia. A matéria desperta para uma discussão que não é nova, a utilidade da teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*), de origem francesa e a teoria da onerosidade excessiva, de origem italiana e ainda a teoria da base do negócio jurídico, esta, de matriz alemã. Os tribunais brasileiros, no enfrentamento do tema, recorrente, tem realizado uma espécie de mixagem entre a *théorie de l'imprevision* francesa e a teoria da *excesiva onerosità* italiana, ambas com mais benevolente atenção sobre os interesses do devedor e de seus demais credores que não aquele que esteja em exercício abusivo de seus direitos.<sup>23</sup> Esta é a ribalta onde se exhibe, em exuberante performance, boa parte dos princípios orientadores do Direito da crise empresarial.

## 5. A ANTICRESE OU CONSIGNAÇÃO DE RENDIMENTOS

A anticrese ou consignação de rendimentos é instrumento de garantia real mediante o qual o devedor investe o credor na posse de imóvel e no direito de perceber os seus frutos e rendimentos, para imputá-los no pagamento de determinada dívida e/ou de seus acessórios. Pode dar-se, também, em relação a bens móveis.

Eruditas investigações apontam para uma anticrese já existente na legislação do Egito antigo. Os romanos a teriam herdado da Grécia, então denominada de anticrese com o significado de contrafruição porque permitia ao credor perceber os frutos da coisa que o devedor lhe entregava em compensação dos juros. O direito canônico reprovava a anticrese, vendo nela um negócio usurário<sup>24</sup>. No século XVIII passou a ser prestigiada como forma de se evitar as vendas judiciais quase sempre ruinosas.

Com a anticrese se tem a oneração não dos bens, mas dos rendimentos dos bens, pressupondo a legitimidade para dispor desses rendimentos. A consignação pode ter por objeto obrigações principais ou acessórias condicionais ou futuras. Pode compreender juros ou apenas o cumprimento da obrigação pura ou só o pagamento dos juros. A

---

<sup>23</sup> RODRIGUES JUNIOR, Octavio Luiz, “A revisão judicial dos contratos na jurisprudência atual”, *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXXVI, outubro e 2016, nº 131, p. 162 e 168.

<sup>24</sup> BEVILAQUA, obra citada, 1951, p. 102.

consignação voluntária é aquela que constituída pelo devedor ou por terceiro, quer mediante negócios entre vivos quer por meio de testamento. O ato constitutivo da consignação pode dar-se por prazo certo assinalado no instrumento ou pode vigorar até que satisfeito o pagamento da dívida garantida.

Diferentemente do penhor e da hipoteca, que se permitem ao credor se pagar pelo valor dos bens objeto da garantia, na consignação de rendimentos só se permite ao credor pagar-se mediante o proveito dos rendimentos da coisa ou pelo uso dela. Pressupõe-se, portanto, para sua constituição, a disposição sobre esses rendimentos, assim como do próprio bem. A consignação pode ser voluntária ou judicial, sendo a primeira por escritura pública ou documento particular autenticado, ou ainda, por testamento. Por simples escrito particular se compreender apenas bens móveis, em qualquer caso sujeito a registro, a não ser naqueles casos em que compreendam títulos de crédito nominativos, situação em que será bastante a simples menção aos referidos títulos e o seu averbamento. A natureza jurídica da consignação de rendimentos é controvertida, sendo dominante o entendimento que a inclui dentre as garantias reais das obrigações, por força da qual o credor se paga pelos rendimentos auferidos. Na vigência da consignação pode o devedor, a todo o momento, pagar a dívida fazendo extinguir a consignação. Cessa a consignação de rendimentos, todavia, com a venda judicial do bem no seio de uma execução singular.<sup>25</sup> A consignação de rendimentos não se extingue com a penhora ou apreensão dos bens, mas apenas com a sua venda.

## 6. OS CONTRATOS DE GARANTIA FINANCEIRA

Embora no Brasil a expressão “contratos de garantia financeira” não tenha sido ainda consagrada, é sob o seu abrigo que se tem gama infindável de relações contratuais que, a partir daquelas garantias reais clássicas, reescreve e revoluciona o instituto das garantias.

É fato que os contratos de garantia financeira não encontram na doutrina um conceito delimitador. Sem uma definição legal, de tais contratos se reconhece os traços essenciais do seu conteúdo. A partir de seus atributos se chega à sua noção jurídica compreendendo-o como um instrumento de garantia real, sob a forma de um dos tipos de penhor ou de fidúcia, realizado entre uma instituição autorizada e uma outra pessoa,

<sup>25</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, obra citada, 2013, p. 408 e 414; COSTA GOMES, obra citada, 2009, p. 23.

que será a tomadora do crédito, com a finalidade de assegurar as obrigações pecuniárias decorrentes do negócio realizado entre as partes, estabelecendo-se, para o efeito, um regime financeiro especial.<sup>26</sup> De se reconhecer que os contratos de garantia financeira entram portas adentro, naquele rol das garantias que, não sendo garantias pessoais, se incluem dentre as reais (*lato sensu*). Os contratos de garantia financeira são contratos de garantias especiais das obrigações celebrados entre sujeitos financeiros visando o reforço preferencial do direito do credor em face do cumprimento de obrigações financeiras do devedor. O Direito alemão reconhece, nesse tipo de contrato, aquelas garantias financeiras que assumindo a modalidade da constituição de um direito real de garantia ou de uma transmissão da titularidade sobre determinados objetos, como numerário ou valores mobiliários, sejam incluídos entre dois sujeitos que pertençam às categorias assim constituídas em Diretiva da Comunidade Europeia.<sup>27</sup> O Direito italiano define o contrato de garantia financeira como o contrato de penhor, de cessão de créditos ou de transferência da titularidade de atividades financeiras com escopo de garantia, incluindo o contrato de recompra, e qualquer outro contrato de garantia real que tenha por objeto numerário ou um instrumento financeiro, a fim de assegurar o cumprimento de obrigações pecuniárias, exigindo-se que as partes contratantes estejam incluídas naquela rol das consideradas instituições financeiras, assim elencadas em lei.<sup>28</sup> Os contratos financeiros fazem uso daquilo que se convencionou como propriedade fiduciária,

---

<sup>26</sup> GRAÇA, Diogo Macedo, *Os Contratos de Garantia Financeira*, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 17.

<sup>27</sup> Art. 1º nº 2, alínea “a” a “e” da Diretiva 2002/47/CE (Comunidade Europeia).

<sup>28</sup> GRAÇA, obra citada, 2010, p. 18-19.

A doutrina se recomenda na percepção de Roy Goode para quem: (i) todos os contratos que visem a atribuição de garantia devem ser considerados como contratos de garantia (*secured transactions*) independentemente de sua forma jurídica; (ii) em qualquer contrato considerado contrato de garantia, os direitos do credor devem ficar limitados àquele interesse garantido, destinando-se o excedente, ao devedor, em devolução; (iii) a pessoa que, de boa-fé, adquirir bens do devedor não deverá ficar vinculada à garantia anterior sobre esse determinado bem se não era de seu conhecimento a garantia dada (efeito este da ausência da publicidade); (iv) como resultado, se o credor garantido quiser deixar o devedor na posse do bem objeto da garantia, deve ser-lhe conferido meio jurídico próprio, eficiente e razoavelmente barato, de modo que possa dar conhecimento público da existência da garantia financeira e; (v) as regras de preferência entre credores devem ser estabelecidas de maneira a se evitar enriquecimento sem causa de uns credores em relação aos outros (trata-se de se evitar o abuso) (MENEZES LEITÃO, obra citada, 2012, p. 287).

dando lastro aos negócios fiduciários. Tendo em vista o curto espaço deste brevíssimo ensaio, para sustentação da tese que o título anuncia, suficiente será uma ligeira olhada pela janela dos negócios fiduciários, focalizando os institutos da alienação fiduciária em garantia, os arrendamentos mercantis e as cessões de crédito em garantia.

### 6.1 Propriedade fiduciária e negócio fiduciário

Os contratos fiduciários são muito antigos. A fidúcia era conhecida em Roma desde a época arcaica, muito divulgada na época clássica, vindo a diminuir na época pós-clássica, tendo praticamente desaparecido na época de Justiniano. Historicamente, a fidúcia em garantia segue aquele *nexum* e antecede aquele *pygnus* e aquela *hypotheca*. Os negócios fiduciários compreendem uma transmissão de bens ou direitos, pretendida pelas partes para valer entre si e em relação a terceiros. É negócio que obriga o adquirente a só exercer o seu direito em função de certo e determinado fim. A fidúcia pode ter por finalidade uma garantia (a fidúcia *cum creditore*) ou a finalidade de administração (a fidúcia *cum amico*).<sup>29</sup> A propriedade fiduciária e a titularidade fiduciária estarão presentes, dentre outros, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, nos contratos de cessão fiduciária de créditos e de títulos de crédito (muito própria nos chamados processos de securitização).

Numa descrição conceitual, sustenta Pais de Vasconcelos que o contrato fiduciário pode ser descrito como um contrato atípico, construído a partir de um tipo contratual já conhecido susceptível de ser adaptado a uma finalidade diferente daquela que seria a sua própria, fazendo-o mediante uma convenção obrigacional de adaptação. Adverte que, no caso se tem um único negócio e não uma dualidade negocial. Nem sempre, se bem que mais frequentemente, integrará uma atribuição real ou patrimonial ao fiduciário. Com frequência será até construído através de uma omissão, resultando numa “atribuição por omissão”, assim permitindo, o fiduciante, que a titularidade da coisa ou do direito se mantenha no fiduciário.

Que as partes contratantes não podem, simplesmente, criar novos Direitos reais para além dos previstos na lei é lição que não se discute. Isto, entretantes, não impede que, dentro de determinados limites,

<sup>29</sup> PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Contratos Atípicos*, Editora Almedina, 2009, 2ª edição, Coimbra, p. 258-263 e 267-269.

se dê a fixação do conteúdo dos Direitos reais reconhecidos por lei. Nessa medida, se as partes inserirem no respectivo título, o pacto fiduciário, a vinculação assim constituída terá natureza real, tornando-se, com o seu registro, oponível a terceiros, estando em causa um Direito real de garantia. Com o negócio fiduciário não se está criando um novo Direito real, o que se estará a fazer é tratar da funcionalização de um Direito real já existente, partindo de vínculos obrigacionais.<sup>30</sup>

O negócio fiduciário mais amplo acabou ocupando lugar de extraordinário destaque, em função dos serviços que presta como “direito de garantia”, inovando em relação às garantias clássicas. Com cirúrgica precisão, quem feriu este tema foi Pestana de Vasconcelos, fazendo-o logo a partir da problematização da questão que enfrentou na sua obra “Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência”, apontando para o relevo prático das operações de cessão de créditos, como mecanismo de garantia, em face de seu apreciável relevo prático, da simplicidade de seu funcionamento, da celeridade, da sua eficácia e de seu baixo custo.<sup>31</sup> A partir de tais descobertas, o negócio fiduciário como garantia passou a ser utilizado em larga escala. A utilização daquelas garantias reais clássicas, em boa medida, passou a ser até secundarizada. A partir do desenvolvimento dessa modalidade ágil de garantia, o estudo dos direitos de garantia, no campo do interesse mercantil nunca mais seria o mesmo.

Na estrutura dos negócios fiduciários se tem a transmissão plena de direitos (os direitos fiduciários), ao mesmo tempo em que as partes estabelecerão limitações de caráter obrigacional ao seu exercício, acrescentando ainda sobre o fiduciário, verificadas certas circunstâncias, que o negócio esteja prevendo um dever de retransmissão. Esses direitos, objeto do negócio fiduciário, podem ter natureza diversa: direitos reais, direitos de crédito (créditos pecuniários). Os negócios fiduciários, nas suas variadas concepções contratuais, compõem o rol dos contratos-garantia.

## 6.2 Os negócios fiduciários no Brasil

A matéria referente à propriedade fiduciária, antes dispersa, está regulada no Código Civil de Miguel Reale, dispondo, expressamente,

---

<sup>30</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, Luiz Miguel de, *A cessão de crédito em Garantia e a Insolvência* (em particular a Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente), Coimbra Editora, Coimbra 2007, p. 93 e seguintes. O autor chama a texto doutrina de Pires de Lima/Antunes Varela, Henrique Mesquita e Mota Pinto.

<sup>31</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, obra citada, 2007, p. 15-16; GRAÇA, obra citada, 2010, p. 51.

que se considera fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. A propriedade fiduciária se constitui com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular que lhe servirá de título no registro próprio (antigamente, cartório de registro de títulos, hoje, serviço registral) do domicílio do devedor. Em se tratando de veículos, o registro se dará na repartição competente para o licenciamento (nos Departamentos de Trânsito), com anotação nos próprios certificados. A efetiva constituição da propriedade fiduciária se dá com o desdobramento da posse tornando-se o devedor o possuidor direto da coisa. A propriedade supervenientemente adquirida pelo devedor tornará eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária conterá necessariamente: (i) o total da dívida ou a sua estimativa; (ii) o prazo ou a época, pelo menos, do pagamento (ou dos pagamentos); (iii) a taxa de juros, se houver; (iv) a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.<sup>32</sup> São, percebe-se, seus elementos indispensáveis, a propriedade resolúvel, a sua incidência sobre coisas infungíveis, a sua necessária publicidade mediante os registros próprios, a existência de obrigação certa ou estimável. O Código Civil apenas trouxe para o seu texto aquilo que já estava consagrado pela prática e por legislação esparsa.

A propriedade fiduciária passou a ser utilizada também para as coisas imóveis, reconhecida, desde sempre, como contrato de natureza real, pelo qual o titular dos créditos os transmite ao credor com a única e específica finalidade de garantia. No Brasil, a titularidade fiduciária em garantia sobre coisas móveis e títulos de crédito é contrato de garantia (real) de aplicação restrita ao mercado financeiro e de capitais.<sup>33</sup>

A alienação fiduciária e a cessão fiduciária são, de acordo com a legislação vigente no Brasil, modalidades de negócio fiduciário de constituição de propriedade fiduciária, preferindo-se, por técnica jurídica, quando se tratar de cessão fiduciária de direitos, falar-se em

<sup>32</sup> Arts. 1.361 e 1.362 do Código Civil.

<sup>33</sup> CHALHUB, Melhim Namem, *Direitos Reais*, Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2ª edição, São Paulo, 2014, p. 274-276; No Brasil, tratam da matéria as leis n.ºs 4.728/65, 8.987/95, 10.931/04 e 11.079/04.

titularidade de direitos, deixando o termo propriedade para quando a garantia incidir sobre bens móveis ou imóveis.<sup>34</sup>

Harmonizando o título proposto para este adminículo com o seu conteúdo, fácil é perceber a sutileza que afasta – para efeitos de enquadramento – esses contratos-garantia daquelas garantias reais clássicas. É que, com esses instrumentos novos a “propriedade” da coisa ou direitos equivalentes são reconhecidos, sem maiores liturgias, diretamente à figura do credor, de modo que, para efeitos de apuração de ativos e criação de um plano de recuperação, por exemplo, instrumento básico e fundamental na ação de recuperação da empresa, este conjunto de patrimônio, em face da estrutura contratual adotada sequer será considerada como ativos da devedora. É nesta sutileza que reside o que se quer chamar de uma revolução das garantias reais.

### 6.3 A alienação fiduciária em garantia

Nenhum outro contrato incorpora melhor o instituto da propriedade fiduciária do que o contrato de alienação fiduciária em garantia. A propriedade fiduciária constituída pelo contrato de alienação fiduciária é direito real típico, uno e indivisível até a liquidação da dívida garantida, constituindo-se num gravame que pode recair sobre bens de natureza móvel ou imóvel, materializando-se um direito real de garantia que incide sobre coisa alheia. É direito real peculiaríssimo, uma vez que confere diretamente ao fiduciário ou credor, o direito de, por sua iniciativa, vender a própria coisa a um terceiro, no caso de inadimplemento, devendo, no caso, devolver ao devedor, o saldo resultante do produto dessa venda, se houver.<sup>35</sup> Trata-se de espécie de propriedade resolúvel, especificamente para fins de garantia. Suas figuras próximas são a venda com reserva de domínio e a retrovenda.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> FERNANDES, Jean Carlos, *Direito Empresarial Contemporâneo*, Editora Lumen Juris/Direito, Rio de Janeiro, 2015, p. 347-349. O autor invoca o magistério de Cesar Fiuza.

<sup>35</sup> DAIBERT, Jefferson, *Direito das Coisas*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1973, p. 433; WAISBERG, Ivo e GORNATI Gilberto, *Direito Bancário e Contratos e Operações Bancárias*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2012, p. 117-118. “Existe resistência de setores da doutrina e da jurisprudência acerca desse enquadramento. A discussão é mais acadêmica. Sustenta-se no fato de as garantias reais conhecidas não transferirem o domínio” (LUZ, Aramy Dornelles, *Negócios Jurídicos Bancários – o Banco Múltiplo e seus contratos*, Editora Juarez de Oliveira, 3ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo, 2005, p. 325).

<sup>36</sup> CHALUB, obra citada, 2014, p. 149 e 248-250; PAES, P. R. Tavares, *Obrigações e Contratos Mercantis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 99-102.

Nessa propriedade resolúvel está a exceção daqueles princípios da perpetuidade e irrevogabilidade do domínio, eis que caracterizado como o direito de propriedade sujeito a termo ou condição. Advindo o termo ou verificada a condição, se extingue o direito de propriedade. Compreendia já Teixeira de Freitas, um jurista à frente de seu tempo, que o domínio resolúvel e o domínio fiduciário (aquele que subordinado ao cumprimento de determinada cláusula ou condição resolutiva) compreendiam uma subespécie de domínio imperfeito.<sup>37</sup>

A alienação fiduciária em garantia, considerada como contratos de garantia financeira tem origem remota naquela fidúcia *cum creditore* do Direito romano.<sup>38</sup> As raízes da constituição da propriedade qualificada estão, no entanto, no Direito germânico medieval.

A excelência desse tipo de serviço prestado à contratação moderna mereceu arguta nota de José Carlos Moreira Alves, para quem esse novo sistema de garantias fiduciárias não abandona e nem despreza

<sup>37</sup> CHALHUB, obra citada, 2014, p. 147-148.

<sup>38</sup> “(...) A fidúcia (palavra que, etimologicamente, significa ‘confiança’, no ‘*Ius Romanum*’ é uma instituição jurídica surgida na época arcaica e que, praticamente desaparecida no período pós-clássico, veio a ser formalmente abolida por Justiniano. Consistia na transferência da propriedade de uma coisa (*datio*) – ou do poder jurídico sobre uma pessoa – realizada, através de ‘*mantipatio*’ ou ‘*in iure cessio*’, por alguém (fiduciante) a favor de outrem (fiduciário), para certos fins.’ ‘...assume particular relevância a distinção operada por GAIUS entre a ‘*fiducia cum creditore*’ e a ‘*fiducia cum amico*’. ... ‘*fidúcia cum amico*’, aquela que se caracterizava por alguém confiar a um amigo uma coisa, que lhe pertencia, para que ficasse em maior segurança em seu poder, devendo ser devolvida ulteriormente...’ ‘...a ‘*fiducia cum creditore*’ não representa a única forma de garantia conhecida pelo Direito Romano, mas apenas uma das espécies de garantias reais.’ ‘...As garantias pessoais são aquelas em que o garante responde diretamente com a sua própria pessoa (inicialmente com o seu corpo, e de forma exclusiva) e indirectamente com todos os seus bens.’ ‘...O ‘*Ius Romanum*’, além das garantias pessoais, conheceu igualmente algumas figuras jurídicas que a doutrina romanista reconduz ao conceito de garantia real; institutos em que, portanto, o reforço do cumprimento da obrigação (em que se traduz a garantia) era dado, directa e exclusivamente, por uma determinada coisa (móvel ou imóvel), pertencente ao devedor ou a um terceiro sobre a qual incida um direito do credor – o que equivale a dizer que a garantia real concedida ao credor para assegurar o cumprimento da obrigação. Pela tipicidade de que se revestiam, destacamos três espécies: a fidúcia (*cum creditore*), o ‘*pignus*’ (*datum*) e a ‘*hypotheca*’ (ou ‘*pignus conventum*’)” (CURA, António Alberto Vieira, “*Fiducia cum Creditore – Aspectos gerais*”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento Vol. XXXIV, 1991, 1-286, p. 5-7, 33-34, 100, 103, 146; MENEZES LEITÃO, 2012, p. 233-234).

as tradicionais garantias da hipoteca, do penhor e da anticrese, mas privilegia a noção da fidúcia numa versão inovadora, tendo em vista dois dos seus principais efeitos que a tornam incomparavelmente mais eficaz em relação às garantias clássicas porque atribui ao credor a propriedade do bem objeto da garantia (fiduciariamente), situação que afasta o risco de excussão por parte de outro credor e do concurso de credores, e ainda, simplifica, torna célere a realização da garantia, já que com o inadimplemento e a mora do devedor caberá ao credor a venda<sup>39</sup> do bem objeto da garantia como forma de se resgatar a dívida.<sup>40</sup> A alienação fiduciária em garantia faz parte daquela revolução à qual alude o enunciado deste adminículo.

#### 6.4 O arrendamento mercantil (*Leasing*)

O *leasing* tem a natureza de verdadeira garantia, afastando-se das tradicionais em face de que a propriedade é atribuída ao locador, mas com o fim exclusivo. A garantia não resulta de uma convenção acessória em face de obrigação determinada. Constitui forma diferente de locação, já que representa uma operação de financiamento muito próxima do mutuo.

A locação (*lease*), como sendo um contrato entre locador e locatário, tem como objeto a locação de um bem específico selecionado pelo locatário junto do fabricante ou vendedor de tais bens.<sup>41</sup> O *leasing*

---

<sup>39</sup> Em Roma, as fontes indicadoras dos textos sobre a fidúcia são encontradas nas obras de Gaio e a definição de fidúcia estaria numa *emantipatio pactuada* com a obrigação de um *emancipare* aí se registrando a existência das duas espécies de fidúcia já conhecidas: *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*. A alienação fiduciária, na sua mais remota concepção, encerraria a ideia de uma venda fictícia ou provisória. CAMPOS, Diogo Leite de, “Locação Financeira (*leasing*) e Locação”, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Lisboa, dezembro, 2002, p. 33; PESTANA DE VASCONCELOS, 2007, p. 339-340.

<sup>40</sup> WAISBERG e GORNATI, obra citada, 2012, p. 115-116.

<sup>41</sup> Essa forma de contratação nasceu nos Estados Unidos, no segundo quartel do século XIX, como uma versão da “locação financeira” envolvendo bens móveis. O modelo foi adotado, sobretudo nos anos vinte do século passado, por empresas como a IBM e a Remington-Rand. O *leasing* na sua conformação atual (cujo outro patronímico é “arrendamento mercantil”) inicia-se nos Estados Unidos (nos anos 70 do século XIX), com a celebração pelas grandes indústrias como a Bell Telephone Company e com a United Shoes Machinery Corporation, de contratos de venda com prévia locação das suas máquinas industriais, já que os clientes não dispunham de capital próprio que lhes permitissem financiar a compra diretamente. Distinguiam-se da locação comum pelo fato de se atribuir o risco logo ao receptor das máquinas, atenuando-se as obrigações do locador. Esse *leasing*

se oferece em mais de uma modalidade, dentre as quais o financeiro e o operacional. O Direito alemão destaca o *leasing* de curta duração (*short leasing*) do *leasing* de longa duração (*long leasing*). Na doutrina portuguesa se destaca, de forma didática e elucidativa, o que seria, no *leasing*, a propriedade jurídica da propriedade econômica do bem. Abrigando compra e venda e locação e mútuo o *leasing* como contrato de garantia financeira corresponde a exemplo de contrato de tipo misto.

No contrato de *leasing* com suas várias faces, se tem a demonstração da extraordinária capacidade do Direito Mercantil de se ajustar e de dar resposta às reivindicações do mercado, de negócios, sempre ávido de novas e eficientes formas de contratação. Tendo surgido nos países de cultura anglo-saxônica, desde logo se fez instrumento financeiro dotado de reconhecido pragmatismo, buscando solucionar algumas necessidades da atividade econômica.

### 6.5 A cessão de crédito em garantia

Em linhas gerais, a figura da cessão de crédito em garantia corresponde a um verdadeiro “movimento” ou “giro” ou “ciranda” na qual um sujeito, o creditado, carecendo de crédito e sendo titular de *direitos-de-crédito-pecuniários* sobre terceiros, celebra com um creditante um contrato visando obtenção de recursos financeiros. O primeiro sujeito transmite, como efeito desse mesmo negócio e em garantia do cumprimento de sua obrigação de pagar, os recursos obtidos, certamente que acrescido de juros, um ou mais dos créditos presentes que possui e representados por títulos de crédito ou outra forma de recebíveis,

---

evoluiu, passando a se constituir numa operação triangular na qual uma empresa (de *leasing*) independente da operação fazia um financiamento; foi o suficiente para, a partir dos anos 50 da centúria passada, florescerem as sociedades de *leasing*, funcionando como instituições financeiras especializadas nessa modalidade de operação. Em 1952 foi criada a United States Leasing Corporation, em São Francisco, na Califórnia. Essa empresa alargou o elenco dos bens oferecidos em locação para além dos bens e equipamentos, compreendendo bens de consumo. Fundaram-se na Inglaterra (1960) e na França e na Itália (1961), as primeiras sociedades de *leasing* europeias. Do ano 1936 se tem a notícia da primeira operação de *lease back* feita pela cadeia de supermercados californianos *Safeway Stores Inc* que venderam um supermercado a um grupo de investidores privados que cederam aos próprios vendedores, imediatamente, em *lease* de longo prazo, o mesmo bem. Na Alemanha, em Dusseuldorf, em 1962, foi criada a *Deutsche lesing GmbH*. Na França, a locação financeira (*credit-bail*) é regulada por lei de 1966 e regulamentada em 1972 (MENEZES LEITÃO, 2012, p. 244).

fazendo-o, todavia, em garantia, em favor desse segundo sujeito, o credente.<sup>42</sup> Assim nasce a operação, mas o movimento prossegue. Se o devedor creditado cumprir com a sua obrigação de resgatar a dívida, o credente tem a obrigação de devolver os títulos entregues em garantia. No caso, todavia, de não ocorrer o pagamento pelo creditado, poderá o credente se satisfazer, fazendo-o através do produto da liquidação dos direitos de crédito que lhe terão sido transferidos em garantia. Aí a figura do giro ou da ciranda ou do movimento aludidos. Vindo a ser declarada a insolvência do *cedente-devedor-e-creditado*, naquele que é um dos traços marcantes da figura, o *credor-cessionário-e-credente* pretenderá que esses créditos não integrem a massa insolvente em face daquela cessão havida.<sup>43</sup> Trata-se de mecanismo moderno de garantia, de apreciável relevo prático, em face de sua simplicidade de funcionamento, de sua celeridade, de sua eficácia e de seu baixo custo. Na verdade, o credente, no caso de incumprimento da obrigação pela parte creditada se limitará a liquidar o crédito, satisfazendo-se com a importância assim obtida (aí, a simplicidade de seu funcionamento). Evitada estará a morosa e incerta via judicial, de comprometida lentidão, com custos adicionais de várias ordens.

A natureza jurídica da cessão de créditos desafia, na doutrina, correntes diversas. Alguns autores pretendem atribuir-lhe natureza processual. Outros entendem que essa cessão aos credores constituiria caso particular de dação em cumprimento ou de dação do tipo *pro solvendo*. Terceira corrente a considera um contrato real em que se verificaria a transmissão, de cedente para cessionário, das faculdades de administração e de disposição dos bens. Para uma quarta corrente, se estará diante de um negócio fiduciário em garantia, com cessão de bens aos credores. Uma quinta corrente vê na cessão de crédito um caso particular de mandato. E, finalmente, existem as concepções mistas, com a combinação ou justaposição dos entendimentos aqui anotados.<sup>44</sup> Sem tempo para dissertar sobre essas várias posições, suficiente é o admitir que qualquer que seja a corrente do gosto e paladar do leitor, o que está em causa é a revolução das garantias reais, que coloca nas prateleiras dos fundos, aquelas clássicas garantias, em benefício da celeridade, da efetividade e dos baixos custos dos novos tipos de

---

<sup>42</sup> Na variante desse contrato estará o outro tipo de cessão, não em garantia, mas a título de pagamento, o que foge do tema em análise.

<sup>43</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, obra citada, 2007, p. 15-16.

<sup>44</sup> MENEZES LEITÃO, 2013, p. 270-271.

garantias que o Direito Mercantil consagra; e este espaço é preenchido com extraordinária frequência pela cessão de crédito analisada.

O recurso à cessão de crédito em garantia apresenta um conjunto de vantagens para as partes envolvidas, o que a torna atraente, sob o prisma econômico-financeiro. Com ela se tem, para os financiadores, titulares dos créditos, vantagens várias de funcionamento da garantia. Permite ao cedente a mobilização de elementos do seu ativo (os créditos) como forma de obtenção de financiamento que de outra maneira não se obteria, ou que se obteria em condições certamente mais onerosas.

## 7. SOBRE AS CONSIDERADAS GARANTIAS ATÍPICAS

A revolução e a evolução das garantias em sede de Direito Mercantil não se esgotam nos tipos elencados nos tópicos anteriores. Tem-se verificado um extraordinário crescimento na construção de outros tipos de garantias consideradas atípicas cujo nascimento se dá a partir do consolidado alicerce das garantias reais clássicas conhecidas. É uma metamorfose à qual se permitem as instituições do moderno Direito Mercantil desde sempre revolucionário, vulcânico por natureza.

Os contratos atípicos são, verdadeiramente, tipos modificados de contratos-modelo conhecidos. De se chamar a texto aquela observação em relação às várias faces que se oferece às atividades econômicas dentre as quais os penhores-adjetivados que são vários. O surgimento das operações de *factoring*<sup>45</sup>, *o trust*, e nessa indicação o tema não se esgota. Os contratos fiduciários (*rectius*: os contratos de garantia financeira) sempre reinventados, continuam sendo fonte muito rica de novos modelos e práticas contratuais.

## 8. AS GARANTIAS REAIS E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

No âmbito da ação judicial de recuperação da empresa, de acordo com o modelo legal brasileiro, estarão em causa duas realidades muito

<sup>45</sup> O *factoring* é “contrato pelo qual uma das partes (cedente ou aderente) cede ou se obriga a ceder a outra (cessionário financeiro ou fator), mediante remuneração, a totalidade ou parte dos créditos de curto prazo de que é titular sobre um ou mais terceiros (devedor cedido)” (ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Editora Almedina, 2ª reimpressão, setembro de 2009, Lisboa, p. 520).

distintas. O porto para o qual a nau (o empresário) aponta a sua proa é o da recuperação judicial da empresa mediante um plano de recuperação que necessita ser aprovado pelos credores e homologado judicialmente. A outra realidade está na necessidade de se obter o *placet* da comunidade de credores os quais, tendo como elemento de argumentação o seu crédito, garantido ou não, aprovarão ou não o plano de recuperação. Os créditos da planície (aqueles que desprovidos de garantia) dispõem apenas e exclusivamente do voto para intervir no processo. Noutra estante, aqueles que munidos de garantia, têm a possibilidade de, desdenhando o plano, preferir o exercício da garantia que lhes está assegurada. Essas duas realidades necessitam ser harmonizadas, o que não é, em geral, tarefa fácil.

É certo que, para efeito da recuperação judicial da empresa, os créditos considerados garantidos ocupam lugar de destaque, vale dizer, lugar de conforto, já que é recomendação legal expressa observar as garantias existentes nos limites de suas forças. É visível essa preocupação nos textos legais vários, impedindo que os rearranjos recuperacionais prejudiquem os *status* de tais créditos. A razão disso está em que a atividade empresarial simplesmente não existiria sem os contratos mercantis e estes, cada dia mais, se amarram em garantias tanto mais firmes quanto possível, no interesse dos titulares dos créditos concedidos. A recuperação da empresa, como instituto do Direito da crise, todavia, dificilmente obterá algum êxito sem as indispensáveis interlocuções entre o empresário (o sujeito de direito) e seus credores (também sujeitos de direito). Com efeito, é preciso deixar consignado que é pouco, muito pouco, se contentar com a possibilidade (que a lei em casos pontuais contempla) de se resolver os contratos em benefício da massa insolvente.<sup>46</sup> Em se tratando de garantias reais não será assim. A questão é visivelmente mais complexa e a sua solução não estará na invocação deste ou daquele dispositivo legal isoladamente<sup>47</sup>. É tema que tem ocupado juristas e tribunais, na busca da solução que cada caso reclama e que, de um modo geral, tem tirado o sono e a paz de empresários vitimados de crise.

---

<sup>46</sup> MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Editora Almedina, Coimbra, 2008, p. 47 e seguintes e 181-182.

<sup>47</sup> A análise do problema em face da lei brasileira exige uma decomposição e uma reflexão em torno do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005, de modo todo especial. É assunto, todavia, para oportuno enfrentamento.

## 9. EM CONCLUSÃO, A EXCELÊNCIA DO CONTRATO COMO INSTRUMENTO

O tema escolhido para o estudo tem despertado vivo interesse de estudiosos, na medida em que a atividade mercantil convive com crises de seus agentes, desde sempre, e esta situação põe em confronto relevantes institutos jurídicos, que necessitam ser examinados à luz da crise empresarial. Consoante demonstrado em raso voo de beija-flor, não são exatamente distintos os dois grupos de garantias reais, separados em garantias reais clássicas e universalmente conhecidas e garantias outras engenhosamente concebidas (e que não são poucas) a partir, é claro, de bases legais reconhecidas. Esses dois tipos ou modelos se interpolam do modo visivelmente promíscuo. O problema, com efeito, se verifica maior do que o seu enunciado, na medida em que são incontáveis outros modelos de garantias que tem surgido e que são garantias reais de uma nova geração. As locações financeiras, os penhores adjetivados, as cessões de crédito em garantia são apenas os exemplos mais à mão.

Uma das explicações para essa metamorfose ou revolução das garantias está, na lição de Engrácia Antunes, na conexão existente entre as figuras do contrato e da empresa.<sup>48</sup> A análise da situação crítica da empresa, em matéria de recuperação, não prescinde da análise das garantias que guarnecem os créditos envolvidos. A advertência, neste sítio, é de Pestana de Vasconcelos, em prefácio à 2ª edição de sua obra *Direito das Garantias* ao apontar que “As garantias, no sentido amplo que aqui lhe damos, estão muito longe de constituírem um elenco fechado, com limites bem definidos. Muito pelo contrário: estão em contínuo desenvolvimento. Elas servem necessidades económicas e financeiras em permanente mutação, o que leva a que estejam constantemente a ser reinventadas, explorando-se os limites de cada figura típica, combinando-se as figuras existentes, recorrendo-se a contratos indiretos ou simplesmente, por via de contratos atípicos. Ou de tudo um pouco.<sup>49</sup> É, doutrina Costa Gomes, a garantia patrimonial como tutela do crédito.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, obra citada, 2009, p. 330-331.

<sup>49</sup> PESTANA DE VASCONCELOS, obra citada, 2013, p. 11.

<sup>50</sup> GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coleção Teses, Editora Almedina, Coimbra, julho 2000, p. 5 e 37.

Na análise da posição dos credores protegidos por garantia real, diante do instituto da recuperação da empresa não se deparará, exatamente, com um campo vazio desprovido de legislação. Não é esta a hipótese. O que está pelo caminho, são lacunas e até antinomias das legislações. E em relação aos dispositivos legais de apoio, há, registre-se, necessidade de sua harmonização, de sua intelecção em oração combinada, de vários deles.

Em estudos doutrinários já se propôs reflexão sobre se o contrato, enquanto instituição a serviço dos variados fazeres humanos estaria ou não em declínio, a caminho do seu fim. A mesma doutrina, a partir de autorizados pensadores, tem se conduzido para conclusão oposta, afirmadora de que, na verdade, o que se verifica é a expansão de sua utilidade ou de seus horizontes, estando, o contrato, na verdade, em continuada renovação de si mesmo, num verdadeiro e também permanente relançamento. O contrato não morreu, apenas está diferente do que era no passado, é o que ensina Roppo. Mais do que um retorno ao *status* antigo, o que se tem é um modelo de contrato, adequando-se às exigências de novos tempos.

Mais do que nunca (numa análise histórica), o contrato, hoje, está em cena, no exercício de uma função social que noutros tempos sequer se cogitava estar-lhe reservada. Essa função social do contrato está na sua missão de servir à coletividade em cujo contexto esteja inserido. É dizer, a função social do contrato implica na sua leitura e na sua compreensão para além de seus termos, para além dele, portanto. É o contrato para fora, para fora de seus próprios termos sem se afastar de seu conteúdo e de sua missão de fazer, de criar, de modificar ou de extinguir direitos.

A criação da expressão, “função social do contrato” atribuída a León Duguit, interpretando os desígnios das evocações da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem, perseguindo o que seria a defesa do bem comum, se faz, nestes tempos novos, presente, mas sob uma roupagem diferente. Promove-se, então, hoje e vivamente, novo embate entre a autonomia da vontade e a defesa do bem comum, limitando-se aquela liberdade de contratar. Na Alemanha foi a Carta do Estado da Baviera que realçou essa função social do contrato. No princípio dessa função social do contrato está o sedimento do que deve ser a função social da empresa. E isso está compreendido uma leitura nova e moderna que se propõe para o velho e sempre renovado contrato como instrumento.

A figura do contrato há de ser vista não apenas na variedade das suas formas históricas, como também nas suas concretas transformações, e isto se dá com intensidade e diversidade diária no âmbito do Direito Mercantil.<sup>51</sup> Daí a afirmação de que o Direito Comercial é mutante, ágil e vulcânico. Doutrina Roppo com apoio em Santoro Passarelli que o contrato, nas suas inesgotáveis possibilidades de adaptação parece eterno, como é eterna a necessidade de um entendimento entre os homens.<sup>52</sup>

Em *post scriptum*, quase um registro final: enquanto se ocupava o escriba de escrever essas linhas ou enquanto se ocupa o leitor de as ler, n'algum canto, algum interesse empresarial novo estará propiciando a criação ou o nascimento de um contrato-novo com um novo-tipo-de-garantia, certamente.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, J. A. E., *Direito dos Contratos Comerciais*, Editora Almedina, Lisboa, segunda impressão, 2009.
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, Editora Almedina, 2ª reimpressão, Lisboa, setembro de 2009.
- ARAÚJO, Lima, *Direitos Reais*, sem editora, Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1977.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Reais*, Coimbra Editora, 5ª edição, reimpressão, Coimbra, 2000.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira, “As repercussões da declaração de falência sobre a situação dos credores hipotecários”, *Separata de Estudos de Direito Comercial I*, Almedina, Lisboa, 1989.
- BEVILAQUA, Clovis, *Direito das Coisas* [atualizado por Achilles Bevilaqua], Livraria Freitas Bastos, 2º volume, Rio de Janeiro, 1951.
- CAMPOS, Diogo Leite de. “Locação Financeira (*leasing*) e Locação”, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Lisboa, dezembro, 2002.
- CHALHUB, Melhim Namem, *Direitos Reais*, Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2ª edição, São Paulo, 2014.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil X Direito das Obrigações – Garantias*, Editora Almedina, Coimbra, 2015.

<sup>51</sup> ROPPO, Enzo, *O Contrato*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário da Costa Gomes, Editora Almedina, Coimbra, 2009, p. 347-348.

<sup>52</sup> ROPPO, obra citada, 2009, p. 365.

COSTA, Dilvanir José da, *Direito Civil à Luz do novo Código*, Editora Forense, 3ª Edição, Rio de Janeiro, 2009.

CURA, António Alberto Vieira, “*Fiducia cum Creditore – Aspectos gerais*”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento Vol. XXXIV, 1991.

DAIBERT, Jefferson, *Direito das Coisas*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1973.

FERNANDES, Jean Carlos, *Direito Empresarial Contemporâneo*, Editora Lumen Juris/Direito, Rio de Janeiro, 2015.

FERNANDES, Luis A. Carvalho; LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2009.

GOMES, Manuel Januário da Costa, *Contratos Comerciais*, Editora Almedina, Lisboa, 2012.

GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coleção Teses, Editora Almedina, Coimbra, julho 2000.

GRAÇA, Diogo Macedo, *Os Contratos de Garantia Financeira*, Editora Almedina, Coimbra, 2010.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, *Função Social do Contrato e Contrato Social – Análise da crise econômica*, Editora Saraiva, São Paulo, 2013.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca, *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica – Teoria e Prática*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 4ª edição, 2013.

JUSTO, A. Santos, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 4ª edição, Coimbra, 2012.

LEITÃO, Luiz Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, Almedina, 4ª edição, Coimbra, 2012.

LUZ, Aramy Dornelles, *Negócios Jurídicos Bancários – o Banco Múltiplo e seus contratos*, Editora Juarez de Oliveira, 3ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo, 2005.

MORAIS, Fernando de Gravato, *Resolução em Benefício da Massa Insolvente*, Editora Almedina, Coimbra, 2008.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos, *Direitos Reais*, (segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º ano jurídico de 1970-71), Livraria Almedina, Coimbra, 1975.

PAES, P. R. Tavares, *Obrigações e Contratos Mercantis*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Contratos Atípicos*, Editora Almedina, 2ª edição, Coimbra, 2009.

PIRES, Miguel Lucas, *Dos Privilégios Creditórios – Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Octavio Luiz, “A revisão judicial dos contratos na jurisprudência atual”, *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXXVI, outubro e 2016.

ROPPO, Enzo, *O Contrato*, tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Editora Almedina, Coimbra, 2009.

SANTOS, Eduardo dos, *Curso de Direitos Reais, Direitos reais de garantia e de aquisição*, vol. II, Livraria Arco Iris, Lisboa, 1986.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Editora Almedina, Coimbra, 2ª edição, 2013.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência* (em particular a Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente), Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

WAISBERG, Ivo; GORNATI Gilberto, *Direito Bancário e Contratos e Operações Bancárias*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2012.



# SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DA COMPANHIA (UMA CRÍTICA À DESCONSTRUÇÃO DA DOCTRINA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS NO BRASIL)<sup>1</sup>

José Anchieta da Silva

**Resumo:** O sistema jurídico brasileiro adota, como regra, a responsabilidade civil através da culpa somente aceitando a aplicação da responsabilidade objetiva em exceções que a própria lei determina. A responsabilidade civil dos administradores das companhias se submete à regra e não à exceção. Os próprios textos legais que cuidam das exceções, por seus elementos, recomendam, em primeiro lugar, a aplicação das normas-regra e não das normas-exceção.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O sistema jurídico brasileiro. 2.1. A regra geral do Código Civil. 2.2. A regra geral da Lei de S. A. 3. Inteligência da regra do artigo 50 do Código Civil. 4. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil. 5. A vasta regulação das exceções. 5.1. No Direito Tributário. 5.2. No Direito do Trabalho. 5.3. Na legislação antitruste. 5.4. No Direito Ambiental. 5.5. No Direito do Consumidor. 6. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

Convidado pela professora Maria Celeste Morais Guimarães, responsável pela coordenação da Comissão de Direito Societário da OAB,

<sup>1</sup> Este texto foi produzido a pedido da coordenadora da Comissão de Direito Societário da OAB/MG, professora Maria Celeste Morais Guimarães.

seccional de Minas Gerais, a pretexto da celebração dos quarenta anos da Lei de Sociedades por Ações, voltamos ao tema da nossa predileção, fazendo a crítica à desconstrução da doutrina clássica da responsabilidade civil dos administradores das companhias, demonstrando que há um divórcio entre o discurso da lei e o que tem sido decidido reiteradas vezes pelos tribunais brasileiros. Há uma confusão entre aquilo que a lei concede a título de exceção e aquilo que vem sendo adotado quase que como regra e disso decorre na vida prática que, aceitar, no Brasil, o nobre encargo de ocupar cargos de direção nas pessoas coletivas (da qual o mais solene, mais institucional, mais aperfeiçoado modelo é o da sociedade por ações) tem se transformado em atividade de alto risco.

Fiel ao estilo de antecipar, no prólogo, a mensagem que o texto proporrá como epílogo (se o escriba fosse autor de novela o seria de novela de capítulo único, e portanto, resultaria na falência do projeto) é preciso, por lealdade intelectual, registrar que o mal de que padece o tema geral da responsabilidade civil, no Brasil, tantas são as exceções, não vitima apenas o Direito societário, estando presente noutros sítios do Direito. É, todavia, na seara do Direito das sociedades que a questão reclama maior atenção em face da recorrência das imputações. O que se quer reafirmar é que, por tradição, o Direito brasileiro adotou (com o Código de Clovis Bevilácqua [1916] e com o Código de Miguel Reale [2002]) a teoria da responsabilidade civil através da culpa como regra, mantendo, como exceção, a incidência da doutrina da responsabilidade civil objetiva, e portanto, sem o concurso da culpa. O fato de o campo das exceções ter aumentado com o tempo não significa que a exceção tomou o lugar da regra e vice-versa. Não teria lógica esse raciocínio pois que representaria uma ruptura do sistema. É isto que se quer enfatizar.

Para bem acrisolar a questão, sem a preocupação de exaurir o tema, breves considerações a respeito serão trazidas a texto com referência aos Direitos Tributário, do Trabalho, Antitruste, Ambiental e do Consumidor. É, afinal, no âmago dessas disciplinas que está um rol de disposições legais, caminhos através dos quais se tem conduzido àquela desconstrução, objeto da chamada inicial.

Registre-se, a título de introdução, uma observação a mais. Respeitável doutrina tem praticado um comportamento que acaba por contribuir para a confusão instalada. Numa análise mais dedicada se verá que a origem desse engano repetido está na interpretação demasiado aberta e extensiva que se tem dedicado ao cânone 50 do Código Civil vigente,

a ele associando-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, valendo a pena lembrar desde logo, que nem um e nem outro vieram a lume ou foram concebidos para ampliar a responsabilidade civil de quem quer que seja. Na verdade, ovacionando a entronização da responsabilidade sem culpa no sistema brasileiro como se fosse uma novidade (e não era), deixam de esclarecer que esta não é a regra (a figura-regra), mas a exceção (a figura-exceção). O resultado disso tem sido a construção de uma jurisprudência desorientadora sobre o tema.

## 2. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

São dois os pontos de partida para o enfrentamento do tema, o que equivale dizer que a matéria da responsabilização pelos atos da vida civil está, como disciplina geral, prevista com clareza no Direito comum, e portanto, de se recorrer às normas a este respeito dizentes no Código Civil. Quanto ao Direito especial, o recurso estará na análise dos dispositivos específicos da lei que rege as sociedades anônimas. A constatação, ver-se-á, é a de que o tema está suficientemente agasalhado nesses dois mencionados diplomas.

Ainda antes de dar a largada, oportuna a lição que vem da doutrina de que para se falar em responsabilidade, enquanto instituto de cariz processual, é preciso ter existido *ex ante* uma obrigação a ser cumprida, o que é questão de direito material.<sup>2</sup>

No encaminhamento da questão em exame não se pode esquecer, volvendo a teoria geral da responsabilidade civil, que todas as pessoas, naturais ou jurídicas existentes são ilimitadamente responsáveis pelos atos que praticam, por ação ou omissão. A limitação da responsabilidade, incluindo-se uma não-responsabilidade daqueles que sejam membros de pessoas jurídicas está prevista em lei, na conformação dos vários tipos societários. Dentro dessa orientação foram concebidas sociedades de responsabilidade limitada ao capital social (as limitadas), sociedades com responsabilidade limitada à fração do capital social subscrito por cada membro (sociedades anônimas) e sociedades nas quais concorrem membros com responsabilidade limitada e com responsabilidade ilimitada (as comanditas). Correm por fora as sociedades unipessoais,

<sup>2</sup> RIBEIRO, Manuela Porto, “A responsabilidade pessoal dos sócios e administradores pelos débitos tributários da pessoa jurídica”, *25 Anos de José Anchieta da Silva Advocacia*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2015, p. 525.

substitutas daquela emblemática figura do empresário individual, o que veio a ser admitido pelo Direito exatamente como limitador da responsabilidade, admitindo-a apenas em função e nos limites de certo e determinado patrimônio de afetação. Foi com a concepção das sociedades – pessoas coletivas organizadas – e com a limitação clara da responsabilidade de seus membros, incluindo-se uma não responsabilidade, que toda a atividade empresarial se desenvolveu a partir das descobertas e das criações humanas as mais variadas. Assim não tivesse sido, a humanidade provavelmente ainda estaria paralisada em alguma estação da Idade Média. O que falta por ser analisado e este é o propósito deste adinículo é, pois, o regime de responsabilidade daqueles que, emprestando o seu currículo, sua *expertise* e seu labor à sociedade anônima como seu administrador, no exercício desses cargos e funções venham a ser responsabilizados em desacordo com o harmonioso conjunto normativo do sistema jurídico brasileiro.

### 2.1 A regra geral do Código Civil

O artigo 186 do Código Civil<sup>3</sup>, correspondendo, em boa medida, ao antigo artigo 159 do código anterior, prescreve a responsabilidade àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar danos a outrem, ainda que exclusivamente moral. Duas percepções dão a certeza de que a legislação comum analisada estabelece, como regra, a responsabilidade civil através da culpa. Observe-se que o dispositivo é o primeiro do título que cuida dos “atos ilícitos” e a matéria-prima com a qual se constrói o normativo é, exatamente, a dos elementos definidores da culpa (a negligência e a imprudência). No artigo seguinte, 187<sup>4</sup>, está escrito que 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. A norma amplia, para o efeito, o conceito de ato ilícito cogitado no artigo anterior.

---

<sup>3</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>4</sup> 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.

Nessa medida, analisada a questão da responsabilidade civil em face de atos ilícitos, o Direito comum estabelece a regra que é a da responsabilidade mediante a presença da culpa. Chamar este comando legal de comando-regra não é ato de interpretação doutrinária pois que é, também, expressão da própria lei, como se vê da letra do artigo 927<sup>5</sup> da mesma codificação onde está escrito exatamente que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) [esta remissão é do legislador], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Para efeito da afirmação que este texto sustenta, o seu parágrafo é consagrador ao delimitar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. O exame dessa disposição legal deve ser feito com o devido cuidado. O dispositivo, inserto no capítulo primeiro do título que cuida da responsabilidade civil é, na sua primeira parte, claro ao prescrever: nos casos especificados em lei. Logo, se está a dizer, nos casos excepcionados em lei. Na sua segunda metade o texto está a admitir certa ampliação para casos especiais, de acordo com a natureza do agente, cuja atividade implique, objetivamente, em trabalhar com riscos pelos quais deva responder. Embora de compreensão mais ampla – admite-se – também nesta segunda parte se está a dizer de uma exceção. É, afinal, no corpo do artigo que está a norma segundo a qual a responsabilidade objetiva o será, nos casos em lei previstos e a abertura é que ficou para o parágrafo. Não se pode promover interpretação do parágrafo renunciando àquilo que seja a norma matriz de sua primeira oração.<sup>6</sup> A certeza de que a regra se mantém está em que, na dicção do texto, o próprio legislador (na *mens legis* e na *mens legislatoris*) faz referência à regra que inculpada na parte primeira do código, aquela que cuida dos fatos jurídicos (art. 186 e 187).

<sup>5</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186-187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>6</sup> Atente-se para a lição de Eros Roberto Grau, segundo a qual: “não se interpreta o direito em tiras” (*Direito, conceitos e normas jurídicas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 83-84).

## 2.2 A regra geral da Lei de S.A.

Do Direito comum (que estabelece a regra geral) para o Direito especial, a estação de parada exige a visitação de três dispositivos da Lei de Sociedades Anônimas, a começar pelo seu artigo 1<sup>o7</sup> que estabelece conceitualmente a característica matriz da companhia que terá o seu capital dividido em ações e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou integralizadas. Não há, pois, responsabilidade dos donos do capital para além das ações que subscrevem e adquirem. Do acionista para os administradores se tem, em seção própria, no artigo 158<sup>8</sup>, o elenco de seus deveres cuja infração compreenderá (com ou sem recurso à lei comum) ato ilícito, para se chegar a extenso rol de atos pelos quais respondem os administradores. Diz a lei que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder, dentro de suas atribuições ou poderes, com

---

<sup>7</sup> Art. 1<sup>o</sup> A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

<sup>8</sup> Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto. § 1<sup>o</sup> O administrador não é responsável pelos atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião de órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, ao conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia geral. § 2<sup>o</sup> Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados e virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles. § 3<sup>o</sup> Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2<sup>o</sup> ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4<sup>o</sup>, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres. § 4<sup>o</sup> O administrador que, tendo conhecimento do não-cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3<sup>o</sup>, deixar de comunicar o fato à assembleia geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável. § 5<sup>o</sup> Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

culpa ou dolo. Nesta parte, o próprio texto é claro em consagrar, também aqui, com a norma do Direito especial, a incidência da responsabilidade através da culpa, excluindo-se a possibilidade de se invocar a responsabilidade objetiva. Permanece, a lei o diz, aquela regra geral.

O artigo em descrição, todavia, prossegue, a dizer que responde o administrador se proceder com violação da lei ou do estatuto. Desnecessário o dizer que violação da lei ou do estatuto (este, uma *lex privata*) corresponderá a ato de ação ou omissão contra a lei e neste quadro se terá, pelo menos em tese, um ato necessariamente culposo. Logo, a regra geral da lei especial também se remete à necessidade da presença da culpa pessoal para se estabelecer, entre o fato e a infração, uma imputação por responsabilização culposa. Na doutrina, a autorizada pena de Carvalhosa assevera que a regra geral é a da responsabilidade pessoal do administrador pelos atos de representação e de gestão ordinária da sociedade, restringindo-se, todavia, tal princípio, à esfera de atuação dos diretores com exclusão dos membros do conselho de administração porque a estes falece a representação da companhia.<sup>9</sup>

Segue, neste mesmo artigo, um elenco de parágrafos, em número de cinco. No primeiro deles já se tem a confirmação da adoção do critério da culpa, na medida em que dita como exclusão da responsabilidade do administrador, a ausência de conivência sua com o autor do ato infrator. Com maior clareza se excluirá da hipótese de responsabilização o administrador que, diligente, determinar a consignação em ata de reunião a sua divergência com o ato praticado ou em vias de o ser.

No segundo, no terceiro e no quarto parágrafos se estabelece a solidariedade dos administradores na ocorrência de prejuízos causados desde que decorrentes de não-cumprimento dos deveres que lhes sejam impostos. Registre-se que o incumprimento de deveres legais e estatutários corresponde à omissão, que é, também e conceitualmente, um dos elementos formadores da culpa. Logo, também nesses casos se tem a consagração da responsabilidade através da culpa.

No quinto parágrafo está a regra da solidariedade entre administradores para o caso de, em concurso, ocorrer a obtenção de vantagem para si ou para outrem, mediante prática violadora da lei ou do estatuto. A lei está a dizer, nesse caso, da presença da fraude, isto é, de um

<sup>9</sup> CARVALHOSA, Modesto; KYIVEN, Fernando, *Tratado de Direito Empresarial*, volume III, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 875.

delito e à toda evidência diante da fraude a questão dispensa a análise do tipo de responsabilidade a ser cogitada. A fraude é repudiada em todos os campos do Direito. Logo, esse último parágrafo não está a serviço dos defensores da responsabilidade objetiva até porque toda fraude tem um agente, um autor.<sup>10</sup>

A lei, nessa mesma seção, cogita de ação de responsabilidade, ação em tudo específica para se perseguir a reparação dos atos reparáveis em favor da companhia lesada. A conclusão geral que se impõe, em sede de lei de Sociedades por Ações é uma só. A lei não cogita da hipótese de responsabilidade civil de administradores a não ser se houver o concurso da culpa.

### **3. INTELIGÊNCIA DA REGRA DO ARTIGO 50 DO CÓDIGO CIVIL**

Na busca equivocada de uma extensão de responsabilidade dos integrantes de órgãos de administração da companhia, certa jurisprudência tem se servido da norma insculpida no artigo 50 do Código Civil<sup>11</sup> de Miguel Reale e a partir dele construído um tipo de responsabilidade com base numa forma enviesada de desconsideração da personalidade jurídica dos entes coletivos. O equívoco conceitual é retumbante. Não há, na disposição legal invocada, matéria prima para o feito. É preciso trazer a texto como é que se chegou à construção dessa norma legal. A redação do dispositivo, como proposta originalmente, era de autoria do ministro Moreira Alves e se destinava a regular a relação entre sócios apenas, visando a necessidade de eventual exclusão de algum deles. Era, portanto, a norma proposta, limitada às questões pertinentes aos donos do capital de cada pessoa jurídica. No senado, Josaphat Marinho propôs

---

<sup>10</sup> Em exercício de magistério, para ser claro na posição doutrinária assumida, de modo caricaturado (em benefício da didática), de se afirmar que a chamada doutrina da responsabilidade objetiva, sem culpa, é, certo modo, cientificamente covarde porque ela se contenta com o fato e não perquire a autoria.

<sup>11</sup> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou pelo Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (Este normativo viria, mais tarde, ser modificado pela chamada “Lei de Liberdade Econômica”).

a sua alteração, justificando-a com a doutrina de Rubens Requião e de Fábio Konder Comparato.<sup>12</sup> Vê-se pelo texto resultante e pelos doutrinadores que o inspiravam que o legislador concedeu mais do que concediam, como instituto, os próprios doutrinadores recomendados.

A disposição legal em si, todavia, não discrepa e não destoa do discurso adotado neste pequeno estudo, já que está a dizer, de modo suficientemente claro, que a desconsideração em causa terá lugar em caso de abuso da personalidade jurídica com a caracterização do desvio de finalidade ou com a verificação de confusão patrimonial. O texto legal é expresso em delimitar a sua incidência para as hipóteses em que presente estiver a fraude ou a confusão. Com respeito à fraude fica a resposta, de fundo lógico, de que o Direito com ela não se compadece exatamente porque a fraude corresponde à situação de ilícito, de um não direito e com respeito à confusão patrimonial fica a resposta de que confusão só se dá se e quando verificadas omissões e/ou negligências, que são elementos conformadores da culpa. A desconsideração de que está a cuidar o Código de Miguel Reale não se dará de ofício, mas apenas mediante provocação da parte interessada ou do Ministério Público, este no exercício de sua função. A norma legal tem por finalidade coibir certas e determinadas relações de obrigações, isto é, não conspira contra a pessoa jurídica no seu todo devendo ferir (*rectius*: desconstituir) apenas e exclusivamente os atos vestidos de fraude ou de outras irregularidades nascidas ou ancoradas no desmazelo praticado pela pessoa jurídica. Ainda sobre este ponto, um lembrete a mais, não existe divórcio entre essa norma que é do Direito comum com aquelas que insculpidas na lei das companhias que é Direito especial. As duas coexistem e não se pode, simplesmente, aplicar a regra excepcional sem que se justifique a razão do afastamento da aplicação daquela que, para o caso, seria a regra especial. O que se quer afirmar nesta estação da lei é que a chamada responsabilidade civil sem o concurso da culpa há de ser invocada com extremo cuidado e sempre sob o registro de que se estará aplicando o instituto que o legislador convocou como exceção e nunca como regra.

<sup>12</sup> GAIA, Renata Dantas, “Sobre a extensão dos efeitos da falência”, em *20 Anos de José Anchieta da Silva Advocacia*, Editora Del Rey, 2010, p. 444; DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 65.

#### 4. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica não foi criado para regular o que seria a extensão da responsabilidade civil para os administradores da pessoa jurídica. No entanto, na doutrina e na jurisprudência, com alguma frequência e com retumbante engano, dele se tem servido para sustentar hipóteses não exatamente claras de uma extensão de responsabilidade para além daquilo que em lei está previsto. Desse comportamento se serve, exatamente, para confirmar o discurso coerente da tese aqui sustentada de que não há, na lei, a não ser em casos extremos – e por isso mesmo excepcionais – hipótese de admissão de responsabilidade de integrantes de órgãos da administração de companhias através da responsabilidade dita objetiva, sem o concurso da culpa.

Tais e frequentes equívocos, no entanto, prestaram um serviço à construção da lei. Foi esse excesso praticado nas sentenças e nos acórdãos que fez despertar os juristas para a necessidade de se regulamentar o chamado incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Vindo a lume o novo Código de Processo Civil criou-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137 dessa codificação).<sup>13</sup> O incidente pode ser evitado se o pedi-

---

<sup>13</sup> Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

do compuser a petição inicial da ação manuseada.<sup>14</sup> A conexão entre esse incidente com o conteúdo do artigo 50 do Código Civil é de fácil percepção. A desconsideração que a norma do Código Civil prestigia, se e quando aplicada, o será de forma episódica, pontual, cirúrgica, não extinguindo a pessoa jurídica contra a qual é disparada. O ato da desconsideração a ser atingido é o objeto do incidente que desnudará, portanto, aquelas certas e determinadas obrigações onde residam a apontada fraude ou confusão patrimonial.

Sobre a desconsideração e antes mesmo de sua entronização na legislação brasileira, já se sustentava tratar-se de técnica casuística, destinada a solução de desvios de função da pessoa jurídica. A desconsideração tem, portanto, cabida, quando o magistrado depara com a necessidade imperiosa de limitação do largo princípio da autonomia do agente, sacrificando-o em benefício de um interesse legítimo. É preciso reconhecer que mesmo no seu berço de nascimento, no sistema da *Common law* o instituto da *disregard* é invocado para coibir o abuso, apenas (*abusus non est usus*). As questões a serem resolvidas em sede do instituto da desconsideração envolvem, frequentemente, questões de imputação dos atos praticados, fazendo-se indispensável a predominância da realidade sobre a aparência, reconhecendo-se que a personalização jurídica de uma pessoa coletiva não pode ser um direito absoluto. Também nesse campo e com qualificadíssimo escólio doutrinário<sup>15</sup>, de se dizer que a própria doutrina da desconsideração está a serviço do evitar-se a fraude, logo, dela inclusive se recolhe que a responsabilidade perseguida é, sobremaneira, aquela ancorada na culpa, ainda que

---

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

<sup>14</sup> Oportuno o registro de que a inclusão desses dispositivos no Código de Processo civil de 2015 contou com a ativa participação do Instituto dos Advogados de Minas Gerais que se fez presente em 12 das 13 audiências públicas realizadas pelo Brasil na discussão do projeto, inclusive, com a sugestão de texto. Este testemunho está nas publicações da época patrocinadas pelo próprio e centenário IAMG, bem como em publicação oficial do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil, *O Novo Processo Civil*, Editora Lex Magister, São Paulo/Porto Alegre, 2012.

<sup>15</sup> Sobre o tema: AMARO, Luciano, “Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, nº 88, outubro/dezembro/1992; BASTOS, Eduardo Lessa, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003; NUNES, Márcio Tadeu Guimarães, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2007; OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Editora Saraiva, São Paulo, 1979.

esta responsabilidade esteja escondida sob o véu de uma pessoa jurídica. Dito de outro modo e, certamente, causando espanto nos defensores da teoria objetiva em detrimento da doutrina da responsabilidade subjetiva, o que quer o Direito é apenas e tão somente encontrar o autor do dano ou do ato que mereça ser desqualificado. Não corresponde, portanto, a heresia alguma afirmar que a doutrina de desconsideração da personalidade jurídica não corresponde a uma conspiração contra a regra geral consagrada no Código Civil e na Lei das companhias.

## 5. A VASTA REGULAÇÃO DAS EXCEÇÕES

Longe da pretensão de esgotar o tema, necessário perpassar as leis principais onde residem, de modo pontual, as hipóteses em que se está a tolerar outro tratamento, adotando-se a responsabilidade civil objetiva, isto é, nas hipóteses legais de adoção da exceção (a exceção confirma a regra, segundo fraseado corrente).

### 5.1 No Direito do Trabalho

A relação contratual de interesse amplo nesse campo do Direito é, em essência, o contrato de trabalho que se estabelece entre o tomador do trabalho, o empregador, e o prestador do trabalho, o trabalhador. Adotando-se o princípio geral da relatividade das iniciativas contratuais, nos interesses dessas duas partes reside o campo de gravitação da relação laboral. Da Consolidação das Leis do Trabalho, dois são os dispositivos que necessitam ser analisados, os arts. 10 e 448, ambos com sua redação modificada em face de recente alteração havida quando da reforma da Consolidação<sup>16</sup>.

Compreende o artigo 10-A<sup>17</sup> que o sócio retirante da sociedade empregadora responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente

---

<sup>16</sup> Quando da elaboração deste artigo, este texto legal ainda não vigorava, prevista sua vigência a partir da data de 11.11.17.

<sup>17</sup> O sócio retirante responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas da sociedade relativas ao período em que figurou como sócio, somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: I – a empresa devedora; II – os sócios atuais; e III – os sócios retirantes. Parágrafo único. O sócio retirante responderá solidariamente com os demais quando ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato.

em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, observada a seguinte ordem de preferência: primeiro a empresa devedora, segundo os sócios atuais e em terceiro lugar os sócios retirantes, respondendo este último, solidariamente, com os demais quando comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato. Num estudo mais amplo o dispositivo em causa mereceria uma crítica mais alargada. Todavia e nos estritos limites da discussão posta, o que se quer demonstrar é que, mesmo tratando de uma exceção em lei construída, dessa disposição não se recolhe matéria-prima suficiente para desdizer aquela regra geral da responsabilidade através da culpa, tal como constante no Código Civil e mantida na Lei das companhias. A norma chama a responsabilidade do sócio retirante em concurso subsidiário, é dizer, após exaurida a responsabilidade primeira do devedor original. Esse devedor em regime de subsidiariedade só pode ser chamado nos casos em que a reclamatória trabalhista se compreenda dentro dos dois anos a contar da averbação da retirada do sócio; ainda assim, sua responsabilidade só pode ser invocada em terceiro lugar, após excutidos os patrimônios da própria devedora e de seus sócios remanescentes. Não há, em conclusão, como retirar dessa disposição a conclusão de que o ex-sócio-retirante atraia para si (contra si), uma responsabilidade para além daquela que já examinada no âmbito do Direito comum e do Direito especial. Fechando a questão, o dispositivo nada está a dizer em relação à figura do administrador, de modo que uma interpretação extensiva do texto legal para incluir administradores cometerá erro grave propondo o que seria um ler na lei aquilo que nela não está contido.<sup>18</sup>

O outro dispositivo trazido a texto, o artigo 448-A<sup>19</sup> está a dizer que quando caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor. E arremata com o parágrafo acrescido, afirmando

<sup>18</sup> Na afirmação de Raimond Saleilles, prefaciando obra de François Geny (1899) “o intérprete deve ir além da lei, mas, através da lei” (*au-delà de la loi, mais pour la loi*). COSTA, Dilvanir José da, *Curso de Hermenêutica Jurídica*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 2 – fonte recente.

<sup>19</sup> Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor. Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.

que a empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência. Também este dispositivo, numa alça maior, poderia receber outros questionamentos. Todavia, e nos limites da discussão proposta, de se ver que se está a dizer da responsabilidade por sucessão de empregadores. São várias as conclusões que afloram no caso. Não se está a dizer da responsabilidade de membro-sócio, mas da pessoa jurídica sucessora em relação à sucedida. Resta estabelecida uma solidariedade se e quando presente a figura da fraude. Como já se afirmou, sendo a fraude uma negação da ordem jurídica, um não-direito, com ela, de fato, o Direito não se compece. De se ver que absolutamente nada se está a dizer com relação a extensão de responsabilidade que arredada pudesse ser das pessoas jurídicas para as figuras de seus administradores.

Em sede de Direito laboral, com efeito, a conclusão é uma só: não se cogita de alteração da regra clássica da responsabilidade civil dos administradores e integrantes de órgãos de administração das sociedades anônimas para efeito de responsabilidade trabalhista. As decisões – que não são poucas – a dizerem o contrário o são decisões *contra legem*; agridem o sistema jurídico e de resto são inconstitucionais.<sup>20</sup>

## 5.2 No Direito Tributário

No Código Tributário Nacional, o número de dispositivos que despertam a atenção em face do tema posto é maior. Necessário, assim, sejam revisitados os cânones 121, 124, 128, 131, 132, 133, 134 e 135.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Sempre que, em estudos, pareceres e petições se fizer uso do argumento geral de que isto-ou-aquilo é inconstitucional é preciso, por elegância intelectual, fazer-se acompanhar tais afirmativas, para necessária reflexão, um lembrete também obrigatório. A Constituição brasileira é um mosaico de direitos a torto e a direito, o que faz dela uma constituição antônima de si mesma.

<sup>21</sup> Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 124. São solidariamente obrigadas: I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II – as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada

ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Art. 131. São pessoalmente responsáveis: I – o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; II – o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação; III – o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. § 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: I – em processo de falência; II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. § 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. § 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI – os tabeliães, escrivães e demais

Trata-se, visivelmente, de uma legislação defensiva dos interesses do erário, que se acautela diante de situações de fraude, no que está correta. O que merece crítica é o excesso e a caprichosa interpretação extensiva de alguns pontos dessas disposições legais. Todo excesso deve ser coibido, venha ele de parte do contribuinte ou de parte da autoridade exatora. Não por outra razão que o abuso de poder foi erigido à categoria de procedimento ilícito.

O conjunto normativo referido diz, claramente, quando estará presente a solidariedade entre os agentes do ato. Trata-se de solidariedade legal.

Há decisões judiciais de primeiro grau, e mesmo, em certos casos, jurisprudência superior, que não tem sido cautelosa na aferição das provas, com prejuízo para o processo e ruína mesmo para muitos empresários. Esta constatação – esta verdade – que só pode ser negada pelos adeptos da hipocrisia expressa, serve de fundamento na verificação de que, em matéria de responsabilidade civil, se está a viver uma verdadeira involução, com abandono de conceitos definidos e com desprezo a normas legais claras. É preciso retirar da lei aquilo que nela está escrito, sobretudo quando se trata de legislação restritiva ou de caráter punitivo. Trata-se de situação que não tolera interpretação extensiva.

O artigo 121 diz quais são os sujeitos passivos da obrigação tributária, que é o contribuinte ou aquele que o for por expressa disposição legal. A lei aponta e nomina os seus destinatários. O artigo 124 estabelece solidariedade para as pessoas que tenham interesses comuns, em face do fato gerador do tributo, na forma que ela própria, a lei, o disser. Mais uma vez restam apontados os seus destinatários, pelo regime da solidariedade legal. É prerrogativa da lei dizer onde habita a solidariedade, apenas isto. O artigo 128 admite, mediante texto expresso, a extensão, à terceira pessoa, da responsabilidade tributária, desde que vinculada ao fato gerador da obrigação, admitindo, no caso, a solidariedade de sócio remanescente que continuar no exercício da atividade. Não está a lei a dizer de qualquer pessoa. Mas, de agentes que,

---

serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

mediante prova, tenham concorrido com algum fato de modo a serem atraídos para a responsabilidade tributária em causa. O artigo 131 estende a responsabilidade tributária aos adquirentes ou remitentes, em relação aos bens adquiridos ou remidos e, da mesma forma, ao espólio e ao sucessor e aos cônjuges do falecido, em relação ao montante do quinhão ou legado ou meação havidas. O artigo 132 cuida da sucessão societária quando ocorrentes os eventos da fusão, da transformação ou incorporação, afinando-se a legislação tributária com a previsão da Lei de sociedades anônimas (mais precisamente com os artigos 220 a 234 da Lei de S. A.). O artigo 133 trata da responsabilidade do adquirente de fundo de comércio ou estabelecimento.

O artigo 134 atribui responsabilidade aos pais, pelos tributos devidos pelos filhos menores e aos tutores e curadores pelos valores devidos pelos tutelados ou curatelados e ainda, aos administradores de bens de terceiro em geral, assim como aos inventariantes, aos síndicos, aos tabeliães e escrivães e aos sócios, no caso de liquidação de sociedades de pessoas. Nesses casos, no entanto, a responsabilidade só compreenderá matérias pertinentes às penalidades e aquelas de caráter moratório. Trata-se, portanto, de responsabilidade específica relacionada com o ofício exercido.

Por fim, o artigo 135 cuida do excesso de poderes e do abuso, com infração à lei, estatutos ou contratos, o que compreende, segundo a legislação mais moderna, um tipo de ilícito.

Em conclusão, as regras do Direito Tributário sequer cogitam da responsabilização de administradores de sociedades; de seu conjunto se recolhe, portanto, que essa responsabilidade não se transfere a não ser na hipótese da fraude ou da presença da culpa. A conclusão pertinente é a de que também em sede de Direito Tributário não há como compreender-se hipótese de exceção à regra segundo a qual não se sobrecarrega os administradores de companhias com impostos e exações impagas pela pessoa jurídica. Vale a regra geral, a ela se ajustando as hipóteses específicas abrigadas em cada ponto dos dispositivos analisados.

### *5.3 No Direito antitruste*

A lei que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em autarquia, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, também chamada de Lei Antitruste, contém disposição a respeito do tema ao dizer, em seu

artigo 18<sup>22</sup>, que a personalidade jurídica da sociedade responsável por infração da ordem econômica poderá vir a ser desconsiderada.

Em boa medida, também esta disposição legal padece de vícios que neste curto espaço não podem ser analisados. A violação da lei, do contrato ou estatuto social, entretantes, constitui o próprio ato ilícito, de modo que, nesta parte, a própria norma está a se recomendar naquela norma-regra e não naquela norma-exceção. Na parte final do dispositivo, todavia, ao se admitir a possibilidade dessa desconsideração da personalidade, nas hipóteses de insolvência, falência ou inatividade da pessoa jurídica, sob fundamento de má administração, andou pior o legislador. Com efeito, o simples fato de ser mal gerido o negócio, em sede de pessoa coletiva, não reclamaria, exatamente, desconsideração alguma. De se utilizar, em casos tais, os meios processuais próprios e que são vários, para buscar cada um dos lesados o que for de seu direito, no tempo certo. O texto merecia, na sua parte final, uma redação melhor, harmonizando-se com o conjunto de leis que trata da matéria da responsabilidade das pessoas jurídicas segundo cada tipo. De todo modo, de se considerar que, reconhecendo que há, segundo as leis, hipóteses de aplicação, por exceção, da doutrina da responsabilidade objetiva, esta é uma das hipóteses legais referidas. Exceção que é, nunca será demais lembrar aos adeptos da reponsabilidade objetiva que o instrumento haverá de ser aplicado de modo pontual, atingindo os atos-fatos ensejadores da lesão, sem se conspirar contra a pessoa jurídica regular que, afinal, é uma das maiores criações do Direito em todos os tempos. A advertência pode se dar com a admoestação conceitual de que desconsideração não induz à despersonalização. São coisas distintas e esta segunda não se abriga naquela primeira até porque é-lhe muito maior.

#### *5.4 No Direito ambiental*

No âmbito da legislação ambiental se encontrará dispositivos que reclamam uma interpretação mais pormenorizada. A forma encontrada para a responsabilização de outras pessoas o foi, também, através do incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

---

<sup>22</sup> Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

As normas gerais, no caso, são genéricas, perigosas como a que, por exemplo, se limita a dizer que se recorrerá à desconsideração da personalidade jurídica sempre que a personalização for obstáculo a ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. É o que prevê ao artigo 4º da Lei nº 9.605/1998<sup>23</sup>. A redação adotada para o dispositivo é de infelicidade técnica considerável, na medida em que está a admitir a desconsideração da personalidade jurídica em face de obstáculo a ressarcimento de prejuízo. Com efeito, o verbete “obstáculo” de origem latina (*obstaculum*) tem o sentido de impedimento, empecilho, estorvo, resistência. A lei, certamente estará a admiti-lo como uma camuflagem, uma fantasia utilizada para ocultar uma “fraude” ou um “ilícito” porque “fraude” e “ilícito” é que são verbetes de noção jurídica reconhecidas.

É provável que nessa disciplina nova que é o Direito ambiental, ainda sem contornos e sem sede definida, esteja presente o melhor exemplo daquilo que a doutrina passou a chamar de desconsideração da personalidade jurídica imprópria. Os atos fraudulentos ou abusivos praticados contra o meio ambiente – e provados – hão de ser imputados aos seus autores. É o quanto basta.

Reconhecendo-se que neste sítio do Direito novo esteja um dos casos em que se está a admitir a aplicação da norma de exceção, uma constatação e uma advertência merecem, por oportunas, ser renovadas. No Direito ambiental está o laboratório mais apropriado para se confirmar aquela acusação de que a responsabilidade objetiva e sem culpa é doutrina cientificamente covarde, porque em se contentando com o fato ela não é, exatamente, cuidadosa na busca do autor do dano. E, de resto, também aqui, é preciso ter presente a distinção necessária entre o que seja desconsideração para efeito de se corrigir e reparar uma lesão e despersonalização, instituto que não pode ser confundido com qualquer outra coisa que se admita para sustentar a desconsideração.

### 5.5 No Direito do consumidor

O festejado Código do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, em seu artigo 28<sup>24</sup>, com a finalidade de dar cobro aos abusos impostos aos con-

<sup>23</sup> Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

<sup>24</sup> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

sumidores de bens e de serviços, faz coro com vários dos dispositivos legais já examinados. A norma autoriza e recomenda a desconsideração da personalidade jurídica, é fato. A sua construção, entretanto, parte de porto conhecido, se inspirando na responsabilidade por intermédio da culpa, na medida em que se alicerça nas seguintes expressões “abuso de direito”, “excesso de poder”, “infração à lei”, “fato ou ato ilícito”, “violação dos estatutos ou contrato social”. São situações que abrilhantam hipóteses claras de responsabilidade subjetiva.

Abraça, todavia, a norma, a possibilidade da desconsideração, também, quando ocorrer a falência, o estado de insolvência, o encerramento ou a inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração. Trata-se de redação genérica e de difícil inteligência, sobretudo quando está a invocar a causa justificadora da desconsideração, como sendo a má administração da sociedade. A mesma norma estabelece a responsabilidade subsidiária para os grupos de sociedades e para as sociedades controladas e cria a responsabilidade solidária para os consórcios. Na introdução, no entanto, dessa possibilidade excepcional, não pode ser abandonado o dado da realidade segundo o qual na falência (que tem estatuto e regência legal própria), na superveniência de um estado de insolvência ou na inatividade da pessoa jurídica muito provavelmente presente estará a possibilidade de se resolver as questões através da responsabilidade civil com culpa. É dizer, antes de se recorrer à exceção, necessário, em função do método e do sistema, analisar a possibilidade de se resolver a questão trazida em concreto mediante aplicação da regra. A exceção, com efeito, não se antecipa à incidência da regra. Quanto ao elemento desprovido de conceituação jurídica qual seja a denominada “má administração”, o legislador abriu campo para um subjetivismo perigoso. Trata-se de um ponto cinzento da lei, sobre o qual a doutrina e a jurisprudência ainda precisam trabalhar.

Na parte final do dispositivo, em seu último parágrafo, a norma estabelece a possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica quando esta

---

§ 1º A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração. § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código. § 4º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

representar “obstáculo” a ressarcimento de prejuízo a consumidores. A imperfeição do texto, do ponto de vista técnico é visível a olho nu e sobre o verbete “obstáculo”, como já visto, desprovido que é de conceituação jurídica, tendo o seu *habitat* natural noutra campo do conhecimento, provavelmente na física ou numa ciência afim, a aplicação da doutrina da responsabilidade sem culpa calçada apenas neste fundamento exigirá do julgador uma fundamentação clara e persuasiva para que a juridicidade da decisão e do seu próprio fundamento não conspiram contra o sistema.<sup>25</sup> Sua aplicação recomenda cuidados especiais aos julgadores.

Em sede de Direito do consumidor, por lealdade ao discurso científico não se pode deixar de reconhecer que existe norma dizente da aplicação da responsabilidade objetiva. No entanto, não se pode deixar de considerar que os elementos integrantes dessa própria norma apontam, em primeiro lugar, para a aplicação (possível) da responsabilidade através da culpa. É, pois, exatamente aqui, que transparece a certeza de que no sistema jurídico brasileiro, a norma-regra sobre o tema se compreende na responsabilidade através da culpa e a norma-exceção é a da tolerância legal da responsabilidade sem culpa.

## 6. CONCLUSÕES

As conclusões, com efeito, já foram colhidas ao longo da leitura e podem ser assim resumidas. O sistema jurídico brasileiro adota, em relação à responsabilidade civil, a teoria da responsabilidade civil através da culpa. Muito excepcionalmente e de acordo com leis específicas o sistema aceita a aplicação da responsabilidade civil objetiva. Em se tratando da responsabilidade dos integrantes dos órgãos da administração das sociedades anônimas prevalece a regra; é dizer, não há previsão legal a determinar que a regra para casos tais seja a da responsabilidade objetiva.

Como regra geral, o instituto está regulado no Código Civil, regulador do Direito comum, cuja orientação não discrepa daquilo que a respeito contém na Lei das sociedades por ações que, no âmbito do Direito especial, regula as companhias e os seus órgãos.

<sup>25</sup> Na lição de Bobbio a “juridicidade não é uma propriedade das normas na sua singularidade, mas sim do ordenamento como um conjunto estruturado de normas” (LAFER, Celso, *Norberto Bobbio: Trajetória e Obra*, Editora Perspectiva, São Paulo, 2013, p.161. [fonte recente]).

A invocação isolada da regra contida no artigo 50 do Código Civil para modificar as regras com respeito à responsabilidade das pessoas coletivas é um equívoco. Da mesma forma, a invocação generalizada do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não pode ser caminho ou veículo para, através dele, se desfazer e se desconstruir a ordenação legal contida harmonicamente no Direito comum e no Direito especial. A aplicação deste instituto, que não veio a lume para tratar da responsabilidade de administradores deve ser feita com cuidados e com temperamentos. É falsa a ideia de que nele estaria incrustada a possibilidade dessa conversão daquilo que seja exceção em regra. Ademais, nunca se há confundir, desconsideração de personalidade jurídica (que por destino desconstitui, cirurgicamente, o ato isolado) com a despersonalização da pessoa jurídica regular. Seria erronia grave.

Da legislação especial analisada é fácil depreender que há impropriedades técnicas visíveis nas legislações do trabalho, tributária, ambiental, antitruste e do consumidor, o que requer atenção e cuidado dos aplicadores da lei, lembrando que, antes de se recorrer à norma-exceção, necessário será o resolver as questões postas, na medida do possível, mediante a aplicação da norma-regra.

Especialmente nas legislações ambiental e consumerista, onde as aberturas para a aplicação das normas-exceção são evidentes, disso se serve para a confirmação de que se trata de exceções e não de regras, e esta afirmativa com grau de conclusão decorre da leitura dos próprios elementos formadores das referidas regras legais.

Como registro final e para alimentar o debate, é preciso trazer a texto a afirmação de que a responsabilização de alguém, impondo-se regime de obrigações àqueles que por elas não respondem não pode ser um ato do juiz, haveria de ser um ato da lei, e só da lei. Segundo a velha parêmia, onde a lei não excepcionou não cabe ao intérprete fazê-lo.

*Post scriptum:* tempos depois de terminado este *adminiculum* veio a lume a benfazeja “Lei de Liberdade Econômica” que, tratando especialmente da compreensão do artigo 50 do Código Civil foi expresso em traçar os contornos legais do que seja “desvio de finalidade” restringindo-o à presença de ato ilícito, de fraude portanto.

# BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO JURÍDICO DA PUBLICIDADE<sup>1</sup>

José Anchieta da Silva

**Resumo:** O princípio jurídico da publicidade é um princípio geral, perpassando o Direito Público e o Direito Privado. É tema abrigado em suas linhas mestras no texto constitucional, na legislação infraconstitucional e na contratação privada. Suas duas faces são a publicidade e o sigilo.

**Sumário:** 1. A Publicidade como princípio jurídico. 2. Publicidade e sigilo, verso e anverso de uma mesma moeda. 3. O princípio da publicidade em face do Direito Público. 4. O princípio da publicidade em face do Direito Privado. 5. O princípio da publicidade nos processos. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1. A PUBLICIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

Não é fácil adotar uma definição de princípios. Cada autor tem a sua própria distinguindo-os em função de posições assumidas e de acordo com os valores em causa. Sustenta Paula Forgioni, por exemplo, que no campo amplo do Direito Comercial se tem valido da rubrica de “princípios jurídicos” no sentido de vetores ou de linhas diretrizes da ordem mercantil.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> O texto corresponde a pronunciamento do Autor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, quando do IV Colóquio realizado em parceria da referida Faculdade com o Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, no período de 06 a 12 de maio de 2017.

<sup>2</sup> FORGIONI, Paula, A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da Mercancia ao Mercado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo, 2016, p. 130.

Os princípios do Direito, com efeito, são grandes orientações da ordem positiva, deles emergindo argumentos capazes de conduzir ou de orientar soluções justificáveis, previsíveis, razoáveis, defensáveis, porém diferentes de outras que também pudessem ser contempladas como razoáveis. Há diferença entre princípios e regras embora as regras possam compreender princípios que queiram consagrar. Os princípios iluminam a ordem jurídica, visto que esta não pode ser compreendida apenas como um plexo ou um amontoado casual de leis. Os princípios conferem travejamento básico aos ordenamentos. Os princípios o são de toda ou para toda a ordem jurídica; é dizer, invocados, poderão interferir na escolha de caminhos na busca da melhor aplicação do Direito. Se por um lado, admite-se que as regras são o “direito posto” em virtude de sua estrutura normativa, concedendo operacionalidade ao método jurídico, é na sua interpretação, que se constrói a mais conveniente e sistemática aplicação do Direito, libertando-se o interprete da problemática política dos valores. Nessa construção, os princípios, proporcionam harmonização de textos legais com as situações postas. São lições que se recolhe de Oliveira Ascensão e de Canotilho.<sup>3</sup> Há princípios que se referem ao ordenamento no seu conjunto. São os princípios gerais. Outros, setorizados, o são em função da quadra do Direito onde prestam seus serviços.

Doutrina Ulhoa Coelho que não havendo hierarquia entre princípios de um lado e as regras de outro, um princípio só será hierarquicamente superior a determinada regra se tiver sido enunciado por norma de categoria mais elevada. Adverte que os princípios auxiliam na interpretação das normas jurídicas suprimindo-lhes lacunas, mas não as substituem e nem podem fazê-lo no sentido de afastar sua aplicação. Os princípios de Direito Comercial, assevera, podem ser classificados segundo três critérios, considerando-os em face da hierarquia, da abrangência ou da positivação. Segundo a hierarquia, os princípios podem ser constitucionais ou legais. O primeiro tem sua sede nos textos constitucionais. Os legais encontram-se na legislação infraconstitucional. Segundo o critério da abrangência, os princípios podem ser gerais ou especiais. Gerais aqueles que aplicáveis a todas

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Princípios: entre a Sabedoria e o Aprendizado”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, 2006, p. 2-13; ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e teoria geral*, Editora Almedina, 13ª edição, Coimbra, 2000, p. 333 e seguintes.

as relações jurídicas regidas pelo Direito. Especiais, aqueles que destinados à disciplina de relações regidas por desdobramentos dentro da própria disciplina em causa. Na categoria dos princípios especiais estarão aqueles que se referem apenas a determinados setores do direito. Os princípios, em função da positivação são explícitos porque diretos ou positivados, aqueles que expressamente enunciados pelo constituinte, pelo legislador, ou são implícitos porque indiretos, isto é, não traduzidos em textos legais. São implícitos os enunciados pelo julgador ou pelo doutrinador, a partir de conclusões interpretativas dos dispositivos vigentes.<sup>4</sup>

Essas considerações gerais e introdutórias norteiam numa alça maior, a compreensão do que seja princípio jurídico. É dificuldade, todavia, que o princípio jurídico da publicidade não enfrenta porque este perpassa com a sua presença indispensável, desde sempre, todos os ramos do Direito: do Público e do Privado.

## 2. PUBLICIDADE E SIGILO, VERSO E REVERSO DE UMA MESMA MEDALHA

Do latim, *publicus, a, um*, público, a princípio, corresponde a algo relativo ao público, um coletivo, por oposição ao *privatus*, que diz respeito a um só indivíduo ou a um bloco fechado de indivíduos ligados em face de relações grupais ou de interesses comuns. O princípio da publicidade remonta ao Direito Romano mais antigo e, politicamente é conseqüente do que compreendido numa convivência democrática, de partilhamento de informação. Na sociedade antiga, a publicidade se dava mediante orações verbais que se consagraria no princípio da oralidade<sup>5</sup>. A sua evolução se deu na medida da evolução dos meios de comunicação, as pinturas, os quadros, mosaicos e vitrais, a trombeta dos arautos do rei e os sinos das igrejas, a escrita e a partir daí, os assentamentos.

A publicidade se obtém, por exemplo, mediante a inscrição e a transcrição de atos jurídicos a fim de que se tornem conhecidos e com eficácia para além dos envolvidos, isto é, perante terceiros e *erga omnes*, portanto.

<sup>4</sup> COELHO, Fábio Ulhoa, *Princípios do Direito Comercial* – com Anotações ao Projeto de Código Comercial, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 13 e seguintes.

<sup>5</sup> SILVA, José Anchieta da, “O Princípio da Oralidade – Pela valorização do Princípio da Oralidade no novo Código de Processo Civil”, em *Palavra de Advogado*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2014, p. 251-269.

O contraponto da publicidade é o sigilo, termo oriundo do latim *sigillum* traduzido, originalmente, pelo uso do selo, do sinal, sinete, da marca empregada como sinônimo de segredo. Aquilo que não pode e não deve ser violado. Sua violação importará na quebra de um dever (dever de sigilo) em decorrência de profissão, de ofício ou de determinada regração contratual (cláusulas de sigilo).

A publicidade dos atos jurídicos (atos da vida civil [Direito Privado] e atos de Estado [Direito Público]) será sempre uma regra. O Direito, ciência social, não se afeiçoa a segredos e ocultações, pelo contrário, dá prioridade à luz do meio-dia em lugar da treva da meia-noite. A exceção, pois, dos atos jurídicos em geral será a não publicidade e, portanto, o sigilo. Ocorre que, por razões superiores também o sigilo, em contraponto com a publicidade tem sentido e significado jurídico, posto que deverá ser praticado o ato em sigilo sempre que haja um valor maior a determiná-lo. A lei o dirá. Publicidade e sigilo (ou segredo), nominalmente antônimos, tratados como princípio não são dois princípios contrapostos. São apenas duas faces de uma mesma moeda, verso e reverso, o côncavo e o convexo. No estudo do princípio da publicidade estará o exame desses dois verbetes, um antônimo do outro e ambos abrangidos dentro de um mesmo campo de interesse do comércio jurídico. Há situações em que a regra da obrigatoriedade há de ser a publicidade. Outras exigirão que o caráter sigiloso do ato seja da sua essência. Juntos como Cosme e Damião, a publicidade e o sigilo são figuras justapostas.

O sigilo existe como direito fundamental ao qual corresponde o dever do silêncio ou da ocultação para se atingir ao objetivo da causa justa como tal determinado em lei. O sigilo é tratado como um dever (dever de sigilo) imposto a todos aqueles (particulares ou agentes públicos) que tenham conhecimento de dados sigilosos em relação aos quais recaia a necessidade da ocultação, a inconveniência da sua divulgação. O Código Penal brasileiro tipifica como crime o fato de “revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

O sigilo se oferece debaixo de indumentárias diversas, possuindo muitas faces, tais como o sigilo comercial, o sigilo bancário, o sigilo dos livros comerciais, sigilo do voto, sigilo profissional.

### 3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EM FACE DO DIREITO PÚBLICO

O princípio da publicidade, na seara do Direito Público, exige que os atos do Estado sejam levados ao conhecimento de todos, ressalvadas as hipóteses em que se justificar o sigilo. A publicidade, nesse campo, desempenha duas funções que se complementam. Por um lado, assegura a todos o acesso às informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes estatais inclusive, quando na gestão de recursos e interesses públicos. De outro lado se obterá, com a publicidade, a garantia do conhecimento de tais atos por quaisquer terceiros. Os atos praticados, assim, são timbrados pela clareza, pela ampla informação ou divulgação, pelo necessário conhecimento de todos, indistintamente, favorecendo a afirmação segundo a qual todos os cidadãos são iguais perante a lei (*rectius*: perante o Estado). Essa necessária publicidade coíbe ou desincentiva a prática de atos reprováveis. A garantia de publicidade dos atos jurídicos por parte dos agentes públicos compreende a sua divulgação de modo impessoal e generalizado para conhecimento de todo o público. Essa publicidade dessacraliza o segredo. O texto expresso da Constituição brasileira assegura, a partir do princípio da publicidade, uma série de prerrogativas do cidadão, dentre elas o acesso à informação e o resguardo do sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional (e, nesse passo, o exemplo claro de serem publicidade e sigilo, faces de uma mesma moeda)<sup>6</sup>.

A administração pública se dá a partir da edição de atos, pois que não se administra sem exercício de uma ação administrativa. A publicidade se revela, em suma, na divulgação ou na disponibilização própria e oficial do ato para conhecimento público a partir de cuja exposição se terá o início de seus efeitos externos. As leis e os atos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade como requisito de sua validade em termos universais *urb et orbis* (para a cidade e para o mundo), isto é, perante as partes e perante terceiros em geral. A publicidade não deve ser considerada, assim, como elemento formativo do ato, mas como requisito

<sup>6</sup> A Constituição brasileira trata da matéria da publicidade dentre os considerados direitos fundamentais inclusive, artigos 5º, XIV, XXXIII, LX; e 37, § 3º, II; art. 93, IX; e 216, § 2º. A lei nº 12.527/2011 regula o acesso a informações. A matéria está regulamentada no Decreto 7.724/2012. Da publicidade dos atos administrativos cuida ainda a Lei nº 8.159/1991 e o Decreto nº 2.134/1997.

de sua eficácia e de moralidade pública. Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado porque pública é a ação que o realiza. O sigilo, ao contrário, em sede de Direito Público só se tolera quando a lei assim o exija. Registre-se que nem sempre será fácil compreender as razões do sigilo do ato do administrador público. Com essa dificuldade o Direito convive desde sempre. É tênue a membrana que cobre de regularidade o ato praticado na escuridão do sigilo, matéria que frequenta mais o campo da ética pública do que propriamente do Direito. A lei, é certo, enumera os casos em que o sigilo deve ser adotado como regra, neles se inserindo, por exemplo, os casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesses superiores da administração a ser preservado em processos previamente declarados sigilosos<sup>7</sup>.

A garantia da publicidade dos processos está consagrada, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem em sua décima disposição. A questão da privacidade consignada em vários textos constitucionais abriga, na verdade, orientação da Comunidade Europeia, a partir da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu, cuidando da proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares quanto ao direito à vida privada.

#### 4. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EM FACE DO DIREITO PRIVADO

Essa extraordinária e marcante vitalidade do princípio da publicidade, no entanto, não é privilégio do Direito Público, uma vez que também no âmbito do Direito Privado o princípio em exame se faz presente, seja por frequente recomendação legal, seja por imperativo de normas contratuais (*lex privata*) ajustadas.

---

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 35ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, 2009, p. 95 e seguintes; JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, 12ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2016, p. 65; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, Editora Forense, 29ª edição, revista atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, 2016, p. 103 e seguintes; CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, Editora Atlas, 28ª edição, revista, ampliada e atualizada, São Paulo, 2015, p. 26 e seguintes; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editora, 32ª edição, revista e atualizada, São Paulo, 2015, p. 117 e seguintes.

O princípio da publicidade a serviço dos contratos comerciais é exemplo do quanto aqui se afirma. Dirá o contrato quando é que se exigirá a clareza solar da publicidade e quando é que se exigirá a reserva do necessário sigilo entre as partes e, em ambos os casos, protegendo-se a efetividade do interesse em causa ou protegendo-se as pessoas (os sujeitos envolvidos), ou ambos. Por razões diferentes, ora o sigilo (no segmento das marcas e patentes, por exemplo), ora a publicidade (o apelo de vendas, por exemplo), um e outro, comparece como elemento fundamental de determinada empresa (aqui mais no sentido de empreendimento). Essas duas realidades, a partir de termos de sentidos rigorosamente opostos podem ser determinantes para a comercialidade da avença. O Código Civil de Portugal possui norma expressa a reconhecer o silêncio como meio declarativo, valendo como declaração negocial quanto tal valor for assim reconhecido por lei, pelo uso corrente ou pela convenção.<sup>8</sup>

A publicidade, como regra geral, é um princípio caro às coisas do Direito também no âmbito do Direito Privado. Será a publicidade dos atos jurídicos, no plano patrimonial, que impedirá injustiças em relação às pessoas que, afinal tem o direito de conhecer o que é que possa estar acontecendo no ambiente no qual se dão as relações jurídicas ou que resultantes de situações jurídicas entre credores e devedores por exemplo. Dito de outro modo é necessário que os credores conheçam o estado patrimonial de seus devedores. Os envolvidos em determinada operação têm o direito de conhecer a extensão e o alcance das garantias oferecidas porque assume a posição de devedor diante dos contratos celebrados. Na doutrina francesa se reconhece, em face de evolução legislativa e jurisprudencial recentes, a existência de um princípio da transparência, aplicável a todas as garantias.<sup>9</sup>

O princípio da publicidade orienta vários institutos jurídicos, valendo, para o efeito, destacar a sua relevância em matéria de Direito da Insolvência, onde, é de extraordinária relevância o valor da informação para a tomada de decisões. Não será de valor menor quando se estiver a tratar, por razões semelhantes se não idênticas, do Direito das Sociedades e do Mercado de Capitais (que exige elevados padrões de *disclosure* e evita situações de *insider trading*). Sopesando riscos e benefícios. A publicidade é patrocinadora da integridade das relações. Essa

<sup>8</sup> Artigo 218º. O Silêncio como meio declarativo – O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção.

<sup>9</sup> LUCAS, Miguel Pires, *Dos Privilégios Creditórios – Regime Jurídico e sua influência no Concurso de Credores*, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 84-85.

transparência protege a autonomia da vontade e torna mais confiáveis os mecanismos de mercado. Oferece-se como um direito instrumental para a satisfação de outros direitos. Na seara dos Direitos Reais, por exemplo, a eficácia de tais direitos perante terceiros reclama, por essencial, a publicidade do ato de sua instituição. Nesta sede, o princípio da publicidade acaba sendo orientador de outros vários, dentre os quais o princípio da instância, da obrigatoriedade, da legitimação, da prioridade, da “fé pública” de que se revestem os atos registrais.<sup>10</sup>

## 5. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NOS PROCESSOS

Sobre os atos processuais a Constituição brasileira é expressa (art. 5º, LX) ao determinar que a lei somente restringirá a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. A publicidade não poderá violar direito à intimidade. As hipóteses de segredo de justiça estão no artigo 189 do Código de Processo Civil.<sup>11</sup>

Em matéria de processo, o exame da publicidade e do sigilo remete o estudo, uma vez mais para a Constituição de Ulisses, cujo texto assegura a todo cidadão que os atos processuais sejam atos públicos. Prossegue a Constituição a determinar que todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. E se prevê o *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público ainda que seja para efeito de retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

---

<sup>10</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direitos Reais*, Editora Almedina, 5ª edição, Coimbra, 2015, p. 245 e seguintes; ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Reais*, Coimbra Editora, 5ª edição, reimpressão, Coimbra, 2000, p. 14-19.

<sup>11</sup> Artigo 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I – em que o exija o interesse público ou social: II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentação e guarda de crianças e adolescentes; III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Há processos que, por especiais, fazem uso em grau maior (mais exigente) do princípio da publicidade, como, por exemplo, a ação de recuperação judicial da empresa, com relação, especialmente, à publicidade em lei exigida para os denominados “planos” de recuperação.<sup>12</sup>

A publicidade é, na verdade, excelente agente daquele princípio geral, da boa-fé objetiva. A publicidade dos atos jurídicos, enfim, se obtém com os registros ou inscrições próprias dos atos e com suas publicações em veículos também próprios na forma em que as leis o determinarem.

## 6. CONCLUSÃO

O princípio da publicidade se insere dentre aqueles gerais, presentes em praticamente todos os atos da vida civil e da ação do Estado. Vivencia, todavia, o princípio em exame, nestes tempos modernos onde as coisas se tornam velhas antes mesmo de se fazerem conhecidas, uma inescondível crise. Vivendo-se numa sociedade em transformação, apressada e sem controle, os meios de comunicação, destacando-se as assim chamadas “mídias sociais”, os recursos à *internet* colocam em xeque todos os dias os limites da publicidade e do segredo ou da intimidade das pessoas. No âmbito do próprio processo, os meios e modos novos da práxis, com destaque para os processos eletrônicos, assinaturas digitais, são determinantes de uma necessária e permanente revisão de algumas normas ou procedimentos que, tendo se envelhecido, entram em crise e ficam sem função. Tem se tornado frequente o deparar com comportamentos abusivos de algumas modernidades. Já se escreveu, e a título de conclusão para este adminículo vem a calhar, que, com os meios tecnológicos disponíveis se construiu sistemas informáticos que não esquecem e com isso se quer dizer que com tantos bancos de dados existentes, a guarda sigilosa de informações corre permanentemente muito perigo. Na afirmação de Ada Pellegrini, de Cândido Dinamarco e de Antonio Carlos de Araújo Cintra, repetidos por José Carlos de Araújo Almeida Filho, “toda precaução deve ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação podem representar perigo tão grande como o próprio segredo”.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> É o que prevê o parágrafo único do artigo 53 da Lei nº 11.101/2005: O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação judicial e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta lei.

<sup>13</sup> ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo, *O Princípio da Publicidade no Processo frente à Emenda Constitucional 45/2004 e o Processo Eletrônico*, (inédito).

Enfim, de se considerar que o princípio jurídico da publicidade, com a sua dupla face não pode ser olvidado porque sem ela se estará escondendo sua realidade o que seria um não-direito e disso resultará, inevitavelmente, uma não justiça.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo, *O Princípio da Publicidade no Processo frente à Emenda Constitucional 45/2004 e o Processo Eletrônico*, (inédito).

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *O Direito, introdução e teoria geral*, Editora Almedina, Coimbra, 2000.

ASCENÇÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Reais*, 5ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª edição revista e atualizada, Malheiros Editora, São Paulo, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “Princípios: entre a Sabedoria e o Aprendizado”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXII, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 28ª edição, revista, ampliada e atualizada, Editora Atlas, São Paulo, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Princípios do Direito Comercial – com Anotações ao Projeto de Código Comercial*, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 29ª edição, revista atualizada e ampliada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

FORGIONI, Paula, A., *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da Mercancia ao Mercado*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, 12ª edição, revista, atualizada e ampliada Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direitos Reais*, 5ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2015.

LUCAS, Miguel Pires, *Dos Privilégios Creditórios – Regime Jurídico e sua influência no Concurso de Credores*, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho Malheiros Editores, São Paulo, 2009.

SILVA, José Anchieta da, “Princípio da Oralidade – pela valorização do princípio da oralidade no novo Código de Processo Civil”, em *Palavra de Advogado*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2014, p. 251-269.

# SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NO ÂMBITO ESTADUAL. SEU DIREITO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCORRÊNCIA<sup>1</sup>

José Anchieta da Silva  
Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier  
Cançado de Almeida  
Bruno Barros de Oliveira Gondim

**Sumário:** 1. A consulta. 2. As Características das Sociedades de Economia Mista: a Constituição da República, a Lei de S/A e o Código Civil. 3. A Companhia e as Normas de seu Estatuto Social. 4. O artigo 241 da Constituição da República e a Lei Federal nº 11.107/2005. 5. Conceito de Serviço Público. Titularidade da Prestação. 6. A Lei de Saneamento Básico: O Federalismo Cooperativo. 7. O Contrato de Programa. 8. A Concessão comum de Serviço Público. 9. A Possibilidade de vir a Companhia a participar de procedimentos licitatórios. 10. Em conclusão.

## 1. A CONSULTA

Companhia consulente é uma sociedade de economia mista aberta, constituída sob a forma de Sociedade por Ações (portanto, regida pela Lei das S/As), que tem por atividade-fim a prestação de serviços públicos de saneamento básico, em especial de abastecimento de água e de esgotamento sanitário para a iniciativa privada.

Em sua composição acionária atual, a Companhia é controlada pelo Estado. O restante de seu capital na parte minoritária está nas mãos de acionistas privados.

<sup>1</sup> A publicação preserva (omite) o nome da sociedade consulente como determinam os deveres do sigilo e da ética profissional.

Desde a sua criação, que se deu a partir de autorização consignada em Lei Estadual, a Companhia vem prestando, por meio de contratos de concessão de serviço público, os serviços de saneamento básico a diversos Municípios do Estado.

Informa-nos a Companhia que, por se tratar de contrato de concessão, ao advento de seus respectivos prazos, os referidos Municípios estão procedendo à instauração de procedimento licitatório (na modalidade concorrência pública), para fins de concessão dos serviços públicos (a partir da delegação de sua prestação para terceiros) de abastecimento de água e esgotamento sanitário (ou seja, para a prestação de serviços de saneamento básico), nos termos da Constituição da República, da Lei de Licitação, das Leis Federais nº 8.987/95 e nº 11.445/2007.

Assim, consulta-nos a Companhia: “considerada a [sua] natureza jurídica de Companhia – Sociedade de Economia Mista de capital aberto, regida pela Lei das S/A, (...) indagamos (...) sobre a possibilidade de a Empresa concorrer com a iniciativa privada nas sobreditas concorrências públicas”.

## **2. AS CARACTERÍSTICAS DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, A LEI DE S/A E O CÓDIGO CIVIL**

A sociedade de economia mista é pessoa jurídica de Direito Privado, cuja criação é autorizada por lei (conforme determinação do artigo 37, inciso XIX, da Constituição da República<sup>2</sup>), como instrumento de ação do Estado, que deterá a maioria do capital votante da sociedade, sendo a parcela remanescente destinada ao acionariado oriundo da iniciativa privada. Ela se apresenta como uma entidade coadjuvante dos misteres estatais.

---

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)  
(...)

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello que a sociedade de economia mista “há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular”.<sup>3</sup>

A sociedade de economia mista será constituída sob a forma de sociedade anônima, ficando, por conseguinte, sujeita às regras da Lei das Companhias<sup>4</sup>, e o seu capital poderá ser formado a partir da conjugação de recursos públicos com provenientes da iniciativa privada, devendo, contudo, a maioria acionária votante ficar sob a responsabilidade da entidade pública que tiver autorizado sua criação, tal como de previsão legal.

As sociedades anônimas são espécies de sociedades empresárias institucionais ou estatutárias<sup>5</sup>. O seu capital está dividido em ações (artigo 1º da Lei da S/A<sup>6</sup>). Na hipótese, por se tratar de sociedade aberta, suas ações, que não as de controle, são livremente negociáveis no mercado de Bolsa de Valores.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175.

<sup>4</sup> Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

§ 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º As companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo.

<sup>5</sup> A compreensão do que seja sociedade empresária está no artigo 982, parágrafo único, em oração combinada, do Código de Civil de Miguel Reale, assim:

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

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

<sup>6</sup> Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Com efeito, a Companhia tem por objetivo societário a prestação dos serviços de saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento sanitário e resíduos sólidos), e finalidade lucrativa, na medida em que o usuário de seus serviços pagará a contrapartida respectiva, que viabilizará sua continuidade, o que está em consonância com a exegese do artigo 2º da Lei da S/A<sup>7</sup>.

A sociedade de economia mista, sendo exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviço público, constituída na roupagem de sociedade por ações, será sempre uma sociedade empresária, qualquer que seja o seu objeto social.

Na lição de Nelson Eizirik infere-se que “como conciliar os dispositivos da lei estatal que cria a sociedade de economia mista com os objetivos que a sujeitam ao direito privado? Os primeiros contemplam o interesse público indispensável à sua instituição, enquanto os objetivos que a sujeitam ao direito privado subordinam sua atuação à finalidade lucrativa. Ora, a sociedade de economia mista, por definição, constitui o instituto jurídico por meio do qual se conjugam capitais estatais e particulares; assim, a razão fundamental desse gênero de entidade é a viabilidade de desenvolver-se eficazmente atividade pública – o que justifica a participação do Estado nela interessado – e ao mesmo tempo produzir resultados econômicos que possam ser apropriados, e daí a afluência dos capitais privados. É essa equação que viabiliza a existência da sociedade de economia mista; se não for possível a conciliação da atividade pública com a produção de resultados econômicos, não se justifica a sua criação. A sociedade de economia mista, como a sociedade anônima comum, tem finalidade lucrativa, isto é, existe para produzir lucros e reparti-los entre os seus acionistas, o Estado e os particulares. Seu fim lucrativo, porém, pode, em determinadas circunstâncias, ceder ante a necessidade de alcançar os objetivos públicos para os quais foi constituída, previstos na lei

---

<sup>7</sup> Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º 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.

que a constitui. Assim, por exemplo, é legítimo que uma sociedade de economia mista, que tenha como um de seus objetivos atuar para minimizar o impacto de turbulências sobre o sistema financeiro nacional, adquira participações acionárias em bancos, mesmo que tal operação não seja lucrativa ou economicamente justificável; estará, nessa hipótese, atendendo aos objetivos públicos para os quais foi criada, ainda que sacrificando o seu fim lucrativo. As sociedades de economia mista subordinam-se a um regime jurídico híbrido, que se caracteriza pela aplicação das regras próprias do direito privado, as quais, no entanto, podem ser parcialmente excepcionadas por normas expressas que as sujeitam, em determinadas matérias, ao regime do direito público. Por força do disposto no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, a sujeição da sociedade de economia mista ao regime jurídico do direito privado constitui a regra geral, apresentando a aplicação das normas de direito público caráter excepcional”.<sup>8</sup>

Tenha-se presente que a atividade empresária (o empresário ou a sociedade empresária) opera a partir do binômio: risco e lucro (*finis commercium est lucrum*). *No risco está o desenho de sua atividade e o lucro será o seu desiderato, sua alça de mira (é certo que aquele que busca o lucro corre o risco de amargar prejuízo, e esta é a arte de empresar).*

### 3. A COMPANHIA E AS NORMAS DE SEU ESTATUTO SOCIAL

A Companhia é sociedade de economia mista, prestadora de serviço público, que tem por finalidade a prestação dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário e de resíduos sólidos (todos integrantes da conceituação de saneamento básico constante da Lei Federal nº 11.445/2007), mediante contraprestação dos respectivos usuários. Sua criação se deu com a autorização consignada na Lei e realizou sua Oferta Inicial de Ações (*Initial Public Offering – IPO*), ingressando no Novo Mercado na BM&FBOVESPA, no qual se exige maior transparência e a definição de um conjunto de regras mais claras e rígidas sobre governança corporativa. Suas ações negociadas no Novo Mercado da BM&FBOVESPA estão sujeitas às regras de transparência e governança corporativa deste exigente Novo Mercado.

<sup>8</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume III. São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 296/297.

Esse quadro de fatos e circunstâncias encontra-se plasmado no seu Estatuto Social prescrevendo que a “Companhia se regerá pelo presente Estatuto e pelas disposições legais aplicáveis às sociedades por ações, incluindo a Lei nº 6.404/76”; consagra ainda que “com a admissão da Companhia no Novo Mercado da Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros – BM&FBOVESPA S/A, sujeitam-se a Companhia, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal às disposições do Regulamento de Listagem do Novo Mercado da BM&FBOVESPA” determinando ainda que as “disposições do Regulamento do Novo Mercado da BM&FBOVESPA prevalecerão sobre as disposições estatutárias, nas hipóteses de prejuízo aos direitos dos destinatários das ofertas públicas previstas neste Estatuto”. Exatamente porque integrante desse competitivo mercado que a Companhia tem obrigação de perseguir, dentro da melhor performance, os lucros. Afinal, o acionista privado não negocia e não detém ações do capital social da Companhia porque ela é uma sociedade de economia mista, mas porque ela é uma companhia (sociedade empresária por excelência) aberta e competitiva. O que dela se pretende – com rigorosa e exemplar legitimidade – são: lucro e dividendos.

O objetivo social da Companhia está bem delimitado no artigo 1º de seu Estatuto (...*omissis*...).

Para viabilizar o atendimento desse objetivo social (sua finalidade institucional), o Estatuto Social da Companhia prevê que ela poderá “firmar convênio ou formar consórcio ou qualquer outra forma de parceria com pessoa jurídica de direito público ou privado”, “celebrar contratos, inclusive de programas, de concessão e de permissão de serviço público”, “subcontratar parte de suas atividades, observado o disposto no art. 72 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no § 1º do artigo 25 da Lei Federal nº 8.987/95 (alíneas ‘f’, ‘g’ e ‘h’)”.

O Estatuto Social da Companhia assegurou assim os instrumentos necessários para se viabilizar a prestação dos serviços integrantes de sua atividade fim, auferindo as receitas para sua manutenção e continuidade, tendo sido ali consignada, inclusive, a possibilidade de se vir a participar de licitações, realizadas em conformidade com a Lei de regência, de celebrar contrato de concessão de serviço público, bem como de ser parte de Consórcios ou de celebrar contrato de programa.

Com efeito, considerando-se que o objetivo social da Companhia é a prestação de serviços tidos como públicos, de titularidade de Entes

Federados, que apenas podem ser prestados mediante prévio procedimento licitatório (admitindo-se sua dispensa no caso de Contrato de Programa), para que ela possa, assim, viabilizar sua finalidade institucional e perseguir o lucro inerente à sua atividade empresária, o seu Estatuto Social resguardou-lhe a possibilidade de vir a celebrar os contratos necessários à consecução desta finalidade. São eles: (...*omissis*...).

#### **4. O ARTIGO 241 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A LEI FEDERAL Nº 11.107/2005**

O art. 241 da Constituição da República prevê a possibilidade de os Entes Federados, por meio de lei, constituírem consórcios públicos ou celebrarem convênios de cooperação para a gestão associada de serviços de interesse comum, e, para assegurar a continuidade desses serviços, a transferência total ou parcial de encargos, serviço, pessoal e bens. Assim, a constituição desses consórcios ou convênios apenas será legítima quando resguardar o atendimento às diretrizes consignadas na lei específica editada por cada um dos Entes Federados.

A Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, estabeleceu “normas gerais de contratação de consórcios públicos”. Os consórcios públicos são pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, sem finalidade econômica, formadas pela associação de entes federados para a gestão associada de obras ou serviços de interesses comuns.

Com a formação dos consórcios públicos, constituir-se-á uma entidade que integrará a administração pública indireta dos entes federados consorciados. A constituição de consórcio público dar-se-á por contrato, sendo que sua celebração fica condicionada à prévia subscrição do protocolo de intenções pelos entes consorciados e à ratificação, total ou parcial, desse protocolo por lei promulgada por cada um dos Entes participantes. Exauridas referidas etapas, o consórcio público adquirirá personalidade jurídica e poderá gerir o serviço de interesse comum que terá ensejado sua criação.

O protocolo de intenções é documento que retratará a conjugação de esforços dos entes consorciados para a prestação de serviço de interesse comum. Nesse instrumento, cada ente materializará suas pretensões e anseios, e, em sendo necessário, os encargos que assumirá para assegurar a prestação do serviço pretendida. Seus contornos

legais estão no artigo 4º da Lei nº 11.107/2005<sup>9</sup>, que prevê as cláusulas essenciais do protocolo de intenções.

- <sup>9</sup> Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:
- I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
  - II – a identificação dos entes da Federação consorciados;
  - III – a indicação da área de atuação do consórcio;
  - IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;
  - V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
  - VI – as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
  - VII – a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;
  - VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser Chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;
  - IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
  - X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;
  - XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:
    - a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
    - b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
    - c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;
    - d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;
    - e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e
  - XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.
- § 1º Para os fins do inciso III do *caput* deste artigo, considera-se como área de atuação do consórcio público, independentemente de figurar a União como consorciada, a que corresponde à soma dos territórios:
- I – dos Municípios, quando o consórcio público for constituído somente por Municípios ou por um Estado e Municípios com territórios nele contidos;
  - II – dos Estados ou dos Estados e do Distrito Federal, quando o consórcio público for, respectivamente, constituído por mais de 1 (um) Estado ou por 1 (um) ou mais Estados e o Distrito Federal;

Segundo esse dispositivo legal, o protocolo deverá autorizar a gestão associada de serviços públicos, explicitando: (a) as competências materiais que estão sendo transferidas ao consórcio público; (b) os serviços públicos que serão objeto de gestão associada, bem como a área em que serão prestados; (c) a autorização para licitar e outorgar concessão, permissão ou autorização para a gestão associada de obras ou serviços públicos; (d) as condições que serão observadas quando da celebração do contrato de programa, nas hipóteses em que a gestão associada envolver a prestação de serviços por órgão ou entidade integrante da Administração Direta ou Indireta de um dos Entes Consorciados; e (e) os critérios técnicos utilizados para cálculo do valor da tarifa e de outros preços públicos, bem como para sua revisão e reajuste.

O protocolo de intenções especificará e autorizará a gestão associada de serviços públicos, quando for conveniente aos entes consorciados. Em sendo o protocolo ratificado por lei de cada ente, o consórcio poderá implementar, legitimamente, referida gestão. Caso contrário, o consórcio público não estará legalmente autorizado a executá-la. Essa a exegese dos artigos 5º e 6º da mesma Lei Federal nº 11.107/2005.<sup>10</sup>

### III – (VETADO)

IV – dos Municípios e do Distrito Federal, quando o consórcio for constituído pelo Distrito Federal e os Municípios; e

### V – (VETADO)

§ 2º O protocolo de intenções deve definir o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembleia geral, sendo assegurado 1 (um) voto a cada ente consorciado.

§ 3º É nula a cláusula do contrato de consórcio que preveja determinadas contribuições financeiras ou econômicas de ente da Federação ao consórcio público, salvo a doação, destinação ou cessão do uso de bens móveis ou imóveis e as transferências ou cessões de direitos operadas por força de gestão associada de serviços públicos.

§ 4º Os entes da Federação consorciados, ou os com eles conveniados, poderão ceder-lhe servidores, na forma e condições da legislação de cada um.

§ 5º O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial.

<sup>10</sup> Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

§ 1º O contrato de consórcio público, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções.

§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

O inciso IX do art. 2º do Decreto nº 6.017/2007, que regulamentou a Lei Federal nº 11.107/2005, conceituou a gestão associada de serviço público como o “exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhados ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Por tal conceito, a gestão associada pressupõe o exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização, que poderão estar acompanhadas ou não da prestação material do serviço público.

Os conceitos das atividades de planejamento, regulação e fiscalização encontram-se nos incisos X, XI e XII do art. 2º do referido Decreto nº 6.017/2007. Por planejamento, entende-se a atividade de identificação, quantificação, qualificação e organização das ações destinadas à prestação adequada de um serviço público. Regulação é todo ato normativo destinado a disciplinar ou organizar a prestação de serviço público, estabelecendo suas características, as condicionantes necessárias à prestação de serviço adequado, direitos e obrigações dos usuários e dos prestadores de serviço público, as regras a serem observadas quando da fixação, da revisão e do reajuste das tarifas e de outros preços públicos. A fiscalização é também a atividade de acompanhamento, monitoramento, controle e avaliação da atividade desempenhada, de forma a se assegurar aos usuários a utilização de serviço público adequado.

---

§ 3º A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

§ 4º É dispensado da ratificação prevista no *caput* deste artigo o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Tais atividades, por expressa determinação legal<sup>11</sup>, não poderão ser transferidas ao contratado responsável pela prestação material dos serviços públicos de interesse comum. Em razão disso, o consórcio público será o único responsável por seu exercício. Não se admite que o contratado para a prestação do serviço público seja também incumbido da regulação e da fiscalização da atividade por ele mesmo desempenhada. A importância dessas atividades decorre do fato delas nortear a prestação material de serviço público pelo consórcio, direta ou indiretamente.

A Espanha, assim como previsto no artigo 241 da Constituição brasileira, admite a instituição de consórcio entre entes do mesmo nível de governo para a gestão de serviço público de interesse local, e entre Entes de diferentes níveis de governo para gestão de interesses que não sejam estritamente locais, onde prevalecerá a regulamentação dos Entes Superiores – Estados/Comunidades Autônomas sobre Municípios. Admite-se, ainda, a constituição de consórcio entre Entes Públicos e entidades privadas sem finalidade lucrativa; nesse caso, diante da natureza divergente das pessoas jurídicas consorciadas, não haverá a criação de uma nova pessoa jurídica, sendo o instrumento de cooperação celebrado caracterizado suficientemente como um acordo ou convênio de cooperação mútua.

Assim, os consórcios na Espanha podem envolver entidades públicas de diferentes níveis governamentais. Essa amplitude de partícipes visa assegurar o desenvolvimento e a prestação adequada de serviço público com a implementação de técnicas de gestão modernas. O consórcio será um Ente Local Setorial, detentor de competências e atribuições que lhe serão transferidas pelos Entes consorciados no momento de sua criação. Assim, como pessoa jurídica setorial, a qual se equipara aos Municípios no que tange a benefícios fiscais e assunção de obrigações, possui finalidades específicas, que estarão discriminadas e definidas no

<sup>11</sup> O art. 13, § 3º da Lei nº 11.107/2005 dispõe que:

Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. (...)

§ 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados.

instrumento de sua constituição. Para Martin Mateo<sup>12</sup>, não há dúvida quanto à personalidade jurídica dos consórcios administrativos. A intenção do legislador ao determinar que “os Municípios podem constituir consórcios” terá ido além do simples acordo estabelecedor de direitos e obrigações, e determinou seu caráter de pessoa jurídica associativa.

Este relato e este apanhado têm por finalidade, nos limites do interesse analisado neste parecer, demonstrar que está a Companhia autorizada a celebrar, com Consórcio Público regularmente constituído, que opte pela prestação, de forma indireta, dos serviços de saneamento básico, contrato de programa ou, mesmo, contrato de concessão de serviço público. Não há na construção legal e mesmo doutrinária, sob qualquer ângulo que se analise a questão relativa à prestação dos serviços de saneamento básico e às companhias de economia mista, restrição de qualquer espécie à ampla liberdade de contratação destas companhias, respeitado o seu instrumento estatutário e, este, obediente às leis que lhe conceberam.

## 5. CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO. TITULARIDADE DA PRESTAÇÃO

A noção de serviço público é sobremaneira importante na contextualização das atividades de cunho prestacional cujo exercício é imposto à Administração Pública, e que poderão ser objeto de gestão associada. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público “é toda atividade de oferecimento de uma utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituídos em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”<sup>13</sup>.

No Direito Administrativo português, Marcello Caetano assevera que “chamamos serviço público ao modo de actuar da autoridade pública a fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idóneos para satisfação de uma necessidade

---

<sup>12</sup> MATEO, Ramón Martín. *Los Consórcios Locales*. Uma instituição en auge. RAP, 129/7, Madrid.

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 652.

colectiva individualmente sentida. (...) O serviço público é fundamentalmente destinado à prestação de utilidades concretas aos indivíduos. – Constitui um departamento identificado pelo seu objeto, e este é a prestação de bens materiais ou imateriais (serviços no sentido subjectivo), aos indivíduos singularmente considerados. Para realizar o seu objeto esse departamento tem normalmente serviços acessórios – de expediente, de apoio, operacionais, financeiros, de polícia e auxiliares. O serviço público propõe-se satisfazer uma necessidade colectiva individualmente sentida. – Embora o seu objeto seja proporcionar prestações de coisas ou de serviços aos indivíduos, existe porque se tornou indispensável assegurar no seio da colectividade a regularidade e a continuidade dessas prestações, de maneira tal que cada um saiba poder contar com elas na ocasião oportuna”.<sup>14</sup>

Assim, o serviço será identificado como público quando se puder verificar a presença dos elementos material e formal. O primeiro desses elementos é representado pela atividade de utilidade ou comodidade material disponibilizado à coletividade pelo Estado ou por quem lhe fizer as vezes, mas utilizável individualmente pelos usuários. Assim, apenas serão serviços públicos, as atividades de interesse geral da sociedade, que, em face de sua relevância, demandarem sua assunção e prestação pelo Estado, direta ou indiretamente. Por outro lado, o segundo elemento é representado pela submissão a um regime total ou parcialmente de direito público, formado por princípios e regras que asseguram a supremacia do interesse público sobre o privado, e a outras restrições especiais, destinadas a assegurar a defesa de valores sociais constantes do ordenamento jurídico.

Promovida a dissertação numa conceituação ampla do que seja o serviço público é preciso trazer a texto o elo de ligação entre o serviço público e o objeto social (a partir da lei criadora) das sociedades de economia mistas. Estas, não são o serviço público, são criações, enquanto pessoas jurídicas, da órbita do direito privado, seu objeto é necessariamente carregado de mercantildade; devem compromisso com o resultado (*rectius*: com o lucro), e, portanto, devem persegui-lo. Sua limitação ao exercício e ao desempenho de sua atividade está na lei de sua criação e no seu estatuto social. E só.

<sup>14</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 1067.

Que se faça ouvir a respeito a mais autorizada doutrina de Carlos Mário da Silva Velloso, para quem “a Lei das Sociedades Anônimas em vigor, Lei 6.404, de 15/ 12/ 76, cuida das sociedades de economia mista (arts. 235 a 242). Estabelece o art. 235 que as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a ela, Lei 6.404/76, sem prejuízo das disposições especiais da lei federal. No § 1º do art. 235, estabeleceu-se que as companhias abertas de economia mista submetem-se às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. O art. 238 estatui que a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e a responsabilidade do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. O art. 239 cuida da Administração das sociedades de economia mista, o art. 240, do Conselho Fiscal. A companhia de economia mista, dispõe o art. 241, quando autorizada pelo Ministério a que estiver vinculada, poderá limitar a correção monetária do ativo permanente (art. 185) ao montante necessário para compensar a correção das contas do patrimônio líquido. Estabelece, finalmente, o art. 242, que as companhias mistas não estão sujeitas à falência, mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações. Ao que penso, as disposições da Lei 6.404/76, atinentes às sociedades de economia mista aplicam-se, também, às empresas públicas que têm a forma de sociedade anônima. Esta é, também, a opinião de Sérgio de Andréa Ferreira. É de duvidosa constitucionalidade, entretanto, a norma do art. 242, que afasta as sociedades mistas da falência, no que tange às sociedades mistas que exploram atividade econômica em sentido estrito, tendo em vista que o art. 173, § 2º, da Constituição determina que as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas”.<sup>15</sup>

Feita esta necessária digressão, de se retornar àquela contratação sob forma e modelos mais próprios do Direito Administrativo, para demonstrar a possibilidade, sem restrições, de certa e harmoniosa convivência entre as formas de contratar e as leis que tratam das contratações públicas e privadas.

---

<sup>15</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 502/503.

A prestação de serviço público pode dar-se de forma centralizada ou descentralizada. Diz-se que a prestação de serviço público é centralizada quando ela, por integrar o aparato administrativo do Estado, for desempenhada por órgão que o componha. O serviço público vai da Administração que o presta diretamente ao usuário que dele se beneficia. Nessa hipótese de execução, o Estado é, ao mesmo tempo, o titular e o executor do serviço. Diz-se que a prestação de serviço público é descentralizada quando a titularidade e a execução de determinada atividade, ou apenas sua execução material for atribuída a outra entidade, distinta da Administração Pública Direta.

A transferência da titularidade e da execução de serviço público é admitida para entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público (isto é, autarquias ou fundações públicas de direito público). Nessa hipótese, a Administração Pública competente transferirá a titularidade e a execução de serviço público para uma pessoa jurídica de direito público, criada especificamente para tal finalidade. Essa transferência operar-se-á por lei, mediante outorga.<sup>16</sup>

Nas demais hipóteses, a administração pública trespassará a mera execução do serviço público à entidade com personalidade de direito privado instituída pela própria Administração Pública a partir de autorização legislativa ou à iniciativa privada. Tanto a pessoa jurídica criada pelo particular como a instituída pela Administração Pública prestarão o serviço público por meio de delegação. A diferença está na forma como essa delegação se opera. Na primeira hipótese, como a transferência se efetiva entre administração pública e particular, ela se dará por meio de contrato de concessão ou permissão de serviço público, corroborando a diretriz do artigo 175 da Constituição<sup>17</sup>. Na segunda, considerando-se que a transferência se efetiva dentro do aparato da administração pública, ela estará consignada na lei que autorizar a criação da entidade na administração indireta.

<sup>16</sup> Nesse sentido: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, p. 286/287.

<sup>17</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Na hipótese de Consórcio Público, como ele poderá deter personalidade de direito público ou de direito privado, certo é que a ele poderá ser transferida a titularidade do serviço público e sua execução ou, tão somente, a mera execução material desse serviço. Dito de outra forma, se o consórcio for dotado de personalidade jurídica de direito público, será uma associação pública, que é espécie do gênero autarquia.<sup>18</sup> Nessa hipótese, os entes consorciados poderão outorgar ao consórcio a titularidade do serviço e sua execução. Essa transferência estará materializada no protocolo de intenções e deverá estar expressamente mencionada em sua lei ratificadora.

Contudo, quando o consórcio for dotado de personalidade jurídica de direito privado, a ele apenas poderá ser delegada a prestação do serviço público, e não sua titularidade, que permanecerá com os entes consorciados.

Marcello Caetano<sup>19</sup>, ao tratar da organização do serviço público no Direito Administrativo português, prevê que sua prestação dar-se-á por meio da gestão direta ou da gestão indireta. A gestão direta ocorrerá “quando o serviço é organizado e administrado pelos órgãos de uma pessoa coletiva de direito público coadjuvados por agentes administrativos”. E continuando, assevera que “nas entidades territoriais que, por definição, prosseguem fins múltiplos, encontram-se integrados numerosos serviços públicos, principalmente de carácter cultural e assistencial, formando departamentos cujas despesas são inscritas no orçamento geral da pessoa colectiva onde também figuram as receitas que as cobrem, total ou parcialmente provenientes dos impostos gerais”. De outro lado, a gestão indireta ocorrerá naqueles casos em que “a pessoa colectiva de direito público de fins múltiplos em cujas atribuições se insere o fim justificativo da criação do serviço público considera mais conveniente a entrega da sua gestão a uma entidade privada em quem delegue ou para quem transfira temporariamente os poderes necessários”.

---

<sup>18</sup> “Para a doutrina brasileira, a titularidade dos serviços e atividades públicas não pode sair das mãos do Poder Público, só sendo possível esta transferência para as pessoas da Administração Indireta, mais especificamente as de direito público, como é o caso das autarquias e fundações públicas de direito público, o que se define como outorga e depende de lei para sua realização” (MARINELA, *Fernanda. Direito Administrativo*. 3ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 63).

<sup>19</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 1092.

Continuando, elucida que “a diferença entre a delegação e a concessão é a seguinte: no caso de delegação a entidade pública cria o serviço e conserva a responsabilidade pelo seu financiamento bem como, total ou parcialmente, a titularidade dos riscos que o desempenho da atividade possa acarretar, conferindo à entidade privada apenas a competência necessária para conservar a organização e assegurar o regular e eficaz funcionamento do serviço. Ao passo que na concessão a pessoa colectiva de direito público transfere temporariamente para a entidade privada o exercício dos direitos exclusivos de exploração do serviço, passando este a correr por conta e risco do concessionário”.<sup>20</sup>

A disciplina da matéria se harmoniza com a união dos instrumentos legais específicos (já identificados neste parecer) e com a legislação plural da licitação. A regra norteadora do comportamento das partes não suscita dúvida. É dizer, o comportamento do licitante, do agente privado, daquele que é, ou será, concessionário há de ser comportamento de agente privado.

E isto se afirma para adiantar a conclusão de que, no caso, a Companhia Consulente pode participar de licitações e pode ser contratada; e deve, nestes casos, agir como agente privado.

## **6. A LEI DE SANEAMENTO BÁSICO: O FEDERALISMO COOPERATIVO**

As três realidades políticas fundamentais – a União, o Estado e o Distrito Federal e o Município – detêm em bloco a responsabilidade de providenciar a prestação dos serviços públicos demandados pela coletividade. Com isso, a repartição das competências necessárias à consecução de tal finalidade realizar-se-á mediante critérios técnicos e jurídicos que levarão em consideração os interesses próprios de cada esfera administrativa, a natureza dos serviços, além da capacidade para executá-los de forma mais vantajosa para a Administração Pública.

Na lição de Alexandre de Moraes se tem que a repartição de competências pelo poder constituinte parte de um pressuposto único, qual seja, a predominância de interesses de cada qual das esferas políticas do Estado. Nesse particular, assevera que “o princípio geral que

<sup>20</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 1096.

norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da *predominância do interesse (...)*. Assim, pelo princípio da predominância do interesse, à União caberá aquelas matérias e questões de predominância do interesse geral ao passo que aos Estados referem-se as matérias de predominante interesse regional, e aos municípios concernem os assuntos de interesse local (...)<sup>21</sup>.

Assim, a repartição de competência para prestação dos serviços públicos, levando-se em consideração as regras de competência postas na Constituição Federal e o critério do interesse público prevalente, dar-se-á da seguinte forma: (a) serviços de interesse nacional ou reservados à União; (b) serviços de interesse local; (c) serviços remanescentes ou de interesse estadual.

No que se refere às competências para a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, tradicionalmente, foram conferidas aos Municípios, por ser tal prestação enquadrável dentre aquelas de interesse local, de competência municipal, o que, de resto, foi mantido pelo art. 30, inciso V, da Constituição da República<sup>22</sup>.

Com isso, poderá o Município prestar diretamente o serviço, ou, indiretamente, por intermédio de sua delegação à iniciativa privada, por meio dos instrumentos da concessão ou permissão de serviço público.

---

<sup>21</sup> MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 13ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003 (no original sem o itálico), p. 287.

<sup>22</sup> Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV – criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Poderá, ainda, o Município, nos termos do artigo 241 da mesma Constituição, vir a celebrar consórcio público ou convênio de cooperação, para a delegação das competências necessárias à gestão associada, inclusive com a prestação desse serviço de saneamento básico.

Tal realidade foi reforçada pelo art. 8º da Lei Federal nº 11.445/07, que estabelece, expressamente, que “os titulares dos serviços de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei Federal nº 11.107/05”.

Assim, é plenamente possível a celebração de convênio de cooperação ou a formação de Consórcio Público, visando a gestão associada de serviços públicos, estando incluído entre eles os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

## 7. O CONTRATO DE PROGRAMA

Uma vez constituído o Consórcio Público ou celebrado o Convênio de Cooperação, as obrigações assumidas por um Ente da Federação para com outro Ente ou para com o Consórcio Público, no âmbito da gestão associada de serviço público, deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa.

A propósito, o Decreto nº 6.017/07 define, em seu art. 2º, inciso XVI, o contrato de programa como o “instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive de sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa”.

Com efeito, o contrato de programa (consignado no artigo 13 da Lei Federal nº 11.107/2005) é o único instrumento jurídico válido a formalizar ajustes envolvendo Entes Federados, ou entre Entes Federados e entidades de direito público ou privado integrantes da Administração Pública Indireta de qualquer dos Entes consorciados ou conveniados, no âmbito da gestão associada de serviços públicos, que impliquem ou não na transferência, total ou parcial, de encargos, serviços, bens ou pessoal. Que se força ouvir, por inteiro, na regra contida no aludido artigo 13: “Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de

programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. § 1º O contrato de programa deverá: I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares. § 2º No caso de a gestão associada originar a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos, o contrato de programa, sob pena de nulidade, deverá conter cláusulas que estabeleçam: I – os encargos transferidos e a responsabilidade subsidiária da entidade que os transferiu; II – as penalidades no caso de inadimplência em relação aos encargos transferidos; III – o momento de transferência dos serviços e os deveres relativos a sua continuidade; IV – a indicação de quem arcará com o ônus e os passivos do pessoal transferido; V – a identificação dos bens que terão apenas a sua gestão e administração transferidas e o preço dos que sejam efetivamente alienados ao contratado; VI – o procedimento para o levantamento, cadastro e avaliação dos bens reversíveis que vierem a ser amortizados mediante receitas de tarifas ou outras emergentes da prestação dos serviços. § 3º É nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados. § 4º O contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos. § 5º Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, **o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados.** § 6º O contrato celebrado na forma prevista no § 5º deste artigo será automaticamente extinto no caso de o contratado não mais integrar a administração indireta do ente da Federação que autorizou a gestão associada de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação. § 7º Excluem-se do previsto no *caput* deste

artigo as obrigações cujo descumprimento não acarrete qualquer ônus, inclusive financeiro, a ente da Federação ou a consórcio público” (os negritos são do parecer).

A complexidade desse contrato assemelha-o ao contrato de concessão de serviço público, que também visa amarrar os contratantes aos seus termos, condições, critérios, metas, direitos, deveres, obrigações e garantias, além de outras regulamentações necessárias à manutenção da incolumidade do serviço público, dos direitos dos usuários e das partes contratantes.

Com isso, o contrato de programa é o instrumento que regulará as obrigações que um Ente Público, por meio de órgão de sua administração direta ou entidade de sua administração indireta, assumirá para com outro Ente ou com o consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos de forma associada ou para a transferência de encargos, serviços, pessoal ou bens essenciais à continuidade do serviço transferido.

Em quaisquer das referidas hipóteses, o contrato de programa poderá ser celebrado por dispensa de licitação, face o permissivo 24, inc. XXVI, da Lei Federal nº 8.666/93, devendo ser as minutas do termo de dispensa de licitação e do contrato de programa previamente analisadas e aprovadas pela assessoria jurídica de cada um dos entes consorciados ou conveniados. Deverá, contudo, a celebração do contrato de programa estar prevista e autorizada no Convênio de Cooperação celebrado entre os Entes Federados e em sua lei autorizativa. Assim: “Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação”.

Extraí-se, ainda, que seu objeto será a gestão associada em que haja a prestação de serviço público ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. Importante é considerar que sempre que a gestão associada implicar na prestação de serviço público, independentemente de ser realizada diretamente pelo consórcio ou indiretamente, será imperiosa a celebração de contrato de programa. Nessas circunstâncias, essa celebração apresenta-se como condição de validade das obrigações contraídas por suas partes. A propósito do tema, é farta e segura a doutrina: “as relações entre o Município e uma companhia

estadual de saneamento, a Sabesp no nosso caso, devem ser constituídas e reguladas por contrato de programa. Para que o contrato seja celebrado, deve haver, anteriormente, previsão do contrato de consórcio público ou de convênio de cooperação. É importante destacar que tais convênios ou consórcios têm de respeitar os comandos da lei para sua criação. (...) Também no que se refere ao convênio de cooperação, o texto do Decreto nº 6.017, decreto que regulamenta a Lei nº 11.107/05, no inc. VIII do art. 2º, é bastante claro: o convênio de cooperação entre entes federados tem de ser ‘ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles’<sup>23</sup>.

E o contratado no âmbito do contrato de programa não poderá ser responsável pelo exercício das funções de organização, regulação e fiscalização dos serviços por ele prestados, funções que deverão ser desempenhadas pelo próprio Poder Concedente ou por agência reguladora criada para tal finalidade específica, conforme exegese do art. 13, § 3º, da Lei Federal nº 11.107/05.

Essa regra foi incorporada na Lei Federal nº 11.445/07, que em seu art. 9º, inc. II, prevê que, em havendo a delegação dos serviços de saneamento básico, o seu titular deverá indicar o ente responsável por sua regulação e fiscalização.

As determinações constantes das referidas Leis Federais nº 11.107/2005 e nº 11.445/2007 foram também resguardadas na Resolução ARSAE-MG nº 40/2013 e na Lei nº 18.309/2009, que regulamentam a gestão associada de serviços públicos de saneamento básico, conforme premissas consignadas no artigo 241 da Constituição da República.

Em benefício da utilidade deste parecer há uma questão menor sobre a qual se tecerá passageira observação. São várias as hipóteses onde os contratos com pessoa jurídica de Direito Público estão a dispensar processos licitatórios ou assemelhados. Isto, todavia, não é problema a ser tratado sob a ótica dos concorrentes privados e das sociedades de economia mista que queiram disputar os contratos ou os serviços a serem oferecidos. E, por isso, de tal questão não se ocupará este parecer.

---

<sup>23</sup> D’AMICO, Rafael Gandara; VALENTE, Sergio Ruy David Polimeno. Contrato de programa, regulação estadual e o setor de saneamento básico: comentários à luz de alguns dos recentes acontecimentos no Estado de São Paulo. *In* PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana (Org.). *Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 250.

## 8. A CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇO PÚBLICO

A concessão de serviço público foi uma das primeiras formas utilizadas pelo Poder Público para a delegação a terceiros da execução de um serviço dessa natureza. Isto se deu quando o Estado, assumindo novos encargos no campo social e econômico, buscou novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela Administração.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi o da delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, mediante concessão; por meio dela, o particular executava o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário, fixada esta unilateralmente pelo agente público.

Elucida Caio Tácito<sup>24</sup> que as primeiras concessões remontam ao final do século XIX, e tinham por objeto a execução de obra pública mediante a celebração de contratos particulares. Nesse sentido, assevera que “as concessões nasceram, entre nós, no último quartel do século passado, como um instrumento de atração de capital e tecnologia externos. (...) Foi graças ao concurso da iniciativa privada estrangeira que se desenvolveram, na época, os serviços de portos, a construção de ferrovias e se implantaram, nos grandes centros, os serviços de eletricidade, gás, telefones ou transportes urbanos. Dominou, em tais empreendimentos, o regime contratual, inspirado no direito francês, em que a liberdade do concessionário pouco era limitada pela intervenção do poder administrativo”.

Em datas posteriores verificou-se que, ante a necessidade pública, e também pelo interesse público envolvido em tais concessões, fazia-se mister a intervenção estatal efetiva, com escopo de proteger e assegurar a prestação dos serviços e obras públicas em consonância com os ditames da consecução do bem comum. Diversos diplomas legais sobre a matéria foram publicados, e todos eles ressaltavam a importância de ser o contrato de concessão precedido de licitação, tal como determinava o Código de Contabilidade de 1922, a Lei de Ação Popular – Lei nº 4.717/65, o Decreto-lei nº 200/67 e, posteriormente, o Decreto-lei nº 2.300/86<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> TÁCITO, Caio. *Temas de direito público* (estudos e pareceres), p. 777-805.

<sup>25</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*, p.761-762.

As concessões de serviço público constituem, assim, relação jurídica complexa por meio da qual o Estado, mediante autorização legal e realização de procedimento licitatório próprio delega a terceiro a execução de serviço público, que deverá ser prestado em conformidade com as condições previamente estabelecidas, sendo remunerado por tarifas cobradas dos usuários do referido serviço.

A Constituição da República, promulgada com o objetivo de fortalecimento da cidadania e controle democrático da Administração, determinou a adoção dos princípios contemporâneos de direito administrativo, consignados no artigo 37, determinando, em seu inciso XXI, a obrigatoriedade de licitação para a prestação indireta de qualquer serviço público. Esta obrigatoriedade foi, também, reafirmada no artigo 175<sup>26</sup>, o que determinou o fim da prática de se conceder um serviço sem prévia licitação.

O instituto da concessão, regulamentado pela Lei Federal nº 8.987/95, permite a delegação, pela Administração Pública, da prestação de determinado serviço público que lhe é próprio, continuando o Poder concedente como titular deste, o que lhe permite dele dispor de acordo com o interesse público.

Pelo artigo 2<sup>o</sup><sup>27</sup> da Lei nº 8.987/95, a concessão de serviço público caracteriza-se como a delegação de determinado serviço ou de serviço público precedido da execução de obra, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que de-

---

<sup>26</sup> “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

<sup>27</sup> Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão; II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

monstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Considera Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>28</sup> insuficiente o conceito legal, por não abordar a natureza contratual envolta na concessão, bem como não elucida acerca das tarifas como forma de remuneração do concessionário do serviço público, esposando outra acepção, ao escrever que “o contrato administrativo é aquele pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.

Nessa linha, Marçal Justen Filho<sup>29</sup> leciona que a concessão de serviço público além de trazer em si a transferência na execução de tais serviços, traz, também, a conjugação de outros aspectos, já que “a concessão de serviço público se caracteriza como uma modalidade de transferência de serviço público, através da qual o titular da competência para prestá-lo atribui a outrem seu desempenho. O conceito de concessão envolve a conjugação de diferentes aspectos: manutenção do serviço público (...); concessão e direito de propriedade (...); temporariedade da delegação (...); atribuição dos riscos ao particular (...); remuneração do concessionário (...); regime jurídico complexo”.

Ainda nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>30</sup> assevera que a “concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.

Também, Marcello Caetano sufraga o entendimento de que “quando a pessoa colectiva de direito público em cujas atribuições entra a criação e a exploração com exclusivo de certo serviço público de carácter empresarial não quer assumir o encargo da respectiva gestão poderá, se a lei autorizar, encarregar outra pessoa, geralmente uma entidade privada, dessa gestão, por conta própria, mediante um acto

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 72.

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviço Público*, p. 65/67.

<sup>30</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 629.

jurídico pelo qual lhe transfira temporariamente o exercício dos direitos e poderes necessários e imponha as obrigações e deveres correspondentes. Esse acto jurídico é a concessão do serviço público”.<sup>31</sup>

Assim e então, a concessão de serviço público caracteriza-se pela delegação da execução do serviço para terceiro, sendo certo que o serviço delegado, como próprio e privativo do Poder Público, continua sendo de titularidade do Estado, o que lhe garante os direitos de extinção da concessão antes de encerrado seu prazo de duração, bem como lhe permite a intervenção na concessão para assegurar a adequada prestação do serviço público concedido.

A peregrinação pelos textos legais e pela doutrina, a fim de proporcionar uma construção lógica em relação ao tema objeto do parecer, tem a finalidade de demonstrar que nem a lei, nem a doutrina e nem a jurisprudência desbordam de conclusões já antecipadas no sentido de que pode (não há vedação) a sociedade de economia mista participar de certames licitatórios, quaisquer que sejam as suas formas e fá-lo-á em igualdade de condições com todos os demais concorrentes.

## **9. A POSSIBILIDADE DE A COMPANHIA PARTICIPAR DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS**

A Lei Federal nº 8.666/93, que traz as regras aplicáveis aos procedimentos licitatórios em geral, não veda a participação de sociedade de economia mista, nas licitações destinadas à concessão de serviços públicos, que se enquadrem como sociedade de economia mista.

De fato, o artigo 9º da Lei<sup>32</sup> traz o rol (em *numerus clausus*) daqueles que estão impedidos de participar de procedimentos licitatórios. E

---

<sup>31</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. II, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1099.

<sup>32</sup> Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. § 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão

desse rol, infere-se que as sociedades de economia mista ou as empresas públicas não foram incluídas dentre as proibidas, motivo pelo qual inexistia impedimento legal à sua participação em licitações conduzidas em conformidade com os preceitos da Lei de Licitação.

Com efeito, a Lei Federal nº 8.987/95, ao tratar das normas aplicáveis às concessões e às permissões de serviço público, previu que o Poder Concedente serão os Entes Federados (União, Estado e o Distrito Federal ou Municípios) incumbidos, respectivamente, da prestação do serviço público. Isso se deve ao fato de que apenas as pessoas jurídicas de direito público poderão ser titulares de um serviço público. Por outro lado, o concessionário é definido como a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstrar capacitação para a consecução do serviço licitado e por tal razão, a ele será delegada, mediante contrato específico, a prestação de determinado serviço público. Assim, possuindo as sociedades de economia mista personalidade jurídica de direito privado, não se enquadram no conceito de Poder Concedente, mas sim, no outro vértice, o que lhe autoriza participar de licitações, inclusive concorrendo com outras empresas privadas em igualdade de condições.

E a Constituição da República, em seu artigo 173, § 2º<sup>33</sup>, consagra que às sociedades de economia mista se igualam para efeito de benefi-

---

ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada. § 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração. § 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários. § 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

<sup>33</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

cios fiscais às empresas privadas, justamente em razão de sua natureza competitiva. Com isso, se está autorizando que essas companhias de economia mista participem de certames e neles concorram, em igualdade de condições, com as demais empresas privadas.

Tenha-se presente, por fim, que as Leis Federais nºs 11.107/2005 e 11.445/2007 autorizam, expressamente, a contratação de sociedades de economia mista para a prestação de serviços públicos específicos, como os de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Para tanto, será celebrado contrato de programa, instrumento hábil a regular a gestão associada do serviço público.

Esta é a exegese do artigo 13, § 5º, da Lei Federal nº 11.107/2005: “§ 5º. Mediante previsão do contrato de consórcio público, ou de convênio de cooperação, o contrato de programa poderá ser celebrado por entidades de direito público ou privado que integrem a administração indireta de qualquer dos entes da Federação consorciados ou conveniados” e, também, do artigo 16, incisos I e II, da Lei Federal nº 11.445/2007, que, ao tratar da prestação regionalizada dos serviços públicos de saneamento básico permite desempenhada por “I – órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal, na forma da legislação; ou II – empresa a que se tenham concedido os serviços”.

---

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

*§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. (sem os grifos no original).*

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (os grifos são do parecer).

Numa visão tão ampla quanto empírica e paradoxalmente, ao mesmo tempo, reducionista, da questão analisada, de se ver as duas metades do Direito (reconhece-se, com didática pertinência) ao se dizer que: – no Direito Público só se pode fazer aquilo que a lei determina, enquanto que no Direito Privado, tudo pode, exceto aquilo que a lei veda. Esta afirmativa não altera a convicção do parecerista porque sendo a Companhia Consulente sujeito de Direito da órbita do Direito Privado, não há, para seu caminhar livre e desimpedido, óbice algum no que toca à matéria objeto desta opinião jurídica em parecer construído.

Dessa forma, sob qualquer ângulo que se analise a questão, o que se infere é que inexistente vedação legal à participação de sociedade de economia mista, no caso a Companhia, em certame destinado à concessão de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário ou, mesmo no que toca à celebração de contrato de concessão de serviço público ou de contrato de programa. Essa conclusão ampara-se no texto da Constituição de Ulisses, nas normas da Lei das Companhias, na Lei Criadora da Companhia, na Lei de Licitação, na Lei de Concessão, na Lei de Consórcio Público, na Lei de Saneamento Básico e no Estatuto Social da Companhia. É tudo.

## 10. EM CONCLUSÃO

A partir das questões aqui analisadas, conclui-se, em parecer, que: a) a Companhia Consulente, sociedade de economia mista, é sociedade anônima – companhia aberta, e portanto, o seu regime jurídico é o de instituição privada; b) o seu Estatuto Social, fiel à lei que a instituiu é suficientemente compreensivo, abrigando o direito e a (sua) prerrogativa de disputar contratos e serviços que desafiem a modalidade de licitação (em sentido amplo) qualquer que seja a Entidade Licitante, ainda que pessoa jurídica de Direito Público; c) o Município, na sistemática consagrada na Constituição da República, é o titular do serviço de abastecimento de água esgotamento sanitário; d) os Municípios poderão, nos termos do artigo 241 da Constituição da República, da Lei Federal nº 11.107/2005 e da Lei nº 11.445/2007, celebrar consórcios públicos ou convênios de cooperação, para a delegação das competências necessárias à gestão associada, inclusive com a prestação deste serviço de saneamento básico, que poderá se efetivar por intermédio de contrato de gestão. A opção pela modalidade de licitação ou de

contratação, tal como tratado neste parecer, é matéria que refoge à ação/iniciativa da Companhia Consulente, eis que é de ministério e discernimento (só e exclusivamente só) da outra parte (da que pretende a contratação); e) a Companhia Consulente, sociedade anônima aberta e de economia mista, que tem por finalidade institucional a prestação dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário e resíduos sólidos; mas, não descarta de seu Estatuto Social a obrigação de perseguir os lucros e os resultados, e isto implica na autorização para buscar contratos novos; f) a Lei Federal nº 11.107/2005, em seu artigo 13, § 5º, prevê, expressamente, a possibilidade de a sociedade de economia mista vir a ser contratada para a prestação de serviços públicos, mediante a celebração de Contrato de Programa; g) e, ao dispor especificamente sobre a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico, o artigo 16, incisos I e II, da Lei Federal nº 11.445/2007 autoriza, também de forma clara, a possibilidade de contratação da sociedade de economia mista, por meio da celebração de Contrato de Programa, ou daquela empresa a quem vier a ser concedido o serviço (no âmbito de contrato de concessão de serviço público, precedido do regular procedimento licitatório); h) a Lei Federal nº 8.666/93, que traz as regras aplicáveis aos procedimentos licitatórios em geral, não veda a participação de sociedade de economia mista, naquelas licitações destinadas à concessão de serviços públicos, que se enquadrem na *expertise* da sociedade de economia mista; i) também a Lei Federal nº 8.987/95, ao tratar das normas aplicáveis às concessões e às permissões de serviço público, não vedou a participação de sociedades de economia mista (que possuem personalidade de direito privado) em certames destinados à concessão e à permissão de serviços públicos; j) A título de conclusão final, não há como negar com base no texto constitucional; na lei criadora da Companhia; na lei que rege as Companhias, no seu Estatuto Social – sua *lex privata* – ainda e principalmente em face dos comandos das Leis Federais nº 11.107/2005 e nº 11.445/2007 que a Companhia Consulente tem autorização, tem o direito e tem a prerrogativa de “concorrer com a iniciativa privada nas sobreditas concorrências públicas”. Trata-se da materialização daquele direito de ir e vir que é, também, uma proclamação constitucional.

# O NOVO “CORONAVÍRUS” – “COVID-19” E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA. A (NOVA) AÇÃO DE REVISÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL<sup>1</sup>

José Anchieta da Silva  
Max Roberto de Souza e Silva

A Ação de Recuperação Judicial (artigo 47 da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005) tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Como ponto de partida para uma ação de recuperação judicial se tem, necessariamente, uma situação de crise econômico-financeira empresarial. Um dos requisitos indispensáveis para a propositura está compreendido na exposição das “razões da crise econômico-financeira” (artigo 51, inciso I, da Lei nº 11.101/2005).

As causas de crise econômico-financeira empresarial, têm a sua gênese, a sua origem, em fatos ou motivações internas, ou decorrem de fatos ou motivações do setor de atuação do empresário por ela vitimado. A título apenas ilustrativo, a crise pode advir de uma má gestão empresarial, de uma flutuação cambial inesperada, de um movimento brusco do seu mercado (são clássicos os exemplos das máquinas de escrever ou das máquinas fotográficas com filmes de rolos, cujos mercados desapareceram); ou pela indesejável ocorrência de vícios nos

<sup>1</sup> Texto publicado na JASANEWS de abril de 2020 e no Diretório Nacional da Advocacia – e em *Análise DNA*, Diretório Nacional da Advocacia, julho de 2020.

produtos ou serviços oferecidos (como ocorrido no recente e de grande repercussão, caso da Cervejaria Backer, em Minas Gerais).

É inegável que a pandemia do "novo coronavírus", que está a assombrar toda a comunidade mundial nos últimos tempos, além de causar graves impactos nos sistemas de saúde, tanto público quanto privado, está impactando enormemente toda a economia mundial. É seguro que praticamente todos os setores da economia serão afetados. A pandemia será, sem sombra de dúvida, em si suficiente para, em nome de um contratualismo que os próprios institutos de recuperação empresarial incorporam, ser motivação externa tanto para orientar proposições novas (novas ações de recuperação), quanto para revisão de planos em cuja elaboração a pandemia não foi considerada; tanto quanto para revisões de planos já consolidados, aprovados, homologados e em fase de cumprimento. Justificando esta argumentação, o que se tem é um fato de conhecimento geral, a pandemia, que outra coisa não é se não ela própria: a pandemia.

O mundo dos empresários, o mundo dos consumidores, assim como o mundo dos magistrados não desconhecem os fatos. O comércio, a indústria, o agronegócio, os serviços, todos, afetados, sofrem com uma realidade de abalo estrutural no desempenho de suas atividades. A título de exemplo, o setor aéreo, bares e restaurantes, empresas públicas e privadas de transporte de passageiros, a construção civil, todos, cada um de uma forma e em determinada medida estão a enfrentar crise econômico-financeira que não provocaram, pois decorre exclusivamente da pandemia. Não será novidade o aumento exponencial no uso dos meios e modos de recuperação disponíveis, com destaque para a ação de recuperação judicial.

Retornando à lei de regência, ajuizada a ação e deferido o seu processamento, deve a empresa Recuperanda apresentar o seu Plano de Recuperação Judicial no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias (artigo 53 da Lei nº 11.101/2005). Conforme dados publicados pelo *Serasa/Experian*, o número de ações do tipo, no Brasil, vem crescendo ano após ano. Há, portanto, no Poder Judiciário brasileiro, inúmeros Planos de Recuperação Judicial apresentados, diversos deles já aprovados, outros homologados, outros tantos transitados em julgado e em fase de cumprimento das obrigações neles contidas. Para esses casos, a realidade da pandemia terá sido cruel, não mais se tendo, não mais se verificando, aquelas originais condições de exigibilidade das

obrigações neles previstas, reclamando, cada uma dessas hipóteses, providências que não provêm de simples leitura de textos legais. Tenha-se presente, em exercício próprio da interpretação das leis que, na feitura de textos legais só se considera os quadros conhecidos. Afinal nenhuma lei há de ser um “contempla-tudo”. Não se conhece a hipótese de um texto legal que tenha previsto pandemias. Seria exercício de futurologia.

Com isto, o que se quer afirmar é que, por inequívoco, o cenário empresarial em que os Planos de Recuperação Judicial terão sido concebidos, noutra quadro de realidades, simplesmente mais não subsistem, tendo praticamente todas as suas premissas, todas as suas projeções, todas as suas afirmações, caído por terra. A grande maioria de tais Planos de Recuperação Judicial, certamente, em face do estado de calamidade pública instaurado – verdadeiro “estado de guerra” – decorrente dos profundos impactos econômicos causados pela pandemia, se tornará praticamente de cumprimento impossível.

São vários e tradicionais os institutos jurídicos invocáveis em situações que tais. Todos eles pertinentes, mas, isoladamente, nenhum deles suficiente para explicar a grandeza dos nefastos efeitos decorrentes de uma catástrofe. Exemplificativamente, de se enumerar: a força maior e o caso fortuito; o fato do príncipe; a teoria do equilíbrio contratual (*rebus sic stantibus*).

Em se tratando de descumprimento de Plano de Recuperação Judicial regularmente aprovado pela Assembleia Geral de Credores, a penalidade imposta à Recuperanda, prevista no artigo 73, inciso IV, da Lei nº 11.101/2005, se afigura muito grave qual seja: a convalidação da sua Ação de Recuperação Judicial em Falência. Neste caso, perdem todos. O empresário, o dono do capital; o empregado que perde o seu posto de trabalho, os fornecedores que não mais tem aquela fonte de receitas, os credores que muito provavelmente pouco ou nada receberão de seus respectivos créditos; o Estado que vê esvair uma importante fonte de arrecadação de tributos e de geração de empregos e o próprio mercado em si, que verá catapultado agente estimulador da atividade econômica.

No intento de colaborar na busca de soluções que a urgência do tema reclama, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em sessão virtual do dia 31 de março de 2020, aprovou “recomendações” no sentido de orientar juízes e uniformizar tratamento dos processos de recuperação

judicial durante a pandemia. Em linhas gerais as recomendações do CNJ são as seguintes: i) priorizar a análise e decisão sobre levantamento de valores em favor dos credores ou empresas recuperandas; ii) suspender as Assembleias Gerais de Credores presenciais, autorizando a realização de reuniões virtuais quando necessárias para a manutenção das atividades empresariais da devedora e para o início dos pagamentos aos credores; iii) prorrogar o período de suspensão previsto no artigo 6º da Lei de Falências e Recuperação da Empresa, quando houver a necessidade de adiar a Assembleia Geral de Credores (o denominado *stay period*); iv) autorizar a apresentação de plano de recuperação modificativo, quando comprovada a diminuição na capacidade de cumprimento das obrigações em decorrência da pandemia da COVID-19, incluindo a consideração, nos casos concretos, da ocorrência de força maior ou de caso fortuito antes de eventual declaração de falência (Lei de Falências, artigo 73, inciso IV); v) determinar aos administradores judiciais que continuem a promover a fiscalização das atividades das empresas recuperandas de forma virtual ou remota, e a publicar na Internet os Relatórios Mensais de Atividade; e vi) avaliar, com cautela, o deferimento de medidas de urgência, despejo por falta de pagamento e atos executivos de natureza patrimonial em ações judiciais que demandem obrigações inadimplidas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020.

Com efeito, não caberia ao CNJ fazer mais do que fez, à simples razão de que o seu rol de recomendações tem, exclusivamente, caráter e objetivo de melhor gerenciamento processual; com agilização de providências, priorização de atos que guardem relação com o estado de calamidade pública instaurado.

De se retomar, portanto, o discurso de que, com base naquele contratualismo já anotado, as partes e os interessados envolvidos, todos, e não menos do que todos, têm a obrigação e o dever de compreender a gravidade desse momento novo que o vírus impõe à Humanidade e portanto, para além, muito além de exclusivos interesses empresariais-patrimoniais.

Especificamente quanto ao tema objeto desta breve abordagem, a recomendação do CNJ de maior relevância é aquela disposta em seu item “iv”. É que modificado, por completo, o cenário econômico e as premissas que terão embasado a elaboração dos Planos de Recuperação Judicial oportunamente apresentados, tornando-os absolutamente

insustentáveis, a autorização para apresentação, pela Recuperanda, de “Plano de Recuperação modificativo”, quando comprovada a diminuição na capacidade de cumprimento das obrigações em decorrência da pandemia da COVID-19, com o que se afastará aquela indesejável, por todos, convalidação da recuperação judicial em falência. Nesse caso bastará (é o que se está a propor) um mero procedimento interno, isto é, na mesma ação, um procedimento modificativo, com as alterações que a pandemia estiver a determinar. Com petição nos próprios autos se proporrá as alterações necessárias, em face da jurisdição em aberto e, portanto, dentro daquele consagrado princípio do juízo universal para o feito (artigo 61 da Lei nº 11.101/2005), reorganizando-se a proposta e o processo.

Resta analisar a segunda situação, aquela cuja pandemia esteja a impactar Plano em cumprimento regular, e cujo processo de recuperação judicial esteja encerrado. Para a hipótese, não mais existindo juízo preventivo, porquanto extinto o processo, o que se tem, no plano das novações, são contratos e obrigações novas. Em casos tais, não mais haverá como invocar o princípio da universalidade do juízo original (artigos 62 e 63 da Lei nº 11.101/2005), uma vez que encerrado já terá sido o processo. Esta é a hipótese de uso da ação que se propõe criar, cujo nome outro não pode ser que não “Ação de Revisão de Plano de Recuperação Judicial”.

O rito, a liturgia e o procedimento dessa sugerida e nova ação haverão de ser os mesmos expressamente regulados na Lei de Recuperações Judiciais e de Falências, evidentemente que com a regular publicação de editais, oportuna realização de nova Assembleia Geral de Credores, com a consequente aprovação e homologação do novo Plano de Recuperação Judicial, nesse tempo novo, em sua forma ajustada, também nova.

O conceito de insolvência empresarial, na doutrina, se apresenta de modo plural, compreendendo-se na impontualidade, inadimplência, insolvabilidade e na insolvência propriamente dita. Conforme anotado, as situações de fato identificadoras da crise suscitam invocações de institutos diversos, dentre os quais o da força maior, mas não só. A pandemia que se abateu sobre o mundo é, em relação a tudo isso, diferente e singular e, portanto, é preciso dar as boas-vindas à **nova ação** que, certamente será de larga utilização nos foros, na proteção da empresa brasileira.



# DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

Caio Soares Junqueira

**Sumário:** 1. Breves considerações sobre a Sociedade em Conta de Participação. 2. Dissolução parcial. 3. Procedimento relativo à liquidação. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

A sociedade em conta de participação (“SCP”), cuja previsão legal encontra-se nos artigos 991 a 996, do Código Civil, possui destaque relevante do ponto de vista econômico, na medida em que se afigura como tipo societário de ampla utilização nas relações negociais, não obstante sobre ela ainda recaia alguma incompreensão. Sua utilização é frequente nas mais variadas áreas, destacando-se a incorporação imobiliária, a construção civil e o ramo hoteleiro, dentre outros<sup>1</sup>.

Seu uso amplo decorre das vantagens que a SCP oferece em relação a outros tipos societários, em especial o seu baixo custo, a discrição e a proteção que o tipo confere aos sócios na captação e na aplicação de recursos por conta da sua informalidade (independe de arquivamento em órgãos públicos), bem como da assunção de responsabilidades perante terceiros apenas por uma das partes (o denominado sócio ostensivo).

---

<sup>1</sup> A SCP pode exercer outras atividades, tais como industrialização, a comercialização de bens, a prestação de serviços ou, ainda, a atividade de investimento tal como, por exemplo, uma *holding* pura.

A informalidade, aliás, é fruto de uma peculiar característica da SCP: a ausência de personalidade jurídica. Ela, portanto, não assume direitos e obrigações em nome próprio, não possui patrimônio segregado de seus sócios e também não tem capacidade processual. Tal característica, prevista no artigo 991<sup>2</sup>, do Código Civil, já era destacada por Waldemar Ferreira<sup>3</sup>, para quem “Ela é sociedade apenas nas relações entre os sócios. Inexiste nas relações dela com terceiros”.

A ausência de personalidade jurídica tem reflexo direto no campo obrigacional, conforme já observado, e também no campo patrimonial. Não obstante a SCP não tenha patrimônio próprio, é certo que as contribuições feitas pelos sócios (ostensivo e participante), nos termos do artigo 994, § 1<sup>o</sup>, do Código Civil, formam, exclusivamente na relação entre eles, uma especialização patrimonial que garante o negócio objeto da conta de participação.

As contribuições feitas pelos sócios podem ser mediante bens tangíveis ou intangíveis ou, ainda, por meio de trabalho ou de prestação de serviços, desde que necessários para o exercício da atividade a que se destina a SCP. Perante terceiros, no entanto, esses bens figuram na posse e/ou propriedade do sócio ostensivo.

No plano das relações entre os sócios, esse patrimônio é que forma a conta de participação. Essa conta nada mais é do que um conjunto de registros de toda e qualquer operação da SCP, que evidencia os lançamentos contábeis de suas operações exclusivas, separadamente das operações do sócio ostensivo. Os registros contábeis da SPC são efetuados pelo sócio ostensivo, de acordo com os princípios de contabilidade geralmente aceitos no Brasil; cabendo ao sócio ostensivo a apresentação das declarações relativas ao imposto de renda auferido com as operações da SCP, bem como pelo pagamento de quaisquer impostos, contribuições ou taxas relativas a ela.

---

<sup>2</sup> Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social.

<sup>3</sup> FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. O estatuto da sociedade de pessoas. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 532.

<sup>4</sup> Art. 994. A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais.  
§ 1<sup>o</sup> A especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios.

A SCP, portanto, tem por base um contrato de sociedade, cuja regra matriz encontra-se no artigo 981<sup>5</sup>, do Código Civil. Os elementos que formam o contrato de sociedade são os seguintes: (i) contribuições recíprocas das partes, em bens ou serviços; (ii) exercício de atividade econômica; (iii) partilha de resultados.

Apesar de possuir os elementos básicos de um contrato de sociedade, a extinção de tal vínculo contratual, sobretudo quando implica na saída de um ou mais sócios participantes, mantida a SCP com os demais sócios (ostensivo e participante), com a consequente liquidação da participação do sócio retirante, possui regramento e tratamento próprio.

Em outras palavras, a SCP admite a sua dissolução parcial, por quebra da *affectio societatis*, assim como o admitem outros tipos societários. Contudo, não há na SCP uma apuração de haveres, mas sim uma prestação de contas como mecanismo para apuração de crédito ou débito em nome de quem se retira.

A dissolução parcial da SCP, no entanto, pressupõe apenas a retirada de sócio participante, desde que haja mais de um. Se houver apenas um sócio participante e esse se retirar da SCP, sem que seja substituído, não há como se conceber a manutenção da sociedade, apenas com a figura do sócio ostensivo. Não haverá mais, nesse caso, a contribuição recíproca de mais de uma parte ou a partilha de resultado entre eles, tal como previsto no artigo 991, do Código Civil, já transcrito.

Há situações em que a presença do sócio participante na SCP é afetada sem que isso corresponda à dissolução parcial da sociedade por sua iniciativa. O § 3<sup>o</sup> do artigo 994 do Código Civil, por exemplo, trata da extinção da sócia participante, em razão de sua falência. No entanto, a SCP fica sujeita, quanto à sua participação, às normas que regulam os efeitos da falência no contrato bilateral<sup>7</sup>. O contrato de constituição

<sup>5</sup> Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

<sup>6</sup> § 3<sup>o</sup> Falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido.

<sup>7</sup> Em linhas gerais, os contratos bilaterais não se resolvem com a decretação da falência, ao mesmo tempo em que podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento diminuir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário para a manutenção e preservação de seus ativos, inexistindo oposição dos credores.

também pode, por exemplo, prever a extinção do sócio participante e suas consequências, inclusive com a possibilidade da não dissolução (parcial) da SCP e a possibilidade de ingresso da sucessora da sócia participante (em casos, por exemplo, de cisão, incorporação ou fusão).

Noutro norte, não há como se admitir a retirada do sócio ostensivo, o que implicaria na extinção e liquidação total da SCP, hipótese semelhante à tratada no § 2º<sup>8</sup> do artigo 994 do Código Civil, que versa sobre a falência do sócio participante.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup> já concluiu pela inexistência de regra específica a disciplinar a dissolução da SCP, bem como pela não aplicação, por analogia, das regras previstas nos §§ 2º e 3º do artigo 994 do Código Civil.

É sobre a dissolução parcial da SCP, por iniciativa de sócio participante, e suas consequências que passa a tratar o presente artigo.

## 2. DISSOLUÇÃO PARCIAL

No tocante à dissolução parcial da SCP, sendo a sociedade celebrada por prazo determinado, a retirada de sócio participante depende da comprovação de justa causa, ou seja, deve ser motivada. Esta é a orientação do Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> § 2º A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário.

<sup>9</sup> No precedente em questão (REsp 1230981/RJ), há a seguinte fundamentação no voto do Relator, Min. Marco Aurélio Bellizze:

**“I. Interpretação restritiva do art. 994, § 2º, do Código Civil.**

*Primeiramente, segundo consta do acórdão recorrido, afastou-se a aplicação do art. 1.034 do CC, ao fundamento de que haveria regra específica, qual seja, o art. 994 do CC, a restringir as hipóteses de dissolução das sociedades em conta de participação. Com efeito, prescrito o § 2º do art. 994 do CC, que ‘a falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário’.*

*Da leitura do dispositivo fica clara a pretensão do legislador de regular uma situação concreta específica: o que acontece com a sociedade nas hipóteses de falência do sócio ostensivo. Portanto, o espectro de incidência da norma extraída está expressamente delimitado à falência, hipótese fática que não se encontra presente nesta ação.*

*Desse modo, de fato, não incide no caso concreto a disposição do art. 994, § 2º, do CC, levando-nos, de início, a reconhecer a inexistência de regra específica a disciplinar a dissolução da sociedade em conta de participação.”* (destaques no original).

Casos haverá em que, não obstante não haja a fixação de uma data certa para o encerramento da SCP, o prazo seja determinável, correspondente a um prazo certo para o exercício do objeto social da SCP<sup>11</sup>. Nesta hipótese, ainda que incerto, mas desde que determinável, há que se considerar a SCP como de prazo determinado.

Se a SCP o for por prazo indeterminado, para dissolução não há a necessidade de motivação. Aplica-se, ao caso, a máxima constitucional de que ninguém está obrigado a ficar associado a outrem<sup>12</sup>. Bastará, portanto, a mera irresignação do sócio participante, fundamento carregado de subjetividade e grande fluidez, para ensejar o rompimento do vínculo societário.

Logo, a dissolução parcial pode exigir motivação ou não, dependendo da existência ou não de prazo determinado, devendo a justa causa ser reconhecida judicial ou, se for o caso, por tribunal arbitral.

<sup>10</sup> “DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. NATUREZA SOCIETÁRIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. ROMPIMENTO DO VÍNCULO SOCIETÁRIO.

1. Discute-se a possibilidade jurídica de dissolução de sociedade em conta de participação, ao fundamento de que ante a ausência de personalidade jurídica, não se configuraria o vínculo societário.

2. Apesar de despersonalizadas, as sociedades em conta de participação decorrem da união de esforços, com compartilhamento de responsabilidades, comunhão de finalidade econômica e existência de um patrimônio especial garantidor das obrigações assumidas no exercício da empresa.

3. Não há diferença ontológica entre as sociedades em conta de participação e os demais tipos societários personificados, distinguindo-se quanto aos efeitos jurídicos unicamente em razão da dispensa de formalidades legais para sua constituição.

4. A dissolução de sociedade, prevista no art. 1.034 do CC/02, aplica-se subsidiariamente às sociedades em conta de participação, enquanto ato inicial que rompe o vínculo jurídico entre os sócios.

5. Recurso especial provido.”

(REsp 1230981/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 16/12/2014, *DJe* 05/02/2015).

<sup>11</sup> Segundo Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, “(...) o prazo determinado pode ser certo (quando marcado expressamente o prazo de duração da sociedade, por data específica ou por determinada quantidade de tempo) ou incerto (a construção de uma obra única ou a realização de uma atividade específica, que se exaurirá após o decurso de tempo necessário para tal finalidade)” (*Revista Jurídica Empresarial*. Edição 12. Janeiro/Fevereiro 2010, p. 77).

<sup>12</sup> Art. 5º, XX, da Constituição Federal.

De toda maneira, a existência de motivação acaba por desaguar no rompimento da confiança ou do vínculo original que levou à celebração do contrato de sociedade. De qualquer maneira, haverá a quebra da *affectio societatis*.

Em última análise, a dissolução parcial é o ato que faz iniciar o procedimento subsequente da liquidação da SCP em relação ao sócio retirante, mediante a apuração de resultados positivos e negativos decorrentes da exploração do objeto da SCP até aquele momento, para se chegar ao saldo devido a cada uma delas.

Ressalte-se que a sentença judicial ou arbitral que declarar a dissolução da SCP em relação a determinado sócio participante, deverá fixar a data da dissolução. Se imotivada, essa fixação considera o sexagésimo dia seguinte ao recebimento, pelo sócio ostensivo, da notificação do sócio retirante e se por justa causa, a data de propositura do pedido de dissolução ou a data do trânsito em julgado da decisão que decretar a dissolução. Em ambos os casos, se aplicará por analogia o artigo 605, II e V, do Código de Processo Civil<sup>13</sup>. É a partir da data que vier a ser fixada que surtirão os efeitos da dissolução, inclusive para subsidiar a apuração dos valores eventualmente devidos ao sócio retirante, cujo rito e procedimento é o previsto em lei, qual seja, o da prestação de contas. Até a data da dissolução, todas as obrigações aplicáveis às partes no âmbito da SCP continuarão vigentes.

### 3. PROCEDIMENTO RELATIVO À LIQUIDAÇÃO

Declarada a dissolução parcial da SCP, dispara-se o procedimento de liquidação para apuração da existência ou não de crédito em nome do sócio retirante.

De se destacar, desde já, que as características da SCP não permitem a aplicação de regras próprias de apuração de haveres de sociedades dotadas de personalidade jurídica. A liquidação da conta de participação

---

<sup>13</sup> Art. 605 – A data da resolução da sociedade será:

(...)

II – na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante;

V – na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade; e

(...)

deve ser feita, se e após acolhido o pedido de dissolução parcial da SCP, de acordo com as regras da prestação de contas, conforme determina o artigo 966 do Código Civil<sup>14</sup>, afinal esta é a sua natureza.

A razão para a aplicação das regras da prestação de contas é a de que a SCP, por ser desprovida de personalidade jurídica, não possui patrimônio próprio, existindo apenas um acerto de contas entre o sócio ostensivo e o sócio participante que queria se desligar da sociedade, para apuração de eventual crédito ou débito de parte a parte, tomando-se como data-base, como visto, a data da dissolução parcial da SCP que vier a ser fixada.

Adicionalmente, há que pôr em relevo que, até por conta da ausência de personalidade jurídica (e, conseqüentemente, de patrimônio próprio), a SCP não se obriga perante terceiros porque, quem, para todos os fins, responde pelas obrigações decorrentes do exercício da atividade da SCP é o sócio ostensivo.

Não há razão para a aplicação do procedimento dissolutório das sociedades personificadas, cujo detalhamento e razão de ser reside na proteção dos interesses de terceiros que com a sociedade (personificada) se relaciona (os credores da sociedade). A SCP não possui credores “externos”, dado ser sociedade eminentemente interna, contratual, cuja relação de crédito e de débito ocorre apenas entre os sócios.

Dessa forma, somente o patrimônio do sócio ostensivo, que juntamente com as contribuições do sócio participante formam o patrimônio especial, é que responderia pela sociedade perante terceiros. Como o sócio ostensivo continuará garantindo os credores, ainda que em caso de extinção da SCP, o rito da prestação de contas é suficiente para a liquidação da sociedade face à inexistência de interesses externos na sua realização.

Nesse cenário, não se aplica à SCP o artigo 1.031<sup>15</sup>, do Código Civil, uma vez que o reembolso do valor da quota ao sócio retirante, assim como ao excluído ou aos herdeiros do falecido é comportamento

<sup>14</sup> Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

<sup>15</sup> Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

exigível apenas às sociedades personificadas, que, afinal, põe o sócio à frente dos próprios credores da sociedade personificada, eis que a regra vigente é a de que o crédito dos sócios será, em relação a todos os demais credores da sociedade, meramente crédito subordinado<sup>16</sup>.

A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup> já decidiu sobre a distinção entre o regime de liquidação das sociedades personificadas e o regime aplicável à SCP. E a justificativa adotada naquela Corte Superior é a de que o patrimônio especial, para o qual contribuem os sócios da SCP, só surtirá efeitos entre eles próprios, o que leva, ao final, a confusão entre o patrimônio do sócio ostensivo e o patrimônio da SCP, sem que isso represente anormalidade. Este posicionamento do Superior Tribunal de Justiça também é compartilhado pelos tribunais de justiça<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> A preferência dos credores frente aos sócios está prevista, principalmente, na legislação falimentar. O artigo 83, VIII, “b”, da Lei n. 11.101/2005, classifica o crédito dos sócios, assim como dos administradores sem vínculo empregatício, como subordinados, ou seja, dentre os últimos da ordem legal.

<sup>17</sup> No RESP nº 1.230.981, consta do voto do Relator, Min. Marco Aurélio Bellizze, o seguinte a respeito da distinção entre os procedimentos de liquidação de sociedades providas de personalidade jurídica e os relativos à SCP: “Isso porque a especialização patrimonial das sociedades em conta de participação só tem efeitos entre os sócios, nos termos do § 1º do art. 994 do Código Civil, de forma a existir verdadeira confusão patrimonial entre o sócio ostensivo e a sociedade, perante terceiros. Assim, inexistindo possibilidade material de apuração de haveres, disciplinou o art. 996 do mesmo diploma legal que a liquidação dessas sociedades deveria seguir o procedimento relativo às prestações de contas, solução que era adotada antes mesmo da vigência do novo Código”,

<sup>18</sup> “APELAÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. Preliminar. Nulidade da sentença que reconheceu a LITISPENDÊNCIA entre a reconvenção e a ação em apenso ajuizada pelo réu. Hipótese de continência. Julgamento conjunto da ação principal, reconvenção e ação em apenso. AÇÃO DE RESCISÃO DO CONTRATO DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO CUMULADA COM DEVOLUÇÃO DE VALORES. Extinção sem exame do mérito, por ausência de interesse processual (CPC, art. 485, VI). Necessidade de observância do procedimento de dissolução de sociedade (CC, art. 1.034 e 1.028). Impossibilidade de mera devolução do valor integralizado. Liquidação que deve ser feita na forma especial de prestação de contas (CC, art. 996). RECONVENÇÃO E AÇÃO EM APENSO. Pretensão de declaração de nulidade do contrato de constituição de sociedade e rescisão do contrato de compra e venda, cumulada com indenização. Parcial procedência. CONTRATO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. Nulidade. Ocorrência de SIMULAÇÃO (CC, art. 167, II e III). CONTRATO DE COMPRA E VENDA.

Na prestação de contas que deverá ocorrer no momento seguinte à decretação da dissolução parcial da SCP serão apurados, de acordo com eventuais regras pertinentes do seu contrato de constituição, os créditos e débitos atribuídos de parte a parte, sempre de acordo com o desempenho da SCP até o momento da dissolução parcial, daí resulta a importância da contabilização de seus direitos e obrigações em regime de conta em participação.

É importante registrar que, diante do procedimento próprio de prestação de contas, na liquidação da conta de participação para retirada de sócio participante não entram na conta eventuais lucros que a sociedade em participação deixaria de auferir caso permanecesse na sua condução de SCP.

Considere-se que, em sendo a SCP uma sociedade, ainda que desprovida de personalidade jurídica, o lucro não é certo e muito menos constitui uma obrigação sua. O lucro é o objetivo, mas sua realização é incerta. É fato que o objeto da conta de participação pode dar certo ou não, de modo que o sócio ostensivo pode auferir lucro para distribuir, via SCP, ou não. Trata-se, aqui, daquilo que considerado como os riscos próprios do negócio.

---

Vedação da venda ou promessa de venda de loteamento ou desmembramento não registrado (art. 37 da Lei 6.766/79). NULIDADE VIRTUAL. Necessidade de retornar as partes ao estado anterior, sem prejuízo da preservação de alguns efeitos do negócio. BENFEITORIAS. Indenização devida. Valor a ser apurado em liquidação. DANOS MORAIS. Inocorrência. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.”

(TJSP; Apelação nº 1003752-35.2015.8.26.0099; Relator Des. Hamid Bdine; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Bragança Paulista – 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2018; Data de Registro: 20/02/2018 – grifou-se).

“SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. Tutela antecipada. Pedido de rescisão contratual e depósito de valores nos autos. Indeferimento. Determinação de prestação de contas, na forma mercantil, pelo sócio ostensivo. Decisão extra petita. Inocorrência. Magistrado que exerceu o poder geral de cautela. Prestação de contas, ademais, que é ínsita à liquidação da sociedade em conta de participação. Inteligência do art. 996 do CC. Decisão mantida na íntegra, com fundamento no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso não provido.” (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2107762-56.2014.8.26.0000; Relator Des. Tasso Duarte de Melo; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível – 45ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/01/2015; Data de Registro: 27/01/2015 – grifou-se).

Então, garantir ao sócio retirante, no momento da dissolução parcial da SCP, a partir da liquidação de sua respectiva conta de participação, a certeza do lucro que poderia ser auferido pela SCP é algo absolutamente fora de propósito. Tal pretensão equivaleria a assegurar ao sócio retirante o bônus da atividade objeto da SCP sem o respectivo ônus inerente à atividade empresarial. Seria o mesmo que desprezar a própria natureza societária da SCP. A doutrina abriga esse entendimento: “No entanto, é de descartar que é vedada a estipulação contratual que restrinja a responsabilidade do sócio participante a ponto de resguardar o valor de sua própria entrada. Isto é, seria nula a cláusula que estabelece a intangibilidade do investimento, mesmo em caso de prejuízo apurado na exploração do objeto da conta de participação. Com efeito, o sócio participante não só pode, mas deve perder o aporte feito em caso de prejuízo da operação, sob a pena de, em assim não sendo, estar desnaturado o caráter societário do negócio havido entre as partes”.<sup>19</sup>

A título ilustrativo e para demonstrar o absurdo que corresponderia a inclusão de projeções de lucratividade na prestação de contas para efeito da retirada de sócio participante basta considerar que também não se concebe impor ao mesmo sócio eventuais prejuízos que a SCP pudesse apurar no futuro, após o seu desligamento.

Em suma, os haveres do sócio retirante, a serem apurados pelo procedimento de prestação de contas, devem considerar a situação patrimonial da SCP no momento de seu desligamento, sem qualquer projeção futura, seja quanto à lucratividade, seja quanto à perda. Nesse sentido, mais uma vez a abalizada opinião de João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli: “Quanto às sociedades em geral, qualquer que seja a causa da dissolução parcial da sociedade (morte de sócio, penhora e liquidação de quota, falência de sócio, retirada voluntária, recesso, exclusão, incapacidade superveniente ou qualquer outra hipótese prevista em lei ou no contrato social), a consequência é sempre a mesma: a constituição de um crédito em favor do sócio desligado (ou de seu sucessor) e contra a sociedade. Nesse contexto, a apuração de haveres é o procedimento pelo qual se fará a liquidação de sua participação na sociedade, seja ela uma liquidação pelo método do balanço especial ou por convenção pré-determinada no contrato social (ou acordada entre as partes) (CC, art. 1.013).

---

<sup>19</sup> SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 152.

Em se tratando de sociedade em conta de participação, a apuração do crédito efetua-se através de prestação de contas levada a cabo pelo sócio ostensivo. Esse levantamento e o recebimento de eventual saldo favorável é direito do sócio desligado qualquer que seja a hipótese de dissolução parcial e em qualquer tipo societário, mesmo em caso de exclusão – situação em que até se poderá descontar (compensar) eventual dano causado aos demais sócios do montante a ser pago ao excluído, mas não se poderá lhe sonegar o direito aos haveres.

De qualquer forma, é preciso deixar claro que o direito aos haveres nada tem a ver com um suposto direito de restituição do montante investido por qualquer dos sócios, o qual, caso seja verificado in concreto, pode desnaturar a natureza societária da conta de participação. Isto é: a intangibilidade do investimento contratualmente estipulada de modo a retirar qualquer risco relativamente ao participante corrompe a natureza societária da SCP. O crédito a que o sócio tem direito quando do seu desligamento da sociedade guarda relação com o estado patrimonial da conta de participação no momento do desligamento”.<sup>20</sup>

Não há, pois, como se cogitar, neste momento e a título de liquidação da participação do sócio retirante, de outro procedimento que não o de prestação de contas, mediante a apuração da relação de débito/crédito no momento de seu desligamento, de acordo com as regras do próprio contrato de constituição da SCP.

Quanto ao pagamento do crédito do sócio retirante, deverá ser feito pelo sócio ostensivo, posto que este é quem gere e administra a SCP, exercendo todas as atividades inerentes ao seu objeto e nos termos do contrato de participação. É em sua posse e/ou propriedade que os bens e direitos, que compõem a conta de participação são mantidos e explorados.

É indispensável que se observe o que prevê o contrato de constituição da SCP. É recomendável que os sócios disciplinem não só a forma com que será feita a prestação de contas, mas também, como se dará o pagamento do crédito que eventualmente venha a ser apurado.

Registre-se que não faz sentido o pagamento do crédito do sócio que se desliga, com bens e direitos relacionados diretamente com a atividade exercida pela SCP, uma vez que a sociedade necessita continuar com os sócios remanescentes, enquanto não cumprido o objetivo do contrato. Apenas em caso de liquidação total da SCP é que será possível a partilha dos seus ativos e respectivo acervo de forma integral, nesse caso, por óbvio, desaparecendo a SCP.

<sup>20</sup> Obra citada, p. 197.

#### 4. CONCLUSÃO

É inegável a relevância e a utilidade da SCP na economia, na medida em que o seu modelo constitui importante ferramenta que garante aos seus atores segurança, baixo custo e previsibilidade para a execução de empreendimentos de diversas naturezas e diferentes segmentos da economia.

A grande vantagem da SCP decorre do fato de ser uma sociedade interna, apenas entre os sócios, garantindo-se a seus integrantes a possibilidade de tratarem temas e matérias societárias sem a necessidade de tutelar interesses de terceiros, notadamente de credores.

Sendo a SCP um tipo de sociedade, ainda que sem personalidade jurídica, é possível o rompimento do vínculo societário pelo sócio participante, com a continuação da sociedade com os sócios remanescentes, de forma justificada (se de prazo certo ou determinado) ou não (se por prazo indeterminado), dando-se ensejo à sua dissolução e liquidação parcial, na forma em que tratadas nestas breves notas.

Destaca-se, neste ponto, o acertamento da relação de crédito e débito entre sócios, em decorrência da retirada de um ou mais sócios participantes, não ostensivos que são, com a continuação da sociedade com os sócios remanescentes. A dissolução se dará mediante o procedimento de prestação de contas, previsto no artigo 996 do Código Civil, sendo inaplicável à SCP, pelas suas características, o artigo 1.031, do mesmo Diploma Legal.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. O estatuto da sociedade de pessoas. Vol. 03. São Paulo: Saraiva, 1961.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. *Sociedade em Conta de Participação*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Revista Jurídica Empresarial*. Edição 12. Janeiro/Febrero 2010.

# NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL POR VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA

Eduardo Augusto Franklin Rocha

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. A correta interpretação do conceito de Ordem Pública à luz da doutrina. 3. A correta interpretação do Conceito de Ordem Pública à luz da jurisprudência. 4. Consideração finais.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O controle judicial da sentença arbitral é realizado por meio da ação anulatória prevista no artigo 33 da Lei 9.07/96 (“Lei de Arbitragem”). O artigo 32 da mesma Lei, em seus incisos I a VIII, estabelece um rol de requisitos que, uma vez inobservados, implicariam na nulidade da sentença arbitral.

Deixando de lado a discussão doutrinária a respeito da taxatividade (ou não) das hipóteses de nulidade da sentença arbitral previstas no citado artigo 32 da Lei de Arbitragem, há certo consenso quanto ao fato de que é possível a propositura de ação anulatória fora das hipóteses em *numerus clausus* dos referidos incisos, quando ocorram “situações absurdas, teratológicas, prima facie ofensivas ao mais comezinho sentimento de juridicidade”<sup>1</sup>.

Tomando-se emprestada a exigência imposta pelo artigo 39, inciso II, da Lei de Arbitragem, para fins de homologação da sentença arbitral estrangeira, a doutrina e jurisprudência passaram a admitir, em casos excepcionais uma interpretação mais alargada das hipóteses do

<sup>1</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública”. In *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 09 (abr./jun., 2006). p. 262/276.

artigo 32 da Lei de Arbitragem, a justificar o cabimento de ação anulatória de sentença arbitral nacional por ofensa à ordem pública.

Tendo em vista, contudo, a amplitude do conceito de ordem pública, tornou-se corriqueira a alegação de sua ofensa como veículo a sustentar o ajuizamento de ações anulatórias de sentença arbitral.

Este sucinto artigo procurará melhor esclarecer o conceito de ordem pública e a correta interpretação do que a doutrina e a jurisprudência entendem como violação passível de ensejar a anulação de uma sentença arbitral, sobretudo para se combater a promiscuidade com que tal alegação tem sido rotineiramente utilizada perante o Poder Judiciário.

## **2. A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA À LUZ DA DOCTRINA**

O conceito de ordem pública é vago e de difícil definição, até porque pode alterar-se de acordo com determinado momento histórico, sendo, portanto, um conceito fluido, que pode adequar-se ao próprio desenvolvimento da sociedade.

A ordem pública deve ser entendida num conceito amplo, aquilo que visa a proteção de princípios fundamentais, basilares e “essenciais à manutenção da sociedade, à sua boa ordem, à sua defesa, à sua moral”<sup>2</sup>. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona<sup>3</sup> são “preceitos de ordem pública [aqueles] que o Estado não permite sejam superados, de tal sorte que a premissa do próprio dispositivo em questão é a defesa da ordem pública de modo geral”.

Não se pode confundir, portanto, a ordem pública com normas imperativas ou cogentes, que podem conter preceitos de ordem pública, mas que não, necessariamente, como bem esclarece Ricardo de Carvalho Aprigliano<sup>4</sup>, comportem “regra de repercussão e interesse geral, próprios das leis de ordem pública”.

Nem toda norma imperativa, portanto, é de ordem pública, pois o que a caracteriza como tal é exatamente o seu conteúdo, que deve estar

---

<sup>2</sup> CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Introdução e parte geral. 8. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1958, v. I, p. 200.

<sup>3</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 412.

<sup>4</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 27.

intrinsecamente atrelado a “valores fundamentais da sociedade, em determinado tempo e lugar”<sup>5</sup>.

Tirando proveito dessa sutil, mas relevantíssima diferença, é que se tem observado na casuística forense um crescente número de ações anulatórias de sentença arbitral calcadas na mera alegação de violação a determinada lei material, e não propriamente numa real e verdadeira ofensa à ordem pública, decorrente de afronta a princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Não é, portanto, qualquer erro de julgado, equívoco de interpretação ou negativa de aplicação de determinado dispositivo legal ao caso concreto o que ensejaria ofensa à ordem pública a ponto de justificar a anulação da sentença arbitral. A lição de Pedro Batista Martins<sup>6</sup> é elucidativa ao esclarecer que: “(...) a ausência de item expresso na lei demonstra que a intenção do legislador pátrio foi a de permitir que somente casos extraordinários que afetem a ordem pública possam ser questionados na justiça”, de modo que a violação deve ser “flagrante, efetiva e concreta, vez que a revisão do julgado arbitral é matéria defesa ao juízo estatal (...). A sentença há de ser, obviamente, contrária à ordem pública”.

De modo contrário, caso se permitisse que toda e qualquer violação à lei material, independentemente de seu conteúdo, justificasse o cabimento da ação anulatória, estaria aberta, de modo indiscriminado, a possibilidade do Poder Judiciário revisar o mérito das questões submetidas à arbitragem, o que sabidamente não é possível em face do que expressamente dispõem os artigos 18 e 31 da Lei de Arbitragem e do pacífico posicionamento da doutrina<sup>7</sup> e jurisprudência<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Op. cit., loc. cit.*. Ainda segundo o autor, em todos os ramos do direito podem ser encontradas normas de ordem pública e outras que não possuem essas características. Assim, “há normas imperativas, mas que não trazem este elemento do interesse públicas, além de outras normas, meramente dispositivas”.

<sup>6</sup> MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 319.

<sup>7</sup> “Isso significa que não haverá contato do juiz togado com o mérito da causa submetida a juízo dos árbitros, sendo inviável o recurso ao Poder Judiciário” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 231).

<sup>8</sup> “A sentença arbitral não se sujeita a reexame de mérito nem pelo árbitro nem pelo juiz estatal, adquirindo, desde sua prolação, a imutabilidade decorrente da coisa julgada (artigos 18 e 31 da Lei 9.037/96), razão pela qual cabida a sua execução definitiva (não provisória)” (STJ, REsp 1.102.460. Rel. Min. Marco Buzzi, j. 23.09.15).

Não se pode esquecer que quando as partes elegem a arbitragem como forma de solução de conflitos outorgam aos árbitros poderes equivalentes ao de um juiz togado, sem quaisquer restrições na sua competência, conforme entendimento pacífico do STJ<sup>9</sup>.

E assim delegam ao árbitro o poder de decidir de acordo com a aplicação da lei material escolhida livremente pelas partes. Eventual julgamento que, por exemplo, deixasse de aplicar a Lei brasileira, quando eleita como lei aplicável, para aplicar outra legislação estrangeira, em tese ofenderia à ordem pública de um modo geral, afrontando princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Mas a correta (ou até mesmo incorreta) aplicação pelo árbitro da Lei Material pura e simplesmente em hipótese alguma implicaria necessariamente em ofensa à ordem pública e não poderá, por consequência, ensejar pedido de nulidade da sentença arbitral. Isto aliás, esbarraria mais uma vez na impossibilidade de revisão do mérito da arbitragem por força da invocação do princípio do livre convencimento motivado.

Novamente recorre-se à sempre elucidativa lição de Carlos Alberto Carmona<sup>10</sup>, que bem preceitua que: “Não podem as partes retirar do árbitro a faculdade de realizar livremente o exame crítico de todos os elementos probatórios para chegar à solução que lhe parece mais justa, tornando-se claro, como ponto de equilíbrio do sistema, que o contrapeso desta liberdade (necessária) é a (também necessária) motivação da sentença arbitral”.

Merece ainda trazer à luz, a doutrina de Ricardo Ramalho Almeida<sup>11</sup>, segundo a qual se mostra impossível a pretensão de se anular decisão arbitral “sob pretexto de não ter adotado a melhor interpretação da lei, ou ter contrariado a jurisprudência predominante, ou ainda ter divergido da melhor doutrina, ter subsumido erroneamente os fatos ao direito, não ter valorado as provas corretamente, ou quaisquer outras suposições semelhantes”.

A doutrina de Hermes Marcelo Huck<sup>12</sup> é lapidar ao explicar que “(...) o Poder judiciário não controla a correção ou a incorreção da aplicação da lei material pela sentença arbitral, mas apenas se a lei escolhida pelas partes e, portanto, a sentença ou decisão arbitral proferi-

---

<sup>9</sup> STJ, 1ª Turma, MS 11.308, Rel. Min Luiz Fux, j. 19.05.08.

<sup>10</sup> CARMONA, Carlos Alberto, 2004. *Op. cit.*, p. 410/411.

<sup>11</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 268/269.

<sup>12</sup> HUCK, Hermes Marcelo. “Árbitro. Juiz de fato e de direito”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 40/2014, p. 181.

da com base nela, viola a ordem pública ou os bons costumes, podendo recusar-se a lhe dar efetividade. (...) Além disso, as hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem não preveem a possibilidade de controle do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, de forma que a apreciação dos fatos e aplicação do direito jamais será objeto de reexame pelo juiz estatal, seja durante a arbitragem, seja posteriormente a ela”.

Nesse sentido ouça-se a voz do STJ<sup>13</sup> para quem “eventual adoção de entendimento equivocado não configura causa de nulidade da sentença arbitral”, e que também não vacila em invocar o consagrado princípio do livre convencimento para assegurar a autoridade das decisões arbitrais<sup>14</sup>.

Dessa forma, nenhuma das referidas hipóteses poderá ser invocada como ofensa à ordem pública a justificar a anulação de sentença arbitral, pois para tanto é preciso que a violação seja grave e patente, ensejando afronta a princípios caros à sociedade, notadamente aqueles fundamentais à segurança do ordenamento jurídico como um todo.

O que se percebe, na realidade, é que a invocação de ofensa à ordem pública, em razão da dificuldade em sua conceituação de modo objetivo, tem sido utilizada de modo absolutamente desmedido, como tentativa de se esquivar das hipóteses restritas de anulação da sentença arbitral previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, para todo e qualquer inconformismo da parte vencida contra a resolução do mérito da arbitragem. Como bem adverte Ricardo Ramalho Almeida<sup>15</sup>: “A alegação de ofensa à ordem pública é feita, frequentemente, como um veículo para escoar as frustrações da parte que perdeu na arbitragem ou que se opõe à execução arbitral, dando margem, pelo seu caráter genérico, a toda espécie de alegação”.

No entanto, conforme demonstrado, tal prática deve ser severamente repudiada pelo Poder Judiciário, pois conforme bem resume Pedro Batista Martins<sup>16</sup>, a sentença arbitral somente poderá ser anulada quando contiver “vícios efetivos e concretos, observados sem maiores entrâncias no mérito da questão, e que afetem pressupostos fundamentais de ordem pública podem ser objeto de ação de nulidade”.

É exatamente sobre este prisma que a nulidade da sentença arbitral deve ser analisada quando colocada em xeque sob alegada violação à ordem pública.

<sup>13</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.636.102, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 01.08.17.

<sup>14</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.500.667, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19.08.16

<sup>15</sup> ALMEIDA, Ricardo Ramalho, 2005. *Op. cit.*, p. 264.

<sup>16</sup> *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: comentários à Lei 9.307/96*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 320.

### 3. A CORRETA INTERPRETAÇÃO DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência brasileira tem sido exemplar na preservação do instituto da arbitragem, sempre buscando repudiar pedidos descabidos de anulação de sentença arbitral, que não se enquadrem dentro das hipóteses restritas do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Não tem sido diferente em relação às infundadas alegações de nulidade em razão de suposta violação à ordem pública. Corroborando o posicionamento doutrinário, a jurisprudência tem sido lapidar ao reconhecer que mesmo diante da dificuldade em se estabelecer um conceito estático de ordem pública, esta somente poderia ser compreendida como um conjunto de princípios e valores fundamentais ao Estado.

Neste ponto, pertinente dar destaque ao posicionamento do STJ<sup>17</sup>, em julgamento em que figurou como Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, e que muito bem enfrenta a questão, ao pontuar o seguinte: “Ainda que seja possível conferir uma interpretação razoavelmente aberta às específicas hipóteses previstas no art. 32 da Lei 9.307/1996, que guardam, em cada qual, o propósito de preservar a ordem pública e o devido processo legal e substancial, inafastáveis do controle judicial, afigura-se absolutamente impróprio, a esse pretexto, imiscuir-se no mérito arbitral. *Em que pese o alto grau de indeterminação do conceito de ‘ordem pública’ – variável dado o momento histórico –, este deve compreender toda a gama de princípios e valores incorporados na ordem jurídica interna, com alto grau de normatividade, portanto, que se revelem fundamentais ao Estado, razão pela qual são de observância obrigatória pelo direito estrangeiro (como condição de eficácia) e, por interpretação ampliativa, pelo Juízo arbitral.* Para efeito da Lei n. 9.307/1996, a ‘ordem pública’ atua como limitadora da autonomia da vontade das partes e como ‘[...] instrumento de salvaguarda do ordenamento jurídico interno e das normas imperativas do foro, visando proteger as liberdades públicas e fundamentais de toda pessoa e do próprio sistema político do Estado’ (Gaspar, Renata Alvares. Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. São Paulo: Atlas, 2009, p. 199), a permitir o controle judicial da sentença arbitral”.

A partir de sua definição, de considerável abstração, já se pode antever que a sentença arbitral, impugnada pela subjacente ação anulatória, não viola, de nenhum modo, a ordem pública do Estado brasileiro.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stj-ve-mero-inconformismo-nega-anulacao1.pdf>

No mesmo sentido merece ser dado relevo ao julgamento, também originário do STJ<sup>18</sup>, em que figurou como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, invocando precedentes dos Ministros Sebastião Reis Junior e Nancy Andrichi: “AGRAVO REGIMENTAL. NULIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. INOVAÇÃO RECURSAL. PROCESSO UTILIZADO COMO DIFUSOR DE ESTRATÉGIAS. IMPOSSIBILIDADE DO MANEJO DA CHAMADA “NULIDADE DE ALGIBEIRA”. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A suposta nulidade absoluta somente foi trazida pela parte recorrente em agravo regimental, após provido o recurso especial da parte recorrida, constituindo inovação recursal. Precedentes. 2. *‘A alegação de que seriam matérias de ordem pública ou traduziriam nulidade absoluta não constitui fórmula mágica que obrigaria as Cortes a se manifestar acerca de temas que não foram oportunamente arguidos ou em relação aos quais o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade’* (REsp 1439866/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 6/5/2014). 3. *‘A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada ‘nulidade de algibeira ou de bolso’*” (EDcl no REsp 1424304/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 26/08/2014) – sem grifo no original. 4. [...] 5. Agravo regimental não provido.

A Corte Especial do STJ, no julgamento da SEC n. 2.410<sup>19</sup>, em que figurou como Relatora a Ministra Nancy Andrichi, ao se debruçar sobre o conceito de ordem pública, assim asseverou: “A ordem pública reflete os valores fundamentais da nossa cultura jurídica e tudo o que se mostra contrário a essa conformação moral não deve ser chancelado pelo STJ. Esses valores não são estanques, modificando-se ao longo do tempo, de modo que o cotejo deve sempre levar em conta a realidade existente à época. Note-se que na homologação de sentença estran-

<sup>18</sup> AgRg na PET no AREsp 204.145/SP, 4ª Turma, DJe 29/06/2015. E no mesmo sentido: EDcl no AgInt no AREsp 204.876/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 20/02/2017; AgRg no REsp 1.391.006/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 19/11/2015.

<sup>19</sup> Sentença Estrangeira Contestada – SEC n. 2410/EX, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 19.02.14.

geira, a análise que se faz de eventual ofensa à ordem pública não se destina propriamente a verificar a justiça da decisão à luz do nosso ordenamento jurídico, e sim se ela está de acordo com aquele conjunto de princípios e regras reputadas essenciais à coesão nacional”.

E novamente vale dar destaque a outro julgamento da Corte Especial do STJ<sup>20</sup>, em que mais uma vez figurou como Relatora a Ministra Nancy Andriahi, e que bem ressalta que “não é qualquer contrariedade ao sistema jurídico local que pode implicar ofensa à ordem pública, de tal sorte que descabe ao STJ fazer análise profunda acerca do conteúdo e (ou) da justiça da decisão estrangeira quando não constatada malversação a valores fundamentais de cultura jurídica pátria”.

Apesar de tais julgados se referirem à homologação de sentença arbitral estrangeira, a análise e a compreensão da amplitude do conceito de ordem pública realizada com proficuidade pela Corte Especial do STJ em tudo se aplica às hipóteses de alegada violação à ordem pública para fins de anulação de sentença arbitral nacional.

Como se vê, a jurisprudência se encontra em absoluta consonância com o posicionamento doutrinário, no sentido de se consolidar o entendimento de que a nulidade da sentença arbitral por afronta à ordem pública somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionalíssimas, quando a decisão arbitral efetivamente tenha desrespeitado princípios fundamentais do ordenamento jurídico e que representem valores essenciais à sociedade e ao próprio Estado.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador teve a louvável preocupação, quando da elaboração da Lei de Arbitragem, em restringir ao máximo as hipóteses de anulação da sentença arbitral, de modo que a interferência do Poder Judiciário fosse mínima, praticamente circunscrita ao que regula o artigo 32 da multicitada Lei de Arbitragem.

Não é coincidência o fato de que a violação à ordem pública não se encontra dentro dos respectivos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem, pois o que procurou o legislador foi exatamente evitar a utilização de um conceito vago, volátil e de difícil definição, como hipótese objetiva de anulação da sentença arbitral.

---

<sup>20</sup> Sentença Estrangeira Contestada – SEC n. 4.024/GB, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. 19.02.14.

E isto não se fez necessário porque a própria Lei de Arbitragem, em seu artigo 2º, § 1º, bem como em seu artigo 39, inciso II, privilegiam a ordem pública como um princípio irrenunciável, e que deve ser observado em toda e qualquer arbitragem.

O legislador procurou, assim, conforme entendimento assentado na doutrina e jurisprudência, elevar o conceito de ordem pública a um patamar superior, que se presta como guardião dos princípios fundamentais da sociedade e do próprio ordenamento jurídico e que, caso de fato violados, poderão ensejar a nulidade de uma sentença arbitral em casos excepcionais, ainda que não diretamente vinculados às hipóteses *numerus clausus* do mencionado artigo 32.

Infelizmente a invocação de afronta à ordem pública tem sido utilizada de modo indevido e rotineiro como instrumento para se pleitear a anulação de sentenças arbitrais absolutamente legítimas e regulares, porque proferidas em absoluto respeito aos princípios basilares de direito e aos valores essenciais da sociedade, o que, de fato, deveria ser o foco de eventual questionamento.

No entanto, mero inconformismo com o resultado da arbitragem ou irrisignação com a interpretação dada pela sentença arbitral a determinado dispositivo legal, dentre outros vários questionamentos que, na realidade, apenas visam o revolvimento do mérito da arbitragem, têm sido camuflados sobre a roupagem de uma alegada – e inexistente – violação à ordem pública.

Esta reprovável conduta tem banalizado o conceito de ordem pública, de espectro muito mais amplo e caro à sociedade, e que tem sido indevidamente utilizado para sustentar o ajuizamento de ações anulatórias absolutamente fora das hipóteses legais.

Naturalmente o Poder Judiciário deve manter seu olhar atento à disseminação de ações anulatórias com este viés, sempre buscando a preservação do instituto da arbitragem de acordo com a correta interpretação do conceito de ordem pública, valendo a sempre lúcida advertência da ministra Nancy Andriighi<sup>21</sup> de que “A jurisprudência do STJ, atenta à efetividade e à razoabilidade, tem repudiado o uso do processo como instrumento difusor de estratégias, vedando, assim, a utilização da chamada ‘nulidade de algibeira ou de bolso’”.

<sup>21</sup> EDcl no REsp 1424304/SP, 3ª Turma do STJ, *DJe* 26/08/2014.



# BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A PROPOSTA DE CRIMINALIZAÇÃO DO AUMENTO DE PREÇOS PREVISTA NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 269/18

Gustavo Henrique de Souza e Silva

Nossa ordem econômica constitucional tem como um dos seus fundamentos a livre iniciativa. Reconhece-se, portanto, a premissa de que, via de regra, são os indivíduos livres para criar e explorar qualquer atividade econômica independentemente de autorização do poder público.<sup>22</sup>

Valoriza-se a noção de propriedade privada, de liberdade contratual, comercial e de indústria.

A opção do legislador constitucional apenas endossa, sob o prisma normativo, realidade já demonstrada empiricamente no âmbito das relações econômicas, de que a geração de riquezas reside na capacidade criativa de inovação própria dos entes privados.

No campo das atividades econômicas a principal função do Estado é, portanto, subsidiária e consiste em estruturar ambiente fértil ao desenvolvimento das atividades privadas, ensejando crescimento econômico e, via de consequência, resultando num círculo virtuoso que implica em efetiva distribuição de renda.

Neste sentido, também há previsão constitucional expressa a estabelecer que a atividade normativa do Estado no âmbito econômico (intervenção indireta)<sup>23</sup> deve ser excepcional, limitando-se às hipóteses de repressão

<sup>22</sup> Artigo 170, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal.

<sup>23</sup> Também a intervenção direta, o Estado como agente econômico, deve ser excepcional, pois limitada aos “imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo”, nos termos do artigo 173, *caput*, da Constituição Federal.

do abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.<sup>24</sup>

A concretização da referida norma implica em se admitir como legítima a intervenção normativa na seara econômica, apenas nos casos em que dela se extraia proveito efetivo à eficiência do modelo de economia de mercado.

Em outras palavras, não se pode prescindir, para se afirmar a legitimidade de determinada intervenção estatal na economia, de análise interdisciplinar, econômica inclusive, em relação aos efeitos que tal medida pode gerar no contexto de mercado.

Especialmente no que se refere à intervenção penal, há de ser submetida a um duplo grau de subsidiariedade, o primeiro inerente à própria excepcionalidade da intervenção normativa na seara econômica, tal como já exposto, e, o segundo, à noção de *ultima ratio* intrínseca ao próprio direito penal, decorrente da gravidade de sua sanção característica.

Diante dessas premissas, questiona-se se seria legítima materialmente a intervenção penal sugerida pelo Projeto de Lei do Senado nº 269, de 2018 que, em razão da crise de abastecimento causada pela recente paralisação dos serviços de transporte de carga, pretende incluir no artigo 4º da Lei nº 8.137/90, o inciso II-A, criminalizado a conduta de “Elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, em situações de grave crise econômica, calamidade, interrupção e suspensão de serviços de interesse público ou social”.<sup>25</sup>

O primeiro ponto a se destacar é o de que, no contexto referido na redação sugerida, estarão presentes condições excepcionais, não imputáveis à esfera de responsabilidade do autor da conduta, que implicarão em desequilíbrio artificial da relação entre oferta e demanda, gerando ambiente econômico de escassez.

Nesta circunstância não há dúvida de que, segundo a lógica econômica mais básica, haverá justificativa para aumento dos preços (seja por falta de oferta suficiente ou, ainda, por grande acréscimo de demanda).

Portanto, uma primeira crítica possível à inovação proposta seria a de que as condutas praticadas, sob o prisma econômico, quase sempre poderiam ser justificadas numa relação de causa e efeito, razão pela qual, na medida em que o texto exige que a elevação de preços de dê “sem justa causa”, este seria, na prática, inaplicável.

---

<sup>24</sup> Neste sentido o artigo 173, § 4º, da Constituição Federal.

<sup>25</sup> Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Há de se consignar, ainda, o raciocínio econômico de que, num contexto de escassez, um aumento de preços não será, necessariamente, algo lesivo ao sistema.<sup>26</sup>

É que, nestas circunstâncias, o aumento dos preços pode ser uma forma de o mercado selecionar quem tem maior necessidade de determinado bem e, portanto, estará disposto a pagar mais por isso.

O aumento de preços pode, assim, alocar de maneira mais eficiente os escassos recursos existentes evitando, inclusive, que se dispenda de forma ineficiente recursos já escassos.

Aliás, essa alocação mais eficiente, na medida em que implicará na possibilidade maior de se gerar novas riquezas, auxiliará, no médio prazo, a aumentar novamente a oferta de bens e serviços atacando, na origem, o problema central causador do aumento dos preços no primeiro momento, retomando-se a eficiência do sistema.

O racional econômico, para além de demonstrar que um aumento de preços em circunstâncias excepcionais de escassez pode ser positivo ao modelo econômico adotado, permite construir a tese de que uma intervenção que vise manter artificialmente os preços neste contexto poderá ser, em última análise, prejudicial ao mercado.

Afinal, se os preços estão artificialmente baixos em razão de uma intervenção normativa, fator externo à realidade de oferta e demanda, quem chegar primeiro (e não quem precisar mais) terá acesso àquele ativo o que, em grande parte dos casos, pode gerar ainda mais ineficiência econômica.

Neste sentido, se alguma intervenção há de ser exigida, e em vários casos esta necessidade se verificará, deve essa se concentrar em medidas que visem, de forma eficiente, agilizar a retomada regular do contexto de oferta e demanda.

Sobre este ponto, no que tange à recente crise causada pela paralisação do transporte rodoviário, cuja origem remota estaria na política de preços dos combustíveis adotada pelo Governo Federal, elogiável a postura do CADE que, mediante estudo econômico, sugeriu medidas concretas visando ferir o núcleo do problema.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> INSPER LIBER. *A elevação abusiva de preços devia ser proibida?* Disponível em: <https://www.facebook.com/InsperLiber/videos/891973344308954/>. Acesso em: 26 jun. 2018.

<sup>27</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Greve dos caminhoneiros: conheça as propostas do Cade para reduzir os preços dos combustíveis*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/conheca-as-propostas-do-cade-para-reduzir-os-precos-dos-combustiveis.shtml>. Acesso em: 26 jun. 2018.

Enfim, seja sob o prisma normativo, seja sob o prisma da eficiência econômica, nos parece inadequada a sugestão de alteração legislativa proposta pelo Projeto de Lei do Senado nº 269, de 2018.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 27 jun. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei do Senado número ..., de 2018. Altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, para prever como crime a elevação, sem justa causa, de preços de bens ou serviços, em situações de grave crise econômica, calamidade, interrupção e suspensão de serviços de interesse público ou social. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7738048&ts=1528760765851&disposition=inline&ts=1528760765851>. Acesso em: 27 jun. 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Greve dos caminhoneiros: conheça as propostas do Cade para reduzir os preços dos combustíveis*. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/conheca-as-propostas-do-cade-para-reduzir-os-precos-dos-combustiveis.shtml>. Acesso em: 26 jun. 2018.

INSPER LIBER. *A elevação abusiva de preços devia ser proibida?* Disponível em: <https://www.facebook.com/InsperLiber/videos/891973344308954/>. Acesso em: 26 jun. 2018.

# BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO RETROATIVA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE TANGE AO INÍCIO DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO PENAL – ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 122.774-RJ

Gustavo Henrique de Souza e Silva

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Síntese dos argumentos da decisão para afastar a irretroatividade da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao termo inicial do prazo prescricional. 3. Síntese da discussão atual sobre a irretroatividade de entendimentos jurisprudenciais mais gravosos. 4. Análise crítica da decisão estudada. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto refletir sobre a aplicação retroativa da Súmula nº 24 do Supremo Tribunal Federal, em especial no que tange ao termo inicial para contagem da prescrição penal, mediante uma análise crítica da decisão proferida pela Primeira Turma daquele Tribunal no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* registrado sob nº 122.774-RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli,<sup>1</sup> que foi um importante precedente sobre o tema.

A decisão analisada foi proferida em recurso aviado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que rejeitou

<sup>1</sup> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 122.774-RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/05/2015.

Embargos de Declaração no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 282.091-RJ, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa.<sup>2</sup>

No referido recurso pretendeu o então recorrente, em síntese, a reforma do acórdão recorrido para se reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva em relação ao crime previsto no artigo 1º, inciso I, II e III, da Lei nº 8.137/90,<sup>3</sup> porquanto, considerando a pena de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, aplicada em sentença proferida em data de 02.05.2012, teriam se passado mais de 08 (oito) anos entre a data dos fatos, ocorridos de 1990 a 1992, e o recebimento da denúncia, ocorrido em data de 18.09.2009.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça a pretensão foi negada, reconhecendo-se que o início do prazo prescricional se deu apenas com a constituição definitiva do crédito fiscal, ocorrido em data de 24.09.2003, aplicando-se, ao caso, o disposto na Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal,<sup>4</sup> publicada em 19.02.2010, em especial a interpretação de que segundo seu texto a consumação do crime e, via de consequência, o termo *a quo* do prazo prescricional, somente teria ocorrido quando da constituição definitiva do crédito tributário.

No Recurso Ordinário interposto alegou o recorrente estar sofrendo constrangimento ilegal sustentando, para o que interessa ao presente estudo, “a impossibilidade da ‘aplicação retroativa *in malam partem* dos efeitos da nova orientação pretoriana, publicada em 19 de fevereiro de 2010, isto é, o teor do enunciado da Súmula Vinculante nº 24 do STF, cuja eficácia tem força de lei”” (grifos no original), afirmando, ainda, que “se for dada a esta nova e vinculante orientação eficácia retroativa, como fez a colenda 5ª Turma, será inevitável a violação, na prática, do postulado da irretroatividade da norma mais gravosa a todos que fariam *jus* à prescrição sob a égide das antigas regras”.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 282.091-RJ, Rel. Ministra Helena Costa, julgado em 04/02/2014.

<sup>3</sup> “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável (...) Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

<sup>4</sup> “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

<sup>5</sup> Acórdão do RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 122.774-RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, fls. 03 e 04.

A reflexão proposta cuidará, portanto, da temática sobre a proibição, ou não, da retroatividade de alterações jurisprudenciais mais gravosas.

## 2. SÍNTESE DOS ARGUMENTOS DA DECISÃO PARA AFASTAR A IRRETROATIVIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO QUE TANGE AO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL

A decisão comentada afasta a irretroatividade da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo *a quo* da prescrição sustentando, para tanto, que o referido verbete seria uma “mera consolidação da jurisprudência da Corte, que, há muito, tem entendido que ‘a consumação do crime tipificado no art. 1º da lei nº 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição’ (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 1º/7/05)”.<sup>6</sup>

Como precedentes a sustentar tal tese, a decisão comentada cita, ainda, o HC nº 85.207/RS, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, também de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 29.04.2005, bem como o *leading case* sobre o tema, HC nº 81.611/DF, do Tribunal Pleno, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 13.05.2005.

Sustenta, ainda, o Relator, que “não haveria lógica permitir que a prescrição seguisse seu curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo – quando se aposta na morosidade da justiça –, do que sua real finalidade, que é, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, propiciar a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório de determinado tributo”.<sup>7</sup>

Afirma, ainda, o voto do Relator que a pretensão do recorrente seria de “afastar o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal”<sup>8</sup> fazendo, neste ponto, coro com o fundamento utilizado

<sup>6</sup> Acórdão do RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 122.774-RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, fls. 01 e 14.

<sup>7</sup> Acórdão do RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 122.774-RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, fls. 15/16.

<sup>8</sup> Acórdão do RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 122.774-RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, fls. 16.

no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “A adoção do entendimento pretendido pela Defesa consubstanciaria, em última análise, em inobservância da própria súmula vinculante, o que é vedado a qualquer órgão do Poder Judiciário, exceto ao próprio Pleno do Supremo Tribunal Federal, a quem compete eventual revisão do entendimento adotado”.<sup>9</sup>

Em complemento ao voto do Relator, afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso que a “súmula não inovou no ordenamento jurídico, limitando-se a consolidar o entendimento jurisprudencial”.<sup>10</sup>

As razões anteriores foram acompanhadas pela Ministra Rosa Weber.

No curso do julgamento, o Ministro Luiz Fux houve por pedir vista, aduzindo que “hodiernamente há uma discussão muito expressiva sobre se a jurisprudência, hoje em dia, já não representa uma fonte formal do Direito. Verifique Vossa Excelência que os recursos são inadmissíveis se estiverem em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, os juízes são obrigados a respeitar as súmulas e podem julgar improcedente os pedidos com base nas súmulas. É esta questão acadêmica que me interessa, até porque pertença ao um Tribunal também de jurisprudência”.<sup>11</sup>

Todavia, no seu voto vista, o Ministro Fux adere à tese de que o crime se consumou com o lançamento definitivo do crédito tributário, em data de 24.09.2003, conforme pacificado pelo julgamento no pleno do HC nº 81.611/DF, ocorrido em data de 10.12.2003, que, por sua vez, se consolidou pela edição da Súmula Vinculante nº 24, datada de 19.02.2010.

Pondera que a denúncia foi oferecida em 18.09.2009, portanto, quando a questão já estaria pacificada, razão pela qual não haveria se falar em retroatividade *in malam partem* da referida súmula que apenas tornou compulsório o entendimento da Corte.

Estes, em resumo, os argumentos da decisão analisada para negar a irretroatividade da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, no que tange à data do início do prazo prescricional, ao caso em estudo.

---

<sup>9</sup> Acórdão dos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* Nº 282.091-RJ, Rel. Ministra Helena Costa, fls. 01.

<sup>10</sup> Acórdão do RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 122.774-RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, fls. 17.

<sup>11</sup> Acórdão do RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 122.774-RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, fls. 19.

### 3. SÍNTESE DA DISCUSSÃO ATUAL SOBRE A IRRETROATIVIDADE DE ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS MAIS GRAVOSOS

A tese da irretroatividade da jurisprudência mais gravosa tem fundamento no postulado decorrente do princípio da legalidade, segundo o qual se reconhece que a lei instituidora do delito e da pena, ou que a esta agrave, deve, necessariamente, ser anterior ao fato que se pretende punir ou à pena que se pretende agravar, *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege*.<sup>12</sup>

No nosso ordenamento jurídico a irretroatividade da lei penal incriminadora está expressamente prevista no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal,<sup>13</sup> e desempenha papel fundamental no que tange à necessidade de preservar o valor da segurança jurídica.

Importante registrar que para a análise quanto à definição de qual deve ser a lei mais benéfica, se a nova ou a anterior, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto e não a mera análise da regra abstrata.

Quando houver dúvida sobre qual o diploma legal é o mais benéfico, será mais benigna a lei que, de qualquer modo, favorecer, em concreto, o agente, sendo indiferente, portanto, ser a lei anterior ou posterior.<sup>14</sup>

Para efeito de definir a lei aplicável no caso de legislações sucessivas, também há de se definir o momento do crime, sendo certo que, neste quesito, nosso Código Penal adotou, em seu artigo 4º,<sup>15</sup> a teoria da ação, segundo a qual o momento do crime será o da ação ou omissão indicada pelo verbo núcleo do tipo, mesmo que outro seja o momento do resultado.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Apesar da irretroatividade da lei penal ser um princípio reconhecido internacionalmente, sua aplicação é mitigada nos países da *Common Law* tendo em vista que “estos Estados tienen que tolerar un grado importante de aplicación retroactiva” (MATUTE, Javier Donde. *Principio de legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*, p. 207-208).

<sup>13</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, p. 121. No mesmo sentido TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de direito penal*, p. 36.

<sup>15</sup> “Art. 4º – Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

<sup>16</sup> LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*, p. 101-102.

Ressalte-se que o pressuposto da irretroatividade da lei mais severa vincula tanto o Poder Legislativo, uma vez que desestimula a elaboração de leis casuísticas, quanto o Poder Judiciário, ao qual fica vedada a aplicação da lei mais severa diante de lei posterior mais benéfica.

Quanto à extensão desta premissa de irretroatividade da lei mais gravosa aos entendimentos jurisprudenciais, trata-se de tema de enorme relevância na atualidade, até porque tem-se admitido uma certa flexibilização em relação à concepção de taxatividade do tipo penal, cogitando-se, inclusive, de que tal corolário do princípio da legalidade, antes destinado exclusivamente ao legislador, passa, também, e em certa medida, ao juiz.<sup>17</sup>

Ao se admitir que o juiz deve auxiliar o legislador na tarefa de precisar o conteúdo das normas penais incriminadoras (mandamento de precisão), tem-se que mudanças em entendimentos jurisprudenciais podem, na prática, em alguns casos, gerar efeitos até mais relevantes na compreensão do real conteúdo do tipo do que algumas alterações legislativas pontuais.

Neste contexto, a aplicação da norma de irretroatividade da lei penal à jurisprudência há de ser discutida com maior profundidade.

Sobre o tema, três são possibilidades: (i) aplicação plena, estabelecendo que qualquer alteração jurisprudencial mais gravosa não pode retroagir para prejudicar o réu; (ii) não extensão, limitando-se tal garantia à lei; e (iii) a admissão de uma aplicação parcial, para reconhecer que somente em alguns casos esta garantia deve se expandir para a jurisprudência, o que impõe uma discussão sobre quais seriam os critérios para tal diferenciação.

A primeira posição parece estar superada pela doutrina majoritária, neste sentido, conforme esclarece Alaor Leite “Reconhece-se, de outro lado, (c) a impossibilidade de ampliação irrestrita da proibição de retroatividade para toda e qualquer alteração jurisprudencial, com o que causaria uma indesejável petrificação da jurisprudência e um imobilismo dos conceitos jurídicos, produzidos necessariamente a partir da interação entre legislação, jurisprudência e doutrina. Ninguém

---

<sup>17</sup> É o que LEITE, Alaor. “Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal”. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*, p. 51, denomina de evolução de uma concepção estática para uma concepção dinâmica de legalidade.

parece defender seriamente que toda e qualquer alteração jurisprudencial deve estar proscrita de retroagir”.<sup>18</sup>

Já os adeptos da segunda corrente sustentam a não extensão da irretroatividade da lei à jurisprudência aduzindo, quanto ao aspecto material,<sup>19</sup> em síntese, que: (i) sob o prisma de uma interpretação gramatical tal extensão não seria possível, já que a norma estabelece que o que não deve retroagir é a lei; (ii) a decisão judicial é um mero ato de conhecimento e não cria direito, sendo que qualquer interpretação da lei seria previsível ao acusado; e (iii) a jurisprudência é essencialmente retroativa, julga fatos já ocorridos, e sua irretroatividade consolidaria entendimentos tidos, posteriormente, como equivocados, além do fato de que, nos modelos *civil law* os entendimentos jurisprudenciais não seriam vinculativos.<sup>20</sup>

Tais argumentos, entretanto, são objeto de severas críticas por aqueles que aderem à concepção de uma irretroatividade parcial.

Referidos críticos ponderam que, sob o prisma da legalidade dinâmica, onde também pode ser papel da jurisprudência concretizar a taxatividade da lei penal, não se poderia admitir uma interpretação literal restritiva da norma que impede a irretroatividade da lei penal, já que seria possível sustentar, neste caso, uma analogia em favor do réu para a extensão desta premissa também para alguns entendimentos jurisprudenciais.

Afirmam que, na realidade atual, a jurisprudência, ao definir, em certa medida, o âmbito de conteúdo da norma penal incriminadora, poderia criar interpretações não previsíveis ao acusado quando da leitura prévia do texto da regra abstrata, admitida como válida não obstante um razoável grau de incerteza.

Além disso, aduzem que não se pode confundir a referência a atos passados com a aplicação retroativa de entendimentos novos, a irretroatividade da jurisprudência não impediria a alteração de posicionamentos, apenas limitaria sua aplicação no tempo.

<sup>18</sup> LEITE, Alaor. “Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal”. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*, p. 54.

<sup>19</sup> LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*, p. 61-62, cita ainda aspectos de natureza processual que não serão objeto de análise nesta sede.

<sup>20</sup> LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*, p. 53-61.

Registram, os críticos desta posição de que a jurisprudência nunca deveria ser irretroativa, que hoje, mesmo nos países que adotam o sistema *civil law*, tem a jurisprudência certo caráter vinculativo, como ocorre, aliás, no caso ora analisado, que trata da discussão sobre a irretroatividade de uma súmula vinculante.

Os adeptos da adoção da irretroatividade parcial, por outro lado, chamam para si a responsabilidade de definir quais os critérios para distinguir em que casos haverá a irretroatividade dos entendimentos jurisprudenciais mais gravosos.

Uma das sugestões da doutrina seria o argumento da “proteção da confiança” segundo o qual, em síntese, a jurisprudência não poderia retroagir sempre que, no caso concreto, o entendimento anterior tiver gerado ao acusado um direito subjetivo à estabilidade e à previsibilidade da ordem jurídica.

Tal entendimento também encontra forte crítica em relação à uma sua insuperável imprecisão conceitual. Alaor Leite endossa tal crítica, aduzindo que tal argumento é, na realidade, uma mera “descrição de um efeito” que, “acentua a dimensão subjetiva da proteção da confiança, ou seja, tende a entender a ideia em sentido psicológico-individual, quando se está, a rigor, diante de uma garantia de natureza objetiva” segundo a qual “A perspectiva do sujeito deve ser, sob o ângulo da proibição de retroatividade, irrelevante”.<sup>21</sup>

Aduz, ainda, o referido autor, como críticas a tal critério: (i) o risco de se confundir a categoria da irretroatividade da jurisprudência com aquela do erro sobre a ilicitude; (ii) a dificuldade em se definir quais seriam os requisitos para se afirmar a frustração da confiança, problematizando, neste ponto, qual seria o conceito de jurisprudência consolidada; (iii) a dificuldade em se definir critérios para a previsibilidade da alteração ocorrida pelo entendimento jurisprudencial novo; e (iv) o próprio conceito do que poderia ser considerado alteração. Reafirma, sobre tais pontos, a crítica de que o critério da confiança acaba por subjetivar uma garantia de matiz objetivo.

Conclui Alaor Leite, sobre este ponto, que a referida argumentação tem caráter consequencialista, cujas considerações deveriam ser

---

<sup>21</sup> LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*, p. 64-65.

discutidas no âmbito da culpabilidade e não da legalidade, razão pela qual a ideia de proteção da confiança “não é capaz de servir de fundamento jurídico sólido para uma admissão parcial da extensão da proibição de retroatividade para a jurisprudência”.<sup>22</sup>

Para o Autor o critério a ser estabelecido deve ser extraído do conteúdo da decisão judicial.

Admite que em uma ordem jurídica ideal, de mandamentos penais absolutamente taxativos, não seria possível à jurisprudência assumir a função de concretizar tipos penais indeterminados.

Reconhece, todavia, que, na prática, isso não ocorre, e que a declaração de inconstitucionalidade de tais tipos consistiria em uma solução radical.

Neste contexto, propõe como critério para estabelecer a irretroatividade da jurisprudência aqueles casos nos quais o juiz, excepcionalmente, substitui o legislador para “constituir o injusto penal no caso *sub judice*”.<sup>23</sup>

Em síntese, afirma que “Precisamente nos casos em que o legislador – por desídia, inabilidade ou comodidade – repassa por completo ao juiz a tarefa de constituir originalmente a natureza de injusto penal de um comportamento é que também os limites a que está adstrito o legislador devem ser repassados. Ocorre, por assim dizer, um *repasso duplo*, dos podres e dos limites”.<sup>24 25</sup>

<sup>22</sup> LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*, p. 70.

<sup>23</sup> LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*, p. 74.

<sup>24</sup> LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*, p. 82.

<sup>25</sup> Sob o ponto de vista pessoal do autor deste estudo, embora reconheça que tal posição encontra atualmente farta doutrina e jurisprudência favorável, tal questão ainda causa certa perplexidade, havendo dúvidas se o melhor caminho não seria o reconhecimento de inconstitucionalidade de tipos penais exageradamente abertos à luz do princípio da legalidade. Neste sentido, o tal “repasso por completo” ao juiz da tarefa de constituir o injusto penal, poderia gerar críticas quanto à legitimidade de tal dispositivo, pois se é possível repassar também o dever de irretroatividade de tais dispositivos, o mesmo não ocorre com a legitimidade democrática que somente o Poder Legislativo detêm. Assim, sem prejuízo de se admitir certo poder concretizador da jurisprudência, fato inegável pela prática, uma

Desta sucinta abordagem, já se percebe que a discussão, principalmente quanto aos critérios a serem estabelecidos para a definição de quais seriam os casos a permitir a irretroatividade da jurisprudência mais gravosa, ainda é tarefa a ser aprofundada pela doutrina.

#### 4. ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO ESTUDADA

A principal observação crítica sobre a decisão analisada é de que sua linha argumentativa deixa de explorar com profundidade sequer razoável o mérito acerca da irretroatividade ou não da jurisprudência mais gravosa, questão onde o debate encontra terreno fértil.

Neste sentido, ao se alegar simplesmente que a edição da súmula não passou de mera consolidação de entendimento anterior, cujo julgamento do *leading case*, no próprio Supremo, ocorreu em 24.09.2003, com decisão publicada em 13.05.2005, o acórdão recorrido acaba por passar ao largo da discussão central, ou seja, se tais entendimentos deveriam ou não ser irretroativos em relação à questão do termo inicial do prazo de prescrição.

Esta ponderação temporal é questão relevante já que, segundo a tese da defesa, caso se aplicasse o entendimento jurisprudencial anterior, que não cogitava do lançamento definitivo do crédito fiscal como elemento normativo do tipo ou como termo inicial da prescrição, esta teria se dado, mesmo que considerando a pena em abstrato, em 2004, ou seja antes da publicação da decisão do Supremo no *leading case* referido, ou, considerando a pena em concreto e a prescrição retroativa, em 2000, antes do próprio julgamento do aludido precedente.<sup>26</sup>

Portanto, ter sido a súmula, editada em 19.02.10, uma consolidação de entendimentos anteriores da Corte, não nos parece consistir em fundamento para se evitar a discussão sobre se os entendimentos que orientaram tal consolidação, ocorridos, no Supremo, entre 2003 e 2004, devem, ou não, retroagir quanto à questão do termo inicial do prazo de prescrição.

---

primeira ponderação há de ser feita para ser verificar se tal poder não extrapolou um limite mínimo da legalidade. Caso a resposta seja afirmativa, acreditamos não ser possível abrir mão da solução tida como radical de reconhecimento da invalidade do tipo por vício constitucional insanável.

<sup>26</sup> Por inteligência dos artigos 109, incisos III e IV, e 110 (com redação vigente à época, anterior à Lei nº 12.234, de 2010), do Código Penal.

A edição da Súmula, na verdade, deveria motivar não um subterfúgio para fugir deste debate central, mas, ao contrário, um seu aprofundamento, no sentido de refletir sobre se sua condição de precedente vinculante teria efeito na conclusão, anterior, sobre a retroatividade, ou não, dos entendimentos que motivaram a sua (da súmula) edição. Também sobre este debate passou ao largo a decisão comentada.

Da mesma forma, não nos parece razoável o argumento da decisão comentada de que a irretroatividade do entendimento consolidado pela referida súmula não deveria ocorrer sob pena de transformar o possível recurso administrativo do contribuinte como uma estratégia de defesa para se alcançar a prescrição.

Isso porque o que se discute é a irretroatividade ou não deste entendimento para casos ocorridos anteriores à sua consolidação, não impedindo sua aplicação aos casos futuros.

Ademais, a questão acerca da relação entre o processo administrativo e o processo penal por crimes fiscais, especificamente no que tange à prescrição, pode ser discutida através de vários outros prismas que não exclusivamente a questão de ser o término daquele elemento normativo do tipo penal.<sup>27</sup>

A questão pode ser discutida como causa impeditiva da prescrição,<sup>28</sup> questão prejudicial processual,<sup>29</sup> condição objetiva de punibilidade, sendo

<sup>27</sup> Neste ponto o registro de que, a nosso sentir, a leitura cuidadosa do acórdão do referido *landing case*, na verdade, não autorizaria a conclusão constante da súmula de que o lançamento definitivo consistiria em elemento normativo do tipo. No referido julgamento discutiu-se o enquadramento da decisão de lançamento definitivo do tributo dentro da estrutura do delito, havendo quem defendesse: (i) ser elemento normativo do tipo; (ii) ser condição objetiva de punibilidade; ou (iii) ser questão prejudicial heterogênea, segundo o artigo 93 do Código de Processo Penal. Discutiu-se, ainda, a natureza jurídica do lançamento tributário, se meramente declaratório (artigo 113 do Código Tributário Nacional) ou constitutivo (artigo 142 do Código Tributário Nacional). Sem uma definição conclusiva sobre tais questões, que têm reflexo em relação à questão da prescrição penal, concluiu-se pela necessidade de se aguardar o término do processo de constituição do crédito fiscal para a denúncia.

<sup>28</sup> “Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime”.

<sup>29</sup> “Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas,

certo, ainda, que a concretização do princípio constitucional da razoável duração do processo,<sup>30</sup> aplicável ao processo administrativo, impede que este se estenda a ponto de se exaurir o prazo da prescrição penal.

Também não nos convence o argumento, utilizado tanto na decisão comentada, quanto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de que o acolhimento da tese da irretroatividade ensejaria a negativa de vigência do caráter vinculante da Súmula.

Neste ponto, mais uma vez, há de ser considerar que o objeto da discussão é a aplicação, ou não, do referido entendimento de forma retroativa e não sua aplicação em absoluto.

Aliás, sobre este prisma, há de se criticar, ainda, a afirmação constante do voto do Ministro Barroso, quando afirma que a edição da súmula vinculante não teria inovado no ordenamento jurídico.

Mesmo cogitando de que o referido verbete foi uma consolidação de entendimentos anteriores, não se pode ignorar o fato de que com a sua edição há sim consequência jurídica concreta, no

---

o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados”. “Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente. § 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa. § 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso. § 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento”.

<sup>30</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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”.

sentido de que tal entendimento, após a edição da referida súmula, passou a ter caráter vinculativo aos juízos de grau inferior. Tal ponto foi, inclusive, mencionado nas razões do pedido de vista do Ministro Fux.

Da mesma forma, não nos parece afastar o debate acerca da ir-retroatividade do novo entendimento o argumento constante do voto vista do Ministro Fux, no sentido de ter sido a denúncia oferecida em 18.09.2009, quando a questão já estaria pacificada.

Conforme já ponderamos, caso o entendimento anterior fosse o aplicado ao caso concreto, a prescrição teria ocorrido antes da própria pacificação do tema.

É fato, ainda, que nos termos do entendimento anterior, até o ano de 2005, com a publicação da decisão do *leading case* sobre o tema, o entendimento majoritário era de que a denúncia poderia ser proposta sem prejuízo do término do processo administrativo, fato que era, inclusive, comum de ocorrer à época.

Aliás, do ponto de vista normativo, tal ponto somente restou vedado de forma cogente em 19.02.2010, com a publicação da súmula vinculante sobre o tema.

Não obstante as críticas à decisão comentada, há de se reconhecer que o caso estudado reflete a relevância do tema, bem como a dificuldade de definição, em concreto, de quando deve uma alteração jurisprudencial mais gravosa ser irretroativa.

No caso estudado, estamos diante de um novo entendimento de caráter misto, pois, se por um lado houve por beneficiar os acusados de crimes fiscais que agora somente podem ser denunciados após o exaurimento do processo administrativo de constituição do crédito fiscal, por outro, ao se entender que tal condição seria elemento normativo do tipo, como faz crer a redação da súmula, impõe-se que o prazo de prescrição somente pode ter início muito tempo depois da prática dos fatos tidos como fraudulentos.

Trata-se de situação análoga àquela na qual tem-se um novo diploma legal misto, com alguns aspectos mais favoráveis aos réus e outros mais gravosos.

Nestas hipóteses a doutrina se divide quanto à possibilidade do juiz, ao julgar o caso concreto, de modo a extrair o maior benefício possível ao réu, conjugar os elementos mais benéficos da lei anterior

(ultra-agindo seus efeitos), com aqueles da lei posterior (retroagindo seus efeitos).<sup>31</sup>

Quem é contrário à possibilidade de conjugação dos diplomas legislativos<sup>32</sup> sustenta que não pode o magistrado, como se legislador fosse, mesclar duas leis distintas criando uma terceira, sob pena de violação ao princípio da tripartição dos poderes. Estaria o Poder Judiciário usurpando função precípua do Poder Legislativo.

Aqueles que defendem a combinação de leis<sup>33</sup> ponderam que o juiz faz apenas uma integração legítima, mediante o princípio da equidade, produzindo uma norma com o próprio material fornecido pelo legislador.

A nosso sentir, dúvida não há quanto à constitucionalidade da combinação de leis,<sup>34</sup> já que o seu reconhecimento nada mais é do que decorrência da aplicação efetiva do princípio da legalidade que, na qualidade de norma de princípio constitucional fundamental, vincula a atividade estatal e deve ser aplicada na sua plenitude.

Quanto à crítica de aparente violação ao princípio da separação de poderes, mesmo que houvesse a tensão entre a legalidade e a separação dos poderes neste caso, tal tensão haveria de ser resolvida pela ponderação a ser desempenhada pelo princípio da proporcionalidade, prevalecendo o princípio da legalidade sob sua forma plena, porque, numa democracia material, “o interesse legítimo de um cidadão (retroatividade da *lex mitior*) sobrepõe-se ao interesse legítimo do Estado (lesão à competência do Poder Legislativo)”.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Andrei Zenkner Schmidt fala em ponderação unitária (impossibilidade de conjugação de dois diplomas legais) e ponderação diferenciada (admitindo-se a conjugação de duas leis) (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 230-231).

<sup>32</sup> Cf. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. 1, t. 1 p. 109-110; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, p. 108; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 1, p.108 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 36-37.

<sup>33</sup> Casos de GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, v. 1, t. 1, p. 150; MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 210-211 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 37.

<sup>34</sup> No mesmo sentido, GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 164.

<sup>35</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal*, p. 223-224. No mesmo sentido GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, p. 164.

Nesta linha, poderia se sustentar a retroatividade do novo entendimento para se suspender os processos penais nos quais existentes denúncias oferecidas antes da constituição final do crédito fiscal e, por outro lado, sua irretroatividade para afastar o reconhecimento da prescrição onde esta já tiver se verificado sob a égide do entendimento anterior, que não vinculava o término do processo administrativo como elemento normativo do tipo nos crimes fiscais.

Há de se reconhecer, inclusive, que, na hipótese, a edição da súmula, diante de seu caráter vinculante, também há de ter alguma relevância em tal análise, até porque tal fato fulmina, inclusive, algumas das principais críticas daqueles que defendem a não extensão da garantia de irretroatividade da lei penal à jurisprudência, justamente no sentido de que esta seria um ato de mero conhecimento, não criando direito justamente por não ter caráter cogente.

Todavia, uma fundamentação dogmática de tal conclusão não é tarefa simples.

Poder-se-ia utilizar o critério da proteção da confiança, pois nos parece razoável a defesa de que aquele acusado que cometeu um fato, tido pela autoridade fiscal como fraudulento, em 1992, tinha uma expectativa, estável e previsível, de que era a partir daquela sua conduta que havia começado o prazo prescricional para que o Estado manifestasse, contra ele, sua pretensão punitiva, tudo segundo a ordem jurídica, em especial o artigo 4º do Código Penal, bem como a interpretação jurisprudência sobre ela, vigentes à época.

Ocorre que a adoção de tal critério é essencialmente problemática sob o prisma dogmático, conforme muito bem ponderado pelo professor Alaor Leite na sucinta análise realizada no item 3 deste estudo.

Da mesma forma, um novo entendimento sobre a questão do significado de um elemento normativo do tipo, cuja nova interpretação tem reflexos mais gravosos ao acusado, exclusivamente, quanto ao termo inicial da prescrição penal, não se enquadraria, a rigor, na hipótese de uma jurisprudência constitutiva do injusto penal, critério sugerido pelo referido autor para fundamentar a irretroatividade de entendimentos jurisprudenciais mais gravosos.

Há de se reconhecer, portanto, que o aperfeiçoamento de um argumento dogmático a fundamentar a premissa de quando se poderá, legitimamente, sustentar a irretroatividade de entendimentos jurisprudenciais mais gravosos é tarefa ainda inconclusa.

## 5. CONCLUSÃO

Não consistiu objetivo, muito menos pretensão deste trabalho, até em razão de seu escopo restrito e das limitações de seu subscritor, apontar solução adequada à intrincada questão dos critérios a estabelecer em quais hipóteses seria legítimo, dogmaticamente, sustentar a extensão da garantia de irretroatividade da lei penal mais gravosa a entendimentos jurisprudenciais.

Pretendeu-se, por outro lado, demonstrar, a partir da análise de decisão proferida em um caso concreto, a superficialidade com a qual a questão é tratada na jurisprudência, não obstante o rico debate proporcionado pela doutrina.

O recorte do caso analisado teve como objetivo, ainda, demonstrar que vicissitudes da prática forense nos impõem desafios que estão a motivar a constante evolução da dogmática, no exercício de sua função essencial em trazer racionalidade e previsibilidade ao direito, em especial no âmbito penal, cuja segurança jurídica, em benefício de um ambiente minimamente democrático, há de ser um valor irrenunciável.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula vinculante 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. Sessão Plenária de 02/12/2009. *DJe* nº 232 de 11/12/2009, p. 1. DOU de 11/12/2009, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=24.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Vide Emenda Constitucional nº 91, de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940. Código Penal. *Diário Oficial* [da República Federativa do Brasil], Brasília, Distrito Federal, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial* [da República Federativa do Brasil], Brasília,

Distrito Federal, 03 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8137 de 27 de Dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 28 de dezembro de 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm). Acesso: 29 jun. 2019

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 122774, 1ª Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Recorrente: Artur Monteiro Correia Sales. Recorrido: Ministério Público Federal. Rio de Janeiro: 19 maio 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPe-ca.asp?id=307006383&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 282091. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Brasília: 18 mar. 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1305239&num\\_registro=201303769595&data=20140321&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1305239&num_registro=201303769595&data=20140321&formato=PDF). Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 816118. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Impetrantes: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Luiz Alberto Chemin. *DJ* 13 maio 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78807>. Acesso em: 29 jun. 2019.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 1, t. 1, t. 1, 108 p. *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36-37.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 108 p.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1978, v. 1, t. 1, 150 p. *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 164 jul./dez. 2006.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955. v. 1, t. 1, p. 109-110 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: COSTA, José de Faria *et al.* *Actas do colóquio: o direito penal e o tempo*. Coimbra: Instituto Jurídico FDUC: 2016, p. 43-87.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1964, v. 1, p. 210-211 *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 37 p.

MATUTE, Javier Dondé. *Principio da legalidad penal: perspectivas del derecho nacional e internacional*. 2. ed. México: Porrúa, 2010, p. 207-208.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal: no Estado Democrático Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 230-231.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 197 p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 36 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, 121 p. *apud* TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

# A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS: PROPOSTA DE MODELAGEM DE UM JOGO DINÂMICO COM INFORMAÇÃO COMPLETA<sup>1</sup>

Gustavo Henrique de Souza e Silva

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Alguns conceitos básicos da Teoria dos Jogos. 3. O modelo de jogo proposto: a representação fiscal para fins penais como um jogo de informação completa entre a autoridade fiscal e o contribuinte. 4. Propostas de solução para o jogo. 5. Reflexões conclusivas. Uma possível aplicação concreta da modelagem proposta. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende expor um exemplo de aplicação da Teoria dos Jogos no Direito.

A ideia é propor um modelo de jogo dinâmico com informação completa entre o Auditor Fiscal e o Contribuinte, em determinada circunstância na qual o primeiro deve decidir sobre manifestar ou não a representação fiscal para fins penais e, o segundo, em face desta resolução tendo que decidir se fará ou não o parcelamento/pagamento do

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado como avaliação final da disciplina: Temas de Direito Econômico Comparado. Direito e Estratégia: aplicações da Teoria dos Jogos ao Direito. Ministrada no âmbito do Programa de Pós-graduação (doutoramento) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

tributo supostamente devido, com a conseqüente suspensão/extinção da sua punibilidade penal.

Para tanto, se fará uma explanação acerca de conceitos básicos da referida teoria, cuja assimilação será necessária para a compreensão do modelo a ser exposto, bem como de sua proposta de solução.

Ato contínuo, se fará a representação gráfica do jogo, explicitando-se as razões pelas quais as recompensas foram estabelecidas de determinada forma para, em seguida, propor a sua solução através da técnica de indução retroativa.

Ao final, pretende-se cogitar de algumas hipóteses concretas que se aproximam do modelo proposto, sugerindo, diante da solução obtida, um viés de interpretação extensiva, ou até de alteração legislativa, quanto às hipóteses atualmente previstas de suspensão/extinção da punibilidade dos crimes fiscais.

## 2. ALGUNS CONCEITOS BÁSICOS DA TEORIA DOS JOGOS<sup>2</sup>

Tem-se um jogo quando dois ou mais tomadores de decisões precisam, para tomá-las de forma racional, considerar o que será decidido pelo outro. A essência do jogo é, assim, a interdependência entre os tomadores de decisões.

O escopo da teoria dos jogos é justamente o estudo do modo pelo qual um jogador toma decisões sabendo que estas afetam e são afetadas pelas decisões dos outros.

Os jogadores têm uma finalidade específica, portanto, as decisões tomadas no sentido de chegar a tal objetivo, concebidas mediante a análise das suas interações para com o comportamento dos outros jogadores, são denominadas decisões estratégicas.

O desenvolvimento da teoria permitiu a criação de vários conceitos e modalidades de jogos.

No que interessa ao objeto principal deste artigo importante registrar a diferenciação entre um jogo estático e um jogo dinâmico. No primeiro caso os jogadores agem simultaneamente, não têm qualquer

---

<sup>2</sup> Os conceitos aqui tratados têm como bibliografia principal a obra BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos*. 2.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, que conduziu o estudo do tema ao longo do semestre. Utilizou-se, em especial, os Capítulos 01 e 06.

informação sobre a escolha do outro e não possuem interesse em agir de forma cooperada no futuro. No segundo, como os jogadores agem em uma sequência fixa, aqueles que se movem depois já sabem quais teriam sido as ações tomadas pelos jogadores anteriores.

Outro conceito essencial à teoria dos jogos é o de estratégia, compreendida como um plano que contempla todas as possíveis contingências para se jogar.

Num jogo estático a estratégia consistirá na escolha de uma ação. Já em um jogo dinâmico a estratégia do segundo jogador deve considerar o conjunto de ações possíveis a partir de cada uma das decisões que podem ser tomadas pelo primeiro jogador. Portanto, estratégias e ações são conceitos distintos.

O conjunto de estratégias de cada oponente conduz o jogo a um determinado resultado, a análise deste segundo as perspectivas subjetivas de cada jogador implica na sua recompensa.

As recompensas representam o grau de satisfação de cada jogador no final do jogo.<sup>3</sup> Assim, levar o resultado do jogo para um contexto no qual sua recompensa será maior orientará a estratégia de cada jogador.

Outra diferenciação importante para o presente artigo será aquela entre jogos com informação completa e aqueles denominados de informação incompleta. No primeiro caso as estratégias e recompensas de cada jogador são de conhecimento comum, o que já não ocorre no segundo caso.

Os jogos podem ser representados de diversas formas. No jogo a ser proposto neste artigo utilizar-se-á o meio de representação denominado árvore de jogo, mais adequado para a representação de jogos dinâmicos.

Neste modelo, para se representar os movimentos dos jogadores, bem como a ordem na qual estes escolhem seus movimentos, constrói-se um gráfico de nós e ramos (dir-se-á o que é nó e o que é ramo).

Cada nó é um ponto de decisão para um jogador, representado graficamente com um retângulo no qual estará grafado o nome do jogador.

Os ramos são os movimentos possíveis para cada jogador. Serão representados por setas a partir de um nó acompanhadas da especificação de cada movimento possível àquele jogador naquela jogada.

<sup>3</sup> Em se tratando de questões econômicas, a melhor forma de representar esta valoração será a monetarização (ou financeirização) das recompensas.

Os ramos serão direcionados a outros dois nós, que representarão as decisões do próximo jogador a partir daquela jogada e assim sucessivamente.

Ao final do ramo que represente o último movimento possível para aquele jogo se terá o denominado nó terminal, representado por um ponto final, após o qual se indicará, entre parênteses e seguindo a ordem do jogo (ordem cronológica de quem terá sido o primeiro a se mover) a recompensa para cada jogador caso o resultado do jogo seja aquele.

A teoria dos jogos também permite criar uma metodologia para se prever o comportamento dos jogadores, criando um conceito de solução para cada jogo.

Diante da grande variedade de jogos possíveis não há um conceito de solução universal para todos os jogos.

Todavia, em se tratando de jogos não cooperativos,<sup>4</sup> há certo consenso de que a solução de um jogo passa por encontrar seu equilíbrio, mediante a análise do conjunto de estratégias adotadas de forma racional por cada jogador, considerando também as opções racionais do oponente.

Esta análise conduzirá o jogo a um resultado cujas recompensas de cada um sejam as mais satisfatórias possíveis, considerando-se as opções e informações disponíveis naquele jogo.

Talvez seja esta a grande contribuição da aplicação da teoria dos jogos no Direito, na medida em que a modelagem e análise das hipóteses de equilíbrio em determinado jogo poderão orientar qual deverá ser a estratégia normativa a ser adotada, ou seja, qual a alteração da regra do jogo poderá ser feita para induzir o comportamento dos jogadores em determinado sentido.

Trata-se, portanto, de uma forma de, sob o prisma racional, auxiliar a efetividade da norma prescrita, na medida em que a sua implementação terá a capacidade de conduzir o comportamento racional do seu destinatário em determinado sentido.

Neste contexto, a aplicação da teoria dos jogos no Direito tem enorme potencial de proporcionar mais eficiência ao contexto normativo, facilitando a obtenção de soluções racionalmente adequadas para uma série de circunstâncias.

---

<sup>4</sup> O objeto da matéria ao longo do semestre se limitou à análise deste tipo de jogo, cuja premissa é de que não haverá cooperação espontânea entre os jogadores.

Ocorre que as formas de se encontrar equilíbrio para os jogos oferecem graus de complexidade diferentes. Para efeito do jogo objeto deste artigo o conceito de solução a ser adotado será a do “Equilíbrio de Nash”, a ser encontrado mediante a técnica da indução retroativa.

O conceito de equilíbrio de Nash tem em sua essência a premissa de que a melhor estratégia de um jogador será sua melhor resposta à estratégia adotada pelo seu oponente.<sup>5</sup>

Ocorre que, em determinados jogos, poderá haver mais de um equilíbrio de Nash. Portanto, para auxiliar a descoberta de qual deles será o mais provável de ocorrer pode-se adotar o procedimento da indução retroativa.

Nesse procedimento, deve-se, em síntese, partir dos nós terminais do jogo e retroagir a um nó de decisão para algum dos jogadores. A partir desse nó de decisão deve-se comparar as recompensas possíveis para aquele jogador naquela jogada, considerando-se o ramo que leva à recompensa mais alta como “movimento ótimo” daquele determinado nó. Em seguida deve-se ignorar todos os ramos “não ótimos” e assim ir retroagindo na árvore até encontrar, para cada jogador, sua “decisão ótima” em cada nó decisório seu. Essa coleção de decisões será a “estratégia ótima” daquele determinado jogador para aquele determinado jogo.

Diante dessas concepções sobre conceitos básicos da teoria dos jogos, acredita-se ser possível ao leitor compreender o modelo e a solução do jogo a ser proposto no presente estudo.

### **3. O MODELO DE JOGO PROPOSTO: A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS COMO UM JOGO DE INFORMAÇÃO COMPLETA ENTRE A AUTORIDADE FISCAL E O CONTRIBUINTE**

A Portaria da Receita Federal do Brasil nº 1.750, de 12 de novembro de 2018, regulamenta, dentre outras questões, a denominada representação fiscal para fins penais referente a crimes contra a ordem tributária e previdenciária. O artigo 2º da referida norma administrativa dispõe: “Art. 2º A representação fiscal para fins penais deverá ser feita

<sup>5</sup> A modelagem matemática desta premissa deu ao Professor John C. Nash o Prêmio Nobel de Economia.

por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil sempre que, no exercício de suas atribuições, identificar fatos que configuram, em tese: I – crime contra a ordem tributária ou contra a Previdência Social”.<sup>6</sup>

Portanto, dentro do juízo de valor do Auditor-Fiscal do que seriam fatos que configurem, “em tese”, crimes contra a ordem tributária e previdenciária, este tem espaço discricionário para decidir realizar ou não a referida providência.

Assim, nesse jogo proposto, as ações possíveis para o primeiro jogador Auditor-Fiscal (A) serão: (i) fazer a representação fiscal para fins penais; ou (ii) não a fazer, se limitando a tomar as providências no sentido de finalizar o processo administrativo de constituição do crédito fiscal.<sup>7</sup>

Por outro lado, no ordenamento jurídico brasileiro há a previsão legal de que o parcelamento do tributo suspende a pretensão punitiva do Estado quanto aos eventuais crimes contra a ordem tributária e previdenciária, sendo certo que o seu (do tributo) pagamento extingue a punibilidade quanto aos mesmos crimes.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?-visao=anotado&idAto=96434>

<sup>7</sup> Desde a edição da súmula vinculante número 24 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo”, a representação fiscal para fins penais somente pode ser enviada após término do processo administrativo de constituição do crédito fiscal. Após a regular constituição do crédito, caso não haja pagamento, o valor será inscrito em dívida ativa, permitindo a propositura, pela Procuradoria competente, da respectiva execução fiscal. Caso o contribuinte queira se opor a tal cobrança, mediante prestação de garantia (penhora), pode impugná-la judicialmente através de embargos à execução fiscal.

<sup>8</sup> Esta norma é, atualmente, prevista no artigo 83 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 12.382/11, segundo o qual “Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativas aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. § 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes

Destarte, no caso, o segundo jogador, o Contribuinte (C), dependendo da jogada do primeiro jogador (A), terá duas ações: (i) pagar/parcelar o tributo, abrindo mão de seu direito de defesa fiscal, mas impedindo qualquer discussão de natureza penal; ou (ii) não pagar ou parcelar o tributo, podendo exercer o seu direito de defesa fiscal, mas sujeito à apuração de eventual responsabilidade penal.

É preciso, ainda, acrescentar ao jogo proposto algumas informações adicionais que terão reflexos nas recompensas de cada jogador.

Na hipótese em estudo, o Auditor-Fiscal (A) tem dúvida a respeito se determinada remuneração (o pagamento de um plano de saúde privado, por exemplo) deverá ou não integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.<sup>9</sup>

Fiscalizando o Contribuinte (C) ele percebe que aquele sujeito não informou nos documentos fiscais próprios a referida remuneração como base de cálculo da contribuição previdenciária devida.

Dessa forma, caso se entenda que aquela remuneração, segundo a lei vigente, deveria compor a referida base de cálculo, estar-se-ia, em

---

estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no *caput* quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. § 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. § 6º As disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz”.

<sup>9</sup> Essa possibilidade de dúvida, a nosso juízo, é perfeitamente possível de ocorrer na prática, na medida em que, diante da inegável complexidade das normas tributárias, nem sempre é tarefa simples interpretar os fatos econômicos ocorridos (fatos oponíveis) para concluir se há ou não a incidência de determinada norma tributária (a hipótese de incidência). Esta dificuldade de análise da subsunção do fato à norma inerente ao direito tributário traz, por óbvio, reflexos ao direito penal tributário, no qual também há de se fazer um juízo de adequação perfeito entre a conduta e a norma penal (juízo de tipicidade). A título de exemplo pode-se citar a recente discussão acerca da tipicidade ou não da conduta de não recolhimento do ICMS próprio devidamente declarado na hipótese típica prevista no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90, questão que era interpretada de forma distinta pelas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça. A questão foi unificada pela 3ª Seção, no sentido de se afirmar a tipicidade.

tese, diante do delito do artigo 337-A, inciso III, do Código Penal.<sup>10</sup> Caso contrário, a conduta do Contribuinte (C) seria regular.

Registre-se, ainda, que, no caso, o Auditor (A) não terá interesse em utilizar-se indevidamente da representação fiscal para fins penais como meio de pressão<sup>11</sup> para o pagamento de tributo que poderá se revelar não devido, mas, apenas, cumprir seu dever legal de provocar as autoridades administrativas para aferir se aquele crédito fiscal deverá ser, de forma legítima constituído bem de comunicar às autoridades próprias eventuais crimes cometidos.

Assim, caso o comportamento do Auditor (A) leve o Contribuinte (C) a pagar um tributo que poderá se revelar indevido, única e exclusivamente para efeito de se evitar um processo penal, a sua recompensa será baixa.

Por outro lado, o Contribuinte (C), que até a fiscalização estava convencido de sua conduta como correta, diante da compreensão razoável que tinha da legislação fiscal vigente, com a autuação sofrida, pretenderá exercer o seu regular direito de defesa fiscal discutindo a matéria até a posição final do Poder Judiciário sobre o tema.

Assim, também o Contribuinte no caso (C) estará de boa-fé e, caso sua tese não seja vencedora, fará as retificações necessárias e os recolhimentos que forem devidos.

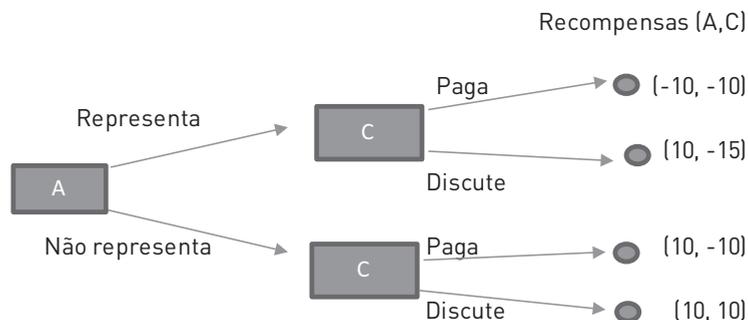
É fato, ainda, que para fins de se estabelecer a recompensa do Contribuinte (C), que há de se considerar que, responder a expediente penal, independentemente de sua procedência ou não, acarretará ao *player* um custo muito alto, pois nesta hipótese lhe terá sido negada importante linha de financiamento, por exemplo, cujo *compliance* do agente financiador impedirá seja concedida a qualquer tomador que seja vítima de algum expediente de natureza criminal.

---

<sup>10</sup> “Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...) III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

<sup>11</sup> A questão da utilização da representação fiscal para fins penais como instrumento de pressão arrecadatória gera várias polêmicas. A mais atual diz respeito à possibilidade de divulgação, pela autoridade fiscal, de uma lista contendo o nome destes contribuintes. Há de se registrar, ainda, que diversas autoridades fiscais estão, mediante expedientes normativos internos, sistematizando o processamento desta medida.

Diante dessas premissas, sugerimos agora a seguinte representação gráfica do jogo:



Caso (A) opte por representar e (C) por pagar, estipulamos (graficamente se demonstra) uma recompensa igualmente negativa para ambos, pois nessas circunstâncias a decisão de (C) terá sido a de abrir mão de seu direito de defesa fiscal em razão da pressão resultante da repercussão negativa, o que responde a expediente penal que lhe causarão (perda do financiamento) fato que também não é valorado positivamente por (A).

Na hipótese de (A) representar e (C) discutir, a recompensa de (A) será positiva, na medida em que o recolhimento somente se dará caso o tributo seja efetivamente devido. Entretanto, a de (C) será bastante negativa, uma vez que na hipótese, para além do risco de se ter que arcar com os recolhimentos no caso de a sua defesa não vir a ser bem sucedida e, (C) terá que arcar com o alto custo da perda do financiamento que esta opção lhe acarretaria.

Na hipótese em que o jogador (A) não representa e (C) paga, estipula-se uma recompensa positiva para (A). Neste caso, o pagamento se daria por mera liberalidade de (C), razão pela qual o comportamento de (A) não terá exercido a indesejada utilização (indevida) de potencial responsabilidade penal para que o pagamento da obrigação aconteça. Nessa mesma circunstância a recompensa de (C) será negativa, pois este estará a fazer o pagamento abrindo mão de seu direito de defesa fiscal.

Caso (A) não represente e caso (C) discuta, estipula-se uma recompensa positiva tanto para (A) quanto para (B), pois, na hipótese, somente haverá pagamento caso o valor venha ser efetivamente devido, na medida em que, caso (C) venha ter êxito em sua discussão e não haverá tributo a ser pago. Há de se consignar que, nessa hipótese, a opção de (C) exercer sua defesa não lhe trará os reflexos negativos de responder a expediente penal, que acarretaria a perda do financiamento desejado.

#### 4. PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA O JOGO

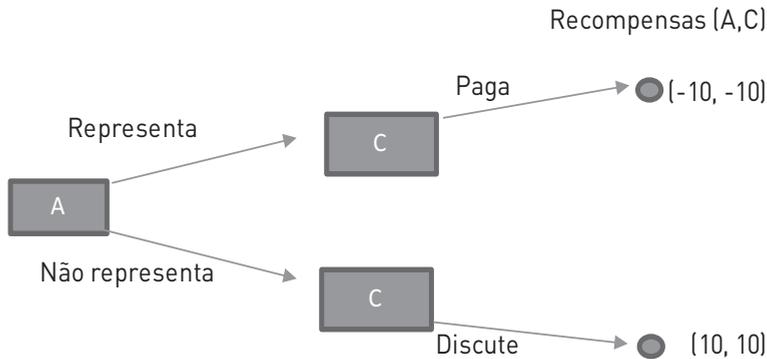
Em se tratando de um jogo dinâmico com informação completa, para a sua solução há de se utilizar a técnica da apontada indução retroativa.

Portanto, o primeiro passo é de se retroagir dos “nós terminais” aos “nós de decisão” do segundo jogador (C), comparando-se as possíveis recompensas para este jogador diante de cada jogada possível ao primeiro jogador (A).

Assim, se tem que, na hipótese do jogador (A) representar, caso o jogador (C) cumpra-se a obrigação de pagar ele terá uma recompensa (de -10) e caso ele discuta a exação terá uma recompensa (de -20). Assim, não há dúvida de que seu “movimento ótimo” nesta opção terá sido o pagar.

Considerando-se a possibilidade de o jogador (A) não representar, caso o jogador (C) pague a obrigação ele terá uma recompensa (de 0) e caso ele discuta a obrigação terá uma recompensa (de 10). Destarte, seu “movimento ótimo” nesse contexto será o discutir a exação.

Ato contínuo, ao desconsideramos os “ramos não ótimos”, se terá a seguinte árvore simplificada do jogo:



Seguindo na solução do jogo será preciso continuar a retroagir, considerando a estratégia de (A) partindo-se da premissa de que (C) adotará seus “movimentos ótimos”. Assim, caso (A) represente (C) irá pagar a obrigação e (A) terá uma recompensa (de -10). Caso (A) não represente, (C) irá discutir, a obrigação, gerando para (A) uma recompensa (de 10). Assim, o “movimento ótimo” para (A) será o não representar.

Portanto, o recomendado equilíbrio de Nash mais provavelmente nesta hipótese será o representado pela estratégia de (A) ao não representar e de (C) em optar por discutir.

Registre-se, ainda, que tal equilíbrio é um “ótimo de Pareto”<sup>12</sup>, ou seja, levará o jogo ao melhor resultado possível para ambos os jogadores.

## 5. REFLEXÕES CONCLUSIVAS. UMA POSSÍVEL APLICAÇÃO CONCRETA DA MODELAGEM PROPOSTA

Tem-se a consciência de que o modelo proposto, na medida em que se parte da premissa de boa-fé do Contribuinte, exclui um grande número de casos concretos em que se estaria diante da possibilidade ou não de elaboração da representação fiscal para fins penais.<sup>13</sup>

Entretanto, a nosso sentir, trata-se de modelo capaz de ilustrar um outro sem número de casos concretos, principalmente nas hipóteses em que o Contribuinte, diante da dúvida acerca da procedência ou não de determinada exação fiscal e, diante dos reflexos desastrosos que um expediente penal poderá lhe causar, opta por externar sua boa-fé objetiva, seja mediante depósito judicial do valor questionado, seja mediante garantia firme (fiança bancária de banco de primeira linha, por exemplo) para que possa exercer seu direito de defesa fiscal, sem constrangimentos de quaisquer espécies.

Nessas hipóteses, embora não haja lei expressa assim prevendo, sob o prisma da aplicação concreta da Teoria dos Jogos, não parece haver qualquer sentido em se proceder à aludida representação fiscal para fins penais, na medida em que o “equilíbrio ótimo de Pareto” de um jogo assim orientado recomendará a sua não elaboração, sem qualquer risco à atividade arrecadatória do Estado ou ao Direito de defesa do Contribuinte.

<sup>12</sup> Eficiência ou ótimo de Pareto é um conceito desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto, que define um estado de alocação de recursos em que é impossível realocá-los tal que a situação de qualquer participante seja melhorada sem piorar a situação individual de outro participante.

<sup>13</sup> Diante da nossa pouca intimidade com as fórmulas matemáticas, há de se consignar, ainda, que optamos por uma simplificação do modelo, prescindindo, por exemplo, de considerar a probabilidade de êxito da discussão fiscal. Esta questão poderá ser considerada em modelos mais completos e, portanto, mais complexos, para os quais é preciso aprofundamento maior no estudo da Teoria dos Jogos.

Por outro lado, a insistência na elaboração da representação fiscal para fins penais nessas circunstâncias, para além de conduzir o jogo a um resultado menos proveitoso a ambos os jogadores, será a confissão por parte das autoridades fiscais de uma indevida utilização da ameaça penal para fins de arrecadação tributária que pode se revelar indevida.

Tal estratégia gerará inegáveis reflexos negativos à atividade econômica regular, que há de ser fomentada como verdadeiro instrumento econômico de geração e distribuição de riquezas e não representa entrave.

Neste sentido, acolhe-se a interpretação extensiva da atual legislação para se compreender que a hipótese de depósito judicial/garantia efetiva da discussão tributária há de impedir o início da perquirição penal<sup>14</sup> ou, ainda, sugere-se alteração legislativa para se prever expressamente essa possibilidade. São propostas e sugestões de aplicação concreta da modelagem contidas neste estudo.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Adriana; BAETA, Zínia. *Receita cria lista com suspeitos de crimes*. Disponível em: <https://mobile.valor.com.br/legislacao/5985343/receita-cria-lista-com-suspeitos-de->

[crimes?utm\\_source=newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=newsletter\\_manha](https://mobile.valor.com.br/legislacao/5985343/receita-cria-lista-com-suspeitos-de-crimes?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=newsletter_manha). Acesso em: 01 dez. 2018.

BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ Luis. *Teoria dos Jogos*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

BRASIL. *Portaria RFB nº 1750*, de 12 de novembro de 2018. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=96434>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm). Acesso em: 28 nov. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9430*, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9430compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430compilada.htm). Acesso em: 27 nov. 2018.

---

<sup>14</sup> Existem precedentes jurisprudenciais nesse sentido, embora com fundamentos que não são referentes à aplicação da Teoria dos Jogos. Confira-se: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-03/garantias-fiscais-suspendem-acao-penal-natureza-tributaria>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Aplicação das Súmulas no STF – Súmula Vinculante 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>. Acesso em: 27 nov. 2018.

MAGALHÃES, Mariana Cardoso; SILVA, Gustavo Pires Maia da. *Receita Federal viola Constituição da República*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291582,11049- Receita+Federal+viola+Constituicao+da+Republica>. Acesso em: 26 nov. 2018.

OLIVON, Beatriz. *STJ decide que é crime não recolher ICMS declarado*. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunicacao/noticias/Noticias/Não-recolhimento-de-ICMS-pode-caracterizar-crime](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao/noticias/Noticias/Não-recolhimento-de-ICMS-pode-caracterizar-crime). Acesso em: 01 dez. 2018.

POUSADA, Fernando de Moraes. *Garantias na execução fiscal suspendem ação penal de natureza tributária*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-03/garantias-fiscais-suspendem-acao-penal-natureza-tributaria>. Acesso em: 25 nov. 2018.

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS ADVOGADOS. *SEFAZ SP publica Portaria que pretende dar agilidade à elaboração de representação fiscal com fins penais no caso de inadimplência de ICMS-ST*. Disponível em: [rolimvlc.com/informes/sefaz-sp-publica-portaria-que-pretende-dar-agilidade-a-elaboracao-de-representacao-fiscal-com-fins-penais-no-caso-de-inadimplencia-de-icms-st/](http://rolimvlc.com/informes/sefaz-sp-publica-portaria-que-pretende-dar-agilidade-a-elaboracao-de-representacao-fiscal-com-fins-penais-no-caso-de-inadimplencia-de-icms-st/). Acesso em: 02 dez. 2018.



# OPERAÇÃO MÃOS LIMPAS – 25 ANOS<sup>1</sup>

Guglielmo Giordanengo

(Tradução livre por Gustavo Henrique de Souza e Silva)

## 1. UMA NECESSÁRIA APRESENTAÇÃO PELO TRADUTOR

O texto corresponde à palestra proferida pelo autor, a convite, e reflete a sua vivência como advogado e como professor, na conhecida e rumorosa operação denominada “Operação Mãos Limpas”, tal como ocorrida na Itália. Esta publicação já estava programada, mas diante do que vem ocorrendo no Brasil, em relação à conhecida “Operação Lava Jato” merece ser lida com mais atenção. Entre as duas operações, a da Itália e a vivida no Brasil, são muitas as coincidências. Se, por acaso, vier a fazer as vezes de um *avant première* de algo ainda por acontecer no Brasil terá sido mesmo uma coincidência.

## 2. A PALESTRA

Em 17 de fevereiro de 1992, o Procurador-Geral Antonio DI PIETRO solicitou, e obteve, do juiz responsável pelas investigações preliminares, Italo GHITTI, uma ordem de captura em nome do engenheiro Mario CHIESA, presidente do Pio Albergo Trivulzio e membro proeminente do Partido Socialista de Milão.

---

<sup>1</sup> O texto corresponde à palestra proferida em, Belo Horizonte, em 29 de maio de 2018, quando do 5º Congresso Bienal do Instituto de Ciências Penais.

CHIESA foi pego em flagrante delito, recebendo propina de Luca MAGNI, um empreendedor de quem CHIESA exigia uma propina no valor de 14 milhões de liras, valor equivalente a 10% de uma concorrência que totalizava 140 milhões de liras, que sua empresa havia adjudicado.

MAGNI, cansado de pagar, havia denunciado a atividade fraudulenta, solicitando ajuda das autoridades, que intervieram no ato em que CHIESA estava embolsando a primeira parcela do pagamento, equivalente à metade do total.

Poderia parecer um caso isolado, e como tal foi imediatamente catalogado pelo então Secretário do Partido Socialista Italiano (PSI), Bettino CRAXI, que se apressou a definir Mario CHIESA como “um delinquente”.

Todavia, foi o início de uma das investigações mais relevantes da história italiana: Mãos Limpas.

Essa expressão tem como finalidade abranger uma série de investigações cujo epicentro se encontrava na cidade de Milão – onde funcionava o Pool de magistrados que levaram adiante a principal linha investigativa –, porém conduzidas em toda a Itália, que teve como objeto uma série de hipóteses de corrupção, extorsão e financiamento ilícito dos partidos políticos.

Essas mesmas investigações envolveram também empreendedores e expoentes do mundo político e financeiro italiano, nos níveis mais altos.

Foram dezenas de prisões, alguns suicídios dramáticos, o surgimento de revoltas populares contra a política, jamais vistos na história republicana.

Alguns partidos históricos do cenário nacional (Democracia Cristã –DC, PSI e Partido Liberal Italiano –PLI) desapareceram definitivamente, e toda uma classe política (ministros, deputados, senadores e, inclusive, ex-presidentes do Conselho de Ministros) foi dizimada, tanto que, na terminologia comum, falava-se de “passagem da Primeira para a Segunda República”.

Foi uma verdadeira “revolução judicial” esse período histórico e chamado, em geral, de “Tangentopoli” [Propinolândia].

O engenheiro CHIESA, num primeiro momento, não confessou. Depois, se sentindo abandonado pelas lideranças do Partido Socialista, revelou a existência de um esquema de propinas, amplamente

difundido, ao ponto de a propina ter se transformado em uma espécie de taxa a pagar em cada licitação pública, com vantagens para os partidos políticos, em especial referência aos partidos do governo: a DC e o PSI.

Em 2 de setembro de 1992, houve o primeiro suicídio, o do socialista Sergio MORONI, que deixou uma carta na qual se declarava culpado e acusava fortemente o sistema de financiamento de todos os partidos, deixando claro que jamais havia recebido um centavo sequer, tendo revertido todo valor, integralmente, ao caixa do partido.

A opinião pública se manifestou quase que integralmente a favor da Magistratura: nas pesquisas conduzidas na época, a popularidade de Antonio DI PIETRO e do Pool de MILÃO atingiu níveis impensáveis (aproximadamente 80%). Um grupo de heróis estava salvando a Itália da corrupção.

O ano mais intenso das investigações foi 1993, caracterizado por dezenas de mandados de busca e apreensão, prisões, confissões dramáticas e demissões que envolviam os mais altos cargos dos principais partidos italianos: entre outros, Bettino CRAXI e Claudio MARTELLI (respectivamente secretário do PSI e Ministro da Justiça, pelo mesmo partido), Severino CITARISTI (tesoureiro da DC), Giorgio LA MALFA (secretário do Partido Republicano Italiano – PRI), Renato ALTISSIMO (secretário do PLI) e Carlo VIZZINI (Partido Social-Democrático Italiano – PSDI).

Em 21 de abril de 1993, o Governo AMATO apresentou sua renúncia, e o Presidente da República, Oscar Luigi SCALFARO, identificou como seu sucessor o então Presidente do Banco Central da Itália [Banca d'Italia], Carlo Azeglio CIAMPI, que se apressou a formar o primeiro “governo técnico” da história do país, ou seja, um governo formado não por políticos, mas por técnicos que exerciam a dupla função de aprovar uma nova lei eleitoral e tentar a difícil recuperação da economia, que estava vivendo um momento de grande estagnação.

Poucos dias depois, após a votação do Congresso que negou aos Magistrados a autorização para proceder contra Bettino CRAXI, se verificou um dos episódios-símbolo de todo o período: um grupo de manifestantes esperou pelo ex-secretário do PSI na frente do hotel em Roma, onde costumava se hospedar e, na saída, o recebeu com coros de escárnio e lançamentos de objetos de todo tipo, inclusive moedinhas. Em 4 de agosto, o Congresso concedeu a autorização negada anteriormente.

As investigações, e junto com elas, as prisões, seguiam sem parar. E outros dois dramáticos suicídios marcaram o verão de 1993: em 20 de julho, o ex-presidente do ENI, Gabriele CAGLIARI e, em 23 de julho, o Presidente do Grupo FERRUZZI-MONTEDISON, Raul GARDINI.

Enquanto isso, havia começado o primeiro de uma longa série de processos, provavelmente o que será lembrado como o processo-símbolo de toda a investigação: o processo ENIMONT, que via como principal indiciado, Sergio CUSANI.

O processo, pela primeira vez na história da República, foi transmitido ao vivo pela RAI (Radiotelevisione Italiana), registrando índices elevadíssimos de audiência.

Era a enésima revolução nos costumes italianos, ligada a esse processo midiático, que se celebrou, formalmente, contra CUSANI e, substancialmente, contra todo um sistema.

Os protagonistas assumiram papéis quase teatrais, como se fossem atores de uma peça: os silêncios de CUSANI, o colorido linguajar de DI PIETRO (o chamado “dipietrês”), os bate-bocas entre eles e o defensor do principal acusado, Giuliano SPAZZALI. Tudo como num filme: pela primeira vez, a justiça saía das salas de aula para se tornar algo popular.

Enquanto isso as investigações se multiplicavam, algumas das quais atingiram, também, os membros do pool dos magistrados de Milão, que conduzia a principal linha investigativa.

Num clima fervente de acusações recíprocas, a Política e a Magistratura se viram, pela primeira vez, uma contra a outra, armadas até os dentes, tudo diante de um crescente ódio popular perante os políticos, temperado por uma raríssima confusão.

Dentro desse clima, 1994 foi o ano que viu também uma reviravolta bem relevante no cenário político: Silvio BERLUSCONI, um dos mais conhecidos empreendedores italianos, decidiu “entrar em campo” e formar um partido político, o “Forza Italia”; e ganhou facilmente as eleições políticas do março seguinte. BERLUSCONI marcaria, pelo bem e pelo mal, difícil de definir, os 20 anos vindouros da política nacional.

Em 21 de julho de 1995, Bettino CRAXI foi oficialmente declarado procurado pela justiça: o ex-secretário do PSI, de fato, percebendo que para ele a situação estava prestes a ruir, em 5 de maio, havia se mudado para Hammamet, na Tunísia, onde ficará o resto de seus dias.

Enquanto isso, o conflito entre Política e Magistratura atingia níveis jamais vistos: entre tentativas (verdade seja dita, um pouco bizarras) de editar decretos que limitavam fortemente o cárcere preventivo (o decreto Biondi, de 13 de julho de 1994, quase imediatamente abolido), inspeções ministeriais contra o Pool de Milão (14 de outubro), denúncias, mais ou menos caluniosas, contra DI PIETRO (episódio GORRINI), em 6 de dezembro ocorreu algo bem inesperado.

Após o último requisito do processo ENIMONT, Antonio DI PIETRO se demitiu da Magistratura. Essa atitude gerou clamor e comoção popular. Aquele que era visto, por grande parte da população, como um verdadeiro herói tinha sido obrigado a abandonar a causa e os chamados poderes fortes.

Enquanto isso, em dezembro do mesmo ano, o primeiro Governo BERLUSCONI caía sob o peso de uma situação político-judicial insustentável, abrindo espaço, a partir de 12 de janeiro de 1995, para outro governo técnico, liderado por Lamberto DINI.

O ano de 1995 foi o momento em que as acusações levantadas contra DI PIETRO e contra os outros magistrados do Pool de Milão se multiplicaram: abriram-se inúmeros volumes de investigação contra eles, com as mais diversas acusações e todos devidamente encerrados com arquivamentos ou sentenças de absolvição, entre o final de 1996 e início de 1997.

Enquanto isso, Antonio DI PIETRO havia decidido entrar na política, primeiro aceitando o cargo de Ministro das Obras Públicas no Governo de Romano PRODI (Ulivo, vencedor das eleições de 1996), e se candidatando a uma das vagas ao senado em 1997, que ganhou facilmente.

Mais tarde (2001), o antigo Magistrado criou seu próprio partido político, o “Italia dei Valori” (IDV, “Itália dos Valores”), que jamais teve sucesso relevante no âmbito eleitoral: isso não o impediu de se tornar protagonista no cenário político nacional, assumindo, mais uma vez, o cargo de Ministro.

A Operação Mãos Limpas, que durou dois anos e foi conduzida por cinco Magistrados, resultou, entre sentenças definitivas e colaborações premiadas, em aproximadamente 1.300 condenações.

Entre estes, os mais relevantes são os dois que atingiram Bettino CRAXI: cinco anos e quatro meses pelo processo ENI-SAI e quatro anos e seis meses pelo financiamento ilegal do metrô de Milão. CRAXI não voltou nunca mais para a Itália. Houve, também, 430 absolvições no mérito.

Com o passar do tempo a mola propulsora das investigações perdia forças e, com ela, também o apoio incontestável da população, que tinha sido fator fundamental no período anterior.

Foi, de fato, uma glória?

Não cabe, certamente, a quem escreve, fazer um juízo abrangente, político e social sobre a investigação que, nos anos seguintes, foi objeto de elogios desenfreados e críticas devastadoras, louvores inatingíveis e lamentações inenarráveis.

A Operação Mãos Limpas se desenvolveu e encontrou seu húmus vital em anos da história europeia e mundial que não voltarão – os anos da queda da Cortina de Ferro o que, de certo, influenciou notavelmente o desequilíbrio dos frágeis balanços da política italiana.

E foi bem dentro de um sistema caracterizado pela extraordinária fragilidade que a Magistratura encontrou facilmente uma forma de expor a lama revelada pelas investigações.

Porque o primeiro e indiscutível efeito da operação Mãos Limpas foi a supressão praticamente integral de toda uma classe política, com a entrada na cena política nacional de personagens e partidos completamente novos.

Tentemos, então, que formular outra pergunta: e a corrupção?

Pode, de fato, uma investigação judicial contribuir para a erradicação da corrupção?

A resposta, depois de 25 anos, parece, infelizmente, substancialmente negativa.

Um recente artigo publicado no *Il Fatto Quotidiano* de 16 de dezembro de 2016, de E. CICCARELLI, intitulado “Corruzione, lo studio: sempre più in comuni e regioni. Dopo Mani Pulite 64 parlamentari coinvolti nelle indagini” [“Corrupção, o estudo: sempre mais em municípios e regiões. Depois de Mãos Limpas, 64 parlamentares envolvidos nas investigações”] traz os resultados de um estudo, “La corruzione politica al Nord e al Sul. I cambiamenti da Tangentopoli a oggi” [“A corrupção política de Norte a Sul. As mudanças desde Propinolândia até hoje”], dirigido pelo sociólogo Ricardo SCIARRONE para a fundação RES, que analisou 580 sentenças da Corte de Cassação e 104 pedidos de autorização para investigação.

Do referido documento, lê-se que: “A corrupção política está aumentando, sempre mais descentralizada e privatizada. A Propinolândia

não ensinou nada: muitos políticos corruptos fizeram carreira se aproveitando da onda de prisões, a maioria, mais tarde. São bem 64 os parlamentares envolvidos em histórias de corrupção, de 1994 até hoje, num fenômeno que gira cada vez menos em volta dos partidos e envolve cada vez mais redes político-negociais, com um envolvimento crescente de expoentes do crime organizado ...”.

E continua: “Quase metade dos políticos envolvidos (mais de 40%) fez carreira aproveitando a onda entre o pré e o pós-Propinolândia. A quota menos relevante de políticos corruptos saiu de cena com a operação Mãos Limpas (26,6%) enquanto quase um terço do total (31,6%) deu início a sua carreira depois desse divisor de águas. Pouco, ou nada, mudou, sobretudo no Sul, onde são mais numerosos os políticos corruptos do pós-Propinolândia”.

Por fim, conclui: “Com a descentralização política, a corrupção também se descentralizou. Ao mesmo tempo em que se federalizou, o fenômeno também mudou de forma. Antes da Propinolândia, a finalidade era, sobretudo, sustentar os partidos. Depois de Mãos Limpas, a corrupção se dedicou, sobretudo, a engordar os interesses privados”.

Enfim, parece que a corrupção mudou parcialmente de forma, mas não, certamente, de intensidade. E a mutação a morfológica, não depende das investigações da Propinolândia, mas, fundamentalmente, da mutação dos equilíbrios políticos entre o Governo Central e os Governos Locais.

O relatório anual Corruption Perceptions Index 2015, elaborado pela organização não governamental Transparency International sobre a corrupção pública percebida, coloca a Itália, com seus 44 pontos, no 61º lugar entre os 168 países recenseados, penúltima na lista dos 28 países membros da União Europeia.

É verdade que se trata de um relatório baseado em opiniões e não em números, mas certamente o “relatório de reputações” tem forte peso quando se fala em escolhas de investimento.

Ainda: em 3 de fevereiro de 2014 foi publicada a primeira “Relação da Comissão Europeia sobre a luta contra a corrupção” (fonte: Marco MONTANARI, *Statistiche e valutazioni sulla corruzione in Italia nella Relazione della Commissione Europea, in Diritto penale Contemporaneo [Estatísticas e avaliações sobre a corrupção na Itália, na Relação da Comissão Europeia, em Direito Penal Contemporâneo]*, de 11 de fevereiro de 2014).

Essa relação evidencia alguns dados que, no mínimo, são desconcertantes (listados de 1 a 3 em *Speciale Eurobarometro n. 397/2013* e de 4 a 8 em *Flash Eurobarometro n. 374/2013*):

- 1) 97% dos italianos consideram que a corrupção é um fenômeno onipresente na Itália (contra uma média de 76% na UE);
- 2) 42% dos italianos afirmam sofrer, pessoalmente, a corrupção no seu dia a dia (contra uma média de 26% na UE);
- 3) 88% dos italianos consideram que a corrupção e as recomendações sejam, muitas vezes, o modo mais simples de ter acesso a determinados serviços públicos (contra uma média de 73% na UE);
- 4) 92% das empresas italianas consideram que favoritismos e corrupção impedem a concorrência comercial na Itália (contra uma média de 73% na UE);
- 5) 90% das empresas italianas pensam que a corrupção e as recomendações sejam, muitas vezes, o modo mais simples de ter acesso a determinados serviços públicos (contra uma média de 69% na UE);
- 6) 70% dos italianos julgam a corrupção um fenômeno bem difundido nas obras gerenciadas pelas autoridades nacionais (contra uma média de 56% na UE);
- 7) 69% dos italianos julgam a corrupção um fenômeno bem difundido nas obras gerenciadas pelas autoridades locais (contra uma média de 60% na UE);
- 8) Os custos totais diretos da corrupção na Itália chegam a 60 bilhões de Euros ao ano (equivalentes a aproximadamente 4% do PIB PIL) (*Tribunal de Contas. Seções Reunidas. Cerimônia inaugural do ano legislativo 2012. Relação redigida pelo Procurador Geral Lodovico PRINCIPATO*, em 16 de fevereiro de 2012, pag. 100), ou seja, a metade do custo total da corrupção em toda a economia europeia (custo estimado em 120 bilhões de Euros ao ano) (*Comunicação da Comissão no Parlamento Europeu, no Conselho e no Comitê Econômico e Social Europeu. La lotta contro la corruzione nell'EU, COM (2011) 308 definitivo*, de 6 de junho de 2011, pág. 3).

Enfim, a situação da corrupção na Itália no pós-Propinolândia não sofreu qualquer melhora. Ao contrário. Esse extraordinário (adjetivo que deve ser entendido em sentido literal, sem acepção positiva ou negativa) período histórico parece não ter deixado, substancialmente, nenhuma herança na luta contra a corrupção na Itália.

Então, resta-nos perguntarmos quais podem ser as soluções verdadeiras, as armas mais corretas e eficientes para combater esse fenômeno.

Em primeira instância, a Itália aprovou, entre 2012 e 2013, um pacote de normas anticorrupção: – a l. 190/2012 (“Disposições para a prevenção e a repressão da corrupção e da ilegalidade na Administração Pública”), o Decreto Legislativo 235 de 2012 (relativo à inelegibilidade e proibição de assumir cargos eletivos e de governo, em nível central e regional, após condenações definitivas por delitos de corrupção ou outros delitos cometidos contra a Administração Pública), o Decreto Legislativo 33 de 2013 (relativo à obrigação de transparência e divulgação das informações por parte da Administração Pública), o Decreto Administrativo 39 de 2013 (relativo à impossibilidade de atribuir e à incompatibilidade dos cargos nas Administrações Públicas após condenações definitivas ou não definitivas por delitos cometidos contra a Administração Pública e os entes privados em controle público).

Tentemos, então, voltar à “Relação da Comissão Europeia” de 2014, mencionada anteriormente, a qual tenta evidenciar também quais poderiam ser os próximos passos possíveis (alguns dos quais já são objeto de adequação normativa na Itália):

- 1) Reforço da tutela do funcionário (público, mas privado também) que aponta atos ilícitos (o chamado ‘whistleblowing’, [delator]);
- 2) Garantir, ao máximo, a transparência das atividades de lobby;
- 3) Garantir a liberdade de imprensa;
- 4) Ampliar os poderes e desenvolver as capacidades da autoridade nacional anticorrupção (CIVIT);
- 5) Tornar mais rigorosa a normativa em matéria de financiamento para os partidos políticos;
- 6) Tornar menos controversa normativa em matéria de conflito de interesses e de declarações patrimoniais dos sujeitos titulares de cargos eletivos e de governo;
- 7) Tornar mais transparentes os procedimentos relativos a licitações públicas;
- 8) Reforçar o regime de integridade para os cargos eletivos e de governo, nacionais, regionais e locais, inclusive com Códigos de Ética completos.

Enfim, no âmbito moral, parece bastante simples: uma resposta penal pode atingir as pessoas, inclusive muitas pessoas, mas para mudar radicalmente um sistema, precisa-se de algo bem distinto: uma revolução normativa e cultural radical que envolva as instituições e, também, os cidadãos.

Infelizmente, não são os super-heróis que podem nos ajudar, mas uma divulgação bem ampla, em todos os níveis, da cultura da legalidade: trata-se, enfim, de um trabalho muito complexo, que precisa de tempo, meios e muita boa vontade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Comunicação da Comissão no Parlamento Europeu, no Conselho e no Comitê Econômico e Social Europeu, *La lotta contro la corruzione nell'EU*, COM (2011) 308 definitivo, de 6 de junho de 2011, pág. 3.

*Corruption Perceptions Index 2015*, elaborado pela organização não governamental Transparency.

*Corruzione, lo studio: sempre più in comuni e regioni. Dopo Mani Pulite 64 parlamentari coinvolti nelle indagini. Il Fatto Quotidiano, dezembro, 2016, de E. CICCARELLI.*

Flash Eurobarometro. n. 374,2013.

*Speciale Eurobarometro n. 397/2013.*

*Statistiche e valutazioni sulla corruzione in Italia nella Relazione della Commissione Europea, in Diritto Penale Contemporaneo, Marco MONTANARI.*

Tribunal de Contas. Seções Reunidas. Cerimônia inaugural do ano legislativo de 2012. Relação redigida pelo Procurador Lodovico PRINCIPATO, em 16 de fevereiro de 2012, pág. 100.

# COLABORAÇÃO PREMIADA E VÍCIO DE CONSENTIMENTO. APONTAMENTOS INTERDISCIPLINARES<sup>1</sup>

Gustavo Henrique de Souza e Silva

Com a colaboração de Helena Penna Marchi

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Negócio Jurídico e Vontade – Breves Considerações. 3. Negócio Processual e Vontade – Breves Considerações. 4. Colaboração Premiada e Vontade – Breves Considerações. 5. Colaboração Premiada e Vício de Consentimento. 6. Conclusão. 7. Referências doutrinárias, legais e jurisprudenciais.

## 1. INTRODUÇÃO

Aderindo à célebre frase do jurista, ex-Ministro da Suprema Corte, Eros Grau, segundo a qual “não se interpreta o direito em tiras”,<sup>2</sup> a ideia do presente estudo é refletir sobre o instituto da colaboração premiada sob um viés interdisciplinar.

Para tanto, dentre as várias polêmicas que envolvem o tema, optou-se por discutir aspectos relacionados à voluntariedade do agente quando da elaboração do acordo.

---

<sup>1</sup> Texto publicado na obra *Delação premiada: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello*, organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, 2ª edição, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 627-646.

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, p. 83-84.

Discorrendo brevemente sobre a relação entre o negócio jurídico e a autonomia da vontade, tratou-se o instituto da colaboração como um negócio jurídico penal/processual penal.

Considerando-se as questões referentes aos denominados defeitos dos negócios jurídicos, em especial, os vícios de consentimento, bem como, toda a disciplina legal cível sobre matéria, cogita-se de sua aplicação também no âmbito penal, com as consequências daí advindas.

## 2. NEGÓCIO JURÍDICO E VONTADE – BREVES CONSIDERAÇÕES

A doutrina clássica do negócio jurídico, entendido como espécie do gênero ato jurídico, reconhece que sua concepção está intrinsecamente ligada ao exercício livre da vontade.

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que “No campo dos fatos humanos, há os que são voluntários e os que independem do querer individual. Os primeiros, caracterizando-se por serem ações resultantes da vontade, vão constituir a classe dos atos jurídicos, quando revestirem certas condições impostas pelo direito positivo”.<sup>3</sup>

Sob o prisma do exercício da vontade, o elemento diferenciador essencial entre o ato jurídico e o negócio jurídico é que, neste último, aquela é exercida com uma finalidade específica, no sentido de se obter uma consequência jurídica determinada.<sup>4</sup> Assim, a liberdade no exercício da vontade no âmbito dos negócios jurídicos há de ser ainda mais valorizada.

Recorrendo-se, mais uma vez à pena de Caio Mário da Silva Pereira, tem-se que “tão relevante é o papel da vontade na etiologia do negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria ideia conceitual com a declaração de vontade, constituindo-se desta forma sua definição”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1982, p. 405.

<sup>4</sup> Há, ainda, a possibilidade de se diferenciar os institutos considerando outros aspectos. Neste sentido, Dilvanir José da Costa pondera que “O negócio jurídico é a exaltação da liberdade individual e a expressão da autonomia da vontade na vida em sociedade. O ato jurídico é a limitação da liberdade individual e a intervenção na esfera privada em nome do interesse social. Enfim, negócio jurídico é manifestação do individualismo e do liberalismo, enquanto o ato jurídico é expressão do intervencionismo e da socialização do direito”. Na medida em que “o negócio jurídico é o ato voluntário de efeitos também voluntários” (COSTA, Dilvanir José da, *Direito civil à luz do novo código*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 67).

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva, obra citada, p. 406.

A confirmar essa relação indissociável entre o livre exercício da vontade e a validade dos negócios jurídicos está a própria previsão legal sobre a matéria. No ordenamento brasileiro o instituto do negócio jurídico está regulado no âmbito do Código Civil, mais especificamente em seu Livro III, Título I, artigos 104 a 114. No seu artigo 104<sup>6</sup> o Código estabelece, expressamente, os requisitos de validade do negócio jurídico como sendo: (i) a capacidade dos agentes; (ii) a licitude e a possibilidade do objeto; e (iii) o atendimento à forma estabelecida pela lei. Ao se valorar a capacidade do agente como requisito essencial do negócio jurídico, está a lei a reconhecer que este somente poderá ser concebido mediante declaração de vontade livre.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz assevera que “Como todo ato negocial pressupõe uma declaração de vontade, a capacidade do agente é indispensável à sua participação válida na seara jurídica”.<sup>7</sup>

Também o artigo 107 do Código Civil reconhece<sup>8</sup>, expressamente, a importância da declaração de vontade como elemento estruturante do negócio jurídico. Referido dispositivo, ao dispensar, como regra, forma especial para o seu exercício, endossa a teoria de que será válida qualquer forma de exteriorização da vontade, desde que esta seja a expressão de um ato livre em sua origem.<sup>9</sup>

Na mesma linha, o artigo 112 da mesma codificação<sup>10</sup> positiva a regra de que, em havendo conflito interpretativo entre o sentido literal da linguagem e a intenção do sujeito que está a praticar o negócio, esta deverá prevalecer sobre aquela. Está-se, assim, mais uma vez, a estabelecer liame direto entre a vontade e a própria essência do negócio jurídico, inclusive no âmbito de sua interpretação.

Partindo-se da premissa desta relação estreita entre o negócio jurídico e o livre exercício da vontade, preocupou-se o legislador civil em prever, inclusive, uma série de institutos cujo objetivo outro não

<sup>6</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena, *Código civil anotado*, 8ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002, p. 112.

<sup>8</sup> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena, obra citada, p. 115.

<sup>10</sup> Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

é senão garantir, sob pena de invalidade, o controle sobre a efetiva autonomia da vontade. Para tanto previu, no próprio Código Civil, em seu Capítulo IV, artigos 138 a 165, hipóteses legais que denominou de “Defeitos dos Negócios Jurídicos”. Imperioso registrar que a sistemática legal sobre os defeitos do negócio jurídico recaem, essencialmente, sobre vícios de consentimento, tais como: (i) o erro (artigos 138-144); (ii) o dolo (artigos 145-150); (iii) a coação (artigos 151-155); (iv) o estado de perigo (artigo 156); e (v) a lesão (artigo 157). Preocupou-se o legislador civil, ainda, em prever, expressamente, as consequências de tais vícios sobre a validade dos negócios jurídicos, tanto que também estão expressamente previstas no Código Civil hipóteses onde se cogita de sua nulidade (artigo 166, inciso I)<sup>11</sup> ou, ainda, de sua anulabilidade (artigo 171).<sup>12</sup> Esta opção legal permitiu à doutrina e à jurisprudência refletirem e colaborarem com a evolução e o desenvolvimento dos institutos referentes aos vícios de consentimento em matéria cível, sendo possível afirmar, com alguma ousadia, que o controle de validade do exercício livre da vontade chega a ser um subsistema dentro do sistema legal de regulação dos negócios jurídicos.

Fato é que, seja em razão da própria gênese do instituto como entidade jurídica autônoma, seja em razão da disciplina legal vigente sobre a matéria, não há como dissociar a existência válida de um negócio jurídico ao prévio exercício de uma vontade livre.

### **3. NEGÓCIO PROCESSUAL E VONTADE – BREVES CONSIDERAÇÕES**

Dentre as diversas inovações trazidas pela Lei nº 13.105, Novo Código de Processo Civil, com vigência a partir de 18.03.16, está o denominado negócio jurídico processual, previsto no seu artigo 190<sup>13</sup>, de forma mais ampla que na legislação anterior. O dispositivo legal

---

<sup>11</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz.

<sup>12</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

<sup>13</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam auto composição, 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.

permite às partes, em se tratando de direitos que admitam transação, estipular mudanças nos procedimentos para ajustá-lo à sua conveniência e às especificidades do caso concreto<sup>14</sup>. De forma similar ao negócio jurídico civil, tem como requisitos de validade a capacidade do agente, a manifestação não viciada da vontade, bem como a licitude e a possibilidade do objeto.<sup>15</sup>

Também há de se registrar que, da mesma forma em que ocorre no negócio jurídico civil, preocupou-se o legislador processual civil com o controle das circunstâncias em que a declaração de vontade será exercida quando do negócio processual. Estabelece o parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil<sup>16</sup>, dentre as hipóteses de invalidade do negócio jurídico processual, aqueles nos quais “alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. Isto porque, embora o objetivo do instituto, “dentro do escopo maior do CPC de promover a solução mais rápida e satisfatória dos litígios, é [seja] de abrir espaço à participação das partes na construção do procedimento, tornando-o mais democrático”, há a preocupação de se evitar que tais pactos “funcionem como instrumento de opressão, pois não admite que essa possibilidade de “negociação” de direitos ocorra quando haja qualquer desigualdade entre as partes”.<sup>17</sup>

Nota-se, portanto, que também no âmbito do processo civil, onde, via de regra, está-se a tratar de interesses privados, há preocupação em se efetivar rígido controle sobre a autonomia da vontade daqueles que se dispõe a realizar um negócio jurídico.

<sup>14</sup> “Em linhas gerais, os atos processuais negociais são aqueles nos quais as partes (negócios bilaterais), ou apenas uma delas (negócios unilaterais), lançando mão da sua autonomia da vontade, decidem externar determinada manifestação de vontade, cujas consequências são de sua escolha, dentro dos limites colocados pela lei” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello, “Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 120).

<sup>15</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado*, 16ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 761.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, obra citada, p. 760.

Destarte, também quanto ao novel instituto do negócio processual, o livre exercício da vontade há de ser considerando essencial para sua concepção, constitui elemento inafastável para a sua validade.

#### 4. COLABORAÇÃO PREMIADA E VONTADE – BREVES CONSIDERAÇÕES

Confirmando a tendência de relativização do princípio da indisponibilidade que, via de regra, orienta o direito e o processo penal<sup>18</sup>, direitos públicos por excelência, a Lei nº 12.850/13, em seu Capítulo II, mais especificamente em seu artigo 3º, inciso I<sup>19</sup>, permite, em qualquer fase da persecução penal, a denominada colaboração premiada.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Esta tendência está positivada no Direito brasileiro com a edição da Lei nº 9.009/95, que criou os juizados especiais, bem como os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

<sup>19</sup> Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada;(…).

<sup>20</sup> A origem remota do instituto remonta às Ordenações Filipinas, de 1603, ao prever recompensas àqueles que delatassem crimes de lesa majestade. Também constou do Código Criminal de 1830, Título CXVI, do seu Livro V (ROCHA, Diogo Mentor de Mattos, “A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 353-354). Há quem sustente, ainda, sua admissão tímida na reforma do Código Penal de 1984, diante das previsões constantes dos artigos 65, inciso III, alíneas *b* e *d* (atenuante genérica e confissão espontânea), bem como dos artigos 15 e 16 do Código Penal (arrepentimento eficaz e arrependimento posterior) (SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson, “A troca de favores entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 16-17). Mais recentemente, o instituto foi introduzido no ordenamento nacional pela Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos). Desde então também houve menção à colaboração nas Leis nºs 9.034/95 (organização criminosa), 9.080/95 (incluiu dispositivo na lei de crimes contra o sistema financeiro, ordem tributária, econômica e relações de consumo), 9.613/98 (lavagem de dinheiro), 9.807/99 (proteção a vítimas e testemunhas), 10.149/00 (ordem econômica) e 11.343/06 (lei de drogas). Ocorre que, como tais diplomas não implementaram normas procedimentais para sua aplicação, somente com a edição da Lei nº 12.850 o instituto da colaboração começou a ter efetividade.

Embora prevista legalmente como meio de obtenção de prova, o instituto também pode ser classificado como técnica de investigação, causa de extinção da punibilidade, causa de redução ou substituição de pena ou, ainda, como causa de progressão de regime prisional.<sup>21</sup>

Trata-se, portanto, de instituição complexa, que gera reflexos desde a seara administrativa investigativa pré-processual, passando pelo processo e direito penal, podendo chegar, inclusive, à execução da pena.<sup>22</sup>

Em face disso, sua aplicação cada vez mais comum após a edição do referido diploma legal, é terreno fértil para os mais variados questionamentos, tanto de ordem acadêmica quanto prática, seja em relação aos seus aspectos morais filosóficos,<sup>23</sup> seja, ainda, no que tange à sua harmonização ou não com o sistema de garantias previsto no ordenamento.

Um ponto, entretanto, parece ser objeto de consenso razoável, qual seja, o fato de que para seja o acordo de colaboração validamente celebrado é necessário haver tido, quando da sua concepção, manifestação de vontade livre por parte do colaborador<sup>24</sup>. Neste sentido, o artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, expressamente consigna que a colaboração há de ter sido obtida “voluntariamente”.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Art. 4º (...): § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

<sup>22</sup> Consiste, assim, em “instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios penais, presta de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer coação)” (BORRI, Luiz Antônio, “Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado”, em *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, número 285, São Paulo, ano 24, agosto de 2016, p. 6.

<sup>23</sup> SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson, obra citada, p. 16-17.

<sup>24</sup> FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas, *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 139.

<sup>25</sup> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados.

Outra demonstração legal expressa da importância da livre manifestação de vontade como requisito essencial à validade do acordo de colaboração se recolhe do artigo 6º, inciso III, da lei,<sup>26</sup> segundo o qual deverá constar, necessariamente, do termo de colaboração premiada, a “declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor”.

Em relação ao controle sobre a efetiva autonomia da vontade do colaborador quando do acordo, se limitou o legislador penal/processual penal, nos §§ 7º e 8º do artigo 4º,<sup>27</sup> a estabelecer, como requisito de validade do acordo, sua homologação pelo magistrado. Nessa oportunidade caberá ao juiz avaliar a regularidade, a legalidade e a voluntariedade da colaboração, podendo, para tanto, ouvir, sigilosamente, o colaborador, acompanhado de seu defensor.

Destarte, sob o prisma da necessidade de uma livre manifestação de vontade como requisito essencial à sua validade, há de se reconhecer grande similaridade entre os institutos de natureza cível (negócio jurídico e negócio processual) e o instituto penal/processual penal da colaboração premiada.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: (...) III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor.

<sup>27</sup> § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

<sup>28</sup> Há, neste sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal, HC STF nº 127.483, a reconhecer a colaboração premiada como negócio jurídico processual personalíssimo. Neste sentido parte da doutrina: FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas, obra citada, p.145. Em sentido parcialmente divergente, parte da doutrina está a sustentar que nem todo acordo de colaboração pode ser entendido como negócio processual, na medida em que “o acordo de colaboração não determina suas consequências jurídicas. Apenas o magistrado, ao decidir o feito, cabe selecionar entre os efeitos permitidos pela lei aquele que melhor se amolda ao caso concreto”, continua, “Para que fosse possível considerar o acordo um negócio jurídico, far-se-ia necessário que o juiz integrasse o ato, vez que os efeitos pretendidos dele dependem”. O mesmo autor, entretanto, admite que os acordos de colaboração sem necessidade de manifestação do juiz (de não apresentação de denúncia), seriam negócio jurídico (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello, obra citada, p.127-136).

## 5. COLABORAÇÃO PREMIADA E VÍCIO DE CONSENTIMENTO

Embora o livre exercício da vontade seja essencial também para a colaboração premiada válida, ao contrário do que ocorre no âmbito cível, em matéria penal, não houve a previsão, pelo legislador, de mecanismos específicos sobre os vícios de consentimento que podem ocorrer quando da realização do acordo.

Esta realidade há de ser superada no âmbito da aplicação concreta da Lei nº 12.850/13, agregando-se aos acordos de colaboração premiada, como reforço do sistema de garantias penal/processual penal, os mecanismos de controle existente na seara cível em relação aos defeitos dos negócios jurídicos, em especial, aos vícios de consentimento.

Não parece haver dúvida de que, se a existência de rígido controle sobre a autonomia da vontade quando da realização de negócios jurídicos é essencial no âmbito cível, reconhece esta circunstância o próprio legislador e portanto, com muito mais razão o será no âmbito das ciências penais. Com efeito, na colaboração premiada, concebida como negócio jurídico processual penal, a natureza dos interesses objeto de negociação, diante da possibilidade de aplicação de sanção restritiva ao exercício da liberdade, há de requerer controle, no mínimo, igual àquele reconhecido no âmbito cível, onde, via de regra, estar-se-á a dispor sobre interesses de natureza privada com reflexos exclusivamente patrimoniais.

Ademais, há de se ter em mente que o colaborador, para que tenha acesso aos benefícios legais advindos da colaboração premiada, dentre outras obrigações<sup>29</sup>, terá que renunciar<sup>30</sup> a direitos e garantias individuais fundamentais, tais como à ampla defesa, o devido processo legal, o direito a não autoincriminação, estando obrigado, inclusive, a prestar o compromisso de falar a verdade.<sup>31</sup> Mas não é só.

<sup>29</sup> Artigo 4º (...) – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

<sup>30</sup> Há de se registrar críticas da doutrina sobre a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais (BRITO, Michelle Barbosa de, *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2016, p.140).

<sup>31</sup> Art. 4º (...) § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

No âmbito penal/processual penal é inequívoca a disparidade do poder negocial entre as partes, já que, como é de sua essência, sempre haverá a contraposição entre o poder estatal de um lado e o indivíduo do outro.<sup>32</sup>

Destarte, aquela hipótese de vulnerabilidade prevista no parágrafo único do artigo 190 do Novo Código de Processo Civil estará, quase inevitavelmente, presente nos negócios processuais praticados no processo penal. O grande desafio está na criação de critérios segundo os quais, ultrapassado algum limite, tal vulnerabilidade estará a taxar de inválido o negócio jurídico entabulado.<sup>33</sup>

Assim, dúvida não há de que em matéria de colaboração premiada “A voluntariedade é questão sensível dentro da análise do instituto, uma vez que são plenamente possíveis as chances de ocorrer a coação moral ou psíquica do agente”.<sup>34</sup>

Em síntese, a afirmação de que os acordos de colaboração premiada devem se submeter a rígido controle quanto à autonomia da vontade, aplicando-se, na hipótese, o sistema previsto na legislação cível, se justifica na medida em que: (i) reconhece-se a ausência de previsão legislativa expressa de mecanismos mais analíticos do controle da autonomia da vontade no âmbito penal/processual penal; (ii) tais mecanismos estão presentes no ordenamento cível; (iii) a relevância deste controle sobre os vícios de consentimento é maior no âmbito penal, diante da natureza dos interesses envolvidos; e (iv) o risco destes vícios ocorrerem no negócio jurídico penal é substancialmente maior do que nos cíveis, diante da falta de paridade inevitável entre os sujeitos do processo penal.

Ao se adotar a premissa sobre a necessidade de rígido controle do exercício da vontade quando da celebração dos acordos de colaboração premiada, diversos são os reflexos quanto à sua aplicação concreta. Dentre

---

<sup>32</sup> “É impossível pretender que haja uma real paridade de armas no direito processual penal – seja no curso de um processo ou diante de mera investigação. Como imaginar que o sujeito colaborador verdadeiramente esteja em pé de igualdade com o órgão acusador diante da possibilidade de ser condenado por penas de relevo?” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello, obra citada, p.127-136).

<sup>33</sup> “Acaso haja alguma violação à paridade de armas para além das já inerentes à condição de hipervulnerabilidade do acusado ou investigado criminal, caberá ao juiz invalidar o acordo também no processo penal” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello, obra citada, p.127-136).

<sup>34</sup> FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas, obra citada, p.139.

eles, destaca-se o fato de que o ato de homologação previsto no § 7º do artigo 4º da lei não pode se consubstanciar em mero ato formal, na medida em que deverá o magistrado perquirir se, quando da realização do acordo, estava o colaborador a exercer de fato uma vontade não viciada. Neste diapasão deverá o juiz, em caso de dúvida, realizar todas as diligências necessárias à verificação da vontade livre, inclusive de caráter instrutório, não estando adstrito à oitiva do colaborador expressamente prevista na lei.

Não se trata no caso, de verificação simples, porquanto há de se questionar se a vontade terá sido expressa, sem erro substancial, ou seja, diante de “noção inexata sobre um objeto, que influencia a formação da vontade do declarante, que a emitirá de maneira diversa da que a manifestaria se dele tivesse conhecimento exato”,<sup>35</sup> tal como preceitua o artigo 138 do Código Civil.<sup>36</sup>

Se não houve, por qualquer das partes, dolo, no sentido de “emprego de um artifício astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro”,<sup>37</sup> nos termos do artigo 145 do Código Civil.<sup>38</sup>

Não ter sido o negócio praticado sob coação ilícita, concebida como “pressão física ou moral exercida sobre a pessoa, os bens a honra de um contratante para obrigá-lo a efetivar determinado ato negocial”,<sup>39</sup> na forma em que previsto pelo artigo 151 do Código Civil.<sup>40</sup>

Verificar a ausência do estado de perigo, no qual “há temor de grave dano moral ou material à própria pessoa ou a parente seu, que compele o declarante a concluir o contrato, mediante prestação exorbitante”,<sup>41</sup> na forma do artigo 156 do Código Civil.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> DINIZ, Maria Helena, obra citada, p. 134.

<sup>36</sup> Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

<sup>37</sup> DINIZ, Maria Helena, obra citada, p.139.

<sup>38</sup> Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena, obra citada, p. 144.

<sup>40</sup> Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família do paciente, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação.

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena, obra citada, p.148.

<sup>42</sup> Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Ou, ainda, a inexistência de lesão, compreendida como “vício de consentimento decorrente do abuso praticado em situação de desigualdade de um dos contratantes, por estar sob premente necessidade, ou por inexperiência, visando protegê-lo, ante o prejuízo sofrido na conclusão do contrato, devido à desproporção entre as prestações das duas partes, dispensando-se a verificação do dolo ou má fé, da parte que se aproveitou”,<sup>43</sup> de acordo com a oração do artigo 157 do Código Civil.<sup>44</sup>

É evidente, portanto, que, não sendo mero ato formal, há de ser a decisão de homologação da colaboração premiada regularmente fundamentada, em especial, quanto aos requisitos de livre expressão da vontade e da ausência de vício de consentimento.

É fato que constatada a presença de defeito no negócio jurídico, a hipótese será de sua invalidade, tal como estabelecido nos artigos 166 e 171 do Código Civil, sendo certo que qualquer elemento instrutório decorrente do ato viciado haverá de ser considerando prova ilícita, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.<sup>45</sup>

Também como consequência lógica da premissa adotada, recolhe-se que o ato de homologação não poderá ser definitivo.

É que, justamente diante da possibilidade de estar o agente sob alguma forma de pressão externa a macular sua vontade, há de se permitir o questionamento da validade do negócio em momento posterior à sua prática, quando cessada a causa do vício de consentimento.

É fato ainda que tal afirmativa poderá trazer graves reflexos ao resultado útil da colaboração, especialmente em relação aos elementos de prova dela decorrentes, algumas vezes já objeto de diversos processos penais distintos e em andamento. Todavia, não poderá ser negada a

---

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena, obra citada, p. 148-149.

<sup>44</sup> Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

<sup>45</sup> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

possibilidade de invalidação da colaboração premiada a posteriori, sempre que constatado vício de consentimento quando da sua elaboração, sob pena se ignorar a voluntariedade como seu requisito essencial.<sup>46</sup>

Há de se refletir, ainda, além das questões referentes ao momento da impugnação do acordo, sobre a sua legitimidade.

Não parece haver dúvida de que eventuais terceiros, que não tenham participado diretamente do acordo, mas cujos seus termos lhes tenham gerado reflexos, seja mediante sua utilização como elemento probatório em processo penal ou, seja como ponto de partida para atos de investigação,<sup>47</sup> também hão de ser consideradas partes legítimas para questionar acordos de colaboração praticados desde que com vício de consentimento.<sup>48</sup>

Por fim, não se pode deixar de registrar hipótese na qual a discussão sobre o vício de consentimento do acordo de colaboração haverá

<sup>46</sup> Sobre o tema, o professor Felipe Martins Pinto pondera que “A aferição da verdade no processo penal consiste no pressuposto de uma decisão de condenação ou de absolvição, cujos efeitos interferirão sobre os direitos fundamentais dos destinatários do provimento e, por isso, fundamentam a necessidade de limites e vínculos formais que, em um juízo precipitado, podem denotar um prejuízo à livre investigação histórica ou científica. Mas, ao contrário, são as normas penais e processuais penais, especialmente os direitos fundamentais que limitam o conteúdo material indissociável da concepção de democracia, os instrumentos que asseguram a verdade processual” (PINTO, Felipe Martins, *Introdução crítica ao processo penal*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012, p. 149).

<sup>47</sup> Embora a Lei nº 12.850 preveja em seu artigo 4º, § 16, que “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, é inequívoco, embora criticável, o valor probatório que tem-se reconhecido aos termos da colaboração. Neste sentido, precisa a crítica segundo a qual “Como num ritual de purificação, ao se tornar um ‘colaborador’ o indivíduo deixa de lado a pecha de criminoso e passa a ser tido como alguém ‘de bem’ porque disse a ‘verdade’. Tal e qual o ocorrido no período inquisitorial, onde a tortura era tida como liberadora” (GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; RODRIGUES, Leonardo Monteiro. “Colaboreis com a verdade e a colaboração vos libertará”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 283).

<sup>48</sup> Há de se registrar, neste ponto, que no âmbito do HC nº 127.483, o Supremo Tribunal Federal sinaliza no sentido da impossibilidade de impugnação do acordo pelos coautores e partícipes do colaborador. Entretanto, há de se esclarecer que a impugnação que se defende neste estudo não é quanto ao conteúdo do acordo que, de fato, deverá ser exercido no âmbito da defesa em casa processo penal específico. Mas, sim, de sua validade na origem, quando tiver sido concebida com vício de consentimento.

de ser especialmente considerada nos casos em que o acordo é firmado com o colaborador custodiado.

Embora inequivocamente seja tema polêmico,<sup>49</sup> a posição que se adota é no sentido de que a realização do acordo de colaboração firmada enquanto privado de liberdade um dos agentes torna o acordo inválido pela ausência de requisitos mínimos para que haja uma efetiva autonomia da vontade, sendo certo que, tal circunstância se enquadraria em várias das hipóteses de vício de cometimento discutidas ao longo deste pequeno estudo.<sup>50</sup> A título de ilustração desta afirmativa, é fato que a própria jurisprudência cível sobre as hipóteses de vício de consentimento tem admitido a nulidade de negócios jurídicos em circunstâncias análogas.<sup>51</sup>

Destarte, com muito mais razão, diante das peculiaridades dos interesses envolvidos no âmbito penal em comparação àqueles de natureza cível, acredita-se ser este o melhor caminho a ser seguido também pela jurisprudência penal sobre o tema, ainda a ser consolidada.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> A reconhecer a validade do acordo nestas circunstâncias, FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas, obra citada, p. 138-139. Contra: BORRI, Luiz Antônio, obra citada, p. 6-8; LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado, “Delação premiada de acusado preso”, obra organizada pelos autores, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 75-89; ROCHA, Diogo Mentor de Mattos, obra citada, p. 345-364.

<sup>50</sup> Nesta linha, a sustentar que a hipótese de delação do preso estaria a configurar o estado de perigo tal como disposto no artigo 156 do Código Civil “É neste campo que reside o estudo da delação premiada realizado por um acusado preso: será que a sua vontade interna representa aquela declarada nos termos do acordo da delação premiada? Tudo indica que não” (LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado, obra citada, p. 86).

<sup>51</sup> Cita-se, a título de exemplo, reconhecimento da hipótese de coação em razão de doações realizadas à determinado grupo religioso. Na hipótese os valores doados causaram prejuízo ao sustento da doadora e foram obtidos em circunstâncias de pressão psicológica, na medida em que solicitada em troca da obtenção de graças espirituais (retomada do casamento), durante momento no qual estava a doadora em circunstância de fragilidade emocional (Superior Tribunal de Justiça – Agravo Regimental em Recurso Especial nº 644.706 – GO). De se consignar, também, a hipótese de lesão, em função da alienação de imóvel por valor abaixo ao de mercado, para a quitação de dívida obtida em *factoring*, com a cobrança de juros extorsivos (Recurso Especial nº 876.553 – DF). Ou, ainda, o reconhecimento do estado de perigo quando da contratação de aditivo a plano de saúde, durante o tratamento de enfermidade (Recurso Especial nº 918.392 – RN).

<sup>52</sup> Neste tópico, importante consignar sinalização referente ao tema, obtida nos autos do HC nº 127.186, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, donde se extrai

Ademais, em se considerando as hipóteses de prisão cautelar tal como prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal,<sup>53</sup> excluída a possibilidade de sua fundamentação em função de uma dita defesa da ordem pública ou econômica, para nós de flagrante inconstitucionalidade até pela falta de limite mínimo em relação ao conteúdo de tais expressões, é fato que, também sob o prisma da própria credibilidade do colaborador, ter-se-á, no mínimo, como temerária a realização da colaboração de réu preso cautelarmente. Afinal se se cogita de sujeito que pretenda exercer indevida influência sobre a instrução processual ou, ainda, que, de maneira ilícita, pretenda se furta da aplicação da lei, suas declarações não ensejariam colaboração minimamente aceitável,<sup>54</sup> enquanto presentes os fundamentos para manutenção da custódia cautelar.

## 6. CONCLUSÃO

Seja porque a lei está a assim exigir, seja porque o efetivo exercício de uma vontade livre é essencial à legítima celebração de qualquer negócio jurídico, não há dúvida de que a autonomia da vontade é requisito ao acordo de colaboração premiada.

---

do voto do Relator, Ministro Teori Zavascki, que “É certo que não consta ter o paciente se disposto a realizar colaboração premiada, como ocorreu em relação aos outros. Todavia, essa circunstância é aqui absolutamente irrelevante, até porque seria extrema arbitrariedade – que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça – manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, *caput* e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada”.

<sup>53</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>54</sup> Nesse sentido a doutrina afirma que “para que a delação premiada obtenha o status de prova, além de respeitar preceitos legais e constitucionais, deve observar outros três critérios, fixados pela Corte de Cassação Italiana: “a) em primeiro lugar deve-se verificar a credibilidade do declarante, através de dados sobre sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; b) posteriormente se analisa a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; c) por último valoram-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração” (BORRI, Luiz Antônio, obra citada, p. 7).

Também parece ser de difícil questionamento a constatação de que os interesses objeto do negócio jurídico penal/processual penal são, via de regra, de gradação mais elevada daqueles que de natureza patrimonial, tratados na seara cível.

Da mesma forma, considerando-se as peculiaridades do processo penal em relação à vulnerabilidade inevitável de uma parte em relação à outra, este é ambiente fértil para verificação de diversas circunstâncias capazes de viciar a vontade do agente quando da celebração da colaboração premiada.

Destarte, parece ser adequado, até considerando-se o prisma constitucional de garantia que deve orientar o direito e o processo penal, a aplicação, ao instituto da colaboração, das normativas cíveis estabelecidas como mecanismos de controle da autonomia da vontade, quando da realização de negócios jurídicos.

Tal conclusão, para além de se impor ao magistrado maior cuidado quando da homologação dos acordos, que jamais poderá ser ato meramente formal, fará com que essa decisão, que poderá, inclusive, requerer atos de instrução, não seja definitiva, permitindo-se, mesmo que a posteriori, a sua impugnação por quem quer que seja por ela prejudicado.

Especificamente sobre a colaboração do agente preso, merece acolhida a afirmação de Arnaldo Malheiros Filho, ao comentar acordo feito nos Estados Unidos que atingiu pessoa inocente e que isentou o delator homicida de pena, ao vaticinar “quem pode comprar a liberdade com a palavra dirá a palavra que quiserem ouvir”.<sup>55</sup>

## 7. REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS, LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

BORRI, Luiz Antônio, “Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado”, em *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, número 285, São Paulo, ano 24, agosto de 2016, p. 6-8.

---

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. *Delação, chave de entrada e chave de saída da cadeia*, Disponível em: <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,delacao-chave-de-entrada-e-chave-de-saida-da-cadeia,1710064>. Acesso em: 10 mar. 2017.

- BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2016.
- COSTA, Dilvanir José da, *Direito civil à luz do novo código*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- DINIZ, Maria Helena, *Código civil anotado*, 8ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002.
- FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas, *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório*. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.
- GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; RODRIGUES, Leonardo Monteiro, “Colaboreis com a verdade e a colaboração vos libertará”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2016.
- GRAU, Eros de Roberto, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.
- LEMONS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado, “Delação premiada de acusado preso”, obra organizada pelos autores, *Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado*, 16ª edição, São Paulo, 2016.
- OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Delação, chave de entrada e chave de saída da cadeia. Disponível em: <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,delacao--chave-de-entrada-e-chave-de-saida-da-cadeia,1710064>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1982.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello, “Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D'plácido, Belo Horizonte, 2016.

PINTO, Felipe Martins, *Introdução crítica ao processo penal*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012.

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos, “A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson, “A troca de favores entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.

BRASIL. *Lei nº 12850*, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 08 mar. 2017.

BRASIL. Código de processo penal. *Decreto-lei nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 09 mar. 2017.

BRASIL. Código civil. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Código de processo civil. *Lei 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 11 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 644.706 – GO. Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Espécie de contratos. Doação. Pleito para que reavalie a ocorrência de vício de vontade. Impossibilidade por meio do especial. Súmula nº 7 do STJ. Agravante: Igreja Universal do Reino de Deus. Agravado: Jubiane Moura Miranda Lopes. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 26 de março de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45514476&num\\_registro=201403369610&data=20150326&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45514476&num_registro=201403369610&data=20150326&tipo=91&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 918.392 – RN. Civil e Processual Civil. Seguro saúde anterior à Lei 9.656/98. Submissão do segurado à cirurgia que se desdobrou em eventos alegadamente não cobertos pela apólice. Necessidade de adaptação à nova cobertura, com valores maiores. Segurado e familiares que são levados a assinar aditivo contratual durante o ato cirúrgico. Estado de perigo. Configuração. É excessivamente oneroso o negócio que exige do aderente maior valor por aquilo que já lhe é devido de direito. Dano moral configurado. Recorrente: Antônio Antonino da Silva e outro. Recorrido Unimed Natal Sociedade cooperativa de trabalho médico. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de maio de 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3879184&num\\_registro=200700114886&data=20080523&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3879184&num_registro=200700114886&data=20080523&tipo=51&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 876.553 – DF. Processual civil. Civil. Recurso especial. Ação anulatória de negócio jurídico de cessão de direitos imobiliários. Vícios de vontade. Legitimidade ativa ad causam. Procuração em causa própria. Caracterização reconhecida pelo tribunal a quo. Mérito. Indícios de ocorrência de práticas usurárias. Incidência da medida provisória 2.172-32/2001. Súmulas 5 e 7/STJ. Recurso não conhecido. Recorrente: Clair Pereira Borges. Recorrido: Sócrates Martins Costa. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 01 de março de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12482823&num\\_registro=200601768064&data=20120301&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12482823&num_registro=200601768064&data=20120301&tipo=51&formato=PDF).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483 – DF. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outros. Coator: Relator da PET 5244 do STF. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/ma6lleg>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.186 – DF. Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Fundamentação. Risco à aplicação da lei penal. Inexistência de indicação de elementos concretos. Presunção de fuga. Impossibilidade. Conveniência da instrução criminal. Encerramento de colheita da prova acusatória. Alteração do quadro fático. Possibilidade de fixação de medidas cautelares diversas com a mesma eficiência. Prescindibilidade de manutenção da custódia cautelar. Concessão parcial da ordem. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Coator: STF. Paciente: Ricardo Ribeiro Pessoa. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 28 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127186%2ENU-ME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127186%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lyz9qsf>.

# NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E CALENDÁRIO PROCESSUAL NO ÂMBITO DAS AÇÕES DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Pedro Henrique Machado Silveira

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Cláusula Geral de Negócios Jurídicos Processuais e Calendário Processual. 3. Considerações sobre a ação de Recuperação Judicial. 4. Negócio Jurídico Processual e Calendário Processual no âmbito da ação de Recuperação Judicial. 5. Considerações Finais. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O novo Diploma Processual Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro significativas mudanças, com o claro propósito de, na medida do possível e sempre respeitando os princípios constitucionais, flexibilizar a aplicação das normas, dando maior celeridade e eficiência à prestação jurisdicional<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> “Toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil de 1973, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado útil da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornando direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer no rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII, com texto da EC nº 45, de 08.12.2004)”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 8).

O Processo Civil moderno prestigia a autonomia da vontade das partes, valorizando a conciliação<sup>2</sup> e a cooperação dos envolvidos no processo<sup>3</sup>, como forma eficaz para se obter uma decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável. Em decorrência disso, e objetivando prestigiar de forma mais evidente a autonomia da vontade das partes, o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 190, que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-los às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

O artigo 191<sup>4</sup> também da Lei Processual Civil autoriza o juiz e as partes fixarem calendário para a prática de atos processuais, quando for o caso. O desejo do legislador, através das referidas normas foi, além de trazer maior celeridade e eficiência aos processos judiciais, valorizar a autonomia da vontade das Partes que, mediante convenção própria, poderão adaptar regras processuais e procedimentos de acordo com as necessidades, especificidades e exigências do caso específico.

Enaltecendo a autonomia atribuída às partes através do instituto do negócio jurídico processual, Humberto Theodoro Júnior<sup>5</sup>, valendo-se da doutrina de Leonardo Greco<sup>6</sup>, esclarece que “como destinatárias

---

<sup>2</sup> Código de Processo Civil – “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

<sup>3</sup> Código de Processo Civil – “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>4</sup> Código de Processo Civil – “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for caso.

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

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

<sup>5</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I, 56ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 470.

<sup>6</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, out./dez. 2007, p. 7.

da prestação jurisdicional, têm interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública”.

O negócio jurídico processual e o calendário processual, instituídos pelos já citados artigos 190 e 191, almejando a simplificação do processo, inspirando-se também no procedimento arbitral (muito bem sucedido no país), autoriza, naquelas causas que admitam autocomposição, a estipular mudanças no procedimento adequando-o às exigências de cada caso.

As convenções processuais são uma realidade, fazem parte do cotidiano contratual em diversos setores e estão presentes tanto em contratos de grande complexidade como em simples negócios jurídicos. Representam uma modernização do processo<sup>7</sup>.

Pretende-se nestas linhas sustentar que esses novos institutos se adequam às necessidades da Lei Recuperação de Empresas e Falências (Lei nº 11.101/05), cuja eficiência poderá ser norteadora e decisiva para o soerguimento da sociedade empresária em crise.

Na recuperação judicial consubstancia-se procedimento sujeito a regime especial estabelecido pela Lei nº 11.101/05, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no que couber e no que a legislação concursal for omissa.

Dessa forma, considerando-se que na recuperação judicial, para se alcançar seus objetivos, depende de uma grande e complexa negociação sobre direitos eminentemente patrimoniais, fundamentalmente entre devedor e credores, tem-se admitido (embora de forma bastante tímida) a possibilidade de adequação do procedimento à realidade de cada processo, utilizando-se também do calendário processual, previstos nos já contemplados artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil.

<sup>7</sup> “Instrumentalismo e efetividade são ideias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: “a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo”, de sorte que, quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo ser o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Obra cit., p. 23)

A aplicação do negócio jurídico processual, bem como do calendário processual na recuperação judicial coaduna com o princípio da participação ativa dos credores, consubstanciado na Lei nº 11.101/05, tornando o processo decisório ainda mais democrático, podendo também otimizar os resultados almejados com a referida ação.

Assim, enquanto são discutidas as propostas de alteração da Lei nº 11.101/05 (que são várias), salutar a utilização do negócio jurídico processual e do calendário processual no âmbito dos processos de recuperação judicial, como forma de tornar o procedimento mais célere, eficiente, menos burocrático e oneroso às Partes envolvidas.

## 2. CLÁUSULA GERAL DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E CALENDÁRIO PROCESSUAL

A existência do negócio jurídico processual não é, propriamente, uma novidade trazida pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), haja vista que o Código de Processo Civil revogado previa algumas hipóteses de negócios jurídicos processuais típicos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> “Apesar da divergência doutrinária a respeito da admissão de negócios jurídicos processuais, já no CPC/1973 existiam várias passagens que os consagravam de forma expressa, realidade mantida e ampliada no Novo Código de Processo Civil. Sempre que a lei prever um negócio jurídico processual de forma expressa, tem-se um negócio jurídico processual típico. Nesses casos, conforme será analisado com a devida profundidade, é possível que os requisitos de admissibilidade também estejam previstos de forma específica.

O exemplo mais tradicional está na cláusula de eleição de foro, que permite às partes, antes da propositura da ação, modificar o foro abstratamente competente para a demanda judicial. Esse frequente negócio jurídico pré-processual está previsto no art. 63 do Novo Código de Processo CPC, e deve respeitar os requisitos formais lá previstos para ter validade no caso concreto.

Há outros exemplos, com a escolha do mediador ou conciliador (art.168 do Novo CPC), a suspensão do processo por acordo (art. 313, II, do Novo CPC), a convenção de arbitragem (art. 3º, § 1º, do Novo CPC), o saneamento consensual (art. 357, § 2º, do Novo CPC), o acordo para o adiamento da audiência de instrução e julgamento (art. 362, I, do Novo CPC), a convenção entre os litisconsortes para dividir ente si o tempo das alegações finais orais em audiência (art. 364, § 1º, do Novo CPC), a convenção sobre a redistribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º, do Novo CPC), o acordo para retirar dos autos o documento cuja falsidade foi arguida (art. 432, parágrafo único, do Novo CPC), a escolha consensual do perito (art. 471 do Novo CPC)” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 302).

No entanto, a inovação da Lei Processual Civil consiste na ampliação das possibilidades de negócios jurídicos típicos e, principalmente, na criação da cláusula geral dos negócios jurídicos processuais, insculpida no artigo 190<sup>9</sup>, que autoriza certa flexibilização<sup>10</sup> procedimental do processo, respeitados os princípios constitucionais, tudo com o objetivo de trazer maior celeridade e efetividade ao direito material objeto de discussão judicial<sup>11</sup>.

Noutro norte, o artigo 191 da Lei Processual, já transcrito, autoriza ainda a composição entre as partes a respeito dos prazos para a prática dos atos processuais. Observa-se que o citado diploma legal instituiu o calendário processual, permitindo às partes a fixação prévia de cronograma de alguns atos processuais.

Destaca-se aqui ponto importante para a construção da celeridade do processo, presente na possibilidade de dispensa de intimação das partes para os atos processuais futuros, haja vista que, tendo as partes

<sup>9</sup> “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-los às especificidades da causa e convencionar sobre os 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-lhe aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

<sup>10</sup> “A possibilidade de da criação de negócios jurídicos processuais atípicos, nos casos autorizados pelo sistema jurídico e no que tange ao procedimento, configura verdadeira gerência parcial do processo, conforme a conveniência e desejo das partes” (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual* (unilateral e bilateral). Transação [RDP/Priv 64/265]).

<sup>11</sup> “O CPC 190 confere, de uma forma expressa, contornos procedimentais ao chamado negócio jurídico processual, não deixando restrito ao direito discutido em juízo (v. coments. CPC 200). No entanto, a proposta não é original, pois a regra já esta contida, por exemplo, na LArb, na LI e na possibilidade de convenção das partes sobre a competência, ônus da prova. ‘Mas parece ser incontestável que, até aqui, essa autonomia foi pouco exercitada pelas partes. Agora, com a vigência do novo diploma, esse quadro pode mudar. Para tanto, é preciso considerar que o processo continua a ser instrumento a serviço do Estado, isto é, para atingir objetivos que, embora também sejam das partes, são públicos: atuação do direito objetivo, pacificação social (pela eliminação da controvérsia) e afirmação do poder estatal’ (NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 760).

convencionado o calendário para a prática dos atos processuais, estarão cientes desde então das suas datas. Segundo Theodoro Júnior<sup>12</sup>, “a ideia se coaduna com o princípio da cooperação, que está presente no código atual, devendo nortear a conduta das partes e do próprio juiz, com o objetivo de, mediante esforço comum, solucionar o litígio, alcançando uma decisão justa”.

Para Luiz Guilherme Marinoni<sup>13</sup>, “a lei processual não pode antever todas as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que essas não apenas se transformam diariamente, mas igualmente assumem contornos variados conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro da sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos”.

Com o Novo Código de Processo Civil, especialmente com a cláusula geral de negócio jurídico processual, prevista no seu artigo 190, inúmeras são as possibilidades de se convencionar um procedimento próprio dentro do processo, adequando-se o feito às especificidades e necessidades da causa e das partes. Esse chamado negócio jurídico processual<sup>14</sup> é importante instrumento a serviço das partes, na redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres) ou na reestruturação do procedimento, tornando a prestação jurisdicional mais célere e eficiente. Contudo, se faz necessário observar os requisitos legais expressos no artigo 190 da Lei Processual Civil, quais sejam: (i) o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; (ii) as partes devem ser plenamente capazes; (iii) a alteração deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Para Nelson Nery Junior<sup>15</sup>, em se “tratando de direito a respeito do qual se permite autocomposição, é possível às partes a celebração do negócio jurídico processual que lhes aprouver, respeitados os limites da constitucionalidade, e ordem pública da disposição de vontade.

---

<sup>12</sup> Obra citada, p. 470.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: Teoria do Processo Civil*, volume 1. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Curso de processo civil; v. 1), p. 133.

<sup>14</sup> “Negócio jurídico processual é o negócio jurídico celebrado, em juízo ou fora dele, com a intenção de produzir efeitos processuais, antes do processo (pré-eficácia do negócio processual), no curso do processo ou depois de encerrado o processo (pós-eficácia do negócio processual)” (NERY JUNIOR, Nelson. Obra citada, p. 761).

<sup>15</sup> Obra citada, p. 762.

São admissíveis, entre outros, negócios jurídicos processuais que: a) estabeleçam a cronologia do procedimento (tal como já ocorre no procedimento arbitral) (CPC 191); b) estabeleçam a cláusula sem recurso, desde que bilateral, isto é, que somente haverá decisão de mérito no primeiro grau de jurisdição; c) estipulem renúncia ao direito de interpor recurso; d) dispensem determinada prova (e.g. pericial); e) convençionem sobre a distribuição do ônus da prova; f) eleger o foro em que deve ser processada e julgada a ação; g) estabelecer cláusula compromissória para submeter a lide à arbitragem; h) estipular a incidência, no processo, da cláusula solve et repete (Carnelutti. Sistema DPC; v. II, n. 420, p. 78); i) renúncia ao direito de recorrer (Bunsen. Lehrbuch CPR, Einleitung, n I, III, p. 8); j) determinem qual o direito aplicável à hipótese (na convenção de arbitragem é possível: escolher a lei aplicável, escolher ‘livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem’ [LArb 2º § 2º], escolher-se o idioma no qual se desenvolverá o processo, conferir-se ao tribunal arbitral a possibilidade de decidir por equidade etc.; k) autorizem o juiz estatal a decidir por equidade, mesmo fora dos casos previstos em lei”.

Inúmeras são, portanto, as possibilidades em benefício das partes no intuito de se adequar o procedimento às necessidades da causa, emprestando ao processo inequívoca abertura e mobilidade.

Nada obstante a amplitude de negociações em favor das partes, percebe-se que o parágrafo único do artigo 190 do Novo Código de Processo Civil, concede ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, o poder de controlar a validade do negócio celebrado quando este abarcar casos de nulidade, quando forem insertos de forma abusiva em contrato de adesão ou quando houver evidente situação de vulnerabilidade de uma das partes contratantes.

Explanando acerca do tema, José Miguel Garcia Medina<sup>16</sup>, adverte que “o juiz deve respeitar o negócio processual celebrado entre as partes, desde que a convenção realizada limite-se àquilo que as partes podem dispor. No entanto, não podem as partes em seu negócio processual, criar deveres para o órgão jurisdicional, nem eliminar deveres que a jurisdição estatal tem na administração da justiça. Rigorosamen-

<sup>16</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil e os Negócios Jurídicos Processuais no âmbito do Ministério Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 317.

te, um negócio assim celebrado seria ineficaz – já que atingiria a esfera jurídica de alguém que dele não participou – caso exigida sua observância frente ao órgão jurisdicional, deverá este decretar a nulidade”.

É inegável que no negócio jurídico processual se tem uma moderna e proveitosa ferramenta, capaz de propiciar uma participação mais ativa das partes, afastando-se daquele velho dirigismo contratual exercido pelo Estado-juiz<sup>17</sup>.

O instituto revela tendência de democratização do processo, a partir da busca por soluções mais eficientes, rápida e que atendam aos interesses de todos os envolvidos. Na medida do possível é preciso incentivar a utilização do negócio jurídico processual e do calendário processual, especialmente naquelas demandas mais complexas, como forma de propiciar uma solução rápida, eficaz e justa para a ação judicial.

### 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 introduziu no direito falimentar brasileiro o instituto da Recuperação Judicial do devedor empresário e da sociedade empresária<sup>18</sup>.

Prestigiando os princípios constitucionais da função social da propriedade e do incentivo à atividade econômica, previstos nos artigos 170,

---

<sup>17</sup> “As reformas por que passou o direito processual civil, entre nós, refletiram uma tomada de posição universal cujo propósito é abandonar a preocupação exclusiva com conceitos e formas “para dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera. Hoje, o que empolga o processualista comprometido com seu tempo é o chamado processo de resultados. Tem-se a plena consciência de que o processo, como instrumento estatal de solução de conflitos jurídicos, deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Obra cit.*, p. 23).

<sup>18</sup> Lei nº 11.101/05 – “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante simplesmente como devedor”.

<sup>19</sup> Constituição Federal: “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, observando-se os seguintes princípios: (...)  
III – função social da propriedade”.

inciso III<sup>19</sup> e 174<sup>20</sup>, da Constituição Federal, a Recuperação Judicial tem como objetivo primordial “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, tal como preconiza o artigo 47 da Lei nº 11.101/05.

O princípio da preservação da empresa, acolhido na Lei nº 11.101/05, atribui nova característica à empresa, deslocando-a de uma condição limitada ao interesse de seus sócios, elevando-a ao patamar de interesse público. Nesse sentido é o entendimento de Manoel Pereira Calças<sup>21</sup>: “Na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência nos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo emprego (VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas”.

Na mesma linha de raciocínio, Sérgio Campinho<sup>22</sup> enfatiza o seguinte: “O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se, a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico

<sup>20</sup> “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

<sup>21</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal do Trabalho*, ano 73, n. 4, p. 40, out./dez. 2007).

<sup>22</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário -, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem”.

O instituto da Recuperação Judicial não visa apenas o interesse do devedor, busca-se sanar o embaraço financeiro e certamente patrimonial da empresa em crise, com o objetivo de preservar a atividade econômica, os postos de trabalho, atender aos interesses dos credores e viabilizar o cumprimento de sua função social.

Nessa busca do soerguimento da empresa, a Lei de Falências e Recuperação “prevê que o Plano de Recuperação Judicial (art. 53, *caput*) materializará a proposta a ser apresentada pela empresa devedora aos seus credores, sendo que o plano, nas palavras de Gabriel Buschinelli, constitui negócio jurídico de caráter contratual, ainda que com determinadas especificidades, cuja formação da vontade coletiva da comunhão de credores fica submetida aos princípios da probidade e boa-fé (CC, art. 422<sup>23</sup>), sendo vedado o abuso de direito (CC, art. 187<sup>24</sup>) por parte dos credores”<sup>25</sup>.

Sustentando o caráter de negócio jurídico plurilateral, Rachel Sztajn e Vera Helena de Mello Franco<sup>26</sup> afirmam que: “o plano é um negócio de cooperação celebrado entre o devedor e credores, homologado pelo juiz. No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral; no que diz respeito à homologação, pode-se considerar forma de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, com o que reduzem custos de transação dada a coercitividade que dela, homologação, resulta”.

---

<sup>23</sup> Código Civil – “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>24</sup> Código Civil – “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”.

<sup>25</sup> BORGES FILHO, Daltro de Campos. A Eficiência da Lei 11.101 e os enunciados 44, 45 e 46 da 1ª Jornada de Direito Comercial. *In*: CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanulle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 245/246.

<sup>26</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 234.

Também defendendo a natureza contratual do Plano de Recuperação Judicial, Sérgio Campinho<sup>27</sup> destaca: “Na recuperação prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas para alcançar a finalidade recuperatória. O fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual. A concessão, por sentença, da recuperação sobre o conteúdo do plano estabelecido entre as partes interessadas (devedor e seus credores), porquanto a decisão encontra-se vinculada a este conteúdo. (...) Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordem objetiva e subjetiva, para sua implementação. A perfectibilidade do acordo não exige a manifestação unânime das vontades dos credores, sendo suficiente sua formação entre o devedor e uma maioria legalmente estabelecida de credores. E isso se justifica porque o fim do processo de recuperação deve ser único para todos, pois a relação processual que se estabelece é única”.

A adequada composição de interesses entre o devedor e os credores é ponto crucial para se alcançar o sucesso do processo de Recuperação Judicial, sobretudo dos objetivos elencados no artigo 47 da Lei nº 11.101/05.

O evento do processo judicial, lugar onde se concretiza a negociação entre o devedor em crise e seus credores é a assembleia de credores.

A Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, em seu artigo 35, inciso I<sup>28</sup>, atribui à Assembleia Geral de Credores como órgão, a deliberar sobre a aprovação, rejeição e modificação do plano de recuperação apresentado pelo devedor. Discorrendo sobre a relevante participação dos credores nessa Assembleia, em comentário ao artigo 35 da Lei nº

<sup>27</sup> CAMPINHO, Sérgio. Obra citada, p. 123.

<sup>28</sup> “Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I – na recuperação judicial:

- a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor;
- b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição;
- c) (vetado)
- d) o pedido de desistência do devedor, nos termos do § 4º do art. 52 desta Lei;
- e) o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor;
- f) qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores.”

11.101/05, Érica Guerra e Maria Cristina Frascari Litrento<sup>29</sup>, ressaltam: “A democratização do crédito decorre da ampla, geral e irrestrita participação de todos os credores, os quais devem assumir uma posição altruísta na condução dos negócios sociais, não visando egoisticamente o seu restrito interesse. Devem contribuir para a reconstrução da atividade empresarial, na certeza de que só receberão o seu crédito se obtiverem êxito na condução do plano de recuperação. Alcançados os objetivos visados com a implementação de uma reorganização empresarial, ao final do processo todos serão beneficiados e de modo especial, os credores”.

Ocorre, no entanto, que a composição de interesses entre o devedor em crise e os credores, tem se mostrado tarefa bastante complexa, tornando por consequência, o processo de Recuperação Judicial bastante moroso até a realização e efetiva votação do plano em assembleia geral de credores.

A complexidade estrutural das atividades empresariais atuais, a multiplicidade de credores, situados nas mais variadas localidades, os interesses e objetivos na maioria das vezes divergentes, dificultam o trabalho de composição e de negociação de débitos, contribuindo, sobremaneira, para o atraso na realização da assembleia e a desejada aprovação do Plano. É fato.

É, portanto, no contexto de resguardo dos princípios abrigados na Lei de Falências e Recuperação de Empresas, particularmente os da preservação da sociedade economicamente viável e da efetiva participação dos credores, no esforço conjunto de propiciar a plena recuperação do devedor, em tempo razoável, que se deve analisar a possibilidade de implementação do negócio jurídico processual no âmbito dessas ações tão especiais.

#### **4. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E CALENDÁRIO PROCESSUAL NO ÂMBITO DA AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Objetivando suprir eventuais lacunas, a Lei nº 11.101/05, em seu artigo 189<sup>30</sup>, autoriza a aplicação subsidiária da Lei Processual Civil. Comentando acerca do citado artigo, e da possibilidade de se recorrer,

---

<sup>29</sup> *Nova Lei de Falências*: Lei 11.101 de 9/2/2005, comentada. Campinas-SP: LZN, 2005, p. 71.

<sup>30</sup> “Art. 189. Aplica-se a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.”

em caráter subsidiário, às normas do Código de Processo Civil, Manoel Justino Bezerra Filho<sup>31</sup> ensina que: “De qualquer forma, reitere-se a observação feita anteriormente, no sentido de que esta Lei, da mesma forma que a lei anterior, tem natureza mista, trazendo tanto normas de direito material quanto normas de direito processual. O artigo estabelece que, não existindo normas processuais na Lei 11.101/2005 que regulem um determinado caso, o aplicador do Direito (incluindo seus destinatário) deverão, em caráter subsidiário, recorrer às normas previstas no Código de Processo Civil, com o intuito de encontrar ali o regramento adequado para a hipótese. Dessa forma, em primeiro lugar, o aplicador vai valer das normas processuais específicas previstas na Lei de Recuperação, apenas dirigindo-se ao CPC caso não encontre disposição pertinente”.

Sobre o tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ao REsp nº 1.722.866 – MT, cujo voto condutor do acórdão foi proferido pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão decidiu que o “Código de Processo Civil, na qualidade de lei geral, é, ainda que de forma subsidiária, a norma a espelhar o processo e o procedimento no direito pátrio, sendo normativo suplementar aos demais institutos do ordenamento. O novel diploma, é categórico em afirmar ‘que permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, às quais se aplicará supletivamente este código’ (art. 1.046, § 2º). A Lei de Recuperação e Falência previu um sistema próprio, prevendo, para diversas situações específicas, o recurso adequado a desafiar o correspondente ato judicial. Estabeleceu ainda, em seu art. 189, que, ‘no que couber’, haverá aplicação supletiva da lei adjetiva geral.”

Superada, portanto, a dúvida acerca da possibilidade de utilização das normas do Código de Processo Civil, em caráter subsidiário, quando a Lei Especial (Lei nº 11.101/05) não possuir previsão satisfatória para o caso concreto.

Considerando-se que a Ação de Recuperação Judicial envolve negociação simultânea com diversos e variados credores sobre direitos

<sup>31</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 447.

eminentemente patrimoniais<sup>32</sup>, no intuito de agregar celeridade, eficácia e ainda tornar o processo menos oneroso<sup>33</sup>, conveniente a utilização do negócio jurídico processual e do calendário processual aos aludidos procedimentos, conforme disciplinado pelos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil, por aqui já examinados.

Não há incompatibilidade entre o método de negociação utilizado para o soerguimento da empresa em crise e os procedimentos autorizados pela Lei Processual Civil. Os planos de recuperação propostos pelo devedor alteram direitos dos credores, seja reduzindo valores dos respectivos créditos, seja alongando prazos, seja modificando condições de pagamento. O recomendado artigo 190 do Código de Processo Civil, como visto, propicia às partes plenamente capazes, estipular mudanças no procedimento de acordo com suas especificidades, convencionando sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O também recomendado artigo 191 permite às partes estabelecer um calendário para a prática dos atos processuais, tornando o procedimento mais célere e previsível.

A utilização do negócio jurídico processual no âmbito da ação de recuperação judicial está, pois, em consonância com o princípio da participação ativa dos credores, podendo tornar mais efetivo, mais acessível e democrático o processo decisório.

O negócio jurídico processual e a calendarização dos atos seriam institutos hábeis para alterar e fixar os prazos para a prática de determinados atos processuais; para modificar a forma e a prática de

---

<sup>32</sup> “A razão do arcabouço processual da recuperação judicial é a superação dos obstáculos representados pela livre negociação simultânea com vários credores, cada um deles buscando a satisfação egoística de seus interesses. Em outras palavras, o processo de recuperação judicial é, na verdade, simplesmente, um meio, uma ferramenta de construção de uma solução negociada entre o devedor e seus credores, e, obviamente, de preservação das premissas contratadas. Isso significa que o plano de recuperação judicial, tem natureza de negócio jurídico celebrado entre o devedor e seus credores” (SOUSA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sergio de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 104).

<sup>33</sup> Além das custas prévias inerentes ao processo, a ação de Recuperação Judicial exige da sociedade Recuperanda, o pagamento de diversas outras despesas, tais como publicações de editais (bastante custosos), preparação de Assembleia, honorários de administrador judicial. O processo também pode ser oneroso para os credores, exigindo a contratação de advogados, apresentação de habilitação/impugnação de crédito, deslocamentos para o comparecimento em assembleias.

atos processuais, modificando a forma de comunicação dos atos<sup>34</sup>. A título de exemplo: (i) as partes podem estabelecer a substituição das publicações de editais, geralmente bastante caros, pela publicação e disponibilização em endereços eletrônicos próprios alimentados pela Recuperanda e fiscalizados pelo administrador judicial ou, em endereço eletrônico do administrador judicial; (ii) as partes poderão ajustar o processamento extrajudicial, pelo administrador judicial, das habilitações e impugnações de crédito, protocolizando-as em juízo, somente quando integralmente processadas, apenas para decisão; (iii) poderão as partes estabelecer a realização de assembleia geral de credores por meio virtual, definindo a plataforma a ser utilizada e garantindo o acesso a todos os interessados<sup>35</sup>; (iv) as intimações para a prática de atos processuais poderão ser realizadas através de e-mail (mesmo nos processos físicos); (v) as partes poderão definir o calendário processual, estipulando desde o início do procedimento as datas próprias para prática de atos; (vi) as partes poderão estabelecer a realização de sessões de mediação na composição de interesses para elaboração do Plano.

<sup>34</sup> Nos autos do processo nº 1056004-07.2018.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo-SP, já no despacho de processamento, autorizou o Magistrado a convocação de Assembleia de Credores para deliberar a respeito da possibilidade de realização de negócio jurídico processual e calendarização dos atos processuais, nos seguintes pontos: (i) constituição de Comitê de Credores, a escolha de seus membros e substituição; (ii) estabelecimento de calendário processual visando a agilidade e economia processual do procedimento de Recuperação, o processamento e instrução de incidente de Impugnação à Relação de Credores (artigo 8º da LRF) de forma administrativa junto à Administradora Judicial; e (iii) deliberação acerca do encerramento da Recuperação Judicial após a homologação do Plano de Recuperação Judicial, sem a necessidade de se aguardar o biênio previsto no art. 61 da LRE. Realizada a Assembleia, os credores presentes aprovaram a proposta de calendarização do processo já estabelecendo as datas para apresentação de impugnação de crédito à administradora; apresentação do Plano de Recuperação Judicial; último dia para apresentação de objeções ao Plano; datas de AGC e *stay period*; aprovaram a proposta de simplificação para o recebimento e tramitação das impugnações de crédito.

Também nos autos dos processos nºs 1084733-43.2018.8.26.0100 e 1110406-38.2018.26.0100, ambos em trâmite perante as Varas Especializadas do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo – SP, já no despacho de processamento o Magistrado autorizou às partes a realização de negócio jurídico processual.

<sup>35</sup> Invariavelmente as Assembleias têm grande número de credores ausentes, obtendo o quórum necessário para instalação, na maioria das vezes, em segunda convocação (Art. 37, § 2º, da Lei nº 1101/05). Acredita-se que tal fato é decorrente das dificuldades e dos custos de deslocamento, além da perda de interesse de alguns, em razão do demorado trâmite processual até a realização da AGC.

Considerando-se que as ações de recuperação judicial envolvem a participação de grande número de credores, com interesses variados e com procuradores distintos, a realização do negócio jurídico processual e o estabelecimento de calendário processual, traz ainda organização para processo, facilitando o trabalho de todos os envolvidos, acarretando na otimização do resultado.

A flexibilização e a simplificação dos atos processuais, desde que respeitados os atos essenciais do processo de recuperação judicial<sup>36</sup>, podem, sem sombra de dúvidas, se tornar ferramentas importantes para diminuir os custos e o tempo de tramitação dos processos, tornando-se instrumento eficiente para a superação da crise do devedor.

Não se vislumbra, pois, razão para se criar óbice à utilização do negócio jurídico processual, assim como do calendário processual no âmbito das recuperações judiciais, sendo certo que os referidos institutos representam modernização do processo, de forma a acompanhar o dinamismo do mercado e das atividades empresariais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que os objetivos principais perseguidos pela Lei de Falências e de Recuperação de Empresas são a preservação da atividade econômica e o reconhecimento da função social da empresa.

---

<sup>36</sup> “RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE DEFERIU O PROCESSAMENTO – REALIZAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL A FI MDE MODIFICAR O PRAZO ESTABELCIDO NO ART. 61 DA LEI 11.101/05 – IMPOSSIBILIDADE – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – A norma que estabelece o prazo de fiscalização judicial (art. 61, LRJ) constitui matéria de ordem pública, não sujeitando à livre deliberação dos credores, sob pena de desvirtuamento do instituto – A alteração ou extinção do prazo previsto no art. 61, Lei nº 11.101/05 (LRJ) extrapola os limites das matérias que admitem autocomposição, bem como ‘mudanças no procedimento’. Deixar tal matéria à deliberação em assembleia geral de credores pode implicar ofensa direta ao princípio do acesso à Justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) – O prazo de supervisão de 2 anos, previsto no art. 61, LRJ, permite o controle jurisdicional sobre o Plano de Recuperação Judicial, com vistas a harmonizar o princípio da preservação da empresa com os interesses dos credores (art. 47, LRJ) – Amplitude negocial que, ademais não consta do elenco de deliberações da Assembleia Geral de Credores previsto no art. 35 da Lei nº 11.101/05 – Decisão reformada – RECURSO PROVIDO NESSE TÓPICO.” (Agravo de Instrumento nº 2205760-82.2018.8.26.0000, Comarca São Paulo – 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo).

O que se busca com a recuperação da empresa economicamente viável é essa preservação de suas atividades, o que se traduz em benefícios para toda a coletividade na qual está inserida, como a manutenção e geração de empregos, fonte de renda e de consumo.

Nesse contexto, o negócio jurídico processual e o calendário processual se apresentam como importantes instrumentos em favor de todas as partes envolvidas no processo de recuperação judicial.

Embora trate-se de institutos novos como ferramentas processuais ainda pouco utilizadas é certo que a dinâmica das transações mercantis e da atividade econômica, somadas à necessária celeridade exigida na solução das divergências entre devedor e credores, certamente que os institutos do negócio jurídico processual e do calendário processual na ação de recuperação judicial da empresa, encontram quase que um habitat natural.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei nº 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal do Trabalho*, ano 73, n. 4, out/dez. 2007.

CAMPINHO, Sérgio, *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. *Falência e recuperação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emmanulle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência/coordenadores*. São Paulo: Almedina, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUERRA, Érica; LITRENTO, Maria Cristina Frascari (Org.). *Nova Lei de Falências: Lei 11.101 de 9/2/2005, comentada*. Campinas, SP: LZN, 2005.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – Primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, out.– dez. 2007.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas*. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito recuperacional – Aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de processo civil e os negócios jurídicos processuais no âmbito do ministério público*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

PERIN JÚNIOR, Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2006.

SALOMÃO, Luiz Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOUSA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sergio de Moraes (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 56ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# A TRANSFORMAÇÃO DE CLUBES DE FUTEBOL, FEDERAÇÕES E LIGAS EM SOCIEDADES ANÔNIMAS: UM NOVO TEMPO PARA O FUTEBOL BRASILEIRO (BREVE PANORAMA DO PROJETO DE LEI Nº 5.082/2016)

Max Roberto de Souza e Silva

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Pessoa Coletiva na Legislação Brasileira. 3. Empresa. Questão de Conteúdo antes ser uma Questão de Forma. 4. Da Constituição da “Sociedade Anônima do Futebol – SAF”. 4.1. Do Capital Social da “SAF”. 4.2. Da Composição Acionária da “SAF”. 4.3. Da Constituição da “SAF”. 4.4. Do Direito de Voto. 4.5. Do Direito das Ações Classe A. 4.6. Das Participações na “SAF”. 4.7. Da Administração da “SAF”. 4.8. Do Conselho Fiscal. 4.9. Dos Negócios Envolvendo o Controle da “SAF”. 4.10. Direito de Preferência. 4.11. Auditoria e Publicações. 4.12. Participação de Entes Públicos. 4.13. Relação com Federação, Liga, Confederação ou Atletas Profissionais. 4.14. Disposições Especiais. 4.15. Regime Tributário. 4.16. Programa de Desenvolvimento Educacional e Social. 4.17. Emissão de Debêntures Especiais do Futebol (“Debêntures-Fut”) e demais Valores Mobiliários pela “SAF”. 4.18. Das Disposições Finais – Adequações Legislativas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Tramita no Congresso brasileiro, desde o ano de 2016, o Projeto de Lei nº 5.082/2016, de autoria do Deputado Federal Otávio Leite (RJ), cuja finalidade, segundo a sua própria ementa (preâmbulo), é a

“criação de via societária e estabelecimento de procedimentos de governança e de natureza tributária, para a modernização do futebol”.<sup>37</sup>

Salutar a iniciativa legislativa em questão que modernizará, profissionalizará e trará maior transparência à gestão e à administração dos atuais clubes de futebol, federações e ligas, que, além de ser uma paixão nacional (o futebol), trata-se de um importantíssimo agente econômico em escala mundial, responsável por transações financeiras de vulto, bem como pela movimentação de um enorme e diversificado mercado consumidor, que vai desde os simples torcedores de arquibancada, até as grandes redes de televisão e seus patrocinadores, propiciando a circulação de riquezas, a geração de empregos e o recolhimento de tributos, o que corresponde, na essência, ao efetivo exercício da atividade empresarial.

O tipo societário escolhido pelo Projeto de Lei em estudo é aquele previsto pela Lei nº 6.404/1976, instituindo-se a “Sociedade Anônima do Futebol – SAF”, que terá o capital dividido em ações, sendo a responsabilidade dos acionistas limitada a preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. De igual forma, aplicar-se-á às “Sociedades Anônimas do Futebol – SAF”, de modo complementar, as disposições constantes da Lei nº 6.404/1976, naquelas matérias que não expressamente tratadas pelo Projeto de Lei referido.

---

<sup>37</sup> Relevante conhecer, desde logo, a motivação contida no projeto, na elaboração de seu relator, o Deputado Federal Otávio Leite, do PSDB/RJ, em seu epílogo. Transcreve-se: “A SAF oferece aspectos societários, de governança, tributários e sociais que justificam o esforço de resgate do esporte mais popular do país, alçando-o à condição de bem econômico – talvez, aliás, um dos mais relevantes bens do brasileiro –, sem, por outro lado, desconsiderar a relevância do futebol como bem cultural, tampouco a relevância dos aspectos tradicionais que envolvem a relação time-torcedor.

O futebol tem esta característica única: de ser, a um só tempo, manifestação cultural e oferecer enorme potencial econômico; e de, no plano interno, ou externo, revelar a força da nação. O fortalecimento do futebol tem, portanto, uma importância social que merece toda atenção do Congresso Nacional.

É imperioso considerar que o que se pretende instituir é uma modalidade inovadora de organização dos clubes de futebol, sobretudo, não obrigatória.

Assim, ressalto que o presente texto é fruto da reflexão coletiva dos eminentes e destacados senhores: Rodrigo Rocha Monteiro de Castro, professor de direito comercial da Universidade Mackenzie e doutor em direito pela PUC-SP; José Francisco Mansur, advogado especialista em direito esportivo e presidente da Comissão de Direito Esportivo e mercado do Movimento de Defesa da Advocacia; e Tacio Lacerda Gama, advogado e professor de direito tributário da PUC-SP, com os quais desenvolvi um fecundo debate que ensejou esta construção jurídica/política coletiva”.

## 2. A PESSOA COLETIVA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A consagração da pessoa coletiva como sujeito de Direito é tema do qual por aqui não se ocupará. A finitude do ser humano e o desenvolver das necessidades pessoais, a organização da sociedade, as descobertas e as invenções, o progresso geral do ser humano como pessoa inteligente, a distribuição e a segregação da responsabilidade pessoal, num grande conjunto, foram determinantes para a admissão, pelo Direito, desse outro tipo de indivíduo, outro tipo de gente, a pessoa coletiva<sup>38</sup>. A título de penetração no âmago da pesquisa realizada é suficiente caminhar pela legislação brasileira, apontando os tipos ou modelos de “sociedade” que o ordenamento jurídico brasileiro consagra. Ao tratar do assunto, o Código Civil brasileiro, em seu art. 44, divide as pessoas jurídicas de direito privado em (i) associações; (ii) sociedades; (iii) fundações; (iv) organizações religiosas; (v) partidos políticos; e (vi) empresas individuais de responsabilidade limitada. O aludido *codex* prevê, ainda, como modelos societários personificados, as seguintes sociedades: (i) sociedade simples; (ii) sociedade em nome coletivo; (iii) sociedade em comandita simples; (iv) sociedade limitada; (v) sociedade anônima; (vi) sociedade em comandita por ações; e (vii) sociedade cooperativa.

Esse conjunto de pessoas coletivas é que dá foros de realidade a vários comandos constitucionais dentro do plexo de prerrogativas consagradas em seu art. 5º, assim como no capítulo da ordem econômica regulado a partir do art. 170 da Carta, a Constituição cidadã, segundo Ulisses.

É seguro que as instituições de caráter esportivo estão abrigadas naquele tipo conhecido e de indiscutível assimilação pelos brasileiros: a associação. A questão a ser enfrentada diz respeito à possibilidade real (antes da possibilidade legal) de se migrar desse tipo para o conhecido modelo da chamada sociedade empresária. Antecipa-se a afirmação com base numa realidade inescandível e na experiência de ordenamentos jurídicos outros, vários, que a resposta é positiva. É disso que se tratará neste estudo.

<sup>38</sup> SILVA, José Anchieta da. “A Pessoa Jurídica, a Falência e a *Disregard Doctrine*”, em *Palavra de Advogado*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012, págs. 225/250.

### 3. EMPRESA. QUESTÃO DE CONTEÚDO ANTES DE SER UMA QUESTÃO DE FORMA

É sabido que o instituto da recuperação judicial da empresa, o próprio título o diz, é próprio e privativo do empresário pessoa natural ou da sociedade empresarial, regulado que está na lei. Dentre outros precedentes doutrinários, nos quais poderia se apegar o presente texto, basta trazer um, em face de sua relevância e da exuberância dos pareceres que sustentam a tese. Trata-se da ação de recuperação judicial intentada no foro do Rio de Janeiro, pelo complexo universitário da Cândido Mendes, que embora não seja do ponto de vista formal (legal) sociedade empresária, em face de seu conteúdo econômico, está sendo reconhecida (para efeito de sua ação de recuperação judicial) como empresa.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> “O *busílis* não está, pois, na natureza jurídica do agente econômico, mas no impacto da atividade econômica por ele empreendida, na economia e na sociedade. Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, à toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente.

A concepção moderna da atividade empresária se afasta do formalismo para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada.

Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes – ASBI – se apresente como associação civil, de fato, ela substancialmente desempenha verdadeira atividade empresária, a teor do art. 966 do Código Civil, pois realiza atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, gera empregos e arrecadação para o Estado, revestindo-se de genuína função social. O Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Empresa, que se concentra não no tipo de ato mercantil praticado, mas no modo pelo qual a atividade é exercida. Tanto assim o é que, na Exposição de Motivos, a empresa está considerada como ‘unidade econômica de produção ou atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou circulação de bens ou serviços’.

A atividade empresarial consiste numa ‘série de atos e operações que se entrelaçam (coordenados) e que se sucedem no tempo (continuidade), possuindo como ponto comum a finalidade ou o escopo de servir à satisfação das necessidades de mercado’ (‘A Teoria Jurídica da Empresa no Direito Brasileiro’, Quartier Latin, Ana Lúcia Alves Costa Arduin).

A caracterização de empresa, pois, deve ser considerada sob o perfil corporativo ou institucional, organizado com o escopo de obter o melhor resultado econômico, produtivo e socialmente útil.

Atividade de caráter profissional e organizada para a produção ou circulação de riquezas, bens ou serviços, visando resultados lucrativos.

A existência da atividade empresária, vale dizer, da empresa, não deve ser considerada simplesmente sob o aspecto formal, mas fático. Uma compreensão que se

É preciso, portanto, analisar a relevância do conteúdo sobre a forma, e vem do Poder Judiciário brasileiro essa decisão recente no âmbito da justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo apontado. É reconhecer: os clubes de futebol no Brasil, na verdade, são substantivamente “empresas”. Falta-lhes a paramentação legal. É disso que por aqui se ocupará.

#### 4. DA CONSTITUIÇÃO DA “SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL – SAF”

Consoante disposição do art. 3º do Projeto de Lei nº 5.082/2016, quatro são as hipóteses de constituição de uma “Sociedade Anônima do Futebol – SAF”: (i) pela transformação de uma associação civil sem fins lucrativos, titular de direitos e ativos relacionados à prática (“Clube”) ou à administração, regional (“Federação” ou “Liga”) ou nacional (“Confederação” ou “Liga”), do futebol; (ii) pela Associação, transferindo-lhe direitos e ativos relacionados à prática ou à administração do futebol para formação de seu capital; (iii) pela iniciativa de uma pessoa, natural ou jurídica, que assumirá direitos, de qualquer natureza, de Associação existente, ou a fim de iniciar atividades relacionadas ao futebol; e (iv) pela transformação de sociedade empresária que tenha por objeto a prática do futebol e que participe de competições desportivas profissionais, organizadas por Federação, Liga ou Confederação. Para os casos previstos nos itens (i), (ii) e (iv), a denominação deverá incluir menção à Associação que lhe der origem.

---

deflui, inclusive, do próprio Código Civil, o qual, no art. 982, considera empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro.

Não se pode olvidar que a dinâmica dos fatos, a evolução do direito comercial e do direito econômico, demandam uma nova forma de reflexão.

(...)

A interpretação das normas legais ao caso concreto exige um exercício teleológico. O pedido de recuperação judicial ora deduzido desafia uma ponderação de valências acerca da repercussão do deferimento ou do indeferimento para a coletividade. O que haverá de prevalecer: a forma ou a substância?

Por certo que a substância!” (Excertos extraídos da r. decisão que houve por deferir o processamento da Ação de Recuperação Judicial ajuizada pela Associação Brasileira de Instrução – ASBI e pelo Instituto Cândido Mendes – ICAM, Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001, em trâmite perante a 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro – RJ, proferida em data de 17.05.2020, pela d. Juíza Maria da Penha Nobre Mauro, às fls. 7.053/7.062).

O objeto da “Sociedade Anônima do Futebol – SAF” compreenderá: (i) a participação em competições profissionais de futebol; (ii) a formação e a negociação de direitos econômicos de atletas profissionais; (iii) a promoção e a organização de espetáculos ligados ao futebol, bem como de espetáculos culturais; (iv) o fomento e o desenvolvimento de atividades relacionadas com a prática do futebol; (v) a exploração, sob qualquer forma, dos direitos de propriedade intelectual próprios, inclusive cedidos, a qualquer título, pela Associação que a constituir; (vi) a exploração de direitos de propriedade intelectual de terceiros, relacionados ao futebol; (vii) a exploração econômica de ativos, inclusive imobiliários, transferidos no ato de sua constituição ou sobre o qual detenha direitos, de algum modo ligados à prática do futebol; e (viii) quando aplicável, a administração do futebol e atividades conexas; podendo o estatuto prever outras formas de atuação, desde que relacionadas à prática ou à administração do futebol.

A “SAF” será designada por denominação acompanhada da expressão “Sociedade Anônima do Futebol” ou da expressão abreviada “SAF”.

O Clube que constituir uma “SAF” não poderá participar, direta ou indiretamente, de competições profissionais do futebol, sendo a participação prerrogativa da “SAF” por ele constituída.

Acredita-se que a limitação do escopo do Projeto de Lei nº 5.082/2016 exclusivamente à atividade do futebol seja um equívoco a ser reparado, já que se poderia aproveitar o arcabouço legal vingueiro para também se modernizar e se profissionalizar outras atividades esportivas nacionais, tais como o vôlei, o basquete, o *handball*, entre outros.

#### **4.1 Do capital social da “SAF”**

O capital social da “SAF” poderá ser formado em dinheiro ou por qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação em dinheiro. Deverá a Associação transferir à “SAF”, no ato de sua constituição ou em qualquer momento posterior, parte ou a totalidade dos direitos e obrigações relacionados à atividade futebolística. Serão obrigatoriamente transferidos os direitos e obrigações decorrentes de relações, de qualquer natureza, estabelecidos com Federação, Liga ou Confederação, inclusive direitos de participação em competições profissionais, bem como os contratos de trabalho, de uso de imagem ou quaisquer outros contratos vinculados a pessoas empregadas na atividade do futebol.

A Associação e a “SAF” deverão regular, na data de constituição da “SAF”, a utilização de direitos de propriedade intelectual não transferidos para formação do capital, bem como a utilização compartilhada desses direitos, quando transferidos em caráter não exclusivo. Nessa hipótese, o Clube somente poderá utilizar os direitos de propriedade intelectual para prática de atividades amadoras ou profissionais de outras modalidades. É importante destacar que a transferência de bens, direitos ou obrigações para a “SAF” independe de autorização ou consentimento de credores ou partes interessadas, respeitadas as normas contratuais que rejam as relações jurídicas existentes. Enquanto a Associação detiver o controle majoritário da “SAF”, será ela solidariamente responsável pelas obrigações transferidas. Não havendo a transferência para a “SAF” de instalações desportivas, como estádio, arena e centro de treinamento, o Clube e a “SAF” deverão celebrar, na data de constituição desta, contrato que estabeleça a contrapartida a ser paga pela utilização de tais instalações.

#### *4.2 Da composição acionária da “SAF”*

O estatuto social da “SAF” fixará o número de ações em que se divide o seu capital social, estabelecerá se as ações terão ou não valor nominal, podendo as ações ser ordinárias ou preferenciais. O número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito não poderá ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas.

As ações ordinárias poderão ser de uma ou mais classes. Deverá a “SAF” emitir, necessariamente, ação ordinária classe A, a qual somente poderá ser subscrita pela Associação, lhe conferindo os direitos previstos pelo Projeto de Lei em estudo. O acionista que não seja a Associação que constituiu a “SAF”, não poderá subscrever ou ser titular, a qualquer tempo, de ação ordinária classe A. Enquanto a Associação que lhe deu origem for acionista, a “SAF” não poderá extinguir a ação ordinária classe A. Poderá a Associação subscrever esse tipo de ação ordinária classe A fazendo-o por intermédio de outra pessoa jurídica, gestora de participações societárias, na qual detenha pelo menos 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento) do capital, não se sujeitando a qualquer forma de restrição do exercício do controle. As ações devem ser nominativas.

### 4.3 Da constituição da “SAF”

Para se constituir uma “SAF” será necessária a subscrição, por pelo menos uma pessoa, natural ou jurídica, de todas as ações em que se divida o capital social, bem como o depósito, em estabelecimento bancário autorizado pela CVM – Comissão de Valores Mobiliários, da totalidade do capital realizado em dinheiro, no prazo de 30 (trinta) dias contados da deliberação que aprovar a constituição da “SAF”. Esse normativo se reveste da maior relevância, na medida em dá segurança a esse tipo de empreendimento que estará sob o radar de ação da agência federal responsável pela fiscalização das companhias. É, pois, cânone que garante transparência e exigência de governança segura à “SAF”.

A “SAF” somente pode ser constituída por Clube, Federação, Liga ou Confederação; por sociedade empresária que tenha por objeto a prática do futebol e participe de competições desportivas profissionais; ou por pessoa física ou jurídica, que assumirá direitos, de qualquer natureza, de Associação existente, ou a fim de iniciar atividades relacionadas ao futebol. Para essa última hipótese, bem como na transformação em “SAF” de sociedade empresária que tenha por objeto a prática do futebol e que participe de competições desportivas profissionais, organizadas por Federação, Liga ou Confederação, a sociedade empresária ou o Clube, conforme o caso, deverá estar inscrito em uma competição profissional, nacional ou regional, de primeira, segunda, terceira ou quarta divisão, organizada por Confederação, Federação ou Liga.

### 4.4 Do direito de voto

A cada ação ordinária corresponderá um voto nas deliberações da assembleia geral. Poderá o estatuto estabelecer limitação ao número de votos de cada acionista, exceto em relação ao acionista detentor de ação ordinária classe A. É vedado atribuir voto plural a qualquer classe de ações, inclusive à ação ordinária classe A. Poderá, ainda, o estatuto social da “SAF”, especificar as matérias que somente poderão ser aprovadas mediante voto afirmativo do titular de ação ordinária classe A.

O estatuto da “SAF” não poderá ser reformado para modificar, subtrair ou eliminar os direitos da ação ordinária classe A, exceto mediante aprovação do titular da ação afetada.

A pessoa natural ou jurídica que, mediante subscrição ou aquisição de ações, for titular de direitos de sócios representativos de 10% (dez

por cento) ou mais do capital social da “SAF”, ou que, mesmo não atingindo este percentual, for a maior acionista da “SAF”, deverá, no prazo de 05 (cinco) dias, informar à “SAF”, formalmente, e comunicar ao público, por meio do seu sítio eletrônico e do sítio da “SAF”, mantidos na rede mundial de computadores (internet), o objetivo da participação e quantidade visada, contendo declaração de que a subscrição ou aquisição objetiva, ou não, alterar a composição do controle ou a estrutura administrativa da “SAF”. A pessoa que se enquadrar em tais parâmetros deverá informar, nos mesmos meios, o nome da pessoa natural que lhe for controladora, direta ou indireta, inclusive por intermédio de outras pessoas jurídicas ou entidades não personificadas, ou quaisquer formas de detenção de diretos. Da mesma forma, o acionista que também se enquadrar em tais hipóteses deverá comunicar, pelos mesmos meios já indicados, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, qualquer nova aquisição ou negociação com ações ou valores mobiliários conversíveis em ações. Tudo isso se aplicará, também, à pessoa que, sendo acionista ou não, subscrever valores mobiliários ou detiver direitos, de qualquer natureza, que lhe confirmam a possibilidade de adquirir ou subscrever ações que isoladamente ou em conjunto com outros direitos, inclusive de sócios, atinjam os percentuais estabelecidos. Enquanto não observadas tais determinações, todos os direitos políticos e econômicos da parte infratora ficarão suspensos. Havendo o pagamento de dividendos, juros sobre capital próprio ou qualquer outra forma de remuneração, durante o período de suspensão, deverá a “SAF” retê-lo, até o cumprimento da observância do dever de informar, não incidindo, no caso, nem juros, nem correção ou multa sobre os valores retidos. A “SAF” deverá divulgar em seu próprio sítio, todas as comunicações recebidas de seus acionistas.

#### *4.5 Dos direitos das ações classe A*

Será necessária a aprovação de acionista, detentor de ação classe A, enquanto esta classe representar pelo menos 10% (dez por cento) do capital social votante ou do capital social total, para deliberar sobre as seguintes matérias: (i) a alienação, oneração, cessão, conferência, doação ou disposição de qualquer bem imobiliário ou de direito de propriedade intelectual conferido pela Associação, para formação do capital social da “SAF”; (ii) a prática de qualquer ato de reorganização societária ou empresarial, como fusão, cisão, incorporação,

incorporação de outra sociedade e transformação, ou a celebração de contrato de trespasse ou de cessão de ativos relacionados à prática ou à administração do futebol; (iii) a dissolução, liquidação e extinção da “SAF”; e (iv) o pedido de recuperação judicial ou de falência.

Dependerá, também, de voto positivo de acionista detentor de ação classe A, independentemente do percentual que essa ação representar do capital social votante ou total, para a aprovação das seguintes matérias: (i) a modificação da denominação; (ii) a modificação dos signos identificativos da equipe profissional, incluindo, símbolo, brasão, marca, alcunha, hino e cores; (iii) a utilização de estádio ou arena, em caráter permanente, distinto daquele utilizado pela Associação, antes da constituição da “SAF”; (iv) a mudança da sede para outro município; e (v) a reforma do estatuto que altere qualquer condição, direito ou preferência da ação classe A. O estatuto da “SAF” poderá, ainda, ampliar a relação de matérias que se sujeitarão à aprovação de acionista titular de ação classe A.

#### *4.6 Das participações na “SAF”*

A “SAF” não poderá participar do capital social de outra “SAF”, o que não a impedirá de celebrar contratos associativos ou empresariais, desde que a associada não participe de mesma competição profissional de futebol.

A Associação que constituir a “SAF” não poderá participar do capital social de outra “SAF”, enquanto for acionista daquela.

O acionista controlador da “SAF”, individual ou integrante de acordo de controle, não poderá deter participação em outra “SAF”.

O acionista que detiver 10% (dez por cento) ou mais do capital votante ou total da “SAF,” sem controlá-la, e que participe de outra “SAF”, ficará impedido de participar da assembleia da outra “SAF”, bem como impedido estará de votar.

O estatuto da “SAF” poderá vedar a participação em seu capital, de pessoa que detenha participação em outra “SAF”.

#### *4.7 Da administração da “SAF”*

A administração da SAF competirá ao conselho de administração e à diretoria.

Não podem integrar o conselho de administração, o conselho fiscal ou a diretoria da “SAF”: (i) membros de qualquer órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo, de outra “SAF”; (ii) membros de qualquer órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo de Clube que não tenha dado origem à “SAF”; (iii) membros de órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo de Federação, Liga ou Confederação; (iv) atletas profissionais de futebol com contrato de trabalho desportivo vigente; (v) treinadores em atividade com contrato celebrado com Associação ou “SAF”; e (vi) árbitros em atividade.

Enquanto a Associação for acionista única da “SAF”, a metade menos um dos membros do conselho de administração deverá ser independente, conforme conceito de independência estabelecido pela CVM. Poderá o estatuto da “SAF” estabelecer requisitos necessários para o exercício do cargo de conselheiro.

Membros do conselho de administração, indicados pela Associação, que, cumulativamente, sejam associados da Associação e integrem qualquer órgão de administração, deliberação ou fiscalização na Associação, não poderão receber qualquer remuneração da “SAF”.

Os membros da diretoria deverão dedicar-se com exclusividade à administração da “SAF”, conforme critérios estabelecidos no estatuto social.

Diretores da Associação não poderão ser indicados para cargo de diretoria da “SAF” constituída pela própria Associação.

Deverá a “SAF” comunicar anualmente à Confederação, até o último dia útil do primeiro mês de cada ano, a relação completa dos seus administradores. Caso ocorra alteração de membro da administração durante o exercício, a “SAF” deverá informar à Confederação no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da ocorrência do fato, cabendo a essa manter em seu sítio eletrônico na internet, conforme informações que lhe forem transmitidas, relação atualizada dos administradores das “SAFs” que participem da primeira, segunda, terceira e quarta divisões do Campeonato Nacional de Futebol, e das “SAFs” que tiverem como objeto a administração regional ou a administração de ligas.

#### ***4.8 Do Conselho Fiscal***

A “SAF” terá um conselho fiscal de funcionamento permanente, que será composto de no mínimo 03 (três) e no máximo 05 (cinco) membros, e suplentes em igual número.

Enquanto a Associação for acionista única da “SAF”, a maioria, pelo menos, dos membros do conselho fiscal será independente, conforme conceito de independência estabelecido pela CVM.

A Associação indicará, enquanto for Acionista da “SAF”, independentemente de sua participação, pelo menos a metade, menos um, dos membros do conselho fiscal. Será facultativa a indicação, pela Associação, de membros independentes, caso a Associação passe a deter participação minoritária no capital da “SAF” e a indicar menos da metade dos membros do conselho fiscal.

Não poderá integrar o conselho fiscal pessoa que seja empregada ou que exerça qualquer cargo na Associação, inclusive eletivo direto ou indireto.

#### *4.9 Dos negócios envolvendo o controle da “SAF”*

A alienação, direta ou indireta, do controle da “SAF” somente poderá ser contratada sob a condição suspensiva de que a Associação, detentora de ação classe A, aprove o negócio, em assembleia especial.

O estatuto da Associação deverá dispor sobre o órgão responsável pela aprovação da alienação e fixar o quórum de deliberação. Inexistindo disposição, a aprovação competirá à assembleia geral, que deliberará por maioria dos presentes.

A “SAF” cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários também deverá observar, nos negócios que envolvam a alienação de controle, o disposto no art. 254-A da Lei nº 6.404/76, Lei de Sociedades Anônimas.

#### *4.10 Direito de preferência*

Caso a “SAF” registre-se na CVM como emissora, e realize uma oferta pública de distribuição de ações ou de qualquer valor mobiliário conversível em ação, os associados da Associação que lhe houver dado origem terão direito de preferência para subscrição das ações ou dos valores mobiliários conversíveis. Este direito será exercido de modo proporcional entre a totalidade dos associados que estiverem em dia com as suas obrigações sociais, na data do pedido de registro da oferta. Os associados poderão ter direito à subscrição das sobras, conforme e nas condições estabelecidas pela assembleia geral da “SAF”, e constantes da oferta. A subscrição pelos associados poderá ser feita em condições menos onerosas do que as estabelecidas para subscrição pelo público em geral, conforme critérios estabelecidos na oferta.

#### 4.11 Auditoria e publicações

Quanto a este ponto, deverá a “SAF” observar as normas sobre publicações previstas na Lei nº 6.404/76, Lei de Sociedades Anônimas, podendo realizar todas as publicações ali previstas exclusivamente em sítio próprio na internet, devendo mantê-las, no sítio, pelo prazo de 10 (dez) anos. As publicações deverão ser transmitidas, na data de publicação, à Confederação. No caso da “SAF” aberta, as publicações deverão ser transmitidas, nas mesmas datas, também à CVM. A publicação em sítio próprio não dispensa a “SAF” do seu arquivamento no registro do comércio, na forma do art. 289, § 5º, da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

As demonstrações financeiras serão auditadas por empresa de auditoria, com registro na CVM. A mesma empresa de auditoria não poderá auditar as demonstrações financeiras da “SAF” por mais de 05 (cinco) exercícios consecutivos.

Com tais disposições, somadas a outras que em voo de pássaro já por aqui foram anotadas, resta claro a valorização do princípio da publicidade, da transparência, da boa gestão portanto, algo que o modelo atualmente adotado no Brasil definitivamente não oferece.

#### 4.12 Participação de entes públicos

Lei especial deverá regular a participação da administração pública direta no capital da “SAF”, o que somente será admitido no caso de subscrição de ações ou dação em pagamento, em ambos os casos decorrente de conversão ou de pagamento de débito da Associação ou da “SAF”.

A participação da administração pública direta deverá ser provisória, e deverá ser alienada, preferencialmente, mediante leilão, na forma da regulação da CVM. A conversão ou o pagamento deverá ser aprovado por acionistas que representem metade mais uma, no mínimo, das ações com direito de voto, dentre elas, necessariamente, as ações da classe A, se maior quórum não for exigido pelo estatuto social.

Lei especial também deverá regular a participação no capital da “SAF” da administração pública indireta, sobretudo do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, as quais, todavia, poderão participar de modo permanente, na forma da mencionada lei.

#### *4.13 Relação com federação, liga, confederação ou atletas profissionais*

A “SAF” sucederá a Associação que a constituir nas relações com Federações, Ligas ou Confederação, bem como nas relações com atletas profissionais do futebol.

#### *4.14 Disposições especiais*

As demonstrações financeiras da “SAF” que integre a primeira, segunda, terceira ou quarta divisão do campeonato nacional de futebol, bem como da “SAF” constituída por Federação ou Liga, deverão ser encaminhadas à Confederação, por via eletrônica, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas de sua aprovação, pela assembleia geral de acionistas. A Confederação deverá manter permanentemente em seu sítio, na internet, pelo prazo mínimo de 10 (dez) anos, sessão especial e de fácil acesso, com as demonstrações financeiras das “SAFs”, destacando-as por exercício social.

Caso alguma entidade administradora de mercado organizado de valores mobiliários crie um segmento especial de listagem para as “SAFs”, prevendo práticas diferenciadas de governança corporativa, a administração pública direta ou indireta somente poderá subscrever ações ou valores mobiliários conversíveis em ações de “SAF” que aderir ao segmento especial. Qualquer contrato celebrado entre a administração pública indireta e a “SAF”, especialmente de empréstimo ou financiamento, deverá conter cláusula que obrigue a “SAF” a, no caso de obtenção de registro de emissor de valores mobiliários perante a CVM, aderir a segmento especial de listagem para a “SAF”, instituído por entidade administradora de mercado organizado de valores mobiliários, prevendo práticas diferenciadas de governança corporativa.

Somente poderá ser acionista direto da “SAF”: (i) pessoa natural residente no País; e (ii) pessoa jurídica ou fundo de investimentos, constituído, em qualquer destas hipóteses, de acordo com as leis brasileiras e que tenha sua sede no território brasileiro. A pessoa jurídica ou fundo de investimentos que detiver participação igual ou superior a 10% (dez por cento) do capital social da “SAF”, deverá, no prazo de 05 (cinco) dias, informar à “SAF”, formalmente, e comunicar ao público, por meio do seu sítio eletrônico e do sítio da “SAF”, mantidos

na rede mundial de computadores (internet), o nome da pessoa física que lhe for controladora, direta ou indireta, inclusive por intermédio de outras pessoas jurídicas ou entidades não personificadas, ou quaisquer formas de detenção de direitos.

#### 4.15 Regime tributário

A “SAF” é entidade privada com fins lucrativos sujeita às regras gerais de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas da mesma natureza.

É facultado à “SAF” optar por regime especial e transitório de apuração de tributos federais, o denominado “Re-Fut”, desde que atendidos os seguintes requisitos: (i) constituição regular da “SAF” nos termos legais; e (ii) opção pelo “Re-Fut” na forma a ser estabelecida em ato do Poder Executivo, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

A “SAF” optante pelo “Re-Fut” ficará sujeita ao recolhimento único de 05% (cinco por cento) da receita mensal, apurada pelo regime de caixa, o qual corresponderá ao pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: (i) Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ; (ii) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP; (iii) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; (iv) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS; e (v) Contribuições previstas nos incisos I e III do *caput* do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Para fins de aplicação da alíquota de 05% (cinco por cento), considerará-se receita mensal a totalidade das receitas auferidas pela “SAF”, inclusive as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes de suas atividades.

A opção pelo “Re-Fut” obrigará a “SAF” a fazer o recolhimento dos tributos, mensalmente, na forma prevista, a partir do mês da opção.

A opção pelo “Re-Fut” perderá a eficácia caso não se verifique o pagamento pela “SAF” das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, inclusive direitos de imagem de atletas, salvo se com a exigibilidade suspensa na forma da legislação de referência.

A “SAF” poderá apresentar, até o último dia útil do ano-calendário, termo de rescisão da opção pelo “Re-Fut”, válido para o ano-calendário seguinte, na forma a ser estabelecida em ato do Poder Executivo.

Caberá ao Poder Executivo a regulamentação da forma de adesão ao “Re-Fut”, podendo a “SAF” aderir apenas por uma vez, sendo vedada nova adesão, inclusive nas hipóteses de saída voluntária.

O “Re-Fut” entrará em vigor na data de publicação da norma de sua regulamentação pelo Poder Executivo e vigorará pelo período de 10 (dez) anos, podendo dele valer-se cada “SAF” pelo prazo máximo de 05 (cinco) anos, independentemente do momento de sua adesão. A “SAF” poderá manter-se no “Re-Fut”, mesmo após a expiração do seu prazo de vigência, de 10 (dez) anos, apenas durante o período necessário para o integral cumprimento daquele prazo de 05 (cinco) anos, relativo à sua adesão.

Para fins de adequação legislativa, visando a consolidação do “Re-Fut” no ordenamento jurídico, prevê o Projeto de Lei examinado a modificação do art. 13 da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, para se incluir a “SAF” no rol de possíveis optantes pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

#### *4.16 Programa de desenvolvimento educacional e social*

A “SAF” poderá desenvolver Programas de Desenvolvimento Educacional e Social (“PDEs”) para, em convênio com instituições públicas de ensino (“Convênio Escola-Futebol”), promover medidas em prol do desenvolvimento da educação por meio do esporte, e do esporte por meio da educação, atendendo, especialmente, aos seguintes objetivos: (i) incentivo à assiduidade de crianças e jovens matriculados em escolas públicas; (ii) incentivo ao envolvimento e interesse dos alunos nas atividades educacionais promovidas pela escola; e (iii) formação de jovens atletas do futebol.

Para que haja o devido enquadramento legal do Programa de Desenvolvimento Educacional e Social (“PDE”), celebrado entre a “SAF” e a instituição pública de ensino, indispensável se faz a aprovação do “Convênio Escola-Futebol” pelo Ministério da Educação.

A “SAF” poderá celebrar número ilimitado de “Convênios Escola-Futebol”, que somente serão aprovados se estabelecerem investimentos, cumulativos, pela “SAF”: (i) na reforma ou construção, e manutenção, de quadra ou campo destinado à prática do futebol; (ii) na instituição de sistema de transporte das crianças e jovens qualificados à participação do “Convênio Escola-Futebol”, quando a quadra ou

campo não se localizar nas dependências da escola; (iii) na alimentação das crianças e jovens integrantes do “Convênio Escola-Futebol” durante os períodos de recreação futebolística e de treinamento; (iv) na capacitação de ex-jogadores profissionais de futebol, para acompanhar as atividades no âmbito do referido “Convênio”; e (v) na contratação de profissionais auxiliares, especialmente de preparadores-físicos, nutricionistas e psicólogos, para o acompanhamento das atividades no âmbito do “Convênio”.

Somente se habilitarão a participar do “Convênio Escola-Futebol” alunos regularmente matriculados na instituição conveniada, e que tenham um nível de assiduidade às aulas regulares e padrão de aproveitamento definidos pelo Ministério da Educação.

Caberá ao Poder Executivo a regulamentação da forma de criação e modelagem do “PDE”, bem como os critérios para aprovação, celebração e verificação do cumprimento do “Convênio Escola-Futebol”.

A “SAF” poderá deduzir, do lucro tributável para fins de apuração do imposto sobre a renda devido, o triplo das despesas comprovadamente realizadas no período base, em “PDEs” desenvolvidos no âmbito dos “Convênios” já referidos, podendo as despesas não deduzidas no exercício financeiro correspondente, ser transferidas para dedução nos 03 (três) exercícios subsequentes.

#### ***4.17 Emissão de debêntures especiais do futebol (“Debêntures-Fut”) e demais valores mobiliários pela “SAF”***

A “SAF” poderá emitir, com exclusividade, debêntures especiais denominadas “Debêntures-Fut”, que serão valores mobiliários regidos pela Lei que as instituir, e, no que não for incompatível, pela Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

Caso seja objeto de oferta pública, a “Debênture-Fut” também será regida pela Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, pela Lei nº 6.385, de 07 de dezembro de 1976, e pelos normativos da CVM, inclusive no que se refere a ofertas públicas e ofertas públicas com esforços restritos e negociação no mercado secundário.

Os rendimentos auferidos por pessoas naturais ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País, sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda, exclusivamente na fonte, às seguintes alíquotas: (i) 0%

(zero por cento), quando auferidos por pessoa natural; e (ii) 15% (quinze por cento), quando auferidos por pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado. A “Debênture-Fut” deverá ser remunerada por taxa de juros pré-fixada, que não poderá ser inferior ao rendimento anualizado da caderneta de poupança, permitindo-se a estipulação, cumulativa, de remuneração variável, vinculada às atividades ou ativos da “SAF”, e, ainda, cumulativamente, apresentar: (i) prazo igual ou superior a 2 (dois) anos; (ii) vedação à recompra da “Debênture-Fut” pela “SAF” emissora ou parte a ela relacionada e à liquidação antecipada por meio de resgate ou pré-pagamento, salvo na forma a ser regulamentada pela CVM; (iii) prazo de pagamento periódico de rendimentos; (iv) comprovação de que os valores mobiliários estejam registrados em sistema de registro devidamente autorizado pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM, nas suas respectivas áreas de competência; (v) proibição de conversão em ações; e (vi) procedimento simplificado que demonstre o compromisso de alocar os recursos captados no desenvolvimento de atividades ou no pagamento de gastos, despesas ou dívidas relacionados às atividades típicas da “SAF”.

Poderá a SAF, além da “Debênture-Fut”, emitir qualquer outro título ou valor mobiliário, na forma da n<sup>o</sup> Lei 6.404/76 (Lei das Sociedade Anônimas), ou conforme regulação da CVM, criado especificamente para desenvolvimento da atividade futebolística ou não.

#### ***4.18 Das disposições finais – Adequações legislativas***

Para fins de adequação legislativa, prevê ainda o Projeto de Lei em estudo, por necessário, a modificação de outros textos legais congêneres.

Por primeiro, modifica-se o art. 27 da Lei n<sup>o</sup> 9.615/76, que trata da instituição “de normas gerais sobre desporto e dá outras providências”, alterando o disposto em seu parágrafo segundo, passando a admitir, a aludida lei, a possibilidade das entidades esportivas utilizarem seus bens patrimoniais, desportivos ou sociais, inclusive imobiliários ou de propriedade intelectual, para integralizar sua parcela no capital de sociedade ou oferece-los em garantia, na forma de seu estatuto. Em caso de omissão do estatuto a respeito de tais matérias, a integralização ou o oferecimento em garantia deverá ser aprovado pelos associados que representem a maioria dos presentes à assembleia geral, especialmente convocada para deliberar sobre o tema.

O Projeto de Lei em questão dispõe, ainda em relação à Lei nº 9.615/76, que a “SAF” será considerada entidade de prática desportiva, para os fins e efeitos da aludida Lei.

Por segundo, o Projeto de Lei em estudo prevê a modificação do art. 8º da Lei nº 6.385/76, que dispõe sobre o “mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários”, acrescentando ao seu parágrafo oitavo, inciso I, a competência da CVM para também regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas na vindoura “Lei das Sociedades Anônimas do Futebol”.

Por terceiro, fazendo remissão à Lei nº 11.438/2006, que versa sobre “incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo e dá outras providências”, dispõe o Projeto de Lei em análise que a “SAF” poderá receber recursos oriundos de incentivos previstos na aludida Lei.

## 5. CONCLUSÃO

Não tem sido comum, a título de trabalho científico, ocupar-se o articulista de “Projeto de Lei” que, como tal, ainda não se inseriu no mundo do Direito Positivado.

Apesar dessa constatação, o significado da “indústria” do futebol para o mundo, em face do reconhecido êxito mundial desse esporte bretão, na Ásia e no Oriente Médio (Japão e China), na Europa (Itália, Alemanha, França, Inglaterra, Espanha, Portugal), nas Américas (Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, Uruguai, Paraguai, Estados Unidos e México), para citar apenas os considerados “países-mercados”, não dá para simplesmente desconhecer o futebol como negócio, se lhe negando as modernas ferramentas da empresa.

Registre-se que em ordenamentos mais adiantados, os Clubes-Empresas têm proliferado e são responsáveis pelo sucesso e pelo êxito do empreendimento<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Como *cases* de sucesso, mundialmente conhecidos, cita-se, dentre vários outros, os seguintes exemplos: o “Paris Saint-Germain Football Club” (França); a “Juventus Football Club”, a “Associazione Calcio Milan” e o “Football Club Internazionale Milano” (Itália); o “Sport Lisboa e Benfica”, o “Sporting Clube de Portugal” e o “Futebol Clube do Porto” (Portugal); o “Club Atlético de Madrid” (Espanha); o “Manchester United Football Club”, o “Manchester City Football Club” e o “Arsenal

O Brasil, cinco vezes campeão mundial de futebol não pode ficar (mais uma vez) para trás. É este entusiasmo e esta visão de futuro que animou o escriba a enfrentar o tema pela primeira vez, prometendo, desde logo, voltar num segundo tempo e, se necessário for, enfrentar todas as prorrogações.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CÂMARA LEGISLATIVA. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3757CD2319EFE-844EA822F4DA8B22988.proposicoesWebExterno1?codteor=1452633&filename=PL+5082/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3757CD2319EFE-844EA822F4DA8B22988.proposicoesWebExterno1?codteor=1452633&filename=PL+5082/2016)

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

BRASIL. *Lei n° 6.404, de 15/12/1976*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm)

BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10/01/2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/947D7D15C90C43\\_recuperacao-candidomendes.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/947D7D15C90C43_recuperacao-candidomendes.pdf)

LANCE. *Clubes S/A: como funciona no mundo, a proposta de Macri na Argentina e o que se faz hoje no futebol brasileiro*. Disponível em: <https://www.lance.com.br/futebol-internacional/sociedade-anonimas-argentina.html>

SILVA, José Anchieta da. “A Pessoa Jurídica, a Falência e a *Disregard Doctrine*”, em *Palavra de Advogado*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2012, p. 225/250.

---

Football Club” (Inglaterra); o “Fußball-Club Bayern München” e o “Verein für Leibesübungen Wolfsburg” (Alemanha); o “Club Social y Deportivo Colo-Colo”, o “Club Universidad de Chile” e o “Club Deportivo Universidad Católica” (Chile).

# AINDA SOBRE O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Renata Dantas Gaia

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A pessoa jurídica distingue-se das pessoas que a compõem. 3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica. 4. Desconsideração e Responsabilidade Pessoal. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Por meio deste trabalho pretende-se apresentar a definição de pessoa jurídica e as consequências do seu uso indevido, que poderão ocasionar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, verificado o abuso de direito, através do desvio da finalidade ou da confusão patrimonial, com a demonstração, todavia, da fraude.

Pretende-se ainda delinear as hipóteses legais em que se faz possível a responsabilização direta de sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

Também se pretende demonstrar a diferença entre a desconsideração e a responsabilidade pessoal do sócio/administrador, em razão da confusão praticada por doutrinadores, magistrados, advogados na aplicação desses dois institutos.

## 2. A PESSOA JURÍDICA DISTINGUE-SE DAS PESSOAS QUE A COMPÕEM

A pessoa jurídica corresponde a uma soma de esforços, recursos econômicos e objetivos para a realização de atividades produtivas que seriam impossíveis apenas com os recursos de indivíduos, sócios que a

compõem: “Pela teoria da realidade das instituições jurídicas de Hauriou, a pessoa jurídica é uma instituição jurídica. A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a aqueles que o merecem. [...] A pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios que visa à obtenção de certas finalidades, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações” (DINIZ, 1996, p. 25-26).

É certo que dentre as várias teorias que pretenderam definir e explicar a pessoa jurídica, tem-se as teorias ficcionistas, cujo principal defensor foi Savigny. Sustentam seus adeptos que a capacidade conferida às pessoas jurídicas não seria absoluta, plena. Essa limitada capacidade decorreria de uma ficção criada pela lei, diferentemente do que ocorre com as pessoas naturais, cuja criação é da própria natureza. Pessoas jurídicas seriam, assim, seres fictícios criados artificialmente pelo Direito, tendo uma ligação com as pessoas naturais que a compõem por uma relação meramente patrimonial. A lei seria a fonte criadora da pessoa jurídica.

As Teorias do Patrimônio de afetação ou negatórias da personalidade jurídica, cujos principais precursores foram Aloys Ritter Von Brinz e Ernst Immanuel Bekker, defendiam uma mera relação de atribuição das pessoas naturais com os bens destinados a determinada atividade. A personificação de qualquer ente seria subordinada ao patrimônio de afetação, ou seja, as coisas pertencerão não a um determinado ente ficto, mas a um fim estabelecido. O vínculo não seria entre a pessoa e seus bens, mas entre estes e uma finalidade predeterminada, constituindo-se o patrimônio de afetação.

Otto Friedrich Von Gierke patrocinou a Teoria da realidade ou organizacionista. Segundo essa teoria, considerava-se a pessoa jurídica como um fenômeno associativo, uma realidade social, atentando-se para o perfil interno das associações. As pessoas jurídicas teriam até vontade própria, sendo verdadeiros organismos vivos, separados da pessoa natural. As pessoas jurídicas, assim, preexistiriam ao próprio Direito, cujo papel seria o de reconhecer a sua existência e regulamentá-las.

A Teoria Institucionalista assinada por Maurice Hauriou, mediante o estudo da estrutura das instituições jurídicas, buscou explicar a natureza jurídica do ato constitutivo das sociedades anônimas. As pessoas jurídicas são instituições sociais, organizações sociais destinadas à obtenção de um fim. A criação das pessoas jurídicas seriam marcadas por um caráter jurídico comum: (i) uma “obra” a realizar pelo grupo

social; (ii) um poder organizado posto a serviço dessa “obra”, refletindo o poder de governo da instituição; (iii) manifestações de comunhão que se reproduziam no grupo social, a respeito da ideia e de sua realização, traduzido por um estado subjetivo, pela manifestação do poder comungado. Nessa teoria podem ser vislumbrados elementos consensuais, mas não contratuais. A diferença ainda se marcaria pelo cunho social atribuído à instituição. Há outros interesses a serem tutelados, que não sejam somente os interesses dos contratantes-sócios (segundo teoria contratual). É o caso dos interesses daqueles que interagem com a sociedade – interesses dos trabalhadores, da comunidade em que atua, dos investidores, credores – aí presente a natureza institucional da sociedade.

Por fim, as teorias ecléticas ou da realidade técnico-jurídica que são as mais aceitas atualmente. Segundo essas teorias, há um reconhecimento da realidade objetiva das pessoas jurídicas e da sua personalidade objetiva. A pessoa jurídica seria então uma unidade jurídica de fins próprios e autônomos, com capacidade de adquirir direitos e obrigações, formada por uma organização de pessoas ou bens, com personalidade jurídica própria atribuída por força de lei.

Dessa forma, com essa breve análise das teorias sobre a pessoa jurídica, depreende-se que ao se lhe atribuir a personalidade jurídica, a pessoa jurídica torna-se entidade autônoma e independente daqueles que a compõem, e assim tornando-se capaz de contrair obrigações e exercer direitos.

Segundo Oksandro Gonçalves (2009, p. 29), “pode-se afirmar, portanto, que o nascimento da pessoa jurídica implica passar da universalidade composta pelos sócios para a unidade, tornando-se sujeito de direito autônomo e independente para contrair obrigações e exercer direitos”.

A autonomia patrimonial das sociedades encontrava-se presente no Código Civil de 1916, no seu artigo 20, segundo o qual a pessoa jurídica tem existência distinta da dos seus sócios, disposição base para limitar a responsabilidade patrimonial de seus integrantes.

Por força desse princípio, razão não há para se confundir responsabilidade da sociedade empresária, pessoa jurídica, com a responsabilidade de seus sócios, ainda que se trate de empresas ligadas ao mesmo conglomerado econômico. Há de se concluir pela existência de uma separação patrimonial entre os bens dos sócios e os bens da sociedade.

Deve-se, portanto, destacar que como regra – há exceções – que estão nas sociedades de responsabilidade ilimitadas, as comanditas, os bens pessoais dos sócios não respondem pelas obrigações da pessoa jurídica, e vice-versa. Negar esta certeza seria jogar no lixo toda a teoria geral da pessoa jurídica.

Sobre a personalidade jurídica da sociedade empresária, conforme bem destacou José Edwaldo Borba (2003, p. 17), suas características diferenciadoras se referem ao patrimônio próprio, atividade empresarial e sem fim lucrativo. A pessoa jurídica, torna-se, dessa forma, capaz de adquirir direitos e assumir obrigações.<sup>41</sup>

E o que caracteriza uma pessoa jurídica, segundo Teresa Cristina Pantoja (2003, p. 85 e ss.) “[...] é a coexistência de alguns fatores: a) capacidade jurídica, tanto para fins externos, quanto *interna corporis*; b) autonomia patrimonial, ou seja, o novo patrimônio criado não pode ser alterado por movimento individual dos sócios; c) limitação da responsabilidade dos sócios”.

Não obstante a presença das premissas de que a pessoa do sócio é distinta da pessoa da sociedade, bem como de que seus patrimônios não se confundem, não se autoriza que administradores e sócios cometam abusos, fraudes, se escondendo atrás da pessoa jurídica. Para coibir esse procedimento se construiu na doutrina e na jurisprudência o instituto da *Disregard of Legal Entity*, coibindo-se abusos. Essa doutrina chegou ao Direito brasileiro, estando consolidada em diversos diplomas de seu ordenamento jurídico.

Importante o registro de que a desconsideração da personalidade jurídica não corresponde a enfraquecimento da pessoa jurídica. Ao contrário. A possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica em casos pontuais confirma a importância e a garantia da existência da pessoa jurídica, até porque a teoria em exame se volta contra o ilícito praticado e não contra a pessoa jurídica utilizada indevidamente como instrumento para prática de fraude.

---

<sup>41</sup> BORBA (2003, p. 17) ao analisar a personalidade jurídica da sociedade empresária demonstra com clareza o princípio da autonomia patrimonial: os bens dos sócios não podem ser confundidos com os bens da sociedade. Os sócios, ao constituir sociedade, transferem-lhe bens que passam a compor o seu patrimônio. Tendo em vista que o patrimônio da sociedade não se confunde com o patrimônio dos sócios, é certo que nenhuma dívida da sociedade poderá ser cobrada do sócio.

### 3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A doutrina estrangeira desenvolvida na *doctrine of disregard of legal entity*, de inspiração saxônica, foi primeiramente acolhida pelos tribunais brasileiros e só posteriormente, pela legislação, possibilitando-se o processo da desconsideração da personalidade jurídica conferida à sociedade, em caso de fraude ou abuso de direito. Sua finalidade está no objetivo de atingir verdadeiramente os autores dos atos ilícitos fraudulentos. É o que resta consagrado na doutrina: “Com efeito, o que se pretende com a doutrina do *disregard* não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito, em caso concreto, em virtude de o uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude). Se se abusa de uma sociedade para fins alheios a sua razão de ser, a *disregard doctrine* evita que o direito tenha que sancionar tão temerária empresa. Com isto no fundo não se nega a existência da pessoa jurídica, senão que se preserva na forma com que o ordenamento jurídico a tem concebido” (REQUIÃO, 2000, p. 65).

A desconsideração da personalidade jurídica apresenta-se, portanto, como uma exceção ao princípio da autonomia patrimonial e surgiu com a finalidade de garantir que as sociedades empresárias não fossem utilizadas por seus sócios de maneira imprópria, através de fraudes, com abuso de direito.

Ressalte-se que a desconsideração da pessoa jurídica evidencia-se com a ineficácia da pessoa jurídica para um determinado ato (o ato fraudulento) não resultando na invalidade da sociedade como tal. Será sempre um ato cirúrgico, pontual. Não tem por finalidade o matar a pessoa jurídica.

Visa, portanto, a desconsideração, o resguardar a pessoa jurídica que terá sido utilizada como meio de se praticar ou ocultar uma fraude, pois atinge o caso concreto, a fraude, sem se questionar e, portanto, sem atingir a validade do seu ato constitutivo.

Para o efeito, o art. 50 do atual Código Civil de Miguel Reale está a prescrever que: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, para se admitir a desconsideração da personalidade jurídica será imprescindível, no caso concreto, a comprovação do abuso da personalidade jurídica, através do desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial da pessoa jurídica, mediante a presença da fraude.

O desvio de finalidade se identifica pelo descumprimento do objeto social da pessoa jurídica, através da prática de atos incompatíveis com o seu contrato social ou estatuto ou não se cumprindo a finalidade econômico-social a que se destinava, havendo a presença de uma lesão, decorrente de ato fraudulento.

Sobre a confusão patrimonial, tem-se que esta: “[...] decorre da promiscuidade entre os negócios da sociedade com os dos sócios que negligenciam a separação não agindo, por exemplo, para que a sociedade tenha escrituração contábil própria. A confusão patrimonial acarreta, assim, a supressão do interesse social com a prevalência do interesse pessoal do sócio. A confusão patrimonial, quando maliciosa ou negligente, não pode servir de escudo para que terceiros prejudicados não sejam ressarcidos em nome da responsabilidade limitada ou da autonomia de cada pessoa jurídica” (ANDRADE FILHO, 2005, p. 128).

Caberá, com efeito, ao juiz analisar cada caso concreto, para se aplicar ou não o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, diante certamente das comprovações desse requisito da fraude com a confusão patrimonial, garantindo-se direitos de credores da pessoa jurídica em causa.

Da doutrina e da jurisprudência se construíram, em exercício exemplificativo, hipóteses que se tornaram modelos próprios para a desconsideração<sup>42</sup>: a) descapitalização de uma sociedade de responsabilidade limitada, transferindo-se o risco da empresa; b) empréstimos dos sócios à socieda-

---

<sup>42</sup> O Superior Tribunal de Justiça, a respeito da desconsideração da personalidade jurídica decidiu: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRIITA. ACOLHIMENTO.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios

de limitada, de modo que, em caso de falência, se arvorem em credores daquela; c) confusão entre os bens do sócio e da sociedade, em caso de execução contra a sociedade ou contra o sócio, de forma que possa sempre apresentar defesa com base na separação patrimonial; d) contornar o sócio uma proibição de concorrência, por meio do uso da personalidade da sociedade que ele controla; e) violação de restrição de distribuição de patrimônio social aos sócios, mediante expedientes condenados, tais como elevada remuneração de sócio como se fosse empregado, realização de gastos ruinosos ou elevados em proveito próprio. Para se ter a certeza dessas hipóteses de desconsideração será necessário vislumbrar no caso em concreto a presença da fraude, de um comportamento incivil, ilegal.

Sobre a teoria do *disregard*, imprescindível conferir a obra de Larmartine Corrêa de Oliveira: “Os problemas ditos de “desconsideração” envolvem frequentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: No caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? [...] Se é em verdade outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenações axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública) é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência” (OLIVEIRA, 1979, p. 613).

---

que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

3. Embargos de divergência acolhidos.” (STJ, EREsp 1306553/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014).

E ainda sobre o tema, tem-se o enunciado nº 146 da III Jornada de Direito Civil: “Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial)”.

Registre-se que outras legislações, tais como a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (art. 2º, § 2º), a Lei Antitruste (art. 18), o Código Tributário Nacional (art. 134, inc. VII e art. 135, inc. III) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 28) contêm em seus textos hipóteses de descon sideração da personalidade jurídica. Questionáveis algumas, registre-se.

Constata-se que as normas legais que admitem ou apontam para o instituto, apesar de utilizarem a expressão descon sideração da personalidade jurídica cometem certos equívocos. Em algumas hipóteses, o que se consagra são casos de responsabilidade pessoal de sócios, responsabilização solidária ou subsidiária. Outras disposições pressu põem o estado de insolvência (a falência), o encerramento ou a inativ idade da pessoa jurídica provocados por má administração atraindo possibilidade da descon sideração. Em todos os casos, registre-se, não se obterá o desiderato da descon sideração sem a presença da fraude.

É certo que com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), o seu capítulo regulou o denominado *Incidente de Descon sideração da Personalidade Jurídica*, dando-lhe a forma processual. Ainda assim e frequentemente, o instituto da despersonalização da pessoa jurídica tem sido aplicado equivocadamente, sem a observância dos requisitos legais e sem o devido respeito à verdadeira intenção legislativa (*a mens legis*), não se respeitando a necessária preservação da autonomia patrimonial que só pode ser relegada em casos comprovados de fraude ou abuso de direi to, e ainda assim, aplicada, de maneira pontual.

#### **4. DESCONSIDERAÇÃO E RESPONSABILIDADE PESSOAL**

Bem analisada a legislação, a doutrina e a jurisprudência, o institu to da descon sideração da personalidade jurídica não se confunde com a responsabilidade de administradores ou de sócios da pessoa jurídica.

É certo que ao se reconhecer a personalidade da pessoa jurídica dis so decorrerá a sua autonomia patrimonial, com a separação da respon sabilidade dos sócios diferente da responsabilidade da sociedade, sendo certo, portanto, que os bens dos sócios não se confundem com o patri mônio daquela.

Quando se trata de responsabilização pessoal, os sócios e/ou admi nistradores respondendo pelas dívidas sociais, quando tiverem atuado com excesso de poderes ou contrariado dispositivos legais ou contratu ais, agindo de maneira ilícita e, por isso, deverão ser responsabilizados.

Para se admitir a desconsideração da personalidade jurídica, além de se atentar para o que determina a legislação, é preciso considerar um nexos causal ente o dano causado e o uso fraudulento da pessoa jurídica. Importante registrar os quatro princípios trazidos por Rolf Serick, em seu estudo “Aparência e realidade nas sociedades comerciais – O abuso de direito por meio da pessoa jurídica”, que conduziram à desconsideração: (a) quando através da pessoa jurídica se burlar disposição legal, obrigação contratual ou se causar prejuízo a terceiros, com abuso da pessoa jurídica; (b) quando se estiver a fraudar a lei ou contrato; (c) quando as normas jurídicas estabeleçam situações que levam em consideração valores especificamente humanos, ou determinadas qualidades destes, sendo tais valores aplicáveis também à pessoa jurídica; (d) quando se utilizar da pessoa jurídica para ocultar uma realidade, circunvenindo norma jurídica que seria aplicável. Fixadas as bases da desconsideração da personalidade jurídica, resta concluir que presente estará, em cada hipótese, uma violação da lei ou normas do contrato ou estatuto social.

Dessa forma, o ato irregular não corresponderá a ato da sociedade, mas daquele sócio ou administrador autor do desvio, razão pela qual responderá pessoalmente. Sobre a matéria, confira em Fábio Ulhoa Coelho: “Com efeito, a teoria da desconsideração tem pertinência quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Quando a imputação pode ser direta, quando a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que se cogitar do superamento de sua autonomia. E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal de pessoa jurídica, provoca danos a terceiros em razão de comportamento ilícito, ele é responsável pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal dele, decorrente do ilícito que praticou” (COELHO, 1994, p. 226-227).

No Direito brasileiro, os artigos 10 e 16 do antigo Decreto nº 3.708/19<sup>43</sup>, que disciplinava as sociedades por quotas de responsabili-

<sup>43</sup> Art. 10. Os sócios gerentes ou que derem o nome á firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei. (BRASIL, 1919).  
Art. 16. As deliberações dos sócios, quando infringentes do contrato social ou da lei, dão responsabilidade ilimitada àqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais. (BRASIL, 1919).

dade limitada, dispunham sobre a responsabilidade dos sócios-gerentes perante a empresa ou terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Com o novo Código Civil, o artigo 1.080<sup>44</sup> trouxe disposição expressa que trata da responsabilidade ilimitada dos sócios e dos administradores pelas deliberações que tomarem, em desacordo com o contrato social ou com a lei, no mesmo Código.

O artigo 1.015<sup>45</sup> trata da responsabilidade pelos atos de excesso de poder, o artigo 1.016<sup>46</sup> trata da responsabilidade solidária dos administradores por culpa no desempenho das suas funções.

Para as sociedades anônimas, a Lei nº 6.404/76 enumera diversas situações que geram responsabilização dos sócios pelas perdas e danos provocados à sociedade, aos acionistas e a terceiros (artigos 117 e 115)<sup>47</sup>. Sobre a responsabilidade dos administradores, dispõe o artigo 158 da mesma Lei nº 6.404/76 o seguinte: “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em

---

<sup>44</sup> Art. 1.080. As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram. (BRASIL, 2002).

<sup>45</sup> Art. 1015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II – provando-se que era conhecida do terceiro;

III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade. (BRASIL, 2002)

<sup>46</sup> Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções. (BRASIL, 2002)

<sup>47</sup> Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

[...] (BRASIL, 1976).

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para sim ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para acionistas. [...] (BRASIL, 1976).

nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto. [...] § 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles” (BRASIL, 1976)

Os textos legais transcritos ou indicados consagram a certeza de que a responsabilização pessoal dos sócios e administradores só ocorrerá quando presente em fraude, qualquer que seja a sua modalidade.

No âmbito das obrigações fiscais, o Código Tributário Nacional, dispõe em seu artigo 135: “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I – as pessoas referidas no artigo anterior; II – os mandatários, prepostos e empregados; III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado” (BRASIL, 1966).

Depreende-se nas hipóteses transcritas a previsão de atuação com abusividade e em contrariedade à norma por parte do administrador da pessoa jurídica. Em face disso é que responde pelo dano causado. A doutrina, para o caso vê, na hipótese, não exatamente um caso de desconsideração da personalidade jurídica, mas de responsabilidade (responsabilização) pessoal: “Não há qualquer desestimação do princípio da autonomia ontológica da pessoa jurídica nas circunstâncias de admitirem determinados dispositivos de lei de responsabilidade dos diretores em caso de comportamento doloso ou culposo ou que viole diretamente a lei ou os estatutos sociais (ou contratos sociais). Em tal caso, há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou gestor agiu com desobediência a determinadas normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de aparência) – a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito seu, por fato próprio” (OLIVEIRA, 1979, p. 520).

De outra doutrina, bem analisando questões do tipo se recolhe que “[...] se for obstáculo à imputação do ato a outra pessoa. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou

administrador, não é o caso de desconsideração” (COELHO, 2002, p. 42). E assim se resumiria a hipótese àquela responsabilização pessoal.

Afinal, dispondo a lei em determinadas ocasiões sobre a responsabilização do sócio ou administrador, não se terá, propriamente ou necessariamente desvirtuamento do uso da pessoa jurídica<sup>48</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se então que a desconsideração da personalidade jurídica apresenta-se como exceção ao princípio da autonomia patrimonial e não como anulação da personalidade jurídica. Deve ser aplicada a doutrina para alcançar determinado ato, sem se atingindo a validade do ato constitutivo da sociedade.

O instituto terá aplicação sempre que a personalidade jurídica for utilizada como meio de cometimento de abuso de direito, de fraude. Sua sede jurídica está no Código Civil, no artigo 50, cuja aplicação reclama abuso da personalidade jurídica pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica se refere à quebra do princípio da autonomia patrimonial e da separação da pessoa jurídica em relação aos sócios que a compõem.

São dois os registros finais que necessitam ser trazidos a texto. Não se cuidou nestas linhas, dos tipos de sociedade que, por sua natureza, admitem a presença de sócios ou acionistas de responsabilidade ilimitada (as comanditas). Por fim, embora o texto tenha sido produzido antes da promulgação da “Lei de Liberdade Econômica” (Lei nº 13.875 de 20 de setembro de 2020), a necessária incorporação da fraude como fundamento para se obter a desconsideração da personalidade jurídica é matéria que o discurso posto já incorporava.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

<sup>48</sup> “O que de fato resta demonstrado é que não estão presentes aqueles pressupostos mínimos para desconsideração, pois na responsabilização do administrador ou gerente não há um sujeito oculto; ao contrário, o sujeito está identificado, enquanto a desconsideração ocorre para alcançar sujeito que estava oculto, justificando a expressão comumente utilizada de “retirada do véu” para verificação daquilo que estava sob o manto da personificação” (GONÇALVES, 2009, p. 55).

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil*. São Paulo: MP, 2005.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed., rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%27ao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%27ao_Compilado.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 1º jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília 16 março 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 07 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EResp 1306553/SC. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. *Diário de Justiça*, Brasília, 12 de dezembro de 2014.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*, sob a coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GONÇALVES, Oksandro. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MATTIELO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. São Paulo: LTr, 2003.
- NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PANTOJA, Teresa Cristina G. *Anotações sobre as pessoas jurídicas. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1 volume. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA, José Anchieta da. *O Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil*. In: SILVA, José Anchieta da. (Org.). *O novo processo civil*. São Paulo: Lex, 2012.

# AINDA SOBRE A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA (QUE FALÊNCIA NÃO É)

Renata Dantas Gaia

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Extensão dos Efeitos da Falência no Decreto-Lei nº 7.661/45. 3. A Extensão dos Efeitos da Falência na Lei nº 11.101/05. 4. A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica vista pela Doutrina e a Extensão dos Efeitos da Falência. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A extensão dos efeitos da falência da sociedade empresária tem sido requerida no curso de processos de falência por credores ou por administradores judiciais, no intuito de atingir o patrimônio dos sócios, administradores e de sociedades que fazem parte do mesmo conglomerado, sob o argumento da confusão patrimonial ou em face do desvio de finalidade, com o fito de fraudar a lei ou prejudicar terceiros, muitas vezes, todavia, desprovidos de indicadores corretos da presença da fraude e da lesão.

A Lei nº 11.101/2005 dispôs em seu artigo 81 sobre o alcance do patrimônio dos sócios com responsabilidade ilimitada, na hipótese de falência da sociedade, regendo, justamente, a solidariedade das obrigações que os sócios possuem com a falida. O artigo 82 da mesma Lei, pretendeu, através da instauração de ação autônoma, responsabilizar pessoalmente os sócios das sociedades de responsabilidade limitada, controladores e administradores da sociedade falida, com a apuração de atos ilícitos porventura praticados. Atente-se, portanto, e desde logo, para a necessária presença da fraude.

Para se permitir estender os efeitos da falência para os sócios, alcançando inclusive outras sociedades do mesmo conglomerado econômico, os tribunais têm se valido da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, algumas vezes de forma desvirtuada.

Para boa compreensão do tema é preciso reconhecer desde logo que o primeiro dos dispositivos apontados cuida de sócios de sociedade de responsabilidade ilimitada e o segundo se remete para as normas do Direito próprio, claro, em lei expresso.

Nesse contexto, serão apresentadas as divergências existentes na doutrina com relação ao uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na falência, demonstrando, também, como a jurisprudência vem decidindo, a fim de se verificar a utilidade do referido instituto como meio de extensão dos efeitos da falência, o que não equivale à própria declaração de falência do atingido. Afinal, a desconsideração é sempre um ato cirúrgico que extirpa e elimina uma fraude. Não se confunde com despersonalização.

## **2. A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA NO DECRETO-LEI Nº 7.661/45**

Na lei antiga, Decreto-Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945, o artigo 5º dispunha sobre os efeitos da falência que seriam estendidos aos sócios ilimitadamente responsáveis: “Art. 5º Os sócios solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos de todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao sócio de responsabilidade solidária que há menos de dois anos se tenha despedido da sociedade, no caso de não terem sido solvidas, até a data da decretação da falência, as obrigações sociais existentes ao tempo da retirada. Não prevalecerá o preceito, se os credores tiverem consentido expressamente na retirada, feito novação, ou continuado a negociar com a sociedade, sob a mesma ou nova firma”.

Tratando a lei antiga das sociedades compostas por sócios de responsabilidade ilimitada de sócios que, por conceito, respondem pelo regime da solidariedade não se está nem na primeira e nem na segunda das hipóteses

cogitando de possibilidade de extensão de falência, mas de um fazer cumprir (no mesmo processo) tais responsabilidades decorrentes da lei.<sup>1</sup>

Com relação a sócios e administradores de sociedades de responsabilidade limitada não há se falar na possibilidade de extensão de efeitos da falência, mas apenas de apuração de responsabilidade de tais pessoas de acordo com suas condutas. É o que dizia o artigo 6º do mesmo Decreto-Lei nº 7.661/45: “Art. 6º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; a dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e, tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1º. Parágrafo único. O juiz, a requerimento do síndico, pode ordenar o sequestro de bens que bastem para efetivar a responsabilidade”.

Neste diapasão, tem-se que o legislador sempre cuidou de responsabilizar diretores e gerentes das sociedades anônimas e limitadas, bem como sócios, desde que apurada a sua responsabilidade mediante processo ordinário próprio. Portanto e desde sempre, para que possa haver a responsabilização dos gerentes pelo passivo da sociedade falida, seja de quotas de responsabilidade limitada ou nas sociedades anônimas, deverá ser apurada prévia e necessariamente a responsabilidade pessoal desses por atos contrários à lei ou ao contrato social, que tenham gerado prejuízo à sociedade ou a terceiros. É, portanto, da tradição do ordenamento brasileiro a responsabilização através da culpa e, para o tema analisado, a indispensabilidade da existência de uma fraude.

Ainda na vigência do antigo Decreto-lei nº 7.661/45, a jurisprudência passou a admitir a extensão dos efeitos da falência em relação aos sócios ou pessoas jurídicas, utilizando-se do instituto da descon sideração da personalidade jurídica como fundamento, mas desde então era exigível a constatação de uma fraude. Neste sentido, confira-se o julgado cuja ementa se transcreve: “Processual Civil e Direito Comercial – Falência – Extensão dos efeitos – Comprovação de fraude – Aplicação da teoria da descon sideração da pessoa jurídica – Recurso Especial – Decisão que decreta a quebra – Natureza jurídica – Necessidade de imediato processamento

<sup>1</sup> LOBO, Jorge. Extensão da Falência por Abuso de Controle. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco E. (Coord.). *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 166.

do especial – Exceção à regra do art. 542, § 3º do CPC – Dissídio pretoriano não demonstrado. I – Não comporta retenção na origem o recurso especial que desafia decisão que decreta a falência. Exceção à regra do § 3º, art. 542 do Código de Processo Civil. II – O dissídio pretoriano deve ser demonstrado mediante o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os arestos paradigmáticos. Inobservância ao art. 255 do RISTJ. III – Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados. IV – Recurso especial não conhecido”.<sup>2</sup>

Desde a antiga legislação, portanto, que a jurisprudência tem se valido da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para se estender os efeitos da falência da sociedade falida a outras sociedades ou aos sócios delas componentes. O precedente colacionado entrementes aponta e se assenta na existência de uma fraude configurada e dele não se pode servir para fazer a equivocada leitura de que desconsideração da pessoa jurídica corresponderia à falência daquela outra pessoa em relação à qual não exista requerimento de falência. Calçada na fraude, a desconsideração é cirúrgica, pontual, não é despersonalizadora.

### **3. A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA NA LEI Nº 11.101/05**

A compreensão de uma só falência (um só processo para sociedade e sócios de responsabilidade ilimitada, reproduzindo a lei anterior) está no artigo 81 da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas: “Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem”.

Trata-se da própria falência destes sócios porque sociedade de responsabilidade ilimitada<sup>3</sup>. Os sócios de responsabilidade ilimitada

---

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 211619/SP. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro – Terceira Turma. j. 16 fev. 2001. *DJU*, 23 abr. 2001.

<sup>3</sup> SILVA, José Anchieta da. “A Pessoa Jurídica, a Falência e a *Disregard Doctrine*”. In: *Palavra de Advogado*, Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 225-250; PUGLIESI, Adriana Valéria. “A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica”. In: CEREZETTI,

e solidária terão sua falência decretada, portanto, juntamente com a decretação de falência da sociedade.

Para Sérgio Campinho, a decretação da falência da pessoa jurídica não pode alargar conceitos para despersonalizar a sociedade, a fim de declará-los falidos de direito, pois uma coisa é ser falido e outra é ficar sujeito aos efeitos da falência. Assim, deve-se limitar a decretação da falência aos sócios que possuam a qualidade de empresário. Para os demais, não haveria decretação de suas falências pessoais, mas somente a sujeição, no âmbito patrimonial, aos mesmos efeitos jurídicos produzidos pela sentença em relação à sociedade.<sup>4</sup>

Observe-se que, de uma ou de outra forma, a norma examinada, que não é nova, não cuida exatamente de desconsideração de pessoa falida, mas do alcance, da abrangência da falência posta em relação aos sócios que o sejam de responsabilidade ilimitada.

Quanto aos demais tipos de sociedade, a matéria está regulada no artigo 82 da referida Lei, que disciplina a responsabilidade de tais sócios e administradores. Cuida o dispositivo da responsabilização direta de tais pessoas, em razão do que disposto nas leis específicas de cada tipo, remetendo-se para as normas do Código Civil e da Lei de Sociedades Anônimas. Também nesse ponto não há novidades, não se confundindo sociedade e sócios e, portanto, não se há falar em extensão dos efeitos de sentença falimentar.

#### **4. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA VISTA PELA DOCTRINA E A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA FALÊNCIA**

A extensão dos efeitos da falência tem sido requerida com frequentes equívocos, no curso de processos de falência por credores ou

---

Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 502; COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 205; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Arts. 81 e 82”. In: CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão; CORRÊA Lima, Osmar Brina. (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 521.

<sup>4</sup> CAMPINHO, Sérgio. *Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 202.

por administradores judiciais, no intuito de atingir o patrimônio dos sócios, administradores e de sociedades que fazem parte do mesmo conglomerado, sob o argumento genérico da confusão patrimonial ou do abuso de poder, muitas vezes desprovidos de indicadores corretos da fraude, da lesão, do prejuízo. Na maioria dos requerimentos assim como dos fundamentos de decisões concessivas dos pedidos de extensão de efeitos da falência, a arguição principal tem sido a da desconsideração da personalidade jurídica. Várias tem sido as decisões acolhedoras de tais pedidos que vêm acrescidas, ainda, de equívoco maior, ao se admitir extensão de efeitos da falência como se falência fosse. Assim, inúmeros tem sido os casos de falência sem processo (sem processo próprio), verdadeiro impropério processual.

Com efeito, é preciso lançar luz sobre a questão, ouvindo-se a respeito a doutrina e a jurisprudência.

Na expressão de Gilberto Gomes Bruschi<sup>5</sup>, “por entender que há casos de fraude tão flagrantes que somente poderiam ser desnudadas mercê da pronta aplicação da teoria pelo juízo falimentar” se reconhece a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, mas com a cautela na aplicação da teoria, assegurando-se o amplo exercício do direito de defesa bem como o contraditório. Ainda assim, vê-se, nessa compreensão, um excesso e uma contradição. A falência não pode haver sem processo próprio (o excesso) e desconsideração, em si, não compreende, mas avança com determinados de seus efeitos (contradição).

Em comentário ao artigo 82 da Lei de Falências que se refere à ação de responsabilização dos sócios de responsabilidade limitada, administradores e controladores, Manoel Justino Bezerra Filho admite a existência de casos de responsabilização nos quais o juiz poderá aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica apontando para a inteligência de Konder Comparato: “Quanto a essa possibilidade de aplicação da desconsideração, Comparato (p. 362) aponta a confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada como critério fundamental para a aplicação da teoria da desconsideração, explicando que, sendo a pessoa jurídica nada mais do que uma técnica de separação patrimonial, se o controlador deixa de observar tal separação, não se vê por que os juízes teriam de manter a ficção de

---

<sup>5</sup> BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 122.

que o patrimônio está separado”.<sup>6</sup> O autor chama a atenção para o fato de que a jurisprudência tem admitido a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica nos processos falimentares. Nas circunstâncias, o autor sustenta que essa desconsideração somente poderá abranger efeitos patrimoniais, afinal desconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinante para outra finalidade.

Para Adriana Valéria Pugliesi, a desconsideração da personalidade jurídica, na falência, deverá corresponder à hipótese de ineficácia da separação patrimonial, mas em caráter provisório e excepcional; isto é, mediante prova de fraude ou confusão patrimonial em que haja indevidamente benefício do sócio ou administrador, que não poderá se esconder debaixo da instituição da personalidade jurídica alheia<sup>7</sup>. Acrescenta sobre o tema, Ana Carolina Ceolin, exemplificando com a hipótese de abuso do uso do instituto da desconsideração em diversas especialidades do Direito, com relação ao Direito Falimentar: “Nos casos de decretação de falência da sociedade, outrossim, não se pode, mediante a simples invocação da teoria da desconsideração, pretender estender a condição de falido aos seus sócios. Nesse contexto, é importante lembrar que nem mesmo a falência das sociedades solidárias autoriza a extensão da condição de falido aos seus sócios, porquanto constitui princípio fundamental aquele segundo o qual “a falência da sociedade não importa a dos sócios”, recepcionado pela atual lei falimentar”.<sup>8</sup> E prossegue: “no processo falimentar das sociedades por cotas e por ações, não há que se falar em desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida para efeito de imputar aos seus sócios a responsabilidade patrimonial pelas obrigações sociais inadimplidas”.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo*. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 210-211.

<sup>7</sup> PUGLIESI, Adriana Valéria. “A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida”. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 514-515.

<sup>8</sup> CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 120. Registre-se que quando da redação do livro, ainda estava em vigor o Decreto-Lei nº 7.661/45.

<sup>9</sup> CEOLIN, Ana Caroline Santos, obra citada, p. 121.

No caso de se verificar a prática de atos ilícitos ou atos de abuso de gestão, a autora explica que deverá ser ajuizada ação ordinária para se apurar eventual responsabilidade dos administradores pelo síndico, conforme previsto no artigo 6º do Decreto-lei nº 7.661/45 (lei antiga) e no artigo 82 da lei vigente. Em igual sentido, Márcio Tadeu Guimarães Nunes, aborda a questão sob a ótica da Lei nº 11.101/2005, admitindo a desconsideração da personalidade jurídica nos processos de falência, com desvalorização do princípio da preservação da empresa, consagrado na Nova Lei Falimentar: “[...] não significa a impunidade do sócio/administrador que agiu com excesso/abuso de poder, bem como tenha praticado qualquer ato no largo âmbito de incidência da teoria da desconsideração. Ao contrário, tanto a lei anterior, como a vigente Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 cuidaram de reservar um procedimento próprio para refrear tais condutas”.<sup>10</sup>

Diferenciando a ação de responsabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Carlos Henrique Abrão o faz, assim: “Ressalte-se que não se trata de responsabilidade derivada da desestimação da personalidade jurídica ou de matéria que pudesse ensejar conotação objetiva, mas sim de se exteriorizar procedimento com o fim específico de se buscar dos administradores, gerentes e controladores o aspecto culposo dos atos ruinosos ou prejudiciais que impliquem o ressarcimento, entrando o numerário para o ativo da massa falida”.<sup>11</sup>

Retomando a palavra, Sérgio Campinho aborda a questão da desconsideração da personalidade jurídica como instituto a ser utilizado como exceção, ressaltando-se a existência de previsão legal na lei de falência sobre a ação de responsabilidade, ação própria, portanto: “Temos presenciado em alguns processos de falência, entretanto, a decretação da responsabilidade incidentalmente, nos mesmos autos do processo falimentar, à vista de certas constatações ou informações colhidas em depoimentos. A prática afigura-se-nos eivada de injuridicidade. O artigo 6º exigia e o artigo 82 exige ação própria para aferir-se e tonar-se efetiva a

---

<sup>10</sup> NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 89-90. Também BASTOS, Eduardo Lessa. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 387.

<sup>11</sup> ABRÃO, Carlos Henrique. “Comentários ao artigo 82”. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 239.

responsabilidade, com a observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, princípios constitucionalmente garantidos a qualquer acusado. Muitas dessas decisões vêm formalmente amparadas na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, o que em nada serve para aboná-las. A superação da personalidade jurídica deve ser sempre vista como regra de exceção, na medida em que no Direito pátrio a autonomia da personalidade jurídica é um princípio consagrado, sendo, pois, a regra de direcioná-lo. Sua aplicação não pode desconhecer a especial disposição do artigo 82 da Lei de Recuperação e Falência, reclamando processo de cognição plena, pelo rito ordinário, com observância do contraditório e garantia da ampla defesa”.<sup>12</sup>

Abordando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica de forma sintética, com a finalidade de se averiguar a sua possibilidade de aplicação no processo falimentar, Ecio Perin Júnior manifesta o seu entendimento no seguinte sentido: “No que se refere à nova lei falimentar, cumpre-nos fazer a seguinte reflexão: se existe instrumento próprio em lei especial (Lei 11.101/2005), a aplicação do instituto previsto em lei geral (Código Civil, art. 50) se torna comprometida. Primeiro, por uma questão hermenêutica na interpretação sistemática, vale dizer, a própria lei falimentar, ao prever a ação revocatória para coibir e tornar ineficazes os atos praticados em fraude contra credores da massa falida teriam o condão, em nosso ponto de vista, de excluir a possibilidade do instituto da desconsideração, isto porque atinge o abuso de direito e a fraude. [...] Dessa forma, pode-se afirmar que há uma tendência na jurisprudência em aplicar o instituto da desconsideração também na hipótese da falência, com o que discordamos, pois a exacerbação na aplicação desse instituto pode ocasionar uma enorme insegurança jurídica nas relações empresariais”.<sup>13</sup>

Com relação à teoria da desconsideração da personalidade jurídica ser admitida como meio para se estender os efeitos da falência, Paulo de Carvalho Balbino, defende a seguinte posição: “[...] a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não consiste em elemento imprescindível para a finalidade proposta, uma vez que o implemento da extensão dos efeitos da sentença falimentar se sustenta em pressupostos mais abrangentes, os quais não importam na desconsideração,

<sup>12</sup> CAMPINHO, Sérgio, obra citada, p. 213-214.

<sup>13</sup> PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de Direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006. p. 291-293.

na despersonalização ou na liquidação societária, mas exclusivamente no alcance de bens que se mostrem suficientes para cobrir os prejuízos patrimoniais demandados”.<sup>14</sup>

Também amparado em Konder Comparato, Jorge Lobo, prezando pela supremacia do princípio da preservação da empresa, afirma que: “Com efeito, ensina o Prof. Fábio Konder Comparato, ao comentar o art. 50 do Código Civil, e todos os estudiosos da matéria, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não leva à liquidação ou à despersonalização da pessoa jurídica, mas exclusivamente, à “extensão dos efeitos aos bens particulares do sócio”. Não leva à liquidação, nem à despersonalização, nem à falência ou à extensão dos efeitos jurídicos da falência porque não é este o escopo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois, repita-se, de novo e sempre: o Código Civil, no art. 50, ao admitir “descortinar-se o véu”, busca alcançar e tornar o sócio ou acionista controlador da sociedade falida solidária e ilimitadamente responsável pelo ressarcimento dos prejuízos causados aos credores, coibindo a fraude, em qualquer de suas nefastas formas, e punindo o sócio ou acionista, que praticou ato ilícito ou abusou da personalidade da sociedade, jamais “quebrar” uma sociedade empresária em dia com suas obrigações e dívidas, sob pena de violação do princípio da preservação da empresa, que permeia o moderno Direito Empresarial – em especial, o Direito Falimentar, e foi positivado no art. 47 da LRFE”.<sup>15</sup>

O autor, assim como boa parte da doutrina, não admite extensão de falência ou dos seus efeitos, por ausência de previsão legal. Entende e o faz acertadamente que a extensão dos efeitos da falência para os sócios ou controladores não pode ser fundamentada na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, sem a instauração de ação própria, uma vez que a Lei nº 11.101/2005 cuidou da eventual responsabilidade direta dos sócios de responsabilidade limitada, controladores e administradores, fazendo-o no seu artigo 82, com respaldo ainda nas leis específicas sobre a matéria de responsabilização dos vários tipos societários (Código Civil e Lei de Sociedades Anônimas).

---

<sup>14</sup> BALBINO, Paulo de Carvalho. *A extensão dos Efeitos da Sentença Falimentar: Pressupostos e Aplicação*. 2009. 88f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

<sup>15</sup> LOBO, Jorge, obra citada, p. 157-158.

Destaque-se, ainda, o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho<sup>16</sup>, que reconhece na extensão da falência um mecanismo de responsabilização criado pela jurisprudência e não previsto na lei, dirigido a outras pessoas jurídicas ou naturais, para imputar-lhes responsabilidade pelas obrigações do falido em casos excepcionais e observada a liturgia processual próprias sob pena de sua inconstitucionalidade: “[...] por que alguns juízos falimentares têm se valido de expediente não previsto na lei para alcançar os mesmos objetivos dos meios e institutos nela previstos? A resposta é simples: a extensão da falência tem-se revelado um instrumento mais ágil do que os previstos na lei falimentar para imputar responsabilidade a terceiros por obrigações da falida. Mas é neste apressamento da imputação que reside o insuperável obstáculo à juridicidade da extensão da falência: este mecanismo colide frontal e necessariamente com o princípio constitucional do devido processo legal, do direito à ampla defesa e ao contraditório. Aliás, não poderia a lei mesmo prever a figura da extensão dos efeitos da falência exatamente porque incorreria em flagrante inconstitucionalidade. As decisões judiciais que estendem os efeitos da quebra a terceiros com o objetivo de imputar-lhes obrigações do falido, data vênua, negam vigência a preceito constitucional e não podem, por isso, prevalecer. [...] A falência não é apenas um estado jurídico em que se encontra o empresário ou a sociedade empresária incursa nos seus pressupostos específicos. Corresponde a uma verdadeira chancela econômica, social e moral. O falido não realiza mais negócios com facilidade, tem seriamente abalada sua imagem como pessoa honesta e empreendedora, sofre os constrangimentos morais do fracasso (Cf. Rubens Requião – Curso de direito falimentar. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, vol. 1, pág. 143). Pelos meios legalmente previstos de imputação de responsabilidade do falido a outros sujeitos de direito, não se projetam tais nefastas consequências. Quem deve pagar, paga, sem sofrer, contudo, a pesada pecha de falido – principalmente porque, de acordo com a lei, falido não é e não deveria ser”.

Ainda da doutrina, necessário ouvir a palavra de Maria Tereza Vasconcelos Campos<sup>17</sup>: “A desconsideração tem efeitos meramente patrimo-

<sup>16</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. “Impacto da extensão da falência a outras pessoas”. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 6 fev. 2009. Caderno A, p. 11.

<sup>17</sup> CAMPOS, Maria Tereza Vasconcelos. “Desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos da falência no processo falimentar”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 15, n. 96, jan. 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10975](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10975). Acesso em: 13 ago. 2016.

niais contra o devedor, ao passo que a extensão da falência, além dos efeitos patrimoniais, sujeita o devedor a diversas obrigações de outra natureza, além de diversas restrições de direito, como a de “não se ausentar do lugar da falência”, sem autorização judicial”.

Com efeito, não se confunde extensão de efeitos da falência com declaração de ineficácia de atos praticados pelo devedor falido passíveis de ação revocatória, prevista nos artigos 129 e 130 da Lei nº 11.101/2005, pois se trata nessa caminhada, de medidas de reconstrução do patrimônio ativo do devedor.

A doutrina, como visto, vem de longa caminhada e tem sabido separar a responsabilidade de sócios de sociedades em comandita, na qual há responsabilidade contratada para além dos limites dela própria, independentemente de fraude, e a responsabilidade dos membros do corpo coletivo nas demais, desde que se tenha agido para além do objeto social e com a presença da fraude. É nesse passo que tem aplicação a desconsideração examinada.

Ainda na doutrina, Guilherme Vinseiro Martins, em percuciente trabalho doutrinário, assentou sua dissertação adotando dentre suas conclusões (no âmbito do Superior Tribunal de Justiça) que<sup>18</sup>: “[...] 2) Apesar de não diferenciarem expressamente a desconsideração da extensão dos efeitos a quebra, a maioria dos julgados analisados veiculam a *disregard* como fundamento para estender os efeitos da falência às sociedades agrupadas. 3) Diante da amplitude da extensão dos efeitos da falência, esta é a mais gravosa do que a desconsideração da personalidade jurídica. [...] A desconsideração, por si só, pode ser aplicada no âmbito falimentar também pontualmente, com o fito de arrecadar o patrimônio daqueles que lesaram terceiros, mas em hipóteses em que não se justifica a medida gravosa da extensão (geralmente em caráter acautelatório). 4) A jurisprudência do STJ é uníssona quanto à desnecessidade de ajuizamento de ação autônoma para requerer a extensão dos efeitos da falência, o que pode ser feito incidentalmente no bojo dos autos da execução concursal. Todavia, não o é com relação à necessidade de garantir o contraditório prévio estendido, apesar de a maioria dos julgados consignarem ser possível o exercício do direito de defesa posteriormente à extensão, pela via recursal”.

---

<sup>18</sup> MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Responsabilidade nos grupos societários: Desconsideração da Personalidade Jurídica e Extensão dos efeitos da falência*. 2016. 195f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

A jurisprudência, com efeito, não tem se acautelado em traçar a distinção entre desconconsideração da personalidade jurídica e extensão de efeitos da falência, identificando pelo menos quais os efeitos e sua extensão. Esta confusão de institutos tem feito mal na orientação dos julgados de primeiro grau e, conseqüentemente, à própria advocacia. É grave esse menoscabo dedicado a institutos tão relevantes.

A jurisprudência a respeito do tema não andou pelos mesmos caminhos da doutrina analisada.

Vários são os arestos que não diferenciaram desconconsideração de personalidade jurídica de extensão dos efeitos da falência, inclusive aplicando a teoria da desconconsideração como fundamentação do decidir<sup>19</sup>. Há acórdãos também fundamentados na desconconsideração da personalidade jurídica para o fim de se estender efeitos da falência fundamentando-se na confusão patrimonial, em face de transferência de bens ou desvio patrimonial, com o intuito de prejudicar terceiros.

É possível que, em alguns casos, dentre conhecidos acórdãos, o equívoco não esteja no resultado, no dispositivo final, mas resulta da análise levada a termo que se percebe na contramão do próprio instituto; julgados há onde, nem sempre terá sido cuidadoso o julgador, confundindo institutos que não se confundem e a tudo tratando como se fosse o caso de desconconsideração da personalidade jurídica, transformando-o numa espécie de pomada maravilha, unguento que curaria quaisquer males e portanto mais agrava a situação do paciente e de seus interessados próximos.

## 6. CONCLUSÃO

A boa contribuição advinda da doutrina merece ser realçada. Numa síntese do caminho percorrido se recolhe a título de conclusão, o seguinte:

– A falência de sócios de responsabilidade ilimitada como resultado natural da falência da própria sociedade é conclusão lógica, nada contém de novo.

– A responsabilização de administradores ou sócios que tenham praticado fraude também dispensa maiores perquirições. Afinal, a

<sup>19</sup> Os julgamentos dos REsp 1.125.767/SP (referente à extensão dos efeitos da falência da sociedade Petroforte Brasileiro de Petróleo Ltda.) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça). E no mesmo caso o REsp nº 1.259.018/SP, o REsp nº 1.266.666/SP (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça). Ainda sobre o tema: REsp 228.357 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça).

fraude é o não direito e, portanto, com ela não se compadece o Direito. Onde cabível, na devolução e recomposição do patrimônio do devedor falido, para o serviço se tem as tradicionalíssimas ações revocatórias que compõem o ordenamento jurídico desde sempre.

– O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com regras próprias de acordo com o que contém o Código de Processo Civil, só tem cabida mediante a presença da fraude e obedecido o devido processo legal com direito de defesa.

– Relevante, nesse conjunto, é a constatação de que, em qualquer caso, ataca-se a fraude, cirurgicamente, não se podendo confundir desconsideração com despersonalização. A aceitação da pessoa jurídica como Sujeito de Direito é uma conquista da Humanidade e não pode ser simplesmente destruída. Não se tivesse admitido, como sujeito, a pessoa jurídica, a Humanidade ainda estaria perdida nalguma estação da Idade Média.

– Em síntese e em suma, só pode haver falência onde houver ação de falência, tendo como destinatário da ação proposta um empresário ou uma sociedade empresária. Ao contrário, efeitos da falência alcançando universo de terceiro (outra esfera jurídica) há de ser um incidente; desconstituidor de uma fraude, mas não implica na falência daquele que alcançado pelo incidente.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. “Comentários ao artigo 82”. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BALBINO, Paulo de Carvalho. *A extensão dos Efeitos da Sentença Falimentar: Pressupostos e Aplicação*. 2009. 88f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências: decisões, ofícios judiciais, resoluções, sentenças, acórdãos, dentre outros documentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo*. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%E7ao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao_Compilado.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.
- BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 20 jun. 2016.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília 16 março 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 07 abr. 2016.
- BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 1º jan. 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.
- BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 dez. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.293.636/GO. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – Terceira Turma. j. 19 ago. 2014. *DJe*, 08 set. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 228.357. Relator: Ministro Castro Filho – Terceira Turma. j. 09 dez. 2003. *DJe*, 02 fev. 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 63.652/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro – Quarta Turma. j. 13 jun. 2000. *DJe*, 21 ago. 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 211619/SP. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro – Terceira Turma. j. 16 fev. 2001. *DJU*, 23 abr. 2001.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: O novo regime da insolvência empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAMPOS, Maria Tereza Vasconcelos. “Desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos da falência no processo falimentar”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 15, n. 96, jan. 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10975](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10975). Acesso em: 13 ago. 2016.

- CEOLIN, Ana Carolina. *Abusos da Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação Judicial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Fabio Ulhoa. “Impacto da extensão da falência a outras pessoas”. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 6 fev. 2009. Caderno A.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CORRÊA LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LOBO, Jorge. “A extensão dos Efeitos da Falência de sociedade controlada à controladora”. *Jornal Gazeta Mercantil*, São Paulo, 23, 24 e 25 set. 2008. Coluna Opinião.
- LOBO, Jorge. “Extensão da Falência por Abuso de Controle”. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco E. (Coord.). *Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- MARTINS, Guilherme Vinseiro. *Responsabilidade nos grupos societários: Desconsideração da Personalidade Jurídica e Extensão dos efeitos da falência*. 2016. 195f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.
- NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PERIN JUNIOR, Ecio. *Curso de Direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.
- PUGLIESI, Adriana Valéria. “A responsabilidade patrimonial do falido, a extensão dos efeitos da falência e a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida”. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.). *Dez Anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência*. São Paulo: Almedina, 2015.
- SILVA, José Anchieta da. “A Pessoa Jurídica, a Falência e a *Disregard Doctrine*”. In: SILVA, José Anchieta da. *Palavra de Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- SILVA, José Anchieta da. “O Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil”. In: SILVA, José Anchieta da (Org.). *O novo processo civil*. São Paulo: Lex Editora, 2012.
- SILVA, Valesca Camargos. *A Extensão dos efeitos da falência nos grupos de sociedade*. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6000db4c19f0ab15](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6000db4c19f0ab15). Acesso em: 15 set. 2016.

# ARBITRAGEM – INSTITUTO EM EVOLUÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Maria Fernanda de Oliveira Larciprete

Com aplicação já difundida em algumas esferas do direito, a arbitragem é instituto jurídico disciplinado originalmente pela Lei nº 9.307/1996, que tem se destacado como efetivo mecanismo de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis<sup>1</sup>.

Mesmo antes de promulgada a Lei nº 9.307, em 23 de setembro de 1996, a Constituição da República de 1988 já indicava o instituto da arbitragem como meio válido de solução de dissídios coletivos, atribuídos à competência de julgamento da Justiça do Trabalho<sup>2</sup>.

Não obstante a previsão constitucional, devido a lacunas legais e a entendimentos enraizados em contexto social do passado, o instituto da arbitragem teve inexpressível aplicação no âmbito do Direito do Trabalho, muito embora adotado em larga escala no direito empresarial, com importantes resultados de eficácia.

<sup>1</sup> Lei nº 9.307/1996:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

<sup>2</sup> Constituição:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

Os princípios nucleares do Direito do Trabalho, sobre os quais foi organizada a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, no ano de 1943, constituíram fortes barreiras à aplicação da arbitragem na esfera trabalhista, especialmente em relação aos dissídios individuais.

Aspectos subjetivos e objetivos da arbitragem foram invocados pelos militantes do Direito do Trabalho como óbices à aplicação do instituto arbitral nas relações de trabalho, individuais ou coletivas.

Dentre os impedimentos de ordem subjetiva, sustentou-se que, no âmbito da relação empregatícia, devido à condição de hipossuficiência, não se poderia atribuir ao trabalhador a capacidade de contratar, que constitui requisito para instituição de arbitragem.

No aspecto objetivo, suscitou-se a indisponibilidade dos direitos trabalhistas como condição absoluta, impeditiva de qualquer transação ou de exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário.

Durante muitos anos discussões jurídicas múltiplas foram travadas quanto à aplicabilidade da arbitragem às relações trabalhistas, prevalecendo, invariavelmente, o entendimento de incompatibilidade entre o instituto arbitral e o Direito do Trabalho.

No ano de 2013, o Senado da República, constituiu uma comissão de juristas encarregada de elaborar texto de reforma da Lei nº 9.307/1996, sendo um dos seus enfoques ampliar a aplicação do instituto da arbitragem inclusive em relação aos conflitos decorrentes das relações de trabalho. Presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, a comissão de juristas encarregada, à época, de apresentar propostas de ampliação do instituto da arbitragem, declinou entendimento predominante contrário ou, no mínimo, bastante restritivo, em relação à utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos trabalhistas. Enfim, dentre os entendimentos manifestados<sup>3</sup> pelos juristas da comissão, muitos se revelaram radicalmente contra a utilização da arbitragem na esfera trabalhista, considerando o instituto arbitral incompatível com o direito do trabalho<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico (ARBITRAGEM trabalhista divide opiniões no TST. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 14 set 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-set-14/arbitragem-contrato-trabalho-divide-opinioes-ministros-tst>. Acesso em: 02 de maio 2020).

<sup>4</sup> Cita-se posições externadas à Revista Consultor Jurídico, referência citada: “Não tenho a menor dúvida de que a arbitragem não tem campo no Direito do Trabalho. É acabar com a relação de trabalho, porque é uma relação assimétrica” (Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho).

Outros juristas da comissão chegaram a admitir a aplicação da arbitragem na esfera trabalhista, porém, mediante diferentes critérios restritivos, como se manifestaram os ministros Lélío Bentes Corrêa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e Dias Toffoli, no âmbito do Supremo Tribunal Federal: “A arbitragem é válida para os conflitos coletivos de trabalho, não na esfera individual. Tratando de conflitos coletivos, em que os trabalhadores são representados por sindicatos, por associações devidamente organizadas, é possível eleger um árbitro para decidir sobre reivindicações que estão acima da lei. No que diz respeito a direitos individuais fixados em lei, especialmente aqueles constitucionalmente consagrados, não há espaço para a ingerência de um particular. Nesse caso, é necessário que o Estado esteja presente pela Justiça do Trabalho, pelo juiz do Trabalho, para dirimir o conflito e outorgar a proteção necessária aos direitos do trabalhador”.<sup>5</sup> “No caso da Lei de Falências estabelecemos um limite acima do qual as verbas salariais não têm preferência entre os demais credores. (...) A arbitragem no Direito do Trabalho também somente deveria ser admitida acima de um limite de salário determinado em lei”.<sup>6</sup>

Não obstante a prevalência dos entendimentos que obstaculizavam ou restringiam a aplicação do instituto da arbitragem às relações trabalhistas, alguns posicionamentos manifestados à época já revelavam tendência diferente. Os Ministros Ives Gandra Martins Filho e Guilherme Caputo Bastos defenderam a arbitragem como método válido para solução de conflitos trabalhistas, enfatizando a importância do instituto, inclusive, como mecanismo capaz de aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, confira-se: “O Estado tem monopólio do uso da força, mas

---

“Há na Justiça do Trabalho um arcabouço de proteção ao trabalhador que é a parte mais fraca, que exige a participação do advogado, do sindicato. A arbitragem pressupõe igualdade e não temos isso numa relação trabalhista” (Ministro Hugo Carlos Scheuermann).

“Sou contrário à arbitragem em dissídios individuais. Acredito em outros meios de conciliação, mas não concordo com a atuação de um terceiro, mesmo que tenha sido escolhido pelas partes” (Ministro Waldir Oliveira da Costa).

“O instituto da arbitragem, na forma preconizada no Brasil, é aplicável a outros campos normativos, como Direito Empresarial, Civil e Internacional, mostrando-se inadequado e ineficaz para o âmbito das relações de trabalho” (Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes).

<sup>5</sup> Posição do Ministro Lélío Bentes Corrêa, externada à Revista Consultor Jurídico, referência citada.

<sup>6</sup> Posição do Ministro Dias Toffoli, externada à Revista Consultor Jurídico, referência citada.

não de decidir o que é justo. (...) Que tipo de Judiciário quero? Uma República de bacharéis, com litigiosidade da ordem de uma ação a cada três brasileiros? Isso supõe peso para o bolso do contribuinte. Se eu admito composições de conflitos de formas alternativas, faço com que Justiça seja mais rápida e eficiente”.<sup>7</sup> “Há mais de 10 anos defendo a possibilidade de se praticar arbitragem no Direito do Trabalho. As pessoas entendem não caber pelo fato que direitos trabalhistas são considerados indisponíveis, e a Lei de Arbitragem diz se aplicar apenas a disponíveis. Mas a lei diz que o juiz do primeiro grau pode fazer uma proposta de conciliação e, se as partes aceitarem, ele pode homologar o acordo. Isso também é uma proposta alternativa, uma composição”.<sup>8</sup>

Como se vê, não havia consenso entre os membros da comissão de juristas quanto à aplicação da arbitragem na esfera do Direito do Trabalho, sendo que a maioria dos entendimentos sinalizava alguma razão impeditiva ou restritiva para utilização do instituto arbitral.

Depois de muito debate entre os juristas da comissão formada para propor a alteração da Lei de Arbitragem, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, pelo Senado, projeto de lei<sup>9</sup> que, no tocante à aplicação da arbitragem para direitos trabalhistas, propôs a inclusão do seguinte parágrafo ao art. 4º da Lei nº 9.307/1996 transcreve-se: “§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição”.

Entretanto, o referido dispositivo – único de natureza trabalhista contido no projeto de lei em questão – foi objeto de proposta de veto pelo Ministério do Trabalho e Emprego, acatado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que o texto proposto “acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista”, o que colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam ser submetidos ao processo arbitral. Ressalvado este e outros dois vetos, referentes à

---

<sup>7</sup> Posição do Ministro Ives Gandra Martins Filho, externada à Revista Consultor Jurídico, referência citada.

<sup>8</sup> Posição do Ministro Guilherme Caputo Bastos, externada à Revista Consultor Jurídico, referência citada.

<sup>9</sup> Projeto de Lei do Senado nº 406/2013 convertido na Câmara dos Deputados a PL 7108/2014.

arbitragem nas relações de consumo, o projeto foi sancionado e, em 26 de maio de 2015, foi convertido em lei (Lei nº 13.129/2015).

Desta feita, o projeto que tinha potencial de ampliar a aplicação da arbitragem aos contratos de trabalho, neste tocante, morreu antes mesmo de nascer como lei para o ordenamento jurídico. A legislação, então, voltou a conviver com a profunda lacuna quanto à aplicação da arbitragem na esfera trabalhista, especialmente em face de relações individuais de trabalho.

Finalmente, em 13 de julho de 2017, com o advento da Lei nº 13.467, conhecida como lei da reforma trabalhista, a legislação trouxe dispositivo objetivo quanto à aplicação da arbitragem aos contratos individuais de trabalho. Trata-se do art. 507-A: “Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

O citado dispositivo legal, ao permitir a arbitragem para contratos individuais trabalhistas trouxe inovação que levantou debates jurídicos quanto à compatibilidade dos princípios nucleares trabalhistas com o instituto arbitral.

Não obstante autorizada por lei a utilização da arbitragem para contratos individuais trabalhistas – observados os parâmetros<sup>10</sup> do referido art. 507-A –, o instituto arbitral não teve ainda aplicabilidade ampla e difundida no âmbito do Direito do Trabalho, por enfrentar resistência dos que entendem que a arbitragem é instituto incompatível com a natureza indisponível dos direitos trabalhistas, valorizando o velho estigma da hipossuficiência do empregado ante seu empregador.

Todavia, os entendimentos que oferecem barreiras de resistência à aplicação da arbitragem na esfera trabalhista – individual ou coletiva – tendem a se enfraquecer, pois não apresentam razões coerentes com a atual realidade de muitas relações jurídicas sujeitas ao Direito do Trabalho.

A vulnerabilidade do trabalhador e sua presumida condição de hipossuficiente em relação ao empregador, são elementos que atraem o princípio trabalhista da proteção do empregado, o qual, recorrentemente, afasta o instituto da arbitragem como mecanismo apto a dirimir conflitos individuais trabalhistas.

<sup>10</sup> Salário superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social e iniciativa do empregado ou sua concordância expressa com a cláusula compromissória de arbitragem.

Não há dúvida da importância singular histórica do princípio da proteção como elemento de equilíbrio na aplicação do Direito do Trabalho, entre empregador e empregado (enfim, um de seus pilares). Sua previsão está inserida na legislação trabalhista, desde a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada no ano de 1943. Passados mais de setenta anos, seguindo a perspectiva natural de evolução da sociedade, as relações de trabalho evoluíram com notoriedade e passaram a existir em um contexto social completamente diferente daquele em que nasceu o princípio da proteção. Não se está a indicar que o princípio da proteção perdeu seu lugar no direito do trabalho, mas que, em decorrência da transformação da realidade das relações de emprego, merece ser aplicado em dose certa.

Nos tempos atuais, não são raras as relações de emprego em que profissionais de alto gabarito e instrução ocupam a posição de empregado. Tais profissionais possuem grande margem de autonomia e poder, mitigando o vínculo de dependência econômica em relação ao seu empregador, a ponto de torná-lo, em alguns casos, inexistente. Referidos empregados não preenchem condição de vulnerabilidade a justificar proteção maior do Estado no julgamento dos seus direitos. O princípio da proteção não mais merece ser oponível, irrestritamente aos empregadores em toda e qualquer relação de emprego, mas apenas, àquelas contra as quais se evidenciarem desequilíbrio desvantajoso, desfavorável para o empregado, em razão de vantagem econômica para o empregador. Quando tal vantagem, entretanto, não mais se revele presente, não há falar-se em desequilíbrio a ensejar proteção do empregado<sup>11</sup>, sendo perfeitamente admissível e por vezes, necessária a arbitragem.

Em consonância com esse raciocínio, de evolução do contexto social e da posição do trabalhador na relação de emprego, a Lei nº 13.467/2017, que alterou substancialmente a Consolidação das Leis do Trabalho<sup>12</sup>, conferiu autonomia de negociação ao empregado que

---

<sup>11</sup> “(...) nem sempre o empregado estará em situação de vulnerabilidade diante de seu empregador” (ROQUE, André Vasconcelos. A Arbitragem de Dissídios Individuais após a Reforma Trabalhista: Limites e Possibilidades. In: TUPINAMBÁ, Carolina. *Soluções de Conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos*. São Paulo: LTr, 2018, p. 333).

<sup>12</sup> Art. 444 – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou

não preencha condição de hipossuficiência, relativizando a aplicação do princípio da proteção.

Aos empregados que não preencherem condição de vulnerabilidade de ensejar proteção, a Lei nº 13.467/2017 determina que conferir-se-á autonomia para livre estipulação e negociação de seus direitos, inclusive, por meio de arbitragem, mediante cláusula compromissória com expressa concordância do empregado<sup>13</sup>.

Portanto, na dosagem que o legislador entendeu proporcional e razoável, restou definida, mediante critérios objetivos, a característica do empregado cujos direitos pecuniários decorrentes de vínculo empregatício poderão ser objeto de arbitragem, se assim desejarem as partes envolvidas na relação, sem vício de vontade.

Quanto aos direitos que se sujeitarão à arbitragem, há quem levante a sua natureza indisponível como aspecto objetivo impeditivo de transação e de utilização do instituto arbitral. Segundo esta parcela da doutrina, os direitos trabalhistas, em geral, não estariam compreendidos no conceito de disponibilidade previsto no art. 1º da Lei nº 9.307/96, em razão da natureza indisponível definida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)<sup>14</sup>. De se convir que se trata de visão excessivamente conservadora.

A referida tese (ou posição) perde por completo sua sustentação na medida em que se verifica quantidade expressiva de acordos homologados diariamente pela Justiça do Trabalho, nos quais o empregado negocia direitos trabalhistas, transacionando parcelas às quais teria direito, fazendo-o sob a chancela do Estado. Tal fato evidencia que a indisponibilidade do direito trabalhista não seria absoluta, pois o próprio Estado admite a negociação desses direitos. E não poderia ser diferente, pois

---

superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

<sup>13</sup> Art. 507-A, CLT.

<sup>14</sup> Art. 9º – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. Art. 444 – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

a legislação trabalhista, em diversas passagens do texto consolidado<sup>15</sup>, prestigia a conciliação como meio de solução do conflito. A conciliação pressupõe afinal, margem de disponibilidade dos direitos trabalhistas, abrindo espaço inequívoco, assim, para a arbitragem.

Sobre a indisponibilidade do direito trabalhista, entende-se que esta não é absoluta, pois, de fato, o empregado não pode renunciar ao direito em si, mas sem dúvida, pode negociar sua repercussão patrimonial. Neste sentido, ensina André Vasconcelos Roque<sup>16</sup>: “Embora a CLT estabeleça a sua irrenunciabilidade pelo empregado, seus efeitos ou consequências de ordem patrimonial são suscetíveis de apreciação econômica e plenamente disponíveis. (...) Trata-se, guardadas as devidas proporções, de fenômeno bastante semelhante ao que ocorre com os direitos da personalidade em geral. Ainda que os direitos a vida, a liberdade, ao nome, a honra ou a intimidade sejam indisponíveis em si mesmos, sendo considerados atributos essenciais ao ser humano, uma eventual indenização por danos morais em decorrência de sua violação constitui direito plenamente disponível, sendo admitida a sua apreciação pela via arbitral”.

Não obstante a existência de direitos de caráter extrapatrimonial não suscetíveis de solução pela via arbitral, como, por exemplo, as questões atinentes à segurança e medicina do trabalho, as repercussões econômicas destes direitos não são alcançadas pela indisponibilidade em caráter absoluto, podendo o interesse patrimonial ser objeto de transação por seu titular.

A própria Constituição da República admite a flexibilização de direitos trabalhistas, admitindo-se, em determinadas hipóteses, a redução de salários (art. 7º, VI) e alterações de jornada de trabalho (art. 7º, XIII), em demonstração da natureza não absoluta da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Com efeito, não se pode confundir a irrenunciabilidade de direito trabalhista, decorrente de norma de ordem pública, com a inviabilidade de transação de direitos que possuem nítido caráter econômico-patrimonial. Não se pode olvidar, ainda, que, nem toda norma de ordem pública acarreta indisponibilidade do direito.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação. Art. 831. A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

Art. 846. Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

<sup>16</sup> Obra citada, p. 337.

<sup>17</sup> ROQUE, André Vasconcelos, obra citada, p. 340.

Não obstante as divergências jurídicas travadas e os movimentos de resistência contra a aplicação da arbitragem no direito do trabalho, estes, gradualmente, tendem a ser enfraquecidos, pois o instituto arbitral se encontra hoje inserido na Consolidação das Leis do Trabalho, como meio de resolução de conflitos individuais determinados, tendo potencial de gerar resultados seguros e eficazes, quanto àqueles experimentados em outras esferas jurídicas submetidas à arbitragem há mais tempo.

Diversas câmaras arbitrais, em todo país, já se encontram estruturadas e aptas para dirimir conflitos de natureza trabalhista, oferecendo soluções céleres e seguras às relações de trabalho, sem a necessidade de judicialização.

Assim e então, a arbitragem, como recente realidade do Direito do Trabalho, conquistou legítimo espaço na esfera do Direito laboral, sendo provável e promissora a tendência de sua evolução, como eficaz mecanismo na resolução de conflitos de contratos individuais de trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANUÁRIO DA JUSTIÇA DO TRABALHO 2013: O Trabalho em transformação. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo: Conjur Editorial, 2013 – ISSN 2238995-4.

ARBITRAGEM trabalhista divide opiniões no TST. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 set 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-14/arbitragem-contrato-trabalho-divide-opinioes-ministros-tst>. Acesso em: 02 maio 2020.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm) Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452*, de 1º maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.467*, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm). Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.129*, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm). Acesso em: 29 maio 2020.

CALHEIROS, Renan. *Projeto de Lei do Senado nº 406*, de 2013. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>. Acesso em: 29 maio 2020.

CALHEIROS, Renan. *Projeto de Lei nº 7.108*, de 2014. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030>. Acesso em: 29 maio 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário a Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

ROQUE, André Vasconcelos. A Arbitragem de Dissídios Individuais após a Reforma Trabalhista: Limites e Possibilidades. In: TUPINAMBÁ, Carolina. *Soluções de Conflitos Trabalhistas: Novos Caminhos*. São Paulo: LTr, 2018.

# ALTERAÇÕES HAVIDAS NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB (DECRETO-LEI Nº 4.657/42)

Bruno Barros de Oliveira Gondim

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Abordagem dos temas artigo por artigo. 2.1. O artigo 20 da Lei. 2.2. O artigo 21 da Lei. 2.3. O artigo 22 da Lei. 2.4. O artigo 23 da Lei. 2.5. O artigo 24 da Lei. 2.6. O artigo 26 da Lei. 2.7. O artigo 27 da Lei. 2.8. O artigo 28 da Lei. 2.9. O artigo 29 da Lei. 2.10. O artigo 30 da Lei. 3. Em conclusão. 4. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 e o extenso conjunto de atos normativos que sobrevieram (leis, decretos e regulamentos) conferiram maior densidade aos institutos do Direito Público. Todavia, faltava uma norma uniformizadora dos preceitos gerais desse importante ramo do Direito. O Direito Público se ressentia de uma moderna Lei de Introdução ao seu ordenamento.

O Senador Antônio Anastasia (PSDB-MG) apresentou, no Senado, o Projeto de Lei nº 349/2015, com a finalidade de acrescentar artigos ao Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (a antiga Lei de Introdução ao Código Civil). Tal mudança foi provocada pela percepção de que a hermenêutica não poderia ser considerada como assunto exclusivo do Direito Privado<sup>1</sup>, necessitava abranger também o Direito Público, nela ainda não tratada adequadamente.

Registre-se que o Projeto de Lei em questão tem *pedigree* acadêmico: decorre de sugestão advinda de Carlos Ari Sunfeld (FGV-SP) e de Floriano de Azevedo Marques Neto (USP)<sup>2</sup>. A intenção era a de inserir onze novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consagrando-se um conjunto de normas de Direito Público, de exegese jus publicística.

A orientação geral do Projeto de Lei era trazer mais segurança jurídica e eficiência na aplicação do Direito Público. O trabalho se revelou orientador na solução de problema atualíssimo do Brasil quanto à incapacidade do Estado de gerar confiança nas pessoas, nas empresas e em todos os setores. Todos reconhecem que o Direito Público não funciona como deve, afetando a qualidade da atividade administrativa e de seu controle: a administração pública é dotada de poderes (vários), mas nem sempre tais prerrogativas são manejadas com o devido cuidado.

O objetivo da proposta tinha ainda como finalidade o melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil, nos vários níveis da Federação, através de normas gerais sobre criação, interpretação e aplicação do Direito Público. A sugestão de artigos, em suma, pretendia incluir na LINDB as melhores práticas do Direito Público contemporâneo como poderoso instrumento no aperfeiçoamento da segurança e da certeza jurídicas. Não era pouca e nem pequena a pretensão.

---

<sup>1</sup> Antes de prosseguir, importante revelar a reflexão sobre a impropriedade técnica de se falar em introdução às normas. Na hermenêutica mais rigorosa não se confundem os textos normativos dos quais se extraem a norma jurídica, com a norma em si. A norma isolada representa o produto dessa interpretação jurídica que se pratica a partir do próprio texto normativo. Logo, a expressão *lei de introdução às normas* não deixa de soar estranha na hermenêutica jurídica.

<sup>2</sup> Os referidos professores propuseram medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública, assim: “(i) o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas; (ii) a relativa incerteza, inerente ao direito, quanto ao verdadeiro conteúdo da norma; (iii) a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas; (iv) a dificuldade de o poder público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigações por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas; (v) a instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle; (vi) os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controle venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); (vii) o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública” (SUNDFELD; MARQUES NETO, p. 278).

Depois de quase três anos de tramitação, o Projeto de Lei aprovado foi à sanção do Presidente da República, dando corpo à Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, inserindo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro os artigos 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29 e 30, vetado o artigo 25.

## 2. A ABORDAGEM DO TEMA ARTIGO POR ARTIGO

Por disciplina metodológica praticar-se-á a abordagem fazendo-a dispositivo por dispositivo (artigo 20 ao artigo 30, com a exclusão do artigo 25 em função do veto recebido). A transcrição do artigo visitado é encontrada no rodapé.

### 2.1 O artigo 20 da Lei

O artigo 20 da LINDB pretende reduzir a indeterminação das decisões estatais que, em sua grande maioria, se contentam com a invocação de princípios abstratos. Os atos de Estado não podem prescindir de uma motivação adequada, considerando os efeitos da decisão no caso concreto. A autoridade precisa fundamentar as razões de suas escolhas<sup>3</sup>.

A referida norma tem por destinatárias as decisões judiciais, administrativas e controladoras (Tribunais de Contas) que se baseiem em valores jurídicos abstratos. Hoje cada vez mais se reconhece que os princípios podem ter força normativa, portanto, é razoável exigir de juízes, burocratas e controladores que haja ponderação, atenta às consequências práticas da decisão e, portanto, é necessário que se considere possíveis alternativas.

Com efeito, a decisão correta não quer dizer outra coisa senão decisão que tenha considerado as particularidades do caso concreto, mediante motivação clara com a exposição dos fundamentos de fato e de direito (das circunstâncias), entre os quais se impõe exame dos elementos relevantes, permitindo avaliar a adequação da decisão.

<sup>3</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

No âmbito da motivação, deve-se apresentar um relato das ponderações no processo e a sua respectiva fundamentação técnica suficiente. Este normativo traz para o plano da realidade o valor do devido processo legal.

O parágrafo único da norma impõe seja demonstrada a necessidade da medida, tendo em vista as possíveis alternativas [na sua expressão final]. É dizer, a motivação precisa avaliar cada solução adotada no plano da realidade, inclusive para se evitar a consumação de danos muitas vezes irreparáveis.

## 2.2 O artigo 21 da Lei

Se o artigo 20 compreende avaliação das circunstâncias, o artigo 21 determina que a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar as suas consequências<sup>4</sup>.

Registre-se que consequências não são palpites aleatórios da autoridade, mas verificação de fato e de direito que serão alcançados porque certos e prováveis e não apenas plausíveis; os imediatos e os imediatamente futuros; sua base lógica ou empírica de evidenciação<sup>5</sup>. As consequências jurídicas estão associadas à interpretação ou aplicação do Direito posto.

Não sendo possível indicar todas as consequências da decisão, as mais importantes deverão ser evidenciadas, em termos econômicos, políticos, administrativos e sociais. A decisão deverá indicar as consequências relevantes, evitando-se, como preconiza o parágrafo único, que não sejam impostos aos sujeitos ônus ou perdas anormais ou excessivos, buscando o ato decisório que a regularização seja realizada de maneira proporcional e equânime.

Entende-se por proporcional a decisão menos restritiva diante de outras aptas a produzir resultados semelhantes. Entende-se por equânime a

---

<sup>4</sup> Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

<sup>5</sup> MENDONÇA, p. 58.

decisão que realiza uma distribuição equivalente de cargas, afinal não se pode imputar a alguém todo o custo do erro, sem justificativa plausível.

Com o parágrafo único se pretende justamente evitar que a pretexto de se corrigir uma ilegalidade outra maior e mais grave se cometa. O normativo deve ter se inspirado, é possível, no comportamento que tem sido adotado pelas cortes judiciais superiores mitigando ou modulando vários de seus julgados determinando-lhes a restrita aplicação temporal.

Noutro plano, a regra, intrinsecamente, de certo modo sugere a realização das audiências públicas num encontro saudável da autoridade com o cidadão de modo a conhecer os impactos daquilo que está por decidir e fazendo-se presente uma democratização dos processos.

### 2.3 O artigo 22 da Lei

O artigo<sup>6</sup> consagra o “primado da realidade” no Direito Público, na medida em que exige uma espécie de empatia com o gestor público e suas dificuldades. Se o controlador se coloca na posição de tomar ou substituir decisões administrativas é preciso que enfrente também o ônus da decisão a ser tomada.

O *caput* e o parágrafo primeiro devem ser lidos conjuntamente (exigem contextualização no manejo das normas de Direito Público, tratando de interpretação e de controle, atentos às circunstâncias do caso).

O texto do *caput* na expressão de obstáculos, de dificuldades reais e de exigências das políticas públicas contém exortação à responsabilidade do gestor público. Nas palavras de Eduardo Jordão “(...) as políticas públicas a seu cargo devem, assim, ser implementadas

<sup>6</sup> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

considerando os obstáculos e dificuldades reais a que está submetido: dificuldades orçamentarias, de pessoal, etc. Não se admitem ações impensadas, populistas, que tenham efeitos maléficos de longo prazo na implementação das políticas”<sup>7</sup>.

O gestor público deverá apresentar à sociedade e aos controles externos o contexto em que terá tomado a decisão, considerando-se os obstáculos, as dificuldades reais e as exigências das políticas públicas que contidas na motivação dos atos administrativos. A norma em questão reconhece que os diversos órgãos da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas: a realidade do gestor da União lotado em Brasília é distinta da realidade de remoto município incrustado na selva amazônica ou nos pampas gaúchos.

Valoriza-se a razoabilidade da administração pública tão comum em países estrangeiros<sup>8</sup>.

O regime de sanções, previstas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 22, não constavam do projeto original e foram inseridas pela relatora senadora Simone Tebet, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e orienta o aplicador no sopesamento e na ponderação de penas aplicáveis.

Aponta-se para a exigência de explicitação de critérios para a dosimetria de sanções, de extraordinária utilidade, no Direito Administrativo Sancionador. Os referidos dispositivos exigem aplicação da lógica da contextualização das sanções; considerando-se os danos para a administração, as agravantes, as atenuantes, os antecedentes do agente e outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

---

<sup>7</sup> JORDÃO, p. 100.

<sup>8</sup> À guisa de exemplo, se tem a doutrina Chevron, do Direito estadunidense. Aliás, trata-se de um dos mais citados precedentes do Direito Público dos Estados Unidos. Transcreve-se trecho mais conhecido do precedente: “First, always, is the question wheter Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intente of Congress is clear, that is the endo f the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the Court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the Court does not simply impose its own construction on the statue...rather, if the statute is silente or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute” (Chevron U.S.A v. NRDC, 467 U.S 837, 842-843 [1984]).

As circunstâncias virão expressas na motivação do ato sancionador, dando-se efetividade ao comando normativo.

#### 2.4 O artigo 23 da Lei

O artigo contempla regra geral<sup>9</sup> no âmbito do poder extroverso estatal que inove na interpretação ou na orientação sobre outra norma vigorante de conteúdo indeterminado.

Decisão inovadora há de ser aquela que de alguma maneira vá em sentido diverso ou de decisões anteriores ou que inaugura interpretação ou delimitação que antes inexistia. Quanto à decisão que interpreta outra norma de conteúdo indeterminado, o seu objetivo se define pela hermenêutica de outra norma, essa, construída sobre conteúdo indeterminado (isto é, aquelas que, para o processo de extração de conteúdo normativo demandarem o preenchimento de conteúdo subjetivo pelo intérprete)<sup>10</sup>.

Avançando ainda sobre o conteúdo do artigo, nele se prevê a possibilidade de regime de transição. Aqui se tem, mais uma vez, certa recomendação legal daquela já mencionada mitigação ou modulação<sup>11</sup>.

Toda transição deve ser feita de modo proporcional. O legislador determina que os efeitos possam ser sentidos de modo ponderado, com intensidade modulada. A equanimidade compreenderá distribuição dos efeitos de modo não idênticos, aderentes à capacidade de absorção entre os alcançados. A preservação dos interesses gerais ao que tudo indica demarca interesses mais amplos, da coletividade em oposição a interesses específicos.

<sup>9</sup> Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

<sup>10</sup> MARQUES NETO, p. 103-106.

<sup>11</sup> É matéria regulada na Lei nº 9.868/99:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

De igual maneira, o Código de Processo Civil em seu artigo 525, parágrafo 12º e 13º.

## 2.5 O artigo 24 da Lei

O artigo<sup>12</sup> em referência segue mesma diretriz do artigo 21, que busca a preservação das decisões administrativas como meio de assegurar a estabilização das relações jurídicas e, por consequência, sua segurança

Pontes de Miranda já asseverava que “com antipatia não se interpreta, ataca-se”. Trata-se de referência à tarefa de interpretar a Lei e o Direito para sua fiel aplicação, devendo, assim, o intérprete avaliar “de ânimo desarmado” as situações concretas submetidas à sua cognição<sup>13</sup>.

Na administração pública, a tarefa de interpretar o Direito se transformou numa espécie de profissão de fé, como assevera Luciano Ferraz. Nem mesmo a existência de relevantes posições doutrinárias e tendências jurisprudenciais são suficientes para garantir que as interpretações realizadas pelos gestores públicos estejam imunes à sua discussão<sup>14</sup>.

A nova lei determinou que o entendimento sobre a correta interpretação do Direito vigente pode mudar, mas eventual nova leitura não poderá ser usada como referência para anular decisões já consolidadas.

Pode-se dizer que na previsão desse dispositivo está implícito a conhecida regra geral da irretroatividade da norma. Inclusive está incorporada no próprio artigo 6º da LINDB: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. É norma incorporadora desse princípio que não foi revogado.

Aplicar-se nova leitura sobre o Direito a situações consolidadas seria uma violação à irretroatividade. O artigo, assegurador da segurança jurídica, não se limita apenas à lei em sentido formal, se estendendo a atos, a contratos, a ajustes, a processos ou normas administrativas.

---

<sup>12</sup> Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

<sup>13</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, Tomo I, p. 5.

<sup>14</sup> Confira-se texto de Luciano Ferraz: <https://www.conjur.com.br/2018-out-18/interesse-publico-lindb-reafirma-brocardo-tempus-regit-actum#author>

A norma desse artigo 24 da LINDB se harmoniza no ordenamento jurídico com vários outros e dentre eles o artigo 146 do Código Tributário Nacional<sup>15</sup>, o artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999<sup>16</sup>, que veda aplicação retroativa de nova interpretação administrativa e o artigo 14 do Código de Processo Civil<sup>17</sup>, além de expresso comando a respeito em regra constitucional.

Na prática, novo entendimento geral sobre lei antiga consagra a criação de nova norma jurídica, alterando o conteúdo da prescrição até então extraída, e, neste sentido, a norma em análise busca justamente evitar nova leitura sobre situações já consolidadas, reafirmando fórmulas de interpretação e de aplicação do Direito. Desde o Direito Romano o cidadão destinatário das normas precisa antever as consequências de suas opções (*tempus regit actum*).

## 2.6 O artigo 26 da Lei

O artigo 26<sup>18</sup> autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos e de compromissos.

<sup>15</sup> Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

<sup>16</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

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

<sup>17</sup> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal prevê que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>18</sup> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

É notório que a legislação brasileira, até a década de oitenta da centúria passada não permitia acordos ou compromissos quanto à eventuais penalidades que impostas ao particular administrado (entendimento desprovido de sustentação lógica segundo a qual a autoridade não pode transigir).

Percebeu-se, todavia, que a imposição de sanções nem sempre se apresentava como melhor alternativa.

Fica então autorizada expressamente à administração pública, independentemente de lei ou regulamento específico<sup>19</sup>, celebrar compromissos. Registre-se que a consensualidade concorre para a redução do arbítrio e da conflitualidade, muito frequentes na atuação unilateral do Estado.

O dispositivo faz coro e se harmoniza com a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019)<sup>20</sup>.

A norma em seu *caput* condiciona a celebração de compromisso a uma das situações jurídicas que elenca: (i) irregularidade; (ii) incerteza jurídica; (iii) situação contenciosa. São situações que devem funcionar como limites para a aplicação desse compromisso.

Ainda no *caput*, a audiência do órgão jurídico confere maior segurança jurídica, reforçando a presunção de legitimidade e validade do compromisso. Quanto à recomendada consulta pública será necessária quando terceiros tenham direitos ou interesses que possam ser

---

§ 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

<sup>19</sup> Quanto a regulamentos e leis específicos, merecem, citados a título de exemplo, acordos firmados com órgãos ambientais, pela CVM, pelo CADE, e especialmente pelas agências reguladoras. Desde a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), os órgãos ambientais podem se valer de medidas compensatórias em substituição às sanções administrativas. Na CVM, a Lei nº 6.385/76, com as alterações da Lei nº 13.506/17, passou a admitir compromissos e acordos em processos de supervisão. No CADE, os acordos de leniência e termos de compromisso. Nas agências reguladoras, a Resolução ANATEL nº 629/13, Resolução ANTT nº 5.823/18 e a Resolução ANAC nº 472/18.

<sup>20</sup> SILVA, 2020, p. 57-86.

afetados. No tocante às razões de relevante interesse geral é fundamental para se afastar qualquer alegação de captura da autoridade em face de interesses menores ou escusos com o particular.

É relevante a publicação oficial do ato para que do compromisso resultem os efeitos desejados.

O parágrafo primeiro do artigo, em seu inciso I, sujeita o compromisso a uma solução jurídica<sup>21</sup>, que normalmente preveja obrigações de fazer ou de não fazer. Essa solução deverá ser proporcional e equânime, o que implica dizer que o compromisso não deve trazer conjunto de obrigações mais onerosas que a decisão administrativa final aventada. No que toca a ser eficiente e compatível com os interesses gerais, depreende-se que deverá ser endereçada ao caso concreto, de modo a ser eficiente para a efetiva eliminação da irregularidade, da incerteza jurídica ou da situação contenciosa, devendo ainda estar alinhada com o interesse público subjacente, como, por exemplo, na harmonização de interesses da sociedade, do mercado, da cultura, do meio ambiente, do desenvolvimento econômico, dando-lhes contornos de impessoalidade e de isonomia.

O inciso III do dispositivo trata da impossibilidade de renúncia de competência<sup>22</sup>: a negociação não implica em desoneração permanente de dever (de a administração fiscalizar o particular, por exemplo). Ademais, o compromisso não pode tolher direitos ou condicioná-los: os direitos reconhecidos do particular podem, e devem, ser exercidos em sua plenitude, independentemente do conteúdo do compromisso a ser firmado com a administração.

<sup>21</sup> Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, quando dizem sobre conteúdo jurídico, quanto à obrigação de dar, fazem importante constatação: “Quando a obrigação de dar tiver expressa previsão legal, entendemos ser esta uma modelagem de cláusulas viável em acordos. Todavia, para os demais casos, é preciso analisar se a obrigação de dar não caracteriza ‘burla do dever de licitar’; de modo fraudulento, o compromisso seria um compromisso de ‘by-pass’ do processo licitatório. (...) de qualquer modo, reforça-se que a simples previsão de obrigação de dar nos compromissos sem compromisso de fazer ou não deixar de fazer, embora viável, é de má técnica negocial, pois afasta o ajustamento do comportamento do compromissário e pode se caracterizar como ‘by-pass’ de processos de ‘enforcement’, como os processos administrativos sancionadores” (GUERRA; PALMA, p. 161).

<sup>22</sup> Neste sentido, diz o artigo 2º da Lei Federal de Processo Administrativo que: “atendimento dos fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

No inciso IV do dispositivo o verbete “obrigações” em grande medida corresponde dizer que as cláusulas obrigatórias resultam do artigo 104, inciso II, do Código Civil de Miguel Reale<sup>23</sup>, devendo as obrigações serem claras para se determinar com precisão o conteúdo do ajuste. A necessária definição de prazos e sanções são um incentivo ao cumprimento do compromisso.

## 2.7 O artigo 27 da Lei

O artigo<sup>24</sup> em causa contém, também, inovação de relevo ao determinar e regular a compensação de benefícios indevidos e de prejuízos anormais e injustos nos processos administrativos, de controle e judiciais.

O dispositivo viabiliza que, atendidos seus pressupostos, a autoridade redistribua os custos e externalidades ao final do processo. É boa notícia. Há no Brasil um descompasso, relevante, entre os custos assumidos por quem processa ou por quem decide nos processos e os custos suportados pelos afetados<sup>25</sup>.

A norma teria se inspirado na lógica das regras processuais do Código de Processo Civil (como por exemplo os artigos 82 a 95, que tratam dos ônus sucumbenciais inclusive de sua distribuição), amparada

---

<sup>23</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

<sup>24</sup> Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

<sup>25</sup> Neste particular, importante chamar atenção dos processos sancionadores. É ilegal que a administração acuse sem justa causa; que instaure processo sancionador sem a presença de elementos consistentes e robustos. Na prática, atualmente, nos deparamos com processos que colocam sob suspeita e risco a higidez de vários e importantes negócios jurídicos, notadamente na ações judiciais de controle (como, por exemplo, a ação civil publica por ato de improbidade administrativa) e nos variados processos instaurados por órgão controlador autônomo (a exemplo dos Tribunais de Contas). Nestes casos, se tais processos estiverem desprovidos de justa causa, pode-se dar ensejo, de acordo com o artigo, à compensação, obviamente se caracterizados os pressupostos necessários.

ainda pelo princípio geral contido no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de Miguel Reale<sup>26</sup>.

Observa-se, no *caput*, que a decisão exarada no processo resolverá a questão sobre as compensações. Examina-se os atos e fatos processuais para se identificar a ocorrência de efeitos negativos ou positivos para os envolvidos, que se revelem injustos ou dissociados do direito material concretizado chamando a compensação como uma possível solução.

O parágrafo primeiro diz que a decisão que determinar compensação deverá ser motivada, sendo essa possível através de prestação em dinheiro ou obrigação de fazer ou de não fazer, a que melhor permita restituir o equilíbrio rompido no processo, assegurado, em qualquer hipótese, o contraditório através de audiência prévia das partes. O parágrafo segundo se inspira no negócio jurídico processual (artigo 190 da Lei Processual Civil)<sup>27</sup>. Se a autoridade pública não tiver o cuidado de abrir negociação na forma do citado parágrafo, negando oportunidade à parte de propor solução processual menos gravosa estará assumindo o risco de gerar a responsabilização ao Estado, que poderia ter sido evitada<sup>28</sup>.

## 2.8 O artigo 28 da Lei

O artigo consagra uma vez mais a responsabilidade civil<sup>29</sup>, agora em relação ao agente público na missão de administrar a coisa pública.

O agente público a que se refere o texto normativo é aquele descrito na Lei n°. 8.429/92 (Lei de Improbidade), nos seus artigos 1º

<sup>26</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>27</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam auto composição, 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.

<sup>28</sup> SUNDFELD; VORONOFF, p. 179-180.

<sup>29</sup> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

e 2<sup>o30</sup>, que, na gestão administrativa pode, inclusive, sofrer ação de improbidade.

Registre-se que esse gestor tem sido chamado de administrador médio, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União<sup>31</sup> (como Hércules, o juiz-filósofo de Dworkin<sup>32</sup>, possuidor de uma mente iluminada, que age de forma irrepreensível, cautelosa e diligente). Sem tal clarividência, os incentivos do administrador público que quiser ser honesto poderá conduzir à adoção de postura estritamente burocrática, preso a ritos e cautelas que tendam a gerar paralisia decisória. Seria o apagão das canetas, como se tem referido. Um cenário de temor e inação<sup>33</sup>. Incompatível com a atribuição de decidir.

---

<sup>30</sup> Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

<sup>31</sup> Segundo o Tribunal de Contas da União, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010).

<sup>32</sup> HABERMAS, ao dissertar sobre o juiz mítico de Dworkin: “o juiz-filósofo de Dworkin dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. Ambos os componentes traçam limites à construção da teoria. O espaço preenchido pela sobre-humana capacidade argumentativa de Hércules é definido, de um lado, pela possibilidade de variar a hierarquia dos princípios e objetivos e, de outro lado, pela necessidade de classificar criticamente a massa do direito positivo e de corrigir erros”. (HABERMAS, 2003, p. 263).

<sup>33</sup> BINENBOJM; CYRINO, p. 296.

O artigo 28 surge nesse cenário, resguardando os gestores públicos que queriam fazer uma boa gestão administrativa, tutelando aqueles que agem de boa-fé, apoiados em parâmetros jurídicos e técnicos adequados. A opinião técnica a que alude o texto é aquela referente às manifestações de advogados públicos no exercício da atividade consultiva<sup>34</sup>.

A noção de erro é aquela que envolve falsa percepção da realidade. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, em caso de erro, há “uma falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada”<sup>35</sup>. A vontade real corresponde ao desejo do sujeito caso não incorresse em engano. No Código Civil de Miguel Reale o erro substancial é causa de anulabilidade<sup>36</sup>. Todavia, a norma se refere ao “erro grosseiro”, intrinsecamente ligado a um agir com desleixo, incúria, desprezo à coisa pública.

É preciso assegurar ao gestor que meros equívocos não implicará em imediata responsabilização. Uma atuação dolosa (intencionalmente contrária à administração pública) e erros grosseiros é que não podem ser permitidos.

## 2.9 O artigo 29 da Lei

O artigo<sup>37</sup> trata do regime geral da consulta pública prévia como condição para a edição de atos normativos. O dispositivo incorpora modernidade, valoriza a cidadania e democratiza processos e procedimentos.

<sup>34</sup> A jurisprudência da Suprema Corte permite a responsabilização do parecerista se houver erro grosseiro, dolo ou sua opinião tiver teor vinculante (STF, MS n. 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJ de 01.02.08). Em casos mais recentes foi afastada a possibilidade de punição do parecerista, mas, ressaltaram, em linha com o MS n. 24.631-DF, que tal ausência de responsabilidade se daria somente para os pareceres de caráter opinativo: STF, MS n. 27.867 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, primeira turma, DJ de 03.10.12; MS n. 35196, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 01.08.18; STF, MS n. 29.137, Rel. Min. Cármen Lucia, Segunda Turma, DJ de 27.02.13). Neste sentido, o artigo 28 elucida que, independente do caráter vinculante, ou, ainda, existindo ou não teor decisório do parecer, só haverá responsabilidade do gestor público em caso de erro grosseiro ou dolo.

<sup>35</sup> PEREIRA, p. 434.

<sup>36</sup> Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

<sup>37</sup> Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

A previsão do tema como norma geral para o Direito Público confirma que a autoridade responsável deve consultar os interessados ou os alcançados, cumprindo-se o dever de motivar o provável ato normativo administrativo<sup>38</sup>.

Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara foram os primeiros a afirmar que a administração pública estaria obrigada a motivar seus atos normativos, como decorrência do devido processo legal<sup>39</sup> (os interessados teriam direito de conhecer a fundamentação dos atos administrativos normativos). Portanto, para atender ao devido processo legal constitucional (art. 5º, LIV e LV da Constituição) para a edição de determinado ato normativo será preciso que as decisões sejam motivadas<sup>40</sup>, o que importa em dar acesso aos elementos do ato normativo com condição necessária para o exercício do direito de defesa dos interesses por ela atingidos.

A consulta pública não é figura nova no ordenamento. Está presente nas Leis de Processo Administrativo, em especial na Lei Paulista de

---

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

<sup>38</sup> Os atos referidos na norma são aqueles de caráter geral e abstrato, excetuados os de mera organização (MONTEIRO, p. 238).

<sup>39</sup> SUNDFELD; CÂMARA, 2011. p. 59.

<sup>40</sup> Floriano de Azevedo Marques e Rafael Veras de Freitas apontam que a consulta se tornará obrigatória sempre que a minuta de ato normativo colida com a esfera de direito dos administrados (MARQUES NETO; FREITAS, 2018).

<sup>41</sup> Art. 28. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, autorizar consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que os autos possam ser examinados pelos interessados, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado no processo, mas constitui o direito de obter da Administração resposta fundamentada.

Art. 29. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 31. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação dos administrados deverão ser acompanhados da indicação do procedimento adotado.

Processo Administrativo nº 10.177/98<sup>41</sup> e na Lei Federal de Processo Administrativo nº 9.784/99<sup>42</sup>.

Com a criação das agências reguladoras (Autarquias de regulação setorial) o tema foi impulsionado no Brasil<sup>43</sup>, diante da necessidade de as agências tomarem decisões com a garantia de maior transparência e certeza jurídica. A busca é de uma maior precisão regulatória, coerência entre soluções e problemas diagnosticados e robustez técnica de cada escolha<sup>44</sup>.

Não é pretencioso afirmar que o cumprimento do dever de motivação surge do diálogo que só a consulta pública propicia, até porque os

---

<sup>42</sup> Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências (...).

Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo será garantido direito de ampla defesa ao interessado.

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

<sup>43</sup> Surgiu com a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que, através do artigo 42, obrigou a submissão dos atos normativos do setor à consulta pública. Confira-se:

“Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca”.

<sup>44</sup> PALMA, 2014, p. 255.

O dispositivo está em sintonia fina com a mencionada “Lei de Liberdade Econômica”. Sobre a análise de impacto regulatório, José Anchieta da Silva ao dissertar sobre a novel legislação diz que: “Quanto à análise de impacto regulatório, as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos de usuários dos serviços prestados, editadas por órgãos ou por entidades da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de seu impacto regulatório. Dessa análise constará o rol de informações e de dados sobre possíveis efeitos do ato normativo, verificando a razoabilidade do seu impacto econômico. A matéria será objeto de regulamento que deverá dispor sobre a data de início da exigência, o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame e as hipóteses em que será obrigatória sua realização, além das hipóteses em que poderá ser dispensada. Certamente não mais se conviverá com as decisões desprovidas de fundamentação e de justificativas plausíveis” (SILVA, 2020, p. 67).

terceiros interessados têm o direito constitucional de defender seus interesses, sob pena de provável decisão administrativa sem motivação ou com motivação vazia.

### 2.10 O artigo 30 da Lei

O artigo<sup>45</sup> positiva dois valores que os ordenamentos jurídicos prestigiam. O primeiro dizente da segurança jurídica que toda a ação de autoridade deve ter como princípio e como fim da própria regra e da decisão da autoridade, qualquer que seja a autoridade e qualquer que seja a decisão. O segundo trazendo para o plano da realidade a vinculação dos agentes comprometidos, vinculados com a decisão legitimamente emanada da autoridade e, portanto, do Estado.

O referido dispositivo determina que as instâncias de decisão dos órgãos administrativos e controladores, bem como as autoridades públicas, observem, por vinculantes, os precedentes dos tribunais ou dos órgãos competentes. A prescrição terá se inspirado no dever imposto aos órgãos jurisdicionais, conforme determina a Lei Processual Civil nos artigos 926 e 927<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

<sup>46</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

Considere-se que o conceito de autoridade está posto em termos amplos, isto é, órgãos e entidades administrativas equivalentes a tribunais [*rectius*: colegiados decisórios], que devem prestigiar a segurança jurídica advinda da estabilidade de decisões pregressas, implicando em que: (i) esses órgãos e essas entidades precisam estar empenhados na criação e consolidação dos seus próprios precedentes; (ii) as decisões que assumirem a condição de precedentes devem ser levadas em consideração (se não reformadas) nos próximos julgamentos.

Tanto na hipótese de aplicação do precedente quanto no caso de não aplicação, cumpre às autoridades demonstrar a semelhança (ou não) do caso examinado com os precedentes em trabalho de fundamentação.

Para efeito prático é necessária a veiculação e publicação das decisões de forma prévia, acessível e transparente (em cumprimento ao princípio constitucional da publicidade e nos termos da Lei de Acesso à Informação), possibilitando que os precedentes sejam amplamente conhecidos e aplicados de forma isonômica aos processos subsequentes.

Por regulamento entende-se o ato normativo geral, abstrato, complementar à lei, sem inovar a ordem jurídica. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la. As súmulas, por sua vez, representam a condensação de orientações ou de decisões prévias, estabilizando-se, de modo sumário, entendimento a respeito

---

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

de determinada matéria. Por fim, as consultas envolvem resultado específico da tutela ao direito constitucional de petição (artigo 5º, inciso XXXIV). Uma vez exercitado esse direito, instala-se o correspondente dever da administração examinar o pedido e, de modo fundamentado, respondê-lo em prazo razoável<sup>47</sup>.

O artigo 30 confere segurança ao sistema da Lei nº 13.655/18 ao focar no dever de criação dos precedentes (*lato sensu*), como critérios de racionalidade, legitimidade e institucionalidade da atividade decisória pública<sup>48</sup>.

### 3. EM CONCLUSÃO

O cenário atual é desafiador e rigoroso, exigindo-se soluções sofisticadas que impliquem em maior qualidade da atividade administrativa e de seu controle. Daí a razão de ser da Lei nº 13.655/18 que, nos artigos acrescentados ao Decreto-Lei nº 4.657/42 (a LINDB), instalou novos níveis de segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público no Brasil.

---

<sup>47</sup> MOREIRA; PEREIRA, p. 269.

<sup>48</sup> A este respeito, recentemente, o TCU expediu a Resolução nº. 315/2020, que sinaliza importante mudança na comunicação com os jurisdicionados, incorporando as diretrizes da LINDB. Em análise da referida Resolução, André Rosilho diz que: “A resolução 315/2020 reconfigurou as hipóteses de cabimento de determinações e recomendações e fixou novos parâmetros para seu uso pelo TCU. As mudanças giram ao redor de 3 objetivos: o primeiro, simplificar a comunicação. O diploma esclareceu que determinações devem conter ‘comando com ação direta’ (art. 8º, parágrafo único). E vedou que recomendações fossem ‘genéricas e distantes da realidade prática da unidade jurisdicionada’ (art. 12, *caput*) ou baseadas exclusivamente ‘em critérios que contenham elevada carga de abstração teórica ou conceitos jurídicos indeterminados’ (art.12, parágrafo único). O segundo, estimular controle baseado em evidências e com foco em resultado. É o que se extrai do comando para que recomendações sejam baseadas em ‘critérios tais como leis, regulamentos, boas práticas e técnicas de comparação (*benchmarks*) e agregue valor à unidade jurisdicionada, baixando custos, simplificando processos de trabalho, melhorando a qualidade e o volume dos serviços ou aprimorando a eficácia e os benefícios para a sociedade’ (art. 11, parágrafo primeiro e 2º, II). O Terceiro, estimular controle colaborativo. Para isso, obrigou a unidade técnica instrutiva a oportunizar ‘aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários’ e informações ‘quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas’ (art. 14, *caput*)”, finaliza dizendo que: “a resolução aproxima a atuação do TCU à LINDB, que obriga autoridades a considerar “consequências práticas da decisão” (art. 20) e “obstáculos” e “dificuldades reais do gestor” (art. 22) e visa “aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas” (art. 30)” (ROSILHO, 2020).

Segundo o Senador Antonio Anastasia, nos estudos sobre o Projeto de Lei, a orientação geral era justamente consolidar e melhorar as regulações e controles públicos existentes e, ao mesmo tempo, proteger as pessoas, organizações e servidores contra incertezas, riscos e custos injustos.

A antiga “Lei de Introdução ao Código Civil” não conferiu a devida importância ao Direito Público, reservando papel sobranceiro ao Direito Privado. Tal constatação encontra-se superada pela Lei nº 13.655/18, que preencheu esse vácuo com um conjunto de normas, uniformizador dos preceitos gerais que devem reger a aplicação do Direito Público tanto na atuação da administração pública quanto na relação dela com os administrados.

Nesse contexto, verifica-se que sete são os temas das novas disposições inseridas na LINDB: (i) preceitos indeterminados, decisões e efeitos práticos (artigos 20 e 21); (ii) proteção em favor de agente públicos responsáveis e diligentes (artigos 22 e 28); (iii) eficácia ‘*ex nunc*’ a novas interpretações e as regras de transição (artigos 23 e 24); (iv) consensualismo público-privado e ajustes de conduta (artigo 26); (v) compensação de benefícios ou prejuízos injustos (artigo 27) no âmbito processual; (vi) consultas públicas e participação popular nos atos administrativos normativos (artigo 29); (vii) dever de estabilização e uniformidade na criação do Direito, mediante a criação e observação dos precedentes (artigo 30).

Enfim, inaugurou-se no Brasil, através da Lei nº 13.655/18, um Direito Público sustentável para as próximas gerações.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, n. 10, mai. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=198>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: de definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t.1.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 abr. 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB: Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ, Luciano. *Nova Lindb reafirma o brocardo “tempus regit actum”* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-18/interesse-publico-lindb-reafirma-brocardo-tempus-regit-actum#author>

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

GUIMARAES, Fernando Vernalha. O Direito administrativo do medo: a crise de ineficiência pelo controle. *Direito do Estado, seção colonistas*, n. 71, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vergalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 10 maio 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O artigo 23 da LINDB: o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *Conjur.* 25 jul. 2018. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 05 abr. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Conjur.* 25 maio 2018. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2018-maio-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em: 15 maio 2020.

MEDAUAR, Odete. *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da administração pública: estudo do processo administrativo normativo*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) USP, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/-de-18052017-131051/pt.br.php>. Acesso em: 17 maio 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, V. I.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSILHO, André. Indisponibilidade de bens de contratados pelo TCU: Qual é o critério?. *Jota*. 05 set. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2NCzwW5>. Acesso em: 15 maio 2020.

ROSILHO, André. Simplificação do Controle pelo TCU. *Jota*. 06 maio. 2020. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/simplificacao-do-controle-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao-06052020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/simplificacao-do-controle-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao-06052020). Acesso em: 15 maio 2020.

SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do interprete. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Anchieta da. O empresário e a lei de liberdade econômica: esperado encontro marcado. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de Oliveira (Org.). *Lei de Liberdade Econômica e Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 279. São Paulo, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição dos atos normativos pela administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73. Jul./set. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos? *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2018.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACIONISTA MINORITÁRIO NO ÂMBITO DA LEI Nº 6.404/76

Gabriel Ribeiro Semião

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A limitação do presente estudo às sociedades anônimas fechadas. 3. Os direitos de fiscalização e de ação conferidos aos acionistas pela Lei nº 6.404/76. 4. Os entraves identificados no sistema atual de proteção ao acionista minoritário. 4.1. A morosidade da análise de demandas societárias. 4.2. A dificuldade na produção de provas. 4.3. Os efeitos da aprovação das contas dos administradores. 4.4 A participação societária mínima exigida para legitimidade postulatória em juízo. 4.5. O desequilíbrio na equação de risco e retorno ao acionista. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

É inegável o papel relevante desempenhado pelas Sociedades Anônimas como estrutura societária apta a incentivar o investimento, a atividade empresária, a geração e circulação de riqueza, o emprego, o pagamento de tributos, enfim, o giro da economia na sustentação do modelo capitalista.

O funcionamento das Sociedades Anônimas (em maior escala, das sociedades abertas) envolve a mobilização e encaminhamento da poupança popular para o financiamento da atividade empresária, o que, segundo a exposição de motivos da Lei nº 6.404/76, exige “o estabelecimento de uma sistemática que assegure ao acionista minoritário o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o

empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade”<sup>1</sup>.

Assim, ao regular o referido tipo societário, a Lei nº 6.404/76 teve a difícil missão de, sopesando a imensa gama de interesses<sup>2</sup> que giram em torno da Companhia: (i) garantir aos acionistas majoritários ou grupo de controle<sup>3</sup> – pelo princípio da maioria – a condução dos negócios e o exercício de poder de controle no interesse da Companhia; (ii) estabelecer os limites de comando e a responsabilidade dos administradores<sup>4</sup>, fiscais e do acionista controlador da Companhia; e (iii) conceder aos acionistas minoritários instrumentos efetivos de fiscalização e reparação, evitando-se a ocorrência de lesão aos seus interesses e aos interesses da Companhia, seja por atos praticados por administradores e fiscais ou por atos praticados pelo acionista controlador.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. *Exposição de motivos nº 196*, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda. Projeto de Lei das Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>. Acesso em: 30 maio 2020.

<sup>2</sup> Especificamente sobre a diversidade de interesses disciplinados pela Lei nº 6404/76, pertinente transcrever o estudo de Erasmo Valladão de Azevedo e Novaes França, citando Lamy Filho: “Lamy Filho, como se sabe um dos autores do anteprojeto que veio a se converter na Lei 6.404, advertia, então, para a diversidade de interesses a disciplinar, ressaltando: ‘É mister, por isso, buscar a difícilíssima linha de conciliação entre os interesses da empresa, cujo êxito deve ser assegurado, do acionista que deve ser protegido contra a fraude, do gestor que precisa ter liberdade de agir, do credor que faz jus à segurança de seu crédito e do próprio Estado, fiscal do interesse público em jogo’. E, entre uma solução privatista pura – aperfeiçoamento das regras de *disclosure*, balanço-padrão, fortalecimento da minoria, regras estritas sobre definição de objeto da sociedade, exigência de quórum elevado para decisões assembleares, e outras mais – e uma solução publicista radical – nomeação, do Estado, de administradores mediante a representação legal de ausentes, ou de fiscais que submetessem a sociedade à presença permanente do agente do poder público e que, no interesse do crédito público, e/ou da defesa dos investidores, zelassem para que a sociedade não infringisse normas prudentes de administração – o coautor do anteprojeto optava, declaradamente, por uma posição conciliatória: ‘Parece-nos certo, por tudo isso, que as novas regras devem visar no campo privado ao aperfeiçoamento do instituto e, no campo público ao seu controle mais eficaz por parte das autoridades’” (FRANÇA, E.V.A.E.N. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* (e outros escritos sobre conflito de interesses). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.138).

<sup>3</sup> Definição conforme artigo 116 da Lei nº 6.404/76.

<sup>4</sup> Entenda-se, neste ponto, administradores, como os membros do Conselho de Administração e da Diretoria.

Nesse ambiente absolutamente plural, o presente trabalho buscará identificar os instrumentos de fiscalização concedidos pela Lei nº 6.404/76 ao acionista minoritário, analisando-se a efetividade e o incentivo para utilização das medidas legais previstas para reparação das lesões sofridas, exclusivamente no âmbito das Companhias fechadas.

## 2. A LIMITAÇÃO DO PRESENTE ESTUDO ÀS SOCIEDADES ANÔNIMAS FECHADAS

As Companhias abertas, que detêm suas ações disponíveis para negociação em bolsa ou em balcão, indubitavelmente impactam de forma relevantíssima a sociedade como um todo, pelo volume, alcance, relevância social e financeira das transações realizadas no mercado e, também, notadamente, por envolver sistema de financiamento empresarial calcado na poupança popular.

Em razão da necessária segurança desse mecanismo de investimento e do evidente interesse público envolvido, as companhias abertas são objeto de tutela particular (pelo acionista) e também pública (pela autarquia federal correspondente), exercendo, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, intenso controle<sup>5</sup> dos limites, da legalidade e da publicidade dos atos societários e administrativos praticados no âmbito dessas companhias.

Neste sentido, quanto maior a seletividade do segmento<sup>6</sup> no qual a companhia tem listado suas ações são também maiores as exigências

<sup>5</sup> É importante mencionar que, mesmo fiscalizando as companhias abertas, a Comissão de Valores Mobiliários não possui competência e autoridade para determinar o pagamento de indenização a investidores lesados por eventuais abusos cometidos em relação à Lei nº 6.404/76.

<sup>6</sup> Conforme extraído do *site* da própria B3: “Os segmentos especiais de listagem da B3 – Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1 – foram criados no momento em que percebemos que, para desenvolver o mercado de capitais brasileiro, era preciso ter segmentos adequados aos diferentes perfis de empresas.

Todos esses segmentos prezam por regras de governança corporativa diferenciadas. Essas regras vão além das obrigações que as companhias têm perante a Lei das Sociedades por Ações (Lei das S.As.) e têm como objetivo melhorar a avaliação daquelas que decidem aderir, voluntariamente, a um desses segmentos de listagem. Além disso, tais regras atraem os investidores. Ao assegurar direitos aos acionistas, bem como dispor sobre a divulgação de informações aos participantes do mercado, os regulamentos visam à mitigação do risco de assimetria in-

de transparência e informação ao mercado e aos acionistas, pelo regimento imposto pela Comissão de Valores Mobiliários.<sup>7</sup>

É bem verdade que todo o aparato regulatório vigente, particular e público, não foi suficiente para garantir que os investidores e acionistas minoritários fossem resguardados em face dos ilícitos e desmandos administrativos e societários escancarados a partir de operações policiais ocorridas na segunda metade dessa década, principalmente vinculadas à Operação Lava Jato, o que inclusive motivou a edição, pelo Ministério da Fazenda e pela Comissão de Valores Mobiliários, da Portaria Conjunta MF/CVM nº 92/2018, “com a finalidade de estudar e de propor medidas de aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção a investidores e acionistas minoritários”.

Essa constatação em relação às companhias abertas (cujas regras de governança impostas às companhias são consideravelmente mais rígidas), chama a atenção em relação à situação do investidor e acionista minoritário da companhia fechada, pautado apenas na tutela particular de seus direitos e sem a interferência direta da Comissão de Valores Mobiliários, estando, portanto, unicamente apegado aos instrumentos de fiscalização e reparação previstos na Lei nº 6.404/76 para garantia de seus direitos.

---

formacional. Para acessar os regulamentos do Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1, visite a página de cada segmento. A B3 possui ainda o Segmento Básico, segmento de listagem que não conta com regras diferenciadas de governança corporativa. Para comparar as diferenças entre os segmentos, veja a tabela abaixo” (B3. Sobre segmentos de listagem. Disponível em: [http://www.b3.com.br/pt\\_br/produtos-e-servicos/solucoes-para-emissores/segmentos-de-listagem/sobre-segmentos-de-listagem/](http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/solucoes-para-emissores/segmentos-de-listagem/sobre-segmentos-de-listagem/). Acesso em: 1 jun. 2020).

<sup>7</sup> Sobre o tema, leciona Otávio Yazbek: “Assim, nas Companhias abertas, controladores e administradores não apenas abrem mão de boa parte da maior liberdade de que dispõem nas fechadas, como ficam, eles e a companhia de modo geral, sujeitos a alguns regimes institucionais diferenciados, em especial no que tange: (i) ao regime de utilização de informações consideradas importantes para os demais participantes do mercado (regime que se corporifica nas obrigações de *full disclosure* e na vedação ao *insider trading*); e (ii) às regras de oferta pública, destinadas a proteger os investidores em situações que possam afetar a liquidez dos títulos (deliberação de fechamento de capital ou alienação do poder de controle) ou aplicáveis por força da dinâmica do mercado e das operações que nele se podem realizar (no caso das ofertas de aquisição de controle)” (In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis, PROENÇA. José Marcelo Martins (Coord.). *Direito Societário*: sociedades anônimas, Série GVLaw, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 140).

É importante o registro que as companhias fechadas (a maior parte, de médio e pequeno porte) representam a grande maioria das companhias existentes no Brasil, compreendendo, basicamente, todas as sociedades anônimas existentes para além das 328 (trezentas e vinte e oito) companhias com ações listadas em bolsa<sup>8</sup>.

Portanto, há um volume maciço de companhias que possuem seu capital fechado e que são responsáveis por considerável parte da circulação de riqueza e da atividade econômica nacional.

Esses elementos dão a dimensão da importância da tutela dos direitos dos investidores e acionistas minoritários dessas companhias.

### 3. OS DIREITOS DE FISCALIZAÇÃO E DE AÇÃO CONFERIDOS AOS ACIONISTAS PELA LEI Nº 6.404/76

Não se pretende, com este trabalho, questionar o princípio majoritário adotado pela legislação na condução das relações societárias<sup>9</sup>.

Ensina Waldirio Bulgarelli que “é consabido que tanto os limites impostos ao poder do controlador como ao do administrador, assim

<sup>8</sup> VALOR INVESTE. *Número de empresas na bolsa é o menor desde 1996*. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/bolsas-e-indices/noticia/2019/11/14/numero-de-empresas-na-bolsa-e-o-menor-desde-1996.ghtml>. Acesso em: 2 jun. 2020.

<sup>9</sup> Conforme bem explicita Marcelo Vieira Von Adamek: “Maioria e minoria não representam situações indesejáveis, pelo contrário, constituem pressuposto fundamental para o funcionamento eficiente das sociedades cujo processo de formação da vontade coletiva opera de acordo com a regra da maioria”. O referido Autor ainda complementa: “A escolha fundamental do legislador pátrio pelo princípio majoritário nas sociedades de capitais e naquelas preordenadas a estruturar empresas de maior porte, parte da ideia de que apenas ele possibilita ao tráfego jurídico, a necessária formação unitária da vontade coletiva: exigir a unanimidade asseguraria a participação de todos em cada decisão, mas tornaria a sociedade incapaz de agir, na medida em que a simples discordância de um comprometeria a decisão. A opção pelo princípio majoritário revela a preocupação do legislador em buscar tutelar a própria capacidade funcional destas sociedades: procura viabilizar a formação coletiva da vontade e, por efeito, assegurar a sua capacidade de agir, superando o imobilismo que pode ocorrer da exigência de unanimidade. Não se trata de consagrar a vontade do maior sobre o menor, senão da adoção de um expediente técnico-jurídico para a solução dialética dos possíveis conflitos conexionsados ao processo de formação da vontade coletiva” (ADAMEK, Marcelo V. Von. *Abuso de minoria em direito societário*. Malheiros Editores, São Paulo, 2014).

como o próprio poder concorrente atribuído às minorias, servem ao interesse geral como freio ao exercício do poder abusivo e como meio de proteção às minorias e dos credores, mas não destrona o predomínio da maioria, mantendo-se vigorante o quadro constante das posições e interesses expressos no binômio maioria-minoria”<sup>10</sup>.

No entanto, não obstante o predomínio da maioria, se se pretende a capitalização e financiamento de atividade empresária através da utilização da poupança de terceiros, é pressuposto que se garanta a esses agentes um grau razoável de segurança e informação em relação ao investimento realizado.<sup>11</sup>

Neste contexto dual, antecipando divergências inerentes às posições dos acionistas majoritários e minoritários, a Lei nº 6.404/76 trouxe uma série de direitos e garantias fundamentais, dos quais os acionistas não podem ser privados. É pertinente, aqui, a citação sempre elucidativa de Nelson Eizirik<sup>12</sup>: “Há um potencial conflito de interesses entre os acionistas minoritários e os gestores da empresa (controladores e administradores). Os minoritários usualmente priorizam o retorno do capital investido, seja sob a forma de dividendos, seja sob a forma de ganhos de capital. Já os controladores e administradores podem ter outros interesses: (i) manter as suas posições de comando; (ii) aumentar suas remunerações; (iii) utilizar os lucros unicamente para o autofinanciamento da empresa, visando à alienação futura do controle; e (iv) obter outras formas de benefícios, que podem ocorrer quando a companhia integra um grupo societário, por meio de contratos de fornecimento, assistência técnica, empréstimos entre companhias, etc.

---

<sup>10</sup> BULGARELLI, Waldirio. *O Conselho Fiscal nas companhias abertas*. Editora RT, São Paulo, 1988, p. 29.

<sup>11</sup> Ainda citando Von Adamek: “A proteção à minoria não é somente um imperativo ético-social; é, para além disso, uma exigência essencial ao próprio funcionamento das sociedades. Sem mecanismos de tutela dos sócios, não iriam as sociedades exercer o relevante papel de captação de recursos para a exploração e consecução de um fim comum: não haveria o fenômeno da colaboração. ‘É evidente’ – como bem pontuaram Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira – ‘é evidente que ninguém participaria de uma sociedade em que a maioria pudesse tudo, inclusive deliberar no seu exclusivo interesse, ou contra o interesse da sociedade, ou em que imperasse a lei da selva, tão bem enunciada pelos italianos no ‘soltanto il mio denaro é sacro, il resto all’ inferno’” (obra cit. p. 52).

<sup>12</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume I – Arts. 1º a 120. Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 586-587.

Tais conflitos de interesses podem ser reduzidos mediante cláusulas estatutárias que protejam os acionistas não controladores. Considera-se que um dos objetivos fundamentais da Lei das S.A. é o de reduzir os custos que seriam resultantes da negociação caso a caso de cláusulas estatutárias, mediante a previsão legal genérica dos direitos dos quais os acionistas não podem ser privados”.

Dentre os direitos<sup>13</sup> dos acionistas expressamente protegidos pela Lei nº 6.404/76, podem ser mencionados o direito patrimonial (por exemplo, à distribuição dos dividendos mínimos obrigatórios e à participação no acervo da Companhia em caso de liquidação), o direito político (por exemplo, o direito ao voto e de preferência na subscrição de ações) e, em especial para este trabalho, o direito à informação, à fiscalização da Companhia e à propositura de ação de responsabilidade contra os administradores, fiscais e acionista controlador.

A seção II da Lei nº 6.404/76, em seu artigo 109, classifica como essencial o direito do acionista à fiscalização da Companhia, mencionando, expressamente, em seu inciso terceiro, que “nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: (...) III – fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais”.

No âmbito das Companhias fechadas, os direitos à informação e fiscalização estão basicamente pautados: (i) no recebimento de documentos financeiros e livros da Companhia (artigos 100, 105 e 133 da Lei nº 6.404/76); (ii) na participação e fiscalização no âmbito da Assembleia Geral (artigo 121 da Lei nº 6.404/76); e (iii) na instalação do Conselho Fiscal (artigo 161 da Lei nº 6.404/76).<sup>14</sup>

É importante destacar que, em especial em relação ao direito de exibição dos livros da Companhia, o artigo 105 da Lei nº 6.404/76 exige que o(s) acionista(s) postulante(s) detenha(m), no mínimo, 5% (cinco

<sup>13</sup> “(...) faculdade atribuída ao titular em relação a uma pessoa, a fim de que esta realize um ato ou uma omissão, garantidos por uma pretensão em face de alguém determinado” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 1994, p. 153).

<sup>14</sup> Além dos direitos de fiscalização enumerados, o artigo 141 da Lei nº 6.404/76 chega a possibilitar, no âmbito da eleição do Conselho de Administração (órgão diretivo), a requisição por acionista(s) que represente(m), no mínimo, 0,1 (um décimo) do capital social com direito a voto, da adoção do processo de voto múltiplo, viabilizando, assim, a eleição de membro do Conselho de Administração pela minoria.

por cento) do capital social; enquanto para a instalação do Conselho Fiscal, o artigo 161 da Lei nº 6.404/76 exige que o pedido seja formulado por acionista(s) que detenha(m) 0,1 (um décimo) das ações com direito a voto, ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito a voto.

Pontuados os direitos de fiscalização concedidos aos acionistas minoritários, é de se registrar que a Lei nº 6.404/76 estabelece deveres<sup>15</sup> e responsabilidades aos administradores e fiscais<sup>16</sup> da companhia, pelos atos lesivos praticados com culpa, dolo, ou em violação à lei ou ao estatuto (artigo 158) ou, ainda, por infração aos deveres de diligência (artigo 153), de agir no interesse da companhia e sem desvio de poder (artigo 154), de lealdade (artigo 155), de não praticar atos com conflito de interesses (artigo 156) e de não favorecer sociedade coligada, controlada ou controladora (artigo 245).

Em relação ao acionista, para além do dever geral de exercer seu direito de voto no interesse da Companhia (artigo 115, *caput* da Lei nº 6.404/76), o § 1º do mencionado dispositivo legal prevê expresso impedimento do acionista em deliberar matérias que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da Companhia, o que, em boa medida, tem o condão de restringir a possibilidade de o acionista controlador votar aprovando matérias que lhe beneficiem diretamente.

Especificamente ao acionista controlador são imputados os deveres de uso do poder de controle com o fim de fazer a Companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social (artigo 116), bem como de não agir com abuso de poder (artigo 117), chegando a Lei a enumerar, de forma não exaustiva, 08 (oito) modalidades do exercício abusivo do poder de controle.

A partir desses direitos e deveres estabelecidos, o parágrafo segundo do já referido artigo 109 da Lei nº 6.404/76 garante o exercício do direito de ação ao acionista, ao dispor que “os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral”.

---

<sup>15</sup> “(...) necessidade que corre a todo indivíduo de observar as ordens ou comandos do ordenamento jurídico, sob pena de incorrer numa sanção” (GOMES, Orlando. *Obrigações*, 11ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 6).

<sup>16</sup> Nos termos do artigo 165 da Lei nº 6.404/76, os deveres dos membros do Conselho Fiscal são semelhantes àqueles estabelecidos aos administradores.

O referido direito de ação, aliado à necessária publicidade dos atos societários – mediante registro na Junta Comercial (artigos 134, § 5º; 142, § 1º; 146, § 1º; 234, entre outros) – permite aos acionistas o exercício do controle de legalidade dos atos praticados mediante possível ação anulatória em relação a deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto (artigo 286).

No que se refere às ações reparadoras, o artigo 159 da Lei nº 6.404/76 prevê as respectivas ações de responsabilidade em face dos administradores e fiscais, cujos resultados, em regra, beneficiam à companhia.

Nesse sentido e a partir da aprovação pela assembleia geral, a companhia pode buscar reparação diretamente em face dos administradores e fiscais que cometeram atos lesivos (ação *ut universi* – artigo 159, *caput* e § 1º).

Ainda na hipótese de aprovação pela assembleia geral, caso a Companhia não ajuíze a respectiva ação de responsabilidade no prazo de 03 (três) meses, a referida demanda pode ser ajuizada diretamente pelo acionista interessado, em substituição à companhia (artigo 159, § 3º).

Caso haja desaprovação pela assembleia geral em relação à proposta de ajuizamento de ação reparadora em face dos administradores, a ação de responsabilidade pode ainda assim, ser movida por acionistas que detenham pelo menos 5% do capital social (ação *ut singuli* – artigo 159, § 4º).

O referido artigo ainda prevê (artigo 159, § 7º) possibilidade de ação de reparação a ser movida por acionista que se julgue diretamente prejudicado por ato de administrador, sendo que, neste caso “o acionista não pretende restabelecer a ordem geral da companhia, mas tão-somente a restauração de direitos pessoais”<sup>17</sup>. É dizer, trata-se de demanda cujos resultados beneficiarão o acionista e não a companhia.

No que se refere ao acionista controlador, a possibilidade de ação reparadora em face de abusos cometidos, inclusive no exercício abusivo do poder de controle, está disposta no artigo 246 da Lei nº 6.404/76.

Tendo em vista esse considerável rol de instrumentos fiscalizatórios e punitivos concedidos aos acionistas lesados (em especial aquele(s) acionista(s) que represente(m) 5% do capital social), o renomado jurista Modesto Carvalhosa chega a mencionar que os minoritários constituem órgão subsidiário de fiscalização da companhia: “Constituem

<sup>17</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Volume III. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 338.

os minoritários, com efeito, um órgão subsidiário da companhia, com poderes para representá-la legitimamente, para propor medida judicial. A minoria, na Lei nº 6.404/76, de 1976, e na Lei nº 9.457, de 1997, é institucionalizada como um agrupamento de capital social significativo, a quem se outorga, sobretudo, as funções de controle da legalidade e regularidade dos atos praticados pelos membros dos órgãos da companhia e pelos acionistas controladores. Nessas funções, a minoria age como representante dos interesses da coletividade de acionistas. A lei, com efeito, outorga ao agrupamento mínimo, porém significativo do capital social (5%), um poder de defender a companhia contra o presumível abuso do direito de voto dos controladores (arts. 115 e 117), inclusive visando ao favorecimento pessoal dos administradores em atos reputados lesivos ao patrimônio e ao funcionamento regular da companhia”<sup>18</sup>.

No entanto, na prática, o exercício dos instrumentos protetivos enumerados no presente capítulo apresenta uma série de restrições e dificuldades, que se abordará logo adiante.

#### **4. OS ENTRAVES IDENTIFICADOS NO SISTEMA ATUAL DE PROTEÇÃO AO ACIONISTA MINORITÁRIO**

Como mencionado, em decorrência da grave onda de escândalos empresariais que afetaram o país nos últimos anos, no setor público e privado, e que causaram consideráveis prejuízos aos investidores e acionistas minoritários, o Ministério da Fazenda e a Comissão de Valores Mobiliários formaram grupo de trabalho<sup>19</sup> para estudo das medidas aptas ao aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção a investidores e acionistas minoritários no Brasil.

Trata-se, com efeito, de trabalho desenvolvido com abrangência mais ampla em relação àquela proposta e cujo Relatório Preliminar MF/CVM restou recentemente disponibilizado<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> CARVALHOSA, obra citada, p. 320-321.

<sup>19</sup> O referido grupo de trabalho foi composto por membros do Ministério da Fazenda, da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, além de acadêmicos da Fundação Getúlio Vargas – FGV e do INSPER, tendo também contado com o apoio do *Prosperity Fund* da OCDE/Reino Unido.

<sup>20</sup> Relatório Preliminar denominado “Fortalecimento dos meios de tutela reparatória dos direitos dos acionistas no mercado de capitais brasileiro”, datado de outubro/2019. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/>

A realidade do caminho tortuoso a ser perseguido pelo acionista minoritário na busca de fiscalização e reparação em relação a atos lesivos praticados contra a Companhia e contra a minoria é identificada logo no início do mencionado Relatório Preliminar MF/CVM, “uma percepção generalizada de que o atual regime jurídico não oferece mecanismos adequados para proteção do investidor”, acrescentando, ainda, que “como amplamente reconhecido, apesar de numerosas, as opções oferecidas pela legislação brasileira não proporcionam uma proteção efetiva ao investidor” (ob. cit., p. 04).

Constata-se a interferência de vários fatores que contribuem para a insegurança, desincentivo e demora no retorno ao acionista/investidor que se sinta lesado por ato de controle ou administrativo praticado em desfavor dele ou da Companhia.

Chama a atenção, para efeito o presente estudo, os seguintes fatores destacados pelo referido Relatório Preliminar MF/CMV: (i) a demora do judiciário na resolução de conflitos empresariais; (ii) a dificuldade em relação à produção de provas em conflitos empresarias; (iii) a aprovação das contas sem ressalvas como medida de exoneração de responsabilidade do administrador; (iv) a participação societária mínima exigida pela Lei nº 6.404/76 para propositura das ações fiscalizatórias e indenizatórias cabíveis; e (v) o desequilíbrio na equação de risco e retorno ao acionista que se dispõe a ajuizar ação de responsabilidade em face dos administradores da companhia.

#### *4.1 A morosidade na análise de demandas societárias*

Busca-se justificar a lentidão do poder judiciário brasileiro apontando para o altíssimo volume de processos em curso. Estima-se que, no ano de 2018, cerca de 80 milhões de processos<sup>21</sup> encontravam-se em trâmite no país, o que efetivamente sobrecarrega o aparato público criado para análise das demandas.

---

acesso\_informacao/serieshistoricas/estudos/anexos/relatorio\_preliminar\_fortalecimento\_dos\_meios\_de\_tutela\_reparatoria\_dos\_direitos\_dos\_acionistas\_no\_mercado\_de\_capitais\_brasileiro.pdf . Acesso em: 29 maio 2020.

<sup>21</sup> Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-27/judiciario-brasileiro-801-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em: 3 jun. 2020.

Essa sobrecarga, aliada ao alto grau de especificidade dos litígios empresariais societários, acaba inviabilizando a análise dessas demandas em tempo razoável, desestimulando o ingresso em juízo pelo acionista prejudicado. Afinal, a análise muito posterior de eventos administrativos, comerciais e contábeis pode dificultar a produção da prova da lesão ocorrida e, até mesmo, o cálculo do dano suportado pelas partes prejudicadas.

Sobre o assunto, o Relatório Preliminar MF/CVM reconhece como bem-sucedida a iniciativa do judiciário nacional a partir do ano de 2017, na implantação de varas especializadas em direito empresarial, “de modo que seria desejável a sua adoção em maior escala” (ob. cit., fl. 10).

Além disso, outra alternativa possível está na instituição de cláusula compromissória nos Estatuto das companhias, conforme autorizado pelo artigo 109, § 3º da Lei nº 6.404/76, levando para o foro da arbitragem as referidas disputas empresariais. Trata-se, de fato, de possibilidade viável de julgamento célere e qualificado dos litígios societários.<sup>22</sup>

Como constatado no Relatório Preliminar MF/CVM, parece mesmo que a criação de varas especializadas pelo judiciário e a inclusão de cláusulas compromissórias nos estatutos das Companhias configuraram, medidas para fazer diminuir os efeitos da morosidade na análise dos litígios societários.

#### *4.2 A dificuldade na produção de provas*

Outro ponto tratado pelo Relatório MF/CVM é a dificuldade na produção de provas relativas às disputas societárias. Os temas abordados demandam em grande parte das vezes, a realização de análises complexas de cunho financeiro, comercial e contábil dos atos praticados no âmbito da companhia.

---

<sup>22</sup> “A arbitragem usualmente apresenta algumas vantagens em relação à jurisdição estatal, especialmente nos litígios de natureza comercial, os quais, em regra, envolvem direito patrimonial disponível – um dos pressupostos para regular a formação do juízo arbitral. Dentre tais vantagens, podem ser citadas a agilidade e a informalidade na resolução da controvérsia, a especialização do julgador e a confidencialidade do processo.

Especificamente quanto aos litígios societários, a arbitragem pode propiciar a permanência da harmonia nas relações entre sócios, em virtude de ser um meio de solução de controvérsias reconhecidamente menos litigioso que a jurisdição estatal. Com efeito, a arbitragem guarda um elemento cooperativo, o que auxilia a conservação de outras relações jurídicas não controversas existentes entre as partes” (EIZIRIK, Nelson, ob. cit., p. 610-611).

Somado à própria complexidade dos temas, tem-se que a documentação administrativa, contábil e comercial das companhias encontram-se sob a tutela dos diretores e administradores, pelo menos em maioria eleitos pelo acionista controlador, não podendo se esperar que esses agentes facilitem a obtenção de provas pelo acionista que pretenda responsabilizá-los por determinado ato lesivo.

Esses fatores, como referido, são ainda mais agravados pela morosidade no andamento do processo, na medida em que o transcurso de grande período de tempo dificulta a identificação e mensuração dos eventos lesivos ocorridos.

Nesse sentido, apesar da legislação processual civil, em seu artigo 373, § 1º, facultar ao magistrado atribuir o ônus da prova à parte diante da peculiaridade da causa<sup>23</sup>, fato é que, em regra (artigo 373, *caput*), cumpre ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito.

Sobre o assunto, apesar da constatação realizada no Relatório MF/CVM (elemento que verdadeiramente poderá influenciar no ânimo e na decisão de se demandar contra a companhia), parece que a complexidade das demandas e a dificuldade das provas a serem produzidas nos litígios societários são fatos entre si interligados.

É pertinente ressaltar, nesse sentido, que em caso de receio de perecimento da prova necessária à condução da lide, haverá a possibilidade de ajuizamento de medidas prévias, visando a obtenção de tutela cautelar antecipada<sup>24</sup> (antiga *ad perpetuam rei memoriam*) para a produção e obtenção das provas que se fizerem necessárias, dentre as quais, a exibição de documentos, a prestação de contas com a realização de perícia prévia inclusive.

### 4.3 Os efeitos da aprovação das contas dos administradores

O referido Relatório MF/CVM traz, ainda como ponto relevante, a previsão legal (artigo 134, § 3º da Lei nº 6.404/76) de que os administradores são exonerados de responsabilidade civil quando da aprovação das contas sem ressalvas pelos acionistas e, em decorrência disso, os entraves processuais criados para o ajuizamento de ação de

<sup>23</sup> O que pode ser realizado mediante análise da impossibilidade ou excessiva dificuldade de se obter a prova.

<sup>24</sup> Conforme artigos 303 a 311 do Código de Processo Civil.

responsabilidade sob a condição de, antes, se anular a decisão assemblear que deliberou sobre a aprovação das contas.

Segundo o referido Relatório, “diante de uma situação em que o ilícito é descoberto após a aprovação das contas da administração, os acionistas devem primeiramente anular a decisão da assembleia geral que eximiu o administrador da responsabilidade”, em processo judicial demorado e complexo (ob. cit., p. 11).

A questão é vista, também, sobre a perspectiva dos respectivos prazos prescricionais envolvidos, na medida em que “há uma diferença no prazo prescricional para ajuizar a ação anulatória da deliberação assemblear que aprovou as contas e demonstrações financeiras dos administradores – a Lei de Sociedade por Ações prevê um prazo de 2 (dois) anos contados da data da deliberação –, e o para ajuizar ação de responsabilidade civil contra os administradores da companhia – a lei prevê um prazo de 3 (três) anos, contados da data de publicação da ata da assembleia que aprovou o balanço referente ao exercício em que tenha sido praticado o ato ilícito –, o que pode, ao fim e ao cabo, representar na prática uma diminuição no prazo de prescrição aplicável a esta última” (ob. cit., p. 11).

A interpretação da Lei nº 6.404/76 para aplicação dos referidos prazos prescricionais foi debatida no judiciário, sendo, para o tema, pertinente a transcrição do voto de autoria do então Ministro Ari Pargendler, no julgamento do Recurso Especial nº 257.573 – DF<sup>25</sup>, esclarecendo que “[a] exigência de que a ação de responsabilidade civil seja precedida da anulação da deliberação da assembleia geral que aprovou as contas do administrador, dificulta sobremaneira a indenização dos danos, e não se justifica porque constitui uma sobreposição de demandas, à medida que a causa petendi de uma e de outra são idênticas. Mas a lei é essa, e, enquanto não for alterada, deve ser aplicada”.

Com efeito, é questionável a própria obrigação imposta pela Lei, de que o acionista delibere sobre tema complexo como as contas e balanço da companhia, tendo como consequência a imediata quitação em relação às responsabilidades dos administradores e a limitação do seu respectivo direito de indenização correspondente a possíveis lesões posteriormente verificadas.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 257.573 – DF (2000/0042646-6). Relator: Ministro Ari Pargendler.

Sobre o assunto, ainda o Relatório MF/CVM propõe a revogação da regra constante do artigo 134, § 3º da Lei nº 6.404/76, ou a sua revisão de forma que seja concedido poder de veto a uma minoria qualificada “restringindo a isenção de responsabilidade somente para fatos conhecidos dos acionistas no momento da votação, ou permitindo que os acionistas que votaram contra a aprovação das contas da administração possam ajuizar ações cíveis contra os administradores” (ob. cit., p. 12), sem prejuízo do estudo de outras medidas que possam mitigar o problema verificado.

Parece, nesse ponto, que a proposta de reforma legislativa sinalizada pelo Relatório Preliminar MF/CVM é recomendada e representaria efetiva melhora nas condições de ação necessárias ao exercício do direito de fiscalização pelo acionista minoritário.

#### *4.4 A participação societária mínima exigida para legitimidade postulatória em juízo*

Considerável parte dos direitos garantidos aos acionistas minoritários pela Lei nº 6.404/76 exige, para o seu exercício, que o(s) acionista(s) postulante(s) detenha(m) participação mínima correspondente a 5% (cinco por cento) do capital social e, em alguns casos, 0,1 (um décimo) das ações com direito a voto.

Conforme constatado pelo Relatório MF/CVM, há uma dicotomia de direitos em disputa a partir da fixação dos referidos limites mínimos, na medida em que, enquanto “a exigência da legislação quanto à titularidade de, pelo menos, 5% do capital social revela uma preocupação em limitar a propositura de ações judiciais frívolas”, “[d]e outra parte, em determinadas situações, esse quórum pode ser extremamente difícil de ser alcançado: seja nos casos em que o capital social é muito disperso, seja naqueles em que é muito concentrado”, sendo que “uma participação de 5% no capital social pode representar um investimento muito significativo” (ob. cit., p. 13).

A dificuldade em encontrar uma justa medida sobre o assunto não é pouca e é objeto de estudo em diversos países, conforme constatado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> “A confiança dos investidores minoritários é reforçada quando o sistema jurídico fornece mecanismos que permitam aos acionistas minoritários encetar ações judiciais, quando têm motivos razoáveis para crer que os seus direitos foram vio-

O Relatório MF/CVM cita a pretensão de se aplicar a permissão concedida no artigo 291 da Lei nº 6.404/76 de modo que a Comissão de Valores Mobiliários – CVM pudesse, mediante a instituição de norma administrativa, “reduzir, mediante fixação de escala em função do valor do capital social, a porcentagem mínima aplicável às companhias abertas, estabelecida no art. 105; na alínea c do parágrafo único do art. 123; no *caput* do art. 141; nº § 1º do art. 157; no § 4º do art. 159; no § 2º do art. 161; no § 6º do art. 163; na alínea a do § 1º do art. 246; e no art. 277”.

No entanto, consoante se extrai do referido texto legal, tal permissiva se limita às companhias abertas, sendo que, em relação às companhias fechadas, a atuação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM para o estabelecimento de percentual mínimo diverso daquele previsto em Lei (por escala em função do valor do capital social) seria reconhecidamente difícil e poderia não refletir a realidade das companhias fechadas.

É bem verdade que, para efeito das companhias fechadas, o nível de dispersão das ações é consideravelmente inferior quando comparado ao contexto das companhias abertas, podendo se concluir, a princípio, que a possibilidade de existência de acionistas minoritários com participação inferior a 5% (cinco por cento), ou a 0,1 (um décimo) do capital social no ambiente das fechadas seria mais raro.

---

lados. A provisão de tais mecanismos de aplicação é uma das responsabilidades fundamentais dos legisladores e reguladores.

Existe o risco de um sistema legal que permita a qualquer investidor desafiar a atividade empresarial nos tribunais se poder tornar propenso a um excesso de litígios. Assim, muitos sistemas legais introduziram disposições para proteger os membros de gestão e do conselho de administração contra o abuso de litígios sob a forma de testes de suficiência das queixas dos acionistas, os chamados portos seguros para a ação de membros de gestão e do conselho de administração (como a *business judgement rule*), bem como portos seguros para a divulgação de informação. No final, deve ser alcançado um equilíbrio entre permitir que os investidores obtenham uma compensação por violação dos seus direitos de propriedade e evitar um número excessivo de litígios. Muitos países têm constatado que os procedimentos de adjudicação alternativos, tais como audiências administrativas ou procedimentos de arbitragem organizados pelos reguladores de valores mobiliários ou outros órgãos reguladores, são um método eficiente para a resolução de litígios, pelo menos a nível de primeira instância. Os procedimentos judiciais especializados podem também ser um instrumento prático para obter providências cautelares em tempo útil, e, assim, facilitar a rápida resolução de litígios” (OCDE (2016), *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, Éditions OCDE, Paris, fls. 19 e 20. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259195-pt>).

No entanto, como já mencionado, a esmagadora maioria das companhias existentes no país são de natureza fechada, o que não torna desprezível a real existência e a necessária tutela dos direitos dos acionistas minoritários nas condições referidas, inclusive como preceito constitucional de garantia à justiça e de acesso ao judiciário (segundo proclamação constitucional todos são iguais perante a lei se lhes assegurando jurisdição).<sup>27</sup>

#### *4.5 O desequilíbrio na equação de risco e retorno ao acionista*

Para além dos demais pontos já suscitados, outra questão relevante trazida pelo Relatório MF/CVM restou conceituada como a existência de “um desequilíbrio entre os riscos e os retornos que um acionista enfrenta ao decidir ajuizar uma ação de responsabilidade civil contra o administrador em nome da companhia” (fl.13).

Com efeito, quando o acionista lesado se dispõe a ingressar em Juízo em face dos administradores de forma autônoma, resta-lhe as opções constantes do artigo 159 da Lei nº 6.404/76, especificamente em seu § 3º [caso o ajuizamento da ação seja aprovado pela Assembleia Geral e não seja exercido pela companhia no prazo de 3 (três) meses], ou em seu § 4º (caso a Assembleia Geral delibere pela não propositura da ação de responsabilidade e o acionista decida prosseguir com o ajuizamento da lide).

Em ambas as hipóteses, contudo, o acionista minoritário atua em substituição à própria companhia, sendo que o resultado efetivo da demanda beneficia à companhia e, apenas de forma indireta (pelo acréscimo de patrimônio à Companhia) ao acionista.

O acionista demandante, aliás, sequer saberá desde logo se o resultado da ação irá ser reconhecido como lucro em eventual revisão do fechamento financeiro da companhia no exercício correspondente e, se o for, aproveitará a ele apenas na proporção que detém do capital social (e, da mesma forma, aos demais acionistas que não correram o risco da demanda).

O § 5º do artigo 159 da Lei nº 6.404/76 chega a prever que, em caso de procedência da ação, a companhia deverá indenizar o acionista autor da ação de todas as despesas que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados, no entanto, até o limite dos resultados obtidos com a ação reparadora proposta.

<sup>27</sup> Art. 5º da Constituição, incisos XXXV e LIV.

Em caso de insucesso no litígio, o acionista autor da ação ficará sujeito ao pagamento de honorários ao advogado da parte contrária, entre 10% a 20% sobre o valor da causa<sup>28</sup>, além de assumir, desde o momento inicial, os custos financeiros com custas judiciais, contratação de advogados e demais assessores necessários e, também, sofrerá o desgastante custo relativo às dificuldades já mencionadas, no que tange à duração do processo e à obtenção de provas.

No que se refere à ação de responsabilidade movida em face de sociedade controladora, o artigo 246, § 2º da Lei nº 6.404/76 chega a prever que, em caso de procedência da demanda, “além de reparar o dano e arcar com as custas” a sociedade controladora vencida “pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização”.

Destaca-se da regra do artigo 246 da Lei nº 6.404/76 que, diferentemente do quanto previsto pelo artigo 159, § 5º da *mens legis*, o reembolso previsto se limita às custas da ação, não abrangendo o reembolso por todas as despesas suportadas (inclusive honorários advocatícios).

Chama ainda a atenção, no referido dispositivo, que o incentivo concedido pela lei ao acionista minoritário [5% (cinco por cento) de prêmio em relação ao valor da indenização] é quatro vezes inferior aos honorários garantidos ao seu advogado [20% (vinte por cento) sobre o valor da indenização], e isto não pode ser considerado apenas como curiosidade legal. Deve ser levado em conta.

Todo esse conjunto de elementos revela uma relação de custo benefício que não incentiva a propositura das ações previstas na Lei nº 6.404/76 pelo acionista minoritário e, como consequência, impõe dificuldades à efetiva fiscalização da companhia e à tutela dos direitos dos minoritários, o que, em boa medida, reflete na confiabilidade, na segurança jurídica e no estímulo à atividade econômica do mercado brasileiro<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Conforme artigo 85 do Código de Processo Civil.

<sup>29</sup> “O acesso a mecanismos efetivos de tutela privada é fundamental para o desenvolvimento de um mercado de capitais robusto. A propósito, a existência de mecanismos efetivos para tutelar os direitos de acionistas minoritários prejudicados por atos ilícitos praticados por acionistas controladores ou administradores de companhias abertas, não apenas satisfará seus interesses individuais, como também produzirá externalidades positivas. Isso porque a reparação efetiva pode melhorar o nível de conformidade do mercado com as normas e aumentar a confiança do investidor no mercado de capitais.

Sobre esses pontos, as sugestões apresentadas pelo Grupo de Trabalho MF/CVM são: (i) “criar um prêmio para os acionistas que ajuizarem a ação derivada, em caso de decisão favorável”; (ii) “prever que os autores terão direito ao reembolso de todas as despesas incorridas, quando a ação tiver sido aprovada pela assembleia geral e os administradores deixaram de tomar as medidas cabíveis”; e (iii) “se a lei for alterada, o artigo 246 deveria incorporar a mesma regra de reembolso que existe para ações derivadas contra administradores, incluindo também os honorários advocatícios”.

As sugestões propostas pelo multireferido Relatório MF/CVM são pertinentes, acrescentando-se a elas a possibilidade de aumento do percentual de prêmio destinado ao acionista minoritário que adotar as ações previstas nos artigos 159 e 246 da Lei nº 6.404/76, em especial a adoção de prêmio diferenciado em caso de desaprovação da proposição de Ação de Responsabilidade pela Assembleia Geral.

## 5. CONCLUSÃO

As conclusões que desta pesquisa emergem são de variadas ordens. A despeito de uma verificada insuficiência de normas legais, não se pode duvidar do esforço tanto das leis quanto das autoridades, no sentido de um contínuo aprimoramento das relações entre a companhia fechada, de acionistas controladores e seus acionistas minoritários.

Em que pese reconhecer certa aproximação das companhias fechadas com as sociedades contratuais, sociedades de pessoas, em matéria de governança e dos efeitos delas decorrentes, se dúvida houver, às companhias fechadas se deve aplicar, tanto quanto possível, todas os normativos próprios e aplicáveis às companhias abertas.

É preciso, ainda, registrar que apoiados em explícitas proclamações constitucionais, na medida em que insuficiente se manifestar o

---

Do ponto de vista econômico, um mercado de ações que protege acionistas minoritários tende a propiciar que companhias de capital aberto tenham acesso mais fácil a capital por meio de financiamento externo. Como apontado em vários estudos, variações na legislação [e no arcabouço regulatório], bem como a efetiva aplicação dessas normas são fundamentais para entender por que as empresas captam mais fundos em alguns países que em outros. Em larga medida, potenciais acionistas e credores financiam empresas porque seus direitos estão protegidos pela lei” (Relatório Preliminar MF/CVM (fl. 04).

plexo de leis que rege as companhias, o acionista eventualmente prejudicado tem, por conta própria, o mais amplo direito de ação segundo o direito comum.

De resto, em epílogo, fica a lição de que não é fácil e nem é barato o ser e o exercer o ministério de acionista minoritário. Leis há, o que nem sempre existe é cuidado, conhecimento, recursos e disposição para bem fazer valer os seus direitos e prerrogativas.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMEK, Marcelo V. Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A.*, Saraiva, São Paulo, 2009.

ADAMEK, Marcelo V. Von, *Abuso de minoria em direito societário*, Malheiros, São Paulo, 2014.

ALMEIDA, Ricardo José de. Conflitos entre acionistas majoritários, acionistas minoritários, e administradores profissionais causados por importâncias assimétricas dos direcionadores de valor das empresas. *Revista de Administração*. v. 37. n. 1. p.6-18. jan./mar. São Paulo, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. *O Conselho Fiscal nas companhias abertas*. Editora RT, São Paulo, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 11ª ed., rev. e atual. Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Vol. III. Saraiva, São Paulo, 1997.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Volume I – Arts. 1º a 120. Quartier Latin, São Paulo, 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª ed. Atlas, São Paulo, 1994.

FRANÇA, E.V.A.E.N. *Conflito de interesses nas assembleias de S. A.: (e outros escritos sobre conflito de interesses)*. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2014.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coord.). *Direito Societário: sociedades anônimas*. Série GVLaw, Saraiva, São Paulo, 2007.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997.

REQUIÃO, Rubens. *Sociedade Anônima como Instituição*, in *RDM* 18:25.

# O GRUPO ECONÔMICO SOB O ENFOQUE DA REFORMA TRABALHISTA

Caroline Rodrigues Braga

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da terminologia e do conceito de grupo econômico. 2.1. Da pluralidade de terminologias adotadas no ordenamento jurídico vigente. 2.2. Do conceito de grupo econômico no âmbito do Direito do Trabalho. 3. Dos requisitos legais para a configuração do grupo econômico. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) alterou a redação do § 2º do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dispõe sobre os requisitos para a configuração de grupo econômico, como também incluiu o § 3º ao mencionado artigo, com a previsão de que “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

Referidas mudanças ampliaram a possibilidade de reconhecimento da formação de grupo econômico entre empresas, posto que, com o advento da Reforma, passou-se a admitir a caracterização do grupo econômico por coordenação ou horizontal, ou seja, tornou-se dispensável a existência de hierarquia ou de subordinação entre as empresas integrantes do grupo<sup>30</sup>. Em contrapartida, houve avanço quanto à previsão expressa de que a mera identidade de sócios não é suficiente para a caracterização do grupo econômico.

<sup>30</sup> Requisito exigido pela antiga redação do art. 2º, § 2º da CLT/1943.

Certo é que, mesmo após a implementação das alterações decorrentes da Lei 13.467/2017, o instituto do grupo econômico, na esfera trabalhista, ainda é alvo de decisões arbitrárias que, em sua grande maioria, presumem a configuração dos requisitos legais previstos nos § 2º e § 3º do artigo 2º da CLT, em prol da satisfação dos créditos trabalhistas.

## **2. DA TERMINOLOGIA E DO CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO**

Apesar de o ordenamento jurídico vigente estabelecer, em cada legislação específica<sup>31</sup>, os requisitos mínimos para a configuração do instituto do grupo econômico, não há qualquer definição objetiva do conceito de grupo econômico, tampouco há uniformidade quanto ao uso da terminologia adotada em cada legislação a tratar do tema.

Diante da inexistência de um conceito legal, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência interpretar o instituto, fazendo-o a partir dos requisitos previstos em cada lei. Em razão disso, o instituto possui contornos próprios, vários, porém em diferentes áreas do Direito.

No âmbito da Justiça do Trabalho, impera o princípio da informalidade, segundo o qual será dispensável a comprovação de determinados requisitos formais, em prol da efetividade e da celeridade próprias do processo trabalhista em face da natureza alimentar do crédito trabalhista. Em decorrência, a caracterização do grupo econômico na Justiça do Trabalho ocorre de forma mais frequente do que se dá em outras áreas.

### ***2.1 Da pluralidade de terminologias adotadas no ordenamento jurídico vigente***

Não bastasse a inexistência de conceito jurídico claro, certo e determinado acerca da definição de grupo econômico, as diversas leis que tratam da matéria empregam terminologias distintas para tratar do mesmo assunto, o que, por vezes, causa dificuldade de compreensão e de análise quanto à existência, ou não, de equivalência das expressões empregadas.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990), na seção V, que trata da desconsideração da personalidade jurídica utiliza as expressões “grupos societários”, “sociedades controladas” e “sociedades consorciadas” para se referir ao instituto do grupo econômico.

---

<sup>31</sup> Legislação civil, societária, consumerista e trabalhista, por exemplo.

A Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), no capítulo XXI, utiliza a expressão “Grupo de Sociedades” e estabelece, no artigo 265 e seguintes<sup>32</sup>, as características e a natureza do instituto.

O Código Civil, por sua vez, utiliza a nomenclatura “sociedades coligadas”, fazendo-o no capítulo VIII, artigo 1.097 e seguintes.

Recentemente, a expressão “grupo econômico” foi inserida ao *Codex* Civil, a partir da vigência da Lei 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, tendo, em boa hora, incluído ao artigo 50, o § 4º, com a seguinte previsão: “§ 4º 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”.

No âmbito da legislação trabalhista, a CLT originariamente referia-se ao grupo econômico como “grupo industrial, comercial ou qualquer outra atividade econômica”<sup>33</sup>.

A expressão “grupo econômico” foi inserida ao artigo 2º, § 2º da mesma CLT, com a redação dada pela já citada Lei 13.467/2017, passando a vigorar com o seguinte texto: “§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem

<sup>32</sup> 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.

Art. 266. 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.

<sup>33</sup> Art. 2º, § 2º – Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”.

Não obstante a pluralidade de terminologias, o conceito construído pela doutrina e pela jurisprudência convergem no sentido de que todas as expressões ora citadas são equivalentes e/ou sinônimos, não interferindo, portanto, de forma substancial na definição e na construção do conceito do instituto.

## ***2.2 Do conceito de grupo econômico no âmbito do Direito do Trabalho***

Apesar da inexistência de conceito legal de “grupo econômico”, será possível estabelecer seus contornos e limites para fins de aplicação no ordenamento jurídico vigente, fazendo-o através da construção doutrinária e jurisprudencial a partir da análise dos requisitos previstos em lei. Maurício Godinho Delgado define grupo econômico, no âmbito do Direito do Trabalho, da seguinte forma: “O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação jus trabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica” (DELGADO, 2018, p. 495).

Ainda de acordo com Delgado, a finalidade do instituto foi a de “ampliar as possibilidades de garantia do crédito trabalhista” (DELGADO, 2018, p. 496).

A Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), desde a sua constituição (nos idos de 1943), já abordava o instituto, sob outra denominação, como também definia os requisitos para sua configuração. Confira-se a redação original do § 2º do art. 2º da CLT/1943: “§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

Passados 30 anos, com o advento da Lei 5.889/1973, que estatuiu sobre normas reguladoras do trabalho rural, o conceito de grupo

econômico ganhou novos contornos no âmbito do Direito do Trabalho, diante da previsão contida no art. 3º, § 2º da referida lei, assim: “§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego”.

A Reforma Trabalhista mais recente (Lei 13.467/2017), aproveitando-se do conceito já estabelecido pela Lei 5.889/1973, alterou aquela redação do § 2º do art. 2º da CLT, passando a vigorar, assim: “§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

Observe-se que o legislador aproveitou, praticamente, a integralidade da redação do § 2º do art. 3º da Lei 5.889/1973, tendo apenas feito pequenos ajustes na pontuação e suprimido a expressão “ou financeiro rural”.

Ressalte-se que a alteração mais significativa trazida pela Lei 13.467/2017, no tocante ao grupo econômico, decorreu da inclusão do § 3º ao art. 2º da CLT, com a previsão expressa de que “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

Certo é que, apesar de não existir uma definição, clara e objetiva, acerca do conceito de grupo econômico no ordenamento jurídico vigente, há convergência de ideias e de conceitos sobre o instituto (ao menos, no mundo das ideias).

Na prática ou, conforme Platão, no mundo sensível a aplicação do instituto é por vezes controvertida, especialmente no âmbito da Justiça do Trabalho, em razão da relativização dos requisitos formais, em prol da busca pela satisfação do crédito trabalhista; o que necessita reconhecer seus limites, o que, a seu turno, não se faz sem uma percuciente análise dos fatos, das pessoas, e das relações de causa e efeito.

### 3. DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONFIGURAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO

Cumpra destacar que na esfera trabalhista há significativa relativização dos requisitos formais para a configuração do instituto, em virtude da natureza alimentar do crédito trabalhista e da tão aclamada e, diga-se de passagem, exacerbada, exaltação da condição de hipossuficiência do trabalhador.

Resultado disso é a mitigação do instituto (num exercício de relativização) na esfera jus laboral, quando comparado, por exemplo, com as esferas do Direito Civil, Empresarial e Tributário, nas quais o reconhecimento do grupo econômico estará condicionado à comprovação inequívoca dos requisitos legais.

Com efeito, a CLT prevê, no art. 2º, § 2º e § 3º, os requisitos caracterizadores do reconhecimento do grupo econômico entre empresas, *in verbis*: “Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (...) § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego. § 3º. Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

Nesse compasso, e em estrita observância à previsão da lei, competirá à parte que pretender a declaração de reconhecimento de grupo econômico, demonstrar no processo que as empresas envolvidas estarão “sob a direção, controle ou administração de outra” e, ainda, a existência de “interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”, tal como determina a lei<sup>34</sup>.

Apesar de a lei prever, expressamente, os requisitos mínimos necessários para a configuração do grupo econômico, corriqueiramente, se depara com decisões judiciais que presumem a presença dos elementos e decretam a existência de grupo econômico, fazendo-o com base em meros indícios.

---

<sup>34</sup> Inteligência dos artigos 818 da CLT e 373 do Código de Processo Civil.

O principal fundamento utilizado pelos julgadores em casos tais, advém da natureza alimentar do crédito trabalhista que, legalmente, detém preferência sobre outros créditos<sup>35</sup>. Ocorre que nas circunstâncias, a efetividade da execução trabalhista se sobreporá, de forma absolutamente ilegal e inconstitucional até, às previsões da lei, causando, em sua maioria, graves transtornos aos empregadores, ante a insegurança jurídica perpetrada. Confira-se alguns julgados, oriundos do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.<sup>36</sup>

Importante esclarecer que não se está a questionar a natureza preferencial do crédito trabalhista, mesmo porque tal condição decorre da própria lei. No entanto, ainda que o crédito trabalhista goze de tal

<sup>35</sup> Art. 83, I da Lei 11.101/2005.

<sup>36</sup> “GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. A caracterização do grupo econômico no Direito do Trabalho tem tipificação específica, em face do princípio protetor do empregado, não seguindo, assim, os rigores normativos do Direito Civil ou do Direito Comercial. O art. 2º, § 2º, da CLT estabelece que sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.” (TRT da 3ª Região; PJe: 0010617-57.2017.5.03.0020 (RO); Disponibilização: 21/02/2020; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Antônio Carlos R. Filho).

“GRUPO ECONÔMICO. ELEMENTOS DE SUBORDINAÇÃO OU COORDENAÇÃO. O reconhecimento do grupo econômico para fins trabalhistas não necessita se revestir das modalidades jurídicas típicas de outros ramos jurídicos, desde que existam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de subordinação ou coordenação entre as empresas, nos termos art. 2º, § 2º, da CLT.” (TRT da 3ª Região; PJe: 0011283-20.2015.5.03.0023 (AP); Disponibilização: 21/02/2020; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Convocado Danilo Siqueira de C. Faria).

“GRUPO ECONÔMICO. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A caracterização de grupo econômico na seara trabalhista não se reveste das mesmas características e exigências comuns do Direito Empresarial. Nessa seara, basta a simples relação de coordenação entre as empresas, com interesse social integrado, não se cogitando, para tanto, da existência de controle e administração de uma empresa sobre as outras, em grau de hierarquia ascendente. Inequívoca, pois, a configuração do grupo, quando se confirma nos autos o interesse social integrado entre as demandadas, o que atrai a responsabilidade solidária e o reconhecimento da figura do empregador único, nos moldes do art. 2º, § 2º, da CLT.” (TRT da 3ª Região; PJe: 0010933-48.2019.5.03.0037 (RO); Disponibilização: 21/02/2020; Órgão Julgador: Décima Turma; Relator: Taisa Maria M. de Lima).

condição preferencial, os magistrados, assim como os advogados, não podem ignorar outros institutos, igualmente previstos em lei, em prol da efetividade da execução trabalhista, sob pena de se espancar o devido processo legal<sup>37</sup> e, por conseguinte, cercear o direito de defesa da parte.<sup>38</sup>

Não se pode admitir, enfim, a simples decretação de grupo econômico sem a devida comprovação dos requisitos previstos no art. 2º, § 2º e § 3º da CLT.

E, nesse particular, a mera presença de indícios ou de evidências não pode ser considerada, pelos magistrados, suficiente para caracterizar a existência do grupo econômico por não haver, na lei, previsão nesse sentido.

A dinâmica processual preceitua como regra geral, a distribuição do ônus da prova, incumbindo esse autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito do autor como arguido.<sup>39</sup>

Isto significa que, uma vez que o autor pretenda a declaração de grupo econômico, incumbe-lhe o ônus de comprovar o preenchimento dos requisitos previstos na lei, nos moldes do art. 2º, § 2º e § 3º da CLT.

O juízo, por sua vez, não pode se valer simplesmente da natureza preferencial do crédito trabalhista para decretar a presença de grupo econômico, na hipótese de o empregado ter se contentado com meros indícios ou alegações, sob pena de se consagrar evidente violação ao princípio constitucional da legalidade, porque “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>40</sup> Não se admite, *para o efeito*, ofensa às regras de distribuição do ônus da prova. Não dispendo a lei sobre a possibilidade de reconhecimento de grupo econômico a partir de indícios ou evidências, impõe-se afastar eventual pretensão nesse sentido.

As arbitrariedades de algumas decisões proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho têm sido frequentes, mesmos após a vigência da

---

<sup>37</sup> Art. 5º, LIV da Constituição Federal.

<sup>38</sup> Art. 5º, LV da Constituição Federal.

<sup>39</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 393.

<sup>40</sup> Artigo 5º, II da Constituição da República.

Lei 13.467/2017. São posicionamentos que contrariam, expressamente, a legislação em vigor.<sup>41</sup>

Em contrapartida, cumpre registrar também a existência de posicionamentos, ainda que minoritários, que prezam pela correção na aplicação do Direito e, por isso, exigem a comprovação inequívoca dos requisitos legais para a caracterização do grupo econômico, afastando pretensões desprovidas de demonstração.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> “GRUPO ECONÔMICO. IDENTIDADE DE SÓCIOS E DE ATIVIDADE ECONÔMICA. Não é condição para configuração de grupo econômico a existência de direção, controle ou administração de uma empresa sobre a outra, mas sim a presença de interligação, colaboração ou atuação conjunta, a demonstração de comunhão de interesses, presente no caso, ante a identidade de sócios nos quadros societários da reclamada (inativa) e de (...), que desenvolvem mesma atividade econômica, conforme artigo 2º, § 2º da CLT, a amparar a inclusão no polo passivo da presente execução, que deve prosseguir.” (TRT1, Décima Turma, Rel. Celio Juacaba Cavalcante, AP nº 0118000-94.2007.501.0022, *DEJT* 07.06.2018).

“GRUPO ECONOMICO. SÓCIO EM COMUM. EXECUÇÃO TRABALHISTA. SOLIDARIEDADE ECONÔMICA. Em se tratando de grupo econômico, as empresas que formam o conglomerado respondem solidariamente pelas obrigações trabalhistas. Assim é que, ainda que as empresas integrantes do grupo tenham cada uma personalidade jurídica própria, resta inafastável a solidariedade. E constatado através de documentação juntada aos autos que a agravada, conta com objeto social similar à algumas empresas do conglomerado econômico e estão sob a direção de sócio administrador em comum, resta evidente a existência de grupo econômico, nos termos do § 2º do art. 2º da CLT.” (TRT, 6ª Região, Primeira Turma, Rel. Maria do Socorro Silva Emerenciano, AP nº 0000923-55.2018.506.0211, *DJU* 24.04.2019).

<sup>42</sup> “GRUPO ECONÔMICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Não se vislumbrando nos autos os elementos aptos a comprovar a existência de um nexos relacional interempresarial, tampouco os requisitos caracterizadores da formação de grupo econômico, no dispositivo de lei atinente, há de se manter incólume a decisão de origem que, acertadamente, indeferiu o pleito de formação de grupo econômico entre as Reclamadas.” (TRT, 20ª Região, Rel. Thenisson Santana Dória, RO 0000773-48.2017.520.0008, *DJU* 26.06.2019)

“GRUPO ECONÔMICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não demonstrados os pressupostos para o reconhecimento do grupo econômico, torna-se inviável a imposição de solidariedade.” (TRT da 3ª Região; PJe: 0010699-82.2018.5.03.0140 (RO); Disponibilização: 20/02/2020; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Ricardo Antonio Mohallem)

“GRUPO ECONÔMICO – CARACTERIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS. A configuração de grupo econômico passa, fundamentalmente, pela prova do controle, da direção ou da administração de uma empresa sobre a outra ou da existência de interesse integrado, efetiva comunhão de interesses

Tem-se, desta forma, que apesar da predominância das decisões que relativizam os requisitos legais do grupo econômico em prol da efetividade da execução trabalhista, em razão do histórico caráter paternalista da Justiça do Trabalho, há Magistrados que aplicam a lei corretamente, seja em observância aos requisitos legais, seja em relação às regras de distribuição do ônus da prova.

#### 4. CONCLUSÃO

Como visto, o instituto do grupo econômico está presente nas mais diversas áreas do Direito, sendo que, no âmbito da Justiça do Trabalho, apesar de a Consolidação das Leis do Trabalho o prever expressamente, os requisitos para sua configuração, nos moldes do art. 2º, § 2º e § 3º, é grande o número de decisões judiciais que relativizam referidos requisitos formais, fazendo-o em prol da efetividade e da celeridade da execução trabalhista. Há, nesses casos, nítida prevalência da informalidade – característica ou peculiaridade do Direito do Trabalho – em detrimento da observância dos limites legais e constitucionais impostos.

---

e atuação conjunta das empresas integrantes (artigo 2º, da CLT). Assim, se não demonstrados tais elementos, ônus do Exequente, inviável a inclusão da empresa pretendida no polo passivo da demanda.” (TRT da 3ª Região; PJe: 0015200-88.1999.5.03.0029 (AP); Disponibilização: 17/02/2020; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Emilia Facchini).

“AGRAVO DE PETIÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Para a configuração do grupo econômico não basta a identidade dos sócios, sendo necessário para tanto, nos termos do § 3º do art. 2º da CLT, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. Não tendo o exequente se desincumbido do seu ônus probatório, impõe-se o não acolhimento de sua pretensão. Recurso a que se nega provimento.” (TRT da 3ª Região; PJe: 0000184-57.2014.5.03.0033 (AP); Disponibilização: 14/02/2020; Órgão Julgador: Décima Turma; Relator: Rosemary de O. Pires).

“GRUPO ECONÔMICO. SÓCIO EM COMUM. NÃO CONFIGURAÇÃO. A mera identidade de sócios não caracteriza grupo econômico, sendo necessárias a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes (Art. 2º, § 3º, da CLT). No caso em exame, não restou evidenciado o interesse integrado entre os entes envolvidos, muito menos que esses atual em conjunto. O simples fato de uma pessoa compor o quadro societário de duas empresas, por si só, não conduz a tal ilação. De observar, outrossim, que se trata de empresas que desenvolvem suas atividades em locais próprios e cujos objetos são absolutamente distintos.” (TRT, 1ª Região, Rel. José Nascimento Araujo Neto, AP 0101402-92.2016.501.0202, *DEJT* 07.09.2019).

Em razão desse cenário, empregadores em geral têm sido alvo de decisões arbitrariamente cunhadas na ilegalidade e na inconstitucionalidade.

Não se desconhece o privilégio que a lei atribui ao crédito trabalhista. Exatamente por isso não há motivação objetiva para, sem a devida prova, sem uma demonstração relacional da causa e efeito, simplesmente capturar mais um instituto novo para justificar esse privilégio, desavisado de provas, desprezando-se o sentido e o valor social também dos empregadores, cuja importância é vital para o bom desenvolvimento da economia. Sem empregador não há empregos.

Por isso, o tema deve ser tratado com todo cuidado, com precaução e com seriedade. Espera-se que a Justiça do Trabalho continue atenta, bem sopesando e minimizando a prática de um velho e desnecessário paternalismo exacerbado, e assim, proferindo decisões em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. 3ª ed. 2ª tir., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. Código Civil (2002). *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). *Decreto Lei n° 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm). Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 19 fev. 2020.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. O grupo econômico trabalhista após a Lei 13.467/2017. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 8, n. 77, p. 54-76, abr. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/156052>. Acesso em: 31 jan. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista altera caracterização de grupo econômico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-09/gustavo-garcia-reforma-trabalhista-muda-conceito-grupo-economico>. Acesso em: 24 jan. 2020.

GUIDOLIN, Pedro Luiz. *Grupo econômico: dimensões da responsabilidade e sua interpretação perante os tribunais do trabalho*. 2015. 155 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. Volume II. São Paulo: LTr, 2008.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *O grupo econômico sob a ótica do Direito do Trabalho e da reforma trabalhista*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-15/reflexoes-trabalhistas-grupo-economico-otica-reforma-trabalhista>. Acesso em: 24 jan. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHIAVI, Mauro. *A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.

# AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E AS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier  
Cançado de Almeida

**Resumo:** A operação urbana consorciada mostra-se como relevante instrumento para o desenvolvimento de projetos urbanos complexos, por meio de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada. Sua utilização permite o desenvolvimento urbano e a valorização de políticas sociais e ambientais, ademais da própria gestão democrática da cidade. Para sua implantação, poderá o Município, desde que autorizado na lei municipal que a instituir, valer-se da contratação de parcerias público-privadas, seja na modalidade de concessão administrativa, seja na de concessão patrocinada.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. As operações urbanas consorciadas. 3. As parcerias público-privadas. 3.1. Conceito. 3.2. As modalidades de parcerias público-privadas. 3.3. A concessão administrativa: a prestação de serviços públicos, tendo a Administração Pública como usuária direta ou indireta. 4. Da viabilidade legal de realização de operações urbanas consorciadas sob a forma de concessão patrocinada ou de concessão administrativa. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, foi editado com a finalidade de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição da República,<sup>1</sup> que consagra a política de desenvolvimento urbano para

<sup>1</sup> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o

proporcionar “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Por tal razão, “(...) estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (artigo 1º, parágrafo único, do Estatuto da Cidade).

Com o Estatuto da Cidade, busca-se viabilizar o direito à cidade sustentável, assim entendida como o “direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, I, do Estatuto da Cidade), bem como, entre outras finalidades, sua gestão democrática, a cooperação entre governos e iniciativa privada, a oferta de equipamentos e de serviços adequados, a correta ocupação urbana, a ordenação e o controle no uso do solo,

---

pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

com a respectiva regularização e urbanização das áreas ocupadas pela população de baixa renda, a definição de instrumentos de política econômica, tributária e financeira, a proteção, preservação e conservação ambiental e do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico, justa distribuição dos benefícios e ônus da urbanização, e, principalmente, o planejamento do desenvolvimento da cidade (artigo 2º do Estatuto). Espera-se, assim, dotar os Municípios com os instrumentos necessários para o desenvolvimento de suas atividades e para a prestação dos serviços correlatos, de maneira autossustentável.

Nesse contexto, a operação urbana consorciada (artigos 32 a 34) foi concebida como um dos instrumentos de política urbana para o desenvolvimento das cidades, a partir da correta ocupação e ordenação.<sup>2</sup>

Com ela, espera-se viabilizar a realização de grandes investimentos, que permitam a recuperação, a revitalização, a ordenação ou a requalificação de determinadas áreas urbanas, de forma a provê-las da adequada ocupação social, da valorização ambiental e da infraestrutura pública respectiva. Nesse contexto, a parceria público-privada apresenta-se como relevante instrumento para a efetivação das finalidades intrínsecas às operações urbanas consorciadas.

## 2. AS OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

O instituto da operação urbana consorciada está previsto nos artigos 32 a 34 do Estatuto da Cidade,<sup>3</sup> e se caracteriza como sendo o

<sup>2</sup> “A legislação urbanística nacional reconhece a operação urbana consorciada como valioso instrumento de planejamento urbano, estando prevista nos arts. 32 e 33 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade. Ademais de constituir um dos mais importantes instrumentos de planejamento municipal, a operação urbana consorciada deve estar aliada ao desenvolvimento sustentável das cidades” (CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Operação urbana consorciada: possibilidades e limitações (possibilidade de implantação sem prévio parcelamento do solo; óbices à incorporação de recurso hídrico). *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, n. 19, 2008, p. 20).

<sup>3</sup> Art. 32. Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas. § 1º Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental. § 2º Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas: I – a modi-

“conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental” (artigo 32, § 1º).

Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o respectivo plano, que conterà, no mínimo:

- I – definição da área a ser atingida;
- II – programa básico de ocupação da área;
- III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação;
- IV – finalidades da operação;
- V – estudo prévio de impacto de vizinhança;

---

ficação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente; II – a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

Art. 33. Da lei específica que aprovar a operação urbana consorciada constará o plano de operação urbana consorciada, contendo, no mínimo: I – definição da área a ser atingida; II – programa básico de ocupação da área; III – programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação; IV – finalidades da operação; V – estudo prévio de impacto de vizinhança; VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 desta Lei; VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil. § 1º Os recursos obtidos pelo Poder Público municipal na forma do inciso VI deste artigo serão aplicados exclusivamente na própria operação urbana consorciada. § 2º A partir da aprovação da lei específica de que trata o *caput*, são nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o plano de operação urbana consorciada.

Art. 34. A lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação. § 1º Os certificados de potencial adicional de construção serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação. § 2º Apresentado pedido de licença para construir, o certificado de potencial adicional será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada.

VI – contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados em função da utilização dos benefícios previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 32 da Lei nº 10.257/01;

VII – forma de controle da operação, obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

Assim, a operação urbana consorciada conceitua-se como sendo o instrumento para o desenvolvimento de projetos urbanos complexos, por meio de parceria entre o Poder Público, proprietários, sociedade civil e investidores privados, de maneira a se atender as finalidades e as premissas então definidas no Plano Diretor respectivo. Com isso, o Poder Público busca a concretização de relevantes transformações em áreas urbanas específicas, que podem contemplar a recuperação de áreas degradadas, a recuperação, revitalização e requalificação de áreas centrais, urbanas específicas, industriais e portuárias desativadas, a transformação de conjuntos urbanos, com o fim de dotá-los de infraestrutura adequada, conformação do uso do solo e da infraestrutura no entorno de grandes equipamentos urbanos, entre outras transformações.

Em razão disso, a operação urbana consorciada possui grande potencial para a qualificação espacial dos Municípios, na medida em que ela autoriza o tratamento quase arquitetônico de espaços urbanos específicos, o que, em grandes centros urbanos, não pode ser satisfatoriamente alcançado apenas por meio dos instrumentos destinados à ordenação da ocupação urbana, que são o Plano Diretor e a Lei de Zoneamento.

As exigências consignadas no Estatuto da Cidade para a instituição de uma operação urbana consorciada têm por finalidade garantir que os seus benefícios possam ser auferidos por toda a coletividade diretamente afetada, além do Poder Público e dos investidores privados. Admite-se, assim, que o Poder Público modifique os parâmetros e as características de parcelamento, uso e ocupação do solo, inclusive por meio da utilização do instituto do solo criado, como forma de se atrair a iniciativa privada e viabilizar a realização dos investimentos necessários.

Com isso, o Poder Público deverá estabelecer medidas que se destinem à satisfação de interesses de toda a população afetada pela operação urbana consorciada, em especial programas habitacionais destinados às famílias de baixa renda, de maneira a proporcionar que elas permaneçam na área objeto de operação urbana consorciada, mesmo

diante da realização de maciços investimentos, da valorização imobiliária e de um maior adensamento urbano. Ou seja, os planos e as soluções propostas pela operação urbana consorciada, ou os investimentos realizados, deverão garantir soluções habitacionais que contemplem o atendimento de toda a população diretamente atingida, e permitir, como destacado por Paulo José Villela Lomar,<sup>4</sup> a sua ampla participação. Ainda, assevera esse autor que, diante do paradigma da gestão democrática da cidade (definido no Estatuto da Cidade), o Município deverá viabilizar a participação de outros habitantes e usuários.

Intervenções dessa natureza vêm sendo implementadas no Município de São Paulo desde a década de 1980, servindo como exemplos aquelas realizadas nas marginais do rio Tietê e do rio Pinheiros, nas avenidas 23 de Maio, Rubem Berta e Sumaré, na Avenida Brigadeiro Faria Lima e nas regiões das avenidas Luiz Carlos Berrini e Nações Unidas. E, no Município de Belo Horizonte, as operações urbanas consorciadas do Barreiro<sup>5</sup> e da Antônio Carlos-Pedro I/Eixo Leste-Oeste,<sup>6</sup> que se encontram em fase de elaboração dos respectivos estudos,

<sup>4</sup> LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 251.

<sup>5</sup> “A operação urbana consorciada da Estação Barreiro e Adjacências abrange as áreas localizadas em um raio de 600m da estação de transporte coletivo, ao sul do Município, na Regional Barreiro. Esta operação tem como objetivo principal consolidar a vocação de Centro Regional da Zona Central do Barreiro. Para alcançar este objetivo, conta com as seguintes diretrizes urbanísticas: reestruturação e requalificação dos espaços públicos e áreas verdes; reestruturação do sistema viário local, estimulando o transporte coletivo e não motorizado; maior adensamento condicionado à reestruturação urbana da área e ao estudo de viabilidade econômica e financeira; aumento da densidade populacional por meio de uma maior verticalização conjugada com ampliação de espaços livres de uso público; e implantação de equipamentos urbanos e comunitários. O Plano de Ocupação da OUC da Estação Barreiro prevê a implantação de projetos âncoras que incentivarão a formação de polos de atividades e serviços, consolidando a nova centralidade regional e contribuindo para a redução de deslocamento dos moradores da região ao centro do município, além de possibilitar o desenvolvimento e requalificação urbanística da área” (*Plano Urbanístico OUC Estação Barreiro*, 04 fev. 2015. Disponível em: [http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=planejamentourbano&tax=35727&lang=pt\\_br&pg=8843&taxp=0&](http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=planejamentourbano&tax=35727&lang=pt_br&pg=8843&taxp=0&). Acesso em: 02 maio 2017).

<sup>6</sup> “O instrumento urbanístico das Operações Urbanas Consorciadas (OUCs) foi instituído em Belo Horizonte em 2010, através do Plano Diretor Municipal. O

têm por objetivo a reestruturação e requalificação de espaços públicos, e a reestruturação do sistema viário, estimulando, ainda, a ordenação do crescimento urbano, a melhoria da rede viária local e um maior adensamento da área (condicionado à reestruturação urbana).

O Poder Público municipal poderá emitir Certificados de Potencial Adicional de Construção (CEPACs), que constituem valores mobiliários sujeitos ao regime da Lei Federal nº 6.385/1976, para viabilizar o pagamento das contrapartidas inerentes à instituição das operações urbanas consorciadas. Os CEPACs possibilitam antecipar a obtenção dos recursos necessários à realização das obras e dos investimentos necessários, a partir de estudos concretos que demonstrem a expectativa para a área objeto de operação urbana consorciada (incremento de sua densidade, desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, entre outros). Nos termos do art. 33 da Lei nº 10.257/01, lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de CEPACs, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação. Os CEPACs serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação. Aqui, consoante assevera José Afonso da Silva, “de certo modo, cria-se solo novo, porque, segundo o disposto no § 2º do art. 34 do Estatuto, apresentado o pedido de licença para construir, o certificado de potencial adicional será utilizado no pagamento da

---

Plano Diretor indica diversas áreas no município para realização de cinco tipos diferentes de OUCs, num total de 65,015km<sup>2</sup>, o que equivale a 19,67% do território municipal. A maior parte dos polígonos de OUCs indicadas apresenta interseções com outro polígono de um tipo diferente de OUC. Desde então, o Planejamento Urbano Municipal considerou, dentro deste vasto leque de indicações de Operações Urbanas Consorciadas, o eixo das avenidas Presidente Antônio Carlos e Dom Pedro I como prioritário para implantação de OUC, e foi para esta área que os primeiros estudos urbanísticos se voltaram, a partir de 2010. O ‘Corredor Leste-Oeste’ foi considerado, na lista de OUCs indicadas pelo Plano Diretor, como a segunda prioridade, em função de alterações estruturais em curso em parte do eixo (implantação do ‘Bulevar Arrudas’ com aumento da capacidade viária de trechos das avenidas Tereza Cristina, do Contorno e dos Andradas) e por suas potencialidades em termos de transporte coletivo (presença de linha do metrô na parte central do eixo) assim como por suas potencialidades ambientais (extensas áreas verdes e a presença do principal curso d’água do município, o ribeirão Arrudas)” (Disponível em: [file:///C:/Users/lourdes/Downloads/plano\\_urbanistico\\_site.pdf](file:///C:/Users/lourdes/Downloads/plano_urbanistico_site.pdf). Acesso em: 02 maio 2017).

área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada”.<sup>7</sup>

Ainda, os CEPACS permitem vincular recursos a uma finalidade específica (como para a realização de investimentos específicos indicados no plano e na lei que instituir a operação urbana consorciada), com o objetivo de resguardar que aqueles recursos sejam efetivamente destinados àquela finalidade para a qual foram previstos.

Infere-se, pois, que a essência da operação urbana consorciada é permitir que em lugares estratégicos o Poder Público municipal possa concretizar a adequada urbanização, ocupação e ordenação do solo, permitindo a efetivação do potencial de adensamento da área e a realização dos investimentos necessários, inclusive aqueles em infraestrutura (tais como: obras viárias, saneamento, reurbanização de favelas e cortiços, entre outros).

A questão que aqui se coloca é se o Poder Público municipal poderá, quando devidamente autorizado na lei que instituir a operação urbana consorciada, proceder à contratação de parceria público-privada para a prestação de serviços públicos e a realização dos investimentos em infraestrutura correlatos, com o fim de se concretizar a implantação de determinada operação urbana consorciada.

### 3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

#### 3.1 Conceito

As parcerias público-privadas foram primeiramente adotadas na Inglaterra, ainda na década de 1980, em razão de problemas enfrentados pelo Governo inglês na prestação de serviços públicos. Verificou-se, naquela época, que os contratos patrocinados pelo Poder Público tinham desempenho insatisfatório e manutenção precária, o que inevitavelmente impactava a qualidade dos serviços públicos que eram então disponibilizados à coletividade. Foi em razão desse cenário que se buscou a criação de modelos de parcerias, que envolvessem a participação do setor público lado a lado com o setor privado, e que permitissem o desenvolvimento de infraestrutura e serviços públicos, a partir da utilização de métodos de gestão comuns ao setor privado.

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 370.

Em âmbito nacional, as parcerias público-privadas foram introduzidas pela Lei Federal nº 11.079/2004 – conhecida como a Lei das PPPs –, que instituiu normas gerais para a licitação e a contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo os seus termos aplicados, por expressa determinação legal, aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>8</sup> (art. 1º, *caput* e parágrafo único).

<sup>8</sup> Com a edição da Lei Federal nº 11.107/2005, que estabelece “normas gerais de contratação de consórcios públicos”, foram detalhadas as diretrizes para a formação de consórcios públicos, conceituados como pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, sem finalidade econômica, formadas pela associação de entes federados para a gestão associada de obras ou serviços de interesses comuns. Quando constituído como pessoa de direito público, ele adquirirá a forma de associação pública, a qual terá todas as prerrogativas e os privilégios das pessoas jurídicas de direito público, sendo espécie do gênero autarquia, consoante se extrai do artigo 41, inciso V do Código Civil.

Já quando constituído sob a personalidade de direito privado, ele deverá atender aos requisitos estabelecidos na legislação civil para sua constituição, observando, contudo, normas de direito público no que “concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT” (art. 6º, § 2º).

Saliente-se que a simples atribuição de personalidade de direito privado ao consórcio público não faz dele uma sociedade estritamente privada, desobrigada das normas de direito público. Nessa hipótese, ele receberá o mesmo tratamento legal e doutrinário previsto para as fundações públicas de direito privado, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que, mesmo tendo personalidade de direito privado, integram a Administração Indireta de seus Entes, sujeitando-se às normas de direito público necessárias à preservação do interesse público por elas colimados, derogatórias do direito comum, especialmente aquelas referentes à licitação, contratação, prestação de contas e admissão de pessoal.

Com a formação dos consórcios públicos, constituir-se-á uma entidade que integrará a Administração Pública Indireta dos entes consorciados. A constituição de consórcio público dar-se-á por contrato, sendo que sua celebração fica condicionada à prévia subscrição do protocolo de intenções pelos entes consorciados e à ratificação, total ou parcial, desse protocolo por lei promulgada por cada um dos participantes; exauridas referidas etapas, o consórcio público adquirirá personalidade jurídica e poderá gerir o serviço de interesse comum que ensejou sua criação. Nesse contexto, aplica-se aos consórcios públicos os preceitos da Lei das PPPs, que poderão vir a contratar parcerias público-privadas, caso haja o atendimento

Os fatores que antecederam sua introdução mostravam o sucateamento do serviço público, sua ineficiência – com algumas exceções –, e a insuficiência de recursos financeiros e tecnológicos para investir na infraestrutura pública existente, bem como no desenvolvimento socioeconômico do país. Mostrava-se, pois, necessário incentivar a participação do parceiro privado, que contribuiria com sua eficiência e recursos econômicos, financeiros e tecnológicos para o atendimento das expectativas e interesses da coletividade, e assegurar-lhe segurança e retorno financeiro atrativo.

A implantação dessas parcerias está condicionada ao atendimento dos requisitos previstos no § 4º do artigo 2º dessa Lei, que autoriza a celebração de contrato somente quando houver o atendimento, cumulativo, das seguintes exigências:

- a) o investimento a ser realizado for superior a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
- b) o período para a prestação do serviço público não for inferior a 5 (cinco) anos, nem superior a 35 (trinta e cinco); ou
- c) não tiver como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Até a edição da Lei das PPPs as parcerias entre o setor público e o setor privado eram efetivadas por meio da concessão comum de serviço público, objeto da Lei Federal nº 8.987/95, que pode ou não exigir a construção da infraestrutura necessária à prestação do serviço público concedido.

O regime das parcerias público-privadas apresenta algumas particularidades que o distingue do regime previsto na Lei Federal nº 8.987/95 para a concessão comum de serviço público. Entre as principais, pode-se citar as seguintes: (i) o compartilhamento, com a Administração, de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos por ele

---

das exigências e diretrizes ali estabelecidas. Dessa forma, e diante da possibilidade de o consórcio público vir a celebrar contrato e a autorizar a delegação a terceiros, por meio do instrumento da concessão, de serviço público necessário ao seu objetivo principal, sempre mediante a realização do prévio procedimento licitatório, mostra-se legítima a contratação, pelo consórcio público, de parceria público-privada.

utilizados; (ii) a repartição objetiva dos riscos entre os parceiros;<sup>9</sup> (iii) remuneração variável, vinculada à *performance* obtida, conforme metas e padrões de qualidade previamente definidos no contrato; (iv) possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; e (v) em caso de inadimplemento da Administração Pública, o particular poderá acionar as garantias oferecidas pelo parceiro público.

Para o parceiro privado, a adoção da parceria público-privada mostra-se mais vantajosa, pois enquanto na concessão comum<sup>10</sup> o concessionário assume todos os riscos inerentes à prestação do serviço público que lhe foi concedida, nesses contratos o parceiro privado compartilha os riscos oriundos da execução do objeto concedido, especialmente aqueles decorrentes de “caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III, da Lei das PPPs). No dizer de Carlos Pinto Coelho Motta, há, nas parcerias público-privadas, o efetivo “compartilhamento de investimentos, riscos, responsabilidades e ganhos”.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> “b) compartilhamento dos riscos, reconhecendo-se a aplicação da responsabilidade solidária, permitindo que o Estado e o parceiro privado sejam responsabilizados ao mesmo tempo, cada um podendo arcar com o todo, sem qualquer benefício de ordem. Essa regra significa um grande risco para o Poder Público e está sendo objeto de muitas críticas. A aplicação dessa responsabilidade contraria a teoria normalmente adotada nas concessões comuns, que é da responsabilidade subsidiária e exige do parceiro público cuidados na escolha do projeto a ser realizado por meio de parceria e, posteriormente, na administração do serviço e execução do contrato, haja vista que, se algo não der certo, o Estado também pagará a conta” (MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 487).

<sup>10</sup> Na concessão comum de serviço público, o concessionário assume todos os riscos relativos à própria prestação do serviço, que não são passíveis de serem transferidos ao Poder Concedente. No entanto, quando os riscos enquadrarem-se na álea extraordinária, eles serão de responsabilidade exclusiva do Poder Concedente. A álea extraordinária divide-se em álea administrativa e álea econômica. A álea administrativa caracteriza-se pela alteração unilateral das cláusulas contratuais ou pela instituição de medidas pelo Poder Concedente, quando agindo como Administração Pública, que obstem a execução do contrato, repercutindo, substancialmente, em seu equilíbrio econômico e financeiro. Já a álea extracontratual econômica restará caracterizada diante de situações extrínsecas ao contrato, e, portanto, estranhas às partes, que por serem anômalas, imprevisíveis, excepcionais, afetam negativamente o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado.

<sup>11</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 1003.

Ademais, a Lei das PPPs define os princípios que nortearão a relação entre os parceiros público e privado. São as diretrizes gerais que serão utilizadas na interpretação de suas cláusulas, que exigem: (i) eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; (ii) respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução; (iii) indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício de poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; (iv) responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; (v) transparência dos procedimentos e das decisões; (vi) repartição objetiva dos riscos entre as partes; e (vii) sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Diante de suas peculiares características, as parcerias público-privadas apresentam-se como instrumentos de relevante importância para se viabilizar as operações urbanas consorciadas, que buscam o adequado tratamento e ocupação do espaço urbano, inclusive com a consecução da infraestrutura demandada para o seu correto funcionamento, pois permite incumbir o parceiro privado da consecução dos investimentos definidos como indispensáveis ao regular funcionamento dessas operações urbanas consorciadas.

### *3.2 As modalidades de parcerias público-privadas*

A Lei das PPPs ampliou as possibilidades de parcerias entre o setor público e o setor privado, ao prever duas modalidades de parcerias público-privadas: a concessão patrocinada (art. 2º, § 1º) e a concessão administrativa (art. 2º, § 2º).

A concessão patrocinada é definida pela lei como a “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. Nesse caso, o concessionário prestará o serviço que lhe foi concedido pela Administração Pública e responsabilizar-se-á pelos investimentos estruturais que se mostrarem necessários à adequada prestação de referido serviço.

A concessão administrativa é caracterizada pelo “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e

instalação de bens”. Por meio dela, o concessionário irá, além da prestação do serviço que lhe foi concedida, realizar investimentos para a criação, ampliação, recuperação ou modernização da infraestrutura necessária ao desempenho de referido serviço.

A diferença, portanto, entre as modalidades previstas na Lei das PPPs reside na forma pela qual se dará a remuneração do parceiro privado, já que, na concessão patrocinada, haverá a conjugação da tarifa cobrada do usuário com a contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público, e, na administrativa, a remuneração provém, com exclusividade, do parceiro público, já que ele será o usuário direto ou indireto do serviço concedido.<sup>12</sup>

As concessões patrocinadas são reguladas pela Lei das PPPs, aplicando-lhe, subsidiariamente, a Lei Federal nº 8.987/95. Por outro lado, as concessões administrativas serão regidas pela Lei das PPPs e, subsidiariamente, pelo disposto nos artigos 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei Federal nº 8.987/95 e o artigo 31 da Lei Federal nº 9.074/95. Assim, a Lei Federal nº 8.987/95 não será aplicada, em sua integralidade, às concessões administrativas. A observância subsidiária de seus dispositivos cinge-se àqueles taxativamente especificados na Lei das PPPs.

Com isso, será possível e viável a adoção de parceria público-privada também para viabilizar a prestação de serviços públicos que dependam de participação financeira do Poder Público para sua efetivação, seja por meio do recebimento de contraprestação pecuniária complementarmente à tarifa cobrada dos particulares, na modalidade de concessão patrocinada, seja pela assunção de seu pagamento integral pelo ente público, na modalidade de concessão administrativa.

<sup>12</sup> “O que, substancialmente, diferencia uma da outra dessas duas modalidades de parcerias público-privadas é a existência na concessão patrocinada da contraprestação a que está sujeito o parceiro público, obrigação inexistente na concessão administrativa, conforme deflui da comparação dos conceitos contidos nos dois parágrafos do art. 2º da Lei Federal da PPPs. Ainda pode-se afirmar a pretexto de diferenciá-las que a concessão administrativa admite as espécies de concessão de serviço público e concessão de serviço à Administração Pública, enquanto nenhuma espécie existe na concessão patrocinada” (GASPARINI, Diógenes. Visão geral das parcerias público-privadas. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP, 2006, p. 43).

### 3.3 *A concessão administrativa: a prestação de serviços públicos, tendo a administração pública como usuária direta ou indireta*

As concessões administrativas, nos termos da Lei Federal nº 11.079/2004, pressupõem a prestação de serviço público do qual a Administração Pública será usuária direta ou indireta.

O fato de a Administração Pública figurar ora como usuária direta e ora como usuária indireta do serviço público prestado acaba por gerar duas submodalidades de concessão administrativa, denominadas de concessão administrativa de serviços públicos e concessão administrativa de serviços ao Estado. Na primeira hipótese, a Administração será a usuária indireta do serviço, e, na segunda, a usuária direta. Em ambas, contudo, o pressuposto básico é a contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público, que poderá ser assegurada por uma das diversas modalidades de garantia especificadas no art. 8º da Lei das PPPs.<sup>13</sup>

A concessão administrativa de serviços públicos é concebida com fulcro no artigo 175 da Constituição Federal. Por meio dela, a Administração Pública prestará serviço público ou de interesse público aos administrados, sem a cobrança de qualquer tarifa. Nesse caso, mesmo havendo benefício direto à coletividade, a Administração será a usuária indireta do serviço e, como tal, responsável pelo ônus econômico de sua prestação. A propósito, Carlos Ari Sunfeld destaca:

A concessão administrativa de serviços públicos é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (em conjunto, ou não, com outras receitas alternativas). Nesse caso, embora os administrados sejam os beneficiários imediatos das prestações, a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> *Vide*, a propósito: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29-33.

<sup>14</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

A concessão administrativa de serviços ao Estado, diferentemente, é a prestação de serviço público diretamente à Administração Pública, que, por ser sua usuária imediata, será responsável pelo pagamento da contraprestação pecuniária devida ao parceiro privado. Nessa hipótese, o custo é integralmente absorvido pela Administração Pública. Diógenes Gasparini, ao tecer comentário sobre as modalidades de concessão administrativa previstas na Lei Federal nº 11.079/2004, elucida:

A segunda, a concessão administrativa, é definida como o contrato de prestação de serviços públicos ou de interesse público, ainda que envolva a execução de obras ou o fornecimento e instalação de bens, de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta. O fato de a Administração poder ocupar, conforme o interesse público, uma dessas posições de usuária direta ou indireta dos serviços desejados acaba por criar duas submodalidades de concessão administrativa, que Carlos Ari Sundfeld chama, respectivamente, de concessão de serviços públicos e concessão de serviços ao Estado. Da concessão administrativa de serviços à Administração Pública, situação em que esta é usuária direta, tem-se, por exemplo, o contrato de execução de serviços de manutenção de edifícios, cujos custos são integralmente por ela suportados. Da concessão administrativa de serviços públicos, situação em que a Administração Pública é usuária indireta, é exemplo o contrato de concessão de serviço público, executado pelo parceiro particular sem qualquer custo para o usuário. Este recebe o serviço, mas por ele nada paga. Neste caso, o custo é solvido pela Administração Pública concedente integralmente ou em parte, pois o restante é coberto por receitas alternativas. É o que ocorreria com o contrato de concessão do serviço de transporte coletivo por meio de ônibus, se pelo transporte o usuário nada pagasse, sendo o seu custo suportado inteiramente pela Administração Pública ou em conjunto com receitas alternativas (publicidade no ônibus e ao longo do itinerário).<sup>15</sup>

Assim, havendo a caracterização de serviços públicos primários ou secundários, estar-se-á diante da modalidade de concessão

<sup>15</sup> GASPARINI, Diógenes. Visão geral das parcerias público-privadas. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP, 2006, p. 41-42.

*Vide*, ainda, nesse sentido: BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 24 abr. 2006.

administrativa de serviço público, sendo a Administração Pública sua usuária indireta. De fato, é preciso salientar que, nesse caso, a contratação da concessão administrativa implicará a delegação da prestação de serviço público, ficando o concessionário responsável pela realização dos investimentos necessários ao desempenho da atividade, inclusive a execução das obras públicas respectivas.

A noção de serviço público é sobremaneira importante na contextualização das atividades de cunho prestacional cujo exercício é imposto à Administração Pública, e que poderão ser objeto de parceria público-privada. Para Hely Lopes Meirelles, serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.<sup>16</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a seu turno, considera como serviço público “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público”.<sup>17</sup>

A partir desse cenário, verifica-se que será considerado serviço público aquele em que puder ser verificada a presença dos elementos material e formal que o caracterizam como público (comum a toda coletividade).

O primeiro desses elementos é representado pela natureza da atividade a ser desempenhada, que deverá ser de utilidade ou comodidade material e visar ao atendimento de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade. Assim, apenas serão serviços públicos as atividades de interesse geral da sociedade que, em face de sua relevância, demandarem sua assunção e prestação pelo Estado, direta ou indiretamente. Por outro lado, o segundo elemento é representado pela submissão a um regime total ou parcialmente de direito público, formado por princípios e regras que asseguram a supremacia do interesse público sobre o privado, e a outras restrições especiais, destinadas a assegurar a defesa de valores sociais constantes do ordenamento jurídico.

De fato, os serviços públicos apresentam-se como um dos vetores de atuação do Estado. A grande diversidade de interesses coletivos

---

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 289.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 80.

possibilita sua classificação em interesses primários ou secundários. O primeiro é representado pelos serviços públicos essenciais, que deverão ser prestados pelo Estado, em sua total extensão, na medida em que, com eles, necessidades prementes, imediatas e cotidianas da coletividade de restarão atendidas. O segundo caracteriza-se como sendo o serviço que possibilitará o atendimento de interesses remotos da coletividade.

De uma e de outra forma, verifica-se que, para a adoção de parceria público-privada, na submodalidade concessão administrativa de serviço público, o pressuposto essencial será a delegação da prestação de serviço público à coletividade, visando o atendimento de seu interesse próximo e imediato ou remoto e mediato, ou a prestação de serviço de interesse público, de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obras ou o fornecimento e instalação de bens.

#### **4. DA VIABILIDADE LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS SOB A FORMA DE CONCESSÃO PATROCINADA OU DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA**

Para que a estruturação de operação urbana consorciada possa ser realizada por meio de parceria público-privada, ela deverá contemplar a prestação de um serviço público ou de interesse público, incluindo a realização dos investimentos necessários à sua viabilização, por prazo superior a 5 (cinco) anos. Além disso, o seu objeto não poderá contemplar, unicamente, o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. A esse propósito, diz Carlos Ari Sundfeld:

Um dos problemas dos tradicionais contratos de obras é o desinteresse econômico do contratado pela boa execução do contrato. O único risco da má execução é o de a Administração recusar o recebimento do objeto. Mas, além desse risco só ser real se a Administração tiver capacidade técnica de identificar as falhas – coisa que frequentemente não ocorre –, o certo é que a fraude na execução gera recursos suficientes para o contratado corromper a fiscalização da obra e lograr, sem dificuldades, o recebimento definitivo do objeto. Ao impedir que, nos contratos PPP, a prestação se limitasse à execução de obras ou fornecimento de equipamentos (art. 2º, § 4º, III), a Lei das PPPs fez com que a remuneração dos parceiros privados ficasse diretamente vinculada à fruição dos serviços pela Administração ou

pelos administrados (art. 7º) e viabilizou sua variação de acordo com o desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade fixadas (art. 6º, parágrafo único). Portanto, a boa ou má qualidade das obras ou bens utilizados na infraestrutura repercutirá diretamente na determinação do valor a ser recebido pelo parceiro privado. Isso deve gerar, para ele, um interesse próprio de bem executar a parte relativa à infraestrutura, pois os serviços devem se estender por ao menos cinco anos e a infraestrutura deve ser capaz de resistir bem durante todo esse período.<sup>18</sup>

Nesse contexto, como o instituto da operação urbana consorciada foi concebido, pelo Estatuto da Cidade, como um instrumento para se viabilizar a adequada ocupação urbana, inclusive com a prestação de serviços públicos e a realização dos respectivos investimentos (inclusive em infraestrutura), o Poder Público, quando da implantação de um projeto específico de operação urbana consorciada, poderá se valer das parcerias público-privadas, nas modalidades de concessão administrativa ou de concessão patrocinada, para buscar a sua efetivação, no todo ou em parte. Inclusive, a utilização dessas parcerias está inserida no artigo 2º, inciso III, do Estatuto da Cidade, que estabelece como diretriz geral da política urbana a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e outros setores da sociedade no processo de urbanização, visando o interesse social.

Para tanto, a lei municipal específica que instituir a operação urbana consorciada deverá prever a possibilidade de o Município se valer de parceria público-privada, indicando a modalidade que será então adotada e a forma em que se dará a remuneração do parceiro privado, para viabilizar a prestação de determinado serviço público e a realização dos investimentos necessários, no todo ou em parte.

Na modalidade de concessão administrativa, o Poder Público deverá caracterizar a natureza do serviço público ou de interesse público que será objeto da concessão, os investimentos que deverão ser realizados e o prazo necessário à sua amortização. Nesse particular, cumpre registrar que não existe limitação percentual entre serviços e obras dentro do contrato de concessão administrativa, sendo imprescindível caracterizar a existência do serviço público ou de interesse público, sua importância e a sua indispensabilidade para atender aos fins a que se destina o projeto (exemplos desse cenário podem ser colhidos das

---

<sup>18</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *As parceiras público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 34-35.

concessões administrativas cobrindo a prestação de serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a operação de emissário submarino, operação de sistemas prisionais, redes hospitalares, escolas, fabricação de medicamentos, etc.).

A remuneração será paga integralmente pela Administração Pública ao parceiro privado e terá como parâmetro o desempenho deste na prestação dos serviços, conforme as metas e os padrões de qualidade e disponibilidade estabelecidos no respectivo contrato, o que poderá, inclusive, levar a uma variação no valor por ele recebido em cada mês.

Ademais, admite-se a instituição de formas alternativas de remuneração, mesmo não havendo menção do artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/1995 no rol trazido pela Lei das PPPs, o que decorre da necessidade de se desonerar o custo final para a Administração Pública do empreendimento realizado, em atendimento aos princípios da boa administração, da eficiência e da economicidade.

Assim, a Administração Pública, na qualidade de usuária indireta do serviço, custeará a contraprestação pecuniária devida ao parceiro privado, cumulativamente ou não com receitas alternativas, quando autorizadas no edital licitatório respectivo. E, em operação urbana consorciada, inúmeras são as possibilidades de receitas alternativas, que poderiam ser instituídas e arrecadadas com o fim de viabilizar a continuidade da prestação dos serviços e a realização dos investimentos respectivos.

Para o pagamento de sua contraprestação pecuniária,<sup>19</sup> e considerando o rol previsto no artigo 6º da Lei das PPPs, o Poder Público mu-

<sup>19</sup> Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V – outros meios admitidos em lei.

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. [...]

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

nicipal poderá se valer da emissão de CEPACs, que poderão ser auferidos, por exemplo, com a concessão de licença, autorizando o direito de construir além dos parâmetros definidos na lei de uso e ocupação do solo, mas respeitando os limites estabelecidos na lei que instituir a operação urbana consorciada.

A modalidade concessão patrocinada poderá ser utilizada para se viabilizar a instituição de operação urbana consorciada, quando esta operação implicar a prestação de serviço público que vier a ser disponibilizado à coletividade indistintamente. Nesse caso, o parceiro privado, incumbido da prestação do serviço público e da realização dos investimentos, será remunerado pela tarifa cobrada dos usuários e, também, pela contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público municipal.

Também na modalidade concessão patrocinada, o Poder Público municipal, diante do claro rol constante do artigo 6º da Lei de PPPs, poderá se valer de recursos provenientes da emissão de CEPACs para o pagamento da contraprestação pecuniária devida ao parceiro privado, sendo, ainda, admitida a instituição de receitas complementares ou alternativas, com amparo no artigo 3º, § 1º, da Lei das PPPs, com o fim de desonerar o Poder Público e viabilizar o atendimento dos princípios da boa administração, da eficiência e da economicidade (“§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas”).

Deve-se ter presente ainda que, coerentemente com o disposto no artigo 7º, *caput* e § 1º, da Lei das PPPs, a contraprestação pecuniária devida ao parceiro privado no contrato de parceria público-privada (em qualquer das suas modalidades) apenas poderá ser paga após a disponibilização do serviço objeto do contrato à coletividade, sendo, entretanto, facultado à Administração Pública efetuar o pagamento da contraprestação pecuniária relativa à parcela fruível do serviço.

## 5. CONCLUSÃO

A partir do cenário detalhado neste trabalho, verifica-se que a operação urbana consorciada apresenta-se como importante instrumento para o desenvolvimento de projetos urbanos complexos, por meio de

uma parceria entre o Poder Público, proprietários, sociedade civil e investidores privados, de maneira a se atender as finalidades e as premissas então definidas no Plano Diretor respectivo.

Por meio das operações urbanas consorciadas, o Poder Público municipal busca a concretização de transformações em determinadas áreas urbanas, que podem contemplar a recuperação de áreas degradadas, a revitalização e requalificação de áreas industriais e portuárias desativadas, a transformação de conjuntos urbanos, com o fim de dotá-los de infraestrutura adequada, conformação do uso do solo e da infraestrutura no entorno de grandes equipamentos urbanos, entre outras transformações.

Para viabilizar a implantação da operação urbana consorciada, o Poder Público municipal poderá se valer de parcerias público-privadas, nas modalidades concessão patrocinada ou concessão administrativa.

A Lei das PPPs não estabelece limitação percentual entre serviços e obras no âmbito do contrato de concessão administrativa ou de concessão patrocinada. Contudo, para viabilizar legalmente a utilização dessas modalidades de contratação, será imprescindível caracterizar a existência do serviço público ou de interesse público, sua importância e a sua indispensabilidade para atender aos fins a que se destina o projeto e, em especial, evidenciar a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada.

A lei municipal que instituir a operação urbana consorciada deverá autorizar a contratação de parceria público-privada, indicando a modalidade que será adotada e a forma de remuneração do parceiro privado.

Na modalidade concessão administrativa, a remuneração do parceiro privado será custeada pelo Poder Público municipal, cumulativamente ou não com receitas alternativas, quando autorizadas no edital licitatório respectivo. Para o pagamento de sua contraprestação pecuniária, o Poder Público municipal poderá se valer da emissão de CEPACs, tendo em vista o rol do artigo 6º da Lei das PPPs.

Na modalidade concessão patrocinada, o parceiro privado será remunerado por meio da tarifa cobrada do usuário e pela contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público, que também poderá ser paga por meio de recursos provenientes da emissão de CEPACs.

Em ambas as modalidades de parceria público-privada, o Poder Público poderá se valer do rol do artigo 6º para pagamento da contraprestação pecuniária devida ao parceiro privado.

Ainda, a remuneração a ser paga pelo Poder Público municipal ao parceiro privado poderá ter como parâmetro o seu desempenho na prestação dos serviços, conforme as metas e padrões de qualidade e disponibilidade estabelecidos no respectivo contrato. Além disso, em consonância com o disposto no art. 7º, *caput* e § 1º, da Lei das PPPs, a contraprestação do parceiro privado só poderá ser paga após a disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada, sendo, entretanto, facultado à Administração efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível do serviço. *Além disso, o seu objeto não poderá contemplar, unicamente, o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.*

Dessa forma, para que a operação urbana consorciada possa ser implementada por meio de parceria público-privada, nas modalidades concessão patrocinada ou concessão administrativa, ela deverá atender aos requisitos condicionantes previstos na Lei das PPPs, razão pela qual deverá ser caracterizada a delegação da prestação de serviço público ou de interesse público, incluindo a realização dos investimentos necessários à sua viabilização, por prazo superior a 5 (cinco) anos.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Operações urbanas consorciadas como instrumentos de captação de mais valias urbanas: um imperativo da nova ordem jurídico-urbanística brasileira. *Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA*, Canoas, v. 6, n. 2, p. 301-318, 2005.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque; ZYMLER, Benjamin. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 24 abr. 2006.

BITTENCOURT, Marcus V. Corrêa. *Controle das concessões de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

- CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Operação urbana consorciada: possibilidades e limitações (possibilidade de implantação sem prévio parcelamento do solo; óbices à incorporação de recurso hídrico). *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, n. 19, p. 9-39, 2008.
- CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. Operação urbana consorciada: questões a serem enfrentadas pelo poder público. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, n. 12, p. 5-25, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos; FORTINI, Cristiana. Operações urbanas consorciadas. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 50, p. 243-259, 2008.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei das parcerias público-privadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIRETORIA GERAL DE POLÍTICA REGIONAL DA COMISSÃO EUROPEIA. *Diretrizes para parcerias público-privadas bem-sucedidas*. Bruxelas, 2003.
- FERRAZ, Paulo José. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. *Operações urbanas consorciadas*. São Paulo: NDJ, 2002.
- GASPARINI, Diógenes. Visão geral das parcerias público-privadas. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP, 2006.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- HARADA, Kiyoshi. Parceria público-privada. Vinculação de Receitas. Instituição de fundos especiais. Art. 8º, incs. I e II, da Lei 11.079/04. Inconstitucionalidade. *BDA*, n. 3, p. 308-315, 2005.
- HARADA, Kiyoshi. *Parcerias público-privadas*. Parecer. Disponível em: <http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Pareceres/330.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO JÚNIOR, J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 31. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2002/2003.

MARICATO, Ermínia; FERREIRA, João Sette Whitaker. Operação urbana consorciada: diversificação urbanística participativa ou aprofundamento da desigualdade? In: *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, p. 215-250, 2002.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. As parcerias público-privadas à luz da Constituição. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de parcerias público-privadas. In: *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUKAI, Toshio *et al.* *Parcerias público-privadas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: anotações à Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MUKAI, Toshio. Operações urbanas consorciadas. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, n. 9, p. 13-21, 2007.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP, 2006.

RITCHIE, Daniel. As PPPs no contexto internacional. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emilio de (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: MP, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *As parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

# DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL: UM CONCEITO VAGO OU ABERTO

Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier  
Cançado de Almeida

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Objeto da Arbitragem: a adoção de um conceito vago ou aberto para a sua caracterização. 3. Portanto, em conclusão, o que seria um Direito Patrimonial Disponível?

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 13.129/2015, que alterou a Lei Federal nº 9.307/1996, permitiu, expressamente, o emprego da arbitragem<sup>1</sup> pela Administração Pública Direta e Indireta<sup>2</sup>, limitando, contudo, sua

---

<sup>1</sup> A arbitragem caracteriza-se por ser uma técnica de solução de conflitos, por meio da qual as partes aceitam e concordam que a controvérsia entre elas existentes seja decidida por um terceiro, por elas escolhido, ou por um Tribunal Arbitral, cujos árbitros integrantes serão escolhidos em igualdade de condições pelas partes.

A arbitragem é, pois, um meio privado para a solução de controvérsias, alternativo à jurisdição estatal, no qual as partes conflitantes concordam em submeter o conflito respectivo a um terceiro ou a um Tribunal Arbitral, em cuja expertise confiam.

<sup>2</sup> O Estado brasileiro, nos últimos anos, vem desenvolvendo importantes projetos de infraestrutura, que demandam a participação de investidores nacionais e, também, estrangeiros, além de estar atuando em atividades relevantes e complexas para o fomento da economia.

A demora do Poder Judiciário para a resolução de conflitos (sejam eles de natureza simples ou complexa) é vista como um entrave à participação destes investidores nesse emaranhado de relações jurídicas, face à insegurança quanto ao futuro de seus investimentos. Isso se deve ao longo tempo despendido para se obter, em curto prazo, uma decisão final satisfativa acerca de determinada demanda.

No entanto, não há, para o Estado, nenhuma obrigatoriedade de resolução de seus conflitos apenas por meio da intervenção jurisdicional. E diante dos múltiplos interesses

adoção para a resolução de litígios inerentes a direitos patrimoniais disponíveis<sup>3</sup>.

Com efeito, a Lei Federal nº 9.307/1996 não proibiu ou autorizou o emprego da arbitragem pela Administração Pública, mas ao prever, em seu artigo 1º, que sua adoção dar-se-ia por pessoas capazes de contratar e para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, instalou-se inegável controvérsia quanto à possibilidade do seu emprego.

O silêncio da Lei de Licitações (a Lei Federal nº 8.666/93), que nada dispôs sobre a possibilidade de adoção da arbitragem no âmbito de contratos administrativos, contribuiu para essa controvérsia, mesmo com a edição, posteriormente, de diplomas legais que tenham expressamente autorizado o emprego da arbitragem para a resolução de conflitos, como é o caso, exemplificativamente, da previsão consignada no artigo 11, III, da Lei Federal nº 11.079/2004, a Lei das PPPs (que consagra que o Edital poderá prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”), e, também, no artigo 23 da Lei Federal nº 8.987/1995, a Lei das Concessões (que estabelece, como cláusula essencial do contrato de concessão, aquela relativa “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”).

---

geridos pela Administração Pública, as formas auto compositivas, a mediação, a conciliação e a arbitragem, apresentam-se como alternativas à satisfação do benefício coletivo e, portanto, devem ser prontamente institucionalizadas, por representarem um instrumento hábil no atendimento aos vetores da celeridade, eficiência, economicidade e da boa administração, que permeiam a atuação da Administração Pública.

A adoção da arbitragem em contratos administrativos mostra-se como relevante instrumento na busca pelo cumprimento de um direito específico, além de ser vista como uma garantia dos investimentos realizados pelo particular, investidor e parceiro privado. Acaba, portanto, viabilizando o princípio da segurança jurídica, estimulando a participação do setor privado nas grandes obras de infraestrutura conduzidas pelo setor público.

<sup>3</sup> Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

A Lei Federal nº 13.129/2015 dirimiu, portanto, a controvérsia relativa à possibilidade do emprego de cláusula compromissória arbitral em contratos administrativos, mas manteve a limitação de que sua adoção cingir-se-á à resolução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, a dúvida que se instala cinge-se à definição do alcance e daquilo que pode ser entendido como sendo um direito patrimonial disponível, por se tratar de um conceito vago ou aberto (um conceito jurídico indeterminado), ao qual não fora conferida a devida determinação normativa.

## **2. OBJETO DA ARBITRAGEM: A ADOÇÃO DE UM CONCEITO VAGO OU ABERTO PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO**

Nos termos do artigo 1º da Lei Federal nº 13.129/2015 e, também, do artigo 1º da Lei Federal nº 9.307/1996, a arbitragem poderá ser utilizada pela Administração Pública Direta e Indireta e por pessoas capazes de contratar, para dirimir litígios inerentes a direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, os precitados diplomas não trouxeram qualquer definição acerca do que viria e poderia ser considerado como um direito patrimonial disponível, o que levou ao estabelecimento de critérios variados pela doutrina e pela jurisprudência, com o fim de solucionar a dúvida então existente acerca do objeto passível de ser submetido à arbitragem, especialmente pela Administração Pública.

Trata-se, portanto, de um conceito vago ou aberto, que demanda a sua devida interpretação, visando a identificação daquilo que seja um direito patrimonial disponível, especialmente no âmbito do Direito Público, que tutela o patrimônio público e o interesse público.

As normas jurídicas são compostas por conceitos abertos ou vagos exatamente para se viabilizar o resguardo do espectro variado de interesses tutelados por uma sociedade, organizada sob o manto de um Estado Democrático de Direito. E o sistema jurídico estruturado por meio de conceitos abertos ou vagos, um sistema, portanto, aberto, tem por característica a presença do elemento axiológico na formação do direito, em substituição a um sistema rígido, formalista.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> “Num sistema jurídico marcado pela nota da abertura, a arte que se impõe ao profissional do direito é a de, mediante operações de pensamento, as mais variadas,

Nesse sistema aberto, a atividade jurisdicional, visando a interpretação e criação da própria norma jurídica, terá por norte a subsunção do fato concreto à lei e aos princípios, na busca da solução jurídica mais adequada àquele fato. Trata-se de instrumento que, por meio da interpretação, se consegue viabilizar o atendimento da finalidade real do texto normativo. Ao alertar acerca da necessidade de ser o sistema jurídico compreendido em toda sua evolução, não mais se restringindo sua acepção ao conjunto de regras positivadas (o sistema formalista), Juarez Freitas tece as seguintes considerações:

Numa perspectiva vitalizante e renovadora, em atenção às exigências de racionalidade intersubjetiva e dialógica, deve ser compreendido o sistema como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de regras e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.<sup>5</sup>

A adoção de um modelo de sistema aberto, em oposição ao sistema rígido e formalista, tem a finalidade de tornar mais duradoura a aplicação da norma diante de modificações sociais, educacionais,

---

encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais correta, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de direito justo vigente em determinado contexto histórico-social, porque um direito justo, observa KARL ENGISCH, faz parte do sentido do mundo. Afinal, a ideia de um direito, notadamente a de um Direito justo, é o valor central a que todo o direito está referido, como algo com sentido (e não algo com qualquer sentido, como a neutralidade lógica do positivismo propugnava). (...) Com efeito, o caráter precipuamente principiológico da Constituição Federal de 1988, o que já foi tantas vezes acentuado pela doutrina, permite considerar, não só a ela, mas a todo o ordenamento jurídico brasileiro, por força dos eflúvios irradiados pela lei fundamental, como um sistema aberto, no qual convivem, em reciprocidade, e em contínua interpelação mútua, normas de natureza principiológica – implícitas ou explícitas – e normas de natureza preceptiva (...)” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 52). Assim, em um sistema aberto todas as normas devem ser interpretadas por seu aplicador, e não somente aquelas que contenham obscuridades, contradições ou texturas não claras.

<sup>5</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224.

culturais e econômicas que são comumente vivenciadas com a evolução da sociedade.

Nesse contexto, os conceitos jurídicos ou conceitos legais divergem dos conceitos tradicionais em razão da especificidade de seu conteúdo. São, portanto, aqueles conceitos adotados pelas normas jurídicas, e que, por se referirem à realidade fática dos interessados, podem ser determinados ou indeterminados.

Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade e as referências precisas da lei. Sua aplicação limita-se, pois, à pura constatação das determinações legais, não havendo qualquer margem para indagações e interpretações subjetivas, concernentes à materialidade de tais conceitos. Para António Francisco de Sousa, os conceitos determinados referem-se “a medidas (o metro, o litro e a hora) ou a valores monetários (p. ex.: o escudo)”.<sup>6</sup>

Nesses casos, a atuação administrativa estará definida em lei de forma clara e objetiva. É por isso que sua ocorrência está geralmente relacionada a fórmulas matemáticas, a medidas ou valores monetários, que ensejam um agir meramente mecânico do aplicador legal.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 23. Para Karl Engisch, “os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso, devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado, 8ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 209). E, continuando, elucida que: “A indeterminação de conceitos jurídicos pode resultar da pluralidade de sentidos de uma palavra que exprime o conceito. P. ex., coisa pode ser um objecto corpóreo (como objecto da propriedade, do furto, da receptação, da danificação da coisa), coisa pode ser o objecto de um processo (apreciação da matéria de fundo = verhandlung zur sache) e coisa pode ser ainda (na anulação por erro) o objecto do negócio (Cfr. LARENS, *Methodenlehre*, 3ª ed., 1975, p. 308). Perante tal pluralidade de sentidos é frequentemente a interpretação a partir do contexto que tira a claro qual dos sentidos está em jogo em cada caso. Praticamente mais importante e mais penosa há-de ser aquela indeterminação que decorre da imprecisão dos limites do conceito e na qual pensa HECK ao falar do halo do conceito (...). Neste sentido podem até conceitos exactos, como aqueles que exprimem números, tornar-se indeterminados, quando eles nomeadamente significam, p. ex., notas de exame, relativamente às quais há que considerar uma certa margem de jogo” (ENGISCH, Karl. *Ob. cit.*, p. 260).

<sup>7</sup> “É certo que a aplicação de normas jurídicas enunciadas através de conceitos determinados não enseja pluralidade de valorações e conduz, por isso, a uma

Em contrapartida, os conceitos indeterminados serão encontrados nos casos em que a lei, ao referir-se a uma esfera de realidade, não trará em seu enunciado delimitação clara e precisa dos limites de atuação administrativa, utilizando-se, portanto, de conceitos vagos ou abertos.

A doutrina administrativista tem buscado apresentar as distinções principais entre os seguintes conceitos indeterminados, encontrados com frequência nos textos legais: os conceitos empíricos ou descritivos e os normativos.

Os conceitos empíricos ou descritivos são aqueles que se referem a objetos que integram ou de certa forma participam da realidade, pelo que podem ser facilmente identificados ou percebidos pelo sentido comum. São, assim, segundo aceção de Karl Engisch, conceitos que indicam objetos reais ou intrínsecos à realidade, sendo, por conseguinte, sempre perceptíveis. Cite-se como exemplo os seguintes: homem, poluição, perfume, animal, fruta, vegetal, carro, casa, morte, escuridão, claridade, verde, entre outros. Aliás, o intérprete legal, mesmo não fixando de pronto sua delimitação e alcance, não terá dificuldades em sua aplicação, já que seu conteúdo poderá ser facilmente fixado por meio de “recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos ou técnicos”.<sup>8</sup>

Tal cenário, contudo, não é verificado pelo intérprete quando da análise e aplicação dos conceitos normativos. Referidos conceitos têm recebido tratamento diferenciado pela doutrina nacional, tendo em vista, principalmente, a dificuldade encontrada para atribuir-lhes conceituação unívoca.<sup>9</sup>

---

única decisão administrativa possível perante o Direito, situando-se, portanto, no campo da vinculação” (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 60).

<sup>8</sup> SOUSA, Antônio Francisco de. *Ob. cit.*, p. 26.

<sup>9</sup> “(...) os conceitos normativos são frequentemente indeterminados num grau particularmente elevado e oferecem, por isso, muitos exemplos ilustrativos da indeterminação, e ao mesmo tempo, portanto, da insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei. Que é que devemos entender, pois, por conceitos normativos? Infelizmente o próprio conceito de conceito normativo não é unívoco. Se pensarmos que todo o conceito jurídico é elemento constitutivo de uma norma jurídica e dela recebe o seu sentido e o seu conteúdo, então parece que deveríamos designar propriamente como normativo todo e qualquer conceito jurídico (...). Contudo, quando falamos de conceitos jurídicos normativos por oposição aos conceitos jurídicos descritivos, é patente que queremos significar algo de específico, algo de diferente da simples pertinência ao sistema das normas jurídicas ou às conotações das situações hipotizadas pelas mesmas” (ENGISCH, Karl. *Ob. cit.*, p. 211).

São comumente classificados em conceitos normativos em sentido estrito e em conceitos normativos valorativos, tais como interesse público, utilidade pública, boa-fé, idoneidade, urgência.

De fato, os conceitos normativos em sentido estrito são aqueles que mesmo não identificados ou perceptíveis claramente nos textos legais, permitem sua correta representação quando em conexão com o Direito. António Francisco de Souza elucida que, ao falar-se de roubo, o aplicador da norma terá necessariamente que associar tal fato com as normas jurídicas sobre a apropriação de bens alheios, por meio da utilização da força.<sup>10</sup>

Diferentemente, os conceitos normativos valorativos pressupõem o exercício de um juízo de valor por parte do aplicador do Direito. Em algumas circunstâncias, a norma jurídica contém uma valoração que necessita de interpretação para ser corretamente aplicada. Assim, por exemplo, para que haja a correta delimitação do conceito de *imoral*, o aplicador do direito terá que interpretar a situação fática em conformidade com as leis e princípios constitucionais, para daí se extrair a melhor solução possível para referida situação. Há, pois, o exercício de juízo de valor, efetivado por meio da interpretação, e que se caracterizará como juízo valorativo de legalidade.

Assim, quando a lei se referir à esfera de realidade, cujo limite não se encontrar devidamente precisado em seu significado, estar-se-á diante de conceito jurídico indeterminado. Essa indeterminação decorrerá, portanto, da impossibilidade de se especificar a realidade circundante de sua linguagem, tendo em vista a evolução do Direito e a constante busca pela proteção de interesses individuais ou coletivos.

Por sua própria natureza, esses conceitos não admitem quantificação ou determinação rigorosa, por se referirem a pressupostos da realidade, cuja precisão poderá ser feita no exato momento de sua aplicação. No ordenamento jurídico brasileiro, poder-se-á encontrá-los em algumas expressões adotadas pela lei, tais como: premeditação, força maior, conveniência, oportunidade, boa-fé, justo preço, entre outros.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> SOUSA, António Francisco de. *Ob. cit.*, p. 27. Para Germana de Oliveira Moraes o agente, diante de conceitos como casamento, parentesco, menoridade e coisa alheia, somente irá compreendê-los e representá-los quando confrontá-los com o mundo da norma (MORAES, Germana de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 61).

<sup>11</sup> A propósito, Marcelo Harger elucida que: “Apesar de procurarem delimitar a realidade, eles não o conseguem, a não ser dentro de limites bastante amplos,

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é comum a todas as esferas do Direito. No Direito Civil, a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados impõe ao juiz a escolha da única solução possível à situação fática que lhe foi apresentada. Miguel Reale elucida a importância das cláusulas gerais (conceitos abstratos ou indeterminados) na sistemática do Direito Civil.<sup>12</sup> A aplicação dessa teoria é, ainda, verificada na esfera do Direito Penal, sendo de suma importância para a satisfação de seus objetivos.

Também Florivaldo Dutra de Araújo destaca o fato de não serem os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos abertos, uma particularidade do Direito Público, ao asseverar que “a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados (*umbestimmter Rechtsbegriff*), de origem alemã, afirma que o uso de expressões com significados elásticos *a priori*, pelas normas jurídicas, não constitui particularidade do Direito

---

pois não podem ser quantificados ou determinados rigorosamente. Isso, todavia, não significa que não haja limites para o seu campo significativo. A esse respeito, deve-se ter em mente que todo conceito indeterminado é finito pois as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o qual a comunicação seria impossível” (HARGER, Marcelo. A Discricionarietà e os conceitos jurídicos indeterminados. *RT* 756/1998, p. 32).

- <sup>12</sup> “Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige proibidade, boa-fé ou correção (correttezza) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo (...). São previstas, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de indeterminação do preceito, cuja aplicação *in concreto* caberá ao Juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes, tal como se dá, por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolvê-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo e ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o art. 720 e seu parágrafo único. Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de Jurisconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados. Como se vê, o que se objetiva é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma” (REALE, Miguel. *In*: TAPAI, Giselle de Melo Braga (Coord.). *Novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16/17).

público, mas encontra-se em qualquer ramo do Direito. Na esfera publicista é comum encontrarem-se referências à ‘utilidade pública’, ‘ordem pública’, ‘interesse coletivo’, *et cetera*. No Direito privado comparecem amiúde termos tais como: ‘boa-fé’, ‘bons costumes’, ‘conduta de bom pai de família’ e *arbitrium boni viri*. Trata-se, portanto, de tema da Teoria Geral do Direito, e não particularidade do Direito Administrativo, a conferir poderes especiais (“discricionários”) ao agente público”.<sup>13</sup>

Assim, a teoria de conceitos jurídicos indeterminados, quando aplicada ao Direito Administrativo, e considerando-se a seara de direitos e interesses por esse protegidos, tem despertado a formação de correntes manifestamente divergentes. Seu tratamento é, ainda, bastante complexo.

A dificuldade na concretização de sistemática acerca do conceito jurídico indeterminado decorre tanto da interpretação que lhe é dada quanto da possibilidade de controle jurisdicional, nas hipóteses desta interpretação estar integralmente vinculada às determinações legais.

Os conceitos indeterminados possuem estrutura complexa<sup>14</sup>, que se subdivide em: a) zona de certeza positiva; b) zona de certeza negativa; e c) zona de incerteza, denominada, por Eduardo Garcia de Enterría, de halo do conceito.

As zonas de certeza positiva e negativa integram o núcleo do conceito jurídico e se caracterizam pela exata delimitação da realidade pretendida pela lei. Assim, a precisão do conceito inserido nessas zonas dar-se-á mediante o exercício de juízo subjetivo de valor, que se fundará na interpretação da lei, dos princípios e dos dados incontrovertidos fornecidos pela situação analisada.

De fato, nessas circunstâncias, a realidade a que se referem tais conceitos fornecerá dados certos e seguros acerca de sua delimitação, independentemente de ser ela uma determinação positiva ou negativa.

<sup>13</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1992, p. 79.

<sup>14</sup> “Philipp Heck apresenta os conceitos jurídicos estruturados da seguinte forma: núcleo conceitual e halo conceitual. Quando houver certeza acerca do conteúdo e da extensão do conceito, o intérprete estará diante de seu núcleo. Contudo, onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito” (ENGISCH, Karl. *Ob. cit.*, p. 209).

Em contrapartida, quando se estiver diante da zona de incerteza, haverá o surgimento das dúvidas acerca da correta definição do conceito jurídico, o que caracterizará o halo do conceito. Nesse, assim como nas zonas de certeza negativa e positiva, haverá o exercício de juízo subjetivo de valor por parte do aplicador da norma. Não se trata, contudo, de juízo de valor ilimitado, ou exercitado segundo os critérios extrajurídicos de conveniência e oportunidade, mas sim, de juízo valorativo determinado pela conjugação da situação fática, da norma legal e dos princípios jurídicos aplicados à espécie (funda-se, pois, na interpretação do Direito – constituído pela lei e por seus princípios informadores).<sup>15</sup>

### **3. PORTANTO, EM CONCLUSÃO, O QUE SERIA UM DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL?**

A expressão “direito patrimonial disponível” que consta da Lei de Arbitragem é, portanto, um conceito jurídico aberto e vago, um verdadeiro conceito jurídico indeterminado, pois a Lei não trouxe parâmetros para se estabelecer o que poderia ou seria considerado como um direito patrimonial disponível e, como tal, poderia ser submetido ao procedimento arbitral.

Para a análise daquilo que seja considerado como um direito patrimonial disponível, parte-se, primeiramente, da análise dos vocábulos *patrimônio* e *disponível*, que contêm a limitação estabelecida pelo legislador infraconstitucional. Além disso, faz-se necessária a interpretação do direito objeto da controvérsia, com o fim de se verificar se trata, efetivamente, de direito disponível e, também, patrimonial.

Por disponível entende-se aquilo de que seja possível dispor, que está livre e desimpedido. Nesse contexto, os direitos postos em contratos administrativos podem ser considerados como disponíveis, por se tratarem de direitos sobre os quais a Administração Pública poderá

---

<sup>15</sup> Acerca da tripartição semântica dos conceitos jurídicos indeterminados, faz-se oportuna a lição de Marcelo Harger: “Verifica-se, assim, que os conceitos jurídicos indeterminados apresentam um núcleo e um halo conceitual. ‘Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito. Isso implica dizer que há certas situações que fatalmente estarão inclusas no conceito. Outras, por sua vez, jamais serão por ele abrangidas. Outras, ainda, estarão numa zona de incerteza (...)’ (HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. *RT* n. 756, ano 87, 1998, p. 32-33).

deles dispor e negociar (transigir). A Lei de Licitação tem clara preocupação com os direitos do contratado, em especial aqueles relativos às cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos, pois previu que estas cláusulas apenas poderão ser alteradas em havendo acordo prévio entre as Partes Contratantes e que a alteração unilateral do contrato, para a sua adequação aos interesses da Administração Pública, ensejará o restabelecimento do equilíbrio contratual, caso este seja impactado<sup>16</sup>. Ainda, essa Lei previu a aplicação subsidiária da teoria geral dos contratos em seu artigo 54<sup>17</sup>, inclusive, nesse ponto, a teoria que veda a onerosidade excessiva e estabelece a necessidade de sua renegociação, o que, por conseguinte, autoriza a Administração Pública a negociar as cláusulas econômico-financeiras e monetárias de seus contratos, para com isso viabilizar o atendimento de sua finalidade maior.

A definição em questão adquire particular relevância em se tratando de bens públicos, pois apenas os bens dominicais (ou dominiais) não possuem qualquer afetação e poderiam ser então alienados ou transacionados pelo Poder Público.

Com efeito, os bens públicos são todos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público (União, Distrito Federal, Estados Membros, Municípios, e suas respectivas autarquias e fundações de Direito Público), bem como aqueles bens que, embora não pertencentes a essas pessoas jurídicas, estejam destinados à prestação de um serviço público (afetação de um bem). Eles se classificam como bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais (ou dominiais).

Os bens de uso comum do povo são aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, são utilizados por todos da coletividade

<sup>16</sup> Artigo 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitando os direitos do contratado;

(...)

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

<sup>17</sup> Artigo 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

em igualdade de condições, sem a necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração Pública. Como exemplo, pode-se citar as ruas, praças, estradas, mares e rios. De outro modo, os bens de uso especial são todos aqueles bens afetados pela Administração Pública à realização e consecução de uma atividade específica ou de um serviço público. Como exemplo, tem-se a utilização de um prédio público por uma repartição pública, museus, teatros, universidades e outros locais abertos à visitação (locais onde se disponibiliza à coletividade um serviço público). Por fim, os bens dominicais (ou dominiais) são todos os bens próprios do Estado com objeto de Direito Real, que não destinados nem ao uso comum nem ao uso especial. Como exemplo, cite-se prédio, áreas ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, como qualquer proprietário, mas sem uma afetação específica.

Portanto, a Administração Pública poderá afetar seus bens públicos para o atendimento de suas políticas públicas, destinando-os à satisfação de uma determinada atividade ou finalidade, e desafetá-los, retirando-lhes a destinação outrora conferida, quando então os bens poderão ser alienados ou transacionados<sup>18</sup>.

Além de disponível, o Direito, para ser submetido à resolução de conflito por meio do procedimento arbitral, deverá ser, também, patrimonial.

Patrimônio representa o conjunto de bens, direitos e obrigações vinculadas a uma pessoa natural ou jurídica. Para Maria Sylvia Zanella DI Pietro, o conceito de patrimônio, no âmbito do Direito Administrativo, é bastante amplo, pois abrange o “patrimônio econômico, o moral, o cultural, o histórico, o paisagístico, o artístico, o arqueológico, dentre outros”. Todavia, adverte essa Autora que, para fins de interpretação da expressão direitos patrimoniais disponíveis, “o que interessa é o seu aspecto econômico. Na definição de Clóvis Beviláqua, patrimônio é o ‘complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico’. Segundo o autor, incluem-se no patrimônio: a posse, os direitos reais, os direitos

---

<sup>18</sup> A desafetação é retirada da destinação atribuída a um bem público. A desafetação dos bens de uso comum (sua transformação de bem de uso comum em bem de uso especial ou dominical) depende de lei ou de ato normativo do Executivo expedido em conformidade com a Lei. Também a desafetação de bem de uso especial, destinando-o para a classe de bens dominicais, depende de lei ou ato do próprio executivo (ex.: transferência de uma repartição pública de um imóvel para o outro. O primeiro imóvel ocupado ficará sem utilização específica. Essa transferência só poderá operar mediante prévia autorização legislativa).

obrigacionais, as relações econômicas do Direito de Família, as ações correspondentes a esses direitos. E excluem-se do patrimônio os direitos individuais à existência, à honra e à liberdade, os direitos pessoais entre os cônjuges, os direitos de autoridade entre pai e filho, os direitos políticos”<sup>19</sup>.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que são disponíveis todos os interesses ou direitos que “tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado”<sup>20</sup>.

Assim, a valoração econômica do direito será fator fundamental para a sua classificação como sendo um direito patrimonial, pois, também no âmbito do Direito Administrativo, existem direitos que possuem ou admitem valoração econômica enquanto outros não a possuem ou admitem, como é o caso dos direitos fundamentais e dos direitos sociais. Como exemplo desse tipo de direito, pode-se citar aquele que busca o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo, nos termos do artigo 65 da Lei de Licitação<sup>21</sup>, a

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. *Revista Consultor Jurídico*, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>. Consultado em: 03 jan. 2020.

<sup>20</sup> *Vide* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 228.

<sup>21</sup> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II – por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente

cobrança de determinado preço (aquele pactuado em contrato) ou de parcelas a título de encargos financeiros e de reajustamento dos preços pactuados no Contrato.

Com efeito, a própria Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública), catalogou o equilíbrio econômico-financeiro como um direito patrimonial disponível, ao

---

contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

I – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

I – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

estabelecer, em seu artigo 32<sup>22</sup>, que é da competência das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a “prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”.

Diante disso, conclui-se que aquele direito que admitir ou possuir uma valoração econômica poderá ser submetido ao procedimento arbitral, desde que esteja, também, disponível<sup>23</sup>. Assim, interpretando-se o direito submetido à controvérsia no caso concreto, será possível inferir a sua natureza e particularidades, especialmente no que se refere ao seu aspecto patrimonial e sua disponibilidade. O não atendimento cumulativo destes requisitos é que impediria a submissão daquele direito no procedimento arbitral<sup>24</sup>.

§ 7º (VETADO).

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

<sup>22</sup> “§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o *caput* a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”.

<sup>23</sup> Direito patrimonial disponível: configura-se pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico. (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*. Teoria Geral do Processo. RT, São Paulo, ano 42, v. 264, fev. 2017).

<sup>24</sup> Cumpre citar algumas decisões relevantes sobre a possibilidade de utilização de meios alternativos de solução de controvérsias em Contrato Administrativo, já denotando a tendência jurisprudencial favorável à utilização da arbitragem:

1) MS nº 1998.002003066-9 – Relatora Des. Nancy Andrichi – TJDFT e Apelação Cível nº 247.646-0 – Caso Compagás – TAPR:

Os dois casos versavam sobre o equilíbrio econômico-financeiro e foi autorizado o uso da conciliação para o restabelecimento do equilíbrio contratual, mesmo sem lei específica.

2) Caso Lage – Agravo de Instrumento nº 52.181/GB – Min. Relator Bilac Pinto – STF: Foi autorizada a utilização da arbitragem, mesmo sem lei específica autorizativa, para a solução de controvérsias.

Dessa forma, o espectro de questões que podem ser submetidas à arbitragem é, portanto, vastíssimo, podendo-se, assim, concluir que a utilização de mecanismos alternativos de resolução de controvérsia, como é o caso de arbitragem, é medida recomendável, pois se coaduna com os vetores de celeridade, eficiência e economicidade que norteiam a atuação da Administração Pública.

Para Carlos Alberto Carmona, haverá um direito patrimonial disponível “quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”. Em virtude disso, conclui esse Autor que são arbitráveis “as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade (...)”<sup>25</sup>. Assim, num Ordenamento Jurídico que se pautе pelo princípio da legalidade (em que não se pode exigir, do Poder Público ou de seus administrados, qualquer ação ou abstenção, senão em virtude de lei), o exercício daqueles direitos sobre os quais o Ordenamento não consigna a imutabilidade, como é o caso dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, autorizará a utilização da arbitragem na a resolução das controvérsias que lhe forem inerentes.

A Administração Pública vem buscando, ao longo das últimas décadas, a adoção de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, sinalizando, assim, uma tendência na utilização desses mecanismos. Pode-se citar os seguintes dispositivos legais, exemplificativamente, além de outros já existentes acerca do tema: (i) o artigo 11 da Lei nº 11.079/2004 (Lei de PPP) estabelece que o Edital deverá prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato; (ii) o artigo 23-A da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece que o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas, inclusive a arbitragem; (iii) o artigo 31 da Lei Federal nº 13.448/2017, que trata da relicitação dos contratos de parceria, estabelece que as controvérsias decorrentes dos contratos, no que se refere aos direitos patrimoniais

---

<sup>25</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias; (iv) o artigo 35, XVI, da Lei nº 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, prevê que o contrato de concessão deverá conter regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive conciliação e arbitragem; (v) o artigo 93, XV, da Lei nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, estabelece que o contrato de concessão indicará o modo para solução extrajudicial de divergências; e (vi) o artigo 43, X, da Lei nº 9.478/1997, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, prevê que o contrato de concessão terá regras sobre solução de controvérsias, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

A Administração pode e deve reconhecer o direito de terceiro, quando for o caso. Cabe-lhe, assim, dar cumprimento ao direito do particular, pois, ao assim agir, se estará atendendo à lei e agindo com boa-fé (se não houver direito para a Administração Pública, não há, por via lógica, interesse público). Cumprir deveres e resguardar deveres dos particulares é, também, assegurar atendimento ao interesse público<sup>26</sup>.

Não haverá, para a Administração Pública, a obrigatoriedade de resolução de seus conflitos apenas por meio da intervenção jurisdicional. A previsão da utilização da arbitragem para a resolução de conflitos inerentes, por exemplo, a contratos administrativos mostra-se como relevante instrumento na busca pelo cumprimento de um direito específico, além de ser vista como garantia ao princípio da segurança jurídica, que poderá estimular a participação do setor privado nos grandes projetos de infraestrutura que conduzidos pelo setor público.

<sup>26</sup> A celeridade que deve permear o procedimento administrativo está em total compasso com as práticas que devem nortear a atuação do poder Público. A prática do recorrer simplesmente por recorrer deve ser, desde logo, abandonada, pois ela representa um verdadeiro desserviço, uma atuação diametralmente oposta ao interesse público da coletividade, que acaba por onerar, substancialmente, em virtude do transcurso de longo período de tempo, dos valores de condenação que o ente público acaba sendo condenado a pagar.



# BREVE RELATO SOBRE OS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO A PARTIR DAS LEIS 13.429/2017 E 13.467/2017

Pedro Henrique Ramirez Pires

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da redação dada às leis 13.429/2017 e 13.467/2017. 3. Os contratos de prestação de serviços a terceiros. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O mundo globalizado dos últimos anos do século XX e dessas décadas iniciais do século XXI tem se apresentado cheio de graves mudanças nas relações de trabalho<sup>1</sup>, especialmente no tocante à dinâmica das empresas na forma de buscar alternativas de relações de trabalho além da forma clássica de relação empregatícia bilateral expressa nos artigos 2º e 3º da CLT, pela via da terceirização.

No que se refere ao instituto da terceirização de serviços, a legislação nacional até pouco tempo não havia solucionado a regulamentação necessária e indispensável para dar maior segurança ao mercado de trabalho, de modo que coube ao Tribunal estabelecer regras mínimas (Súmulas 256<sup>2</sup> e 331<sup>3</sup> do TST) diante da omissão do Poder Legislativo.

<sup>1</sup> PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 11.

<sup>2</sup> Súmula nº 256 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102,

A Lei 13.429/2017, logo depois modificada pela Lei 13.467/2017, conhecida com a Lei da Reforma Trabalhista, ao dispor novas regras acerca do contrato temporário previsto na Lei 6.019/75, resolveu, ainda que tardiamente, estabelecer regras específicas sobre as relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros, ou seja, concedeu plena legalidade aos contratos de terceirização de serviços.

E não é só. O Supremo Tribunal Federal em 30 de agosto do ano de 2018 pôs fim a décadas de debates, analisando a constitucionalidade da terceirização na denominada atividade-fim, estas entendidas como as atividades principais de cada empresa. No julgamento referente à ADPF 324 e RE 958.252, por maioria de votos (7 a 4) a Corte

---

de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

<sup>3</sup> Súmula nº 331 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, *DEJT* divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

entendeu para constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, fixando tese de repercussão geral.<sup>4</sup>

Diante desses preceitos, indiscutivelmente a terceirização de serviços avança de forma lícita e regulamentada no mercado de trabalho brasileiro, no entanto, a sua aplicabilidade demanda observância às novas diretrizes trazidas pelo referido texto legislativo, além de indispensável acompanhamento da execução dos contratos, haja vista as regras protetivas inerentes ao direito do trabalho brasileiro, conforme adiante se verá.

## 2. DA REDAÇÃO DADA ÀS LEIS 13.429/2017 E 13.467/2017

As Leis 13.429/2019 e 13.467/2017 alteraram a ementa originária da Lei 6.019/74 para nela acrescer as disposições sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Cita-se, a seguir, as novas regras componentes da referida lei que dizem respeito à terceirização em geral:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

<sup>4</sup> Tese de repercussão geral: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante”.

II – registro na Junta Comercial; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

a) empresas com até dez empregados – capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados – capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados – capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados – capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

e) empresas com mais de cem empregados – capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I – relativas a: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

b) direito de utilizar os serviços de transporte; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II – sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente

ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 5º Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017)

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterà: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

- I – qualificação das partes; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)
  - II – especificação do serviço a ser prestado; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)
  - III – prazo para realização do serviço, quando for o caso; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)
  - IV – valor. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)
- Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)
- Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Como se vê, a legislação nacional em relação ao tema recebeu acréscimos e modificações de significativa monta.

### **3. OS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS**

Como visto, pela análise do novo texto da Lei 6.019/74, percebe-se a presença de diversas inovações significativas. O presente texto objetiva tecer alguns comentários sobre partes importantes dessas inovações, de indispensável observância para validação do instituto jurídico da terceirização.

A primeira coisa que se pode afirmar, sem medo de errar, haja vista decisão referendada pelo Supremo Tribunal Federal, está na possibilidade de transferência pela contratante, da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal (atividade-fim), à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (art. 4º-A).

Vê-se que, a partir daí, a assertiva legal não cria óbice à terceirização da atividade-fim do tomador, no entanto estabeleceu novos requisitos específicos para a terceirização de serviços, anteriormente desnecessários.

A propósito, a Lei 13.874 de 2019 (Estatuto da Liberdade Econômica), embora editada posteriormente, chancela os ideais liberalizantes que passaram a dominar a sociedade em tempos mais atuais. Com efeito, entre os princípios que norteiam a liberdade econômica, pode-se destacar a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas e a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (art. 2º da Lei nº 13.874 de 2019).<sup>5</sup>

No que se refere aos sujeitos, o contrato de terceirização pressupõe, de um lado a Empresa Prestadora de Serviços e do outro a Empresa Tomadora dos Serviços.

A determinada empresa Contratante ou Tomadora dos Serviços é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com a empresa terceirizada ou prestadora de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive a principal (Art. 5º-A).

Por outro lado, para o devido funcionamento, a Lei impõe à Empresa Prestadora de Serviços requisitos específicos: a prova de Inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (Art. 4º-B, I); o registro na Junta Comercial (Art. 4º-B, II); e ainda o capital social compatível com o número de empregados (Art. 4º- B, III).

A inscrição no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ é o primeiro requisito legal obrigatório para o funcionamento da Empresa Prestadora de Serviços. Importante consignar que a personalidade jurídica da pessoa jurídica não se dá com a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, mas sim, com o registro de seu ato constitutivo no órgão competente. Nesse prumo, o artigo 45 do Código Civil é enfático ao proclamar que “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”.<sup>6</sup>

O obrigatório registro perante a Junta Comercial significa que a prestadora de serviços deverá ser, necessariamente, sociedade empresarial, excluindo-se a possibilidade de uma fundação, associação ou sociedade simples se ativar como Empresa Prestadora de Serviços.

O capital social, por sua vez, deverá ser compatível com o número de empregados, ou seja, deverá revelar capacidade econômica

<sup>5</sup> PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 92.

<sup>6</sup> PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*; 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 123.

(inovação relevante) compatível com a execução dos serviços contratados. Quanto maior o número de empregados, maior deverá ser o capital social mínimo. Assim, se houver aumento no número de empregados, obrigatoriamente esse fato refletirá na necessidade de aumento do capital social.

A propósito, o capital social elevado sugere solidez e existência de recursos suficientes ao atendimento das necessidades de custeio do empreendimento. Pontua Fábio Ulhôa Coelho que, por denotar a potência econômica da empresa, muitas vezes se atribui ao capital social a função de garantia dos credores, o que nem sempre está correto, o que não é só. Segundo o Autor, a exemplo do que se verifica relativamente a qualquer sujeito de direito devedor, é o patrimônio da sociedade que constituiu tal garantia. Se ela não paga uma obrigação, o credor pode executar os bens de sua propriedade, sendo por tudo irrelevante o maior ou menor capital social.<sup>7</sup>

Ainda sobre a capacidade econômica da empregadora, o Ministério Público do Trabalho editou orientação no sentido de que a capacidade econômica da Empresa Prestadora de Serviços deverá ser plena no ato da contratação e também durante o curso do contrato:

ORIENTAÇÃO Nº 20 – CONAFRET: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. REQUISITOS DE VALIDADE. PERDA DA CAPACIDADE ECONÔMICA DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO. INVALIDADE CONTRATUAL SUPERVENIENTE. A perda da capacidade econômica da empresa prestadora de serviço enseja invalidade contratual superveniente, com consequente caracterização de vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante, caso esta não adote posturas para preservar o adimplemento contratual, tais como: (a) a readequação do preço do serviço, sempre que se mostrar defasado, para garantir o equilíbrio econômico do contrato; (b) exigir da empresa contratada garantia bastante para satisfação das obrigações contratuais (art.477 do Código Civil ou (c) promover a resolução do contrato por inadimplemento (art. 475 do Código Civil).

---

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 183.

Esses novos requisitos atribuídos aos contratos de terceirização (condicionantes à sua validade), ao que tudo indica, buscam atribuir maior segurança jurídica na relação contratual, especialmente para garantia de cumprimento das obrigações atinentes aos contratos de trabalho vinculados ao negócio jurídico. O que se via (e ainda se vê) é a abundante falta de capacidade econômico-financeira das Empresas Prestadoras de Serviços no adimplemento das parcelas trabalhistas corriqueiras (parcelas salariais, depósitos fundiários, parcelas rescisórias, dentre outras), sobrecarregando a Justiça do Trabalho com uma avalanche de ações nesse sentido, onerando os Tomadores que se submetem, indubitavelmente, à responsabilidade subsidiária, obviamente, limitada ao período do contrato.

De tal modo, não só recomenda-se como torna-se obrigatório ao Tomador de Serviços, na gestão do contrato, sob pena de culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, aferir a capacidade econômica da empresa terceirizada, não somente no ato da contratação, mas também durante o seu curso, para evitar contratempus e invalidação do negócio jurídico. Portanto, recomenda-se as seguintes diligências: análise de dados contábeis (tais como balanço patrimonial), exigência de certidões negativas de débitos fiscais e trabalhistas e certidões negativas de ações judiciais, além da efetiva comprovação mensal de cumprimento das obrigações trabalhistas durante o curso do contrato.

Além disso, a leitura do novo texto legal também deixa claro (Art. 5º-B, II) que não basta determinar os serviços no contrato, sendo preciso que os mesmos sejam especificados, de modo que o trabalhador não tenha dúvida de quais tarefas ele desempenhará perante a tomadora dos serviços.

A finalidade da Lei, ao mencionar que os serviços devem ser *determinados e específicos*, foi evitar a utilização indiscriminada dos trabalhadores, pela contratante, em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. Essa possibilidade restou expressamente vedada no art. 5º-A, § 1º, da Lei: “É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços”.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 91.

Nesse aspecto, vale o registro de que, não obstante a própria lei (art. 4º, § 2º) estabelecer expressa previsão de que não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante, parece que o desvirtuamento das atividades contratadas poderá acarretar na invalidação do contrato de prestação de serviços. A terceirização, portanto, só será admitida quanto a serviços delimitados e especificados previamente.

A novel disciplina legal ainda estabelece expressa previsão de que a empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços (art.4º-A, § 1º).

Como se trata de prestação de serviços, não cabe à Tomadora dos Serviços apontar, indicar ou escolher quais serão os empregados enviados pela Terceirizada, haja vista que não poderá estar presente o elemento da pessoalidade, inerente à relação empregatícia.

Por sua vez, quem contrata, nesse caso, a Terceirizada, deverá, por decorrência lógica, se responsabilizar pelo pagamento de todos os créditos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho. Afasta-se, portanto, do Tomador, o elemento da onerosidade também atinente aos contratos de emprego. Não obstante, cabe mais uma vez ressaltar que, a empresa Contratante, por expressa determinação legal é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhista referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços e o recolhimento das contribuições previdenciárias (art. 5º).

A citada previsão legal de responsabilização subsidiária (Art. 5º-A), adequada ao entendimento jurisprudencial até então vigente (Súmula 331 do TST), afasta qualquer possibilidade da Tomadora de se esquivar de garantir o cumprimento das obrigações perante os empregados da empresa contratada. Pontua-se aqui a indispensável e necessária gestão (jurídica, financeira e administrativa) do contrato de terceirização pelo Tomador, especialmente no aspecto do cumprimento das obrigações trabalhistas, evitando, assim, futuras demandas judiciais e acionamento da sua responsabilidade. Não bastará mais contratar a empresa terceirizada, o acompanhamento e gestão do contrato são requisitos indispensáveis.

Atente-se para a expressa determinação de que o poder diretivo deverá ser exercido pela Terceirizada, impondo normas, fiscalizando e punindo as que as desrespeitem. Diante das novas disposições que

autorizam a Terceirização da atividade-fim, é preciso ver como fica a direção do trabalho entre Tomador e o empregado terceirizado. Neste importantíssimo aspecto, vale citar o estudo de Iuri Pereira e Raphael Miziara, na obra *Manual da Terceirização e Prática*, onde destacam duas linhas de entendimento a respeito da subordinação jurídica nas relações de terceirização. Assim, a primeira linha interpretativa, defendida por exemplo, pelos Professores Raphael Miziara, Iuri Pinheiro, Luciano Martinez e Estêvão Mallet, entende que o poder diretivo só se perfaz, ou seja, somente será completo quando aglutinar em si todos os seus elementos orgânicos, ou seja, as possibilidades de direção em sentido estrito (no sentido de dar ordens e regulamentar), fiscalização e sanção (ainda que potencial e sem que tenha sido concretamente exercido, mas que pudesse sê-lo). Com efeito, não se pode falar em poder direto completo (em sentido amplo), tampouco em hierarquia e subordinação, sem que esteja presente a sua contraface, qual seja, a possibilidade de sansão, que se concretiza por meio do poder disciplinar (PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 96 e 97).

A segunda linha de entendimento, ainda ressaltada pelos citados Autores, diz o seguinte: “De outro flanco, para segunda linha interpretativa, o art. 4º-A em comento quis evitar qualquer tipo de ordem da Contratante em relação ao empregado da EPS – Empresa Prestadora de Serviços. Para os que assim pensam, basta a presença do poder diretivo em sentido estrito por parte da Contratante para que o vínculo seja formado diretamente com esta” (PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 100 e 101).

De se admitir que a questão pontuada, atinente à subordinação, aqui entendida como a possibilidade de direcionamento dos serviços pelo Tomador ao empregado terceirizado, ainda será objeto de amplo debate nos tribunais, haja vista a divergência de entendimentos a partir da possibilidade de terceirização da atividade fim (o do limite do direcionamento do Tomador de serviços).

A teoria da tripartição da subordinação e seus elementos (direção, fiscalização e punição), citada, possibilitaria a implementação pelas empresas de terceirização da atividade fim com maior garantia da qualidade dos serviços, diante da participação ativa do Tomador no direcionamento dos serviços contratados atinentes ao seu objeto principal. Não

obstante, verifica-se tênue a linha entre o direcionamento e fiscalização e o poder disciplinar e punitivo, sendo necessário detalhamento e efetiva gestão do contrato, evitando-se que, no dia-a-dia, durante a execução das atividades, o empregado terceirizado esteja submetido às ordens do Tomador.

Lado outro, se apresenta a corrente que vê a subordinação direta, e que sem dúvida atrai a incidência dos artigos 2º e 3º da CLT, haja vista a formação típica da relação empregatícia. O Ministério Público do Trabalho também neste ponto promoveu orientação, ao seu estilo, conservadora: “ORIENTAÇÃO Nº 16 – CONAFRET. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ARTIGO 4º-A DA LEI N. 6.019/1974, COM REDAÇÃO DA LEI N. 13.467/2017. REQUISITOS DE VALIDADE. A validade da prestação de serviço a terceiros, tal como definida pelo art. 4º-A, se sujeita ao cumprimento dos seguintes requisitos: a) efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviço, como objeto contratual; b) execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço; e c) capacidade econômica da empresa prestadora, compatível com a execução do contrato. Ausentes quaisquer desses requisitos, desvirtua-se a prestação de serviço, configurando-se intermediação ilícita de mão de obra (art. 9º da CLT), com conseqüente reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante do serviço”.

De todo modo, para que se previnam de futuros problemas, recomenda-se que a Contratante, por cautela, exija, no momento da formalização da terceirização, que a Empresa Prestadora de Serviços a terceiros disponibilize uma espécie de “encarregado” para exercer o poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar sobre os empregados terceirizados, evitando-se que esses recebam ordens de empregados diretamente contratados pela Contratante. Assim e, independentemente do entendimento doutrinário que se adote, a subordinação do terceirizado se dará em relação ao prestador de serviços, evitando-se a direção por empregados da Contratante.<sup>9</sup>

Dando continuidade às inovações trazidas pela Lei 6.019/74, o art. 4º-C assegura aos empregados da empresa prestadora de serviços,

---

<sup>9</sup> PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 102.

quando os serviços forem executados nas dependências da Tomadora, assegurando-lhes as mesmas condições dos empregados desta: alimentação, quando oferecida em refeitórios, direito de utilizar os serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial nas dependências da contratante ou local por ela designado, treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

Nesse contexto, impende fazer apontamento indispensável no que se refere à responsabilidade pela manutenção do ambiente de trabalho equilibrado. O § 3º, do art. 5º-A, aponta como responsabilidade do Tomador garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato, atraindo a aplicação do art. 157 da CLT<sup>10</sup>, pelo qual incumbe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho. Nessa lógica, a responsabilidade entre contratante e prestadora de serviços pelos acidentes ocorridos é solidária. Esta última, por se a empregadora e a primeira o será em razão do dever de zelar pelas boas condições de trabalho. Decorre do dever geral de cautela a obrigação da prestadora em saber se a empresa contratante está ou não zelando pelo equilíbrio do meio ambiente de trabalho.<sup>11</sup>

O comando que se retira dos arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil, autoriza a responsabilização solidária do Tomador, conforme jurisprudência já consolidada no TST.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Art. 157 – Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

<sup>11</sup> PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 141.

<sup>12</sup> “[...] TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO SOFRIDO PELO EMPREGADO NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPRESA TOMADORA DESERVIÇOS. ART. 942 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 331, ITENS III E IV, DO TST. A controvérsia cinge em saber a natureza jurídica da responsabilidade civil da empresa tomadora de serviços, em caso de acidente de trabalho sofrido pelo empregado terceirizado dentro do seu estabelecimento e durante a prestação do serviço. Discute-se se a tomadora responde pela indenização de forma solidária com a prestadora de serviços, ou apenas de forma subsidiária. A Súmula n. 331

Prosseguindo, com relação aos salários, o § 1º do art. 4º C, estabelece que as partes contratantes poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante. Neste ponto, vale destacar que ainda não há consenso a respeito na doutrina.

Não obstante expressa previsão da lei neste sentido, há quem diga discriminatória a previsão por permitir que se legitime a remuneração distinta pelos mesmos serviços executados entre o trabalhador terceirizado e o empregado da Tomadora, em flagrante violação do princípio constitucional da isonomia. Esse é posicionando consubstanciado na Orientação Jurisprudencial 383<sup>13</sup> da SDI-I do C. TST que vinha sendo aplicado antes mesmo das alterações da Lei 6.019/74.

---

do Tribunal Superior do Trabalho dispõe sobre os efeitos da terceirização de serviços apenas no que se refere ao inadimplemento de verbas rescisórias, sendo inservível para o exame da controvérsia específica examinada nos autos, a respeito da responsabilidade civil do tomador de serviços, em face de acidente de trabalho sofrido por trabalhador contratado por interposta pessoa. Nos casos em que o empregado terceirizado sofre acidente de trabalho nas dependências da empresa tomadora dos serviços, a responsabilidade indenizatória deve ser examinada à luz das regras do Direito Civil. Segundo o Tribunal Regional, a empresa tomadora de serviços foi omissa quanto à adoção de medidas preventivas que assegurassem um ambiente de trabalho adequado, na medida em que não providenciou a iluminação adequada da escadaria na qual se acidentou o reclamante. Com efeito, constatado que a empresa tomadora de serviços concorreu com culpa para o acidente de trabalho sofrido pelo reclamante, deve responder, de forma solidária, com a empresa prestadora de serviços, pelo pagamento de indenização por danos morais e materiais, na forma do art. 942 do Código Civil. A responsabilidade do tomador de serviços por ato ilícito (acidente de trabalho) é solidária, mesmo no caso de terceirização lícita, como no caso dos autos, em face da aplicação do art. 942 do Código Civil (precedentes). Recurso de revista não conhecido [...].” (RR n. 2168-60.2011.5.03.0137, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 22.2.2017, 2ª Turma, Data de Publicação: *DEJT* 24.2.2017).

<sup>13</sup> “OJ 383 da SBDI-I do TST. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, ‘A’, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) – Res. 175/2011, *DEJT* divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, ‘a’, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.”

Neste sentido, é significativo o número de decisões publicadas nos Informativos n<sup>os</sup> 96 e 126 do TST, de cujo repositório se recolhe os melhores exemplos.<sup>14</sup>

A matéria é relevante e está, neste momento, pautada no STF, pendente julgamento de mérito, tendo sido reconhecida a repercussão geral relativa à “Equiparação de direitos trabalhistas entre terceirizados

<sup>14</sup> “TERCEIRIZAÇÃO. PISO SALARIAL PREVISTO EM NORMA COLETIVA FIRMADA COM EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO AO EMPREGADO TERCEIRIZADO QUE LABORA NA ATIVIDADE FIM. INCIDÊNCIA ANALÓGICA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N<sup>o</sup> 383 DA SBDI-I. Aplica-se o piso salarial previsto em norma coletiva firmada com empresa tomadora de serviços ao empregado terceirizado que labora em sua atividade fim, ainda que não tenha havido pedido de reconhecimento de vínculo de emprego ou a comprovação do exercício de mesmas funções pelos seus empregados. Na hipótese, o sindicato profissional celebrou acordo coletivo tanto com a empresa tomadora, quanto com a prestadora dos serviços, tendo fixado pisos salariais diferentes. Assim, fundado o pedido no compartilhamento do mesmo enquadramento sindical, porque inserida a atividade terceirizada na finalidade da empresa tomadora, mostra-se discriminatória a adoção de pisos salariais distintos, a atrair, portanto, a aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial n<sup>o</sup> 383 da SBDI-I, que garante aos terceirizados as mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas aos empregados do tomador dos serviços. Nesse contexto, a SBDI-I decidiu, à unanimidade, conhecer dos embargos interpostos pela empresa prestadora dos serviços e negar-lhes provimento. TST-E-ED-RR-201000-88.2009.5.12.0030, SBDI-I, rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 20.11.2014”. “Terceirização ilícita. Vínculo empregatício reconhecido com a empresa tomadora de serviços. Isonomia salarial. Indeferimento. Ato discriminatório. Configuração. Configura ato discriminatório, vedado pelo inciso XXXII do art. 7<sup>o</sup> da CF, o indeferimento da pretensão de diferenças salariais entre o valor pago pela prestadora de serviços e o praticado pela empresa tomadora, em relação aos empregados contratados diretamente por ela para o exercício das mesmas funções, sobretudo no caso em que houve o reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora, em razão de ilicitude no contrato de terceirização. Se da Orientação Jurisprudencial n<sup>o</sup> 383 da SBDI-I é possível extrair a necessidade de tratamento isonômico entre empregados terceirizados e os integrantes do quadro próprio da tomadora de serviços que tenham as mesmas atribuições, por razão maior devem ser garantidos os mesmos salários e vantagens no caso de reconhecimento de vínculo direto com essa empresa. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, deu-lhe provimento para condenar a tomadora de serviços ao pagamento das diferenças salariais pleiteadas, com os reflexos previstos em lei, conforme se apurar em liquidação de sentença. Vencido o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. TST-E-ED-RR-493800-06.2007.5.12.0004, SBDI-I, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 10.12.2015.”

e empregados de empresa pública tomadora de serviço (Tema 383 da Tabela de Repercussão Geral, caso piloto RE 635.546, Rel. Min. Marco Aurélio)”.

É relevante que se registre que o ministro Gilmar Mendes cassou acórdão do TRT da 8ª Região havia aplicado a isonomia salarial entre empregados efetivos e terceirizados (STF, Reclamação nº 36.952, decisão em 23 de setembro de 2019). No caso, a Reclamação veio a ser julgada procedente, ao entendimento do afastamento da aplicação da norma contida no art. 25, § 1º da Lei 8.987/1995. O Tribunal reclamado teria violado a autoridade da Súmula Vinculante 10.<sup>15 16</sup>

Por fim, cabe comentar os dois impedimentos expressos e especificados no art. 5º-C e 5º-D, obviamente da Lei 6.019/74. O primeiro se refere à impossibilidade de figurar como contratada, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

Referido dispositivo, segundo a posição da doutrina, terá como objetivo coibir a famosa “pejotização”, assegurando mínima proteção ao empregado e evitar que trabalhadores efetivos sejam pressionados para se demitir e, em seguida, serem contratadas como pessoas jurídicas, adrede criadas com este exclusivo propósito.

Com efeito, diante das inovações inseridas no bojo Lei 6.019/74, as obrigações necessárias para o funcionamento da Empresa Prestadora de Serviços, por si só, seriam capazes de impedir eventuais fraudes nesse sentido, diante das obrigações atreladas à licitude do contrato. Tal disposição fere os princípios gerais da atividade econômica, elencados pelo art. 170 da Constituição Federal, em especial a livre iniciativa e concorrência.

O segundo ponto, refere-se ao empregado que for demitido e que não poderá prestar serviços à essa mesma empresa na qualidade de emprego de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo

---

<sup>15</sup> PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 143.

<sup>16</sup> Súmula Vinculante nº 10 STF: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte”.

de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. O fundamento dessa experiência se assentaria na preservação do contrato de trabalho, evitando-se dispensas para transferir a mão-de-obra à empresa terceirizada, o que parece razoável em razão do princípio da continuidade da relação de emprego inclusive.

#### 4. CONCLUSÃO

Com efeito, diante da gama de novos regramentos instituídos na Lei 6.019/74 revisitada, no tocante aos contratos de prestação de serviços a terceiros, é preciso responder se terceirizar vale mesmo a pena.

Como visto, a terceirização, agora legalmente regulamentada é assunto de pauta quase que permanente dentro de todas as empresas, como empregadoras, sendo que muitas acreditam na modalidade como mais vantajosa, por oferecer, a rigor, colaboradores mais capacitados e a custos menores, livrando-se a empregadora de encargos trabalhistas, evitando-se investimentos em infraestrutura, por exemplo.

Será, entretanto, preciso avaliar os prós e os contras antes da tomada de decisão, em especial quanto à figura do terceirizado, atento aos aspectos da segurança jurídica. A implementação de contratos de terceirização, ao rigor da nova lei, demandará estudos, projetos, planos orçamentários, gerenciamento de riscos, diligências constantes, acompanhamentos diários, visando a garantia da sua licitude, evitando-se a elevação de custos, exatamente o que se quer evitar ou circunvir legalmente.

Para que os contratos de terceirização sejam realmente eficazes e tragam os resultados esperados é preciso ter bastante cuidado no momento de sua efetivação.

Finalizando, a terceirização em si, analisada no plano teórico não é nem boa e nem má. A escolha há de pertencer aos empregadores, sua conveniência e a proteção do seu *core business*, sem se descuidar, por óbvio, do cumprimento dos mandamentos legais.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial: Direito de Empresa*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

PINHEIRO, Iuri Pereira; MIZIARA, Raphael. *Manual da Terceirização e Prática*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

Súmulas, Orientações jurisprudenciais e jurisprudência do TST.

Súmulas e jurisprudência do STF.

Orientações da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho do Ministério Público do Trabalho (CONAFRET-MPT).

# A DESTITUIÇÃO DO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO, PREVISTA NA LEI Nº 4.591/64, COMO UM DOS INSTRUMENTOS DO DIREITO URBANÍSTICO

Amanda Cézar Silvano

**Resumo:** O presente texto aborda, de forma explicativa, a destituição do incorporador imobiliário, prevista na Lei nº 4.591/64, informando suas hipóteses, requisitos e desenvolvimento. Este assunto ainda é pouco explorado nas publicações jurídicas, o que é contraditório considerando-se a relevância do tema. O ponto central do artigo está na alternativa extrajudicial, legal e segura apontada para aqueles que lesados pela paralisação, por tempo indeterminado, de empreendimento imobiliário. A inteligência dessa alternativa está iniciativa que se faculta aos adquirentes de unidade imobiliária, cujo empreendimento terá sido paralisado, fugindo da morosidade do judiciário e podendo reverter ou pelo menos minimizar o prejuízo causado pela frustração de determinada incorporação.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Incorporação Imobiliária. Conceito, natureza e dinâmica. 3. A Destituição do incorporador imobiliário. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir da Revolução Industrial ocorreu uma maior concentração da população nos grandes centros urbanos. Por conta dessa concentração, houve uma tendência em substituir a construção de uma única

unidade imobiliária pela superposição de unidades, em edifícios com mais de um pavimento.

Contudo, nesse momento, no Brasil, as regras existentes, no que concerne a edifícios, se limitavam a disciplinar a alienação e a utilização dos imóveis já construídos.

As então restritas e insuficientes regras eram tratadas pelo Decreto-Lei nº 5.481<sup>1</sup>, de 25 de junho de 1928, que dispunha sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e outras providências, com alterações do Decreto-Lei nº 5.243, de 1943, e da Lei nº 285, de 1945.

O Direito brasileiro era, pois, omissivo em relação à atividade empresarial de produção e comercialização de imóveis integrantes de edificações coletivas, atividade típica da incorporação imobiliária.

Por conta desta omissão, as pessoas que se dedicavam à atividade da construção e venda dessas edificações agiam sem limitações legais. O que hoje chamamos de incorporador, naquela época, embora fosse o organizador do negócio imobiliário, não se apresentava como parte nos contratos ou quaisquer outros atos negociais.

Era comum essas pessoas, após lançar e vender as unidades, abandonar a construtora e os adquirentes, ocasionando a paralisação indefinida das obras.

Nesse contexto, o Direito urbanístico, ramo do Direito público que tem como objetivo disciplinar as funções básicas da cidade, foi de extrema importância.

O Direito urbanístico oferece saídas para os problemas da cidade, através de instrumentos que visam a função social da propriedade urbana e a qualidade de vida dos habitantes, ambas previstas na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXIII<sup>2</sup> e artigo 182<sup>3</sup>.

Hely Lopes Meirelles conceitua o Direito urbanístico como “o ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e

---

<sup>1</sup> Decreto revogado pela Lei nº 4.591 de 1964.

<sup>2</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; (...)”

<sup>3</sup> “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo”<sup>4</sup>.

Assim, pensando nos problemas enfrentados pelas cidades, especificamente no tocante aos edifícios, surgiu, em 1964, como solução para a desordem normativa até então enfrentada, a Lei de nº 4.591, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Referida lei, dentre outras disposições, disciplinou a atividade de incorporador, seus direitos, deveres e suas responsabilidades.

Dentre as disposições da Lei de Incorporação Imobiliária está previsto, como instrumento do direito urbanístico, a denominada destituição do incorporador imobiliário, criada para solucionar problemas relacionados à paralisação e construção dos edifícios e é esta hipótese que será, de forma explicativa, a seguir abordada.

## 2. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONCEITO, NATUREZA E DINÂMICA

Incorporação vem do latim *incorporatio*, *incorporare*, e significa dar corpo, juntar, unir.<sup>5</sup> No Direito empresarial, incorporação está relacionada à absorção de uma ou mais sociedades por outra, conforme norma disposta no artigo 8º da Lei nº 6.404 de 1976<sup>6</sup>.

No tocante ao Direito Civil aplicável aos imóveis, tem-se a incorporação como a acessão agregada ao solo, passando a constituir uma só coisa, conforme preceitua a norma do artigo 79<sup>7</sup> do Código Civil, com exceção do direito de superfície, previsto no artigo 1.369<sup>8</sup> do mesmo Código.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 513.

<sup>5</sup> De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio, 1963.

<sup>6</sup> “Art. 8º Incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, são absorvidas por outra que lhes sucede em todos os seus direitos e obrigações, devendo ser deliberada na forma prevista para alteração do respectivo estatuto ou contrato social.”

<sup>7</sup> “Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.”

<sup>8</sup> “Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.”

Em sentido geral, incorporação significa a introdução de algo novo no corpo de outra ou o agrupamento de pessoas para formação de um único corpo. A Lei nº 4.591 de 1964, em seu artigo 28<sup>9</sup>, conceitua a incorporação imobiliária como atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas.

O artigo 29<sup>10</sup> da referida Lei qualifica como incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno ou apenas aceite propostas para a efetivação de transações, coordenando e levando a termo a incorporação.

Assim, o texto legal permite caracterizar a atividade de incorporação como coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente.

Importante o registro de que a atividade de construção está presente no negócio jurídico da incorporação, contudo, incorporação e construção não se confundem, pois não é necessário que a atividade de construção seja exercida pelo incorporador. Isto porque a atividade de incorporação pode ser representada apenas pela alienação de frações ideais objetivando sua vinculação a futuras unidades imobiliárias. Neste caso, o incorporador transfere para outra pessoa a atividade de construção.

---

<sup>9</sup> “Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei. Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.”

<sup>10</sup> “Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas. Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.”

Assim, pelo conceito de incorporação, conclui-se que o processo de construção de edifício destinado à instalação de *shopping center*, por exemplo, não se caracteriza como incorporação imobiliária, pois o empreendedor do *shopping* não constrói unidades com intenção de vendê-las, mas sim para explorar o negócio mediante a locação de lojas. Melhim Namem Chalhub afirma que: “incorporação tem como elemento central a figura de um incorporador, que é o formulador da ideia da edificação, o planejador do negócio, o responsável pela mobilização dos recursos necessários à produção e comercialização de unidades imobiliárias integrantes de edificações coletivas, bem como pela sua regularização no Registro de Imóveis, depois de prontas. O incorporador pode exercer uma ou todas as funções relacionadas à atividade, como são os casos da atividade de construção e de corretagem, mas para que fique caracterizada sua função de incorporador basta que, antes da conclusão da construção, efetive a venda de frações ideias de terreno vinculadas a futuras unidades imobiliárias que integrarão um conjunto dessas unidades, em edificação coletiva”<sup>11</sup>.

Independente se o incorporador é pessoa física ou jurídica, a natureza de sua atividade é sempre empresarial, pois visa o lucro. A finalidade lucrativa é a contrapartida dos riscos que o incorporador assume. Se não tiver finalidade lucrativa o empreendimento imobiliário não pode ser considerado uma incorporação.

Dessa forma, a pessoa, ou o grupo de pessoas, que constrói para uso próprio não é considerado incorporador, uma vez que não visa o lucro.

A figura do incorporador imobiliário pode atuar de várias formas. Hely Lopes Meirelles utilizou a expressão “multiforme” para caracterizar o incorporador, justificando que: “ora mediando o negócio, ora financiando o empreendimento, ora construindo o edifício, ora adquirindo apartamentos para revenda futura, mas em todas essas modalidades a sua constante é ser o elemento propulsor do condomínio”<sup>12</sup>. No mesmo sentido, Orlando Gomes dispõe sobre o incorporador: “ora é dono do terreno, ora não o é. Estipula os contratos de compra e venda. Ele próprio constrói o edifício, ou contrata sua construção. Financia, ou obtém o financiamento da obra. Promove atos em nome

<sup>11</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação Imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2012, p.12.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 227.

dos promitentes compradores. Dirige e administra o empreendimento. Responsabiliza-se por seu êxito. Não é, portanto, um simples intermediário, nem um simples administrador”<sup>13</sup>.

Em razão de suas diversas faces, pode-se dizer que a atividade da incorporação não obedece a um padrão, não se ajustando a uma única modelagem de procedimentos. Contudo, nessa complexa dinâmica de incorporação imobiliária é possível identificar aspectos comuns de sua estruturação e do seu desenvolvimento.

O incorporador imobiliário, inicialmente, em sua atividade, mobiliza recursos, identifica o possível terreno e promove o estudo arquitetônico e a análise de viabilidade econômica e financeira do negócio.

Optando pela concretização da incorporação imobiliária, o incorporador irá adquirir o terreno por meio de uma das formas legalmente admitidas, que pode ser a compra e venda, a aquisição dos direitos sobre o terreno, mediante promessa de compra e venda ou promessa de cessão, ou ainda através de permuta<sup>14</sup>.

O incorporador irá elaborar o projeto definitivo, promovendo sua aprovação pelos órgãos competentes. Após essa aprovação, o incorporador elabora peças de natureza jurídica, técnica, econômica e financeira, que estão relacionadas no artigo 32 da Lei nº 4.591 de 1964<sup>15</sup>. Todas essas peças reunidas formam o denominado Memorial de Incorporação.

---

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 306.

<sup>14</sup> No caso da permuta, o incorporador receberá o terreno e se obrigará a construir e entregar aos permutantes (antigos proprietários do terreno) unidades imobiliárias a serem construídas naquele mesmo terreno ou por outros imóveis não integrantes daquela incorporação.

<sup>15</sup> “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretirável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado; b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador; c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros; d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída; f) certidão negativa de débito para com

O arquivamento do Memorial é ato preliminar e requisito legal e indispensável para o exercício da atividade de incorporador. Sem este arquivamento o incorporador não poderá promover a oferta pública para a comercialização das unidades. Segundo Melhim Namem Chalhub: “É o registro que legitima o incorporador a empreender sua atividade empresarial de oferta pública das frações ideais do terreno e das acessões que corresponderão às futuras unidades imobiliárias”<sup>16</sup>.

No que concerne à relação com os adquirentes, o incorporador celebra o denominado contrato de incorporação, tipificado pela Lei nº 4.591 de 1964, no qual se encontra os direitos e as obrigações de cada parte. O incorporador recebe o preço ajustado e o adquirente a unidade desejada. É, pois, um contrato bilateral, aplicando-se o famoso princípio da exceção do contrato não cumprido ou *exceptio non adimpleti contractus*, previsto no artigo 476 do Código Civil<sup>17</sup>.

Os adquirentes são representados por uma comissão composta por no mínimo três adquirentes eleitos em assembleia geral ou por comissão nomeada no contrato de construção pelo próprio incorporador. A comissão deve acompanhar a obra, representando os interesses dos adquirentes.

O incorporador pode, ainda, obter um financiamento para a construção e, nesse caso, oferece em garantia ao financiador o próprio

---

a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições; g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei; h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra; i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão; j) minuta da futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações; l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39; m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31; n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34); o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos. p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.”

<sup>16</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação Imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2012, p. 21.

<sup>17</sup> “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

terreno objeto da incorporação. Essa garantia pode ser a hipoteca ou a alienação fiduciária.

Em geral, o financiamento é contratado antes do início das vendas das unidades imobiliárias, de modo que o adquirente se torna titular de fração ideal já gravado com uma garantia real. Nesses casos, é comum o adquirente pagar uma parte do preço estipulado diretamente ao financiador.

O incorporador pode também obter o financiamento após as vendas das unidades imobiliárias. Nesses casos, será comum que o contrato de compra e venda firmado entre o incorporador e o adquirente possua Cláusula Mandato, pela qual o adquirente autoriza o incorporador a tomar financiamento para a construção dando em garantia ao financiador a sua fração ideal.

Concluída a construção, com a devida averbação no registro de imóveis, com a individualização das unidades autônomas, será instituído o condomínio especial<sup>18</sup>.

Em razão dos adquirentes, em termos gerais, se encontrarem em posição de desvantagem em relação ao incorporador, os seus direitos foram especialmente tutelados pela Lei nº 4.591 de 1964, dentre eles destaca-se o direito dos adquirentes de substituição, em casos especiais que afetam o empreendimento do incorporador imobiliário.

### **3. DESTITUIÇÃO DO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO**

O contrato de incorporação consiste na venda antecipada de unidade imobiliária cujo empreendimento ou está em construção ou será, futuramente, construído. Significa dizer que o incorporador recebe, antecipadamente, o pagamento do valor, ou ao menos parte dele, da unidade imobiliária vendida.

Ocorre que, embora cada incorporação tenha objeto e orçamento próprios, o que se vê na prática é que nem sempre a receita de determinada incorporação é suficiente para levar a cabo o empreendimento.

Diversos fatores, alheios ou não ao incorporador, por exemplo, a própria economia do país, podem interferir na estruturação e no desenvolvimento físico e financeiro dos empreendimentos. Tendo ou não o incorporador imobiliário responsabilidade, esses fatores podem ocasionar a frustração da finalidade social e econômica da incorporação imobiliária.

---

<sup>18</sup> As características do condomínio estão estabelecidas nos artigos 1.331 ao 1.358 do Código Civil brasileiro.

Inegável que, nesses casos, o prejuízo é desastroso para todos os envolvidos, mas em geral, os que mais são afetados são os adquirentes dessas unidades imobiliárias que quitaram de forma antecipada, total ou parcialmente, o preço da aquisição.

Na maioria das vezes, os adquirentes são o lado hipossuficiente do negócio. Cada adquirente, ao obter sua unidade imobiliária, possui uma expectativa particular. Para alguns, essa aquisição representa a concretização de um grande sonho, para outros representa o resultado financeiro de uma vida de trabalho.

Seja o primeiro, segundo ou mais um dentre outros imóveis próprios, seja qual for o objetivo dessa compra, a aquisição de uma unidade imobiliária envolve emocionalmente o comprador e, por isso, a Lei de Incorporação criou mecanismos para minimizar os riscos dos adquirentes.

Neste sentido, em caso de injustificado atraso ou paralisação da obra, há uma saída para os adquirentes, que são considerados o lado fraco da relação e os que mais sofrem com essa frustração.

Assim, para não ter o empreendimento, cuja unidade imobiliária adquiriu, parado por tempo indeterminado ou em caso de falência, arrecadado na massa falida<sup>19</sup>, os adquirentes podem, de forma judicial ou extrajudicial, destituir o incorporador imobiliário.

Essa hipótese (destituição do incorporador imobiliário) é também vantajosa para aqueles adquirentes que não queiram abrir mão de sua unidade imobiliária que irá compor determinado empreendimento, e nessa situação o empreendimento poderá ser finalizado mesmo com o afastamento do incorporador imobiliário.

O instituto da destituição do incorporador está previsto no artigo 43, inciso VI da Lei nº 4.591 de 1964: “Se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne

<sup>19</sup> Em caso de falência do incorporador, os bens que integram o seu patrimônio são arrecadados à massa falida e, nesses casos, os créditos que os adquirentes possuam em razão de determinado empreendimento, que não possua patrimônio de afetação, se deslocam, principalmente em razão dos créditos trabalhistas e fiscais, para os últimos lugares, de acordo com a ordem legal de preferência, de acordo com artigo 43 da Lei de Incorporações nº 4.591 de 1964.

a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra”.

Pelo texto legal percebe-se que o primeiro requisito para a destituição do incorporador imobiliário será a paralisação ou o excessivo atraso no andamento da obra por mais de 30 (trinta) dias.

Como segundo requisito, a lei exige notificação judicial ao incorporador e apenas se não houver atendimento desta notificação é que os adquirentes terão direito de destituí-lo.

A destituição, conforme normas dispostas no artigo 49 da Lei nº 4.591 de 1964<sup>20</sup>, deverá ocorrer em assembleia geral que deve ser convocada, através de carta registrada ou protocolo, com antecedência mínima de 05 (cinco) dias para a primeira convocação e mais 03 (três) dias para a segunda, podendo ambas as convocações serem feitas no mesmo aviso, por, pelo menos um terço dos votos contratantes, com menção expressa do assunto a tratar. É possível o comparecimento de procurador bastante.

Para deliberação sobre a destituição do incorporador imobiliário será exigido o quórum de maioria absoluta.

Nos casos em que a maioria absoluta tenha decidido pela destituição do incorporador imobiliário, ficarão rescindidos os contratos

---

<sup>20</sup> “Art. 49. Os contratantes da construção, inclusive no caso do art. 43, para tratar de seus interesses, com relação a ela, poderão reunir-se em assembleia, cujas deliberações, desde que aprovadas por maioria simples dos votos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos eles salvo no que afetar ao direito de propriedade previsto na legislação. § 1º As assembleias serão convocadas, pelo menos, por 1/3 (um terço) dos votos dos contratantes pelo incorporador ou pelo construtor, com menção expressa do assunto a tratar, sendo admitido comparecimento de procurador bastante. § 2º A convocação da assembleia será feita por carta registrada ou protocolo, com antecedência mínima de 5 dias para a primeira convocação, e mais 3 dias para a segunda, podendo ambas as convocações ser feitas no mesmo aviso. § 3º A assembleia instalar-se-á, no mínimo, com metade dos contratantes, em primeira convocação, e com qualquer número, em segunda, sendo, porém, obrigatória a presença, em qualquer caso do incorporador ou do construtor, quando convocantes, e pelo menos, com metade dos contratantes que a tenham convocado, se for o caso. § 4º Na assembleia, os votos dos contratantes serão proporcionais às respectivas frações ideais de terreno.”

de compra e venda firmados individualmente com os adquirentes de unidades imobiliárias.

O condomínio pode estipular aportes e contribuições, de forma que todos estarão obrigados ao pagamento, da forma como legalmente tenha sido estipulada pelo Condomínio, inclusive os dissidentes à destituição do incorporador imobiliário.

Havendo inadimplência de obrigação definida em assembleia por parte de algum adquirente, o Condomínio poderá realizar os procedimentos do leilão extrajudicial da unidade imobiliária do condômino inadimplente, conforme previsto no artigo 63 da Lei nº 4.591 de 1964<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> “Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato. § 1º Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção. § 2º Se o maior lance obtido for inferior ao desembolso efetuado pelo inadimplente, para a quota do terreno e a construção, despesas acarretadas e as percentagens expressas no parágrafo seguinte será realizada nova praça no prazo estipulado no contrato. Nesta segunda praça, será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior àquele total, (VETADO). § 3º No prazo de 24 horas após a realização do leilão final, o condomínio, por decisão unânime de Assembleia-Geral em condições de igualdade com terceiros, terá preferência na aquisição dos bens, caso em que serão adjudicados ao condomínio. § 4º Do preço que for apurado no leilão, serão deduzidas as quantias em débito, todas as despesas ocorridas, inclusive honorário de advogado e anúncios, e mais 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória, que reverterão em benefício do condomínio de todos os contratantes, com exceção do faltoso, ao qual será entregue o saldo, se houver. § 5º Para os fins das medidas estipuladas neste artigo, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável, isento do imposto do selo, na vigência do contrato geral de construção da obra, com poderes necessários para, em nome do condômino inadimplente, efetuar as citadas transações, podendo para este fim fixar preços, ajustar condições, sub-rogar o arrematante nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de construção e da quota de terreno e construção; outorgar as competentes escrituras e contratos, receber preços, dar quitações; imitar o arrematante na posse do imóvel; transmitir do-

Tendo a maioria absoluta deliberado ou não pela destituição do incorporador imobiliário, o adquirente que se sentir lesado pelo atraso na entrega do imóvel, e em virtude disso perder o interesse em sua unidade imobiliária poderá requerer, judicialmente, a resolução de seu contrato.

Nesse caso, havendo a rescisão do contrato de compra e venda, a unidade imobiliária retornará ao incorporador imobiliário e o que será discutido será o valor que esse adquirente deverá receber em razão dessa rescisão.

Ainda na assembleia que deliberar sobre a destituição do incorporador imobiliário, os adquirentes poderão e deverão, caso desejarem prosseguir com a obra, solicitar todos os documentos referente ao empreendimento.

Caso aprovada a destituição do incorporador, cada adquirente se tornará, após a averbação dessa destituição e lavratura da escritura pública, proprietário da fração ideal correspondente à unidade imobiliária adquirida. O adquirente, deixa, então, de ter um direito obrigacional passando a ter um direito real.

Como demonstrado, a sociedade empresária que exerce a atividade de incorporação poderá, mas não necessariamente será, a construtora de determinado empreendimento. Nos casos em que a sociedade

---

mínio, direito e ação; responder pela evicção; receber citação, propor e variar de ações; e também dos poderes *ad juditia*, a serem substabelecidos a advogado legalmente habilitado; § 6º A morte, falência ou concordata do condomínio ou sua dissolução, se se tratar de sociedade, não revogará o mandato de que trata o parágrafo anterior, o qual poderá ser exercido pela Comissão de Representantes até a conclusão dos pagamentos devidos, ainda que a unidade pertença a menor de idade. § 7º Os eventuais débitos fiscais ou para com a Previdência Social, não impedirão a alienação por leilão público. Neste caso, ao condômino somente será entregue o saldo, se houver, desde que prove estar quite com o Fisco e a Previdência Social, devendo a Comissão de Representantes, em caso contrário, consignar judicialmente a importância equivalente aos débitos existentes dando ciência do fato à entidade credora. § 8º Independentemente das disposições deste artigo e seus parágrafos, e como penalidades preliminares, poderá o contrato de construção estabelecer a incidência de multas e juros de mora em caso de atraso no depósito de contribuições sem prejuízo do disposto no parágrafo seguinte. § 9º O contrato poderá dispor que o valor das prestações pagas com atraso, seja corrigível em função da variação do índice geral de preços mensalmente publicado pelo Conselho Nacional de Economia, que reflita as oscilações do poder aquisitivo da moeda nacional. § 10. O membro da Comissão de Representantes que incorrer na falta prevista neste artigo, estará sujeito à perda automática do mandato e deverá ser substituído segundo dispuser o contrato.”

empresária exerce essas duas atividades, de incorporação e construção, ao destituir a sociedade da qualidade de incorporadora, os adquirentes poderão, ainda em assembleia, deliberar se a sociedade será ou não afastada da construção.

Afastando a sociedade da construção do empreendimento, os adquirentes poderão contratar novo construtor ou poderão, ainda, transferir a incorporação para uma nova empresa. Neste último caso, o novo incorporador se responsabilizará pela construção do empreendimento.

Caso os adquirentes decidam não transferir a incorporação para nova empresa, objetivando dar continuidade à obra com seus próprios esforços, buscando ajuda tão somente na finalização da construção da obra, esse grupo de adquirentes não será considerado incorporador, já que não possui natureza empresarial. A sua finalidade será aquela da entrega das unidades imobiliárias e não o lucro.

Deve-se levar em consideração que as unidades imobiliárias que não tenham sido vendidas pelo incorporador, comumente chamadas de “estoque”, continuarão sendo de propriedade do incorporador imobiliário, de forma que este terá autonomia para dispor dessas unidades da forma que lhe convier, podendo, inclusive, negociar com os próprios adquirentes, como forma de indenização pela frustração causada.

Nos casos em que o incorporador imobiliário tenha contratado financiamento imobiliário para empreendimento do qual terá sido destituído, opera-se, quanto a este financiamento, a sub-rogação dos direitos e obrigações pelo condomínio de adquirentes, uma vez que este terá assumido a responsabilidade pelo empreendimento imobiliário financiado, sub-rogando-se, também, nas acessões construídas sobre o imóvel. Este entendimento está previsto nos termos do § 11 do artigo 31-F da Lei 4.591/1964<sup>22</sup>.

Registre-se que nos casos de destituição de obra com financiamento contratado, em que o terreno objeto da incorporação terá sido dado em garantia ao financiador, haverá o cancelamento da hipoteca, ou da

<sup>22</sup> “Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação. (...) § 11. Caso decidam pela continuação da obra, os adquirentes ficarão automaticamente sub-rogados nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos à incorporação, inclusive aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra, se houver”.

alienação fiduciária, de acordo com a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça<sup>23</sup>.

Aprovada a destituição, o condomínio de adquirentes deverá averbar na matrícula do imóvel onde seria construído o empreendimento, a ocorrência da destituição, para que, posteriormente, cada adquirente possa receber suas respectivas escrituras, tornando-se proprietários definitivos de suas unidades imobiliárias.

#### 4. CONCLUSÃO

A destituição do incorporador é forma de reverter ou de minimizar prejuízo causado pelo insucesso de determinado empreendimento.

É verdade que o adquirente de unidade imobiliária tem a justiça à sua disposição nos casos em que o incorporador paralisar ou atrasar excessivamente o andamento do empreendimento cuja unidade adquiriu.

Esse comprador poderá requerer, por exemplo, de forma individual e judicialmente, a continuação da obra, a entrega das chaves, a resolução do contrato, indenização material, moral, lucros cessantes, dentre outros, de acordo com a individualidade de cada caso.

No entanto, essas ações, em razão da morosidade do poder judiciário, podem durar longos anos para serem definitivamente julgadas. Ademais, dependendo da condição financeira do incorporador, o adquirente, após aguardar anos pelo resultado de sua ação, poderá não conseguir executar a sua favorável sentença.

Neste ponto, apresenta-se como caminho inteligente a utilização de formas e instrumentos extrajudiciais para solucionar adversidades enfrentadas pelo incorporador imobiliário. Para tal desiderato é de indiscutível utilidade a união dos adquirentes de unidades imobiliárias de um mesmo empreendimento que, ao convergirem para um entendimento, tornar-se-ão mais fortes. E essa união que faz a força.

Assim, esse grupo poderá valer-se do instrumento da destituição do incorporador imobiliário tomando as rédeas das decisões necessárias ao reequacionamento jurídico e econômico do empreendimento. Dessa forma, os adquirentes de unidades imobiliárias que foram lesados têm à sua disposição a destituição do incorporador imobiliário como alternativa

---

<sup>23</sup> “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

que traz segurança em relação aos demais débitos do incorporador, otimizando tempo, se comparado com a via judicial, com reversão ou minimização de prejuízos causados pela frustração da incorporação.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 jun. 2017.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10. Jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 03 jun. 2017.
- BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 dez. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm). Acesso em: 03 jun. 2017.
- BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm). Acesso em: 03 jun. 2017.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação Imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2012.
- COSTA, Nelson Nery. *Direito Municipal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense Jurídica, 2006.
- GOMES, Orlando, *Direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1962.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 1963.



# A TRIBUTAÇÃO DO DESÁGIO OBTIDO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Mateus Vieira Nicacio

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O conceito de renda e os fatos geradores do IRPJ e da CSLL. 3. Análise dos princípios basilares do Direito Tributário e a impossibilidade da tributação do deságio. 4. Tratamento tributário dos descontos concedidos pelos programas de parcelamento tributário. 5. Admitindo-se tal tributação, o momento de sua incidência. 6. Breve análise do Projeto de Lei nº 10.220/2018. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil, como os demais países, enfrenta possivelmente a mais severa crise econômica em decorrência da pandemia do novo coronavírus (COVID-19). As medidas de restrição de circulação acarretam a redução do consumo, da produção e dos investimentos, ocasionando a perda drástica de receitas das empresas e, por essas razões, a provável impossibilidade do adimplemento de suas obrigações com fornecedores, trabalhadores e fisco.

Medidas governamentais demonstram a preocupação em dar fôlego às empresas impactadas pela crise, para que sejam preservados empregos e geração de riqueza.

Uma das alternativas previstas no ordenamento brasileiro, especificamente na Lei nº 11.101/2005,<sup>1</sup> é a ação de recuperação judicial

<sup>1</sup> Lei nº 11.101/2005: “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

para os devedores empresários, possibilitando, dentre outras opções, a concessão de prazo para pagamento e obtenção de desconto no passivo, objetivando viabilizar a superação de sua crise econômico-financeira, permitindo-se a manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores, perseguindo a preservação da empresa, a sua função social e o estímulo à atividade econômica<sup>2</sup>.

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento de capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial dos bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.”

<sup>2</sup> SILVA, José Anchieta da. A “Recuperação Fiscal” na Recuperação Judicial. *In: Palavra de Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 273-294.

Apenas para ilustrar o momento difícil vivido pelo Brasil antes mesmo da pandemia, decorrente da recessão iniciada em 2015, somente no ano de 2018, de acordo com a Serasa<sup>3</sup> foram registrados 1.408 (um mil e quatrocentos e oito) pedidos de recuperação judicial.

De acordo com o artigo 47 da Lei nº 11.101/2005: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Importante o registro preliminar de que a ação de recuperação judicial não contempla débitos fiscais, o que será objeto de análise e crítica mais adiante.

Os descontos pretendidos pelas Recuperandas com a redução do seu passivo, podem atingir percentuais significativos. A título de exemplo, a tradicional Livraria Leitura, com passivo estimado em R\$300.000,00 (trezentos milhões de reais), obteve a aprovação do seu Plano de Recuperação Judicial em abril de 2019, com a concessão, por seus credores, de descontos de até 70% (setenta por cento) da dívida<sup>4</sup>.

Não há dúvida de que tais descontos, somados ao prazo alongado de pagamento, são essenciais para o soerguimento da sociedade empresária, possibilitando-a cumprir o Plano aprovado e, assim, quitar suas obrigações. Ao concederem descontos significativos à sociedade em recuperação judicial, os credores se tornam fomentadores da atividade empresária, pois abrem mão de crédito certo e confessado, criando condição essencial para a superação da crise.

Enquanto a concessão de descontos pelos credores se apresenta como imprescindível para as sociedades recuperandas, tem-se que referidos deságios poderão representar, noutra ponta, a principal causa para a sua quebra. É disso que por aqui se pretende tratar.

A tributação como ação do Estado é instrumento utilizado para transferência de recursos, de forma compulsória, das pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, para os entes da Federação, ou para ela própria, objetivando fazer frente às despesas do próprio Estado, bem como à fomentação de suas ações e de redistribuição de riqueza.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/noticias/serasa-recuperacoes-judiciais-caem-2018/>. Acesso em: 01 mar. 2020.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/04/credores-aprovam-plano-de-recuperacao-judicial-da-livraria-cultura.shtml>. Acesso em: 01 mar. 2020.

Quanto à matéria a ser tratada, o deságio nas dívidas obtido pela sociedade empresária, de acordo com o Fisco Federal, como regra geral, é fato gerador do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL. O que se pretende analisar é a pertinência ou não dessa inteligência fiscal (ou fiscalista) quando da crise insolvencial do contribuinte.

Os descontos obtidos pela sociedade empresária são interpretados pelo fisco como conceito de renda ou provento de qualquer natureza e, assim, devem ser oferecidos à tributação de IRPJ e CSLL (regra geral). Considerando as pessoas jurídicas optantes pela apuração no lucro real, a título de exemplo, tem-se que o deságio obtido pela recuperanda será oferecido à tributação na alíquota somada de 34% (trinta e quatro por cento). Tem-se aí, aquela regra geral transportada ou aplicada à ação de recuperação judicial em face de um plano de recuperação proposto.

No caso, sobre o desconto de 70% (setenta por cento) hipoteticamente concedido pelos credores, tem-se a necessidade de recolhimento de IRPJ e CSLL na alíquota de 34% (trinta e quatro por cento) sobre a rubrica, representando custo extremamente gravoso para a sociedade que, enfrentando grave crise financeira, terá batido às portas do judiciário para obter a sua recuperação judicial.

O que se tem, portanto, é que a sociedade recuperanda, ao obter descontos por parte de seus credores, fundamentais para a superação da crise enfrentada, se vê obrigada a suportar nova carga tributária, nascida em razão da aprovação do Plano com deságio. O ganho auferido acaba, portanto, anulado, e isto pode inviabilizar projetos saudáveis de recuperação empresarial.

Percebe-se assim que o Fisco, além de ser credor privilegiado, que não submete seu crédito aos efeitos da recuperação judicial, ainda aproveita a concessão de descontos admitidos pelos credores para alimentar sua saga arrecadatória. Este é o problema a ser enfrentado.

O nascimento da obrigação tributária se dá, nestes casos, através do sacrifício de inúmeros credores que, muitas vezes, com a concessão de descontos, podem vir a receber menos do que receberá o credor Estado e, da mesma forma, a sociedade recuperanda terá desconto efetivo consideravelmente inferior àquele obtido com a aprovação do seu Plano, em face dessa obrigação tributária nova na casa de 34% (trinta e quatro por cento) sobre o deságio obtido (no caso das empresas que apuram sua tributação pelo lucro real).

Desta feita, a tributação surgida em razão da essencial obtenção do deságio pelas sociedades recuperandas vai na contramão do objetivo principal da Lei nº 11.101/2005 e de seus princípios basilares, como o da preservação da empresa, continuidade da atividade empresária, da geração de emprego e da criação de riqueza.

## 2. O CONCEITO DE RENDA E OS FATOS GERADORES DO IRPJ E DA CSLL

O conceito de renda pode ser analisado sob o prisma das ciências econômica, financeira ou contábil. Para o Direito Tributário, a renda pode ser auferida quando da sua realização efetiva, representada pelo ingresso no caixa, ou então apenas pela concretização do negócio jurídico, que implica na perspectiva futura da realização efetiva. A primeira hipótese é representada pelo regime de caixa, quando há disponibilidade econômica da renda e a segunda hipótese é representada pelo regime de competência, surgindo, naquele ato, o que se considera disponibilidade jurídica da renda.

A Constituição Federal, em seu artigo 153, limitou-se a conferir competência à União instituir impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza. Por sua vez, o artigo 146 da Carta Magna delegou ao legislador ordinário, através de Lei Complementar, competência para estabelecer normas gerais de Direito Tributário, definindo fato gerador, sujeito passivo, base de cálculo e alíquotas.

Assim, de acordo com o Código Tributário Nacional, em seu artigo 43: “O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. (...)”. O inciso I do referido dispositivo considera relevante a fonte produtora da renda, sendo que o inciso II traz como principal objeto o acréscimo patrimonial representado pelo aumento de riqueza.

Com relação à CSLL, o *caput* do artigo 2º da Lei nº 7.689/1988 dispõe que: “A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda”. A Lei nº 8.981/1995, em seu artigo 57 determina que: “Aplicam-se à

Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei” (disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7689.htm)).

De acordo com a doutrina sempre abalizada de Hugo de Brito Machado<sup>5</sup>: “Na expressão do Código, renda é sempre um produto, um resultado, quer do trabalho, quer do capital, quer da combinação desses dois fatores. Os demais acréscimos patrimoniais que não se comportem no conceito de renda são proventos. (...) Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda como acréscimo. (...) Quando afirmamos que o conceito de renda envolve acréscimo patrimonial, como o conceito de proventos também envolve acréscimo patrimonial, não queremos dizer que escape à tributação a renda consumida. O que não se admite é a tributação de algo que na verdade em momento algum ingressou no patrimônio, implicando incremento no valor líquido deste. Como acréscimo se há de entender o que foi auferido, menos parcelas que a lei, expressa ou implicitamente, e sem violência à natureza das coisas, admite sejam diminuídas na determinação desse acréscimo”. Ainda sobre o conceito de renda e sobre o significado de disponibilidade econômica, de se trazer a texto as palavras de Brandão Machado<sup>6</sup> vendo-a como: “Operação ou fatos que podem conduzir à realização da renda, para o efeito de sua tributação, são, por exemplo, uma venda com recebimento do preço à vista ou a prazo, uma permuta, a extinção de uma dívida, a contabilização da chamada reserva oculta (a contabilização do lucro inflacionário que constitui realização da renda, ainda que o legislador brasileiro permita o adiamento de sua tributação). Cada um desses fatos concretiza a realização, como demonstrou BEISSE (*Gewinnrealisierung im Steuerrecht*. Colônia, 1981, p. 14). A realização da renda exige, como dizem SOMMERFIELD, MADEO e MILLIRON, a mudança na forma ou na substância da propriedade do contribuinte (ou dos direitos) e a participação de um terceiro. A renda

---

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 314-315, 317 e 323.

<sup>6</sup> MACHADO, Brandão. Breve Exame Crítico do Art. 43 do CTN. In: *Imposto de Renda*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 107.

realiza-se mais comumente quando se presta um serviço, ou quando se arrenda, ou vende ou permuta um bem. Quer seja a contraprestação recebida em dinheiro, quer em bem, tanto basta para caracterizar a realização (SOMMERFIELD, Ray M., MADEO, Silvia A., MILLIRON, Valerie. *An Introduction to taxation*. San Diego, 1991, p. 128)”.

Assim, embora não tenham a Constituição Federal ou o Código Tributário Nacional fixado o conceito de renda, tem-se pela doutrina tributária que tal exação implica em ganho ou acréscimo de patrimônio pelo contribuinte. A partir deste conceito, considerando-se que a redução da dívida decorrente de descontos representa acréscimo patrimonial ao contribuinte, a Receita Federal do Brasil<sup>7</sup> consolidou o entendimento que tal redução deve ser submetida à tributação de IRPJ e CSLL.

Embora a análise da Receita Federal seja decorrente de descontos concedidos em parcelamento, tal entendimento também é aplicado nos deságios oriundos da aprovação do Plano de Recuperação Judicial. Por esta razão, sendo considerado que o deságio concedido pelos credores à sociedade recuperanda representaria ganho ou acréscimo de patrimônio, devendo, portanto, ser oferecido à tributação de IRPJ e CSLL, tornou-se necessário o enfrentamento desse entendimento.

### 3. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO TRIBUTÁRIO E A IMPOSSIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO DO DESÁGIO

Nenhum tributo poderá ser instituído, exigido ou aumentado, a não ser através de Lei. Este o comando do artigo 150, inciso I da Constituição Federal, *in verbis*: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)”. Importa observar, para a análise que se faz, que de acordo com o Fisco, considerando o deságio como acréscimo patrimonial, pela previsão do Código Tributário Nacional e das Leis n.ºs 7.689/1988 e 8.981/1995 e pelo princípio da legalidade cerrada, deveriam os deságios ser oferecidos à tributação do IRPJ e da CSLL. Trata-se de interpretação nominal exclusivamente literal que merece resistência. É que não se pode interpretar norma tributária baseando-se somente em um único princípio, sendo indispensável seu ajustamento aos demais

<sup>7</sup> Soluções de Consulta RFB n.ºs 306/2007 e 21/2013.

princípios, vários, voltados para o objetivo do instituto da recuperação e bem lembrando que ação de recuperação judicial é ação de perdas. É dizer, todos perdem.

Sopesando valores maiores e valores menores, é preciso considerar que enquanto os credores particulares são obrigados a participar da recuperação judicial, concedendo deságios à recuperanda no intuito de construir um plano compatível com a manutenção da atividade empresarial, o Fisco, em posição legalmente privilegiada, exige exatamente em função do plano nova tributação decorrente daqueles deságios.

De se observar que a renda oferecida à tributação quando exigido o IRPJ e a CSLL em situações ordinárias, advindas de atividade operacional da empresa, não se equipara àquela decorrente do deságio concedido pelos credores na recuperação judicial, porque, neste segundo, renda, conceitualmente, não há. Há redução de passivo, mas não há transferência de riqueza. Não há ganho.

Dessa forma, o comportamento do Fisco, de exigir seu crédito em sua integralidade, em contraponto aos credores particulares que concedem descontos, determinando sejam tributados referidos deságios da mesma forma que rendas ordinárias decorrentes da atividade da empresa, afronta princípios, no caso, superiores, sintetizados na própria viabilização da empresa como agente econômico.

A sede constitucional desta afirmação está no § 1º do artigo 145 da Constituição Federal: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. A capacidade contributiva, no caso, não pode afastar-se do quadro fático.

A sociedade empresarial sujeita à tributação ordinária de IRPJ e CSLL pressupõe auferimento de renda, com capacidade econômica e acréscimo patrimonial o que, definitivamente, não ocorre no caso que se examina. Ao contrário, empresas em regime de recuperação judicial estão desprovidas de capacidade contributiva em relação às demais sociedades inclusive.

O princípio da capacidade contributiva necessita ser harmonizado com o princípio da legalidade. A previsão legal para se exigir tributo

há de ser apenas um dos elementos dessa construção, sendo necessária a análise subjetiva do fato pseudogerador, lembrando que todo caso de recuperação é sempre caso com singularidades próprias.

A serviço do pensamento que este adinículo adota observe-se a vedação ao confisco, prevista no artigo 150, inciso IV, da Carta<sup>8</sup>, impedindo que a carga tributária represente ônus excessivo ao contribuinte.

A tributação do deságio que se examina e que não representa qualquer acréscimo patrimonial à sociedade recuperanda ou realização de renda, se apresenta ainda como duas faces negativas, seja como excesso do ente tributante, seja como perda efetiva do credor original.

#### **4. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DOS DESCONTOS CONCEDIDOS PELOS PROGRAMAS DE PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO**

Antes de adentrar o cerne da questão, importante tecer breves considerações sobre a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os descontos concedidos pelo Fisco nos programas de parcelamento. Os descontos nos juros e multas cobrados dos contribuintes possui tratamento semelhante à tributação do deságio concedido na recuperação judicial. Importante salientar, entretanto, que o (já antigo) parcelamento denominado “Refis da Crise”, instituído pela Lei nº 11.941/2009<sup>9</sup>, dispôs expressamente que aqueles descontos concedidos pelo programa não seriam submetidos à tributação de IRPJ e CSLL. (É precedente legal que não pode ser esquecido.) Ocorre que, aqueles parcelamentos que não possuíam previsão legal de não tributação dos descontos, de

<sup>8</sup> “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – É vedado utilizar tributo com efeito de confisco. (...).”

<sup>9</sup> “Art. 4º Aos parcelamentos de que trata esta Lei não se aplica o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, no § 2º do art. 14-A da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e no § 10 do art. 1º da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.

Parágrafo único. Não será computada na apuração da base de cálculo do Imposto de Renda, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS a parcela equivalente à redução do valor das multas, juros e encargo legal em decorrência do disposto nos arts. 1º, 2º e 3º desta Lei.”

acordo com a Receita Federal do Brasil<sup>10</sup>, deveriam integrar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Com efeito, o objetivo dos parcelamentos tributários é propiciar aos contribuintes, mediante descontos e maiores prazos de pagamento, adimplir suas obrigações fiscais não quitadas no momento certo, em razão da indisponibilidade de caixa devido à reconhecida crise vivenciada por diversos setores da economia brasileira.

Quando o poder tributante admite parcelamento, é porque há nele interesses comuns, na medida em que o Estado fomenta a arrecadação de créditos tributários vencidos e de difícil recuperação, permitindo aos contribuintes a sua quitação em condições mais vantajosas que as previstas ordinariamente.

A reconhecidamente penosa carga tributária no Brasil em boa medida, como causa, ou concausa, leva diversas sociedades empresárias a crises financeiras gravíssimas, que culminam em recuperações judiciais e falências. Desta forma, ao oportunizar ao contribuinte adimplir débitos tributários, com descontos nos juros e multas incidentes e, em seguida, exigir que tais descontos sejam oferecidos à tributação, se cria evidente paradoxo, contrariando o objetivo dos parcelamentos. O Estado que concede descontos com uma mão é o mesmo que, com a outra recupera parte daqueles valores numa evidente anulação do benefício.

---

<sup>10</sup> Solução de Consulta nº 65 – COSIT:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ LUCRO REAL. PROGRAMA ESPECIAL DE REGULAMENTAÇÃO TRIBUTÁRIA – PERT. REDUÇÃO DE ENCARGOS. INCIDÊNCIA. No regime de tributação pelo Lucro Real, a reversão ou recuperação do valor dos juros de mora e das multas compensatórias que foram, a seu tempo, reconhecidas como despesa integram a base de cálculo do IRPJ no momento da adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) instituído pela Lei nº 13.496, de 2017. Dispositivos Legais: Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, art. 41, *caput* e § 5º; Decreto nº 9.580 – RIR/18, de 22 de novembro de 2018, art. 441, II; Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 177.

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL RESULTADO DO EXERCÍCIO AJUSTADO. PROGRAMA ESPECIAL DE REGULAMENTAÇÃO TRIBUTÁRIA – PERT. REDUÇÃO DE ENCARGOS. INCIDÊNCIA. Na apuração do Resultado do Exercício, a reversão ou recuperação do valor dos juros de mora e das multas compensatórias que foram, a seu tempo, reconhecidas como despesa integram a base de cálculo da CSLL no momento da adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) instituído pela Lei nº 13.496, de 2017. Dispositivos Legais: da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 2º; Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 177. (...)”.

## 5. ADMITINDO-SE TAL TRIBUTAÇÃO, O MOMENTO DE SUA INCIDÊNCIA

O primeiro problema a ser enfrentado, admitindo-se a interpretação da Receita Federal do Brasil de que o deságio concedido pelos credores na recuperação judicial da sociedade empresária é fato gerador do IRPJ e da CSLL, qual haveria de ser o marco temporal da incidência desses tributos.

O fato gerador das referidas exações se dará no momento da realização da renda. Para esclarecer o que seria realização de renda, de se recorrer aos ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira<sup>11</sup>: “Renda realizada é aquela que já entrou na titularidade do contribuinte, em caráter definitivo e sem se submeter a qualquer condição ou evento futuro e de acontecimento incerto, ou, por outras palavras, a renda realizada corresponde a novo direito definitivamente adquirido, mesmo que a termo, portanto, ainda que não traduzido em moeda recebida, mas que já está disponível para uso, gozo e disposição”. Dessa forma, a realização da renda decorrente do deságio concedido pelos credores poderia ser considerada no exato momento de aprovação do plano de recuperação judicial, instante no qual a sociedade recuperanda teria conhecimento sobre o percentual do seu passivo a ser reduzido, providenciando a sua escrituração contábil, dentro de uma nova conformação. Entretanto, a realização da renda (dessa renda) não poderá se submeter à condição e possibilidade de alguma reversibilidade por consequência posterior à aprovação do plano. O poder tributante não pode permanecer nem cego e nem surdo às vicissitudes e circunstâncias especiais do caso.

O artigo 61 da Lei nº 11.101/2005<sup>12</sup> dispõe que a sociedade recuperanda permanecerá em recuperação judicial até o cumprimento das

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 158.

<sup>12</sup> “Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no *caput* deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convocação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

§ 2º Decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial.”

obrigações assumidas junto aos seus credores que se vencerem até 02 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial e, na hipótese de descumprimento, a recuperação judicial há de ser convalidada em falência, reconstituindo-se os direitos e garantias dos credores nas condições originais. E mesmo após os 02 (dois) anos previstos no aludido dispositivo, a Lei nº 11.101/2005<sup>13</sup> confere ao credor a possibilidade de requerer a falência do seu devedor que descumprir aquelas obrigações previstas no Plano de Recuperação Judicial tal como aprovado e homologado. Ou seja, o benefício do desconto concedido no momento da aprovação do Plano pode, em tese, ser revogado a qualquer momento, com o descumprimento das obrigações assumidas com os credores, com a possibilidade inclusive de sobrevir a falência do devedor. Não se há falar, portanto, que o momento da realização da renda seria aquele do registro contábil realizado pela sociedade empresária, mas somente quando do efetivo e integral cumprimento do plano, momento em que o devedor de fato e de direito se verá desobrigado daquele crédito objeto do deságio.

Essa necessária compreensão da lei, tal como posta, necessita ser considerada, sopesando, inclusive, outros institutos pertinentes como o dos prazos prescricionais, na medida em que as obrigações diferidas o são a longo prazo eis que o eventual descumprimento de obrigações poderá ocorrer em prazos superiores àqueles previstos no Código Tributário Nacional.

Não há dúvidas, portanto, admitindo-se a incidência do IRPJ e da CSLL sobre o deságio concedido na recuperação judicial, *ad argumentandum*, que o momento de exigência de tais exações se daria quando da conclusão final do Plano, isto é, com o cumprimento de todas as obrigações nele assumidas.

## 6. BREVE ANÁLISE SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 10.220/2018

Encontra-se em tramitação no Poder Legislativo, o Projeto de Lei nº 10.220/2018<sup>14</sup>, dentre outros projetos sobre o tema, visando alterar as Leis nºs 11.101/2005 e 10.522/2002, “para atualizar a legislação referente à

---

<sup>13</sup> “Art. 62. Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei.”

<sup>14</sup> Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>. Acesso em: 09 abr. 2020.

recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária”. Nesse projeto, o dispositivo que necessita ser visitado é o seu artigo 50-A que assim que expressa: “Na hipótese de renegociação de dívidas de pessoa jurídica em processo de recuperação judicial: I – a receita obtida pelo devedor não será computada na apuração da base de cálculo da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins; e II – o ganho obtido pelo devedor com a redução da dívida não se sujeita ao limite percentual de que tratam os art. 42 e art. 58 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, na apuração do imposto sobre a renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL”.

A exceção da tributação da receita obtida na renegociação de dívida pelo PIS e pela COFINS, de acordo com o parágrafo único do dispositivo proposto, seriam as hipóteses em que a dívida o fosse ou o será: (i) com pessoa jurídica – controladora, controlada, coligada ou interligada; ou (ii) com pessoa natural – acionista controlador, sócio, titular ou administrador da pessoa jurídica devedora. Excepcionalmente com relação ao IRPJ e à CSLL, o artigo 50-A exclui a limitação de 30% (trinta por cento) para a redução permitida para o cálculo do seu lucro líquido.

Sobre este apontado dispositivo, a exposição de motivos do referido Projeto de Lei esclarece que: “Há um novo procedimento no caso de renegociação de dívidas: o ganho da pessoa jurídica decorrente de abatimento de dívida negociado com credores em processo de recuperação judicial não será considerado na base de cálculo do PIS/Cofins e não haverá limite de 30% (trinta por cento) para a redução permitida para o cálculo do valor do lucro líquido para fins de cálculo do imposto de renda (IR) – via adições e exclusões permitidas pela legislação do IR – e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) – via compensação da base de cálculo negativa da CSLL. Neste último caso, requer-se que a renegociação não se realize com pessoa jurídica controladora, controlada ou interligada, assim como acionista controlador, sócio ou administrador da empresa devedora. O objetivo da alteração é reduzir a exigência de desembolso financeiro da empresa recuperanda em momento no qual está com suas finanças fragilizadas ampliando as chances de uma efetiva recuperação”. Anote-se então que houve avanço na proposta legislativa ao se preocupar com o desembolso da empresa recuperanda.

Quanto à tributação do IRPJ e da CSLL, infelizmente, a alteração não enfrentou o problema, embora represente este tributo um maior impacto financeiro do que aquele representado pelo recolhimento do PIS e da COFINS. A luta, portanto, não está próxima do seu fim.

## 7. CONCLUSÃO

Com efeito, os deságios concedidos pelos credores visam contribuir com a sociedade recuperanda que, ao requerer sua recuperação judicial, não possui condições econômico-financeiras para honrar os seus compromissos.

O que se tem, a título de conclusão, é que tal como está na lei o deságio passa a propiciar o surgimento de novo passivo, muitas vezes insustentável. A boa ação entre particulares vira pecado mortal que pode condenar a própria recuperação em causa.

A tributação dos deságios concedidos pelos credores contraria então os princípios da preservação da atividade empresarial, da sua função e da valorização do trabalho humano, inclusive e que são basilares da recuperação judicial.

O sistema tributário deve, já é hora, ser razoavelmente flexível de acordo com as peculiaridades dos sujeitos passivos, quando sociedades empresárias.

Sobre o necessário arejamento do Direito Tributário, que se faça ouvir as palavras de Eurico Santi<sup>15</sup>: “Estamos acostumados a interpretar o direito olhando para o seu passado, buscando o verdadeiro conceito de ‘fato gerador’, o correto conceito de ‘tributo’, ‘renda’, ‘receita bruta’, ‘insumo’, ou, ainda, a correta forma de sopesar o princípio da ‘capacidade contributiva’ com o princípio da ‘liberdade negocial’. Tornamo-nos, assim, escravos de uma legalidade passada e metafísica, desatualizada do mundo, do tempo, do espaço, da realidade e dos desejos do nosso tempo”.

A interpretação e aplicação do Direito não se exaure com a aplicação cega da letra fria da lei, pois se exige sua conformação com os demais

---

<sup>15</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Tributação & Desenvolvimento, o Direito em rede na Era da Informação e resgate da relação fisco-contribuinte: Entre Legalidade e Democracia*. Disponível em: [http://www.fiscosoft.com.br/main\\_online\\_frame.php?page=/index.php?PID=258342&key=VTJNVGd](http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=258342&key=VTJNVGd). Acesso em: 02 mar. 2020.

valores constitucionais. A propósito, destaca Juarez Freitas<sup>16</sup> que “o princípio da legalidade precisa ser, então, compreendido e aplicado, no contexto maior do acatamento que a Administração Pública deve ao Direito”.

Concretamente, os referidos princípios, dentre outros, objetivam o equilíbrio inerente à própria ideia do Estado Democrático de Direito, equilíbrio consistente na justa aplicação das normas – conjunto de regras e princípios vigentes – em face de cada situação analisada. Serão validamente exercidas as competências praticadas na extensão e intensidade proporcionais àquilo que seja efetivamente necessário para o cumprimento de determinação legal.

Ainda no território dos princípios, a proporcionalidade e a razoabilidade visam, primordialmente, ao resguardo do interesse coletivo, (bem maior) que se apresenta como valor de ordem pública, que se sobrepõe a todos e que determina a prática de atos destinados a assegurar a paz social sintetizada na expressão: Estado Democrático de Direito.

De resto, a tributação dos deságios não possui lógica econômica, tendo em vista que pode causar a quebra das empresas-contribuintes, decretando o próprio fim do potencial arrecadador que é a sociedade empresária viva e saudável.

A conduta do Fisco se revela, enfim, injusta, contrariando os objetivos da Lei nº 11.101/2005. Afinal, na equação da crise da empresa, quando todos comparecem, transigindo e construindo um plano de recuperação, o que se espera do Estado é um gesto mínimo de compreensão no resgate de um agente da economia. De outro modo, o que se terá é uma disfunção do Estado.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)
- BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)
- BRASIL. *Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 14 mar. 2020.

<sup>16</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PL 10.220/2018*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>

CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2. ed., rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008.

CAUTI, Carlo. Serasa: recuperações judiciais caem 0,8% em 2018. *Suno Notícias*, 14/01/2019. Disponível em: <https://www.sunoresearch.com.br/noticias/serasa-recuperacoes-judiciais-caem-2018/>

FOLHA DE SÃO PAULO. *Credores aprovam plano de recuperação da Livraria Cultura*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/04/credores-aprovam-plano-de-recuperacao-judicial-da-livraria-cultura.shtml>

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO, Brandão. Breve Exame Crítico do Art. 43 do CTN. *In: Imposto de Renda*. São Paulo: Atlas, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: [http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action?facetsExistentes=&orgaos-Selecionados=&tiposAtosSelecionados=72&lblTiposAtosSelecionados=S-C&tipoAtoFacet=&siglaOrgaoFacet=&anoAtoFacet=&termoBusca=&numero\\_ato=&tipoData=2&dt\\_inicio](http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action?facetsExistentes=&orgaos-Selecionados=&tiposAtosSelecionados=72&lblTiposAtosSelecionados=S-C&tipoAtoFacet=&siglaOrgaoFacet=&anoAtoFacet=&termoBusca=&numero_ato=&tipoData=2&dt_inicio)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Tributação & Desenvolvimento, o Direito em rede na Era da Informação e resgate da relação fisco-contribuinte: Entre Legalidade e Democracia*. Disponível em: [http://www.fiscosoft.com.br/main\\_online\\_frame.php?page=/index.php?PID=258342&key=VTJNVGd4](http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=258342&key=VTJNVGd4)

SILVA, José Anchieta da. A “Recuperação Fiscal” na Recuperação Judicial. *In: Palavra de Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 273-294.

# A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017)

Leticia Paropato Camargo e Almeida

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Justiça Trabalhista. 3. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Reforma Trabalhista. 4. Teoria maior x Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo trata do incidente de desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica da reforma trabalhista, Lei nº 13.467 de 2017, que promoveu alterações na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Primeiramente, promove-se uma apresentação ao leitor do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com a exposição de conceitos e o objetivo para o qual o instituto foi criado.

Em seguida se constrói breve histórico a respeito da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da Justiça do Trabalho, chegando-se à sua aplicação nos dias atuais com a instauração de incidente próprio para apuração da responsabilidade das pessoas abarcadas pela desconsideração da personalidade jurídica, utilizando-se do Código de Processo Civil e da Reforma Trabalhista.

Nesse contexto, dissertar-se-á sobre as duas correntes nas quais a especializada justiça trabalhista se viu dividida: teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica e teoria menor da desconsideração.

Ao final, concluir-se-á com uma apresentação crítica ao entendimento majoritário da jurisprudência, propondo uma possível solução

indicando o procedimento mais adequado para a desconsideração da personalidade jurídica, em sede de Direito do Trabalho.

## 2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA TRABALHISTA

A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho é instituto que visa combater o desvio de finalidade ou abuso de direito, mais especificamente o abuso da personalidade jurídica, visando a satisfação do crédito trabalhista.

O desvio de finalidade ou desvio de função “consiste na falta de correspondência entre o fim perseguido pelas partes e o conteúdo que, segundo o ordenamento jurídico, é próprio da forma utilizada”<sup>1</sup>.

Abuso, por sua vez, é entendido por “(...) uma vontade de tirar proveito de uma situação não fraudulentamente criada, e que, por outro lado, permite, no fundo, que se consigam vantagens indevidas”<sup>2</sup>.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica surge, portanto, como uma reação contra aqueles que se utilizam da personalidade jurídica, agindo com excesso de poderes ou de maneira contrária à lei ou ao estatuto, para obtenção de vantagem ilícita, fazendo com que, em situações excepcionais, sócios, acionistas, administradores ou gerentes respondam por dívidas trabalhistas da sociedade.

Importante esclarecer que o instituto em estudo desconsidera a forma da pessoa jurídica, no caso particular, sem negar a sua personalidade de maneira geral. Desse modo, a pessoa jurídica da empresa, cuja personalidade terá sido desconsiderada, continua sendo sujeito de direitos e deveres, podendo praticar, em nome próprio, todos os atos nas mais variadas áreas econômico-sociais, de acordo com o seu estatuto ou contrato social.

Como forma de aplicação do instituto surgiram duas correntes na Justiça Especializada: que defende a utilização da chamada teoria maior da desconsideração e a que defende a aplicação da chamada teoria menor, as quais serão explicadas mais adiante.

---

<sup>1</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 68.

<sup>2</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 70.

### 3. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A REFORMA TRABALHISTA

Há muito se utiliza do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho. No entanto, apenas com o advento do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) é que o instituto foi regulamentado para efeito da especializada trabalhista inclusive.

Com a entrada em vigor do novo CPC, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa nº 39/2015, com a orientação de que as disposições do Código Processual Civil, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, deveriam ser aplicadas, também, na Justiça do Trabalho.

No entanto, apesar da edição dessa normativa, alguns magistrados receberam-na como simples orientação e não como determinação por parte do Tribunal Superior. Por essa razão, a aplicação dos procedimentos para a desconsideração da personalidade jurídica previstos no CPC/2015 tornou-se controvertida nos juízos trabalhistas.

Em 2017, com a Reforma Trabalhista, por meio da Lei nº 13.467/2017, que promoveu alterações na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a discussão acerca da aplicação do CPC/2015 restou pacificada, tendo em vista a norma do artigo 855-A da CLT, cujo *caput* prevê, expressamente: “Art. 885-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil”.

Mediante a aplicação da CLT com as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 e de acordo com o CPC/2015, tem-se que a desconsideração da personalidade jurídica ocorrerá por meio da instauração do incidente, a pedido da parte ou do Ministério Público do Trabalho, quando lhe couber intervir no processo, nos mesmos autos em que tramita a ação trabalhista.

A desconsideração da personalidade jurídica poderá, então, ser requerida em qualquer fase processual. Se requerida na fase de conhecimento, ainda na petição inicial, a ação seguirá o seu curso normal, com a citação das pessoas naturais ou jurídicas atingidas pela desconsideração para a apresentação de defesa. Nesse caso, dispensa-se a instauração do incidente, tendo em vista que os sócios terão direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa quando da apresentação

de defesa, bem como à produção de provas na fase de instrução processual. Tem-se um processo uno, sem o incidente porque dispensável.

Na fase de conhecimento, se a desconconsideração da personalidade jurídica for decidida antes da prolação da sentença, não caberá recurso de imediato, por se tratar de decisão interlocutória e, portanto, irrecorrível nessa fase, na seara trabalhista. Não se há falar, no entanto, em prejuízo processual porque quando prolatada a sentença, os atingidos pela desconconsideração poderão interpor o competente recurso ordinário, mediante pagamento de depósito recursal – cuja isenção se aplica apenas aos beneficiários da justiça gratuita –, para discussão, no Tribunal Regional, daquela sua reconhecida responsabilidade pelo débito trabalhista. Idêntico direito de recurso terá o reclamante na hipótese de indeferida a desconconsideração proposta.

Se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na fase de execução, será instaurado o incidente próprio, citando-se as pessoas naturais ou jurídicas atingidas pela desconconsideração, para que se manifestem no prazo de quinze dias úteis, oportunidade em que poderão requerer as provas cabíveis.

Imperioso registrar que a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica suspende o curso da execução, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar prevista no art. 301<sup>3</sup> do CPC/2015.

A instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e a suspensão do curso da execução até a decisão do incidente, assegurou, para os envolvidos, o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa previamente à realização de atos de execução e de constrição patrimonial, ressalvados os casos em que concedida a tutela de urgência de natureza cautelar.

Da decisão que julgar o incidente na fase de execução caberá a interposição de agravo de petição, independentemente de garantia do juízo, por se tratar de discussão de responsabilidade pelo débito exequendo, possibilitando, assim, o acesso à justiça por parte do recorrente.

Se o incidente for instaurado originariamente no Tribunal Regional do Trabalho, o recurso competente a ser interposto em face da decisão proferida pelo relator será o agravo interno.

---

<sup>3</sup> Art. 301 do CPC: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”.

#### 4. TEORIA MAIOR X TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O § 1º do art. 133 e o § 4º do art. 134 do CPC/2015 preveem que o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica deverá demonstrar o preenchimento dos pressupostos previstos em lei. Confira-se: § 1º do art. 133 do CPC/2015: “O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”; § 4º do art. 134 do CPC/2015: “O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídica”.

Observe-se que o CPC se remete em termos gerais ao ordenamento jurídico indicando aplicáveis os pressupostos específicos previstos nas leis que regulamentam cada tipo de relação, para a responsabilização de sócios, acionistas, administradores ou gerentes.

No entanto, contrariamente ao entendimento acima exposto, as decisões trabalhistas tem, via de regra, utilizado para todos os tipos societários, da norma contida no artigo 50<sup>4</sup> do Código Civil e no artigo 28, § 5º<sup>5</sup> do Código de Defesa do Consumidor – CDC, secundando as normas de responsabilização dos sócios, acionistas, administradores ou gerentes específicas de cada tipo societário e suas limitações.

O CDC tem sido de aplicação subsidiária no Direito Trabalhista, sob o fundamento de se tratar de instituto que visa a proteção à parte menos favorecida da relação jurídica (consumidor), invocando-se a proteção do trabalhador, considerada parte hipossuficiente em relação ao empregador. Não deixa, no entanto, de ser perceptível o equívoco conceitual confundindo-se trabalhador com consumidor.

Com base nesses dois dispositivos legais e com o advento da reforma trabalhista e do CPC/2015, a jurisprudência trabalhista se viu dividida em duas correntes: a corrente que adota a chamada teoria maior

<sup>4</sup> Art. 50. “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.

<sup>5</sup> § 5º do artigo 28 do CDC: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

da desconsideração e a corrente que adota a chamada teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria maior se assenta no artigo 50 do Código Civil e condiciona o afastamento da personalidade jurídica com a responsabilização de sócios, acionistas, administradores ou gerentes pelo débito trabalhista, quando da verificação de fraude ou abuso de direito cometidos por intermédio da pessoa jurídica.

Nesse sentido é farta a jurisprudência<sup>6</sup> do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

---

<sup>6</sup> “DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS ESTABELECIDOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. A desconsideração da personalidade jurídica com base na simples frustração das diligências executórias é incompatível com a aplicação, ao processo do trabalho, do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigos 133 a 137 do CPC), que garante aos sócios o direito ao contraditório e à ampla defesa, com a produção de provas a ela inerente, de modo que o parâmetro para desconsideração da personalidade jurídica deve ser o atendimento aos pressupostos estabelecidos no art. 50 do Código Civil, que exige a demonstração de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica). Com efeito, o § 5º do art. 28 da Lei 8.078/90 é manifestamente incompatível com a aplicação, ao processo do trabalho, do disposto nos artigos 133 a 137 do CPC, pois a adoção da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica esvaziaria por completo as garantias processuais estabelecidas no rito em tela, na medida em que a única matéria de defesa disponível aos sócios seria a alegação de solvência da empresa, o que, antes de mais nada, deveria ter afastado a própria necessidade de instauração do incidente. Em outras palavras, admitir a compatibilidade entre o § 5º do art. 28 da Lei 8.078/90 e os artigos 133 a 137 do CPC importaria considerar que o rito criado pela lei seria pro forma e teria estabelecido uma instrução processual inútil, destinada apenas a legitimar um resultado pré-definido, o que contradiz toda a sistemática processual do ordenamento jurídico pátrio, que tem entre os princípios basilares a celeridade processual e a instrumentalidade das formas” (TRT da 3ª Região; PJe: 0010573-78.2017.5.03.0136 (AP); Disponibilização: 17/10/2019; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Paulo Chaves Correa Filho).

“EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS ESTABELECIDOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. Nos termos do artigo 50 do Código Civil, é possível a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, desde que atendidos os requisitos elencados nos parágrafos desse dispositivo legal, tais quais, o propósito de lesar credores, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, consagrando, assim, a chamada teoria maior da desconsideração” (TRT da 3ª Região; PJe: 0001098-06.2014.5.03.0136 (AP); Disponibilização: 10/10/2019; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Paulo Chaves Correa Filho).

Noutro norte, a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica defende a responsabilização de sócios, acionistas, administradores ou gerentes pelo débito trabalhista, ainda que não tenham agido de forma culposa ou dolosa, bastando, tão somente, que a personalidade jurídica seja obstáculo à satisfação do crédito trabalhista executado, conforme se extrai de expressiva jurisprudência<sup>7</sup> do mesmo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

Apesar de visar ao combate do desvio de finalidade ou do abuso de direito, a Justiça do Trabalho, mediante aplicação dos princípios da simplicidade e da efetividade, majoritariamente, aplica a teoria menor da desconsideração, recorrendo à desconsideração da personalidade jurídica, nos casos em que verificada a insuficiência de patrimônio do empregador para fazer frente às dívidas trabalhistas, independente de comprovação de existência de fraude, simulação ou desvio de finalidade.

Verifica-se que, extrapolando-se a teoria menor da desconsideração, e agindo de forma ainda mais paternalista em prol do empregado,

<sup>7</sup> “DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FRUSTRAÇÃO DA EXECUÇÃO EM RELAÇÃO À EMPRESA. PROSSEGUIMENTO EM FACE DOS SÓCIOS. ART. 28, § 5º, DO CDC. POSSIBILIDADE. A desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho não se restringe às hipóteses do artigo 50 do Código Civil (teoria maior). Nesta especializada, privilegia-se o princípio da proteção ao trabalhador, exigindo-se tão-somente a inadimplência do devedor e a ausência de bens que possam garantir a satisfação do crédito em execução (teoria menor), em aplicação analógica do artigo 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor” (TRT da 3ª Região; PJe: 0000511-46.2012.5.03.0138 (AP); Disponibilização: 17/02/2020, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1468; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Cristiana M. Valadares Fenelon).

“INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Na seara trabalhista, em razão do caráter alimentar do *quantum debeat*, aplica-se, em regra, a chamada “teoria menor” do instituto, segundo a qual basta apenas a insuficiência patrimonial da sociedade empresária tida como devedora principal para que se dê a efetivação de atos executivos sobre os bens de seus sócios” (TRT da 3ª Região; PJe: 0010344-09.2018.5.03.0064 (AP); Disponibilização: 20/02/2020; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Antonio Carlos R. Filho).

“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TEORIA MENOR. No Processo do Trabalho, adota-se a “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, consagrada pelo art. 28 do CDC, não se exigindo prova específica do abuso, bastando a constatação acerca da má administração. Na prática, isso significa que a frustração da execução contra a empresa é bastante para autorizar o seu redirecionamento contra os sócios” (TRT da 3ª Região; PJe: 0000651-25.2015.5.03.0090 (AP); Disponibilização: 14/02/2020; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator: Maria Laura Franco Lima de Faria).

alguns magistrados da especializada trabalhista sequer exigem a comprovação dessa insuficiência patrimonial do empregador para satisfação do débito, autorizando desde logo a desconsideração da personalidade jurídica, bastando a simples frustração da execução e, em casos extremos, bastando que alguns poucos atos executórios em desfavor da empresa restem infrutíferos.

Noutro norte, resgatando o objetivo para o qual a desconsideração da personalidade jurídica foi criada – pormenorizada por grande parte dos magistrados da especializada trabalhista – e, em alinhamento com a chamada teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, a Lei nº 13.875, denominada Lei de Liberdade Econômica, vigente desde 20 de setembro de 2019, revisitou o artigo 50 do Código Civil e instituiu como requisito indispensável à responsabilização dos administradores ou dos sócios e de seu patrimônio pessoal para responder por dívida da pessoa jurídica, a existência de fraude.

Apesar do art. 50 do Código Civil dispor, a princípio, sobre a responsabilização dos administradores ou dos sócios daquelas sociedades não regulamentadas por lei própria, como a Justiça do Trabalho tem aplicado referido dispositivo de forma indiscriminada para todos os tipos de relações societárias, para responsabilização dos sócios, acionistas, administradores ou gerentes pela obrigação trabalhista, a entrada em vigor da ‘Lei da Liberdade Econômica’ acarretará, certamente, significativa mudança no posicionamento jurisprudencial da especializada Justiça Trabalhista, implicando na aplicação majoritária da chamada teoria maior da desconsideração.

Por se tratar de Lei com vigência tão recente e contrária à jurisprudência majoritária da Justiça do Trabalho, é preciso observar como essa jurisprudência se comportará no âmbito do instituto em estudo.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com regulamentos trazidos pelos Códigos Civil e de Processo Civil e pela própria Reforma Trabalhista, permitiu aos envolvidos no incidente a possibilidade de produção de provas, no intuito de demonstrar a ausência de sua responsabilidade pelo crédito trabalhista, com o exercício do contraditório e da ampla defesa previamente ao início dos atos executórios e de constrição patrimonial, ressalvados os casos em que concedida a tutela de urgência de natureza cautelar.

Trata-se de evolução legislativa que não pode ser olvidada, que, como consequência, garante maior previsibilidade às decisões, mitigando a insegurança jurídica, bem como assegurando a observância de princípios constitucionais até então deixados de lado em prol de uma efetividade da execução.

Com efeito, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica traz consequências muito graves para os envolvidos para ser autorizado em razão da simples frustração de atos executórios. Sendo assim, a teoria maior se apresenta como mais razoável ao exigir a comprovação de requisitos mínimos para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, visando o que será a correta responsabilização de sócios, acionistas, administradores ou gerentes pela obrigação trabalhista.

O que se propõe, como conclusão, e na seara trabalhista, respeitando-se os princípios constitucionais é a adoção daquela teoria maior da desconsideração mas, observando-se rigorosamente a demonstração dos pressupostos legais exigidos, inclusive considerando-se cada tipo societário, e só assim se construindo a responsabilização de sócios, acionistas, administradores ou gerentes pela obrigação trabalhista.

Este estudo já estava em elaboração quando entrou em vigor a denominada Lei de Liberdade Econômica, Lei nº 13.874 de 2019, que inseriu o elemento da fraude como relevante para a aplicação do art. 50 do Código Civil. Como referida Lei vai ao encontro do entendimento da chamada teoria maior da desconsideração, acredita-se que poderá haver significativa alteração no entendimento dos magistrados no âmbito da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, dando-se um primeiro passo rumo à conclusão proposta. É preciso, pois, neste ponto, estar atento ao que, a respeito contribuirá a nova jurisprudência.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial*. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del-5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-5452compilado.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial*. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial*. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial*. Brasília, 20 de setembro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 21 maio 2020.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica* (disregard doctrine) e os grupos de empresas. 4. ed. São Paulo: LTr, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLMOS, Cristina Paranhos. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho. In: *Reforma Trabalhista em Perspectiva: desafios e possibilidades*. São Paulo: LTr, 2018.

REIS DE PAULA, Carlos Alberto. Desconsideração da personalidade jurídica: reflexões sobre sua natureza e sua aplicação no direito processual do trabalho. In: *Direito e processo do trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa Filho*. São Paulo: LTr, 2019.

ROCHA, Gustavo Ribeiro. *Os limites da desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <https://ribeirorocha.com.br/artigo/limites-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica/>. Acesso em: 07 fev. 2020.

SALVADOR, Vivian Ferraz de Arruda. Reforma trabalhista e desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais. In: *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, José Anchieta da. O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica: esperado encontro marcado. In: *Lei de liberdade econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 57/85.

# RELEITURA DA HIPOSSUFICIÊNCIA NA RELAÇÃO EMPREGADO E EMPREGADOR – REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO

Renze Lage Gomes  
Rafaela Vilefort de Carvalho e Souza

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Breve relato sobre a origem e a história do Direito trabalhista brasileiro. 3. Hipossuficiência e vulnerabilidade do empregado/reclamante. 4. Necessidade de se reinterpretar o instituto da hipossuficiência do empregado/reclamante. 5. Evolução da legislação e não da jurisprudência. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

“A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, a não dar cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria” (BARBOSA, Rui, no seu clássico “Oração aos Moços”).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BARBOSA, Rui. *Discursos, orações e conferências*. 4. ed. São Paulo: Livraria Editora Iracema: 1972, p. 418/419.

Para se compreender a hipossuficiência na relação de emprego é primordial compreender sua natureza, finalidade e as consequências da sua aplicação, notadamente no processo do trabalho, a partir do momento em que ela se representa, seja a hipossuficiência econômica, técnica ou jurídica de um indivíduo.

O ordenamento jurídico, nele sobressaindo a jurisprudência, define a hipossuficiência fundamentando-a, basicamente, na insuficiência econômica quanto ao patrimônio daquele que está envolvido, e técnica quanto ao conhecimento e capacitação educacional. Em terceiro lugar, sobressai a hipossuficiência jurídica, que pode ser confundida com a econômica quando se trata, por exemplo, da possibilidade de arcar com as custas e emolumentos do processo judicial.

É preciso entender os princípios que norteiam o Direito processual trabalhista, bem como a sua legislação e evolução ao longo do tempo, em confronto com a isonomia das partes e distribuição do ônus probatório no Processo, o que fará refletir, ao longo deste breve estudo, sobre o des(equilíbrio) na relação empregado/reclamante e empregador/reclamado.

Neste contexto, somando-se a modernização da legislação trabalhista e da relação entre empregado e empregador, bem como entre reclamante e reclamado, será possível concluir que, não obstante as diferenças existentes (social, econômica e hierárquica), a relação entre os dois tem se estreitado, na medida do tratamento das desigualdades de forma proporcional a cada parte.

A síntese da motivação para esta elaboração está na constatação de uma realidade visível a olho nu. Tudo evoluiu: o maquinário, os utensílios, a utilização do tempo, a minimização das distâncias, a linguagem profissional, o conhecimento e principalmente a comunicação.

Não pode, portanto, a hipossuficiência continuar recebendo tratamento que recebia nos idos de um longínquo 1943, quando não existia telefonia móvel (celular), computador, televisão. A hipossuficiência também respira e se embala nesses ares novos.

## **2. BREVE RELATO SOBRE A ORIGEM E A HISTÓRIA DO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO**

Com a abolição da escravatura e a edição da Lei Áurea, de acordo com Mauricio Godinho<sup>2</sup>, nasceu o primeiro marco do Direito do Tra-

---

<sup>2</sup> DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

balho brasileiro. A libertação dos escravos fez com que o mercado de trabalho mudasse para incluir a ideia do trabalhador livre, criando-se uma nova classe operária na qual se pode enxergar a origem do objeto desse direito que futuramente viria a ser o Direito laboral. Apesar de ter revolucionado o mercado de trabalho da época, a libertação dos escravos não fez com que o ramo justralhista surgisse da noite para o dia. A situação política, com o liberalismo característico da República de 1889, recém-implantada à época e as relações de emprego e negociações reservadas apenas àqueles diretamente relacionados, influenciaram na demora de edição de normas de proteção e de regulamentação das atividades que, para o efeito, apontava para duas classes distintas: empregadores e empregados.

A Constituição republicana de 1891 expressava valores assentados na filosofia política republicano-positivista, bem como em princípios do clássico liberalismo individualista. Mantinha-se uma ordem socioeconômica que beneficiava segmentos oligárquicos regionais<sup>3</sup>, tudo, por evidente, produto de uma época.

Com o decorrer dos anos, foram instituídos alguns diplomas que trataram de assuntos diversos já ligados aos direitos dos trabalhadores, como anota Godinho: “O primeiro período significativo na evolução do Direito do Trabalho no Brasil estende-se de 1888 a 1930, identificando-se sob o epíteto de fase de manifestações incipientes ou esparsas”. Foi um tempo de plantio, de sementeira.

São exemplos de tais manifestações o Decreto nº 221 de 26 de fevereiro de 1890 que conferiu aos empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil o direito à aposentadoria. O enunciado do Decreto nº 1.313 de 17.01.1891<sup>4</sup> é em si elucidativo em matéria da mais evidente e clássica hipossuficiência, com a seguinte Ementa: “Estabelece providencias para regularizar o trabalho dos menores empregados nas fabricas da Capital Federal; O Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brasil, atendendo à conveniência e necessidade de regularizar o trabalho e as condições dos menores empregados em avultado número

<sup>3</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Transição do Brasil Império à República Velha. *Revista Ibero-americana de Filosofia, política y Humanidades*, vol. 13, núm. 26, 2011, pp. 119-145, Universidade de Sevilla.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>

de fabricas existentes na Capital Federal, a fim de impedir que, com prejuízo próprio e da prosperidade futura da pátria, sejam sacrificadas milhares de crianças”.

Com a virada do século, o jovem ramo do Direito, ainda desprovido de autonomia, era composto por decretos e leis criados de maneira esparsa, como exemplificativamente o Decreto Legislativo nº 1.637, de 5 de janeiro de 1907 que criou sindicatos profissionais e cooperativas. Em 1930, com Getúlio Vargas no poder é que a trajetória do Direito do Trabalho começou a se tornar mais evidente. E desse período o marco oficial do Direito do Trabalho.

Na chamada Ditadura Getulista, de 1930 a 1945, o Estado brasileiro tornou-se extremamente intervencionista, implementando um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário e, de outro lado, por meio de minuciosa legislação instaurava-se um novo e abrangente modelo de organização do sistema, efetivamente criando-se um Direito trabalhista rigorosamente tutelado pelo Estado.

Em 1º de maio de 1943, celebrado como o dia do trabalhador, foi organizada a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Em histórico discurso, o presidente da República discursou afirmando que “O trabalhador brasileiro possui hoje seu código de direito, a sua carta de emancipação econômica, e ele sabe perfeitamente o que isso vale”.

Passaram-se os anos, o período de Ditadura Militar (iniciado em 1964) e, após, a nova Constituição da República (1988) apelidada de “constituição cidadã” e a CLT, com uma série de atualizações que nela já haviam sido incorporadas, foi recepcionada pela ordem constitucional, valorizando-a inclusive. Assegurou-se, pela primeira vez em 60 anos a liberdade associativa e sindical, com autonomia de organização e gestão para as entidades sindicais, especialmente *sem interferência administrativa do Estado* (art. 8º, I e II, da Constituição). Fixaram-se o reconhecimento e incentivos importantes para a negociação coletiva trabalhista, com a interveniência das entidades sindicais de trabalhadores (art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI e art. 8º, III e VI, todos da Constituição), incrementou-se a expansão da Justiça do Trabalho para todo o interior brasileiro, primeira instância e no plano dos tribunais regionais (o art. 112, da Constituição, em seu texto original de 1988,

dispunha que “Haverá pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal...”). O Texto conferia novo perfil e novas estruturas, garantias e atribuições ao Ministério Público do Trabalho, tornando-o poderoso *órgão-agente, judicial e extrajudicial*, além de sua clássica função de órgão interveniente nos processos (art. 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, ambos da Constituição).

A próxima grande mudança relevante no âmbito na dimensão do Direito trabalhista se daria em 2017, com a Lei nº 13.467/17, intitulada Lei de Reforma Trabalhista, cujo texto está assim ementado: “Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1993, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho” (BRASIL, 2017).

Dentre as alterações que vieram tocou-se a questão da hipossuficiência ao se reconhecer ao trabalhador de melhor discernimento a prerrogativa de negociação com seus empregadores, quebrando o conceito de uma hipossuficiência geral e irrestrita.

### 3. HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE DO EMPREGADO/RECLAMANTE

Segundo a doutrina, hipersuficiente é aquele que possui diploma de nível superior e que receba remuneração mensal igual ou superior a duas vezes o limite dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, segundo o art. 444, parágrafo único, da CLT.<sup>5</sup>

Com a evolução e a modernização de tudo quanto relacionado com a vida moderna das pessoas, não é difícil concluir que a definição da Lei para o verbete hipossuficiência é de indigência retumbante.

<sup>5</sup> “Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

Ao se analisar a história do Direito do trabalho, é evidente que um de seus pilares está na proteção do empregado submetido às condições de subordinação e de insalubridade no trabalho, sem a devida contraprestação.

Naquele momento da história, a valorização da nocividade para a saúde, por certo, se justificava à plena, tendo como marco identificador a escravidão em que as condições de higiene e de insalubridade eram manifestas.

A hipossuficiência se apresenta, conceitualmente, a partir de um princípio genérico que serve a outros princípios, sobressaindo-se, de certo modo, o princípio da proteção, segundo as palavras ainda de Maurício Godinho: “(...) Estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente e vulnerável na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”<sup>6</sup>.

A vulnerabilidade e a hipossuficiência reconhecidas ao empregado podem ser constatadas ainda a partir de outros princípios próprios do Direito do Trabalho, sempre analisados de forma concreta e no plano de uma realidade posta. Pelo princípio da norma mais favorável, resta autorizada a interpretação das normas em favor da parte mais vulnerável, o empregado. Para que tal se dê, no entanto, é preciso que a clareza da norma reclame alguma interpretação. A prioridade dada ao obreiro começa é na fase de construção das normas, como observa Godinho: “Na fase pré-jurídica (isto é, fase essencialmente política) age como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção desse ramo jurídico especializado. Trata-se da função essencialmente informativa do princípio, sem caráter normativo, agindo como verdadeira fonte material do ramo jus trabalhista. Essa influência é muito clara, especialmente em contextos políticos democráticos, colocando em franca excepcionalidade diplomas normativos que agridam a direção civilizatória essencial que é inerente ao Direito do Trabalho. Na fase jurídica (após construída a regra, portanto) o mesmo princípio atua quer como critério de hierarquia de regras jurídicas, quer como princípio de interpretação de tais regras. Como critério de hierarquia, permite eleger como regra

---

<sup>6</sup> DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo, 2018, p. 124.

prevalecente, em uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores, evidentemente”<sup>7</sup>.

Localizada, admitida e compreendida a vulnerabilidade, na sua dimensão própria e concreta, o que dela resultará é a cobertura de certo direito vindicado com o manto da proteção. Neste sentido, a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite: “O princípio da proteção é peculiar ao processo do trabalho. Ele busca compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica com uma desigualdade jurídica em sentido oposto. O princípio da proteção deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral”<sup>8</sup>.

Contudo, a hipossuficiência do empregado advinda das condições de estudo e proteção jurídica que eram escassas para a classe trabalhadora, além da limitada condição financeira persistem até hoje e em todos os níveis, indistintamente, embora, há de se reconhecer, as realidades de 1943 (meados do século passado) e as realidades de hoje (segundo decêndio do século XXI) não sejam as mesmas:

1943	2020
Telégrafo e correio	Computador e celular
Textos à mão	Internet e mídias sociais
Rádio	Televisão
No campo, uso da enxada	Produção agrária mecanizada
Início dos movimentos sindicais	Sindicatos organizados e participativos

São, com efeito, tais e tantas as inovações que, por sinal se renovam e se reinventam todos os dias, que olhar para a hipossuficiência com os olhos voltados para os séculos XIX e XX, acaba sendo atalho para mal compreendê-la, para praticar injustiças.

<sup>7</sup> DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, op. cit.

<sup>8</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Processual do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 76-77.

#### 4. NECESSIDADE DE SE REINTERPRETAR O INSTITUTO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO EMPREGADO/RECLAMANTE

É preciso encarar o tema posto enfrentando a realidade com os instrumentos de que a modernidade dispõe. A invenção do computador e da *internet* e sua disponibilização à população mundial quebrou barreiras, é inegável. O acesso a essas ferramentas, segundo o IBGE<sup>9</sup>, em 2018, era da intimidade de 79,9% da população brasileira e era inexistente em 1943, o que muda completamente a perspectiva do argumento-base segundo o qual o trabalhador desconheceria seus direitos.

Ao lado desse argumento, o outro que é-lhe inclusive precedente está na constatação histórica e saudável de que nos anos 1940 do século XX, a massa de empregados era majoritariamente composta por analfabetos. Neste século XXI, que já vai alto, o índice de escolaridade dos empregados é de praticamente 100%. E não mais é incomum situações em que o índice de escolaridade do empregado seja superior à escolaridade do empregador. Com o processo de globalização, essa característica (hipossuficiência) que sempre é atribuída ao operário carece de atualização. A vulnerabilidade tal como adotada no Direito Trabalhista se ancora na subordinação, característica ínsita do vínculo empregatício.

O discurso, na atualidade, deve estar atrelado a uma situação de fato em cada caso demonstrada. Afinal, é preciso acolher, também com bons olhos, outros princípios que o ordenamento contempla e dentre os quais o da isonomia, igualdade das partes, na qual todos são iguais perante a lei, conforme artigo 5º, *caput*, da Constituição<sup>10</sup>; é preciso recorrer ao princípio da razoabilidade. Para Nelson Nery Junior<sup>11</sup>, o princípio da isonomia “significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico”, o que em sede de processo trabalhista jamais será heresia se invocado em relação trabalhista por profissionais

---

<sup>9</sup> Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,ibge-35-7-dos-brasileiros-vive-sem-esgoto-mas-79-9-da-populacao-ja-tem-acesso-a-internet,70003077941>

<sup>10</sup> “Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

<sup>11</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 40.

formados em curso superior ou representados por sindicatos de alguma representatividade, por exemplo. Situações (concretas) existirão em que a hipossuficiência muda de lado. A pandemia do coronavírus (COVID-19) vivida no primeiro semestre do ano de 2020 demonstrou essa realidade, onde impossibilitado ficou o empregador de acolher, para o trabalho, o seu empregado; a geração de receita do empregador foi a zero por longos meses e os direitos trabalhistas, do ponto de vista nominal, continuaram intactos.

A legislação trabalhista, mais do que outras, reclama permanente atualização, foi o que observou, sobre a “Lei de Liberdade Econômica” José Anchieta da Silva: “O avanço, todavia, em sede de legislação do trabalho, foi tímido. É provável que instrumentos legais por vir voltem a tratar da matéria que, por intervenção do Congresso, ficou limitada. Sentido não faz, afinal, mais de sessenta anos passados da criação da consolidação das leis do trabalho, em tempos de internet e de comunicação em tempo real para alfabetizados e analfabetos, continuar pensando que todos os brasileiros são, em termos de contratação, hipossuficientes. Sentido não tem o Estado regular com mão de ferro (e encarecer) a contratação de mão de obra num país onde mais de dez por cento de sua massa de trabalhadores continua desempregada. E, anote-se, serviços há. O projeto original contemplava alterações mais substanciais, sendo boa parte delas suprimida”<sup>12</sup>.

Então, a igualdade formal deverá dar lugar à igualdade real, substancial, de forma a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. O desafio, é fato, estará na identificação das pessoas que seriam consideradas iguais, em relação às que seriam consideradas desiguais. Nesse sentido, as proteções especiais aos trabalhos da mulher (art. 372 e seguintes da CLT) e do menor (art. 402 e seguintes da CLT), são exemplos claros, razoáveis quando bem aplicados.

<sup>12</sup> SILVA, José Anchieta da. Extraído do pronunciamento, em palestra organizada pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais e da Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas, dias 19 e 20 de agosto de 2019. O texto, sob o título de “O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica – Esperado Encontro Mercado” foi publicado na obra *Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*, coordenada por Amanda Flávio de Oliveira, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2020, p. 57-85 (p. 79-80).

## 5. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO E NÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Com o advento da Lei nº 1.060/50, confirmava-se a hipossuficiência do empregado, requisito único para o deferimento da gratuidade de justiça, através de simples afirmação: “Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Posteriormente, a Lei nº 5.584/70 trouxe novos requisitos para concessão da assistência judiciária, devendo provar-se a hipossuficiência: “Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. § 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. § 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas. § 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde reside o empregado”.

O art. 790 da CLT, com redação dada pela Lei nº 10.537/02 mantinha os requisitos da legislação anterior, mas facultava a concessão de ofício ou mediante simples declaração de miserabilidade pelo requerente, dizendo assim: “Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. (...) § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.

Do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), de aplicação subsidiária na seara trabalhista, por força do art. 769/CLT<sup>13</sup> transcreve-se o art. 99: “Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. § 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso. § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos. § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

No campo da jurisprudência, a hipossuficiência do trabalhador e consequentemente o deferimento de assistência judiciária não tem revelado, propriamente, originalidade: “JUSTIÇA GRATUITA. REQUISITOS. A simples declaração de pobreza da reclamante, de que não tem condições de arcar com as despesas, é suficiente para a concessão dos benefícios da justiça gratuita (art. 1º da Lei nº 7.115/83). Nesse diapasão, o § 3º do art. 790 da CLT dispõe que a concessão do benefício da justiça gratuita é devida aos que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família” (TRT da 3ª Região; PJe: 0010282-36.2015.5.03.0011 (RO); Disponibilização: 29/09/2017; Órgão Julgador: Décima Turma; Relator: Taisa Maria M. de Lima); “JUSTIÇA GRATUITA. CONCEITO DE POBREZA JURÍDICA. O conceito de pobreza mencionado na Lei 1.060/50 não significa miséria e não se atém ao exame profundo da condição econômica da parte interessada; ao contrário, satisfaz-se com a ideia de que o pagamento das custas do processo possa representar prejuízo do sustento próprio do requerente e de sua família, afinal, o que se intenta com o instituto da assistência judiciária gratuita é possibilitar o jurisdicionado em promover seus direitos, cumprindo assim, com o espírito constitucional de acesso amplo e irrestrito ao Judiciário,

<sup>13</sup> Art. 769 (CLT) “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

preconizado nos incisos XXXV, LV e LXXIV do art. 5º da CF/88. Diante disso, basta a declaração de miserabilidade pelo interessado para que ele faça jus à Justiça Gratuita, desde que não infirmada por prova em sentido contrário (§ 1º do art. 4º da Lei 1.060/50)” (TRT da 3ª Região; PJe: 0011257-47.2014.5.03.0026 (RO); Disponibilização: 28/04/2016; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Emerson Jose Alves Lage); “Súmula nº 463 do TST – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) – Res. 219/2017, *DEJT* divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada – *DEJT* divulgado em 12, 13 e 14.07.2017 I – ‘A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo”’.

A transcrição desses excertos jurisprudenciais tem por finalidade, apenas, confirmar a afirmação que este texto adota, no sentido de que, para se obter o reconhecimento da hipossuficiência em matéria de justiça gratuita, por exemplo, é suficiente a solicitação por parte do demandante empregado.

## 6. CONCLUSÃO

Nesta breve reflexão se verifica que ao longo da história, no âmbito do Direito do Trabalho e do processo trabalhista, não houve, sobre o tema, propriamente, inovação ou avanço.

A justiça trabalhista continua vendo no empregado a figura de um hipossuficiente embora nem sempre o seja.

Não se está, com este escrito, na verdade apenas um sumário em relação ao tema, promovendo uma pregação contra aqueles de fato menos afortunados, em termos materiais, em termos de dependência e, portanto, em termos jurídicos. O que se quer afirmar é que o Direito e a Justiça do Trabalho precisam reconhecer que a maioria dos empregados, nestes tempos modernos, dispensa essa verdadeira pecha, esse estigma e esse verdadeiro menoscabo quanto ao tratamento que recebem, como se fossem cidadãos menores.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Rui. “Oração aos Moços”. In: *Discursos, Orações e Conferências*. 4. ed. São Paulo: Livraria e Editora Iracema, 1972, p. 401-447.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Decreto nº 221 de 26 de fevereiro de 1890*; Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-221-26-fevereiro-1890-523613-publicacaooriginal-1-pe.html>
- CORDEIRO JUNIOR, Antônio do Nascimento. Princípio da proteção ao trabalhador, igualdade processual e função social do processo. *Jus Brasil*. Disponível em: <https://limajuniors.jusbrasil.com.br/artigos/186869668/-da-protecao-ao-trabalhador-igualdade-processual-e-funcao-social-do-processo> -leia-capitulo
- FIGUEIREDO, Marcelo. Transição do Brasil Império à República Velha. *Revista Ibero-americana de Filosofia, política y Humanidades*, vol. 13, núm. 26, 2011, pp. 119-145, Universidade de Sevilla.
- FOLHA ON-LINE, *Folha Explica a história do Brasil entre 1990 e 1920*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/publifolha/351789-Folha-explica-a-historia-do-brasil-entre-1900-e-1920.shtml>
- GODINHO, Maurício. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- IPEA. Setenta anos de CLT. *Revista Desafios do Desenvolvimento*. 2013. Ano 10. Edição 78, 16/01/2014. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2968:catid=28&Itemid=23](https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2968:catid=28&Itemid=23)
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Processual do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SILVA, José Anchieta da. O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica – Esperado Encontro Marcado. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 57-85.
- WEBER, Vinícius. Mitigação da garantia fundamental da proteção do trabalhador na relação de trabalho. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 30/05/2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39500/mitigacao-da-garantia-fundamental-da-protecao-do-trabalhador-na-relacao-de-trabalho>



# O COMPLIANCE NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

Clarice Oliveira Martins da Costa

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito de Compliance. 3. História e Desenvolvimento do Compliance. 4. A Lei Anticorrupção e a Intensificação do Compliance no Brasil. 5. O Compliance no Âmbito do Direito do Trabalho. 5.1. A Implantação e as Técnicas de Compliance no Direito do Trabalho. 5.2. As Ferramentas de Compliance “Know Your Customer – KYC” (conheça seu cliente) e “Know Your Employee – KYE” (conheça seu funcionário). 5.3. Os Benefícios do Compliance na Esfera Trabalhista. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui a finalidade de esclarecer os pontos positivos da modalidade de gestão de *compliance*, especificamente no âmbito do Direito do Trabalho, com base em análise prática e jurídica do tema, principalmente por meio do estudo das técnicas de implementação da política de *compliance*.

Para cumprir esse desiderato, inicialmente, se descreve o conceito de *compliance*, bem como pontua-se sua finalidade. Demonstrar-se-á a tendência do mercado em exigir cada vez mais das empresas uma adequação a padrões legais e éticos de conduta. Com o intuito de contextualizar a eclosão histórica do *compliance*, torna-se necessário descrever o surgimento dessa prática no mundo, destacando-se os aspectos memoráveis mais relevantes.

Necessário para o efeito, contextualizar a intensificação do *compliance* no Brasil e, para tanto, será realizada breve análise da Lei

nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial), que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências” (BRASIL, 2013). A lei é um marco na difusão do *compliance* no Brasil, e concede benefícios às pessoas jurídicas que adotem condutas de boas práticas.

A partir daí, passa-se ao tema central, abordando a implementação do instituto, bem como a aplicação das suas técnicas no âmbito do Direito do Trabalho. Destaca-se, nesse ponto, a necessidade de o empregador conhecer a fundo os seus empregados, bem como as instituições com as quais estabelece relações comerciais.

Ao fim, se fará breve abordagem dos benefícios trazidos pelo *compliance* ao empregador e ao empregado.

Do ponto de vista estatístico, o número de ações trabalhistas no Brasil vem sendo reduzido após a promulgação da reforma da CLT em 2017<sup>14</sup>, contudo, ainda é um número bastante elevado, tendo em vista que em 2019<sup>15</sup> foram registradas 1,5 milhão de ações, reflexo de um mercado de trabalho conflituoso e muitas vezes em desacordo com a própria CLT.

Tornaram-se exemplos rotineiros de condenações judiciais trabalhistas os danos morais, horas extras, desvio de função, dentre tantos outros que ocorrem, muitas vezes, por falta de orientação, conhecimento da lei ou fiscalização dos gestores, um plexo de práticas contidas mediante trabalho preventivo.

## 2. CONCEITO DE COMPLIANCE

O termo *compliance* tem sua origem no verbo da língua inglesa *to comply*, cujo significado é estar em conformidade com uma regra, leis e regulamentos. Na seara empresarial, o *compliance* se afirmou como nova modalidade de gestão que envolve a adoção de boas práticas, a fim de se atender aos normativos dos órgãos reguladores e da justiça,

---

<sup>14</sup> Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 – Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/01/04/numero-de-novas-acoes-trabalhistas-cai-32percent-dois-anos-apos-reforma.ghtml>

efetivar o cumprimento de políticas e condutas estabelecidas para o negócio e atividades da empresa, assim como conter, identificar e tratar qualquer irregularidade que possa surgir.

Assim, *compliance* pode ser definido como “um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30).

Dessa forma, para que as empresas ajam em consonância com a legislação e com as normas internas e externas vigentes, é necessário esforços no sentido de se criar uma cultura e uma ética da conformidade. Nesse âmbito é implementado o que se considera programa de *compliance*, que pode ser conduzido por um departamento interno do empregador ou de forma terceirizada, trazendo benefícios, tanto às organizações quanto aos empregados. Neste segmento, os objetivos do *compliance* foram assim resumidos pela ABBI e FEBRABAN: “Assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, fortalecimento e o funcionamento do Sistema de Controles Internos da Instituição, procurando mitigar os Riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes. Além de atuar na orientação e conscientização à prevenção de atividades e condutas que possam ocasionar riscos à imagem da instituição” (ABBI; FEBRABAN, 2009).

Portanto, tendo em vista a tendência do mercado em exigir cada vez mais das empresas uma adequação aos padrões legais e éticos de conduta, nota-se o crescimento constante de políticas de *compliance* nos mais variados tipos de organização.

### 3. HISTÓRIA E DESENVOLVIMENTO DO COMPLIANCE

Os primeiros registros do *compliance* foram notados em 1913, quando foi criado nos Estados Unidos o Banco Central Americano, o FED (Federal Reserve System), com o objetivo de tornar o sistema financeiro mais seguro e estável, adequado às leis do país. Nota-se que, dentre tais elementos, a busca pela segurança é o que mais está intimamente ligado à prática do *compliance* (TRAPP, 2014). Portanto, em que pese o termo *compliance* ter emergido recentemente, as primeiras políticas desta prática vêm de longa data.

Seguindo na evolução histórica do *compliance*, chega-se ao ano de 1930, mais precisamente à Conferência da Haia, quando foi fundado o *BIS – Bank of International Settlements*, sediado na Basileia, Suíça, cuja finalidade precípua era proporcionar a cooperação entre os bancos centrais ao redor do mundo.

Em 1960, o órgão equivalente à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) do mercado norte-americano, a *Securities and Exchange Commission* (SEC), criou, oficialmente, o profissional de *compliance*. A SEC, instituída em 1934 com o objetivo de regular e proteger o mercado de capitais, iniciou uma campanha para pressionar as empresas a contratar os chamados “Compliance Officers”, ou seja, os profissionais de *compliance*. A finalidade da contratação dos referidos profissionais era a de criar procedimentos de controles e cumprimento de regras nas empresas norte-americanas, para auxiliar a efetiva supervisão da área de negócios. As práticas do *compliance* foram avançando cada vez mais, o que já foi anotado por Trapp: “Nesse contexto, avança-se até 1974, quando surge a figura do Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, criado pelos Bancos Centrais dos países membros do G-10 com objetivo de discutir questões relacionadas à indústria bancária, visando a melhorar a qualidade da supervisão bancária e fortalecer a segurança do sistema bancário internacional. Posteriormente, os Estados Unidos foram surpreendidos pelo mundialmente famoso escândalo de Watergate, um dos mais emblemáticos casos de corrupção da história recente. Assim, diante da conjuntura que se instalou a partir das investigações e consequentes revelações do caso, o Congresso norte-americano aprovou o já citado FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*, importantíssimo marco na história do desenvolvimento do *compliance* [...]. Ademais, em 1988, ganha ainda mais força a prática dos controles internos, em especial com a assinatura do Acordo de Basileia, constituído pelo Comitê de Basileia, no âmbito do BIS, publicando os 13 princípios concernentes à supervisão pelos administradores a à cultura/avaliação de controles internos, tendo como fundamento a ênfase na necessidade de controles internos efetivos e a promoção da estabilidade do Sistema Financeiro Mundial. [...]. Mais adiante, em 1997, os países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), além do Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e Eslováquia, celebraram a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros

em Transações Comerciais, com entrada em vigor em 1999 [...]. Mais recentemente, em 2010, o Reino Unido aprovou o *Bribery Act*, lei britânica de combate e prevenção à corrupção, em moldes semelhantes ao FCPA americano. (...)” (TRAPP, 2014).

Assim, nota-se que as crises econômicas e políticas percebidas ao longo da história contribuíram de forma significativa para que as práticas do *compliance* fossem desenvolvidas e implantadas, a fim de se estabelecer novos padrões desejáveis de comportamento nas organizações, abominando-se as condutas antiéticas e irregulares.

#### 4. A LEI ANTICORRUPÇÃO E A INTENSIFICAÇÃO DO COMPLIANCE NO BRASIL

No Brasil, o *compliance* ganhou contornos legais com o advento da Lei nº 12.846, de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (BRASIL, 2013).

A referida Lei prevê graves consequências às empresas brasileiras, caso venham a cometer atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Isso inclui, dentre outras ilegalidades, a fraude em contratos e licitações e os atos de corrupção. Com tal normativa, o Brasil se ajusta à inclinação internacional que procura reprimir ilegalidades praticadas pelas empresas.

Vale ressaltar que, não havia até então, na legislação brasileira, uma lei que punisse as pessoas jurídicas pelos atos lesivos praticados em face da administração pública.

Ainda sobre a Lei nº 12.846/2013, importante destacar que nela se prevê sanções às empresas tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial.

Na seara administrativa, tem-se o Processo Administrativo de Responsabilização, dentro do qual são previstos dois tipos de sanção, quais sejam a multa<sup>16</sup> e a publicação extraordinária da decisão condenatória<sup>17</sup> da empresa. A multa consiste no pagamento em pecúnia, pela empresa, de porcentagem do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. A publicação extraordinária-

<sup>16</sup> Art. 6º, inciso I da Lei 12.846/2013.

<sup>17</sup> Art. 6º, inciso II da Lei 12.846/2013.

ria da decisão condenatória da empresa ocorre na forma de extrato de sentença, às expensas da pessoa jurídica, nos meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, por meio de publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores. Ou seja, a própria empresa deverá veicular, às suas custas, o ato pelo qual terá sido condenada.

Na esfera judicial, se tem as seguintes sanções: perdimento de bens, direitos ou valores da instituição<sup>18</sup>; a suspensão ou interdição das atividades da pessoa jurídica<sup>19</sup>; a dissolução compulsória da empresa<sup>20</sup>; e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, no período de 1 a 5 anos<sup>21</sup>.

A Lei nº 12.846/2013 ainda criou um programa de *compliance*, ao estabelecer que, quando da aplicação da pena, deverá ser considerada a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica<sup>22</sup>. O fato de uma empresa possuir um programa de *compliance* devidamente estruturado será levado em consideração positivamente, caso a empresa venha a ser punida por cometimento de ato contra a administração pública.

Dessa forma, “além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiariam aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas” (MAEDA, 2013, p. 171). Ainda, sobre a Lei Anticorrupção que se faça ouvir as palavras de André Almeida Rodrigues Martinez: “Está prevista na Lei Anticorrupção uma espécie de análise da conduta social e da ‘personalidade’ da empresa, método que o legislador de 2013 optou em quase simetria ao sistema de aplicação de sanções do art. 59 do Código Penal. Dito de outra forma, quanto mais ética e em conformidade às leis e regulamentos estiver de fato a empresa, menor poderá ser a sanção a ela imposta. Ademais,

---

<sup>18</sup> Art. 19, inciso I da Lei 12.846/2013.

<sup>19</sup> Art. 19, inciso II da Lei 12.846/2013.

<sup>20</sup> Art. 19, inciso III da Lei 12.846/2013.

<sup>21</sup> Art. 19, inciso IV da Lei 12.846/2013.

<sup>22</sup> Art. 7º, inciso VIII da Lei 12.846/2013.

aliado ao fator legislativo, contribuíram para a expansão do compliance, infelizmente, os escândalos ético/políticos pelos quais o Brasil vem atravessando. Leia-se aqui, sobretudo, operação Lava-jato, dentre outras conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, sob o crivo do Judiciário. Como consequência, estamos experimentando o bem-vindo aumento em progressão geométrica da implantação das áreas de compliance nas empresas brasileiras” (MARTINEZ, 2016).

Contudo, apesar do termo *compliance* ter vindo à tona no Brasil após a referida Lei Anticorrupção, a existência da prática é notada desde a década de 1990 da centúria passada, conforme muito bem detalhado por Martinez: “No Brasil, desde 09/1998, com a publicação da Resolução nº 2.554 do Banco Central do Brasil (Bacen), incorporaram-se aqui as regras trazidas da Europa (Comitê da Basileia para Supervisão Bancária, 1975), e dos Estados Unidos da América (*SEC – Securities and Exchange Commission*, 1934), onde já existia a filosofia *compliance*. [...] E em 03/1998 fora publicada no Brasil a Lei nº 9.613/98, conhecida como a Lei de Combate aos Crimes de ‘Lavagem’ de Dinheiro. Além da sua importância penal, a nova lei cuidou de criar entre nós o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) – órgão da administração pública federal, no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas. Na Lei nº 9.613/98 e nos princípios do Comitê da Basileia podemos encontrar, portanto, a gênese da Resolução nº 2.554/98, que obrigou os bancos brasileiros a criar estruturas e mecanismos efetivos de controles internos e de riscos. [...] Tem-se, pois, que o conceito, a noção e mesmo a existência da área específica de compliance no sistema financeiro brasileiro ocorreu 14 anos antes da entrada em vigor da Lei Anticorrupção” (MARTINEZ, 2016).

Assim, no Brasil, a promulgação da Lei Anticorrupção, que concede benefícios às empresas que possuem programa de *compliance*, fez com que esse comportamento crescesse em vários segmentos, ampliando a cultura da ética e dos controles internos nas empresas, apesar das técnicas de *compliance* já serem notadas em período anterior.

## 5. O COMPLIANCE NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO

O *compliance* é algo muito recente nas relações de trabalho e surgiu no período posterior à edição da Lei Anticorrupção. Não existe lei específica que trate do assunto, mas os programas são norteados pela

legislação trabalhista e pelas normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho, e tem o objetivo de prevenir e corrigir práticas contrárias a comportamento eticamente correto e de acordo com a lei.

### **5.1 A implantação e as técnicas de *compliance* no Direito do Trabalho**

Uma série de medidas devem ser adotadas pelas empresas para que as leis sejam respeitadas dentro do local de trabalho, tais como, o controle da jornada de trabalho, o respeito ao pagamento das horas extras, o pagamento de salários em dia, a prevenção de abusos de gestores e empregados em geral, dentre outras. Nesse âmbito, entra em cena o programa de *compliance* trabalhista. As empresas podem criar setor específico para esse fim ou contratar escritório especializado para implementar esse conjunto de normas de boas práticas. As exigências legais do *compliance* dizem respeito tanto ao grande quanto ao pequeno empreendedor.

A busca das empresas por tal serviço se mostra cada vez maior, pois antevendo riscos, procuram se preparar para evitar, inclusive, ações trabalhistas, adotando condutas preventivas empresariais.

Para a implementação do *compliance*, será importante que os dirigentes tenham conhecimento dessa prática de gestão e que possuam vontade em estabelecer boas práticas na empresa. A respeito ressaltou Barbosa: “A estruturação de um programa de Compliance Trabalhista requer o engajamento e vontade dos dirigentes da empresa para proporcionar uma organização completamente conforme com a legislação nacional e eventualmente internacional, dependendo da operação desta empresa, mas acima de tudo, é uma ferramenta que garante que os fluxos dos funcionários e da gestão interna dos Recursos Humanos e Societários sejam de tal forma que blindem a empresa em eventuais passivos trabalhista futuros” (BARBOSA, 2016).

O projeto de *compliance* deve ser desenvolvido e implementado, o que demanda conhecimentos específicos. Assim, deve o empresário se acerrar de profissionais que possuam conhecimentos na área de atividade da empresa, e que o auxiliarão no desenvolvimento do processo. A equipe de *compliance* deve diagnosticar dentro da empresa quais os principais pontos a serem modificados e estudar minudentemente o caso, uma vez que o programa deve ser modelado às demandas do mercado onde se está inserido. Ainda, sobre o desenvolvimento do projeto,

conforme Barbosa: “O processo inicia-se pela análise do objetivo social para correto enquadramento sindical e normas coletivas, passando pela micro e macrogestão de Recursos Humanos e por meio dos procedimentos técnicos na gestão dos funcionários, chegando finalmente à Gestão Corporativa com os dirigentes e na assessoria do dia a dia nas condutas e na tomada de decisões na empresa que têm reflexos trabalhistas e financeiros de uma maneira geral” (BARBOSA, 2016).

Ressalte-se que, o momento mais difícil de todo o processo é mesmo o da implementação do programa de *compliance*, que envolverá a realização de mudanças dentro da empresa. Será importante saber gerir as mudanças, que poderá encontrar resistência por parte dos empregados.

Por fim, é preciso que o programa funcione constantemente, isto é, que seja adotado como rotina. Assim, o *compliance* deve ser observado em todas as fases do contrato de trabalho, ou seja, desde o momento de seleção do trabalhador, na fase de contratação, no desenvolvimento do contrato, bem como no momento da extinção do contrato. O *compliance* deve ser observado nas relações com terceirizados, segundo ensinamento de Novelli: “Devem, então, as empresas, promoverem treinamentos constantes, palestras explicativas, submeterem-se à auditorias de controle e, também, provarem a aplicação de penalidades (que obedeçam a critérios objetivos) aos infratores das políticas internas criadas (sempre observando a razoabilidade e direito de defesa)” (NOVELLI, 2016).

Noutro ponto, o *compliance* trabalhista também opera avaliando, por meio de equipe técnica, quais as normas deverão ser aplicadas à empresa, para que se adeque às determinações do Ministério do Trabalho, do mesmo modo, na verificação das normas que deverão ser aplicadas a cada caso, especialmente em relação à reforma trabalhista com a prevalência do negociado sobre o legislado, buscando-se a eliminação de eventuais multas administrativas, autos de infração, ações civis públicas e reclamações trabalhistas.

Desta feita, a implementação de um programa de *compliance* no âmbito trabalhista, mapeando-se as especificidades de cada núcleo organizacional, visa criar ambiente transparente, sadio e respeitoso nas relações interpessoais, abrangendo funcionários, observando-se os ditames do ordenamento jurídico trabalhista. Nesse sentido, por exemplo, devem ser coibidas atitudes preconceituosas e abusos hierárquicos, bem como devem ser respeitados os critérios objetivos para contratações, desligamentos e no trato entre colegas (NOVELLI, 2016).

## 5.2 As ferramentas de compliance “Know Your Customer – KYC” (conheça seu cliente) e “Know Your Employee – KYE” (conheça seu funcionário)

Quando a empresa cumpre à risca seu programa de *compliance*, pratica-se política que acaba por exigir que seus parceiros estejam agindo em conformidade com regras semelhantes, o que gera uma rede, uma espécie de *network*<sup>23</sup> de *compliance*, em que todos estarão dispostos a participar desse relacionamento respeitoso e de boas práticas. É o bom exemplo que contamina.

Nesse contexto, tem-se a ferramenta do *compliance* chamada “Know Your Customer – KYC” que, traduzida para o português significa “conheça seu cliente”. Tal ferramenta é utilizada no aspecto preventivo, especialmente nas empresas que contratam mão de obra terceirizada, estando sujeitas a aplicação da Súmula 331<sup>24</sup> do TST, que em seu inciso

<sup>23</sup> Network: Grupo de pessoas ou de coisas que se apresentam conectadas, interligadas ou relacionadas umas às outras. Conceito disponível em: <https://www.dicio.com.br/network/>

<sup>24</sup> Súmula nº 331 do TST – “Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.

IV prevê: “IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

À parte qualquer discussão de outra natureza que essa disposição possa conter, é certo que a empresa conhecendo a fundo as instituições com as quais estabeleça relações, se resguardará e diminuirá riscos de enfrentamento de eventuais prejuízos futuros.

Exemplificando, uma empresa que contrata mão de obra terceirizada perante empresa, que não cumpra suas obrigações trabalhistas, corre o risco de ser responsabilizada subsidiariamente arcando com obrigações decorrentes de demandas judiciais.

Portanto, para a redução de passivos trabalhistas futuros, previsíveis, será de suma importância que as empregadoras estabeleçam relações com instituições eticamente idôneas e que estejam em consonância com as normas legais.

A ferramenta “Know Your Employee – KYE”, cuja tradução é “conheça seu funcionário”, consiste em investigação social sobre quem é o funcionário e se aplica desde a contratação, adotando-se mecanismos que buscarão assegurar a formação de uma equipe comprometida com a empresa, portanto, através dessa ferramenta buscar-se-á manter funcionários que estejam de acordo com os padrões de conduta ética adotados pela instituição.

Nesse sentido, a formação de uma equipe engajada e comprometida com a instituição refletirá em resultados certamente positivos, melhoria do ambiente de trabalho e, conseqüentemente, da produtividade. Ainda sobre a ferramenta “Know Your Employee”, Barbosa complementa: “[...] permite instituir políticas e procedimentos de controle a serem adotadas pelos funcionários para evitar que sejam cometidos atos ilícitos que comprometam a imagem da empresa por meio de treinamentos, palestras e até mesmo participação nos lucros, para garantir o engajamento do funcionário com a organização. Visa também evitar problemas de relacionamento entre os funcionários, sejam do mesmo nível hierárquico ou não, uma vez que, em se tratando de funcionários de nível hierárquico diferentes, pode haver a ocorrência de assédio moral, assédio sexual e preconceitos. É importante, portanto, que a empresa estabeleça códigos de conduta e ética de funcionários e que crie mecanismos de denúncia a serem utilizados onde os mesmos se sintam à vontade para se queixar antes de tomar uma medida como o pedido de demissão ou a propositura de uma reclamatória trabalhista, por exemplo” (BARBOSA, 2016).

Os empregados precisam estar cientes acerca da autonomia do setor de *compliance* dentro da empresa, devendo contribuir com liberdade na defesa da prática de boas condutas e de seus interesses legítimos, sem receio de sofrerem ameaças.

Vale destacar a importância de se estabelecer um canal direto entre trabalhadores e gestores, para que situações fora da legalidade sejam prontamente denunciadas ao setor responsável, vindo, posteriormente, ao conhecimento dos superiores para que possam tomar providências sanando a irregularidade, lembrando-se do necessário sigilo quanto à identidade do trabalhador.

Desta feita, o programa de *compliance*, através da ferramenta “Know Your Employee”, a partir da análise das características de cada funcionário, visa a instituição de políticas a fim de garantir o comprometimento do empregado com a organização, promovendo maior comunicação e harmonia entre todos os setores da empresa, empregados, gestores e diretores.

### **5.3 Os benefícios do compliance na esfera trabalhista**

A implantação satisfatória de uma gestão de *compliance* auxilia na busca e na solidificação da confiança perante o mercado, tanto nacional quanto internacional, o que representa ganho imensurável para a empregadora, tendo em vista que influencia a reciprocidade, apresentando-se como estratégia competitiva de negócio, deixando de ser um ônus, para se tornar, sobretudo, um bônus. Nesse sentido, sobre as práticas de boas condutas, assevera Paula Forgioni: “[...] o comportamento honesto não implica gasto, mas sim economia, tanto para o agente (que atuará conforme as regras) quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir a incidência dos custos de transação pelo aumento do grau de certeza e previsibilidade” (FORGIONI, 2003, p. 29).

Tem-se, portanto, que a prática de boas condutas revelará certamente uma gestão séria e comprometida com a ética por parte da empresa, além de demonstrar o compromisso em cumprir o que se propõe, repassando ao mercado segurança e previsibilidade, o que favorece transações comerciais, pondo em relevo os valores da boa reputação e confiança. Sobre confiança, o ensinamento de Robert Solomon: “[...] esta que faz o sistema funcionar, a suposição fundamental de que a maioria das pessoas é honesta e digna de crédito a maior parte do tempo” (SOLOMON, 2006, p. 345).

Com a implantação efetiva de programas de *compliance*, o resultado também será a melhora do ambiente e das condições de trabalho, com consequência em melhoria na produtividade para além da redução da judicialização trabalhista.

Ademais, os riscos com autuações fiscais e multas são minimizados ou mesmo eliminados, o que representaria grande economia para as empregadoras.

Portanto, o investimento em *compliance* não se apresentaria como um custo, mas como investimento, pois, de certo, há retorno com a redução dos passivos futuros.

Noutro ponto, a partir do momento da implementação do *compliance* dentro da empresa, os passivos trabalhistas de longo e médio prazo se reduzem ou até neutralizam, a depender da eficiência do programa de *compliance*.

## 6. CONCLUSÃO

Num mundo em que as mudanças nas relações de trabalho são alteradas de maneira frequente, as práticas de boa conduta são cada vez mais valorizadas. Andar conforme as leis virou questão de sobrevivência.

Nesse sentido, os programas de *compliance* são pensados para aquelas instituições que desejam se adequar às novas exigências em escala mundial, na busca pela adoção de boas práticas e pelo respeito às normas internas e externas, políticas e diretrizes, práticas gerais enfim.

Em constante crescimento e expansão no Brasil, essa modalidade de gestão se intensificou a partir da promulgação da Lei nº 12.846, de 2013, a chamada Lei Anticorrupção, que beneficia empresas que adotem programa de *compliance*.

No Direito do Trabalho, a implementação da gestão orientada por programas de *compliance* por um lado favorece o empregado, na medida em que se sinta seguro e acolhido, tornando visível, de maneira mais clara, suas perspectivas de crescimento profissional. Por outro lado, favorece o empregador que, em longo e médio prazos assistirá à diminuição considerável de passivo trabalhista, certamente. A empresa, reconhecida pela boa reputação e confiança no mercado, passa a colher bons frutos em suas relações. Um bom sistema de *compliance* conduz à excelência empresarial.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBI; FEBRABAN. Função de *Compliance*. Disponível em: [http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance\\_09.pdf](http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf). Acesso em: 18 maio 2020.

BARBOSA, Fernanda. *O compliance trabalhista como ferramenta de integração*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/241920/o-compliance-trabalhista-como-ferramenta-de-integracao>. Publicado em: 07 jul. 2016. Acesso em: 19 maio 2020.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de direito mercantil*, Nova série, ano 42, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues. *Compliance no Brasil e suas origens*. Acesso em: <http://www.ibdee.org.br/compliance-no-brasil-e-suas-origens/>. Publicado em: 18 nov. 2016. Acesso em: 18 maio 2020.

NOVELLI, Breno. *Implementação de programa de compliance e seus impactos na área trabalhista*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9732/Implementacao-de-programa-decompliance-e-seus-impactos-na-area-trabalhista>. Publicado em: 08 maio 2016. Acesso em 19 dez. 2020.

SOLOMON, Robert C. *Ética e excelência: cooperação e integridade nos negócios*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. Compliance na Lei Anticorrupção: Uma Análise da Aplicação Prática do art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 23, nº 1237. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/trabalhos-academicos/3421/compliance-lei-anticorruptao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viii-lei-12-8462013->. Acesso em: 18 maio 2020.

# NOTAS RELEVANTES SOBRE A FIGURA DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Hyana Paiva Pimentel

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Figura do Administrador Judicial, seus deveres e atribuições. 3. A Remuneração do Administrador Judicial. 4. A Responsabilidade Civil do Administrador Judicial. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A figura do Administrador Judicial veio para substituir as figuras anteriores responsáveis por auxiliar o Juiz no âmbito das ações judiciais de falência e concordata, o síndico e o comissário.

O objetivo deste artigo é analisar o papel do Administrador Judicial, bem como a responsabilidade decorrente da sua atuação, atrelada às funções que por ele exercidas (inclusive as não positivadas), atendendo aos seus limites de ação e de procedimentos e aos resultados de seus atos, reflexos importantes nos processos de recuperação judicial e falência.

As disposições legais acerca da remuneração do Administrador Judicial também serão adiante analisadas, sob o olhar da doutrina e da jurisprudência atualizada sobre a matéria.

Analisar-se-á, ainda, de forma crítica, a lei brasileira em relação às previsões decorrentes de sua responsabilidade, inclusive porque necessário que se busque, de forma efetiva e expressa, calcar a sua atuação em busca dos objetivos maiores dos processos, em especial, a preservação da função social e econômica das empresas.

## 2. A FIGURA DO ADMINISTRADOR JUDICIAL, SEUS DEVERES E ATRIBUIÇÕES

A Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências (Lei nº 11.101/05) tem dois objetivos principais: (i) viabilizar, por meio do instituto da recuperação, o restabelecimento ou a retomada de empresas que estejam enfrentando problemas financeiros temporários mas que sejam economicamente viáveis e (ii) maximizar os valores a serem recebidos pelos credores de empresas para as quais a recuperação judicial não seja viável e, portanto, sucumbirão no processo de falência.

Nesse contexto, o novo ordenamento elencou os três caminhos para a solução da crise empresarial: a falência, a recuperação extrajudicial e a judicial.

A nova figura do Administrador Judicial, profissional, pessoa natural ou jurídica, escolhida pelo Juízo, desempenha papel importante e distinto nos dois processos, cujo ministério legal relevante, na ação de recuperação, está na condução do plano, funcionando como elo de ligação entre os credores e o devedor, como se fosse os olhos do Juiz que preside o processo. Sobre o perfil do Administrador Judicial, as palavras de Fábio Ulhôa Coelho: “O administrador judicial (que pode ser pessoa física ou jurídica) é o agente auxiliar do juiz que, *em nome próprio (portanto, com responsabilidade)*, deve cumprir com as funções cometidas pela lei. Além de auxiliar do juiz na administração da falência, o administrador judicial é também o representante da comunidade de interesses dos credores (massa falida subjetiva), na falência. Exclusivamente para fins penais, o administrador judicial é considerado funcionário público. *Para os demais efeitos, no plano dos direitos civil e administrativo, ele é agente externo colaborador da justiça, da pessoal e direta confiança do juiz que o investiu na função*” (COELHO, 2007, p. 57 [sem grifos no original]).

Para melhor compreender a responsabilidade pessoal do Administrador Judicial, que será adiante analisada, mister levar em consideração a natureza jurídica da administração concursal, destacando-se o seu papel como órgão auxiliar do juízo, nas palavras de Manoel Justino Bezerra Filho: “Muitas foram as teorias desenvolvidas no sentido de caracterizar a natureza jurídica da administração concursal. Para uns, o administrador era o representante dos credores, entrando na posse e administração dos bens, atuando ativa ou passivamente em todos os negócios e interesses relativos à massa falida (Ferrara, p. 239). Para outros, diante da pluralidade de atribuições que podem ser simultaneamente desempenhadas

pelo administrador, afirmou-se que seria representante do devedor e dos credores (Pajardi, p. 207). *Pode-se admitir que o administrador é órgão do procedimento concursal ou do juízo. Sob o aspecto exclusivamente processual, o conceito de órgão é contraposto ao de parte: partes são os sujeitos ou pessoas interessadas no feito (na falência, o devedor e os credores), enquanto os órgãos (pessoas físicas para isso predeterminadas) constituem os instrumentos mediante os quais o processo se opera e se desenvolve* (Provinciali, p. 192)” (BEZERRA FILHO, 2016, p. 114 [sem grifos no original]).

Diferentemente do Administrador Judicial, o síndico do antigo procedimento falimentar era escolhido entre os maiores credores do falido, conforme se extraía do artigo 60 da antiga “Lei de Falências”, e, portanto, acabava por representar tão somente o interesse dos credores e de maneira restrita.

Sob a nova sistemática, na medida em que a legislação se preocupou em resguardar o interesse social na preservação da empresa, se fez imprescindível reescrever a figura, agora sob o título de Administrador Judicial. Quanto ao tema, veja-se a doutrina em relação ao papel do Administrador Judicial sob essa nova perspectiva: “(...) o administrador judicial, nas legislações mais avançadas, não tutela simplesmente os interesses dos credores, mas sim a salvaguarda dos interesses que chama de difusos, consistentes na preservação da empresa, com o escopo de manutenção dos empregos, na defesa dos direitos dos acionistas minoritários (não controladores) e dos fornecedores do chamado ‘capital de crédito’ proveniente da coletividade por meio dos bancos, donde pode (...) falar-se, não sem propriedade, que hodiernamente é o dinheiro da coletividade, portanto poupança difusa, que sustenta tecnicamente a atividade empresarial. Nesse sentido, o administrador judicial possui enorme relevância para os interesses coletivos e difusos, uma vez que sua atuação está revestida de aspectos fundamentais quanto ao procedimento adjetivo, porque, muito mais que interesses privados, sobressai o legítimo interesse público” (PAIVA, 2005, p. 173).

Segundo o artigo 21, da Lei nº 11.101/05, o Administrador Judicial deve ser preferencialmente profissional com conhecimento em Direito, administração de empresas, economia ou contabilidade ou ser pessoa jurídica especializada. Por outro lado, embora possível a indicação de profissional estranho ao quadro de credores, a nova legislação não foi feliz ao discriminar, ainda que de forma preferencial, os tipos de

carreira profissional que habilitam ao cargo, visto que, ao assim dispor, cria-se desnecessária e injustificada reserva de mercado<sup>1</sup>.

Caberá ao Juiz escolher o Administrador Judicial, que nomeado, deverá ser pessoalmente intimado para assinar o “Termo de Compromisso”, assumindo o seu encargo. De acordo com artigo 34, da Lei nº 11.101/05, caso não haja a assinatura do Termo de Compromisso no prazo previsto, o juiz deverá nomear outro Administrador, certamente que em benefício da dinâmica própria do processo.

O Administrador será então fiscalizado pelo Juiz e pelo Comitê de Credores, se existente, o que exigirá de sua parte atuação esmerada e transparente.

Tratar-se-á aqui de suas funções, entendidas em termos de deveres e de atribuições, sendo certo que “no primeiro caso – deveres – há uma imposição legal categórica para a prática do ato, ao passo que no segundo – atribuições – ressalva-se um certo arbítrio pessoal do administrador judicial”<sup>2</sup>, nos dizeres de Nelson Abrão<sup>3</sup>.

A atuação do Administrador Judicial difere na Recuperação Judicial e na Falência. Enquanto na primeira a atividade primordial do Administrador Judicial é a de fiscalização, na segunda assume a administração e gestão da massa falida. Nota-se que, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, o Administrador Judicial na ação de recuperação judicial não administra a empresa em recuperação, porque a lei não afasta de suas funções os órgãos sociais do devedor. Mal

---

<sup>1</sup> Também em crítica a esse aspecto, leciona Mauro Rodrigues Penteadou no compilado Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas: “(...) daí o cuidado que deve ser adotado nas suas nomeações, evitando-se a consideração estrita do padrão preferencial referido na lei, pois a atividade reclama não apenas a titularidade de graus acadêmicos, mas também independência e experiência, particularmente no ramo de negócios em que milita o devedor, pois sua atuação estará voltada a fiscalização da empresa que enfrenta situação de crise econômica financeira (art. 47), ou para a administração de empresa insolvente ou insolvável, com vistas à sua liquidação por padrões e mediante soluções empresariais (art. 140)” (CORRÊA-LIMA, 2009, p. 163). E, ainda, Fábio Ulhôa Coelho: “(...) o advogado não é necessariamente o profissional mais indicado para a função, visto que muitas das atribuições do administrador judicial dependem, para seu bom desempenho, mais de conhecimentos de administração de empresa do que jurídicos. O ideal é a escolha recair sobre a pessoa com conhecimentos ou experiência na administração de empresas do porte da devedora e, quando necessário, autorizar a contratação de advogado para assisti-lo ou à massa” (COELHO, 2007, p. 78).

<sup>2</sup> CAMPINHO, 2006, p. 62.

<sup>3</sup> Em *Curso de Direito Falimentar*, 1978, p. 100.

comparando, a figura do Administrador Judicial na moderna ação de recuperação corresponde à figura do comissário da concordata na lei antiga (um comissário com indumentária nova).

As funções a ele atribuídas são aquelas previstas no artigo 22, da nova Lei de Recuperação Judicial e Falências. O primeiro inciso do supracitado dispositivo trata de suas competências comuns, tanto na falência, quanto na recuperação judicial, enquanto os outros dois incisos tratam de peculiaridades de acordo com cada tipo de processo. Muito embora o ordenamento trate da figura de maneira una, quando do desempenho de suas funções, a figura do Administrador Judicial se revela diferente, a depender de cada caso especial.

Tenha-se em mente que a Lei de Recuperação Judicial e Falência, não obstante tenha destinado parte específica para tratar da figura do Administrador Judicial, fazendo-o na sua Seção III (Do Administrador Judicial e do Comitê de Credores), percebe-se que há, de uma maneira difusa, tratamento assistemático do seu papel ao longo do diploma legal; é dizer, há artigos dispersos tratando do seu ministério, inclusive no que diz respeito aos seus deveres e atribuições.

O artigo 18, da Lei nº 11.101/05, prevê, dentre os seus deveres, a sua responsabilidade enquanto organizador do Quadro Geral de Credores, ato de reconhecida complexidade. O artigo 19 estabelece, como dever do Administrador Judicial, a prerrogativa de pedir a exclusão, a reclassificação e/ou a retificação de créditos.

A apresentação de contas e/ou relatórios, dentro de prazo estabelecido, está prevista no artigo 23, da mesma Lei, sendo certo que, se não o fizer, após intimação no prazo de 05 (cinco) dias, incidirá em ato de desobediência. Quando não houver Comitê de Credores, o Administrador Judicial exercerá as funções inerentes ao órgão, de acordo com o artigo 28, da Lei em exame.

No que concerne aos deveres do Administrador Judicial, no âmbito da Falência, a ele compete prosseguir com as ações de interesse da massa, como representante, de acordo com o que dispõe o artigo 76, parágrafo único, da Lei em causa. É ainda de sua atribuição, arrecadar ativos, cuidar de sua avaliação, arrematar os bens e os documentos (artigo 108), bem como guardar e conservar os bens arrecadados (artigo 112), além de cuidar da realização dos ativos (artigo 148).

São essas as funções lineares ou ordinárias do Administrador Judicial, isto é, aquelas que estão positivadas no ordenamento jurídico. Entretanto, a atuação do Administrador Judicial poderá ser ampliada,

quando necessário colaborar com os objetivos da Lei. Trata-se, então, de funções transversais do Administrador Judicial moderno, nas palavras do Juiz de Direito da 1ª Vara de Falências da Comarca de São Paulo, Daniel Carnio Costa<sup>4</sup>. Serão tarefas que não decorrem da letra da lei, mas da boa interpretação que a ela se deva dar.

Nesse cenário, o profissional nomeado deverá ser capaz de impulsionar o processo judicial, conduzindo-o na busca do melhor resultado, aparando arestas e criando canal de comunicação como mediador de conflitos, entre o devedor, os credores, o juiz e o ministério público, propiciando ambiente transparente e de confiança.

O cerne da questão da transversalidade de suas funções está, ao que parece, na melhor forma de se atingir a preservação da atividade empresária, prevista no artigo 47 da nova Lei Falimentar, objetivo precípua da recuperação judicial. Não tem sido comum, todavia, postura demasiado proativas desses administradores.

Note-se, ainda, que suas atribuições são indelegáveis e sua função possui caráter personalíssimo, tendo em vista o critério da pessoalidade e da confiança do Juízo para sua nomeação<sup>5</sup>. Contudo, não há impedimento de que o Administrador Judicial nomeado contrate auxiliares, para que possa exercer da melhor forma suas atribuições<sup>6</sup>. Nos dizeres de Paulo Salles de Toledo, “a função, no entanto, ainda que se conte com toda uma infraestrutura de apoio, é de exercício precipuamente individual” (TOLEDO, 2016, p. 108).

### 3. A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

O valor da remuneração do Administrador, a ser fixado pelo Juiz, está previsto no artigo 24, da Lei nº 11.101/05, e não poderá exceder a 5%

---

<sup>4</sup> COSTA, Daniel Carnio. O administrador judicial moderno. *Valor econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2017/06/06/administrador-judicial-moderno.ghtml>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>5</sup> “A função do administrador judicial é indelegável. Isso significa que ele não pode transferir para ninguém, no todo ou em parte, a tarefa que lhe foi reservada” (COELHO, 2007, p. 64).

<sup>6</sup> “Não obstante a Lei não haver reproduzido textualmente a regra de indelegabilidade de funções que constava do art. 61 do Decreto-Lei revogado, há, claramente, indelegabilidade no sistema da Lei comentada, que não é afetada pela maior ou menor complexidade dos afazeres a cumprir, dependentes da amplitude dos trabalhos do administrador judicial, que podem requerer inclusive contratação de auxiliares (art. 25)” (CORRÊA-LIMA, 2009, p. 168).

(cinco por cento) dos montantes devidos na recuperação judicial ou do valor da venda dos bens da massa falida. Trata-se de percentual bastante elevado, com base em parâmetros que muitas vezes não se justificam, o que se torna extraordinariamente oneroso. Nesse passo, não andou bem o legislador. É que, para cada empresa, existem particularidades que podem influenciar significativamente no grau de complexidade dos trabalhos a serem exercidos pelo Administrador Judicial, nem sempre necessariamente relacionado ao tamanho da dívida ou volume dos ativos. Dessa forma, além da necessária redução do percentual legal, é mister que se altere a base de cálculo sob a qual esse percentual deverá incidir, matéria, certamente, a cargo da jurisprudência. A boa doutrina está a considerar que, na fixação dessa remuneração, o magistrado levará em consideração a complexidade da hipótese, mas com bom senso.

Será preciso, sugere-se, levar em consideração a capacidade de pagamento do devedor e as horas de trabalho que a empreitada consumirá, de forma a não inviabilizar a própria recuperação da empresa<sup>7</sup>. Sobre o tema, observa ainda Salles de Toledo que “a LRE, ao dispor sobre a remuneração do pessoal de apoio do administrador judicial, não se refere expressamente à capacidade financeira da massa falida ou do devedor em recuperação, mas é claro que esse aspecto não pode ser desconsiderado na fixação” (TOLEDO, 2016, p. 124).

Por razões tais, se afirma que a ação de recuperação judicial é invasiva e estigmatizante, é ação cara, o que em boa medida está em razão dos custos representados pela figura do Administrador Judicial. A empresa em recuperação judicial, sobre ser a autora da ação, acaba sendo, de certo modo, refém de vários órgãos e atores, dentre os quais o administrador.

É importante, portanto, que se crie mecanismos que permitam auferir, de forma efetiva, o melhor desempenho do Administrador, não somente como cumpridor de regras ordinárias. Em matéria de remuneração, seria razoável que se adotasse formas alternativas e variáveis em função do resultado obtido, medido de acordo com o sucesso do plano<sup>8</sup>, por exemplo.

No parágrafo 2º, do citado artigo 24, há previsão de uma reserva de 40% (quarenta por cento) do importe devido ao administrador para

<sup>7</sup> Cuida desse tema Manoel Justino Bezerra Filho, em *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 124 e 125.

<sup>8</sup> A lei portuguesa dispõe sobre o tema, quando determina que parte da remuneração do administrador da insolvência, enquanto nomeado pelo Juiz, será variável “em função do resultado da recuperação do devedor ou da liquidação da massa insolvente” (artigo 23, do Estatuto do Administrador Judicial, Lei nº 22/2013).

pagamento após a prestação de contas e a apresentação do relatório final, previstas nos artigos 154 e 155 da mesma lei, dispositivos que dizem respeito a obrigações do administrador no processo de falência.

Como o dispositivo legal, que prevê essa reserva de remuneração, não se refere expressamente ao processo de recuperação, não deverá ser aplicado nesse caso, segundo o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, assentado por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1700700/SP, pela Terceira Turma, de Relatoria da ministra Nancy Andrigli, onde se consignou que “uma vez que as condições a que se sujeita o pagamento diferido guardam relação com procedimentos específicos de processos falimentares, não se pode considerar tal providência aplicável às ações de recuperação judicial”<sup>9</sup>.

Pertinente ainda ressaltar que, na eventualidade de renúncia motivada do Administrador Judicial, o valor a ser recebido, a título de remuneração, será proporcional ao trabalho realizado. Em caso de renúncia imotivada, os valores pertinentes não serão devidos, é o que está assentado na doutrina de Salles de Toledo, “a função do administrador judicial constitui múnus público importante, de modo que sua renúncia imotivada, após haver aceito o encargo e se comprometido a bem exercer os deveres a ele relativos, representa desrespeito à Justiça e à coletividade de credores” (TOLEDO, 2016, p. 125).

Ao tratar da renúncia sem relevante razão, Gladston Mamede entende que o Administrador Judicial deverá receber remuneração proporcional, na medida em que “não há base constitucional para obrigar o administrador judicial a declarar os motivos de sua renúncia à função e, muito menos, para puni-lo com a perda do direito à remuneração pelo trabalho que desempenhou, na respectiva proporção” (MAMEDE, 2016, p. 75).

Por imperativo dos parágrafos terceiro e quarto, do artigo 24, da Lei Falimentar, o Administrador Judicial não fará jus à remuneração quando destituído de suas funções por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações legais, tampouco se tiver suas contas desaprovadas.

Nos termos do artigo 31 da Lei nº 11.101/2005, o Juiz, de ofício ou a requerimento, devidamente fundamentado, poderá determinar a destituição do Administrador Judicial, “quando verificar desobediência

---

<sup>9</sup> REsp 1700700/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019.

aos preceitos desta Lei, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros”. E, no ato da destituição, o juiz nomeará novo administrador.

Observa ainda Fábio Ulhôa Coelho que “por se tratar a destituição de uma penalidade, tem o administrador judicial direito constitucional à ampla defesa, que deve ser assegurado juiz antes da decisão” (COELHO, 2007, p. 81).

O Administrador Judicial destituído sofrerá penalizações<sup>10</sup>, dentre as quais a de não poder exercer tais atividades pelo prazo de cinco anos<sup>11</sup> e a perda do seu direito à remuneração. Caso já tenha recebido qualquer valor, poderá ser compelido a devolvê-lo<sup>12</sup>.

Quanto à supressão do direito à remuneração, quando tiver suas contas desaprovadas, conforme prevê o parágrafo quarto, mais uma vez Salles de Toledo destaca que essa hipótese também deve ser tratada como caso de destituição: “A hipótese equivale à da falta de prestação de contas, que enseja, como foi visto, a destituição do faltoso. Ora, obviamente, aquele que prestou contas, mas as teve julgadas más, não merece continuar exercendo a função, devendo ser destituído” (TOLEDO, 2016, p.126).

O parágrafo quinto, do multicitado artigo 24, em disposição inserida pela Lei Complementar nº 147/2014, que alterou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, excepciona a regra geral do parágrafo primeiro, fixando-se em 2% (dois por cento) o limite da remuneração do administrador. O montante menor a ser pago levará em consideração o porte da empresa e nessa medida diminuindo os ônus a serem suportados pelo devedor ou pela massa falida.

<sup>10</sup> Sergio Campinho ressalta que a destituição importa em afastamento por infração perpetrada pelo administrador, que “tem conotação punitiva reclamando a desobediência a preceitos legais, descumprimento de deveres, omissão, negligência ou prática de ato lesivo às atividades do devedor ou a terceiros” (CAMPINHO, 2006, p. 64 e 65).

<sup>11</sup> Art. 30. “Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada”.

<sup>12</sup> “(...) cabe-lhe devolver o que eventualmente recebeu antecipadamente e, não o fazendo, compete ao novo administrador “explicitar” essa responsabilidade (art. 23, parágrafo único), bem como providenciar a cobrança respectiva” (CORREIA-LIMA, 2009, p. 188) E ainda Sergio Campinho, “em quaisquer dos casos de descabimento de remuneração deverá o administrador judicial restituir o que recebeu” (CAMPINHO, 2006, p. 70).

O artigo 25 da Lei de Recuperação Judicial e Falências dispõe que o responsável pelo pagamento da remuneração do Administrador Judicial e seus auxiliares é o devedor, seja na recuperação judicial, seja a massa falida, na falência.

Ressalta-se, ainda, que, na falência, toda e qualquer despesa realizada com o pagamento de honorários tanto ao administrador, quanto aos auxiliares que vier a contratar, será considerada como crédito extraconcursal, na forma do artigo 84, I, da Lei de Recuperação Judicial e Falências, e o seu pagamento será realizado antes de qualquer crédito.

Conforme disposto pelo Enunciado nº 105, aprovado em data de 07.06.2019, na III Jornada de Direito Comercial, se apontado pelo administrador, no relatório previsto no artigo 22, III, e, da Lei nº 11.101/2005, que não foram encontrados bens suficientes sequer para cobrir os custos do processo, incluindo honorários do Administrador Judicial, o processo deverá ser encerrado (é o que a doutrina considera como falência frustrada). Entretanto, se credor interessado depositar judicialmente tais valores conforme artigo 82, do Código de Processo Civil, hipótese em que o crédito referente ao valor depositado também será classificado como extraconcursal, nos termos do artigo 84, II, da Lei de Recuperação Judicial e Falências, o processo prosseguirá<sup>13</sup>.

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR JUDICIAL**

Uma vez nomeado pelo Juiz o Administrador Judicial, será intimado para dizer se aceita o encargo e assinar o Termo de Compromisso. Quando da assinatura, o Administrador Judicial assume, juntamente com suas atribuições e deveres, responsabilidade pelos atos que vier a praticar, comissiva ou omissivamente. Como as suas atribuições na Falência e na Recuperação Judicial são diferentes, conseqüentemente, distintas serão as responsabilidades daí decorrentes.

---

<sup>13</sup> Na esteira, observa-se recentes precedentes proferidos pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “ante a fase inicial de incerteza acerca da suficiência dos bens a serem arrecadados para cobrir as despesas processuais e as demais obrigações da massa falida, aliado ao fato de não ter sido encontrada a empresa devedora, cuja citação ocorreu por edital, constitui medida hígida a exigência de que o credor caucione os honorários do administrador judicial” (REsp 1784646/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 07/06/2019).

Percebe-se, como visto nos tópicos anteriores, as hipóteses de destituição como punição administrativa, forma de sua responsabilização civil (subjetiva). E a responsabilidade civil do Administrador Judicial, por culpa ou dolo, em relação aos dois processos da legislação, está prevista no artigo 32<sup>14</sup>, da multicitada Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e de Falência.

Com efeito, percebe-se que na legislação nova não se cuidou apenas da punição do administrador em caso de destituição, com a supressão do seu direito à remuneração e com o impedimento para o exercício da função dentro do prazo em lei assinalado. E essa perda de direitos deverá ser analisada em função de dolo ou da culpa.

Registre-se, em termos amplos, que, em matéria de responsabilização civil da figura, não há inovação, tão somente transposição daquilo que a respeito está disciplinado em relação à responsabilidade como tratada no Código Civil<sup>15</sup>.

A doutrina de Sérgio Campinho ensina que a responsabilização civil do Administrador Judicial não há de ser, todavia, “consequência exclusiva de sua destituição” (CAMPINHO, 2006, p. 71). Tenha-se presente que a constatação de irregularidades pode vir a sol após encerrados os procedimentos e aprovadas as contas, revelando-se irregularidades preteritas, o que não inviabiliza a aplicação das punições cabíveis<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Art. 32. “O administrador judicial e os membros do Comitê responderão pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa, devendo o dissidente em deliberação do Comitê consignar sua discordância em ata para eximir-se da responsabilidade”.

<sup>15</sup> Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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”.

Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>16</sup> “Como a destituição tem caráter de sanção e a substituição não, é possível destituir-se administrador judicial que não ocupa mais a função. Parece contraditório, mas deve-se lembrar que a destituição não tem somente o objetivo de investir outra pessoa na função de administrador judicial, mas – principalmente – a de punir o anteriormente investido. Se não for admitida a hipótese de destituição de administrador substituído, bastará àquele que havia incorrido em ilicitude ou irregularidade renunciar à função para escapar à aplicação da pena” (COELHO, 2007, pp. 66 e 67).

Observa-se, a respeito, que essa era uma disposição da lei antiga, notadamente o artigo 68, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 7.661/45, que previa então que “a autorização do juiz, ou o julgamento das suas contas, não isentam [não isentaria] o síndico de responsabilidade civil e penal, quando não ignorar o prejuízo que do seu ato possa [pudesse] resultar para a massa ou quando infringir [infringisse] disposição da lei”.

Adverte ainda Campinho (2006) que “a sua não reedição no diploma vigente não tira a força da argumentação produzida, até porque a apuração da responsabilidade civil deve ser ampla, a fim de garantir integral e satisfatória reparação do dano, sem qualquer obstáculo formal” (CAMPINHO, 2006, p. 72). Infelizmente, o dever ser é diferente do que se observa na prática, especialmente em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, nos moldes como se dá a responsabilização na nova lei.

Considera, a respeito, autorizada doutrina, ainda, que a lei brasileira é rasa nas cominações decorrentes do desempenho do papel pelo Administrador Judicial, onde aí decorre a sua responsabilidade, destacando-se que o “legislador, nesse ponto, poderia ter ido mais longe, e estabelecido igualmente a responsabilidade das pessoas indiciadas por atos praticados com violação da lei” (TOLEDO, 2010, p. 138). Bastaria a ocorrência de violação à norma, sem necessidade de se indagar o elemento subjetivo.

Buscando noutras fontes, é o que ocorre na Lei das Sociedades por Ações<sup>17</sup>, bem como ocorria na lei falimentar anterior<sup>18</sup>. Entretanto, em face da redação tímida adotada na nova Lei, essa responsabilidade somente ocorrerá quando comprovada a culpa ou o dolo do agente.

Revedo o princípio informativo da norma legal, no texto do Projeto de Lei da Câmara<sup>19</sup>, que deu origem à Lei de Recuperação Judicial e Falências, previa-se a responsabilização do administrador que tivesse praticado, na falência e na recuperação, ato que infringisse qualquer disposição legal e que tivesse causado prejuízos. Tais dispositivos foram, no texto final, suprimidos.

---

<sup>17</sup> Art. 158. “O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II – com violação da lei ou do estatuto”.

<sup>18</sup> Art. 68. “O síndico responde pelos prejuízos que causar à massa, por sua má administração ou por infringir qualquer disposição da presente lei”.

<sup>19</sup> PL nº 4.376-B/1993, artigos 70, § 4º e 151. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/legislacao/projetos-de-lei/709/>. Acesso em: 20 maio 2020.

Tratando da ação de responsabilização do Administrador Judicial, Sergio Campinho (2006) ensina, divergindo de Fábio Ulhôa Coelho<sup>20</sup>, que embora seja evidente que o novo Administrador Judicial terá legitimidade para propor a devida ação de indenização qualquer credor ou devedor que tenha sido lesado diretamente também estará legitimado para figurar no polo ativo.

Outro aspecto do tema em exame está na aferição do que seja, na atuação do Administrador Judicial, obrigações de meio e obrigações de resultado, para fins de verificação de sua responsabilidade. Sobre o tema, a doutrina de Joice Ruiz Bernier: “Todavia, não se pode deixar de ressaltar que muitas das obrigações do administrador judicial são obrigações de meio (como por ex., fiscalização das atividades do devedor e do plano, na recuperação; e alienação dos ativos) e não de resultado (como é o caso da prestação de contas), o que demonstra ainda mais a necessidade (e a dificuldade) de prova de que o administrador judicial não cumpriu adequadamente os seus deveres, por culpa ou dolo, e que, por isso, houve dano” (BERNIER, 2017, pp. 117 e 118).

A respeito, a lei portuguesa dispõe expressamente sobre a responsabilidade civil e pessoal do “Administrador da Insolvência” (como ali ele é tratado), embora adotando-se a doutrina da culpa, o faz em texto mais explicitado, conforme se denota do artigo 59<sup>21</sup> do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa (CIRE).

<sup>20</sup> De forma diversa entende Fábio Ulhôa Coelho, na medida em que não entende os credores como legítimos para promover a ação de responsabilidade, em Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, 2007, p. 82.

<sup>21</sup> “1 – O administrador da insolvência responde pelos danos causados ao devedor e aos credores da insolvência e da massa insolvente pela inobservância culposa dos deveres que lhe incumbem; a culpa é apreciada pela diligência de um administrador da insolvência criterioso e ordenado. 2 – O administrador da insolvência responde igualmente pelos danos causados aos credores da massa insolvente se esta for insuficiente para satisfazer integralmente os respectivos direitos e estes resultarem de acto do administrador, salvo o caso de imprevisibilidade da insuficiência da massa, tendo em conta as circunstâncias conhecidas do administrador e aquelas que ele não devia ignorar. 3 – O administrador da insolvência responde solidariamente com os seus auxiliares pelos danos causados pelos actos e omissões destes, salvo se provar que não houve culpa da sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, se não teriam evitado os danos. 4 – A responsabilidade do administrador da insolvência prevista nos números anteriores encontra-se limitada às condutas ou omissões danosas ocorridas após a sua nomeação. 5 – A responsabilidade do administrador da insolvência prescreve no prazo de dois

Na formalização legal dessa responsabilização, observar-se-á a diligência de um administrador, se criterioso e ordenado. Com efeito, a responsabilidade, tal como regulada na lei portuguesa, parece estar alinhada àquela função transversal que se reconhece nos atos do Administrador Judicial moderno. Nesse sentido, em artigo intitulado “Responsabilidade civil do administrador da insolvência”, a douda conclusão de Pedro Pais de Vasconcelos: “No exercício do cargo, o administrador da insolvência deve respeitar o interesse dos credores na recuperação de seus créditos, também o interesse do devedor em pagar a maior parte possível de suas dívidas e até a mesmo a sua totalidade e não ficar insolvente, o interesse comum da conservação das empresas e até o interesse de outras empresas e outros titulares de interesses atendíveis (*stakeholders*) que possam ser afetados pela insolvência” (VASCONCELOS, 2014, p. 191).

Retomando o tema em relação à lei brasileira e para bem aferir a sua responsabilidade, tem-se que o Administrador Judicial, sob o ponto de vista conceitual, não é parte do processo, não é credor, não exerce voto na assembleia geral de credores, não tem legitimidade para propor plano de recuperação, ou mesmo para alterá-lo. O administrador é, de fato, uma figura atípica, sendo órgão dos procedimentos previstos na Lei nº 11.101/05, não assumindo para si responsabilidade pessoal alguma, de toda forma, o que dele se pode esperar é um comportamento proativo e diligente, levando-se em consideração a função social que exerce.

## 5. CONCLUSÃO

Na qualidade de órgão auxiliar do juiz, o Administrador Judicial atua no interesse público e não pode se limitar, isoladamente, aos interesses dos credores ou do devedor. Sendo assim, deverá atuar de forma a convergir os interesses difusos que circundam a empresa em recuperação, em prol do plano de recuperação judicial proposto, com vistas a buscar sua viabilidade e superação da situação de crise econômico-financeira instalada.

---

anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, mas nunca depois de decorrido igual período sobre a data da cessação de funções” (Com comentários de Alexandre de Soveral Martins, em *Um Curso de Direito da Insolvência*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 243 e 244).

A diligente atuação do Administrador Judicial por certo influenciará diretamente no sucesso dos processos, na própria recuperação da empresa, que é o objetivo máximo do instituto. Esse objetivo somente será atingido, com eficiência, se o administrador atuar de forma comprometida com o seu resultado, exercendo funções que vão além daquelas expressamente previstas em lei, nas chamadas funções transversais.

A remuneração do Administrador Judicial deverá ser fixada de modo a valorizar a importância de sua atuação, sem que, entretanto, inviabilize o projeto de recuperação e o pagamento dos seus honorários pelo devedor em recuperação principalmente.

Nesse cenário, seria desejável que se adotasse formas alternativas e variáveis de sua remuneração, em função do resultado obtido nos processos, medido de acordo com o sucesso na recuperação do devedor ou na liquidação da massa falida, tal como ocorre na lei portuguesa, por exemplo.

Na redação tímida da legislação atual, percebe-se que o Administrador Judicial está submetido às regras de responsabilidade do homem comum (subjativa), adotando-se o critério da culpa, portanto.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNIER, Joice Ruiz. *O Administrador Judicial na Recuperação e na Falência*. 2014. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

BRASIL. *Lei de Falências* (1945). Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm). Acesso em: 15 ab. 2020.

BRASIL. *Lei de Recuperação Extrajudicial, Judicial e Falência* (2005). Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7661.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.376-B, de 2003*. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/legislacao/projetos-de-lei/709/>. Acesso em: 20 maio 2020.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo*. 4. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova Lei de Falências e recuperação de empresas*: Lei n. 11.101 de 9-2-2005. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*: Lei nº 11.101/ de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- COSTA, Daniel Carnio. *O administrador judicial moderno. Valor econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2017/06/06/administrador-judicial-moderno.ghtml>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS, Alexandre da Soveral. *Um curso de Direito da Insolvência*. 2. ed., rev. e atualizada (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2017.
- PAIVA, Luiz Fernando Valente de, et al. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- PORTUGAL. *Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas*. Decreto Lei nº 53/2004. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34529075/view>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- PORTUGAL. *Estatuto do Administrador Judicial* (2013). Lei nº 22/2013. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106918388/201904220002/73420671/diplomaPagination/diploma/2>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. Responsabilidade civil do administrador de insolvência. Em: SERRA, Catarina (Coord.). *II Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, 2014.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA

Júlia Maria Martins da Costa Araújo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A personalidade jurídica. A Desconsideração da Personalidade jurídica e seus pressupostos. 3. Características das Sociedades Anônimas 4. A Desconsideração da Personalidade Jurídica da Sociedade Anônima Fechada. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Rege o artigo 1º da Lei das Companhias que “a companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”. Nesse mesmo sentido o artigo 1.088 do Código Civil dispõe que “na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir”. O segundo texto é a confirmação do primeiro.

Tais considerações, *prima facie*, parecem impossibilitar a aplicação do Instituto de Desconsideração da Personalidade Jurídica às Sociedades Anônimas. Não está incorreta esta percepção, que deve, todavia, ser precedida do entendimento de que norma jurídica alguma se compadece com a fraude.

É a partir desta linha que se chega na norma contida no artigo 50 do Código Civil, que abriga o Instituto da Desconsideração a partir de duas perceptíveis ressalvas doutrinárias. Em primeiro lugar, a confusão a que se refere o dispositivo há de ser uma exceção e não a regra. A segunda, corolário da primeira, está na exigência da constatação de uma fraude.

O objeto do presente estudo é, portanto, analisar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica de Sociedades Anônimas Fechadas e suas especificidades, sempre como exceção.

## **2. A PERSONALIDADE JURÍDICA E A SUA DESCONSIDERAÇÃO. SEUS PRESSUPOSTOS**

Antes de iniciar as ponderações necessárias ao presente estudo é indispensável abordar, de forma breve, os conceitos de pessoa jurídica, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e de seus requisitos, inclusive com as alterações trazidas pela Lei nº 13.874/2019.

Sobre a pessoa jurídica, assinala a doutrina que “o direito, na sua caminhada histórica, levou séculos para admitir a personificação das pessoas jurídicas. Foi necessário todo o desenvolvimento das mais várias atividades humanas; fomentando-se e aumentando-se, em volume e em complexidade, as próprias necessidades dos seres humanos, para se perceber que o indivíduo (a pessoa natural), era pouco para responder por tanta criação, para corresponder a tantos anseios de uma comunidade que, a cada passo, criava em torno do ser humano, novas necessidades, novas descobertas e novos desafios. A pessoa jurídica, portanto, é produto da finitude do homo sapiens, a quem se passou a denominar pessoa”<sup>1</sup>. Como se vê, longo foi o caminho da evolução da sociedade ou da pessoa coletiva antes de se lhe conceder personalidade jurídica.

Com efeito, avançando no desenrolar da criação da personalidade jurídica, o desenvolvimento do capitalismo está intimamente ligado a essa história, na medida em que a livre iniciativa, base dos sistemas econômicos, só encontra terreno fértil para caminhar com segurança caso garantida a separação patrimonial do comerciante e seu empreendimento, limitando-se os riscos da atividade.

Em síntese e em suma, com a finalidade de incentivar o desenvolvimento das atividades econômicas produtivas e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico e social, adotou-se a personalidade jurídica para as pessoas coletivas, ente autônomo sujeito de direitos e obrigações próprias, que não se confunde com as pessoas de seus membros.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Anchieta da. “A Pessoa Jurídica, a Falência e a *Disregard Doctrine*”, em *Palavra de Advogado*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2014, p. 227.

Diversas teorias foram suscitadas na tentativa de justificar a sua natureza. Pela Teoria Individualista, de autoria de Rudolf von Ihering, os sujeitos do direito são os próprios indivíduos considerados em conjunto, sendo a pessoa jurídica distinta dos indivíduos que a compõem: *universitas distat a singulis*. As críticas<sup>2</sup> à teoria individualista chamam atenção para a necessária ideia do conjunto da independência das pessoas jurídicas em relação às pessoas que delas sejam membros. Pela Teoria da Ficção, encabeçada por Saviny, se conceberia a pessoa jurídica como uma criação artificial, cuja existência seria mera ficção eis que a vontade seria inerente apenas aos seres humanos. Na mesma linha, destacava-se a Teoria da Vontade Personificada, segundo a qual a vontade dos seres humanos é que teria personalidade. Para as sociedades, a vontade que as criara é que seria personificada. Ambas as teorias dividem as mesmas críticas, ao personificarem a vontade real dos sócios, que não poderia ser admitida como ficção. São teorias que esbarraram numa realidade indesmentível.

Na contramão das teorias que negavam a existência da pessoa jurídica e das que a consideravam como ficção, desenvolveu-se exatamente a Teoria da Realidade, concebendo-se a pessoa jurídica como um organismo natural, composto de vontade, interesse e patrimônio próprios. Também essa teoria não ficou imune às críticas, na medida em que se identificava a vontade da pessoa moral com a vontade das pessoas naturais.

Após críticas e aplausos das Teorias da Ficção e da Realidade foi desenvolvida a Teoria da Realidade Técnica, mediante a qual se reconhece a atuação social da pessoa jurídica, admitindo sua personalidade como fruto da técnica jurídica. É esta a compreensão que se retira do artigo 45 do Código Civil.

A personalidade jurídica pois, há de ser definida como a aptidão genérica da própria sociedade para adquirir direitos e contrair obrigações, representando “instrumento legítimo de destaque patrimonial, para a exploração de certos fins econômicos, de modo que o patrimônio titulado pela pessoa jurídica responda pelas obrigações desta, só se chamando os sócios à responsabilidade em hipóteses restritas”<sup>3</sup>. É nes-

<sup>2</sup> “(...) se, pois, não podem os membros da sociedade exercer por si, direitos que competem, privativamente à sociedade, não é lícito dizer que são eles os verdadeiros sujeitos, e a corporação uma aparência, um simples modo de designá-los” (BEVILÁQUA, Clóvis, *Theoria Geral do Direito Civil*, RED Livros, Campinas, 1999, p. 147).

<sup>3</sup> AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 5, jan./mar. 1993, p. 169.

ta expressão “hipóteses restritas” que está a certeza de que a hipótese representa uma exceção e não uma regra.

Segundo Marlon Tomazzete, “ao se exercer a atividade empresarial por meio de uma pessoa jurídica, cria-se um centro autônomo de interesses em relação às pessoas que lhe deram origem, de modo que a estas não são imputadas as condutas, os direitos e os deveres da pessoa jurídica”<sup>4</sup>.

Não se pode admitir, por óbvio, a utilização da personalização da pessoa jurídica para cometimento de fraude e o ordenamento jurídico dispõe de procedimentos e de ações próprias para coibi-la. De modo excepcional se admitirá até a sua desconsideração, mas desde que diante de uma prática ilícita, um ato incivil, uma fraude. Vale dizer: não se pode conferir valor absoluto ao dogma da personalização quando restar comprovada a desnaturação do instituto<sup>5</sup>. E foi justamente em resposta a esse anseio que surgiu a *disregard doctrine* no Direito de tradição anglófona, sintetizada por Harry G. Henn e John R. Alexander: “O conceito [de pessoa jurídica] será sustentado apenas enquanto seja invocado e empregado para propósitos legítimos. A perversão do conceito para usos impróprios e fins desonestos (e.g., para perpetuar fraudes, burlar a lei, para escapar de obrigações), por outro lado, não será tolerado. Entre esses, são várias as situações onde as cortes podem desconsiderar a pessoa jurídica para atingir um justo resultado”<sup>6</sup>.

Então, sempre que houver desvirtuação e perversão da personalidade jurídica diante da ocorrência de fraude, a separação do patrimônio entre a pessoa jurídica e seus membros será relativizada.

Com efeito, a desconsideração da personalidade jurídica, todavia, não condenará a sociedade como um todo por que apenas se cingirá àquele determinado ato fraudulento, sempre como medida extrema e cirúrgica. Assim, que fique claro desde logo, desconsideração não é despersonalização.

De se afirmar, pois, que o objetivo do Instituto não é o de extinguir a pessoa jurídica, mas apenas, resolver a questão da fraude com a responsabilização dos autores, sejam eles sócios administradores ou não. Afinal, a desconsideração da personalidade jurídica corresponderá,

---

<sup>4</sup> TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. v. 1. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>5</sup> ROSSET, Rafael Guimarães *in Conjur*: Personalidade Jurídica pode ser desconsiderada quando há fraude.

<sup>6</sup> HEN, Harry G.; ALEXANDRE, John R. *Law of Corporation*, St. Paul: West Group, 1983, 3ª edition, p. 346.

nos limites da fraude, à retirada episódica, excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Ensina Fábio Ulhoa Coelho<sup>7</sup> que: “a aplicação da teoria da desconsideração não se implica a anulação ou desfazimento do ato constitutivo da sociedade empresária, mas apenas a sua ineficácia episódica”. Enfim, “Os problemas ditos de ‘desconsideração’ envolvem frequentemente um problema de imputação. O que importa basicamente é a verificação da resposta adequada à seguinte pergunta: No caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? Se é em verdade outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenações axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública) é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência”<sup>8</sup>. Leia-se fraude quando o Autor está a dizer algo contrário à lei ou ao contrato.

À parte a distinção que certa doutrina faz em torno do tema da desconsideração reconhecendo o que seria uma teoria maior e uma teoria menor (no sentido da existência da fraude [teoria maior] e ausência dela [teoria menor] interessa para os propósitos desta pesquisa a análise do tema a partir do artigo 50 do Código Civil, com ajustes trazidos pela Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), que teve como objetivo a desburocratização do exercício da atividade econômica valorizando o princípio da livre iniciativa<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Volume 2: direito de empresa. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 64.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 613.

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. *A Medida Provisória n. 881/2019 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil*. Primeira parte desconsideração da personalidade jurídica e função social do contrato. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>. Afirma Ceolin, “Se o ente foi instituído não para unir esforços e patrimônios, mas para esconder a identidade dos sócios ou do seu sócio majoritário com o propósito de confundir terceiros, então, haverá desvio de finalidade, caracterizando o abuso da estrutura formal” (*Abusos da Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 51); GAGLIANO, Pablo Stolze. *A medida provisória da “liberdade econômica” e a desconsideração da personalidade jurídica* (Art. 50, CC): primeiras impressões. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br>

Feito o ajuste ao artigo 50 do Código Civil ficou mais coeso ao exigir que: “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”. O acréscimo é relevante, ferindo propositalmente o que possam ser “certas e determinadas relações”, bem como os “beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.

Destarte, para se permitir a desconsideração da personalidade jurídica, será imprescindível que, nos casos concretos estejam comprovados o abuso, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, em Resumo: uma fraude porque *abusus non est usus*.

A referida norma legal, reescrita recebeu cinco parágrafos com a função de estabelecer critérios interpretativos para conceituar o abuso da personalidade e os limites objetivos às hipóteses de desvio de finalidade e de confusão patrimonial.

A contribuição que a Lei de Liberdade Econômica trouxe no sentido de bem delimitar o uso do Instituto da desconsideração é relevante porque: “por desvio de finalidade há de entender, restritivamente, a demonstração mediante provas, da utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. Da mesma forma, só se cogitará da presença do que seja confusão patrimonial se demonstrada, em concreto, a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizados por um cumprimento repetitivo pela sociedade, de obrigações do sócio ou do administrador ou viceversa, ou se houver transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante e outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. É preciso, a respeito, deixar arredado de dúvidas, que desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a despersonalização de ninguém. São coisas distintas. O ato de desconsiderar é cirúrgico, desconsidera-se o ato ou os atos fraudulentos, A pessoa jurídica deve sobreviver”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> SILVA, José Anchieta da. “O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica – Esperado o encontro marcado”. In: OLIVEIRA, Amanda Flávia de (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, p. 68-69.

Por sua vez, na legislação processual civil, de forma a assegurar o contraditório efetivo, foi instituído o Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica que se encontra regulado nos artigos 133 a 137. A novidade, quanto à *praxis* está em que há necessidade de citação, estabelecendo-se o necessário contraditório. Desse regramento se ressentia a legislação processual anterior causando extraordinária desorientação da jurisprudência.

### 3. CARACTERÍSTICAS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Segundo Modesto Carvalhosa<sup>11</sup>, as Sociedades Anônimas podem ser conceituadas como “pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas”. Depreende-se que, dentre as principais características das Companhias estão a sua natureza de sociedade de capital, a divisão de seu capital social em ações, com a finalidade de restringir a responsabilidade de seus acionistas subscritores e integralizadores do capital, e sua natureza empresarial. Foi com esse tipo de sociedade que os navegadores empreenderam, a partir da Europa, as descobertas das Américas e do Oriente.

Harmonizados os artigos 1º da Lei das Companhia e 1.088 do Código Civil, resta claro que a responsabilidade de seus acionistas estará limitada ao preço de emissão da ação, sendo este, inclusive, um dos seus atrativos uma vez que os investidores em ações, se veem, isentos dos riscos de responsabilização.

A Sociedade Anônima organiza-se por meio de seus órgãos sociais, que exercitam funções e atribuições específicas, se lhes reconhecendo poderes de gestão em função de seu objetivo social e limitado aos comandos da lei e do estatuto social. São órgãos da Sociedade Anônima a Assembleia de Acionistas (órgão episódico), a diretoria (órgão de gestão diária) e o conselho de administração (órgão não obrigatório nas companhias fechadas) e o Conselho Fiscal (em regra, órgão não permanente).

Conhecidas as características da companhia, como sociedade de capital, institucional, com estrita limitação da responsabilidade de seus membros acionistas, com a sua gestão distribuída entre seus

<sup>11</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 4.

órgãos, resta enfatizar a distância que se estabelece entre as companhias abertas e as companhias fechadas, pois para as primeiras há todo um sistema de mercado de bolsa e de mercado de balcão, enquanto nas companhias fechadas se tem a sua aproximação das sociedades contratuais, cujo melhor modelo é o das sociedades limitadas. Numas e noutras, todavia, não se admite a fraude, não se admite desvios de função, porque são práticas fraudulentas e é isto que traz ensejo ao exame da desconsideração da personalidade jurídica nas anônimas, porque o direito não se compadece com a fraude. Afinal, a fraude é o não direito.

#### **4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA**

Internamente, o discurso adotado nestas notas é o que se lê nas letras claras dos artigos 117<sup>12</sup> e 158<sup>13</sup>, ambos da Lei das Companhias. Se o legislador expressamente repreende fraudes, abusos e desvios, necessidade não há, nesses pontos, de se invocar necessariamente a doutrina da desconsideração.

Contudo, secundariamente, obstáculo não há para a invocação da desconsideração da personalidade jurídica, com base, inclusive, no artigo 50 do Código Civil nos termos por aqui já anotado.

Enfim, havendo excesso, havendo extrapolação e, portanto, havendo fraude, há responsabilização. Não haverá, todavia, responsabilização pessoal daquele que haja em nome da companhia de modo regular. É este o quadro da lei das companhias, tão claro quanto antigo, que deve ser sintonizado com as prescrições daquele reescrito artigo 50 do Código Civil o que é trabalho para a doutrina e para a jurisprudência.

A sociedade anônima fechada é a que mais se aproxima da chamada sociedade contratual, para tanto, é imprescindível que se faça um paralelo entre sociedade de pessoas em contraponto com a sociedade de capitais.

---

<sup>12</sup> Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

<sup>13</sup> Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II – com violação da lei ou do estatuto.

Comparada a estrutura de determinadas sociedades anônimas fechadas com as sociedades limitadas, depreender-se-á que sócios e acionistas desempenham papéis praticamente idênticos. É certo que as companhias fechadas se apresentam com todas as características próprias de sociedade de pessoas, animada por uma *affectio societatis* e fundada nas relações *intuitu personae*<sup>14</sup>, o que é visível, por exemplo, quando se trata de sociedade familiar.

Vem a calhar a velha lição de Rubens Requião<sup>15</sup>: “Não se tem mais constrangimento em afirmar que a sociedade anônima fechada é constituída nitidamente *cum intuitu personae*. Sua concepção não se prende exclusivamente à formação do capital desconsiderando a qualidade pessoal dos sócios. Em nosso País, com efeito, prevalece a sociedade anônima constituída tendo em vista o caráter pessoal dos sócios, ou a sua qualidade de parentesco, e por isso chamada de sociedade anônima familiar [...] Como se vê, essa faculdade de restringir a negociabilidade das ações da companhia fechada dá-lhe o nítido sabor de sociedade constituída *cum intuitu personae*, na qual os sócios escolhem os seus companheiros, impedindo o ingresso ao grupo formado tendo em vista a confiança mútua ou os laços familiares que os prendem. A *affectio societatis* surge nessas sociedades com toda a nitidez, como em qualquer outra das sociedades de tipo personalista”. Como se vê, na ausência daqueles mercados livres para negociação das ações das companhias fechadas é até natural que elas mais pareçam, mais se aproximem das sociedades de pessoas, contratuais ou seja: a sociedade anônima fechada está fundada na mesma *affectio societatis* própria das sociedades de pessoas.

Com efeito, o discurso adotado na presente pesquisa, firmado a partir de noções jurídicas dos institutos abordados, impõe considerar que, assim como nas demais sociedades, sendo a companhia fechada utilizada como instrumento para perpetração de fraude, será pertinente a declaração de ineficácia de sua personalidade jurídica, alcançando-se com essa medida processual, os bens dos acionistas, autores da fraude.

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder. In: “A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de ‘quorum’ nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XVI, n. 27, 1977, p. 91.

<sup>15</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. II. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 28/29.

## 5. CONCLUSÃO

O desafio proposto se cingia, é fato, no analisar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em relação às companhias fechadas.

Ao que parece do quanto analisado, recolhe-se mais. O ordenamento jurídico possui, desde sempre, ações várias que já supriam e bem, a ausência desse instituto importado do sistema da *Common Law*, com destaque para a ação de responsabilidade, essa, ação própria e regulada no âmbito das sociedades por ações, para as abertas e para as fechadas.

Dentre os tipos societários mais usuais, as companhias e as limitadas, a meio caminho, dentre ambas, se tem a sociedade anônima fechada que, com frequência, mais se assemelha àquelas sociedades de pessoas, contratuais portanto.

Em casos excepcionais e comprovada fraude, a doutrina, a jurisprudência e mais recentemente as leis, passaram a admitir a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Demonstrado está, portanto, a pertinência do uso desconsideração da personalidade jurídica de modo calculista e cirúrgico, no âmbito das sociedades anônimas fechadas, mas apenas se caracterizada a fraude, a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade por seus acionistas.

Restou evidenciado enfim, que a *disregard doctrine* serve para reforçar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e preservar a empresa, sem despersionalizá-la, portanto, não se dissolvendo a pessoa jurídica, mas apenas dela extraíndo o ato fraudulento.

A sedimentação legal de tudo quanto se afirmou estará, no âmbito das companhias fechadas, na harmonização do artigo 50 do Código Civil reescrito pela ‘Lei de Liberdade de Liberdade Econômica’ com os artigos 117 e 158 da Lei de Companhias, observando-se, no processo, as liturgias exigidas nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AgRg no Ag 668.190/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/9/2011, *DJe* 16/9/2011.

AgInt nos EDcl no REsp 1422020/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018.

AI nº 2190471-12.2018.8.26.0000 TJSP/31ª Câmara de Direito Privado Rel. Des. Carlos Nunes j. 21/11/2018).

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 5, jan./mar. 1993, p. 169.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. Campinas: RED Livros, 1999,

BLOK, M. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. *Revista dos Tribunais*. v. 59, 2013. p. 111.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos da Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. In: “A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de ‘quorum’ nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XVI, n. 27, 1977, p. 91.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A medida provisória da “liberdade econômica” e a desconsideração da personalidade jurídica (Art. 50, CC): primeiras impressões*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br>

MIRANDA, Francisco Antônio Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.

OLIVEIRA, Lamartine Corrêa de. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. V.1.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. vol. II. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SILVA, José Anchieta da. *A Pessoa Jurídica e a Desregard Doctrine*. Em: *Palavra de Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SILVA, José Anchieta da. “O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica – Esperado o encontro marcado”. In: OLIVEIRA, Amanda Flávia de (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e o Ordenamento Brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.

STJ – EREsp 111294/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 28/6/2006, DJ 10/9/2007.

TARTUCE, Flávio. *A Medida Provisória n. 881/2019 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil*. Primeira parte descon sideração da personalidade jurídica e função social do contrato. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/>

TJSP – Agravo de Instrumento n°. 2233334-51.2016.8.26.0000. 36 Câmara de Direito Privado, Relator Jayme Queiroz Lopes, julgado em 24.08.2017), (TJSP – Agravo de instrumento n° 2003499-60.2020.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Privado, Relator Coutinho de Arruda, julgado em 06.04.2020).

TJSP, AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 2043422-93.2020.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Relator Antônio Rigolin, Julgamento em 13.04.2020).

TOMAZZETE, Marlon. *Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário*. V. 1. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES AGRAVÁVEIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Lara Fernandes Almeida

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A reforma estrutural do Processo Civil e o recurso de agravo de instrumento. 3. Conflitos do novo paradigma de recorribilidade. 4. As correntes de interpretação do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. 5. O julgamento do Tema nº 988 no Superior Tribunal de Justiça. 6. A tese da taxatividade mitigada: uma solução adequada. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas

## 1. INTRODUÇÃO

Em alteração mais ou menos recente (2015), ocorrida na legislação de Processo Civil, o recurso de Agravo de Instrumento, previsto em seu artigo 1.015<sup>1</sup> foi substancialmente alterado para autorizar as

---

<sup>1</sup> “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias;

II – mérito do processo;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI – exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte;

VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

hipóteses de cabimento recursal. A mudança ampliou a sistemática de recorribilidade das decisões interlocutórias que vigorava na legislação anterior. Nem todas as decisões são agora recorríveis de imediato. Aquelas que proferidas ao longo do trâmite processual e que não sejam objeto de agravo poderão ser arguidas posteriormente, como preliminar em recursos de apelação ou em suas contrarrazões, de acordo com o que dispõe do artigo 1.009, § 1º, do referido Código, sem se prejudicarem com as preclusões como se dava no sistema anterior.

Observou-se que hipóteses consideravelmente relevantes não foram contempladas no rol apertadíssimo do artigo 1.015. Tal questão suscitou diversos questionamentos quanto ao alcance e, sobretudo, a natureza do dispositivo legal, de forma que decisões urgentes não ficassem postergadas à análise tardia em sede de recurso de apelação, provocando, conseqüentemente, resultados danosos, por exemplo, à celeridade processual.

Foi necessário obter no Superior Tribunal de Justiça uma uniformização da jurisprudência sobre a matéria. Nesse sentido, foi com o julgamento do Tema nº 988 que se encontrou a solução razoável para a questão, definindo-se que o rol do artigo 1.015 é de taxatividade mitigada.

## **2. A REFORMA ESTRUTURAL DO PROCESSO CIVIL E O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Passados mais de oitenta anos da edição do primeiro Código de Processo Civil no Brasil (1939), persistem os debates sobre como harmonizar a celeridade processual com a necessária redução de hipóteses recursais na fase de conhecimento notadamente e, ao mesmo tempo, respeitar-se a tutela jurisdicional perseguida pelas partes.

---

XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII – (VETADO);

XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

- <sup>2</sup> “Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

O legislador se deparava com um dilema comum a todos os ordenamentos processuais: proibir ou permitir a recorribilidade das decisões interlocutórias e em que medida. O recurso cabível para impugnar tais decisões passou por evoluções e involuções, revelando-se instituto em constante mutação. Nas últimas décadas, o agravo acabou sendo visto como principal culpado pelo abarrotamento dos Tribunais, um argumento nem sempre verdadeiro.

O Código de Processo Civil de 1973 previu em sua redação original recorribilidade irrestrita, combinando as modalidades de agravo retido e de instrumento. O primeiro era produzido oralmente em audiência ou de forma escrita, com posterior ratificação em recurso de apelação, afastando, conseqüentemente, a preclusão. O agravo de instrumento era competente para demonstrar irresignação em relação a pronunciamento judicial decisório capaz de causar lesão ao interesse demandado, cabível também quando da inadmissão de apelação ou relação aos efeitos em que recebida. É o que escreveu Paulo Lucon (2012, p. 633)<sup>3</sup>.

A opção pela ampla recorribilidade acabou reforçando o abarrotamento da máquina judicial, ensejando morosidade na tramitação processual. Na percepção de Luiz Fux (2015, p. 15-18) “o excesso de recursos recebeu como solução a limitação da utilização do agravo de instrumento, permitido para hipóteses excepcionais”.

Com efeito, a Lei nº 11.187/2005 estabeleceu como cabível a interposição de agravo retido como regra e o de instrumento como exceção, manuseado em relação às decisões que pudessem acarretar dano. Assim, o critério estabelecido pelo legislador à época praticou um primeiro progresso que, no entanto, não funcionou. A respeito o mesmo Lucon: “A grande realidade, no entanto, é que o regime da retenção não funcionou: ao analisar e verificar se o caso de determinar a conversão do agravo de instrumento em retido, o julgador opta por evitar futuro trabalho e prefere, desde logo, analisar o mérito do agravo de instrumento. Esse é um bom exemplo de que as mudanças na lei sem vivência prática correm o risco de tornar inócuas as novidades por ela instituídas” (LUCON, 2012, p. 607).

<sup>3</sup> “O código de Processo Civil de 1939 não consagrou a livre recorribilidade das interlocutórias, situação que acabou por promiscuir o uso de sucedâneos recursais, como o mandado de segurança, a correição parcial, etc. O legislador de 1973, visando alterar esse quadro, autorizou o manejo de agravo para todos os atos decisórios proferidos no curso do processo, deixando a parte, de início, livre para optar entre as modalidades de instrumento e retida” (LUCON, 2012, p. 633).

Permanecido, na prática, o problema e diante da fluidez do critério de recorribilidade ampla ficou a cargo da doutrina delimitar o alcance das duas modalidades de agravo, remanescendo certa liberdade na escolha do recorrente em face de casos concretos. A limitação recursal pretendida acabou por não atender ao propósito de diminuir o número de recursos nos Tribunais.

Elaborado com o propósito de promover a constitucionalização do processo, a partir de uma construção fundada em direitos e garantias fundamentais, o Código de Processo Civil de 2015 teve dentre seus objetivos a sintetização dos procedimentos, sobretudo no que tange ao sistema recursal. Foi nessa linha que o referido Código privilegiou a ideia de redução do manejo dos recursos de agravo, adotando o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Foi extinta a figura do agravo retido e enumeradas em seu artigo 1.015, de modo aparentemente taxativo, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

Nesse âmbito, a irrecorribilidade imediata pretendeu promover a concentração dos atos processuais, com a devida valorização da economia processual, de modo que as decisões interlocutórias sejam impugnadas dentro das hipóteses daquele artigo 1.015 ou no momento em que se resolver definitivamente o mérito, utilizando-se da preliminar de apelação. Sobre o referido artigo é possível afirmar que: “O dispositivo em comento prevê, em *numerus clausus*, [de sua pretensão como tal] os casos em que a decisão interlocutória pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento. As interlocutórias que não se encontram no rol do CPC 2015 não são recorríveis pelo agravo, mas sim como preliminar de razões ou contrarrazões de apelação (CPC, 1009, § 1º). Pode-se dizer que o sistema abarca o princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias em regra. Não se trata de irrecorribilidade de interlocutórias que não se encontra no rol do CPC, 1015, mas de recorribilidade diferida, exercitável em futura e eventual apelação (razões ou contrarrazões)” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 2078).

A restrição das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento foi pensada também com o claro objetivo de se evitar pulverização dos atos processuais, bem como interrupção contínua da relação jurídico processual. Essa técnica alterou a lógica preclusiva das matérias ventiladas nas decisões interlocutórias, com o exame das razões de irresignação, nos termos do artigo 1.009 do mesmo Código, postergado para

o momento do recurso ao tribunal: “A opção do NCPC foi a de extinguir o agravo na sua modalidade retida, alterando, correlatamente, o regime de preclusões (o que estava sujeito a agravo retido, à luz do NCPC, pode ser alegado na própria apelação) e estabelecendo hipóteses de cabimento em *numerus clausus* para o agravo de instrumento; são os incisos do art. 1.015 somados às hipóteses revistas ao longo do NCPC” (WAMBIER *et al.*, 2015, p. 1453).

Nesse caminhar, a Lei nº 13.105/2015 (o novo CPC), mais rigorosa, abraçou um sistema preclusivo diverso, devendo a parte, quando do recurso de apelação, como preliminar, em sede de razões ou contrarrazões, renovar a matéria com o recurso, evitando-se a preclusão. Marioni, Arenhart e Mitidiero advertem que: “[...] o fato de o legislador construir um rol taxativo não elimina a necessidade de interpretação para a sua compreensão: em outras palavras, a taxatividade não elimina a equivocidade dos dispositivos e a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 1074).

A pergunta que não quer calar está na compreensão daquelas hipóteses elencadas no artigo 1.015, a sua pretensa taxatividade por deixar de contemplar inúmeras situações relevantes e que, ao final, terão que ser apreciadas em benefício da finalidade e da utilidade do processo, e que por razões, as mais diversas, não podem aguardar a sentença.

### 3. CONFLITOS DO NOVO PARADIGMA DE RECORRIBILIDADE

Pela análise feita, é possível concluir que o legislador, deliberadamente, fez opção política pela taxatividade das hipóteses de cabimento desse recurso. À primeira análise o rol do artigo 1.015 não comportaria interpretação extensiva. Não é, todavia, o que ocorre e que ao fim se confirmará.

O parágrafo único do supracitado artigo autorizou a interposição de agravo de instrumento em face das decisões interlocutórias proferidas no cumprimento de sentença, na fase de liquidação de sentença e na execução de título extrajudicial. Há razões objetivas para tais inclusões em relação ao procedimento executivo. No cumprimento de sentença não se tem a expectativa de sentença final recorrível que desafie apelação, logo, a tutela jurisdicional se consubstancia numa série de

atos perseguindo a satisfação do direito de quem executa. Acrescente-se o fato de que, na maioria das vezes, as decisões interlocutórias em procedimento de execução podem, em tese, causar prejuízos de grave ou difícil reparação para as partes, o que reclama o cabimento de agravo de instrumento.

Sobre os processos que esse parágrafo único enumera, vale lembrar que, as decisões mais significativas já terão sido proferidas (antes da sentença propriamente dita), limitando-se o processo, nessa fase, a constatar fatos produzidos por atos processuais anteriores (a execução disso é exemplo significativo [artigo 924 CPC]). Os obstáculos que sobrevieram da imposição do regime fechado de recorribilidade das decisões agraváveis foram sintetizados por Teresa Wambier e Nelson Nery Junior: “[...] ao não permitir o reexame imediato da decisão impugnada, o sistema estaria a conviver com o risco de que, em sede de apelação, seja decretada a nulidade do feito com maior frequência, atrasando a marcha processual e postergando a solução do litígio levado a juízo. Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica ‘as restrições à recorribilidade das interlocutórias privilegiam, de seu lado, a necessidade de celeridade processual. Mas o perigo de existirem invalidades processuais que possam levar muito tempo para serem reconhecidas (em grau de apelação, por exemplo) traz consigo o risco de se tornarem inúteis diversos atos processuais (especialmente de instrução)’” (NERY JUNIOR; WAMBIER, 2005, p. 171).

Os problemas de ordem prática da pura e simples admissão do rol de situações previstas no multicitado artigo 1.015 e seus parágrafos apontam para o necessário uso da ação de mandado de segurança em situações que o agravo de instrumento resolveria. Seria a hipótese do remédio constitucional de mandado de segurança como sucedâneo recursal, o que é desde sempre criticável. Afinal, valer-se de uma ação constitucional em substituição a recurso manifesta-se atentatório à efetividade do processo. Ainda assim, muitos doutrinadores continuaram reconhecendo taxativo o rol do artigo 1.015, sinalizando, todavia, para outro tipo de solução. É o que se vê na doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves: “E mesmo partindo-se da premissa de que a limitação de recorribilidade das decisões interlocutórias por agravo de instrumento se justifica, o legislador deveria ter criado um rol legal exauriente de não cabimento do recurso. Pela técnica legislativa empregada, há um rol legal de cabimento do agravo de instrumento sem

se ter certeza se era mesmo esse o objetivo do legislador. Teria sido muito mais adequado se tivesse discriminado de forma pontual o não cabimento do agravo de instrumento em vez de prever seu cabimento” (NEVES, 2017, p. 1660).

O que se percebe e se adota como conclusão antecipada desde logo é que o modelo recursal adotado não foi capaz de conferir a aclamada celeridade processual.

#### **4. AS CORRENTES MAJORITÁRIAS DE INTERPRETAÇÃO DO ROL DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Subsiste na doutrina, basicamente, três teorias centrais que investigam a natureza do rol de decisões agraváveis. É discussão que se iniciou, inclusive, antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, buscando compreender as consequências práticas que adviriam dessa mudança de paradigma.

A primeira corrente cunhou entendimento doutrinário, ainda que minoritário, no sentido de que o rol seria por natureza exemplificativo. Assim, os incisos do aludido artigo descreveriam exemplos de situações de cabimento do recurso, admitindo-se outras hipóteses além das ali previstas.

Os defensores dessa corrente consideram que o referido rol seria de taxatividade fraca, conquanto incontestável sua incompletude. Afinal, nenhuma lei deve ter a pretensão de ser um “contempla tudo”. A teoria está bem alinhada com o princípio da instrumentalidade do processo, admitindo-se a recorribilidade das interlocutórias para além das hipóteses enumeradas na lei processual civil, sobrelevando celeridade e eficiência do curso processual.

Entretanto, promover uma interpretação mais ampla poderia significar o enfraquecimento do esforço legislativo empregado para tratar da questão da recorribilidade. Rejeitar a literalidade da lei vigente levaria a cenário caótico, de anomia no tratamento legislativo.

A segunda corrente doutrinária, e também aquela mais difundida até que julgado o Recurso Especial nº 1.696.396/MT pelo Superior Tribunal de Justiça, entendia que o rol do artigo 1.015 seria puramente taxativo, de forma a afastar qualquer interpretação analógica ou extensiva, seguindo perspectiva de obediência à decisão política do legislador, submetida a interpretação *ipsis litteris*, e nada mais.

Essa corrente sustentou parâmetros alinhados com a segurança jurídica do processo, não se admitindo insurgir contra aquilo que elaborado e decidido democraticamente. Segundo essa corrente, para se impugnar as decisões que não elencadas no referido rol só existiriam dois caminhos: a arguição do direito como preliminar de apelação ou a sua impugnação pela via do mandando de segurança. Os pilares dessa interpretação, desde logo, expõe sua inconveniência.

Uma terceira corrente teve sua expressividade revelada no Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do referido Recurso Especial nº 1.679.909, ao conferir interpretação extensiva ao inciso III do artigo 1.015. É o que percebeu a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves: “(...) a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização de um raciocínio analógico para tornar recorível por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente previstas no rol legal. Desde que se mantenha a razão de ser das previsões legais, sem generalizações indevidas, para ser uma boa solução” (NEVES, 2016, p. 1561). Tal tese também acabou demonstrando alguma fragilidade quanto à capacidade de se conferir segurança jurídica ao modelo recursal. A interpretação extensiva contraria com elevado grau de subjetividade dos julgadores, de modo que os recursos ora poderiam ser admitidos, ora inadmitidos, a depender de circunstâncias casuais.

O aceso e produtivo debate estabelecido em relação a essas três doutrinas acabou se transformando num desafio para a jurisprudência. O Superior Tribunal de Justiça houve por afetar os Recursos Especiais nº 1.696.396/MT e nº 1.704.520/MT ao rito dos recursos especiais repetitivos, em conformidade com o artigo 1.036<sup>4</sup> do Código de Processo Civil de 2015, resultando no julgamento do Tema nº 988.

---

<sup>4</sup> “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

## 5. O JULGAMENTO DO TEMA Nº 988 NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Embora o legislador ao promover as alterações no Código de Processo Civil de 2015 tenha tido o nítido objetivo de conferir maior celeridade ao sistema recursal, acabou por abrir espaço para investidas recursais, em razão da enumeração visivelmente insuficiente concedida às hipóteses legais previstas no artigo 1.015. Tantos foram os recursos manifestados enfrentando aquela limitação recursal que o Superior Tribunal de Justiça se viu compelido a se posicionar a respeito da natureza jurídica do rol de decisões agraváveis, fazendo-o no julgamento dos Recursos Especiais já aqui apontados.

Assim é que, em data de 05 de dezembro de 2018, sua Corte Especial, em julgamento deveras acirrado, com sete votos a favor e cinco contra, no Tema Repetitivo nº 988 enfrentou o rol de temas agraváveis do multireferido artigo 1.015. Contrapondo-se às três teorias por aqui já analisadas, constituiu-se uma quarta corrente: a da taxatividade mitigada. Foi relatora a Ministra Nancy Andri ghi.

Neste julgamento admitiu-se a existência de situações e matérias urgentes e relevantes e que não se encontravam descritas no rol do referido artigo. Pode-se afirmar que a doutrina da taxatividade mitigada é a que tem a chancela do Tribunal Superior em decisão apertada embora. Àquele tribunal cabe, afinal, a tarefa constitucional de uniformização da jurisprudência.

O Tribunal Superior enfrentando as teses examinadas, perpassando o que seria a taxatividade pura e interpretação extensiva ou analógica, adotou o método interpretativo da ponderação dentre outras. Que se

---

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.”

fará ouvir as palavras da relatora Nancy Andrichi: “A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação – possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas seriam suficientes para abarcar todas as situações” (BRASIL, 2018).

Em suma, a relatora, sem desconhecer as três principais teses quanto ao entendimento da abrangência daquela recorribilidade, adotou posicionamento diverso, atraindo para o dispositivo analisado uma espécie de taxatividade mitigada, autorizando-se a interposição do recurso de agravo de instrumento em hipóteses que não de previsão legal expressa, mas desde que presente matéria urgente e relevante que possa ou que pudesse interferir na caminhada do processo. Pondera-se com o argumento da urgência em relação aos demais. Segundo a relatora: “Como se percebe, o entendimento aqui exposto pretende, inicialmente, afastar a taxatividade decorrente da interpretação restritiva do rol previsto no art. 1.015 do CPC, porque é incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição” (BRASIL, 2018).

No tocante à corrente que entende exemplificativo o rol do artigo 1.015, a tese, pelo menos nominalmente, não foi acolhida naquele histórico julgado. O argumento a esta parte adotado é o de que o legislador terá feito opção clara de restringir hipóteses recursais, apontando, portanto, situações que próprias em *numerus clausus*. A decisão, por óbvio, recebeu dos doutrinadores aplausos e elogios. Quanto à interpretação extensiva contém o relatório de Nancy Andrichi que: “De igual modo, deve ser afastada a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, pois, além de não haver parâmetro minimamente seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra, o uso dessas técnicas hermenêuticas também não será suficiente para abarcar todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato – o exemplo do indeferimento do segredo de justiça é a prova cabal desse fato” (BRASIL, 2018).

Analisando ainda o voto do Julgado 988, a própria relatora elencou questões relevantes, e dentre elas (i) a possibilidade de valer-se ou não

do mandado de segurança como um substituto recursal quando necessário for impugnar decisão interlocutória não prevista no rol do artigo 1.015; (ii) a preclusão ou não das decisões no caso de interposição de agravo de instrumento impugnando hipótese não prevista no rol; e (iii) a imposição de modulação temporal de efeitos da decisão final quando do julgamento do Tema nº 988.

Sobre o mandado de segurança foi firmado entendimento no sentido de que sua impetração deve ser restrita. Ou seja, o manejo do mandado de segurança como sucedâneo recursal ficaria condicionado apenas às situações previstas no artigo 5º da Lei nº 12.016/2209.

No que se refere à questão da preclusão, a relatora ofereceu atenuante, argumentando que o agravo de instrumento deve ser utilizado para impugnar situações não previstas no rol do artigo 1.015, ficando o Tribunal com o encargo de sua apreciação, devendo a matéria, quando for o caso, ser renovada em sede de preliminar de apelação.

Quanto à modulação temporal dos efeitos do julgamento do repetitivo inicialmente restou definido que a tese da taxatividade mitigada seria aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação daquele acórdão, tudo em conformidade com o artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Este ponto, todavia, veio a ser modificado quando, em data de 5 de setembro de 2019, a Quarta Turma do mesmo Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial nº 1.472.656/SP mudou o entendimento, reconhecendo que os agravos de instrumentos que interpostos antes do julgamento do Tema Repetitivo nº 988 também seriam reconhecidos caso pautados no requisito da urgência. Pacificadas ficaram a questões.

Em termos gerais, vale ressaltar que uma das funções marcantes do Código de Processo Civil de 2015 está na valorização da uniformização da jurisprudência, que necessita ser prestigiada com a devida observância dos precedentes consagrados pelos Tribunais, sendo essa lógica amparada em seus artigos 926<sup>5</sup> e 927, inciso III<sup>6</sup>. Logo, vê-se

<sup>5</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

que o sistema de precedentes estimulado no aludido Código parte do pressuposto de que as decisões oriundas de certos julgamentos porque orientadores, terão efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário. Esta é exatamente a hipótese do julgamento do Tema Repetitivo nº 988, que de acordo com o artigo 1.039 do aludido Código: “decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada”. Ou seja, as teses firmadas no âmbito dos Recursos Especiais Repetitivos têm efeito vinculante.

## **6. A TESE DA TAXATIVIDADE MITIGADA: UMA SOLUÇÃO ADEQUADA**

A taxatividade mitigada não passou incólume a críticas. Imperioso descortinar importantes questões dentre as quais a definição conceitual de urgência, os requisitos a serem verificados para sua comprovação, qual o rumo a ser dado ao tema da preclusão nos casos de reabertura tardia de pontos que, decididos não tivessem sido objeto de oportuno agravo de instrumento. O Superior Tribunal não se pronunciou claramente ainda sobre esses pontos, mas como se vê, o tema foi, no aludido julgado, debatido à exaustão. Segundo a ministra Maria Thereza de Assis Moura, com seu voto divergente: “A tese proposta, de que caberá agravo de instrumento quando houver urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, a meu ver, trará mais problemas que soluções, porque certamente surgirão incontáveis controvérsias sobre a interpretação dada no caso concreto. Vem-me desde logo a dúvida: como se fará a análise da urgência? Caberá a cada julgador fixar, de modo subjetivo, o que será urgência no caso concreto? Se for assim, qual a razão, então, de ser da atuação do STJ na fixação da tese, que em princípio, deve servir para todos os casos indistintamente?” (BRASIL, 2018).

E prosseguiu: “Apesar de compreender todo o empenho em buscar conferir efetividade à prestação jurisdicional, a fixação de uma tese tão aberta, que dependa da avaliação subjetiva de cada magistrado, parece-me deveras perigosa. Ademais, frustra a pretensão de pacificar e uniformizar a aplicação do direito federal pela sistemática do recurso representativo

---

<sup>6</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (...)”.

da controvérsia, porque deixará a análise sobre o cabimento ou não do agravo para cada caso concreto, neutralizando, assim, a ideia posta na lei processual vigente, ao tratar do recurso repetitivo” (BRASIL, 2018).

A despeito, manifestou-se Og Fernandes: “Se o tribunal puder decidir dessa forma, a tese proposta pela Relatora surtirá um efeito perverso, como bem aventado no voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura, qual seja ‘a de que os advogados tenham, a partir de agora, de interpor, sempre, agravo de instrumento de todas as interlocutórias, a pretexto de que se trata de situação urgente, agora sim sob pena de preclusão (que foi tratada de forma diferente na lei processual em vigor). E, cada tribunal decidirá conforme sua convicção’. Ou seja, o repetitivo não cumprirá sua função paradigmática” (BRASIL, 2018).

Como visto, os votos divergentes suscitaram polêmica em torno do requisito da urgência, cuja correta compreensão só pode ser extraída se considerado que todo processo é uno e tem sua singularidade. É importante ter em mente que o conceito de urgência é sempre impreciso, podendo compreender diversas interpretações, e nunca será de outra forma porque urgência é circunstancial, ela só se identifica no caso concreto. Para boa compreensão da afirmativa é preciso chamar a atenção para uma realidade que a advocacia bem conhece e bem exercita. Se é difícil conceituar, para o processo, o que seja urgente sua percepção é naturalmente intuitiva e é sempre grave.

A despeito da suposta subjetividade que se está a enfrentar quando da observação do referido requisito, não se perca de vista que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não está ripristinando modelo do Código de Processo Civil de 1973, como alguns críticos vêm defendendo. As hipóteses de cabimento do agravo de instrumento na sistemática do Código anterior levaram em consideração o critério da urgência sob dois prismas: aquela decorrente da inutilidade da tutela jurisdicional em face da morosidade processual e aquela atrelada ao direito material, isto é uma realidade posta.

O novo precedente vinculado pelo Superior Tribunal de Justiça refere-se ao *periculum in mora* oriundo, exclusivamente, da demora em se analisar a impugnação de decisão incidental, ponto nodal que, inclusive, orientou a própria atuação da Corte enquanto detentora da competência para harmonizar a jurisprudência. De acordo ainda com o voto da relatora Nancy Andrichi: “Do estudo da história do direito processual brasileiro e de como questão é tratada no direito comparado,

pode-se afirmar, com segurança, que a urgência que justifica o manejo imediato de uma impugnação em face de questão incidente está fundamentalmente assentada na inutilidade do julgamento diferido se a impugnação for ofertada apenas conjuntamente ao recurso contra o mérito, ao final do processo” (BRASIL, 2018).

É bem verdade que no julgamento do Tema nº 988 a Corte Superior de Justiça sobrelevou o requisito da urgência para validar a tese da taxatividade mitigada. Esse não deve ser, todavia, o único critério a ser averiguado, destacando-se os princípios da adequação e da instrumentalidade do processo, viabilizando-se a mitigação da taxatividade conferida ao artigo 1.015.

Constitucionalmente, registre-se, não se justificaria quaisquer limitações legais impostas à concessão de tutelas de urgência. A interpretação da legislação processual deve ser feita em consonância com o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Mais do que uma possibilidade é um dever do julgador buscar meios para garantir essa efetividade da tutela.

No julgamento o Superior Tribunal de Justiça, acertadamente, admitiu que sejam imediatamente recorríveis as decisões interlocutórias cuja análise postergada para julgamento definitivo do processo impedirá a concessão da tutela adequada. Uma vez mais, as palavras da relatora Nancy Andrichi: “Em conformidade com a mais contemporânea concepção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, embora inicialmente concebido como o mero exercício do direito de ação, passou a incorporar também o direito à tutela jurisdicional e de efetivo acesso à justiça, de modo a “alcançar também a plena atuação das faculdades oriundas do processo e a obtenção de uma decisão aderente ao direito material, desde que utilizada a forma adequada para obtê-la” (BRASIL, 2018).

É fato que o interesse recursal terá sido previamente avaliado no momento em que o legislador definiu as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. A opção legislativa, portanto, há de ser respeitada. Vê-se que o método da ponderação foi muito bem adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, alcançando-se com a mitigação, solução que se situa entre os extremos de duas teorias sem, entretanto, excluí-las (rol taxativo e rol exemplificativo). Ao mesmo tempo, preserva-se a segurança jurídica por obstar as decisões fundadas apenas em técnicas interpretativas.

Por fim, o que ainda não se ouviu nem da doutrina e nem da jurisprudência está em que é grave (e plausível, elogiável) a responsabilidade que restou transferida para a advocacia. Afinal é ao patrono do processo

(e da tese posta) a responsabilidade de decidir e fundamentar o pedido formulado em recuso de agravo de instrumento cuja hipótese esteja excluída da lista do artigo 1.015 e que represente uma situação mitigável.

## 7. CONCLUSÕES

A finalidade a que se propôs este trabalho compreendeu-se no alcance da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Tema nº 988, criando-se a taxatividade mitigada no que concerne a possível abertura do rol de decisões recorríveis de imediato, disposto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

Se, inicialmente, a taxatividade foi celebrada como resposta ao irrestrito regime que vicejou com o Código Processual Civil de 1973, por outro lado, a tese acabou fortemente criticada devido a incompletude do rol do artigo 1.015. A irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias, da forma como prestigiada no sistema do atual Código de Processo Civil acarretou utilização desmedida de mandado de segurança formando-se jurisprudência dissonante.

A solução veio com o julgamento do Tema (repetitivo) nº 988, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça com a mitigação da taxatividade como um meio termo para solucionar controvérsias provenientes do novo paradigma de recorribilidade. A tese satisfez duas questões centrais: admitiu ser inconveniente o manejo irrestrito do mandado de segurança e concedeu o manejo de agravo de instrumento em situações não previstas o rol do multicitado artigo 1.015.

Pode-se concluir que a decisão da Corte Superior de Justiça de mitigar o rol de decisões agraváveis sobreveio da conjugação do prejuízo decorrente do julgamento diferido, combinado com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGNER, Marcelo. *STJ e ativismo judicial*. Correio Braziliense, Brasília, n. 20.396, 25 mar. 2019. Direito e Justiça. p. 1.
- BATISTA, Sílvio de Sá. *Má-fé e Boa-fé na processualidade democrática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte especial). Recurso especial 1696396/MT. Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do cpc/2015. Impugnação imediata de decisões interlocutórias não previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Possibilidade. Taxatividade mitigada. Excepcionalidade da impugnação fora das hipóteses previstas em lei. Requisitos. Recorrente: Ivone da Silva. Recorrido: Alberto Zuzzi. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 dez. 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num\\_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731780&num_registro=201702262874&data=20181219&formato=PDF). Acesso em: 5 nov. 2019.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CARDOSO, Oscar Valente. *A Oralidade (e a Escrita) no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, Porto Alegre, v. 8, n. 1, 2013, p. 247-279. Disponível em: <[seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/35687/29870](http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/35687/29870)>. Acesso em: 28 fev. 2020.

FREITAS, Helena Patrícia; MORATO, Luciana Cecília. *Ativismo judicial e agravo de instrumento: mitigação da taxatividade das hipóteses de cabimento em contraposição ao princípio de reserva legal*. In: Congresso Nacional do Conpedi, 28, 2019, Belém, Pará. Anais [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 98-115.

FUX, Luiz. *Novo Código de Processo Civil Temático*. São Paulo: Mackenzie, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Vol. 8, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Natureza da decisão que resolve a primeira fase da ação de exigir contas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 14, p. 29-44, 2017. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_27663677\\_NATUREZA\\_DA\\_DECISAO\\_QUE\\_RESOLVE\\_A\\_PRIMEIRA\\_FASE\\_DA\\_ACAO\\_DE\\_EXIGIR\\_CONTAS.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_27663677_NATUREZA_DA_DECISAO_QUE_RESOLVE_A_PRIMEIRA_FASE_DA_ACAO_DE_EXIGIR_CONTAS.aspx). Acesso em: 28 fev. 2018.

SOUSA, José Franklin de. *Agravo de instrumento e agravo interno*. Clube de Autores, 2018.

STRECK, Lenio Luis; SOUSA, Diego Crevelin de. No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem? *Revista Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>. Acesso em: 27 fev. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



# CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM E O *FULL DISCLOSURE*: POSSÍVEL COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E SUA MITIGAÇÃO FRENTE ÀS COMPANHIAS ABERTAS NO MERCADO DE CAPITAIS

Ana Carolina Soares Bahia

**Resumo:** Este artigo tem por finalidade trazer a debate a aparente dicotomia existente entre o princípio da confidencialidade de que se reveste o procedimento arbitral, e o princípio do *full disclosure*, inerente às sociedades por ações. Para tanto, são analisadas as conceituações dos referidos institutos, à luz da doutrina e da própria legislação, traçados paralelos entre ambos os preceitos, bem como apontadas possíveis colisões entre estes princípios. A questão posta busca alimentar o debate a respeito da existência ou não, da preponderância do direito de informação do acionista sobre sigilo arbitral (ou da confidencialidade arbitral frente à este mesmo direito de informação), bem como da possibilidade de mitigação de ambos os princípios frente a casos concretos.

Palavras-chave: Arbitragem. Confidencialidade. *Full Disclosure* (o dever de informar). Mercado de Capitais. Companhia Aberta.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Confidencialidade na Arbitragem. 2.1. Confidencialidade x Privacidade na Arbitragem. 2.2. Análise Normativa. 3. O *full disclosure* nas Companhias Abertas. 3.1. Conceito. 3.2. Valoração Jurídica. 3.2.1. Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76). 3.2.2. Instrução Normativa nº 358/02, da Comissão de Valores Mobiliários. 4. *Full Disclosure* x Confidencialidade. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Em que pese o fato de a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) não mencionar expressamente em seu texto que todo procedimento arbitral existente no Brasil reveste-se de confidencialidade, a atribuição de sigilo à Arbitragem é amplamente invocada pelas partes quando da eleição da via arbitral para dirimir os conflitos que possam surgir no desenvolvimento de suas relações negociais.

É que a possibilidade de atribuição de confidencialidade a determinado procedimento arbitral é considerada, inclusive, como uma das vantagens para eleição desse método de resolução de controvérsias, uma vez que mantém longe do domínio público informações atinentes aos ativos intangíveis das empresas, os quais, se revelados ao mercado, podem gerar uma série de prejuízos às partes em litígio.

Por outro lado, a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) é inequívoca ao estatuir que as companhias que negociam seus títulos mobiliários no mercado de capitais são regidas pelo princípio do *full disclosure*, e pelo consequente dever de informar do administrador das referidas sociedades, a respeito da superveniência de qualquer fato relevante que possa, mesmo que potencialmente, influir na decisão dos acionistas (ou investidores) em realizar negócios com determinada companhia.

Neste sentido, a Instrução Normativa nº 358/02 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) determina que, dentre o rol exemplificativo de fatos relevantes que devem ser divulgados ao mercado, destacam-se aqueles atinentes aos procedimentos arbitrais.

É a partir dessas premissas que surge a problemática sobre a existência de colisão entre os princípios da confidencialidade e do *full disclosure*, quando uma sociedade anônima de capital aberto torna-se parte em procedimento arbitral.

O presente artigo busca analisar esta questão, a partir da proposição das regras de ponderação de princípios, de forma a contribuir para a elucidação acerca da possibilidade de mitigação desses preceitos frente a um caso concreto.

## 2. CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM

### 2.1 Confidencialidade x Privacidade na Arbitragem

Para que seja possível traçar um panorama do sigilo de que se reveste o procedimento arbitral, sobretudo à luz do ordenamento jurídico

brasileiro, fundamental que se faça, primeiramente, a distinção conceitual entre confidencialidade e privacidade na Arbitragem, institutos que, em que pesem guardarem algum grau de similitude, não se confundem.

Neste passo, tem-se que a privacidade das partes pode ser interpretada, em última instância, como direito fundamental que constitui a própria razão de eleição da via arbitral. É que o que imprime vantagem a este procedimento, se comparado às outras vias de resolução de controvérsias, é justamente o seu *status* de jurisdição privada, o que por si só impediria que terceiros, estranhos à arbitragem, dela participem<sup>1</sup>.

É dizer, a condução do procedimento e os atos praticados no curso de uma Arbitragem ficam restritos às pessoas que a integram, sejam estas as partes propriamente ditas, árbitros ou peritos, em verdadeira contraposição ao caráter público<sup>2</sup> que, como regra, reveste os processos que tramitam perante o Poder Judiciário.

Entender a privacidade como inerente ao procedimento arbitral, mesmo que tal princípio comporte exceções à luz de caso concreto, vez que não é absoluto, é essencial para que se compreenda o que a doutrina entende como confidencialidade da Arbitragem, a partir da percepção de que, embora o sigilo arbitral seja decorrente da natureza privada do procedimento<sup>3</sup>, entre referidos conceitos existe diferença etimológica e prática.

Para Ana Tereza Basílio e Thiago Lins (2016, p. 158), “a confidencialidade (...) consiste na característica sigilosa atribuída a determinada informação, que, pelas suas peculiaridades, não poderá ser divulgada, em razão de disposição legal ou contratual”.

Aqui, tem-se que a natureza privada da Arbitragem pode influir, ou não, na decisão das próprias partes de atribuírem ao procedimento o caráter confidencial. Isto porque, conquanto a privacidade resume-se na própria razão de ser da via arbitral, o sigilo é dever imposto àqueles

<sup>1</sup> CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, v. 1, 2014, p. 65.

<sup>2</sup> O princípio da publicidade é estatuído no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, que dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>3</sup> Explica Adriana Braghetta que “a confidencialidade é uma decorrência natural de a arbitragem ser um processo privado de solução de disputas” (BRAGHETTA, Adriana. Notas sobre a confidencialidade na arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 33, n. 119, 2013, p. 7).

que dela participem, decorrente de estipulação em contrato ou compromisso firmado entre as partes, ou no regulamento da Câmara a que submetida determinada Arbitragem.

Sendo assim, a confidencialidade constitui-se como verdadeiro mecanismo de controle de todas as informações juridicamente relevantes e que circundam o procedimento, ou dos atos praticados no curso deste.

Isto não significa dizer que, em não havendo expressa previsão do sigilo de determinado procedimento, estariam as partes livres para divulgar quaisquer documentos, decisões ou informações constantes no litígio o qual estão envolvidas.

A pedra de toque para que se determine a existência, ou não, do desejo de se manter em sigilo qualquer informação que ressaia de determinada Arbitragem é justamente a boa-fé contratual<sup>4-5-6</sup>, que funciona como verdadeiro parâmetro interpretativo para que se extraia o dever de sigilo das partes nos casos em que estas não o tenham convencionado por escrito.

É que a autonomia da vontade das partes também é manifestação própria da eleição da via arbitral como mecanismo de solução de controvérsias. Não por acaso, as cláusulas compromissórias arbitrais são inseridas nos contratos, na medida em que “ao escolherem a arbitragem como meio extrajudicial de controvérsias, as partes identificam no instituto determinadas características próprias que, a seu ver, vão ao encontro de suas pretensões” (PINTO, 2005, p. 32).

---

<sup>4</sup> “Art. 422 (Código Civil). Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>5</sup> Comentando acerca do instituto da boa-fé objetiva, Flávio Tartuce ensina que “Tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v. 3: *teoria geral dos contratos e contratos em espécie*; 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 125).

<sup>6</sup> Para Clóvis do Couto e Silva, a boa-fé objetiva constitui-se de padrões éticos de comportamento, e exatamente por isso leciona que “deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 113).

Sendo assim, a boa-fé objetiva exerce aqui importante papel na identificação dos motivos que levam os contratantes a escolherem a Arbitragem como forma de equacionar os conflitos que ressaíam de determinada relação contratual.

Logo, a partir de uma ponderação de valores, que tem como bússola o princípio da boa-fé, é que se poderá concluir se as partes, ao inserirem cláusula compromissória em determinado contrato, o terão feito com vistas a manter a confidencialidade de seus negócios, mesmo diante da instauração de um litígio.

Sendo assim, é sob o manto da boa-fé objetiva que reside o instituto do sigilo arbitral. O dever de confidencialidade a que se comprometem as partes envolvidas na disputa impede que o conteúdo de importantes documentos, bem como de decisões proferidas pelo Tribunal Arbitral sejam submetidas ao exame do público. Este público, em primeira análise, não é dotado de interesse legítimo em ter acesso a qualquer desdobramento advindo da pretensão resistida das partes, e que fora submetida à Arbitragem<sup>7-8</sup>.

Aqui, importante dar relevo ao fato de que a confidencialidade do procedimento arbitral configura-se como um grande atrativo pela escolha deste método de resolução de conflitos, por constituir mecanismo de proteção das informações estratégicas que permeiam o ambiente econômico das companhias e seus segredos industriais, do seu valor de mercado e, sobretudo, do desenvolvimento de seu próprio fim social<sup>9-10</sup>. Neste sentido, José Emílio Nunes Pinto ensina que: “A confidencialidade é uma expectativa das partes ao elegerem a via ar-

<sup>7</sup> “Terceiros com relação a convenção de arbitragem não titularizam, ao menos em princípio, posições jurídicas ativas que lhes permitam intervir ou praticar outros atos processuais, não estando, por outro lado, sujeito à jurisdição dos árbitros” (COSTA, Guilherme Recena. Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, n. 48, 2016).

<sup>8</sup> Guilherme Recena Costa, ainda dissertando a respeito das razões pelas quais as partes escolhem submeter os seus conflitos à Arbitragem, cita precedente datado de 1880: “Russel v. Russel [1880] LR 14 Ch D 471 (‘As a rule, persons enter into these contracts with the express view of keeping their quarrels from the public eyes, and of avoiding that discussion in public, which most be a painful one, and which might be na injury even to the successful party to the litigation, and most surely would be to the unsuccessful’)”.

<sup>9</sup> E. Gaillard & J. Savage, 1999, *apud* COSTA, Guilherme Recena, 2016.

<sup>10</sup> BRAGHETTA, Adriana. Notas sobre a confidencialidade na arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 33, n. 119, 2013, p. 8.

bitral para a solução de suas controvérsias. Ao buscarem um caminho que possa assegurar a confidencialidade, as partes estimam que, para a condução de seus negócios e operações e continuidade da sua relação negocial, o conhecimento por parte do público da mera existência da controvérsia ou de dados e informações que sejam trazidas à discussão será detrimental, podendo, inclusive, causar danos a seus interesses e patrimônio” (PINTO, 2005, p. 33).

Logo, mais do que proteger os ativos intangíveis de uma companhia, identificados como bens e direitos incorpóreos de determinada sociedade, o sigilo arbitral também possibilita a preservação das relações negociais existente entre as partes, na medida em que não se permite a ocorrência da quebra de expectativa de terceiros em relação ao desempenho de determinadas parcerias estabelecidas entre duas (ou mais) sociedades<sup>11</sup>.

Feita esta primeira conceituação a respeito da confidencialidade na arbitragem, bem como delineado o panorama existente entre o sigilo arbitral e a sua privacidade, necessário, então, adentrar na análise normativa da confidencialidade, afim de que se entenda a qualificação jurídica do sigilo arbitral.

## 2.2 Análise normativa

A análise normativa da confidencialidade da Arbitragem no Direito brasileiro ganha espaço na medida em que, não obstante o fato da maioria dos participantes de um procedimento arbitral considerarem a confidencialidade como um elemento muito importante desse método de solução de disputas, muitos ainda acreditam que a Arbitragem é sigilosa mesmo quando não haja cláusula específica para este fim nas convenções de arbitragem ou no regulamento da Câmara na qual tramita o procedimento<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Neste sentido, explica José Emílio Nunes Pinto que “A confidencialidade visa permitir que quaisquer controvérsias sejam dirimidas de forma amigável sem que a existência daquelas possa afetar a continuidade das relações contratuais, nem que sejam essas controvérsias entendidas pelos terceiros como ruptura das relações contratuais”, bem como que “casos haverá em que a simples ciência de existir uma controvérsia poderá afetar direitos associados a essa relação que se tornou litigiosa, tais como a expectativa de desempenho das companhias e de seus negócios, sem mencionar a sua relativa posição concorrencial” (PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, 2005, p. 26 e 27).

<sup>12</sup> Uma pesquisa realizada pela Queen Mary University of London, em 2010, indicou que 68% dos entrevistados têm maior preferência por cláusulas arbitrais

Consoante exposto, a confidencialidade da arbitragem decorre, precipuamente, de estipulação entre as partes, através de contrato ou compromisso arbitral, bem como por determinação de regulamento da Câmara perante a qual o procedimento é instituído.

Não é de previsão legal no Brasil que o sigilo será observado em toda e qualquer Arbitragem. O tema da confidencialidade do procedimento foi tratado, em um primeiro momento, no capítulo da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) destinado a regular os deveres dos árbitros. Da análise do artigo 13, § 6<sup>o</sup><sup>13</sup> da referida Lei, é possível concluir que é dever do árbitro atuar com discrição, guardando a confidencialidade das informações e documentos a que tiver acesso em razão de sua atuação em determinada Arbitragem.

Posteriormente, a Lei de Arbitragem, com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.129/15, ainda que não tenha regulado a matéria em sua completude, estatuiu que o sigilo do procedimento arbitral deve ser observado nos casos em que as partes assim o convencionarem, ou quando decorrente do corolário da boa-fé contratual. Esta inferência legal resulta clara da leitura do artigo 22-C, parágrafo único, da mencionada Lei: “Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem” (BRASIL, 1996).

Neste sentido, pode-se concluir que a própria lei destinada a regular a matéria entende não serem todos os procedimentos arbitrais

---

que preveem a confidencialidade de possível procedimento arbitral. Da mesma forma, 62% dos entrevistados considera o sigilo do procedimento arbitral como algo muito importante. Ocorre que apenas 50% das pessoas que responderam à pesquisa entendiam que a confidencialidade não é algo inerente ao procedimento arbitral. Referida pesquisa foi baseada em respostas a 136 questionários, com dados qualitativos extraídos de 67 entrevistas adicionais (*2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*: disponível em <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/>).

<sup>13</sup> “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

(...)

§ 6<sup>o</sup> No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

revestidos de confidencialidade, sendo certo que o sigilo, em todo caso, decorre de estipulação das partes.

Este é também o entendimento de Thiago Dias Delfino Cabral (2018, p. 47), que ao dissertar a respeito da confidencialidade da Arbitragem à luz do artigo 22-C da Lei nº 9.307/96, afirma que “a melhor interpretação desse artigo fortalece o posicionamento de que a confidencialidade não é uma característica inata à arbitragem”. Referido autor promove, inclusive, paralelo entre a Lei de Arbitragem e o Código de Processo Civil, pelo que depreende que o legislador brasileiro também manifestou a sua intenção de afastar a indissociabilidade do sigilo a todo e qualquer procedimento arbitral através da hermenêutica do artigo 189, inciso IV<sup>14</sup> da Legislação Processual Civil. Para o autor: “o legislador, ao utilizar a expressão ‘desde que’, impôs uma expressa condição para que o segredo de justiça abranja os processos judiciais sobre arbitragem, qual seja, que uma das partes comprove em juízo que estipularam a confidencialidade do procedimento arbitral” (CABRAL, 2018, p. 47).

Não há qualquer dificuldade para que se compreenda, então, que a legislação brasileira nega a tese de que o sigilo é intrínseco ao procedimento arbitral, na medida em que exige que a vinculação ao sigilo da Arbitragem se dê tão somente quando assim estipulado, seja através da apresentação do regulamento da Câmara, ou do termo de arbitragem, seja por meio da cláusula compromissória ou de qualquer outro documento que ateste a irrefutável intenção das partes em proteger os seus litígios sob o abrigo da confidencialidade<sup>15 16</sup>.

A partir desta mesma premissa, é que também pode ser realizado raciocínio inverso, para que se permita, em determinados casos, a mitigação ou vedação ao sigilo que encobriria o procedimento arbitral face à relevância ou à necessidade de divulgação de determinado fato.

---

<sup>14</sup> “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

(...)

IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

<sup>15</sup> FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de Direito Privado*, RT, 2012, nº 49, p. 227-285.

<sup>16</sup> FONSECA, Rodrigo Garcia da. O segredo de justiça e a arbitragem. *In*: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 399 *apud* CABRAL, Thiago Dias Delfino, 2018, p. 48.

A assertiva, como se verá adiante, torna-se relevante na medida em que em voga a discussão a respeito da possível colisão entre o sigilo arbitral e o princípio do *full disclosure* próprio das companhias abertas.

### 3. O *FULL DISCLOSURE* NAS COMPANHIAS ABERTAS

#### 3.1 Conceito

A segunda premissa a ser desenvolvida, para que se compreenda o dever de informar do administrador de Companhia Aberta a respeito de instauração e desenvolvimento de procedimento arbitral reside na análise das características e princípios inerentes às sociedades anônimas de capital aberto que negociam os seus valores mobiliários no mercado de capitais (mercado de valores mobiliários), principalmente no que se refere ao instituto do *full disclosure*.

A acepção do referido instituto, que teve sua origem histórica no Direito norte-americano, sobretudo pós-Crise de 1929, toma forma no Brasil a partir da ideia de que a transparência no mercado de capitais é regra fundamental para o seu bom funcionamento. É sob esta ótica que Rubens Requião conceitua o princípio do *full disclosure*: “A *disclosure* constitui, pois, um conjunto de regras que visam a proteger a lisura e a respeitabilidade do mercado de capitais. Não se refere propriamente à informação sobre os negócios inerentes à realização do objeto social, pois esses integram e são protegidos pelos princípios do sigilo profissional da empresa, mas diz respeito a tudo aquilo que possa influir na cotação dos valores mobiliários (ações, debêntures *etc.*) emitidos pela companhia, e que são objeto de operações do mercado” (REQUIÃO, 2003, p. 213-214).

Assim, o *full disclosure* garante a regulação das companhias e promove maior nível de confiança (i) dos investidores nas decisões acerca de um investimento; (ii) dos credores, no que se refere aos possíveis riscos de um eventual negócio; (iii) do mercado em relação ao estabelecimento de precificação das ações; além de (iv) melhorar as práticas de Governança Corporativa das próprias companhias<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> “Para os acionistas de companhias abertas, a transparência das informações financeiras reduz o risco de atuação incompetente ou desonesta dos administradores, assim como de utilização de informações privilegiadas. Ademais, permite-lhes saber quem controla ou tem participações minoritárias relevantes na companhia. Para os credores, o *disclosure* também é fundamental, uma vez que

O *disclosure* está, então, intimamente relacionado à mitigação dos riscos de se investir em determinada empresa. Quanto maior o acesso, pelo mercado, às informações de determinada sociedade anônima de capital aberto, menor o risco de se investir nela, na medida em que maior credibilidade e confiabilidade desta perante os investidores, acionistas, e credores<sup>18</sup>.

Na verdade, o *disclosure* está relacionado à transparência necessária no âmbito das boas práticas empresariais, alinhado ao conceito de Governança Corporativa: a maior transparência das companhias que negociam seus valores mobiliários tem, como consequência direta, o potencial aumento do seu valor de mercado e a melhora das suas práticas de boa gestão<sup>19</sup>.

Isto porque a boa governança é fundamental para a manutenção da reputação da companhia, na medida em que a criação de valor desta se dá através da implementação de práticas que busquem lapidar as bases sobre as quais se assentam a figura da empresa perante o mercado em

---

lhes possibilita melhor avaliar o risco de negociar com uma entidade cuja única garantia é o seu próprio patrimônio, dado o princípio da responsabilidade limitada dos sócios. Para o mercado, a informação também é essencial uma vez que o conhecimento da situação financeira da companhia permitirá a ‘precificação’ dos títulos por ela emitidos” (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. Volume II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 385-386).

<sup>18</sup> “A partir do momento em que o mercado tem acesso à realidade e às informações fidedignas de uma determinada sociedade, há uma minoração dos riscos envolvidos para se investir nela. Assim, o acesso às informações é importante para conferir credibilidade e permitir que os agentes possam fazer escolhas racionais” (WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando; SOARES DE CASTRO, Moema Augusta (Coord.); FREITAS, Bernardo Vianna; CARVALHO, Mário Tavernard Martins de (Org.). *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 108).

<sup>19</sup> O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), conceitua a Governança Corporativa como “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015, p. 20).

que atua. Neste sentido, ensina Modesto Carvalhosa<sup>20</sup> que: “o propósito da boa governança não se esgota no atendimento dos interesses dos acionistas, sobretudo, de rentabilidade. Visa, outrossim, à reputação da companhia, ou seja, à manutenção e ao contínuo aperfeiçoamento da sua imagem na comunidade econômica, financeira e social em que atua, tendo por objetivo, sempre, a criação de valor empresarial” (CARVALHOSA, 2016, p. 73-74).

Aqui, importante traçar o paralelo existente entre a Transparência e Governança Corporativa, na medida em que referido princípio configura-se como o próprio alicerce da boa governança<sup>21</sup>.

É que a transparência garante a rápida disponibilização, ao mercado, de informações de qualidade, que norteiem a manutenção e o aperfeiçoamento das bases da gestão empresarial organizacional, a partir da divulgação de qualquer fato, seja ele positivo ou negativo, capaz de influenciar a compreensão do real valor da sociedade, de forma a proteger o investidor na tomada de decisões acerca da conveniência de seu potencial investimento<sup>22-23</sup>.

Feita essa conceituação inicial a respeito do *disclosure* no âmbito das sociedades anônimas, bem como do princípio da transparência que dele deriva, necessário, então, dar valoração jurídica ao instituto, sobretudo, a partir da norma regulamentadora das sociedades anônimas (Lei nº 6.404/76), e das instruções atinentes à disciplina do mercado de capitais, sob a égide da Instrução Normativa nº 358/02.

<sup>20</sup> Para o autor, a política da boa governança deve “sempre promover a permanente transparência dos negócios da companhia, dentro de um sistema contínuo e amplo de informações ao mercado e à comunidade em que atua” (CARVALHOSA, Modesto. *Sociedades Anônimas* [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73-74).

<sup>21</sup> Segundo o IBGC, são quatro os princípios norteadores da Governança Corporativa: (i) Transparência; (ii) Equidade; (iii) Prestação de contas (*accountability*); e (iv) Responsabilidade Corporativa. Especificamente em relação à transparência, o IBGC a conceitua como o “desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização”.

<sup>22</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Sociedades Anônimas* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 90.

<sup>23</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015, p. 33-34.

## 3.2 Valoração Jurídica

### 3.2.1 Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76)

Para que fosse possível conferir vigor ao até então abstrato princípio *do full disclosure* nas Sociedades Anônimas de Capital Aberto foi necessário inserir, no corpo da Lei nº 6.404/76, responsável por incorporar regulamentação própria às S.A. no ordenamento jurídico brasileiro, mecanismos de natureza institucional que garantissem o acesso, do mercado e dos acionistas, às informações relevantes produzidas no âmbito das companhias.

E esta necessidade de instituir o princípio da transparência no Direito brasileiro está estampada, em primeiro plano, na própria exposição de motivos do legislador ordinário ao elaborar a referida Lei.

É que, justamente em razão das sociedades anônimas terem ganhado importância no cenário empresarial do Brasil, percebeu-se que o acionista foi, cada vez mais, perdendo a sua posição ativa na companhia, para tornar-se mero investidor, distante do núcleo de tomada de decisões das sociedades<sup>24</sup>.

Neste sentido, toda a exposição de motivos da Lei nº 6.404/76 é redigida tendo como pilar um único norte: estabelecer uma sistemática que oportunize ao acionista minoritário “o respeito a regras definidas e equitativas, as quais, sem imobilizar o empresário em suas iniciativas, ofereçam atrativos suficientes de segurança e rentabilidade”<sup>25</sup>.

Daí é que resta clara a importância de se fixar padrões de comportamento em defesa dos acionistas minoritários. Assim, ainda que não haja previsão expressa acerca da transparência a que se submetem os atos praticados no desenvolver do objeto social de determinada companhia aberta, a materialização do *full disclosure*, e de todas as regras a ele inerentes, foi alcançada por meio da redação dada ao artigo 157, § 4º, da Lei nº 6.404/76, que dispõe acerca do dever de informar do administrador<sup>26</sup>: “Art. 157. O administrador de companhia aberta deve

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Daniele de Lima. *Deveres e responsabilidade dos administradores das S.A.* Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2008, p. 103.

<sup>25</sup> Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda.

<sup>26</sup> Além do referido artigo, existem outros dispositivos legais, inseridos na Lei das Sociedades por Ações, que garantem ao acionista o direito de fiscalização, em sintonia com o citado dever de informar, objeto do presente artigo. Sendo assim, preceitua o artigo 109, inciso III, da Lei nº 6.404/76 que “Nem o estatuto social

declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. (...) § 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia” (BRASIL, 1976).

A análise do referido artigo faz concluir que existem dois tipos de informações que devem ser objeto de divulgação por parte do administrador: (i) àquelas atinentes às deliberações das assembleias ou órgãos de administração da companhia; e (ii) às referentes a quaisquer fatos relevantes que possam exercer algum grau de influência na negociação dos valores mobiliários da companhia no mercado.

Não é objeto do presente estudo realizar qualquer asserção acerca da importância de se divulgar o conteúdo das decisões tomadas no âmbito das deliberações das assembleias ou órgãos de administração da companhia, de modo que dispensável tecer maiores explicações sobre o tema. O que se pretende aqui, é proceder ao exame do que se entende por “fato relevante”, indispensável para que se extraia a importância de tal norma à luz da instauração de procedimento arbitral que envolva, como qualquer das partes, sociedade anônima aberta.

Em uma primeira análise do referido artigo, tem-se que a própria Lei nº 6.404/76 socorre o seu intérprete, ao apontar a premissa básica para o diagnóstico da completude do que seria “fato relevante”. O mencionado diploma legal é expresso ao considerar ‘fato relevante’ todo aquele que seja capaz de “influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia”. A partir dessa proposição, questiona-se, então, quais os acontecimentos seriam capazes de exercer influência, nos moldes postos pela lei, em um investidor do mercado.

Para Nelson Eizirik, não existira regra definida para se auferir o critério no plano da existência. O autor afirma que o fato relevante deve ser concebido a partir de um juízo de valor à luz do caso concreto, de

---

nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de (...) III – fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais”.

forma que deve-se analisar, em cada circunstância, se a divulgação (ou não) de certa decisão, acontecimento ou qualquer outro ato ou fato interno da companhia poderá ser capaz de impactar na cotação dos valores mobiliários circulantes no mercado de capitais<sup>27 28 29</sup>.

O debate foi enriquecido com a promulgação, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da Instrução Normativa nº 358/2002, responsável por regular a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas.

### 3.2.2 Instrução nº 358/02, da Comissão de Valores Mobiliários

Com vistas a regulamentar a matéria atinente aos fatos relevantes referentes às companhias abertas no mercado de capitais, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou a Instrução Normativa nº 358/02, com as posteriores alterações introduzidas pelas Instruções CVM nºs 369/02, 449/07, 547/14, 552/14, 568/15 e 590/17.

---

<sup>27</sup> Explica o autor que o exercício a ser realizado, pelo administrador, para que este conclua estar-se diante de fato relevante é a formulação de uma série de proposições, tais como “se eu fosse um investidor médio levaria em conta tal fato para comprar ou vender os valores mobiliários?” e “uma vez divulgado o fato, poderá ele ter algum impacto sobre a cotação dos papéis?”. Dessa forma, conclui que se as respostas forem afirmativas, ou se houver algum grau de dúvida quando a elas, deverá imperar o princípio da transparência e a consequente divulgação do fato ao mercado (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. Volume II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 157).

<sup>28</sup> No mesmo sentido, Valdo Cestari de Rizzo e Marcelo La Rosa de Almeida ensinam que “o critério definido pela lei é o da influência na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia”, e que “o critério preponderante é o da pertinência de um ato ou fato à decisão dos investidores de negociar suas ações”. (RIZZO, Valdo Cestari de; ALMEIDA, Marco La Rosa de. *Do Direito do Acionista à Informação em Companhias Abertas e Fechadas*. In: ADEMAK, Marcelo Vieira (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneo*. São Paulo: PC Editorial, 2011, p. 601).

<sup>29</sup> Por fim, aduz Gil Costa Carvalho que “a cotação dos valores mobiliários oscila em função de vários fatores, e há necessidade de advertir os investidores da ocorrência de certos atos e fatos, a fim de que os mesmos não venham a ter grandes prejuízos, negociando com os valores, na ignorância da ocorrência de ditos fatos” (CARVALHO, Gil Costa. *Conselho de Administração e Diretoria*. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários à lei das sociedades por ações: Lei nº 6.404 de 15.12.1976, atualizada pela Lei nº 9.457, de 05.05.1997*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 489).

Referida instrução, a exemplo do disposto na Lei de Sociedades por Ações, também é cristalina ao determinar que o método a ser utilizado para que se verifique a necessidade de divulgação de uma informação ao mercado, está na análise da conveniência do acesso a esta na decisão dos investidores em negociar ações de determinada companhia, ou de exercer quaisquer direitos inerentes aos seus valores mobiliários<sup>30</sup>.

Ocorre que, mais do que estipular conceituação acerca dos fatos relevantes que ensejariam o dever de informar do administrador das sociedades por ações, referida instrução também fornece rol exemplificativo de atos ou fatos que, potencialmente seriam de divulgação indispensável<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> O artigo 2º da Instrução Normativa nº 358/02, dispõe que “Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: I – na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados”.

<sup>31</sup> O parágrafo único do artigo 2º da Instrução Normativa nº 358/02, está assim redigido: “Observada a definição do *caput*, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes: I – assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva; II – mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas; III – celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia; IV – ingresso ou saída de sócio que mantenha, com a companhia, contrato ou colaboração operacional, financeira, tecnológica ou administrativa; V – autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro; VI – decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta; VII – incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas; VIII – transformação ou dissolução da companhia; IX – mudança na composição do patrimônio da companhia; X – mudança de critérios contábeis; XI – renegociação de dívidas; XII – aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações; XIII – alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia; XIV – desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação; XV – aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas; XVI – lucro ou prejuízo da companhia e a atribuição de proventos em dinheiro; XVII – celebração ou extinção de contrato, ou o insuces-

Da leitura do referido rol, não escapa aos olhos a percepção de que a existência de procedimento arbitral que possa, de maneira significativa, interferir na situação econômico financeira da companhia, está incluída dentre os fatos relevantes que enseja a divulgação ao mercado. Confira-se em sua parte final o inciso XXII do parágrafo único do artigo 2º da normativa: “XXII – pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, requerimento de falência ou propositura de ação judicial, de procedimento administrativo ou arbitral que possa vir a afetar a situação econômico financeira da companhia” (BRASIL, 2002).

É também a partir deste preceito que se pode notar a existência de dicotomia entre o princípio da confidencialidade inerente à Arbitragem e os princípios do *full disclosure* e do dever de informar, próprios das sociedades anônimas que negociam seus valores em bolsa, materializados tanto na Lei das Sociedades Anônimas, como na Instrução CVM nº 358/02.

Resta analisar a questão de como resolver o conflito principiológico existente entre as acepções destes dois institutos, em um caso concreto. Analisar se seria o caso de a confidencialidade ser mitigada em face ao interesse do mercado de capitais na divulgação de informações relativas a procedimentos arbitrais. De modo outro, se seria o sigilo arbitral preservado mesmo diante de procedimento que, de fato, poderia vir a afetar a situação econômica da companhia.

#### **4. FULL DISCLOSURE X CONFIDENCIALIDADE**

O problema enfrentado neste tópico diz respeito à discussão acerca da legalidade do sigilo arbitral imposto por lei, regulamento de Câmara de Arbitragem ou cláusula compromissória arbitral, frente ao preceito geral de informação do investidor de companhia aberta no mercado de capitais.

---

so na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público; XVIII – aprovação, alteração ou desistência de projeto ou atraso em sua implantação; XIX – início, retomada ou paralisação da fabricação ou comercialização de produto ou da prestação de serviço; XX – descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia; XXI – modificação de projeções divulgadas pela companhia; XXII – pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, requerimento de falência ou propositura de ação judicial, de procedimento administrativo ou arbitral que possa vir a afetar a situação econômico financeira da companhia” . .

Para que seja possível responder à formulação referente à possível colisão dos princípios da transparência e da confidencialidade em análise, é preciso que se recorra às técnicas de ponderação de princípios<sup>32</sup>, como forma de interpretar o direito e aplicá-lo à realidade na qual estes preceitos se inserem.

Nesta ordem de ideias, a utilização da mencionada técnica proporciona ao intérprete o resgate dos efeitos e consequências práticas da incidência dos referidos princípios em determinado caso concreto, de modo a concluir-se pela pertinência da mitigação de um, ou de outro, a partir de um critério de proporcionalidade<sup>33</sup>.

Para Ana Tereza Basílio e Thiago Lins (2016, p. 171), a aplicação do princípio da proporcionalidade implica na avaliação de “qual dos interesses a serem ponderados, no caso, a confidencialidade ou a publicidade, deve prevalecer”, em verdadeiro juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Desta forma e por um lado, existe o interesse do acionista em obter informações que julga serem importantes para a avaliação de seus investimentos, por outro lado existe o interesse da própria sociedade em manter reserva sobre determinadas informações atinentes a procedimento arbitral que, se publicadas, poderiam ser potencialmente prejudiciais aos interesses da companhia.

Ainda que a Lei nº 6.404/76, na qual está inserido o princípio da transparência, seja norma hierarquicamente superior aos contratos e regulamentos de câmaras arbitrais que preveem o direito das partes em

<sup>32</sup> Sobre a técnica de ponderação de princípios, explica Ana Paula Barcellos que “a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado (...) O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55).

<sup>33</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 42.

revestirem o procedimento arbitral de confidencialidade<sup>34</sup>, não parece razoável supor que existiria um direito *in abstracto* e absoluto de acesso à toda e qualquer informação relativa às sociedades anônimas abertas.

Com efeito, além de não existir princípio ou norma que deva prevalecer em relação às demais, tem-se que a mera liberalidade do acionista ou do investidor em eleger as informações da companhia às quais deseja ter acesso poderia ocasionar insegurança à própria sociedade.

Noutro norte, o sigilo arbitral em si não viola direito de acionista quanto à informação, desde que a sua obtenção desta se dê em situações específicas e em respeito aos limites fixados em lei, com vistas a zelar pela proteção de dados importantes com relação ao desempenho do objeto social da companhia.

Vale dizer, o hipotético conflito existente entre os princípios da transparência relativo às companhias abertas e o da confidencialidade na Arbitragem é, na verdade, um falso problema teórico, na medida em que é possível, e amplamente aceito pela melhor doutrina, a mitigação de um ou de outro, quando da análise de cada caso concreto.

A este respeito, Felipe Fernandes Ribeiro Maia e Janine Silva Cabral Luchesi (2018, p. 162) esclarecem que “as recomendações de transparência pelas boas práticas de governança corporativa e o dever de informação imposto pela legislação, não são conflitantes com o sigilo possibilitado pela arbitragem”. Para estes autores, “O que se extrai é que a arbitragem, prioriza as necessidades impostas pelo mercado resguardando a intimidade da sociedade, protegendo o sistema de divulgação de informações que poderiam ser levemente aproveitadas pela concorrência ou comprometendo o valor da companhia, causando insegurança desnecessária” (MAIA; LUCHESE, 2018, p. 162).

No mesmo sentido entendeu ainda a Comissão de Valores Mobiliários, através do julgamento do Processo Administrativo CVM nº RJ 2008/0713 (Reg. Col. nº 6517/2009)<sup>35</sup>, de relatoria do Diretor Otavio Yazbek. Vale a pena conferir.

---

<sup>34</sup> A pirâmide de Kelsen, expressão utilizada pela doutrina para explicar o escalonamento das normas jurídicas, disciplina que as Leis são inseridas no ordenamento com força de norma superior aos contratos, que instrumentalizam a vontade de dois particulares, e aos regulamentos. Sendo assim, quando está-se diante de um conflito de normas de hierarquias diferentes, diz-se que a norma superior prevalece sobre a norma inferior, uma vez que estas últimas retiram o seu fundamento de legitimidade daquelas primeiras.

<sup>35</sup> Trata-se de Recurso Administrativo em que o Recorrente, identificado como pequeno investidor de Companhias listadas no Mercado Novo, reclama que o sigilo

Para a CVM, existe compatibilidade entre os direitos à transparência e informação e o sigilo arbitral. A uma, porque, consoante já mencionado anteriormente, não existiria “um direito à informação *in abstracto*”, motivo pelo qual a regra do sigilo somente não poderia vigorar quando houvesse obrigação de efetuar comunicação ao mercado. A duas, porque “ignorar os limites próprios (ou intrínsecos) do regime de informações aos acionistas acaba, em última instância, levando a uma fetichização do princípio do *full disclosure*”.

Portanto, o critério a ser utilizado como balizamento há de ser o da ponderação dos interesses do acionista frente aos interesses da companhia.

De se levar em consideração em cada caso o poder de influência da informação nas decisões dos investidores sobre as negociações de ações da sociedade no mercado, sopesando-se a extensão do conteúdo a ser divulgado.

Com efeito, mesmo diante da mitigação do sigilo arbitral frente ao dever de informar (ou da mitigação do dever de informar frente ao sigilo arbitral), informações existirão que constantes de determinada Arbitragem, necessitam permanecer preservadas, na medida em que não exatamente determinantes ou úteis para que o acionista ou investidor tome suas decisões.

## 5. CONCLUSÃO

Finalizando, principalmente a partir da análise dos princípios da confidencialidade e do *full disclosure*, no contexto normativo em que se inserem, em um primeiro plano e, em seguida, quando postos em colisão frente à participação de sociedades anônimas abertas em sede de procedimento arbitral, pode-se concluir que não existe direito ou princípio a reger, de forma dominante, qualquer relação dicotômica posta em debate ou que não possa ser mitigado em face de arbitragem a envolver questões no âmbito das companhias abertas.

---

existente nos procedimentos arbitrais, representava violação do direito essencial dos acionistas de fiscalização dos negócios sociais. Requereu fosse determinado à BM&FBovespa: (i) a supressão, tanto no Regulamento quanto do Regimento acima referidos, da previsão de sigilo nas arbitragens perante a CAM; e (ii) a disponibilização de meios para obtenção de informações sobre as arbitragens em curso e já extintas, com a ressalva de que, em casos excepcionais, a requerimento das partes e em decisão fundamentada, o sigilo dos procedimentos possa ser deferido pela CVM.

A se tratar de Arbitragem envolvendo companhia com papéis negociados em bolsa, tem-se de um lado, o interesse dos acionistas ou investidores quanto ao acesso à ampla informação que possa auxiliar na sua tomada de decisões acerca de investimento e de outro lado, o interesse da própria sociedade, certamente que preservando interesses legítimos com repercussão nas demonstrações financeiras, sua reputação, sua imagem. Este há de ser o quadro.

Caberá aos próprios interessados e ao intérprete, fazendo uso do exercício da ponderação de princípios, analisar e concluir pelo sigilo, seus limites e sua mitigação frente ao *full disclosure* e dever de informar que é inerente às sociedades, protegendo, na medida mais certa possível, o valor que for maior (o bem mais relevante).

Esses cuidados protegem os administradores da companhia de possíveis imputações de responsabilidade administrativa e civil pela inobservância do dever de informar a respeito de fatos objeto de Arbitragem e que, potencialmente, influiriam nos negócios e nas decisões em relação à sua condição de companhia aberta.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Legislação

BRASIL. Lei de Arbitragem: lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília: Presidência da República, 1996.

BRASIL. Lei das Sociedades por Ações: lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasília: Presidência da República, 1976.

BRASIL. Código Civil: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil: lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Instrução Normativa CVM nº 358, de 03 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da Comissão de Valores Mobiliários, 2002.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 196, de 24 de junho de 1976. Brasília: Ministério da Fazenda, 1976.

### Jurisprudência

RIO DE JANEIRO. Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM nº RJ 2008/0713 (Reg. Col. nº 6517/2009). Recorrente: Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 09 de fevereiro de 2010.

RIO DE JANEIRO. Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo CVM nº RJ 2008/0713 (Reg. Col. nº 6517/2009). Recorrente: Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 09 de fevereiro de 2010.

## Bibliografia

BASÍLIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem; companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 49, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRAGHETTA, Adriana. Notas sobre a confidencialidade na arbitragem. *Revista do Advogado*, v. 33, n. 119, 2013.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. *A mitigação da confidencialidade na arbitragem na recuperação judicial*, in João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (Ed.). *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Kluwer Law International 2018, Volume XV. Issue 57, p. 45-66.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Sociedades Anônimas* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? *Doutrinas Essenciais de Arbitragem e Mediação*, v. 1, 2014.

COSTA, Guilherme Recena. Integração contratual, confidencialidade na arbitragem e segredo de justiça. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 13, n. 48, 2016.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*. Volume II – Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de Direito Privado*, RT, 2012, n° 49, p. 227-285.

FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luizi. *A confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites in Arbitragem*. In: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro; LUCHESI, Janine Silva Cabral. O direito à informação e o sigilo na arbitragem. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp* – ano 2015, 1 (jan./abr.2018) – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Daniele de Lima. *Deveres e responsabilidade dos administradores das S.A.* Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2008.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, 2005.

Queen Mary University of London. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/>. Acesso em: 14 out. 2018.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2.

RIZZO, Valdo Cestari de; ALMEIDA, Marco La Rosa de. *Do Direito do Acionista à Informação em Companhias Abertas e Fechadas*. In: ADEMAK, Marcelo Vieira (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneo*. São Paulo: PC Editorial, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários à lei das sociedades por ações: Lei nº 6.404 de 15.12.1976, atualizada pela Lei nº 9.457, de 05.05.1997*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

WALD, Arnaldo; GONÇALVES, Fernando; SOARES DE CASTRO, Moema Augusta (Coord.); FREITAS, Bernardo Vianna; CARVALHO, Mário Tavernard Martins de (Org.). *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

# ADVOCACIA “PRO BONO” – CONCEITO E ASPECTOS ÉTICOS<sup>1</sup>

Manuela Porto Ribeiro Silveira

**Sumário:** 1. Conceito. 2. Liberdade do Advogado e regulamentação pelo Conselho Federal. 3. Aspectos ético. 4. Sobre os honorários advocatícios. 5. Conclusão.

## 1. CONCEITO

O advogado exerce atividade indispensável à administração da justiça, razão pela qual possui a garantia de inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício da profissão (artigo 133 da Constituição Federal).

A administração da justiça pode ser depreendida em seu sentido sistêmico, na medida em que inserida no contexto do Poder Judiciário, onde o devido processo legal somente é efetivamente concretizado através da harmoniosa convivência e processualística entre advogados, magistrados, membros do Ministério Público e, também, serventuários, em um ambiente onde não há hierarquia ou subordinação, mas consideração e respeito recíprocos (artigo 6º da Lei nº 8.906/94, que “Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil [OAB]”).

A administração da justiça também pode e deve ser depreendida em seu sentido coletivo, em que todos os sujeitos envolvidos prestam serviço público e exercem função social, com o objetivo de garantir

---

<sup>1</sup> Texto publicado no livro *Advocacia e Ética, Novos temas*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2017, p. 53-64. Coord. URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão; SANTIAGO, Rogério Vieira.

a observância aos preceitos e às garantias constitucionais e legais. “A honra, a vida, a liberdade, a propriedade, os direitos, enfim, da Pessoa Humana, encontram nos advogados, o meio hábil de resguardá-los. Nas mãos dos advogados são entregues, por não terem condições de se defenderem por si mesmos, o seu patrimônio, a sua família, a sua dignidade, a sua liberdade e até a sua própria vida.”<sup>2</sup>

A função social é inerente, então, à advocacia, alcançando um patamar especial na advocacia *pro bono*.

Amparada no vocábulo em latim, para o bem, a advocacia *pro bono* representa o exercício desse *munus* público e social de forma gratuita, voluntária, com o fim de contribuir para objetivos sociais, culturais, educacionais dentre outros.

A ausência da finalidade lucrativa faz com que este aspecto da advocacia tenha por característica um tipo próprio de cliente, notadamente pessoas desprovidas de recursos para contratar advogados e/ou pessoas que desempenham funções sociais, culturais, educacionais relevantes. Contudo, a gratuidade não se trata de relevante elemento de distinção entre a advocacia gratuita e a não gratuita, embora a responsabilidade e o compromisso do advogado perante o cliente e a causa serão os mesmos.

Tem-se, então, que, embora traga consigo alta carga valorativa e principiológica, em razão do tipo, especial, de cliente e do elemento volitivo que conduz à contratação de forma gratuita – o altruísmo –, o verdadeiro elemento distintivo da advocacia *pro bono* é a gratuidade, a ausência de cobrança dos honorários advocatícios contratuais.

Em razão de suas características próprias, a advocacia *pro bono* será muitas vezes exercida por instituições criadas especialmente para este fim, visando o atendimento a um público específico e/ou por destacamentos vinculados a estabelecimentos educacionais, vinculando, assim, professores e estudantes de Direito, o que atinge, então, os objetivos da função especialmente social da advocacia *pro bono* e também o objetivo de formação educacional e prática dos estudantes<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coord. FRANÇA, R. Limongi. São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 4.

<sup>3</sup> Neste sentido a Consulta nº 2007.29.07068-01 do Conselho Federal da OAB, retratando não só a possibilidade, mas a conveniência de que as Defensorias Públicas firmem convênios para prestação suplementar da assistência jurídica gratuita àqueles que fazem jus a este direito fundamental: “Assunto: Consulta. Convênios

Mas os advogados (e sociedades de advogados) privados (em contraposição à ideia de advocacia pública) não se abstém do seu mister, devendo também contribuir e valorizar o exercício da advocacia *pro bono*.

## 2. LIBERDADE DO ADVOGADO E REGULAMENTAÇÃO PELO CONSELHO FEDERAL

A atividade da advocacia não é exercida apenas pelos advogados privados, sendo também advogados e igualmente indispensáveis à administração da justiça os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional, nos termos do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/94.

Embora todos prestem relevante serviço público, de inegável função social, o advogado privado é aquele que possui maior liberdade de prerrogativas e de atuação.

Dentro do seu espectro de atuação com liberdade, encontra-se, então, inclusive a advocacia gratuita, *pro bono*, que se coloca como mais um aspecto do exercício do *munus* público e social.

Neste sentido, uma observação à regulamentação “da advocacia *pro bono*” pelo novo Código de Ética e Disciplina da Advocacia, instituído pela Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da OAB, que entrou em vigor no dia 1º de setembro de 2016, que se revelaria, tal como posta, desnecessária.

---

de assistência judiciária. Consulente: Fernando Machado da Silva Lima OAB/PA 1697. Relator: Conselheiro Federal Elton José Assis (RO). EMENTA N. 004/2016/OEP. CONSULTA. CASO CONCRETO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE. Não se conhece da consulta voltada para caso concreto por não se amoldar à hipótese prevista no art. 85, IV do Regulamento Geral da OAB. CONSTITUCIONALIDADE. CONVÊNIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DEFENSORIAS PÚBLICAS E ESTADOS DA FEDERAÇÃO. Não há impedimento e, em tese, não afronta à Constituição Federal a celebração de convênio pelas Defensorias Públicas para a prestação suplementar da assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em acolher o voto do Relator, parte integrante deste, conhecendo, em parte, da consulta. Brasília, 23 de fevereiro de 2016. Luís Cláudio da Silva Chaves, Presidente. Elton José de Assis, Relator. (DOU, S.1, 11.03.2016, p. 266).”

A advocacia gratuita e voluntária já se encontrava pautada pelas normativas éticas e disciplinares próprias da advocacia não gratuita, da qual se diferencia apenas no que tange ao elemento relativo à cobrança ou não dos honorários advocatícios contratuais.

E tal elemento, os honorários contratuais, se encontra no âmbito da livre disponibilidade e consciência do advogado.

É prerrogativa do advogado a aceitação do cliente, sendo certo que mesmo o advogado empregado manterá, é de rigor, a sua independência profissional e isenção técnica. Logo, a cobrança ou não dos honorários advocatícios contratuais também deve ser prerrogativa única e exclusiva do advogado, dispensando-se regulamentações disciplinares.

Repita-se que a função social é inerente ao exercício da advocacia, não se vislumbrando unicamente na atividade *pro bono*, que, evidentemente louvável, não se coloca, contudo, como uma imposição aos advogados. Nessa atuação, portanto, assim como nas demais, o espectro de liberdade dos advogados há de ser o mais amplo possível.

A obrigatoriedade de prover assistência jurídica integral e gratuita aos pobres recai sobre o Estado, como elemento integrante do Estado Democrático de Direito politicamente definido na Constituição Federal de 1988, portanto, como garantia constitucional dos cidadãos.

A prática da advocacia gratuita atua em paralelo a tal direito fundamental, não idealmente cumprido pelo Estado, não estando por ele definida ou delimitada.

Assim é que, ao regulamentar e incentivar a advocacia *pro bono*, o Conselho Federal da OAB ultrapassou equivocadamente seu âmbito de atuação, ao considerar advocacia *pro bono* somente “a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional” (artigo 30, § 1º, da Resolução nº 02/2015 do Conselho Federal da OAB – Código de Ética e Disciplina da Advocacia)<sup>4</sup>. O conceito, tal como formulado, empobrece e apequena o verdadeiro sentido e alcance desse serviço.

---

<sup>4</sup> Nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo 30, a advocacia *pro bono* também poderá “ser exercida em favor de pessoas naturais que, igualmente, não dispuserem de recursos para, sem prejuízo do próprio sustento, contratar advogado”.

Evidentemente que os serviços advocatícios gratuitos serão, em geral, concedidos a pessoas que não disponham dos recursos necessários à contratação. Entretanto, será o Estado que está vinculado ao conceito de pobreza para a concessão da assistência jurídica integral e gratuita aos cidadãos e não o advogado.

Tanto é assim que o simples fato de estar sendo patrocinado gratuitamente determinado interesse é algo que pode não ser suficiente para fins de concessão à parte dos benefícios da justiça gratuita, prevista nos artigos 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal<sup>5</sup> e 98 e seguintes do Código de Processo Civil<sup>6</sup>. Embora isso possa ser um indício, o Poder Judiciário poderá (e tem feito uso dessa prerrogativa) exigir outras demonstrações da insuficiência de recursos para concessão do benefício.

Poder-se-ia dizer que a restrição da advocacia *pro bono* vem em defesa dos advogados, para que não se lhes imponha a atividade não remunerada em circunstâncias nas quais ela não será necessária, considerando o direito do advogado à percepção dos honorários contratuais, nos termos do artigo 22 do Estatuto da OAB<sup>7</sup>.

De fato, tal situação de defesa dos advogados já se mostrou necessária por ocasião da edição da Lei nº 5.584/70, que, em seus artigos 14 e 18<sup>8</sup>, pretendeu impor aos advogados vinculados aos sindicatos trabalhistas a prestação de assistência judiciária gratuita aos trabalhadores. O Conselho Federal da OAB ao tempo, manifestou-se contrariamente aos dispositivos legais, apontando para a inconstitucionalidade de se obrigar a assistência judiciária gratuita, à qual somente está vinculado o Estado: “CONSULTA N. 49.0000.2012.011290-8/OEP. Assunto: Consulta. Advogado contratado por sindicato. Contrato de prestação de serviços com

<sup>5</sup> “LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (...)”

<sup>6</sup> “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”

<sup>7</sup> “Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.”

<sup>8</sup> “Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.”

“Art 18. A assistência judiciária, nos termos da presente lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo Sindicato.”

cobrança de honorários de trabalhador vinculado ao sindicato. Consultante: Conselheiro Federal Francisco Anis Faiad (MT). Relator: Conselheiro Federal José Luis Wagner (AP)”. “EMENTA N. 109/2014/OEP. CONSULTA. APLICAÇÃO DA LEI N. 5.584/70, ARTS. 14 A 19, AOS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE PROFISSIONAIS DA ADVOCACIA CONTRATADOS OU INDICADOS POR SINDICATO TRABALHISTA E EMPREGADOS PERTENCENTES À CATEGORIA QUE A ENTIDADE CONGREGA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO DA NORMA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. REVOGAÇÃO. 1. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a prestação de assistência jurídica aos que comprovem insuficiência de recursos será feita integralmente e gratuitamente pelo Estado, o que se dará através da Defensoria Pública, nos termos dos arts. 5º, LXXIV e 134, § 1º da CF. 2. Por força das Leis 10.288/2001 e 10.537/2002, restou revogado o art. 14 da Lei n. 5.584/70. 3. O ordenamento vigente não acoberta o enriquecimento ilícito decorrente do uso gratuito do trabalho alheio. 4. A atuação do Ministério Público do Trabalho no sentido de defender a ilegalidade da fixação de honorários contratuais entre profissionais da advocacia vinculados ou indicados pelo sindicato trabalhista e os empregados da categoria que a entidade congrega com fundamento no art. 14 da Lei n. 5.584/70, atribuindo o ônus da prestação de assistência judiciária gratuita aos sindicatos, viola não apenas ao art. 5º, LXXIV, da CF como o direito dos advogados à percepção dos honorários contratuais pactuados pela contraprestação dos serviços ofertados (art. 22 da Lei n. 8.906/94). 5. Consulta acolhida para fins de reconhecer a ilegalidade da imposição da assistência sindical gratuita sobre a qual versa a Lei n. 5.584/70 aos contratos firmados entre advogado contratado por entidade sindical e trabalhador pertencente à mesma categoria. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros integrantes do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, por unanimidade, observado o *quorum* exigido no art. 92 do Regulamento Geral, conhecer e responder a consulta, nos termos do voto do relator, parte integrante deste. Brasília, 8 de abril de 2014. Claudio Pacheco Prates Lamachia, Presidente. José Luis Wagner, Relator. (DOU, S.1, 15.04.2014, p. 152/160)”.

Com efeito, da própria argumentação constante da Consulta transcrita é possível depreender eivada de inconstitucionalidade a obrigatoriedade da atividade gratuita, mas da mesma forma, a restrição à liberdade de atuação e de contratação.

Novamente em violação à liberdade constitucional e profissional dos advogados, a regulamentação, no parágrafo 3º do artigo 30, veda que se advogue gratuita e voluntariamente “para fins político-partidários ou eleitorais” e para “beneficiar instituições que visem a tais objetivos”.

Faz sentido se observar que a atuação gratuita para fins político-partidários ou eleitorais não poderá (ou não deverá) ser utilizada para fins escusos no período pós eleitoral, pois já previstos no ordenamento jurídico meios de controle de contratação (concursos públicos, licitação, procedimentos próprios para dispensa de licitação), e aprovação de contas dentre outras, recursos próprios para prevenir e punir tais irregularidades de forma que é preciso cuidado na verificação de tais inconstitucionalidades que não podem inibir ou restringir a liberdade profissional do advogado.

Não se questiona a vedação contida no Código de Ética de utilização da advocacia *pro bono* “como instrumento de publicidade para captação de clientela”, os regulamentos gerais e já existentes em relação à publicidade na atividade advocatícia seriam suficientes para coibir a advocacia quando exercida gratuitamente com propósitos malsãos.

Logo após a edição do novo Código de Ética e Disciplina, o Conselho Federal da OAB editou, ainda, o Provimento nº 166/2015, de 09 de novembro de 2015, onde, além de repetir as regras referentes à advocacia *pro bono*, estabeleceu, também, o seguinte: “Art. 4º Os advogados e os integrantes das sociedades de advogados e dos departamentos jurídicos de empresas que desempenharem a advocacia *pro bono* definida no art. 1º deste Provimento estão impedidos de exercer a advocacia remunerada, em qualquer esfera, para a pessoa natural ou jurídica que se utilize de seus serviços *pro bono*. § 1º O impedimento de que trará este artigo cessará uma vez decorridos 03 (três) anos do encerramento da prestação do serviço *pro bono*. § 2º É igualmente vedado vincular ou condicionar a prestação de serviços *pro bono* à contratação de serviços remunerados, em qualquer circunstância”.

Segundo o presidente do Centro de Estudos de Sociedades de Advogados (CESA), Carlos José Santos da Silva, o objetivo do Provimento é evitar que se condicione o atendimento *pro bono* à prestação de serviços remunerados<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> MENGARDO, Bárbara. *OAB quer evitar “venda casada” em advocacia pro bono*. Publicado em: [www.jota.uol.com.br](http://www.jota.uol.com.br). Visualizado em: 31 ago. 2016.

### 3. SOBRE OS ASPECTOS ÉTICOS

O tema exige uma ligeira visitação ao verbete “ética”. “Do grego Ethiké, derivado de hêthos. Aristóteles distingue entre ‘virtude ética’ (*aretè ethiké*) e ‘virtude dianoética, intelectual’ (*aretè dianoetiké*), in *Ética nicomáquea*, L. II e V. A primeira é a virtude do caráter, e a segunda, da reflexão e da prudência”<sup>10</sup>. Aí está uma anamnésia da ética.

A independência profissional neste trabalho defendida, decorrente da Carta Magna, as prerrogativas constitucionais do exercício da advocacia, a sua natureza de serviço público, de função social e indispensabilidade à justiça exigem do advogado elevado e irrenunciável compromisso com a Constituição, com o ordenamento jurídico e com a ética profissional, positivada no Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94, e no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Resolução nº 02/2015, do Conselho Federal da OAB. “No exercício da advocacia *pro bono*, e ao atuar como defensor nomeado, conveniado ou dativo, o advogado empregará o zelo e a dedicação habituais, de forma que a parte por ele assistida se sinta amparada e confie no seu patrocínio”, diz o *caput* do artigo 30 do Código de Ética e Disciplina da Advocacia.

É dizer, o tipo de cliente, o tipo de causa, não alteram a relação cliente-advogado ou a atividade advocatícia desempenhada, que, evidentemente, exigirá do advogado igual labor, atenção e responsabilidade.

Estará o advogado, portanto, vinculado aos mesmos princípios éticos e estará resguardado pelas mesmas prerrogativas constitucionais e profissionais, entre elas, por exemplo, a do sigilo.

A publicidade profissional para fins de captação de clientela é vedada para a advocacia em geral, de forma que, evidentemente, não se poderá utilizar do trabalho voluntário, para o bem, com este único propósito qual seja o da captação de clientela. Da mesma forma, não poderá o advogado fazer mal uso da contratação gratuita com o cliente, para obrigar-lhe, posteriormente, a uma contratação não gratuita.

### 4. SOBRE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O caráter distintivo da advocacia *pro bono* encontra-se na sua gratuitidade, portanto, na ausência de cobrança dos honorários contratuais pelo advogado.

---

<sup>10</sup> *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coord. FRANÇA, R. Limongi. São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 34.

Tal circunstância não afeta, contudo, os honorários sucumbenciais, que pertencerão ao advogado, na forma da Lei<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> No âmbito cível, nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

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

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º: I – os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença; II – não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado; III – não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa; IV – será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

Nesse ponto, salienta-se, inclusive, que o novo Código de Processo Civil, de 2015, tornou expresso o caráter alimentar dos honorários advocatícios e o fato de que serão devidos ainda quando advogar em causa própria o advogado.

Advogando, pois, gratuitamente ou não, com relação ao seu cliente, obtendo-se provimento favorável, o advogado fará jus aos honorários de sucumbência devidos pela outra parte. Para se não fugir ao tema analisado, pertinente chamar a atenção para o fato de que honorários advocatícios de sucumbência, aqueles que contidos na sentença ao cabo do processo, mesmo que em demanda patrocinada em caráter “*pro bono*” são devidos e podem e devem ser recebidos pelo advogado patrocinador do feito.

---

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

§ 9º Na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas.

§ 10. Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

§ 12. Os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

§ 13. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

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

§ 15. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14.

§ 16. Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

§ 17. Os honorários serão devidos quando o advogado atuar em causa própria.

§ 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”.

## 5. CONCLUSÃO

Diante da oportunidade de tecer breves comentários sobre a nobre advocacia exercida *pro bono*, oportuno restou ressaltar a natureza de serviço público, de elevada função social da advocacia como um todo, a qual deve ser exercida sempre com independência e responsabilidade, observando-se os normativos éticos constitucionais pertinentes.

A despeito das críticas trazidas à regulamentação da advocacia voluntária pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em razão das restrições ao exercício com ampla liberdade de contratação, necessário destacar que a medida traz formalidade, visibilidade e, portanto, incentivo ao exercício do bem geral representado no instituto da advocacia *pro bono*.

A respeito do tema, o ministro Gilmar Mendes manifestou sua preocupação nesse sentido e a importância da atuação conjunta dos advogados da iniciativa privada colaborando com o Estado, transcreve-se: “Sabemos que as Defensorias Públicas, a despeito do progresso já verificado – e temos destacado aqui o trabalho das Defensorias, inclusive da Defensoria Pública da União –, não dispõem de condições para dar voz a esse número imenso de pessoas carentes de suporte, de apoio, já na esfera exclusivamente penal. E nós sabemos que a Defensoria Pública não atua exclusivamente nessa área. Basta dizer que temos só de réus presos um número que supera os quinhentos mil, dos quais talvez a metade, ou um pouco menos, é de presos provisórios, quer dizer, ainda não submetidos a uma primeira decisão judicial talvez. Então temos um quadro realmente preocupante. No Conselho Nacional de Justiça, incentivei muito – e acredito até que isso deva ser, talvez, até objeto de uma ação mais ampla – a ideia da Advocacia voluntária, em alto e amplo estilo, que nem sempre é suportada pelas gestões da OAB que veem, às vezes, aqui uma oportunidade de ampliar o mercado (mercantilístico) dos Advogados”<sup>12</sup>.

Cumpra, assim, a advocacia, exercer o seu *munus* com compromisso e altivez, fazendo valer sua independência profissional e prerrogativas constitucionais, merecendo respeito e veneração a boa advocacia exercida com dignidade, seja a do tipo gratuito, seja aquela dignamente remunerada.

<sup>12</sup> Habeas Corpus nº 118.423/RS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, 2ª Turma do STJ, Julg. 05.11.2013.



# OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA UMA EFETIVA INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO<sup>1</sup>

Larissa Haueisen Freire Pimenta

**Sumário:** 1. Introdução. 2. As diversas terminologias utilizadas na identificação das pessoas com deficiência. 3. Quem é considerado deficiente do ponto de vista legal. 4. A Lei nº 8.213/91 – “Lei de Quotas”. 5. As quatro fases do processo de inclusão. 6. Direito fundamental e social ao trabalho e sua importância como fator de reconhecimento pessoal e social do indivíduo. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Diversos aspectos devem ser levados em consideração ao se tratar da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. São inúmeras as dificuldades encontradas pelas empresas em relação às pessoas com deficiência no processo de inclusão, que vai do preconceito dos empregadores ao despreparo dos trabalhadores em geral.

O Direito ao Trabalho é um Direito fundamental de todos os cidadãos, assegurado pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

A grande questão que se busca responder com o presente artigo está na compreensão das pessoas com deficiência como cidadãs, e seu direito de trabalhar, porque não podem ser excluídas do mercado de trabalho.

---

<sup>1</sup> Da monografia apresentada pela autora na conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas, em dezembro de 2019.

Importante ressaltar que são considerados deficientes aqueles que possuem 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 igualdade de condições com as demais pessoas.

No início do século XX, na Europa, surgiram as primeiras preocupações com as pessoas com deficiência. Tendo em vista o número de indivíduos em idade economicamente ativa, mutilados que voltavam das guerras, foram criadas tecnologias assistidas e técnicas especializadas, pretendendo cooperar na reabilitação, readaptação e reintegração dessas pessoas com alguma deficiência.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1923, recomendou a aprovação de leis nacionais que obrigassem as entidades públicas e privadas a empregar um certo número de portadores de deficiências causadas por guerras. Em 1944, na Reunião de Filadélfia, a mesma OIT aprovou uma recomendação induzindo os países membros a empregar quantidade razoável de deficientes não combatentes. Todavia, no Brasil, segundo Bahia (2006), com o governo Getúlio Vargas (1930/1945) começou-se a considerar participação mais efetiva das pessoas com deficiências na vida em sociedade, no que tange à educação, reabilitação, profissionalização e inserção no mercado de trabalho. Em 1943 foi editada a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, quando se implementaram as primeiras políticas assistencialistas para as pessoas com deficiência, em um Estado centralizador e intervencionista.

Como adiante se verá, a Lei nº 8.213/91, dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências (“Lei de Quotas” para pessoas com deficiência), percebendo-se que o problema de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho não se restringia apenas à contratação, havendo outras dificuldades, por exemplo, a falta de infraestrutura e de preparo das empresas empregadoras.

Pretende-se com o presente artigo contribuir de alguma forma para a inclusão, acessibilidade e inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, em virtude de sua essencialidade, visando seu reconhecimento individual e social. Ou, pelo menos, se pretende manter aberto esse relevante debate.

## 2. AS DIVERSAS TERMINOLOGIAS NA IDENTIFICAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Antes de se adentrar ao tema, é importante ressaltar que a evolução terminológica adotada ao longo da história foi essencial para o tratamento mais digno das pessoas com deficiência. A terminologia adotada nos dias de hoje reconhece que a pessoa com deficiência é, acima da deficiência que possui, um ser humano.

Ao longo da história várias nomenclaturas foram utilizadas para se referir às pessoas com deficiência, que muitas vezes não eram tratadas como pessoas, mas coisas. No início, essas pessoas eram chamadas de “inválidas”, expressão que significava “indivíduos sem valor” e era usada em romances, mídias, leis e instituições. Através dessa ultrapassada terminologia, se entendia a pessoa com deficiência como peso morto para a sociedade, um fardo para a família, alguém socialmente inútil. No século XX a terminologia utilizada passou a ser a de “incapacitados”, termo que significava “indivíduos sem capacidade” e mais tarde passou a significar “indivíduos com capacidade residual”. A utilização da expressão “os incapazes”, significava “indivíduos que não são capazes” de fazer algumas coisas, por causa da deficiência que portavam. Mesmo não sendo uma terminologia adequada, através dela reconheceu-se a capacidade, mesmo que reduzida, da pessoa com deficiência. Ao mesmo tempo se dava a entender que a deficiência eliminava ou reduzia a capacidade da pessoa. Do ano de 1960 até por volta do ano de 1980, três terminologias foram adotadas. Para os indivíduos com deficiência mental utilizava-se a expressão “os excepcionais”. Os que possuíam deficiência física eram chamados de “defeituosos”. Utilizava-se a expressão “os deficientes” para se referir a essas pessoas em geral.

De 1981 até meados de 1987 passou-se a utilizar a qualificação “pessoas deficientes”, o que foi um avanço, pois se atribuía valor a esse grupo de pessoas, com o reconhecimento de direitos iguais ao das outras pessoas. Essa terminologia pode ser encontrada na Convenção Internacional nº 159, de 1983, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Brasil com o Decreto-legislativo nº 51, de 28 de agosto de 1989 em seu artigo 11.

Daí para os anos 1990 passou-se a utilizar o termo “pessoas portadoras de deficiência”, de modo que a deficiência passou a ser um valor agregado à pessoa, um detalhe. A Constituição Federal de 1988 adotou esse termo fazendo-o no inciso VIII do artigo 37: “a lei reservará

percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Passou-se a fazer uso também da expressão “pessoas com necessidades especiais”. A Resolução nº 2, de 11 de setembro de 2001, do Conselho Nacional de Educação, por sua Câmara de Educação Básica, com fundamento no Parecer nº 17, de 3 de julho de 2001, ajustou a expressão para “necessidades educacionais especiais”. As necessidades especiais passaram a ser um valor agregado à pessoa com deficiência.

Daí se recolhe derivações da expressão, como “pessoas especiais”, por exemplo. A palavra “especiais” tem sido usada na tentativa de se amenizar o significado da palavra “deficientes”.

Entre os anos de 1994 a 2002 foram usadas de modo disseminado, expressões como “pessoa com deficiência” e “portadores de necessidades especiais”, a cujo respeito pontua Sasaki: “(...) portadores de direitos especiais. O termo e a sigla apresentam problemas que inviabilizam a sua adoção em substituição a qualquer outro termo para designar pessoas que têm deficiência. O termo ‘portadores’ já vem sendo questionado por sua alusão a ‘carregadores’, pessoas que ‘portam’ (levam) uma deficiência. O termo ‘direitos especiais’ é contraditório porque as pessoas com deficiência exigem equiparação de direitos e não direitos especiais. E mesmo que defendessem direitos especiais, o nome ‘portadores de direitos especiais’ não poderia ser exclusivo das pessoas com deficiência, pois qualquer outro grupo vulnerável pode reivindicar direitos especiais” (SASSAKI, 2002, p. 12-16).

Dentre as expressões, a mais utilizada tem sido “pessoa com deficiência”, pois confere realce à pessoa em face de sua deficiência. Com a Convenção da Organização das Nações Unidas – ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 13 de dezembro de 2006, ratificada pelo Brasil em 2008, ficou estabelecida como inadequada a utilização da expressão “pessoa portadora de deficiência”, ou “portador de deficiência”, recomendando-se como expressão mais adequada: “pessoa com deficiência”.

E essa terminologia deve ser uniformizada, no espectro normativo inclusive, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, e assim utilizada pela sociedade, empresas e organizações, em face de sua compreensão mais humanística. É o que se propõe.

### 3. QUEM É CONSIDERADO DEFICIENTE (DO PONTO DE VISTA LEGAL)

Indaga-se a respeito de quais seriam os critérios para se definir *quem é o deficiente*.

A redação original do § 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, para efeito da concessão do Benefício da Prestação Continuada conceituava a pessoa com deficiência como aquela incapaz para o trabalho e para a vida independente. O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, regulamentou a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispondo sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Posteriormente foi revogado, em parte (arts. 50 a 54) pelo Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, que regulamentou a Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000 (que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, entre elas os portadores de deficiência) e a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000 (que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida). Em seu artigo 3º, incisos I, II e III, o Decreto nº 3.298/1999 fere o tema, definindo, deficiência, deficiência permanente e incapacidade, assim: “Art. 3º (...) I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II – deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III – incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida”.

O artigo 4º do referido Decreto, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296/2004, listou quem se enquadraria no conceito de deficiências, sob o ponto de vista médico (do ponto de vista das limitações física, auditiva, mental e visual, podendo ou não ser múltipla): “Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando

o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III – deficiência visual – cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências”.

A Convenção da Guatemala, de 1999, também conhecida como Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as pessoas Portadoras de Deficiência foi promulgada internamente com o Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, conceituando-se a deficiência como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. Todavia, chegou-se a conceito mais adequado, na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, considerando: “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”.

O conceito de incapacidade não deve ser confundido com o conceito de deficiência, porque “denota um estado negativo de funcionamento

da pessoa, resultante do ambiente humano e físico inadequado ou inacessível e não um tipo de condição”<sup>2</sup>. Após aquela Convenção de Nova York foram editadas no Brasil a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, que alterou o conceito de pessoa com deficiência estabelecido no § 2º do artigo 20 da LOAS (para efeito da concessão do Benefício de Prestação Continuada, segregando-se deficiência e incapacidade) e a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência). Esse Estatuto apropriou-se, portanto, daquilo que previsto na Convenção de Nova York, de 2007, definindo em seu artigo 2º: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III – a limitação no desempenho de atividades; e IV – a restrição de participação”.

O mesmo diploma legal deu nova redação ao § 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, que assim passou a vigorar: “(...) § 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Então, é esta norma legal de 2015 que vigora no Brasil para o efeito dos contornos conceituais de “pessoa com deficiência”.

#### **4. A LEI Nº 8.213/91 – “LEI DE QUOTAS”**

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, ficou conhecida como a “Lei de Quotas” e preceitua em seu artigo 93, o que representou significativo saldo para a desejada inclusão prevendo que: “A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos

<sup>2</sup> SASSAKI, 2005, p. 9-10.

com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I – até 200 empregados 2%; II – de 201 a 500 3%; III – de 501 a 1.000 4%; IV – de 1.001 em diante 5%. § 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. § 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados” (BRASIL, 1991).

A esse respeito identifica-se uma definitiva orientação legal com o intuito de acabar com o problema da não contratação de pessoas com deficiência. Despertou-se uma conscientização para o problema.<sup>3</sup>

Entretanto, há críticas ao sistema de quotas, prefere José Pastore<sup>4</sup> o que seria um sistema chamado de “quota-contribuição”, sistema que consistiria no pagamento por parte das empresas de uma soma em dinheiro, ao invés de cumprirem a contratação de pessoas com deficiência. Defende o autor que deveria ficar a critério da empresa o direito de optar entre contratar as pessoas com deficiência e, em não sendo possível fazê-lo, contribuir com valores destinando-o a um fundo específico. Argumenta que tais valores poderiam também ser revestidos como “prêmios” para as empresas que contratassem pessoas com deficiência, para remoção de barreiras e para sua qualificação. Uma outra possibilidade, sem dúvidas.

## 5. AS QUATRO FASES DO PROCESSO DE INCLUSÃO

Historicamente, as fases da construção do processo de inclusão das pessoas com deficiência podem ser divididas em quatro: 1) fase de eliminação, na qual entendia-se que a pessoa com deficiência era símbolo de impureza ou mesmo de castigo divino; 2) fase de assistencialismo, na qual a pessoa com deficiência era vista com olhar de piedade; 3) fase da integração, em que a pessoa com deficiência era tolerada no seio da sociedade; 4) fase da inclusão, em que a pessoa com deficiência, como detentora de direitos, passa a ser efetivamente inserida no meio social. É o que relata Lorentz: “Na Antiguidade Clássica, os filósofos Platão e

---

<sup>3</sup> SASSAKI, 1997, p. 12-16.

<sup>4</sup> PASTORE, José, 2001, p. 127 e 194.

Aristóteles adotavam posturas de exclusão em relação às pessoas com deficiência, baseadas em dois fundamentos, o primeiro seria a salvaguarda das necessidades das cidades, da organização das polis, o segundo decorria do estigma de que as pessoas com deficiência carregavam a malquerença dos deuses, ou de que a deficiência seria um produto de castigo, ou uma pena divina por um mau comportamento da pessoa ou de seus pais”.<sup>5</sup> Na fase da eliminação as pessoas com deficiência eram vistas como “criaturas inferiores”, e dizia-se que a sua deficiência era um castigo divino por terem cometido pecados em vidas presentes ou passadas. Platão recomendava a exclusão das pessoas com deficiência, aconselhando o isolamento delas e afirmando que o Estado não deveria gastar recursos alimentando-as. Ainda na antiguidade clássica também Aristóteles defendia políticas eliminatórias, com base na justificativa e na crença de que as pessoas com deficiência eram punidas pelos deuses e, por isso, deveriam ser eliminadas, ignorando-se direitos individuais. Afirma o filósofo que o deficiente não era relevante para a sociedade, além de causar transtornos: “O Estado tem, por natureza, mais importância do que a família e o indivíduo, uma vez que o conjunto é necessariamente mais importante que as partes. Separem-se do corpo os pés e as mãos e eles não serão mais nem pés nem mãos (a não ser nominalmente, o que seria o mesmo que falar em pés ou mãos esculpidas em pedra), destruídos, não terão mais o poder e suas funções que o tornavam o que eram”<sup>6</sup>.

Vencida a antiguidade clássica e já na Idade Média, houve a mudança da fase da eliminação para a fase do assistencialismo. Com o Cristianismo, a ideia de eugenia foi substituída pelo sentimento da piedade, da caridade, do assistencialismo. Nessa quadra, a pessoa com deficiência era vista como alguém que precisava de favores, desprovida de potencial próprio.

As fases de eliminação e do assistencialismo, de certa forma conviveram como se vê pela posição de alguns doutrinadores cristãos que, apesar de repudiarem a eliminação das pessoas com deficiência, viam-nas ainda, como pessoas inferiores.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> LORENTZ, 2006, p. 113.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES, 1991, p. 143.

<sup>7</sup> “É evidente que neste contexto inspirado na caridade, na pena e na repulsa, a interação da sociedade com a PPD [Pessoa Com deficiência] era caracteristicamente angustiada, baseada predominantemente na piedade (caridosa) e no distanciamento,

Nessa segunda fase as pessoas continuavam afastadas do convívio social, tendo, a exclusão, apenas mudado a forma: de física para visual, fazendo-se da *palavra* “piedade” a pedra de toque dessa fase, tudo ainda muito distante de um tratamento amoroso, valorizava-se a compaixão, sentimento que se identifica naquele estar “com paixão” no lugar de outrem. Portanto, a despeito dessa fase implicar certo avanço em relação à fase anterior da eliminação e da barbárie, não apresentava qualquer dimensão de igualdade de respeito e de aceitação da “pessoa com deficiência”.

A terceira fase da integração teve como sua característica marcante a tolerância, não se assegurava, ainda, o pleno respeito à dignidade humana. Estava-se muito longe de um tratamento de respeito pleno, de admiração, de sentimento de amor entre as pessoas. De se lhe reconhecer, todavia, avanços em relação ao assistencialismo. Nessa fase buscava-se uma padronização das pessoas, principalmente devido à globalização, que permitia apenas a entrada no mercado de trabalho dessas pessoas mais flexíveis, com mesmo padrão de produção. As exigências de produção do capitalismo obrigavam as pessoas com deficiência a se adequarem às exigências da sociedade empregadora, tornando mais difícil a inserção no mercado de trabalho.

Chega-se, finalmente, à fase da inclusão, a que se vive nos dias de hoje, e que busca modificar o comportamento da sociedade, e dela se espera como resultado a aceitação das pessoas com deficiência. É na inclusão que essas pessoas são consideradas cidadãs com direitos e prerrogativas. A construção dessa fase quatro, ao que parece, foi conquistada com a experiência que a história revela a partir do amadurecimento das fases anteriores: “As sequelas provocadas pela Primeira Guerra Mundial sensibilizaram a humanidade. Isso refletiu na Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, em 1921, publicou um informe recomendando aos Estados-membros iniciativas no sentido de amparar, legalmente, os mutilados de guerra. Ainda por iniciativa da OIT, em 1925, a Conferência Internacional do Trabalho adotou a Recomendação n. 22, tida como o primeiro reconhecimento, por parte da comunidade internacional, das necessidades dos portadores de deficiência. (...) Não obstante, foi mesmo com a Segunda Guerra Mundial

---

já que se tratava de uma relação entre pessoas não iguais, implicando a existência de um superior (o que tem pena) e de outro inferior (do qual se tem pena), relação esta também marcada pelas noções católico-cristãs de culpa e pecado em não assistir a uma pessoa necessitada” (LORENTZ, 2006, p. 131-133 e 140).

que tal assunto aflorou como uma questão de Estado e de toda a sociedade, deixando de ser apenas responsabilidade familiar. Indubitavelmente, essa guerra colocou em pauta o interesse pela reabilitação e emprego das pessoas com deficiência: por um lado, em virtude do grande número de mutilados de guerra que pressionavam por uma política séria no sentido de reabilitá-los para o mercado de trabalho; por outro lado, em virtude da pressão dos civis com deficiências que desejavam permanecer ativos, uma vez que haviam ocupado, com bons resultados, os postos vagos na indústria, comércio e serviços deixados por aqueles que haviam sido convocados para a guerra”.<sup>8</sup>

Nesse novo tempo, a sociedade passou a possibilitar a efetiva inclusão dessas pessoas, através de projetos de reabilitação. A diversidade passa, então, a ser aceita pela sociedade, o que justifica o seu conceito como processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais. Em simultâneo, essas pessoas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas ainda excluídas e a sociedade buscam em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos. Para incluir todas as pessoas é a sociedade que deve ser modificada; ela é que precisa ser capaz de atender às necessidades de seus membros; o que se dá por intermédio da educação, da reabilitação, da qualificação profissional. Com a inclusão social se tem um processo que contribui para a construção de uma sociedade transformada. Trata-se de transformações nos ambientes físicos, nos espaços internos e externos, nos equipamentos, aparelhos e utensílios mobiliários, incluindo-se os meios de transporte e, sobretudo, na mudança de mentalidade das pessoas, incluindo-se os próprios “portadores de necessidades especiais”.<sup>9</sup>

Lorentz promove comparação entre a fase da integração e a fase da inclusão, considerando que nesta deve haver a aceitação da diversidade social como um aspecto do direito à igualdade, diferente daquela em que as deficiências deveriam ser a todo custo consertadas, curadas. Na fase da inclusão é essencial que a pessoa com deficiência seja ela própria, agente condutor de sua autonomia, sujeito de seu processo de inclusão, exigindo-se dela um esforço contínuo para alcançar seus objetivos, deixando de ser mero recebedor de prestações alheias.

<sup>8</sup> ASSIS, 2005, p. 164.

<sup>9</sup> SASSAKI, 1997, p. 41-42.

Com a inclusão não se busca mais a cura para a deficiência, mas a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, com sua aceitação pela sociedade. No plano externo foram editadas pela ONU e pela OIT normas orientadoras a respeito e, no plano interno vieram a lume preceitos de ordem constitucional, infraconstitucional, alcançando-se a construção legal já salientada na primeira parte deste artigo.

A fase da inclusão é orientada, portanto, pelos paradigmas dos direitos humanos, alterando-se o papel da própria pessoa com deficiência, que passa a ser reconhecido como sujeito titular de direitos. Essa fase inclusiva, reconhece a doutrina, se apresenta em quatro dimensões: de autonomia, com a manifestação da capacidade de o próprio cidadão suprir suas necessidades, desde as basilares às mais específicas; da qualidade de vida, implicando melhor distribuição de riqueza tecnológica e social também aos membros de uma comunidade; de desenvolvimento humano possibilitando a todos os cidadãos o desenvolvimento máximo de suas potencialidades com menor sofrimento de equidade, possibilitando-se a convivência entre as diferenças visando a eliminação da discriminação.

De se destacar ainda nessa fase fiel aos propósitos desta pesquisa, papel da chamada empresa inclusiva, que, como esclarece Sasaki, é aquela que contempla as diferenças de cada indivíduo, acreditando na diversidade humana, realizando mudanças nas práticas administrativas, promovendo adaptações no seu ambiente físico, nos instrumentos de trabalho, treinando os funcionários para se adequarem à pessoa com deficiência, que são como se percebe, efetivas ações de integração.<sup>10</sup>

## **6. DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL AO TRABALHO E SUA IMPORTÂNCIA COMO FATOR DE RECONHECIMENTO PESSOAL E SOCIAL DO INDIVÍDUO**

Os considerados direitos sociais, em especial o direito ao trabalho, são direitos essenciais e fundamentais. Afinal, o Direito ao Trabalho é imprescindível para o exercício da cidadania, para o alcance da dignidade humana.

---

<sup>10</sup> “Na atual fase da inclusão, o mundo do trabalho tende a não ter dois lados. Agora, os protagonistas, em geral, parecem querer enfrentar juntos o desafio da produtividade e competitividade. A ideia que começou a vingar timidamente é a de que não haverá mais batalhas e muito menos vencedores e vencidos. Surge, então, no panorama do mercado de trabalho a figura da empresa inclusiva” (SASSAKI, 1997, p. 65).

Como leciona Maurício Godinho Delgado, “o princípio da dignidade da pessoa humana traduz a ideia de que o valor central das sociedades, do direito e do Estado contemporâneos é a pessoa humana, em sua singeleza, independentemente de seu status econômico, social ou intelectual. O princípio defende a centralidade da ordem jus política e social em torno do ser humano, subordinante dos demais princípios, regras, medidas e condutas práticas”. De acordo com Dinaura Godinho Pimentel Gomes, nos direitos fundamentais sociais estão o “conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, por meio de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais”. É doutrina que se afirma com os ensinamentos de José Afonso da Silva para quem: “(...) os ‘direitos sociais’, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.<sup>11</sup>

A Constituição de 1988 fez o seu papel estabelecendo a valorização do trabalho humano como um dos pilares da ordem econômica e social, assegurando a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social. As disposições do texto constitucional devem ser analisadas de modo conjugado, examinando-se num só conjunto normativo os seus cânones 6º, 7º e 170.

Partindo-se do pressuposto de que os direitos sociais, em especial o direito ao exercício digno de um trabalho, constituem categorias específicas dos direitos humanos, o Brasil reconhece a prevalência das regras protetivas inseridas nos documentos internacionais aos quais se submete, tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), cujo artigo XXIII tem a seguinte pregação: “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o

<sup>11</sup> DELGADO, 2005, p. 174; SILVA, 2007, p. 183 e 184.

desemprego,” além de direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure uma existência digna”.<sup>12</sup> O direito ao trabalho concede à pessoa humana o *status* de cidadão. A pessoa com deficiência precisa trabalhar. Como qualquer outro indivíduo, tem o direito de se sentir útil, de contribuir com outras pessoas, exteriorizando sua capacidade criativa e produtiva. As pessoas com deficiência, no exercício de um trabalho ou profissão se sentem mais independentes expandindo o seu convívio social.

São reconhecidamente inúmeras as dificuldades de empregabilidade encontradas pelas pessoas com deficiência. As barreiras à empregabilidade das pessoas com deficiência podem ser assim agrupadas:

– Em relação à pessoa com deficiência: sua baixa escolaridade, baixa qualificação profissional, precariedade da tecnologia assistiva, atitudes negativas que a própria pessoa com deficiência pode apresentar. A solução para tais barreiras estará na sensibilização, na conscientização e na informação coletiva.

– Em relação aos empregadores e colegas de trabalho: sua noção preconceituosa, estigmatizada, estereotipadas, as atitudes discriminatórias e a desinformação. A solução para tais barreiras também estará na sensibilização, na conscientização e informação coletiva.

– Em relação à comunidade: a inacessibilidade nos transportes coletivos, nas edificações e no espaço urbano. A solução para tais barreiras estará nas adaptações dessas ferramentas ou espaços (veículos, edifícios e espaços urbanos).

– Em relação às empresas: o ambiente físico, as metodologias e os instrumentos. A solução, para tais barreiras estará também nas adaptações necessárias desses locais e processos.

Existem ainda barreiras nas formas de comunicação, cuja solução estará no aprendizado e na disponibilização de todas as formas de comunicação, a oral, a escrita, em braile e linguagem de sinais, caracteres ampliados, inclusive. De se anotar por acréscimo as barreiras programáticas, presentes nas políticas públicas e setoriais, os regimentos, normas, leis e outros dispositivos próprios que procuram ordenar condutas, programas, serviços e atividades.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> PIOVESAN e CARVALHO, 2010, p. 14.

<sup>13</sup> ARANHA, 2003, p. 22-23.

## 7. CONCLUSÃO

A luta pela igualdade e pela dignidade, como se pôde perceber, cumpriu etapas históricas, passando pela fase de eliminação, fase do assistencialismo, fase da integração, até se chegar à fase da inclusão, visando maior aceitação, respeito, autonomia, qualidade de vida, maior desenvolvimento e menor discriminação às pessoas com deficiência.

Atualmente, o que se busca é que a pessoa com deficiência seja efetivamente inserida na sociedade, valorizando-se suas qualidades e peculiaridades, sendo educada junto com as pessoas sem deficiência e com elas trabalhando.

Para tanto, algumas medidas devem ser adotadas, viabilizando-se acessibilidade física mais ampla, sensibilização, conscientização e informação coletiva: adaptação de espaços e de transportes coletivos, educação mais inclusiva e qualificação profissional mais amplas das próprias pessoas.

Exercer um trabalho será de suma importância para essa inclusão, pois através do trabalho as pessoas exteriorizam sua capacidade de criar e de inventar, satisfazendo necessidades básicas, equilibrando relações sociais e se tornando economicamente ativas.

Em conclusão, a pessoa com deficiência pode ser também incapaz, mas nem todo incapaz é pessoa com deficiência.

O problema da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho não pode ser uma questão a ser enfrentada isoladamente pela família, pela sociedade ou pelo Estado de modo isolado, mas há de sê-lo em permanente consórcio desses três e pode ser solucionado através de três figuras importantes: o Estado, a Sociedade Civil e a Família.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANHA, Maria Salete F. *Trabalho e emprego*. Brasília: CORDE, 2003.
- ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. *Pessoa com deficiência: direitos e garantias*. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- BAHIA, Melissa S. *Responsabilidade Social e Diversidade nas Organizações: Contratando Pessoas com deficiências*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas AS/SP, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Globalização e hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo. In: *Revista Síntese Trabalhista*. Porto Alegre, v. 17, n. 194, ago. 2005.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana, no contexto da Globalização Econômica*. São Paulo: LTr, 2005.

LOPES, Glaucia Gomes Vergara. *A Inserção do Portador de Deficiência no Mercado de Trabalho: A Efetividade das Leis Brasileiras*. São Paulo: LTr, 2005.

LORENTZ, Luciana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Manifestação sobre o Projeto de Lei nº 6159/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-mpt.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

PASTORE, José. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2001.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão. Construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Terminologia sobre deficiência na era da Inclusão. In: *Revista Nacional de Reabilitação*, São Paulo, 2002, v. 5.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Atualizações semânticas na inclusão de pessoas: Deficiência mental ou intelectual? Doença ou transtorno mental? In: *Revista Nacional de Reabilitação*, ano IX, n. 43, mar./abr. 2005.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: Acessibilidade no lazer, trabalho e educação*. In: *Revista Nacional de Reabilitação (Reação)*, São Paulo, Ano XII, mar./abr. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

# HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA

Flávia Melany Friche Siqueira

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A descon sideração da personalidade jurídica no Código Civil. 3. A descon sideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil. 4. Sobre a incidência da verba honorária nos Agravos de Instrumento. 5. Da modalidade dos honorários advocatícios. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade da incidência dos honorários advocatícios no incidente de descon sideração da personalidade jurídica, bem como sua modalidade, notadamente sobre a possibilidade de seu arbitramento por equidade, tendo em vista as conflitantes decisões judiciais dos tribunais acerca do tema.

A pessoa jurídica, assim como a pessoa natural, detém personalidade, isto é, aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil, fazendo-se sujeito de direito. Registre-se que, para todos os efeitos, a pessoa jurídica não se confunde com a de seus membros e a responsabilidade dos sócios ou acionistas seguirá o regime próprio de cada tipo de sociedade. A respeito, assevera Leonardo Parentoni: “É sabido que a limitação de responsabilidade do investidor – notadamente de limitação de responsabilidade dos sócios em relação às dívidas contraídas pela sociedade – constitui técnica fundamental para permitir o cálculo real do risco. Quanto mais precisas, claras e objetivas forem essas regras, mais fácil se torna para o investidor calcular se vale e até que ponto vale participar de determinado

empreendimento. Ou seja, saber quais são os riscos associados a uma conduta, ao menos aproximadamente, é fundamental para a tomada de decisão”<sup>1</sup>.

Verifica-se conceitualmente relevante a limitação da responsabilidade das pessoas que integram sociedade empresarial, em relação ao êxito pretendido à própria atividade desenvolvida, bem como em relação ao ambiente seguro que pretende o investidor. É nessa harmonização que se impulsiona a economia e a oferta de empregos, orientando, inclusive, a arrecadação de tributos.

## **2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL**

A personalidade que o Direito concede à pessoa jurídica não pode servir para esconder a fraude. Objetivando coibir eventual uso indevido da pessoa jurídica, a legislação civil autoriza, em casos excepcionais, a desconsideração dessa sua personalidade<sup>2</sup>.

Aplicando-se a desconsideração, os sócios e os administradores da sociedade personificada, na hipótese de comprovada a fraude, responderão com seus bens particulares por dívidas contraídas pela pessoa jurídica, nos limites da fraude verificada. No caso da desconsideração inversa<sup>3</sup>, a pessoa jurídica passa a responder, com bens de sua titularidade na exata medida em que, inversamente, tenha se verificado a fraude. Nas

---

<sup>1</sup> PARENTONI, 2018, p.145.

<sup>2</sup> “Se, por um lado, o Direito deve assegurar previsibilidade e segurança jurídica aos investidores, com regras claras acerca da limitação de sua responsabilidade, por outro lado, esta limitação não pode ser absoluta. Afinal, nenhum direito é absoluto. Igualmente importante, então, é fixar limites, os quais, se transpostos configuram abuso de direito. Existem inúmeros instrumentos jurídicos para a prevenção e repressão ao abuso. No contexto específico do abuso do direito à limitação da responsabilidade do investidor, esse instrumento denomina-se desconsideração da personalidade jurídica” (PARENTONI, 2018, p.146).

<sup>3</sup> Caracteriza-se “pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente ao que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador” (STJ, 3ª T., REsp 1.236.916/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, ac. 22.10.2013, DJe 28.10.2013), (...) “Trata-se de responsabilizar a sociedade por dívidas do sócio, caso este, para perpetrar fraudes a seus próprios credores, transfere seus bens para a empresa, continuando a fruí-los livremente” (COELHO, 1999, p. 445).

palavras de Humberto Theodoro Júnior, a desconsideração da personalidade jurídica é procedimento que: “Autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial entre a empresa e seus sócios ou administradores, sempre que for manipulada para prejudicar os credores. Desta forma, o patrimônio dos sócios é alcançado na reparação de danos provocados pela empresa a terceiros, quando houver desvio de finalidade ou confusão patrimonial, para os quais os gestores tenham concorrido”<sup>4</sup>.

Para Caio Mário da Silva Pereira: “A *disregard doctrine* significa, na essência, que em determinada situação fática, a Justiça despreza ou ‘desconsidera’ a pessoa jurídica, visando a restaurar uma situação em que chama a responsabilidade e impõe punição a uma pessoa física, que seria o autêntico obrigado ou o verdadeiro responsável, em face da Lei ou do contrato”<sup>5</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto está regulado no artigo 50 do Código Civil<sup>6</sup>. Percebe-se que a desconsideração da personalidade jurídica pressupõe abuso de poder, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Recentemente, com a entrada em vigor da Lei nº 13.874/19, o dispositivo foi alterado e os requisitos mencionados foram especificados, a fim de restringi-los às hipóteses de fraude.

<sup>4</sup> THEODORO JÚNIOR, 2018, Cap. VII, § 35, p. 277.

<sup>5</sup> PEREIRA, 2007, p. 337.

<sup>6</sup> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial 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.

§ 3º O disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

O desvio de finalidade é causa subjetiva de desconsideração. É dizer, aplica-se quando a pessoa jurídica é utilizada, independente da circunstância, com o propósito de lesar credores ou de cometer atos ilícitos. A confusão patrimonial é causa objetiva de desconsideração. Ocorre quando não há separação entre os patrimônios da pessoa jurídica, do sócio ou do administrador, caracterizado pelo cumprimento não ocasional de obrigações do sócio ou do administrador pela sociedade ou vice-versa; ou pela transferência de ativos e passivos de valores significantes sem efetivas contraprestações; ou ainda pelos demais atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Exigir-se-á, em ambos os casos, a demonstração da má-fé na utilização da pessoa jurídica, comprovando-se mediante provas pontuais e concretas, a ocorrência da fraude e do prejuízo<sup>7</sup> dela decorrentes, afinal, a “desconsideração de personalidade jurídica não se confunde com despersonalização de ninguém. São coisas distintas. O ato de desconsiderar é cirúrgico, desconsidera-se o ato ou os atos fraudulentos. A pessoa jurídica deve sobreviver”<sup>8</sup>.

### **3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

No Brasil, a desconsideração da personalidade jurídica foi des-pertada pela doutrina, seguida de uma jurisprudência nada uniforme. No plano legal, dela cuidou o mencionado artigo 50 do Código Civil, permanecendo órfã todavia, de regulação no processo civil até que o novo Código, cumprindo seu objetivo de trazer para a realidade os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deu-lhe os necessários contornos processuais com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 à 137<sup>9</sup>. De

---

<sup>7</sup> “Nas duas situações, faz-se imprescindível a ocorrência de prejuízo – individual ou social –, justificador da suspensão temporária da personalidade jurídica da sociedade” (STOLZE, 2011, p. 273).

<sup>8</sup> SILVA, 2020, p. 69.

<sup>9</sup> Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

acordo com esse diploma processual, a formulação do pedido de desconsideração é de iniciativa das partes envolvidas no processo, ou do Ministério Público (nas causas em que atuar como parte ou como fiscal da lei), não podendo o incidente ser instaurado de ofício pelo juízo. Exige-se a citação das partes para manifestação prévia nos autos, com a produção das provas necessárias, instaurando-se o contraditório, o que nem sempre era respeitado na jurisprudência anterior.

Sendo o incidente necessariamente cirúrgico e pontual, será indispensável identificar os atos-fatos que caracterizam o abuso da personalidade jurídica, com a individualização das ações do terceiro chamado ao processo. A instauração do incidente processual, via de regra, suspenderá o curso do processo principal, seja processo de conhecimento, cumprimento de sentença ou execução. Na doutrina, Darci Guimarães Ribeiro<sup>10</sup> fazia do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ainda na fase do projeto, pertinente consideração: “Também no incidente de desconsideração da pessoa jurídica o contraditório se faz presente em toda a sua amplitude constitucional, inclusive com ampla possibilidade de produção de provas (...) O projeto do novo CPC inova e traz mais segurança jurídica quando obriga a necessidade do contraditório prévio neste incidente, que

---

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

<sup>10</sup> Em sua obra intitulada “A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do Novo CPC”.

deve ser instaurado de forma incidental para que possa averiguar a ocorrência ou não das situações previstas em lei”<sup>11</sup>.

Concluída a instrução, o incidente será resolvido por decisão interlocutória, com a possibilidade de interposição de Agravo de Instrumento<sup>12</sup> pelo vencido. Quando for o caso caberá o Agravo Interno, quando proferida a decisão monocrática pelo relator em instância revisora.

#### **4. SOBRE A INCIDÊNCIA DA VERBA HONORÁRIA NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

Proferida a decisão que aprecia o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, surge a questão do deferimento da verba honorária em favor do advogado do vencedor, e este é o objetivo deste pequeno trabalho que, para construir sua conclusão, recolheu arestos<sup>13</sup> vários, o suficiente para deles recolher que a questão está longe de rep-

---

<sup>11</sup> RIBEIRO, 2013, p. 48.

<sup>12</sup> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica; (...).

<sup>13</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – FASE EXECUTIVA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – NÃO CABIMENTO.

– A tentativa frustrada na localização de bens da empresa executada, por si só, não faz presumir o abuso da personalidade jurídica, o qual exige prova efetiva do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial – Não há que se falar em fixação de honorários advocatícios na decisão que rejeita o incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica. (TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0701.18.023526-2/001, Relator(a): Des.(a) Jaqueline Calábria Albuquerque, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/01/2020, publicação da súmula em 04/02/2020 – grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Condenação de honorários advocatícios sucumbenciais em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Não cabimento, em conformidade com o que estabelece o art. 85, § 1º, do Código de Processo Civil. Incabível também a fixação ou a majoração de honorários advocatícios em sede de agravo de instrumento, não sendo aplicável o art. 85, § 11, do NCPC ao presente caso. Decisão alterada. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2115525-35.2019.8.26.0000; Relator (a): Pedro Kodama; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/07/2019; Data de Registro: 01/07/2019 – grifo nosso).

resentar alguma unanimidade. Os tribunais, por fundamentos vários,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TEORIA MAIOR. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NÃO DEMONSTRADO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO INCIDENTE. NÃO CABIMENTO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito civil, somente pode ser deferida mediante prova robusta da existência do abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade da empresa ou pela confusão entre os bens da sociedade e de seus sócios. Ou seja, a dissolução irregular da sociedade empresária, a não localização de bens da parte devedora ou a ausência de localização no endereço formalmente vinculado à sociedade empresária não possuem o condão de amparar o pleito de desconsideração. 2. A decisão proferida em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica não enseja o arbitramento de honorários de sucumbência, a teor do que dispõem os artigos 85, *caput* e § 1º, e 136 do CPC. 3. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido. (TJDFT – Acórdão 1183513, 07021499220198070000, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 26/6/2019, publicado no DJE: 19/7/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada. – grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DESACOLHIDO COM A CONDENAÇÃO DO EXEQUENTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. 1. Art. 85, § 1º, CPC/15. 2. Conforme entendimento do STJ, em razão da ausência de previsão normativa, não é cabível a condenação em honorários advocatícios em incidente processual, ressalvados os casos excepcionais. 3. AgInt no REsp 1834210/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJE 06/12/2019. 4. Precedentes desta Corte. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJRJ – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0030294-69.2019.8.19.0000 – Des(a). FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL – Data de Julgamento: 10/02/2020 – Data de Publicação: 14/02/2020).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. DESISTÊNCIA DO INCIDENTE, POSTERIOR A INTEGRAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. Cuida-se, na origem, de execução de título extrajudicial promovida pela agravada. Decisão recorrida que homologou desistência de incidente de desconsideração de personalidade jurídica e deixou de condenar a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios. Matéria disciplinada nos artigos 133 ao 137 do Código de Processo Civil de 2015. Natureza de ação incidental, resolvida por decisão interlocutória de mérito, a qual faz coisa julgada material. Caso concreto em que, após a regular tramitação do feito, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, foi homologada desistência, mediante anuência do réu, que fora devidamente citado, inclusive, com a comunicação ao Cartório do Distribuidor. Inexistência de previsão expressa no capítulo que disciplina o referido incidente nem na seção que trata das despesas, dos honorários advocatícios e das multas

concedem e negam, no caso, honorários advocatícios.

quanto ao cabimento da condenação ao pagamento de verba honorária pelo vencido. Rol do artigo 85, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil de 2015 que é meramente exemplificativo, tendo em vista que o próprio diploma processual estabelece, em outras situações, a possibilidade de condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, como ocorre na hipótese do parágrafo único do artigo 129, que trata da denunciação da lide. Interpretação sistemática do Diploma Processual. Inexistência de norma legal que não exime o magistrado de decidir a questão. Controvérsia que deve ser resolvida com base na analogia, método de integração. Inteligência do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Aplicação do Princípio da Causalidade, orientador da fixação da sucumbência. Cabimento da condenação da parte vencida ao pagamento dos honorários sucumbenciais no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com base no artigo 85, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015. Arbitramento do valor da verba honorária em termos equitativos, porquanto ausente condenação. Incidência do princípio da causalidade. Reforma parcial da decisão vergastada. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TJRJ – AGRAVO DE INSTRUMENTO 0029934-37.2019.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – Des(a). JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI – DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL – Data de Julgamento: 22/10/2019 – Data de Publicação: 25/10/2019)

Execução de título extrajudicial. Incidente de desconsideração inversa de personalidade jurídica. Improcedência. Ausência de comprovação de qualquer das situações indicadas no artigo 50 do Código Civil. Cabimento da condenação em honorários advocatícios. Irrelevância da falta de nominal previsão no artigo 85 § 1º do CPC porque nos termos do artigo 135 aquele incidente tem feito de ação, já que terceiro é citado para nele se defender. Princípio da causalidade. Recurso improvido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2040949-37.2020.8.26.0000; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/03/2020; Data de Registro: 20/03/2020 – TJSP).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. 1. A desconsideração da personalidade jurídica de empresa devedora exige prova do abuso de personalidade, seja pelo desvio de finalidade, seja pela confusão com o patrimônio dos sócios. 2. A mera possibilidade da não satisfação do crédito e a ausência de bens penhoráveis são circunstâncias insuficientes a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica. 3. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica tem natureza de ação autônoma incidental, cujo rito está previsto no artigo 133 e seguintes do CPC, com a citação da parte adversa, formando-se, portanto, uma nova relação jurídica processual, que inclui o sócio que não integrava a lide, o que atrai a incidência do artigo 85 do CPC e, conseqüentemente, a condenação em honorários advocatícios de sucumbência. 4. Agravo de Instrumento conhecido, mas

Conclusivamente são dois, e divergentes, os principais posicionamentos encontrados. O primeiro entendimento defende o descabimento da referida condenação, ao fundamento básico de sua não previsão no rol do artigo 85, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil<sup>14</sup>. Esse posicionamento se apoia no que seria uma taxatividade da norma, de modo que, não havendo previsão legal para condenação de honorários em incidentes processuais de modo expresse, não se justificaria tal condenação.

Noutro norte, tem-se o entendimento contrário, o qual se apresenta mais condizente e coerente com a lógica e com a finalidade da condenação em honorários advocatícios, alinhado, também, com propósitos não menos nobres do Código de Processo Civil, qual seja, o princípio da valorização do trabalho do advogado, para além do sentido pedagógico de se evitar proposituras aventureiras.

Com efeito, o citado artigo 85, parágrafo 1º, estabelece as hipóteses nas quais são devidos honorários advocatícios, incluindo-se a reconvenção, o cumprimento de sentença e a execução. A tese de sua taxatividade não deve prosperar. A respeito e analogicamente é preciso

---

não provido. Unânime (TJDFT – Acórdão 1181237, 07039703420198070000, Relator: FÁTIMA RAFAEL, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 18/6/2019, publicado no PJe: 1/7/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada. – grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCIDENTE. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. AUSÊNCIA. ART. 50 DO CC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A regra relativa a desconsideração da personalidade jurídica, tanto da sociedade, como do sócio, é restritiva de direitos e, por isso, incide apenas em situações excepcionais e quando existentes provas exaurientes acerca do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, com a intenção de frustrar o processo executivo. Inteligência do art. 50 do CC2. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica se encerra por decisão de mérito e acarreta sucumbência, ensejando o arbitramento de honorários advocatícios, nos termos do art. 82, § 2º, do CPC. 3. Recurso conhecido e não provido. (TJPR – 11ª C. Cível – 0059622-28.2019.8.16.0000 – Cascavel – Rel.: Desembargador Fábio Haick Dalla Vecchia – J. 28.03.2020).

<sup>14</sup> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

reconhecer que o mesmo código é determinante em impor o chamado ônus da sucumbência quando da denunciação da lide em favor do denunciado<sup>15</sup>. Nesse sentido, é de se concluir que o sistema processual vigente permite o arbitramento da verba em circunstância de encerramento do processo por decisão interlocutória. Embora de modo incidental à ação principal, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica corresponde à nova demanda, com polo passivo (sócio, administrador ou pessoa jurídica), causa de pedir (alguma das hipóteses do artigo 50 do Código Civil) e pedidos distintos de reconhecimento da responsabilidade da parte em arcar com obrigação em razão de fraude.

Assim, a parte requerida, da mesma forma que o réu constituído na ação principal, certamente contratará advogado para a produção de defesa, serviço que consiste na apresentação e análise de provas, cumprimento de atos processuais e diligências próprias. A lide demandará, por óbvio, trabalho, zelo e dedicação dos patronos das partes, requisitos necessariamente, considerado para fixação da verba honorária como em qualquer outro processo judicial.

Após a regular tramitação do incidente, a decisão que julgará o mérito do pedido de desconsideração, seja para acolhê-lo, seja para rejeitá-lo, fará coisa julgada material, nos termos do artigo 502 do mesmo *Codex*<sup>16</sup>.

A parte requerida, a quem terá sido imputado fato grave de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, e que, para se defender, terá contratado advogado, ao tornar-se vencedora da demanda, deverá ter o direito de receber, da contraparte, honorários de sucumbência, sendo ainda reembolsado pelas despesas processuais antecipadas. Essa, a orientação da doutrina de Christian Garcia Vieira: “Afinal, uma vez citado o réu, ele irá constituir advogado, ingressar no feito e, exemplificativamente, apresentar defesa para demonstrar a inexistência de atos de confusão patrimonial que justificariam a inaplicabilidade do instituto no caso concreto. Há uma decorrência lógica de que o autor,

---

<sup>15</sup> Art. 129. Se o denunciante for vencido na ação principal, o juiz passará ao julgamento da denunciação da lide.

Parágrafo único. Se o denunciante for vencedor, a ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, sem prejuízo da condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado.

<sup>16</sup> Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

que propôs a demanda, caso derrotado, remunerar as custas e os honorários advocatícios ao réu”<sup>17</sup>.

Lado outro, a parte requerente, ao tornar-se vencedora da demanda, deve ter o direito de receber, do requerido, honorários de sucumbência, bem como direito de ser reembolsado pelas despesas processuais antecipadas. Afinal, o trabalho desenvolvido pelo advogado nos autos do incidente difere-se do desenvolvido no processo principal, não bastando que se prove a existência ou inexistência do crédito em favor do requerente, mas a ocorrência de fraude e a sua extensão em relação à obrigação originária.

Não restam dúvidas de que, seja qual for o resultado do julgamento do pedido de descon sideração no incidente processual, a pretensão de se atingir o patrimônio do sócio, do administrador ou da pessoa jurídica por dívida de outrem terá dado causa à movimentação da máquina judiciária, de modo que deverá o vencido arcar com as despesas decorrentes, o que inclui pagamento de honorários advocatícios ao vencedor.

Sendo assim, a ausência de previsão legal expressa, em contraponto a tudo o que foi dito, é fundamento raso para se afastar a condenação em honorários advocatícios em sede de incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Esta é a posição que nestas linhas se quer defender.

## 5. DA MODALIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Reconhecendo-se a necessidade de condenação do vencido ao pagamento de honorários no incidente de descon sideração da personalidade jurídica, outro ponto controverso refere-se à modalidade pertinente, notadamente sobre a possibilidade de arbitramento da verba honorária por equidade. A título de exemplo, foram colacionados acórdãos<sup>18</sup> no sentido de sua orientação.

<sup>17</sup> VIEIRA, 2017, p. 183.

<sup>18</sup> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO EQUITATIVA. ART. 85, § 8º, CPC. RAZOABILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Agravo de instrumento contra decisão que, em sede de cumprimento de sentença, condenou o exequente, perdedor do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, ao pagamento dos honorários advocatícios – arbitrados em R\$5.000,00 (cinco mil reais), conforme art. 85, § 8º do CPC. 2. Trata-se de recurso cujo

## É cediço que a verba honorária deve, necessariamente, ser arbitrada

objeto limita-se ao valor e aos critérios adotados para fixação dos honorários advocatícios – não adentrando na discussão relativa ao cabimento da condenação do vencido no incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao pagamento de honorários de sucumbência. 3. De acordo com o artigo 85 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem sempre ter como parâmetro para a sua fixação o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado, bem como o tempo exigido para o seu serviço. 4. A regra inserta no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, que estabelece balizas e parâmetros para a fixação de honorários advocatícios, é mitigada pelo § 8º do mesmo dispositivo, no intuito de garantir aos patronos uma remuneração condizente com o trabalho exigido, a despeito da expressão econômica abrangida pela causa. 5. *In casu*, o valor arbitrado pelo Juízo da origem corresponde aos critérios acima listados, sendo razoável e proporcional ao trabalho desenvolvido pelo causídico – motivo pelo qual não merece reforma a decisão. 6. Recurso conhecido e desprovido. (TJDFT – Acórdão 1220894, 07198263820198070000, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 4/12/2019, publicado no DJE: 16/12/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. CABIMENTO. Embora o percentual previsto para a fixação de honorários, constante no Art. 85, § 2º, do CPC, seja entre 10% e 20%, em se tratando de causa de valor altíssimo, a verba honorária deverá ser fixada em observância ao que dispõe o Art. 85, § 8º, do CPC, de modo a propiciar a digna remuneração processual do causídico, evitando-se o enriquecimento sem causa, observando-se a singeleza da causa. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento, Nº 70077894566, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elisa Carpin Corrêa, Julgado em: 11-10-2018 – Publicação: 17-10-2018 – grifo nosso).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCIDENTE. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. AUSÊNCIA. ART. 50 DO CC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. A regra relativa a desconsideração da personalidade jurídica, tanto da sociedade, como do sócio, é restritiva de direitos e, por isso, incide apenas em situações excepcionais e quando existentes provas exaurientes acerca do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, com a intenção de frustrar o processo executivo. Inteligência do art. 50 do CC. 2. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica se encerra por decisão de mérito e acarreta sucumbência, ensejando o arbitramento de honorários advocatícios, nos termos do art. 82, § 2º, do CPC. 3. Recurso conhecido e não provido. (TJPR – 11ª C.Cível – 0059622-28.2019.8.16.0000 – Cascavel – Rel.: Desembargador Fábio Haick Dalla Vecchia – J. 28.03.2020).

com base no § 2º ou § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil<sup>19</sup>, a depender do caso com exceção às causas em que for parte a Fazenda Pública. Em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como se vê, há decisões sob os dois fundamentos. A fixação da verba honorária por apreciação equitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, era possível nas causas de pequeno e inestimável valor, nas que não havia condenação e nas execuções. Com o advento do novo Código, em 2015, a atribuição da equidade restringiu-se à primeira hipótese, podendo ser aplicada somente para majoração de honorários tidos por muito baixos ou irrisórios. Sobre as mudanças advindas do Código de Processo Civil de 2015, registra-se, em sentido contrário à apreciação equitativa, a ampliação das hipóteses de fixação da verba honorária com base no parâmetro legal do antigo artigo 20, § 3º<sup>20</sup>. Além do valor da condenação em si, no novo Código o julgador considerará o proveito econômico obtido pelo vencedor e o valor da causa de modo atualizado, confor-

---

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Honorários advocatícios sucumbenciais. Arbitramento por equidade. Pedido de fixação com base nos limites do art. 85, § 2º, do CPC/15. Acolhimento. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2268441-88.2018.8.26.0000; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII – Tatuapé – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2019; Data de Registro: 20/02/2019)

<sup>19</sup> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

<sup>20</sup> (A norma revogada): Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

me disposto no artigo 85, § 2º. Recentemente, o Colendo Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão<sup>21</sup> esclarecendo tais alterações e

<sup>21</sup> “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O novo Código de Processo Civil – CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido. 2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º). 3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria. 4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art.85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo. 6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido”. (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019).

ressaltando que a norma do § 2º é regra geral para arbitramento dos honorários.

Numa síntese, vê-se que, para arbitramento da verba, deve-se observar a seguinte ordem: em primeiro lugar, havendo condenação em quantia certa, a verba deverá ser fixada dentro do percentual de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento) sobre o *quantum* condenatório; em segundo lugar, não havendo condenação em quantia certa, a verba deverá ser fixada entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, nos termos do mencionado artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Em terceiro lugar, havendo ou não condenação, nas causas em que inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido ou quando muito baixo o valor da causa, a verba honorária deverá, apenas e tão somente nessa circunstância, ser fixada por apreciação equitativa, nos termos do citado artigo 85, § 8º. Esta restrição legal, todavia, não foi observada por vários dos arestos colacionados.

Especialmente sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, verifica-se que não há condenação do vencido em quantia certa. A decisão de mérito proferida no incidente é marcadamente declaratória e constritiva. Nos limites da declaração não se cogita exatamente de seu valor ou expressão econômica. Nos limites da construção, o feito se devolve e se remete para aquele processo principal. Em face disso, o valor da causa atribuído ao incidente tem fins meramente fiscais.

Não se discute, todavia, que ao postular a desconsideração da personalidade jurídica para fins de afetação do patrimônio de um sócio ou de uma pessoa jurídica, o requerente veicula em juízo uma pretensão de proveito econômico, qual seja, a satisfação de obrigação pleiteada na ação principal corrompida por ato fraudulento do requerido.

Assim, seguindo orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do citado § 2º do artigo 85, a verba honorária deverá ser arbitrada entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o proveito econômico pretendido pelo requerente do incidente.

Com efeito, parcela da jurisprudência tem, corretamente, arbitrado esses honorários sucumbenciais, fazendo-o nesses termos. Há,

todavia, entendimento equivocado embora no sentido de que, quando o proveito econômico pretendido pelo requerente for exorbitante, a verba deveria ser arbitrada com base na equidade, a fim de se evitar a fixação de honorários sucumbências em valores muito altos. No entanto, não há, no artigo 85, § 8º, qualquer menção às causas com proveito econômico ou valor da causa exorbitante ou muito alto. A equidade somente poderá ser utilizada para majoração de honorários advocatícios tidos por muito baixos ou irrisórios, o que não é a mesma coisa. A letra da lei é clara e não permite, interpretação extensiva em sentido contrário. É o que se sustenta. Este posicionamento está em consonância com o Enunciado nº 06 da I Jornada de Direito Processual do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual: “A fixação dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa só é cabível nas hipóteses previstas no § 8º do art. 85 do CPC”. Nesse diapasão é a doutrina de Luiz Dellore: “Seguramente haverá o debate se este § 8º pode ser utilizado para minorar os honorários, caso o resultado da fixação, conforme os critérios previstos nos diversos parágrafos, leve a uma quantia muito elevada. A resposta deve ser negativa. A opção do legislador foi clara, o presente parágrafo foi inserido com a finalidade de afastar as condenações em valores irrisórios. Assim, é diametralmente oposto ao previsto na legislação aplicar este dispositivo para diminuir os honorários fixados conforme critérios legais”<sup>22</sup>.

A fixação da verba entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) não deve ser mitigada por uma aplicação discricionária da norma que trata da apreciação equitativa, como se tem praticado nalguns tribunais.

## 6. CONCLUSÃO

Para se desconsiderar a personalidade jurídica, é necessária a instauração de um incidente, a pedido das partes ou do Ministério Público, com citação do requerido para apresentação de defesa, momento em que se poderá requerer produção de provas. A ação principal ficará suspensa até o julgamento da nova demanda, que será resolvida por decisão interlocutória.

---

<sup>22</sup> DELLORE, 2015, p. 297.

O incidente de desconsideração tem natureza de ação autônoma, com polo passivo, causa de pedir e pedido distintos do processo principal. O requerido, até então estranho à lide, convocado para defender, necessita contratar advogado.

O rol do artigo 85, parágrafo 1º do Código de Processo Civil não é taxativo e como exemplo dessa afirmação, tem-se a previsão de condenação em honorários na denúncia à lide, modalidade de intervenção de terceiro na qual também se decide por decisão interlocutória.

A pretensão do requerente de atingir o patrimônio do sócio, administrador ou pessoa jurídica por obrigação de outrem, independente do resultado do julgamento, dá causa à movimentação da máquina judiciária, de modo que deve o vencido arcar com as despesas daí decorrentes, o que inclui pagamento de honorários advocatícios.

Esses honorários devem ser fixados com base no parâmetro legal do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, considerando-se o proveito econômico pretendido pelo requerente.

Não parece razoável a fixação desses honorários sucumbenciais por equidade sob o argumento único de que a verba arbitrada entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) desse proveito econômico seria excessiva, na medida em que, o § 8º, do artigo 85 mencionado, que trata da modalidade diz respeito, exclusivamente, às causas em que inestimável ou irrisório seja o proveito econômico, ou quando o valor da causa for muito baixo.

Finalizando, espera-se que o entendimento jurisprudencial acerca do tema, ainda conflitante, se consolide no sentido da possibilidade da condenação de honorários advocatícios no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, para tanto considerando o valor da ação principal, considerando-se a parcela da obrigação atingida pela fraude imputada ao requerido, e o próprio valor atribuído ao incidente, considerando-se, no conjunto, todos eles.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DELLORE, Luiz. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito Civil. Volume I: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PARENTONI, Leonardo. Artigo “O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC-2015”. Editora Fi, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Teoria geral de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 1ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Jose Anchieta da. O Empresário e a Lei de Liberdade Econômica: esperado encontro marcado. In: OLIVEIRA, Amanda Flávia de (Org.). *Lei da Liberdade Econômica e o Ordenamento Jurídico*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Volume I*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIEIRA, Christian Garcia. *Desconsideração da personalidade jurídica no Novo CPC: natureza, procedimentos e temas polêmicos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

# A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL – PRECEDENTES

Deborah Frauches Chaves

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A demanda do mercado por uma forma mais rápida, célere e econômica de resolução de conflitos. 3. A sucessão de crises que abalaram a economia brasileira nos últimos 15 anos. 3.1. A crise financeira mundial de 2008 – O *Subprime*. 3.2. A crise político-econômica de 2014 que afetou diretamente o setor de construção civil no Brasil. 4. Considerações básicas sobre o instituto da recuperação. 4.1. Da legitimidade ativa e dos créditos sujeitos e não sujeitos à recuperação extrajudicial. 4.2. Do plano de recuperação extrajudicial – limitações legais. 4.3. Do procedimento da recuperação extrajudicial. 4.4. Dos efeitos do plano homologado. 5. A viabilidade da empresa e o “*timing*” ideal para o sucesso da recuperação extrajudicial. 6. Precedentes analisados. 6.1. A união das Lojas Leader. 6.2. A máquina de vendas (Dona da Rede Ricardo Eletro). 6.3. A enseada Indústria Naval. 6.4. A Nutriplant Indústria e Comércio S. A. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 7.661 de 1945 previa a concordata como única forma preventiva de se evitar a falência. Atendia-se tão somente a uma classe de credores, os denominados credores quirografários, aqueles que não possuíam garantias, sendo vedada a negociação entre devedor e credores, sob pena de decretação de falência. O modelo não atendia nem a devedores e nem a credores. A demora na resolução desses processos tinha, como resultado, a perda de valor dos ativos da esfera

devedora, dentre outros males. A realidade se expôs, exigindo radical mudança nos procedimentos, demandando a abertura de espaço para ganhos de eficiência que resultassem em ganhos para algumas das partes sem perdas para as demais.

A nova Lei de Recuperações e Falência, dentre tantas inovações, valorizou a negociação como ponto forte e vantajoso do processo. Sobre este ponto, Paulo Penalva Santos afirma que “o acordo entre credor e devedor é a grande vantagem da lei atual, que não estabelece parâmetro de proposta de renegociação, podendo ser negociados pagamentos e descontos, ou mesmo a transformação de crédito em participação na empresa”.<sup>1</sup>

A Lei nº 11.101/2005, em atendimento às demandas da realidade brasileira procura viabilizar a recuperação de empresas em crise financeira, porém viáveis, que passam por dificuldades momentâneas, a fim de preservar sua capacidade produtiva, os interesses dos credores e os empregos, atento à sua função social como motor da atividade econômica. Se antes, no regime antigo, a negociação entre devedor e credores não era sequer prevista, com a promulgação da nova lei sobreveio a possibilidade, como recomendação legal, de se solucionar os problemas por meios privados, pela elaboração de um plano de recuperação, judicial ou extrajudicial.

Neste artigo se tratará da recuperação extrajudicial e a sua necessária assimilação, visto ser ainda muito negligenciada, como ferramenta efetiva, satisfatória e dinâmica na solução de conflitos. Valorizar-se-á os precedentes.

## **2. A DEMANDA DO MERCADO POR UMA FORMA MAIS RÁPIDA, CÉLERE E ECONÔMICA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

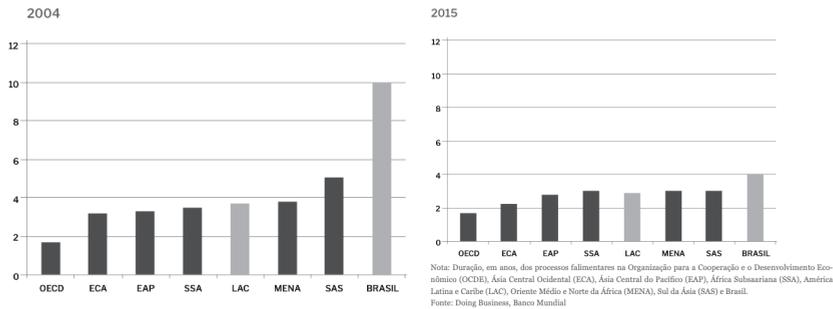
Estudo da FGV – Fundação Getulio Vargas, em 2018, fez uma comparação entre o tempo médio para se resolver uma insolvência no Brasil e em outras regiões do mundo, entre os anos de 2004 e 2015. Note-se, um ano antes da entrada em vigor da Lei 11.101/2005. No

---

<sup>1</sup> SANTOS, Paulo Penalva. Fundação Getulio Vargas (FGV). Recuperação de Empresas. *Cadernos de Projetos*. ISSN 1984-4883, ano 13, n. 33, set. 2018. p. 12. Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/recuperacao-de-empresas>

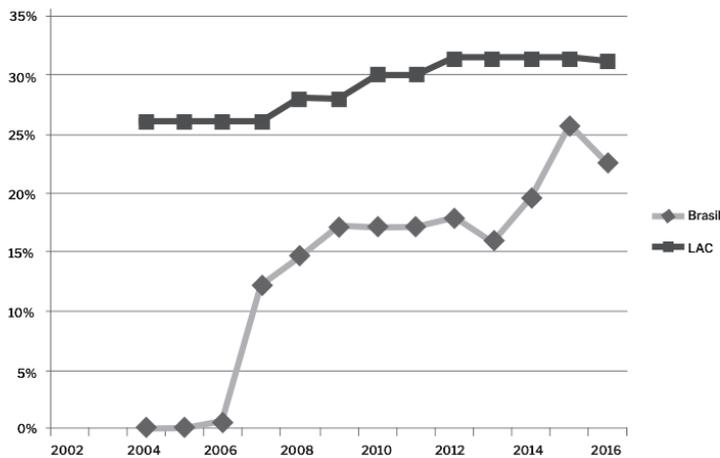
período, vários países implementaram reformas em seus sistemas legais, de modo que o tempo médio de resolução da insolvência caiu significativamente em várias das regiões. No Brasil, essa queda se mostrou acentuada, caindo de dez para quatro anos em média, conforme demonstra o apontado estudo realizado. Confira-se pelos gráficos-figuras que se transporta :

**Figura 1** Tempo médio de resolução de insolvência



No ano de 2015, com a sólida implementação da nova lei, esse número se reduziu para 4 anos no Brasil e para 2 anos em relação à ECA. No mesmo período, a taxa de recuperação de créditos, no Brasil, também subiu expressivamente, em comparação, agora, ao resto da América Latina. Confira-se:

**Figura 2** Taxa de recuperação de créditos: Brasil versus América Latina



Fonte: Doing Business

Era evidente, conforme restou comprovada, a necessidade de reforma que era reclamada pela economia brasileira. O ordenamento jurídico

anterior era orientado, exclusivamente, para a resolução de conflitos por meio do método judicial tradicional, o que significava litígios prolongados, envolvendo diversos atores da cadeia judicial e causava insatisfação às partes devido à demora na prestação judicial definitiva.

Noutra fonte, no “Relatório Justiça em Números 2019 – Litigiosidade”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, em que pese a movimentação processual, se confere que só nas justiças estaduais surgiram 19.579.314 casos novos, existindo, ainda, 62.988.042 casos outros de naturezas várias em tramitação. É com base nesse sobrecarregamento do Judiciário que, nos últimos tempos, ganharam destaque as chamadas alternativas extrajudiciais de solução de conflitos que, por eficiência e rapidez em relação ao processo judicial tradicional vêm sendo preferidos pelas empresas.

A recuperação extrajudicial, nesse contexto, insere-se como uma forma de solução mais rápida, barata e menos burocrática do que a própria recuperação judicial, por envolver solução consensual entre as partes e dispensar, em termos, a atuação incisiva do judiciário, facilitando o soerguimento da empresa e oportunizando, assim, a sua reestruturação. O objetivo da nova lei, envolve inúmeros fatores, dentre os quais a importante valorização da preservação e da recuperação da empresa, evitando-se a decretação da falência.

### **3. A SUCESSÃO DE CRISES QUE ABALARAM A ECONOMIA BRASILEIRA NOS ÚLTIMOS 15 ANOS**

Desde a década de 1980 que a economia brasileira tem vivido períodos de intensa inconstância, numa espécie de *stop-and-go*<sup>2</sup>, alternando pequenos picos de crescimento com desacelerações econômicas muitas vezes abruptas. Após um período de expansão entre os anos de 2004 e 2013, o país contraiu uma crise com forte e prolongada recessão entre 2015/2016, com uma taxa de crescimento do PIB média negativa em 3,7%, acompanhada de uma piora em vários indicadores sociais.

#### **3.1 A crise financeira mundial de 2008 – O Subprime**

A maior crise do sistema financeiro global desde a grande depressão começou há doze anos. Embora o mercado apresentasse sinais de

---

<sup>2</sup> Taxas de expansão do PIB (Produto Interno Bruto) que alternam fases de crescimento mais baixo e outras com um maior dinamismo.

fragilidade há algum tempo antes de 2008, o marco da crise se deu quando o Banco de Investimento Lehman Brothers foi à falência em 15 de setembro. O mundo começou a perceber o tamanho do problema que se aproximava. O Lehman Brothers tinha 158 anos de história e era um dos maiores bancos de investimentos dos Estados Unidos. Ao falir, colocou em dificuldades uma série de outros bancos, empresas e investidores e gerou uma reação em cadeia. A crise financeira de 2008 havia sido considerada, até então, a mais grave desde a quebra da Bolsa de Nova York em 1929.

No Brasil, a crise financeira de 2008 se deu em um momento em que a economia crescia, gerava emprego e o governo apresentava bons índices nas contas públicas. Entretanto, um abalo daquela magnitude em uma economia do tamanho dos Estados Unidos afetaria o mundo todo.

Antes, nos anos de 2004 e 2008, a economia brasileira havia crescido a uma média anual de 4,8%. O governo estava apostando em instrumentos parecidos com os usados pelos países desenvolvidos, incentivando a economia interna. A Lei de Recuperação de Empresas e Falência figura dentre esses instrumentos, visando a proteção do crédito.

Noutro giro, considere-se que em relação à crise do *Subprime*, pouco expressivos foram os seus efeitos no Brasil, num curto prazo, em comparação com outras economias de grandes nações. Em 2009 houve, todavia, uma breve recessão devido ao contágio da crise mundial. A partir de 2010, em meio ao ciclo político-eleitoral, o governo brasileiro persistia nos investimentos em troca do crescimento econômico de forma acelerada. Houve, internamente, leve ajuste em 2011 que, todavia, não durou.

O Brasil saiu rapidamente da crise porque vinha se beneficiando de um superciclo de *commodities*<sup>3</sup>, algo que não ajudava a economia europeia. É desse tempo a descoberta do “pré-sal” que impactou a confiança, adiando necessários ajustes. Sobreveio o colapso dos preços das *commodities* na China, abalando os países emergentes, principalmente os exportadores.

A desregulamentação dos mercados financeiros e a ampliação do crédito ao consumo não se apresentou sustentável ao passar do tempo e a instabilidade resultante obrigou a inversão de fundos públicos para

<sup>3</sup> *Commodities* são produtos que funcionam como matéria-prima, produzidos em escala e que podem ser estocados sem perda de qualidade.

salvaguardar o sistema de crédito do colapso. Como resultante da crise houve redução de investimentos na atividade empresarial dificultando a retomada do crescimento econômico nos países desenvolvidos e nas economias periféricas como no caso do Brasil.

Com o advento da Lei 11.101/2005, a recuperação extrajudicial passou a representar uma ferramenta nova na reestruturação da empresa.

### ***3.2 A crise político-econômica de 2014 que afetou diretamente o setor de construção civil no Brasil***

Com efeito, o Brasil continuou sofrendo os efeitos da crise, agravada por questões internas, isto é, como consequência de política inadequada no trato daquela crise de 2008.

É reconhecido que a cadeia da construção civil, pela sua relevância própria, além de dinamizar as demais indústrias, contribui com a geração de empregos e incentivo às pesquisas e inovações tecnológicas. O setor gera 10 milhões de empregos e movimenta 9,9% do Produto Interno Bruto (PIB), com potencial de alavancar ainda mais a economia. O professor norte-americano Michael Porter, que ajuda a analisar as atividades que envolvem as indústrias, afirma que ao referido setor pode ser aplicado o conceito de “cadeia de valor”, ou seja, compreende todas aquelas etapas do processo produtivo. Agregadora de valores a construção civil vai desde a extração dos materiais até a sua aplicação na obra. Cada etapa produtiva da construção civil agrega valor ao produto final e à economia como um todo. Uma única obra onde foi investido 1 milhão de reais pode gerar 7,64 de empregos diretos e 11,4 empregos indiretos, fazendo crescer e se desenvolver a região e suas periferias.

As empresas do setor, que estavam vivenciando certo “boom” pelos idos de 2010 se depararam com um grande contrapasso em 2014. O crescimento econômico correspondeu ao aumento dos incentivos e da oferta de crédito. A renda real não cresceu na mesma proporção. Fatores outros intervieram e isso gerou novos e maiores endividamentos das empresas de construção que, atrelados aos escândalos de corrupção com as maiores empreiteiras do país em 2016, arrastou o setor para um longo período de crise, de retração, de estagnação, gerando inadimplências, aumento de taxas de juros e desaceleração. Foram adotadas duras medidas como cortes de mão de obra e gastos, com paralisação de obras, na tentativa de se evitar falências.

Os efeitos da crise antes iniciada, se projetaram nos anos seguintes e, para as dificuldades vivenciadas dois são os instrumentos novos que a legislação disponibiliza: – a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. A primeira tem se revelado invasiva, cara e estigmatizante. Vale a pena, portanto, apontar as vantagens e o que é que representa a chamada recuperação extrajudicial.

#### **4. CONSIDERAÇÕES BÁSICAS SOBRE O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO**

Com a Nova Lei (nº 11.101/2005) restou prevista a via extrajudicial para recuperação da empresa mediante apresentação de um plano aos seus credores, de forma a demonstrar a sua situação, demonstrando como reestruturá-la, fazendo-o por meio da concessão de novos prazos e condições para as dívidas, compreendidas no plano, a venda de ativos, entre outras estratégias de reestruturação, livremente pactuadas sem se valer da dependência direta do Poder Judiciário. Realizada a negociação com a aderência de um mínimo de 60% dos credores abrangidos pelo plano, segue-se o pedido de sua homologação, o que se obterá mediante sentença homologatória. A recuperação que nasce extrajudicial terminará, portanto, no foro judicial.

##### ***4.1 Da legitimidade ativa e dos créditos sujeitos e não sujeitos à recuperação extrajudicial***

O artigo 161 da Lei 11.101/05 prevê a legitimidade ativa, elencando os requisitos subjetivos para tanto. Exige-se que o devedor, para o feito, (i) exerça atividade empresarial por mais de dois anos, de forma regular; (ii) não seja falido ou, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; (iii) não tenha recuperação judicial em curso, nem tenha obtido recuperação judicial ou homologação de plano de recuperação judicial há menos de dois anos e (iv) não tenha sido condenado ou não tenha, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes estipulados por lei. Estarão compreendidos dentro da seara da recuperação extrajudicial os créditos com garantia real, com privilégios especiais, com privilégio geral, os quirografários e os subordinados, excluídos, portanto, da modalidade os créditos trabalhistas, assim como os que não se sujeitem à recuperação judicial.

#### ***4.2 Do plano de recuperação extrajudicial – Limitações legais***

A recuperação extrajudicial permite, em regra, que credores e devedores possam negociar livremente os termos do acordo que será submetido à homologação judicial.

O citado artigo 161, em seu § 2º apresenta limitações a essa negociação, proibindo o tratamento desfavorável aos credores não sujeitos ao plano, bem como que o plano estabeleça o pagamento antecipado de dívidas, em prol da vantagem igualitária e preservação do recebimento do crédito por todos os credores abrangidos pelo plano, que pode prever a alteração de valores e na forma de pagamento dos credores signatários com efeitos e cumprimento antecipado. O plano, uma vez aprovado poderá ser levado à homologação judicial. Caso o plano não seja homologado, e como tal não vingue, os créditos voltam às suas condições originais para efeito de seu recebimento, com a dedução dos valores pagos antecipadamente.

#### ***4.3 Do procedimento da recuperação extrajudicial***

Preenchidos os requisitos de legitimidade ativa, acertados com os credores o conteúdo válido do plano, é facultado à empresa devedora formalizar o pedido de sua homologação, fazendo-o através de petição, acompanhada de aprovação prévia por credores que representem mais de 3/5 dos créditos sujeitos ao plano.

A petição conterá a relação nominal dos credores com a indicação completa de endereços, natureza, classificação do valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e as indicações dos registros de cada transação pendente, além de outras formalidades, apontando, por óbvio e detalhadamente as alterações que o próprio plano propõe. É o que está previsto no art. 163 da Lei.

Recebido o pedido de homologação do plano extrajudicial, o juiz determinará a publicação de edital no Diário Oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentarem em 30 dias a impugnação ao plano, sobre a qual o devedor poderá se manifestar no prazo de 5 dias.

A matéria da impugnação a ser apresentada estará limitada aos termos taxativos do artigo 164, § 3º, não adentrando à questão de mérito

do plano. Assim, possível impugnar apenas (i) o não preenchimento do percentual mínimo de 3/5 dos créditos, que é requisito legal; (ii) a prática de atos de falência previstos no artigo 94, inciso III, da mesma lei; e (iii) o descumprimento de qualquer outra exigência legal. Essa limitação, autêntica intervenção legal, busca corresponder aos interesses dos credores no recebimento do seu crédito o quanto antes, construindo-se ambiente propício à realização de acordo.

Aquela maioria legal qualificada de 3/5 de aceitação do plano, sobrevivendo a homologação, obriga a minoria não aderente e acelera o processo como um todo, levando à satisfação razoável das pretensões na conformidade do plano.

O juiz decidirá sobre as impugnações e sobre a homologação judicial do plano, o que, se rejeitado não surtirá efeito em relação aos que o não subscreveram, cabendo, ao magistrado, em face da rejeição, extinguir o processo, todavia, sem resolução de mérito, permitindo recurso de apelação ou apresentação de novo plano de recuperação pelo devedor.

A efetiva homologação do plano poderá ocorrer de modo facilitado pela anuência de todos os credores a ele sujeitos. Depois da distribuição do pedido, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência do devedor e dos demais signatários. É o que se verifica da análise combinada dos artigos 161, 161, 163, 164 e 165 da Lei.

#### *4.4 Dos efeitos do plano homologado*

São inúmeras as vantagens para a empresa recuperanda, quanto ao processo de recuperação extrajudicial, que vão desde a negociação de um plano elaborado pelo próprio devedor, passando pela anuência integral dos créditos signatários, que requer aquele mínimo legal de 3/5 da concordância dos credores para tal, até a formalização e apresentação do plano, suspendendo medidas jurídicas e executivas passíveis ao devedor, pelos credores signatários.

A efetiva homologação do plano de recuperação extrajudicial gera como imediato efeito a novação das obrigações de todos os credores por ele alcançados. A sentença homologatória dará ao plano chancela de título executivo judicial.

Em que pese possível e eventual a rejeição do plano, diferentemente da recuperação judicial, não terá como efeito imediato a possibilidade de decretação de falência, podendo ser apresentado novo plano.

A recuperação extrajudicial se oferece como procedimento mais célere e simplificado. Diferentemente da judicial, nela não há a obrigatoriedade da participação do Ministério Público. Não se exige nomeação de Administrador Judicial, e nem se exige o comitê de credores ou assembleia de credores.

Na extrajudicial se permite a renegociação parcial, envolvendo determinados grupos de credores, para os quais serão negociadas novas condições de pagamento, sem a direta intervenção do Poder Judiciário.

Resumidamente, em contraponto com a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial apresenta incentivos numerosos dentre os quais se destacam a sua (i) celeridade; (ii) o custo expressivamente mais acessível; (iii) a redução significativa da burocracia no procedimento; (iv) o próprio caráter amigável e contratual proporcionada pela negociação que parte do próprio devedor; (v) a impossibilidade durante seu trâmite da declaração de falência do proponente; (vi) a imposição do plano homologado, aos demais credores; (vii) a possibilidade da apresentação de um novo plano, se necessário; e (viii) a formação de título executivo resultante da homologação do plano, equiparando-se neste ponto à própria recuperação judicial.

## **5. A VIABILIDADE DA EMPRESA E O *TIMING* IDEAL PARA O SUCESSO DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

A fim de garantir o sucesso do processo de superação, isto é, para que o processo de recuperação extrajudicial tenha maior garantia de êxito, será fundamental que a empresa economicamente viável reflita sobre o momento correto para começar as negociações e iniciar a sua recuperação extrajudicial. Muitas vezes, o devedor espera a instauração generalizada da crise, para só então iniciar as negociações. Trata-se de erro grave, pois, quanto antes forem iniciadas as negociações maiores serão as chances de sucesso.

Para a recuperação extrajudicial é preciso estar atento a três considerações básicas: (i) a sua viabilidade, seu futuro como empresa; (ii) a necessária proteção do patrimônio da empresa (aziendal) até que credores e devedor finalizem as negociações, o que deve ser diligenciado

por meio da suspensão de ações e execuções ajuizadas pelos credores signatários em face da recuperanda; e (iii) a certeza de que a simples quebra não seria também a melhor solução em benefício, inclusive, dos *stakeholders* e da economia como um todo.

Afinal, a postergação da liquidação da empresa contribui apenas para depreciar ainda mais os ativos da empresa, dificultando sua melhor destinação e comprometendo a recuperação do crédito pelos credores.

É preciso, dentro de uma visão moderna, acabar com o estigma de que a falência é sempre o pior caminho.

## 6. PRECEDENTES ANALISADOS

Após instigante pesquisa, apesar de conhecida como uma quase raridade, deparou-se com a existência de exitosos casos de recuperação extrajudicial os quais, selecionados, vale a pena conhecer como boa experiência na utilização do modelo.

### 6.1 A União de Lojas Leader

Em 30 de dezembro de 2016, a União de Lojas Leader S.A.<sup>4</sup>, entrou com pedido de homologação de seu plano de recuperação extrajudicial, na 3ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro – RJ. Os 230 dos

<sup>4</sup> Processo nº 0438654-27.2016.8.19.0001, em trâmite na 3ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro – RJ. Ação de Obrigação de Fazer. Pedido de Homologação de Plano de Recuperação Extrajudicial formulado por União de Lojas Leader S.A., com capital social no valor de R\$ 181.430.300,25 e com endividamento concursal crítico de aproximadamente R\$ 222.431.870,72, alegando que se encontra com a concordância expressa de 172 credores quanto ao PRE, que representam 72% do valor total da dívida, equivalente ao valor de R\$ 219.295.727,07. Sentença que, tendo em vista os vícios insanáveis apontados, rejeitou o plano recuperacional apresentado pela recuperanda, deixando de homologá-lo para todos os efeitos legais, ressaltando a possibilidade de apresentação de um novo plano, como previsto no art. 164, § 8º, da Lei nº 11.101/05. R E F O R M A, pois a entidade obteve a concordância da grande maioria dos credores e a Lei nº 11.101/05 foi feita, visado a preservação da empresa, mormente a presente que é de grande parte e possui inúmeras filiais funcionando normalmente, gerando empregos e arrecadação tributária. Homologação do Plano de Recuperação Extrajudicial. Parecer do Ministério Público nesse sentido. PROVIMENTO DO RECURSO. (Processo nº 0438654-27.2016.8.19.0001, em trâmite na 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Des. Relator Otávio Rodrigues, Julgamento em 20/06/2018).

347 credores aprovaram o plano, representando assim mais de 72% do valor da dívida, algo aproximado de 222 milhões de reais.

Na via recursal, os julgadores acompanharam o relator, desembargador Otávio Rodrigues, votando favoravelmente ao recurso concessivo da homologação, ao considerar que o plano de recuperação extrajudicial obterá a concordância da grande maioria dos credores. Além de considerar a aprovação dos credores, o acórdão considerou também que o fechamento da rede de lojas de departamentos atingiria milhares de funcionários contratados e que causaria prejuízos inclusive fiscais. Obteve, portanto, a homologação judicial do plano.

## 6.2 A Máquina de Vendas (dona da Rede Ricardo Eletro)

A Máquina de Vendas Brasil Participações S.A.<sup>5</sup>, dona da conhecida rede de lojas Ricardo Eletro, teve o seu plano de recuperação extrajudicial homologado no início de janeiro de 2019.

O pedido de homologação é de agosto de 2018, na 1º Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível de São Paulo – SP, após acordo com um grupo de credores que representava cerca de 80% dos créditos. O valor da dívida gira em torno de 1,9 bilhões de reais.

A relação de credores apresentada compreendia credores quirografários e com uma subdivisão em três grupos de credores: (i) créditos quirografários (excluídos os créditos das outras subclasses); (ii) créditos com origem em contratos de prestação de serviços de transporte (créditos transportadores); e (iii) créditos oriundos de contratos de

---

<sup>5</sup> Processo nº 1088556-25.2018.8.26.0100, em trâmite na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo.

Em relação aos créditos abrangidos pelo Plano, conforme previsão legal do § 1º do art. 163 da LRE, cumpre esclarecer que, além dos credores titulares de Créditos Quirografários (art. 83, VI da LRE), o Grupo Máquina de Vendas subdividiu referida classe entre duas espécies de créditos de mesma natureza e sujeitos a semelhantes condições de pagamento, quais sejam: (i) créditos que tenham origem em contratos de prestação de serviços de publicidade, marketing e/ou atividades relacionadas, celebrados com agências de publicidade e marketing e veículos de comunicação (Créditos Marketing); e (ii) créditos que tenham origem em contratos de prestações de serviços de transporte e/ou atividades relacionadas e correlatas do setor (Créditos Transportadores). (fls. 13, Processo n. 1088556-25.2018.8.26.0100, em trâmite na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo.) (trecho extraído do julgado).

serviços de *marketing* e/ou atividades relacionadas (créditos de *marketing*). Observe-se que o quadro se apresenta com alguma criatividade, isto é, contém singularidades que lhe são próprias.

Registra-se, ainda, que em todos os grupos de credores, estavam listadas microempresas e empresas de pequeno porte. A devedora, ao tratar dos credores abrangidos pelo plano, tratou as credoras consideradas pequenas empresas ou de pequeno porte como credoras.

Em 10 de janeiro de 2019 o plano foi homologado<sup>6</sup> em primeira instância, depois de verificado o quórum legal de homologação exigido em cada um dos grupos de credores. Foram interpostos Recursos de Apelação, os quais, até a data desta pesquisa ainda não haviam sido julgados. É acórdão a ser aguardado e que, por certo, bem orientará na construção do instituto.

### 6.3. A Enseada Indústria Naval

A Enseada Indústria Naval<sup>7</sup>, empresa cujos sócios são as brasileiras Odebrecht, OAS, UTC e a japonesa Kawasaki, um dos maiores inves-

<sup>6</sup> Respeitadas as considerações do Administrador Judicial, entendo que o quórum de aprovação deve ser aferido em cada uma das subclasses criadas pela requerente em seu plano, sem o que perde sentido a faculdade legal prevista no parágrafo 1º, do art. 163, da LRF. (...) Se o postulante à recuperação se vale da prerrogativa legal de criar, dentro de uma classe legal, grupos de credores, oferecendo condições de pagamento diferenciadas em razão da atividade desempenhada, o quórum de aprovação deverá ser aferido em cada uma das subclasses previstas no plano de recuperação.

A discussão, contudo, a despeito de sua relevância prática e acadêmica, é absolutamente inócua no caso concreto. Com efeito, o trabalho apresentado pelo Administrador Judicial nos autos revela que o quórum de aprovação legal é atingido, seja qual for o critério de votação adotado pelo Juízo, isto é, se exigido o quórum sobre a totalidade dos créditos submetidos ao plano ou se exigida igualmente aprovação de 3/5 nas subclasses criadas pelas requerentes. (...) Afastadas as arguições de nulidade deduzidas pelos credores impugnantes, com a ressalva de que trata o item 4.6 acima, e, cabalmente demonstrado o preenchimento do quórum de 3/5 de aprovação em cada um dos grupos de credores pelo plano de recuperação extrajudicial abrangidos, de rigor a homologação postulada.

Pelo exposto, HOMOLOGO O PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL apresentado, com a ressalva de que as cláusulas 3.3.3, 9.8 e 9.9 são ineficazes em relação aos credores que com ela não anuíram expressamente. (TJSP. Processo nº 1088556-25.2018.8.26.0100. Juiz Tiago Henriques Papaterra Limongi. 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital de São Paulo. Julgamento em 10.01.2019.)

<sup>7</sup> Processo nº 0021878-80.2017.8.19.0001, em trâmite na 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

timentos privados no Brasil, foi impactada por profunda e duradoura crise da construção naval, com cancelamentos de projetos que estavam em execução. A Enseada chegou a um acordo com um grupo de credores para reestruturar dívidas de aproximadamente 1,3 bilhões de reais.

A empresa entrou com o pedido de homologação de seu plano de recuperação extrajudicial em janeiro de 2017, na 1ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro – RJ, com aprovação de mais de 64% do valor da dívida reestruturada, abrangendo obrigações com fornecedores e dívida bancária de curto prazo. Na relação de credores foram listadas microempresas e empresas de pequeno porte, juntamente com os credores quirografários, em um único grupo<sup>8</sup>. A empresa conseguiu elaborar um plano de negócios que gerasse receitas e pagasse os credores a prazo, atraindo novos investimentos. A afirmativa é de Fernando Barbosa, presidente da empresa: “a recuperação extrajudicial nos permite uma melhor organização, uma vez que já largamos com um plano negociado com a maioria dos credores”<sup>9</sup>.

A empresa se organizou, prevendo, no plano, diversos cenários dentre os quais se incluem a continuidade em certas atividades, a diversificação de atividades, de modo a desenvolver novos negócios ligados à construção naval e *offshore*.

Em 14 de novembro de 2017, o plano proposto foi homologado sem qualquer ressalva, tendo em vista o preenchimento do quórum legal<sup>10</sup>. Em face da decisão homologada foram opostos dois embargos de declaração, que foram desprovidos e a sentença transitou em julgado.

---

<sup>8</sup> BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Tratado de Direito Empresarial*. v. 5. Coord. Modesto Carvalhosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 513.

<sup>9</sup> GÓES, Francisco. Enseada Pede Recuperação Extrajudicial. *Jornal Valor Econômico*. 31 jan. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/coluna/enseada-pede-recuperacao-extrajudicial.ghtml>

<sup>10</sup> Vale conferir o seguinte trecho da sentença de homologação: “As impugnações apresentadas, e que estão sendo processadas e apreciadas em apartado, referem-se, em sua maioria, à divergência de valores, divergências estas, entretanto, que não têm o condão de alterar o quórum de aprovação do PRE, conforme o laudo pericial revelou. Aduza-se que o quórum é considerado com relação àqueles credores que foram incluídos no PRE, não sendo necessário que este abranja a totalidade de uma espécie, pois pode preferir a Requerente que apenas alguns ao seu Plano adiram. É fato que o PRE apresentado não encontrou qualquer óbice do Ministério Público, no que toca a eventuais cláusulas não respaldadas pela lei. Por fim, insta evidenciar que, ao contrário da recuperação judicial, o descumprimento do PRE não implica

#### 6.4 A Nutriplant Indústria e Comércio S.A.

A Nutriplan Indústria e Comércio S.A.<sup>11</sup> entrou com pedido de recuperação extrajudicial em caráter de urgência, sobre o qual publicou um “Fato Relevante” em outubro de 2017, informando que tal medida teria como objetivo “preservar o valor da Companhia, sua função social e o estímulo econômico, atendendo de forma organizada aos interesses de seus credores e acionistas”.

A empresa deu entrada no pedido de recuperação extrajudicial em outubro de 2017, perante a 5ª Vara Cível do Foro de Barueri – SP, com a anuência inicial de mais de 60% dos créditos abrangidos. A lista nominal de credores, abrangia três grupos de credores: (i) credores nacionais, (ii) credores estrangeiros e (iii) pequenos credores. A petição inicial, realçava os grupos de: (i) credores quirografários com créditos iguais ou inferiores a R\$10.000,00 e (ii) credores quirografários com créditos superiores a R\$10.000,00. Os credores referentes às ME/EPP foram relacionados no grupo de pequenos credores.

Essa estruturação dos grupos de credores, conforme valor do crédito, permitia tratar de maneira privilegiada os pequenos credores, quirografários ou ME/EPP.

Na homologação do plano<sup>12</sup>, que se deu em 01 novembro de 2018, praticamente um ano contado da data de entrada do pedido, o juiz expressamente considerou que haviam duas espécies de credores

---

a resolução da novação por ele operada. Não há reprodução para a recuperação extrajudicial da norma prevista pelo art. 61, § 2º, LRJF, à recuperação judicial.

Diante do exposto, nos termos do art. 164, § 5º, da Lei 11.101/2005, HOMOLOGO o Plano de Recuperação Extrajudicial de fls. 38/138, bem como os créditos nele evidenciados e, ainda, aqueles que forem eventualmente rerratificados nas impugnações opostas e em fase de apreciação judicial” (TJRJ. Processo nº 0021878-80.2017.8.19.0001. Juíza Maria Cristina de Brito Lima. 6ª Vara Empresarial. Decisão em 14.11.2017).

<sup>11</sup> Processo nº 1014127-23.2017.8.26.0068, em trâmite na 5ª Vara Cível do Foro de Barueri, São Paulo.

<sup>12</sup> As recuperandas contaram com a adesão de credores que representam 66,37% dos créditos quirografários sem aval, conforme relatório juntado pela administradora (fls. 1962): “(...) Ante todo o exposto, e, ponderadas todos os argumentos e razões trazidos nos autos pelos credores, recuperandas e administrador judicial, HOMOLOGO o plano de recuperação extrajudicial para que produza os seus efeitos. (TJSP. Processo nº 1014127-23.2017.8.26.0068. Juíza Anelise Soares. 5ª Vara Cível da Comarca de Barueri. Julgamento em 01.11.2018).

abrangidos no plano (ME/EPP e credores quirografários). Ainda que não mencionados, os credores quirografários e os ME/EPP estavam tratados de forma semelhante. Contra a decisão foi interposto Recurso de Apelação que ainda está pendente de julgamento (ao tempo do encerramento desta pesquisa).

## 7. CONCLUSÃO

As conclusões que a caminhada desta pesquisa propicia, por razões metodológicas, devem obedecer à linha da história.

Em primeiro lugar, como visto, a recuperação extrajudicial era inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. Foi inserida como alvissareira e bem-vinda novidade na Lei nº 11.101/2005. É certo que sua regulamentação legal é escassa. Mas, é igualmente certo que várias são as vantagens que oferece, dentre elas, o seu caráter contratual, a ausência daquelas desvantagens da ação de recuperação judicial que é ação cara, invasiva e estigmatizante. Dente suas vantagens ainda, considere-se a desnecessidade da instalação dos órgãos da administração judicial como a assembleia de credores e comitê de credores. O resultado de eventual insucesso nas negociações não significará, necessariamente, situação de falência.

Os precedentes exitosos anotados são reveladores do sucesso da recuperação extrajudicial como ferramenta de extrema utilidade na reorganização empresarial.

Nada obstante, a utilidade da homologação judicial dos planos de recuperação extrajudicial, o que é, efetivamente relevante, nesse intuito, é a sua não judicialidade, na medida da amplitude e da liberdade de sua fase negocial.

Em resumo, mais do que cobrar ação do legislador, é ao mundo empresarial, auxiliado pela boa advocacia especializada que cabem bem orientar o encaminhamento de uma recuperação extrajudicial, na solução das crises e vicissitudes do devedor empresário.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES, Murilo. A Opção Extrajudicial de Recuperação de Empresas. *Consultor Jurídico*, 07 jan. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-07/murilo-aires-opcao-extrajudicial-recuperacao-empresas>

BACELO, Joice. Tribunais se preparam para grande demanda de recuperações judiciais. *Jornal Valor Econômico*. 22. abr. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/04/22/tribunais-se-preparam-para-grande-demanda-de-recuperacoes-judiciais.ghtml>

BEVILAQUA, Newton. Recuperação extrajudicial. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5475, 28 jun. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65898>

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOARIN, Lucas. *Diferenças entre o Instituto da Concordata e da Recuperação Judicial*. Disponível em: <https://lucasboarin.jusbrasil.com.br/artigos/137611655/diferencas-entre-o-instituto-da-concordata-e-da-recupera-cao-judicial>

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. *Justiça em Números 2019 – Conselho Nacional de Justiça (CNJ) 2019*. I – Poder Judiciário – estatística – Brasil. II – Administração pública – estatística – Brasil. CDU 342 56, ano 236, f II, 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República [2005]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

BRASIL. *Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945*. Lei de Falências (REVOGADA). Brasília, DF: Presidência da República [1945]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del7661impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661impresao.htm)

BRASIL. Opas. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. 14 mai. 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875)

CARRO, Rodrigo. Incerteza econômica gera distância recorde entre projeções do FMI e do relatório Focus. *Jornal Valor Econômico*. 07 mai. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/07/incerteza-economica-gera-distancia-recorde-entre-projees-do-fmi-e-do-relatrio-focus.ghtml>

CASTRO, José Roberto. Dez anos da crise de 2008: colapso, consequências e lições. *Nexo Jornal*. 13 set. 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/09/13/Dez-anos-da-crise-de-2008-colapso-consequencia%C3%A0Ancias-e-li%C3%A7%C3%B5es>

CBIC, Agência. *Posicionamento – Construção civil é a locomotiva do crescimento, com emprego de renda*. 10 mar. 2020. Disponível em: <https://cbic.org.br/posicionamento-cbic-construcao-civil-e-a-locomotiva-do-crescimento-com-emprego-e-renda/>

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Daniel Carnio. *Recuperação Extrajudicial*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Direito Comercial, ISBN 978-85-60453-44-3, Tomo de Direito Comercial, São Paulo, 2018.

FONTENELLE NETO, José E. da C.; CIDRAL, Lucas Rafael Gonçalves Corrêa. Recuperação (extra)judicial e a COVID-19: uma possibilidade de contornar a crise. *Migalhas de Peso*, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324626/recuperacao-extra-judicial-e-a-covid-19-uma-possibilidade-de-contornar-a-crise>

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). *Recuperação de Empresas*. Cadernos de Projetos. ISSN 1984-4883, ano 13, n. 33, set. 2018. Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/publicacao/recuperacao-de-empresas>

GONÇALVES, Déborah de Melo. *A Nova ordem dos créditos na Lei de Falências e a priorização do interesse econômico em detrimento do interesse social*. Disponível em: [https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-nova-ordem-dos-creditos-na-lei-falencias-priorizacao-interesse.htm#indice\\_50](https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-nova-ordem-dos-creditos-na-lei-falencias-priorizacao-interesse.htm#indice_50)

JUNG, Luiz W. Recuperação Judicial e Extrajudicial de empresas. *Investimentos e Notícias*, 26 out. 2016. Disponível em: <http://www.investimento-senoticias.com.br/noticias/artigos-especiais/recuperacao-judicial-e-extrajudicial-de-empresas>

LAGE, Raquel Rodrigues. *A Construção Pesada Brasileira*. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas. Departamento DE Geografia. Programa de Pós-Graduação em Geografia Humana. São Paulo, 2017.

MAYA, William Carmona. As consequências na saúde e na economia em razão da pandemia do COVID-19. *Migalhas de Peso*. 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324592/as-consequencias-na-saude-e-na-economia-em-razao-da-pandemia-do-covid-19>MARTINS NETO, Carlos; MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça. *Aspectos Históricos dos Institutos Jurídicos para Solução da Crise Empresarial*. XXIII Encontro Nacional do

CONPEDI/UF SC. ISBN: 978-85-68147-23-8, ed. Conpedi, 2014. Disponível em: <http://www.moreiramenezes.com.br/wp/wp-content/uploads/2014/12/Publica%C3%A7%C3%A3o-CONPEDI.pdf>

PAULA, Luiz Fernando de; PIRES, Manoel. Crise e perspectivas para a economia brasileira. *Estudos Avançados* 31 (89), 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v31n89/0103-4014-ea-31-89-0125.pdf>

RAGAZZI, Ana Paula. Recuperação judicial deve crescer no 2º semestre. *Jornal Valor Econômico*. 06 mai. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/06/recuperacao-judicial-deve-crescer-no-2o-semester.gh.html>

REICHERT, Fabiola Polverini. As Vantagens da Recuperação Extrajudicial. *Migalhas de Peso*, 9 abr. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/277831/as-vantagens-da-recuperacao-extrajudicial>

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. Vol. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIBEIRO, Gabriela Esposito da Silva. *Stay period*. *Migalhas de Peso*, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321692/stay-period>

SIQUEIRA, Tania Carvalho. *Recuperação Extrajudicial de Empresas. Alternativa para solução de crises pontuais*. Instituto Brasileiro de Direito – Ibis Jus, 05 ago. 2019. Disponível em: <https://www.ibijus.com/blog/426-recuperacao-extrajudicial-de-empresas>

SOUSA, Maria Laura de Melo. Recuperação judicial como instrumento de superação de momentos de crise financeira. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5833, 21 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69113>

VIEIRA, Aline Mima Barros. A Recuperação Extrajudicial Como Meio de Reestruturação da Empresa em Crise Atual ou Iminente. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XXI, n. 169, fev 2018. Disponível em: <https://oabcampinas.org.br/a-recuperacao-extrajudicial-como-meio-de-reestruturacao-da-empresa-em-crise-atual-ou-iminente/>



# CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DA LEI Nº 13.964/2019: A DISCRICIONARIEDADE QUE PERMEIA O INSTITUTO E SEUS REFLEXOS

Guilherme Murari Souza

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A regra de indisponibilidade da ação penal e sua recente mitigação. 3. O acordo de não persecução penal: discricionariedade de alguns de seus dispositivos legais e seus reflexos. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

## 1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, novos institutos do direito penal material e processual passaram a ser contemplados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Um deles, próprio da nova dinâmica da intervenção penal brasileira, é o acordo de não persecução penal, agora incorporado ao Código de Processo Penal.

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar o acordo de não persecução penal, em especial, refletir sobre alguns dispositivos legais que permitem espaços de discricionariedade para a sua aplicação, apontando os problemas daí decorrentes.

## 2. A REGRA DE INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL E SUA RECENTE MITIGAÇÃO

Em se tratando de direito penal, ao contrário de outras searas jurídicas, via de regra, há, por parte do Estado, na figura do Ministério Público, o dever de agir, principalmente, oferecendo denúncia. Nesse sentido, tem-se que, cometido o crime, o dever de agir, traduzido no ajuizamento da ação penal, no que tange ao Ministério Público,

subdivide-se em 02 (duas) categorias: ação penal de iniciativa pública incondicionada e ação penal de iniciativa pública condicionada.

A ação penal de iniciativa pública incondicionada é aquela instaurada pelo Ministério Público, sempre que convencido de que assim deve agir, sem qualquer necessidade de provocação e/ou autorização.

Na ação penal de iniciativa pública condicionada, o exercício da legitimidade ativa do *parquet* exige manifestação de vontade do ofendido, por meio de representação, ou requisição do Ministro da Justiça. Ambas as ações penais de iniciativa pública se manifestam por denúncia do órgão ministerial.

De se consignar, ainda, a ação penal de iniciativa privada, na qual o interesse de agir e a legitimidade de propositura é da vítima ou, quando incapaz, de seu representante legal, conforme disposto pelo artigo 30<sup>1</sup> do Código de Processo Penal, bem como da ação penal privada subsidiária da pública, na qual é facultado ao ofendido, permanecendo inerte o Ministério Público em ações penais que seriam de sua atribuição, ingressar com a ação penal, conforme a previsão legal no artigo 5º, inciso LIX<sup>2</sup>, da Constituição Federal, do artigo 100, § 3º<sup>3</sup>, do Código Penal, bem como no artigo 29<sup>4</sup> do Código de Processo Penal.

Nos casos das ações penais privadas, há o direito de propositura por parte dos legitimados, que podem, ou não, ser exercidos mediante

---

<sup>1</sup> Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

<sup>2</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

<sup>3</sup> Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

(...)

§ 3º – A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

<sup>4</sup> Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

queixa crime. A regra, contudo, é a da ação penal de iniciativa pública incondicionada, conforme dispõe o artigo 100 do Código Penal<sup>5</sup>. Portanto, na maioria dos casos concretos, a instauração do processo penal será um dever do Ministério Público, sempre que estiver convencido sobre a possibilidade de prática de uma infração penal. Nesse sentido, vige, no processo penal brasileiro, via de regra, o princípio da indisponibilidade da ação penal.<sup>6</sup>

Assim, na grande maioria dos casos, quando estiver diante de circunstância que, a seu juízo, a justifique, o Ministério Público é obrigado à propositura da ação penal, sem a possibilidade de, em relação a um determinado fato ou determinado sujeito, desistir, transigir ou acordar, por exemplo.

No entanto, recentemente, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública tem sido mitigado no ordenamento jurídico nacional, concebendo-se a possibilidade de uma justiça penal negociada. Seus defensores<sup>7</sup> sustentam ser uma forma de desburocratizar o processo penal, buscando, por meio de acordos e colaborações entre defesa e acusação, uma solução mais célere do litígio. Soluções do gênero, inclusive, são tradicionais nos Estados Unidos da América, principalmente por meio do *plea bargaining*, cuja essência é a possibilidade de se evitar ou sustar o desenvolvimento de um processo penal, negociando-se a aplicação imediata de pena.

<sup>5</sup> Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido

<sup>6</sup> Conforme ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete, o referido princípio “obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública” (MIRABETE, Julio Fabbrini, *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 47).

<sup>7</sup> Luiz Flávio Gomes sustenta que: “o consenso, fundado na autonomia da vontade do acusado ou suspeito, apresenta-se como instrumento altamente apto para a agilização da Justiça, sem afetar, de forma inconstitucional, as garantias do sujeito. (...) A mudança de paradigma (do conflito para o consenso) traz consigo novos horizontes: da pena de prisão se passa para as penas alternativas; da espera do trânsito em julgado final (que demora anos) passa-se para o cumprimento imediato das sanções; do escopo puramente prisional passa-se para o reparatório (mais vale a reparação dos danos que uma possível e improvável cadeia); do processo clássico burocratizado (inquérito policial, denúncia, provas, sentença, recursos etc.) passa-se ao processo célere (...)” (GOMES, Luiz Flávio. *Consenso: essa é a saída para a justiça criminal brasileira*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 17 de abril de 2009).

No ambiente jurídico nacional, a justiça penal negociada tem sido esboçada desde os tempos mais remotos, sendo que, a princípio, sua previsão legal teria origem no Código Criminal de 1830, em seu Título CXVI, Livro V, sob a forma do que, hoje, é amplamente reconhecido como colaboração premiada<sup>8</sup>. No entanto, a primeira aplicação concreta efetiva de justiça penal negociada no ordenamento nacional se dá com a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminas), em que prevista a transação penal, regida pelo artigo 76<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> A origem do instituto remonta às Ordenações Filipinas, de 1603, ao prever recompensas àqueles que delatassem crimes de lesa majestade. Também constou do Código Criminal de 1830, Título CXVI, em seu Livro V (ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. “A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 353-354). Há quem sustente, ainda, sua admissão tímida na reforma do Código Penal de 1984, diante das previsões constantes dos artigos 65, inciso III, alíneas “b” e “d” (atenuante genérica e confissão espontânea), bem como dos artigos 15 e 16, ambos do Código Penal (arrepentimento eficaz e arrependimento posterior) (SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson, “A troca de favores entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor”, obra organizada por Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira, *Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*, Editora D’plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 16-17). Mais recentemente, no ordenamento nacional, o instituto foi introduzido pela Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos). Desde então, também houve menção à colaboração nas Leis nºs 9.034/95 (organização criminosa), 9.080/95 (incluiu dispositivo na lei de crimes contra o sistema financeiro, ordem tributária, econômica e relações de consumo), 9.613/98 (lavagem de dinheiro), 9.807/99 (proteção a vítimas e testemunhas), 10.149/00 (ordem econômica) e 11.343/06 (lei de drogas).

<sup>9</sup> Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

A transação penal, nos casos em que prevista legalmente, prenuncia a possibilidade de acordo para a imposição de penas restritivas de direito e/ou multa, evitando-se a instauração de um processo penal. Ainda como institutos de justiça penal negociada no âmbito da Lei dos Juizados Especiais, tem-se os artigos 72<sup>10</sup>, popularmente conhecido como “composição civil dos danos” e 89<sup>11</sup>, denominado “sursis processual” – ou suspensão condicional do processo.

Respectivamente, os institutos, nas hipóteses em que cabíveis, se referem: (i) à convergência de vontades do ofendido e do suposto autor do fato, a fim de uma composição civil que pacifique o conflito, tornando desnecessária a intervenção penal; e (ii) à suspensão do processo criminal, durante determinado prazo, condicionada ao cumprimento de algumas condições que, caso respeitadas, implicam na extinção da punibilidade, sem o julgamento de mérito.

Em relação à denominada delação premiada, só veio a ser utilizada, de fato, com a edição da Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), na qual previstas normas procedimentais referentes à sua

---

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. O instituto diz respeito apenas aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, os chamados crimes de menor potencial ofensivo, que possuem pena máxima de 2 (dois) anos, ou contravenções penais, que independem da pena máxima cominada.

<sup>10</sup> Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

<sup>11</sup> Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

aplicação. Sua essência consiste na cooperação do agente criminoso, em qualquer momento da persecução penal, a fim de que possa atingir benefícios de ordem material ou processual, tais como: extinção da punibilidade, redução ou substituição de pena, perdão judicial, ou, ainda, progressão de regime prisional.<sup>12</sup>

Especialmente em relação ao acordo de não persecução penal, a primeira referência normativa ao instituto tem origem no artigo 18<sup>13</sup> da

---

<sup>12</sup> Art. 4º (...): § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

<sup>13</sup> Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no qual se esboçou, de forma simplória, apenas para crimes ambientais e tributários objetos de procedimentos investigatórios criminais a cargo do Ministério Público, a possibilidade de um acordo para imposição de pena.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Há de se registrar que, a princípio, sob o prisma do Princípio da Legalidade, não poderia ser prevista tal inovação em sede de normativa administrativa interna do Ministério Público, havendo a necessidade de sua previsão legal.<sup>14</sup> A propósito, da forma em que previsto inicialmente o instituto, muito se questionou, também, acerca da afronta ao princípio da isonomia<sup>15</sup>. Tais questionamentos, todavia, restam superados pela edição da Lei nº 13.964/2019, na qual foi positivado o instituto do novo acordo de não persecução penal, que será objeto central deste estudo.

---

<sup>14</sup> A despeito da ilegalidade da norma, foram propostas as ADIs nºs 5.790, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e 5.793, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados.

Na última, sustenta a OAB, presidida, na oportunidade, por Claudio Lamachia, que “(...) a resolução questionada, a pretexto de regulamentar sobre instauração e regras procedimentais de investigação criminal, extrapolou seu poder regulamentar (art. 130-A, § 2, I, da CF), inovando no ordenamento jurídico. Isso porque, além de competir privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal (art. 22, I, da CF), a norma questionada permitiu ao Ministério Público dispensar a ação penal e adentrar em estabelecimentos para vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências sem o crivo do Poder Judiciário, em completa violação ao texto constitucional. (...) O art. 18 da Resolução, ao inovar em matéria processual penal, usurpou competência privativa da União, estabelecida no art. 22, I, da CF, razão pela qual o acordo de não persecução penal deve ser extirpado do ordenamento jurídico. Por tais fundamentos, evidencia-se a inconstitucionalidade da Resolução por violação ao princípio da reserva legal”.

Por outro lado, a AMB, em aditamento à inicial de sua ADI, aduz que: “(...) a despeito de agora haver a submissão ao Poder Judiciário do acordo firmado, é inegável que, diante da inexistência de lei dispendo sobre ela, resultará uma insegurança jurídica sem tamanho, diante da possibilidade de magistrados recusarem ou aceitarem esses acordos, com base exclusivamente no fato de a Resolução não poder dispor sobre a matéria sem prévia previsão legal”.

Ambas as ADIs ainda pendem de julgamento, sendo que, após a edição da Lei nº 13.964/2019, até a presente data, haviam sido intimadas a AMB e a OAB a manifestação sobre o novo acordo de não persecução penal.

<sup>15</sup> Consoante a doutrina de Alexandre Morais da Rosa: “(...) a resolução se restringe aos ‘procedimentos investigatórios criminais’ de iniciativa do Ministério Público. Ou seja, não estão abarcados os procedimentos iniciados pela autoridade policial, de modo que se inaugura um privilégio aos investigados diretamente pelo Ministério Público, incompatível com o princípio da isonomia, especialmente o acordo de não persecução, a prevalecer a lógica do Protocolo 01/2017” (ROSA, Alexandre Morais da. *Conheça uma novidade de 2017: a Resolução CNMP 181 viola a isonomia*. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-29/limite-penal-novidade-2017-resolucao-cnmp-181-viola-isonomia>. Acesso em: 02 jul. 2020).

### 3. O NOVO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: DISCRICIONARIEDADE DE ALGUNS DE SEUS DISPOSITIVOS LEGAIS E SEUS REFLEXOS

A Lei nº 13.964/2019, ao prever o acordo de não persecução penal, introduziu, no Código de Processo Penal, pela primeira vez, elementos de justiça penal consensual.

De forma inédita, se dispôs sobre a formação de acordos, entre investigado e acusação, quando do cometimento de infrações penais<sup>16</sup> de médio potencial ofensivo, as quais ainda não se encontravam abarcadas pelos institutos de negociação penal então existentes. No entanto, conforme será demonstrado, o novo instituto, da forma como proposto e redigido, autorizou, por meio de alguns de seus dispositivos, a conferência de amplos poderes discricionários à figura do Ministério Público e, também, ao juízo de homologação do acordo.

Dessa forma, para que se analise os referidos dispositivos, é fundamental que se descortine, por inteiro, a nova lei processual: “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para

<sup>16</sup> Engloba, necessariamente, crimes e contravenções.

aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I – se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III – ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de

não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Em linhas gerais, o ANPP é um acordo entre o investigado, representado por seu defensor, e o Ministério Público, no qual, observados os requisitos do *caput*<sup>17</sup> e seus respectivos incisos (I ao V), bem como não preenchidas as hipóteses de inaplicabilidade do acordo, elencadas no § 2º, incisos I ao V, se propõe a imposição de determinadas medidas ao agente que, se cumpridas, implicarão na extinção da sua punibilidade, não gerando reincidência e não constando a infração penal em futuras certidões criminais do acordante (§ 12 e § 13). Nesse diapasão, o presente estudo pretende se debruçar sobre alguns pontos do referido acordo que, neste juízo, podem implicar em ampla discricionariedade do intérprete em sua aplicação.

Uma primeira crítica em relação aos espaços de discricionariedade se recolhe da expressão “Não sendo caso de arquivamento”.

Nota-se, aqui, que o acordo de não persecução penal só será viável quando, decidido o Ministério Público sobre a necessidade de propor a ação penal, optar pelo oferecimento do ANPP.

Ocorre que a lei não traz, expressamente, a obrigação do representante do *parquet* de, ao propor o acordo, fundamentar o porquê não seria a hipótese de arquivamento, abrindo espaço, então, para, na prática, a propositura do acordo acabar se dando de forma imediata, sem qualquer filtro sobre estar ou não presente, no caso concreto, a justa causa para a propositura da ação penal. Tal problema se faz presente, atualmente, na aplicação da transação penal<sup>18</sup>. Frequentemente, mes-

<sup>17</sup> O *caput* do examinado dispositivo exige, para o acordo, que: (i) a infração penal tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça à vítima; (ii) o investigado já tenha confessado, formal e circunstancialmente; (iii) o tipo penal violado tenha, como pena mínima, tempo inferior a 4 (quatro) anos, já aplicadas as causas de diminuição e aumento de pena, (conforme assentado pelo § 1º); e (iv) a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

<sup>18</sup> SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. A Execução das medidas restritivas de Direito impostas em transação penal à luz dos princípios constitucionais. In: JASA. 20 anos de Advocacia. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

mo sem a realização de expedientes investigativos mínimos ou sem qualquer evidência quanto à efetiva prática da infração, a transação é oferecida ao agente, sugerida em audiências preliminares, as quais restam designadas em face de simples comunicação dos fatos, seja por ocorrência policial, Termos Circunstanciados de Ocorrência – TCO, ou, por vezes, através de simples *softwares* de computadores. Somente em momento posterior ao oferecimento da transação, inadmissivelmente, se perquire sobre a autoria e materialidade do suposto fato típico, ilícito e culpável, ou sobre sua hipótese de arquivamento.

Por muitas vezes, ainda, após a recusa do benefício pelo agente, é realizado o arquivamento do auto de infração, em flagrante violação do instituto, vez que o suposto autor do fato, assim, se vê compelido a decidir sobre a aceitação da transação, quando, na verdade, o caso seria de arquivamento sumário. Portanto, visando mitigar esse problema, o ideal seria, quando do oferecimento do acordo de não persecução penal, a necessidade de fundamentação, por parte do representante do Ministério Público, dos motivos pelos quais, na hipótese, não seria o caso de arquivamento, mas de propositura de ação penal. Continua o mesmo dispositivo legal, em sequência, a firmar que “o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. A redação sugere que o ANPP, mesmo que atendidos os seus requisitos objetivos, seria uma opção discricionária do Ministério Público. Contudo, acredita-se que a melhor interpretação seja a de que, cumpridos os referidos requisitos, trata-se de direito subjetivo do agente, entendimento, este, que, no âmbito da transação penal, foi consolidado pela jurisprudência<sup>19</sup> e adotado pela doutrina majoritária.

---

<sup>19</sup> APELAÇÃO. CRIME AMBIENTAL. TRANSAÇÃO PENAL NÃO OFERECIDA. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. PREJUÍZO CONFIGURADO PELA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. NULIDADE. Nulidade do feito decretada de ofício, em virtude da ausência do oferecimento do benefício da transação penal, de forma injustificada, mesmo estando preenchidos os requisitos legais. Ofensa ao direito subjetivo do réu e aos objetivos do juizado especial. Consequência lógica na espécie é a declaração da extinção da punibilidade do réu pela prescrição, diante do desaparecimento do marco interruptivo referente à sentença. (TJ-RS – RC: 71003713146 RS, Relator: Fabio Vieira Heerd, Data de Julgamento: 09/07/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/07/2012).

O direito à composição do acordo deverá, destarte, ficar a critério somente do aspirante aos benefícios do instituto, se, é claro, estiverem preenchidas as condições objetivas de aplicabilidade do artigo.<sup>21</sup>

Chama a atenção, também, o fato de o dispositivo versar que o acordo deverá ser proposto caso “suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. Ora, taxativamente, não há como ser verificada a aplicação literal da redação do trecho examinado.

Não havendo como definir, sob o prisma objetivo, qual o grau de penalidade a satisfazer a prevenção ou reprovação de um crime, tal locução delega a possibilidade do acordo à boa vontade do órgão ministerial, impedindo a concepção do ANPP como direito subjetivo do agente beneficiário.

Em síntese, são condições subjetivas e, por isso, submetem o suposto infrator a uma posição de fragilidade e insegurança quanto ao seu direito de usufruir desse benefício legal.

Uma outra crítica que se pode fazer sobre a previsão legal do instituto está, justamente, na redação de que as condições a serem impostas ao agente para a sua celebração deverão ser impostas “cumulativa e alternativamente”. Tal como redigido o dispositivo, sugere-se que seria possível impor, ao mesmo tempo, condições de forma cumulativa e alternativa, pois isso é que se denota da utilização da conjunção “e”, quando, na verdade, as condições podem ser impostas de forma cumulativa ou alternativa, pois uma circunstância, por coerência lógica, exclui a outra. Assim, há de se interpretar o referido dispositivo no

<sup>20</sup> Sobre o tema, ensina Fernando da Costa Tourinho Filho: “Muito embora o *caput* do art. 76 diga que o Ministério Público ‘poderá’ formular a proposta, evidente que não se trata de mera faculdade. Não vigora, entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele poderá converter-se em deverá, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito. O promotor não tem a liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 92).

<sup>21</sup> Não se ignora que, diante do § 14, está prevista regra que pretende mitigar as consequências de tal discricionariedade da lei, na medida em que é autorizado ao investigado, se recusada a proposição do acordo pelo Ministério Público, a discussão da matéria perante a órgão superior daquela mesma instituição. Entretanto, entende-se que tal disposição é insuficiente à solução do problema, pois, ainda assim, poderá ser o acordo recusado, mesmo com o cumprimento legal de todos os requisitos legais à sua aplicação.

sentido de admitir a possibilidade de imposição daquelas condições de forma alternativa, o que, inevitavelmente, traz à tona, novamente, a discussão de quais seriam as condições, aplicáveis ao caso concreto, “suficientes para reprovação e prevenção do crime”.

Visando superar mais esse espaço discricionário, a solução seria a necessidade do representante do Ministério Público, em cada caso concreto, fundamentar a escolha das medidas a serem cumpridas pelo agente, explicitando sua adequabilidade à resolução daquele conflito específico.

Outro ponto a ser ponderado, exarado pelo § 2º, inciso I<sup>22</sup>, é a previsão de inaplicabilidade do acordo quando da possibilidade de se optar, também, pela transação penal. Evidente, aqui, que o legislador está a decidir qual seria a melhor alternativa ao investigado, em tese, sem tê-lo consultado ou a seus patronos e sem considerar as peculiaridades do caso concreto. Novamente, retorna-se à discussão da necessidade de o ANPP ser tratado como um direito subjetivo do agente, com foco na autonomia de sua vontade. Assim é que, se, no caso concreto, eventualmente, a suspensão condicional do processo ou até mesmo o próprio ANPP, se comparados à transação penal, implicarem em condições mais adequadas ao agente, a possibilidade de sua celebração não pode ser excluída.

Ainda como espaços de discricionariedade exagerada do intérprete, de se consignar as hipóteses de inaplicabilidade do instituto, diante da expressão “conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”.

Não se evidencia qual seria o critério a ser utilizado para averiguar o significado jurídico do que seria conduta criminal habitual, reiterada ou mesmo a prática profissional do crime. Portanto, mais uma vez, ficaria o agente à mercê da benevolência interpretativa do Ministério Público quanto à inobservância de uma das hipóteses de não aplicação do ANPP. Nessa esteira, não haverá como, na prática, ser verificada a eficácia das condicionantes do artigo, o que potencializa e amplifica, como visto, o poder interpretativo discricionário do Ministério Público.

O mais adequado, por aqui se propõe, seria a análise, estrita e exclusiva, de disposições legais que poderiam amparar a completa e assertiva interpretação das referidas expressões discricionárias. No contexto das condutas habituais, prática profissional ou habitual de infrações, as quais impossibilitariam o investigado de proceder ao

---

<sup>22</sup> “(...) § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I – se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (...)”

usufruto do ANPP, o instituto deveria ser orientado pelo dispositivo penal da reincidência, orquestrado, no Código Penal, pelos artigos 63<sup>23</sup> e 64<sup>24</sup>.

Por fim, no § 5º, é assentado que, se existentes condições “inadequadas, insuficientes ou abusivas”, o documento poderá ser devolvido ao Ministério Público, a fim de ser reformulado.

Patente, novamente, a presença de mais um elemento discricionário da lei, que, dessa vez, está a permitir a análise subjetiva do juiz quando da sua homologação.

Não aparenta ser razoável que, mesmo após delineadas as medidas de cumprimento do acordo de não persecução penal, fundamentados os seus termos e os motivos de sua proposição, o compromisso ainda tenha que ser submetido a mais um juízo de valor, extremamente subjetivo, discricionário e carente de balizas legais, qual seja, o do Magistrado de homologação.

Correto seria, conforme já exposto, que a homologação do tratado se ativesse a condicionantes legais, única e exclusivamente. Não caberia ao julgador, dessa forma, deliberar sobre questões de mérito do acordo, cabendo tão somente a análise de vícios formais e legais de suas disposições, com a constatação da existência de máculas relacionadas à coação do compromissário, à sua real voluntariedade e, ademais, à impossibilidade jurídica do cumprimento do negócio<sup>25</sup>, por exemplo, por eventuais ilegalidades do acordo.

Dentro do direito penal, seja material ou processual, a discricionariedade é um problema grave, até em razão da intensidade distinta da sua sanção.

<sup>23</sup> Art. 63 – Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

<sup>24</sup> Art. 64 – Para efeito de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; os crimes militares próprios e políticos.

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

<sup>25</sup> Poderão se comunicar, nesse ponto, dispositivos legais cíveis e penais, com a ascensão de análise dos requisitos de validade do negócio jurídico (artigo 104, Código Civil), das hipóteses de sua nulidade (artigo 166, Código Civil) e de sua anulabilidade (artigos 138, 145, 151 e 171, todos do Código Civil), alinhada à observância do regular curso do ANPP, obviamente, no âmbito penal.

Um texto excessivamente aberto, ao permitir ampla discricionariedade interpretativa, possibilita um exercício irrestrito do subjetivismo dos operadores do Direito, com risco à segurança jurídica.

Sobre o tema, Luigi Ferrajoli ensina que: “(...) a interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados”. Para o jurista, que sempre traz à baila a limitação do poder punitivo estatal, os espaços da discricionariedade judicial não de ser restringidos, a fim de, justamente, mais efetivamente controlar-se a atuação sancionatória do Estado, especialmente mediante a intervenção penal.

O uso do direito penal qualifica o Estado como agente punidor, necessariamente repressivo e cerceador da liberdade de seus próprios cidadãos, podendo, inclusive, usar legitimamente da força para cumprir esse papel. Perante a tal capacidade, o indivíduo a ser penalizado torna-se extremamente vulnerável. Lamentavelmente, todavia, é de se observar, no visitado artigo 28-A, objeto do presente estudo, sua redação aberta e o grande poder discricionário atribuído à figura do Ministério Público e do Juiz.

A criticada discricionariedade apresenta-se, flagrantemente, diametralmente contrária às teses norteadoras do instituto, as quais passam, principalmente, pela dissipação do poder acusatório e sancionador do Estado, pela complementação de garantias do investigado, privilégio da autonomia da vontade e horizontalidade entre os agentes processuais. Surge, então, a necessidade de limitar, no contexto do ANPP, o poder decisório e interpretativo do Ministério Público, o qual deverá se ater a critérios mais taxativos e melhor fundamentados à sua atuação, a fim de que aperfeiçoe seu papel na composição do acordo.

#### **4. CONCLUSÃO**

Da análise do estudado artigo 28-A, do Código de Processo Penal, é clara a percepção de diversos elementos discricionários de seus dispositivos, todos relacionados à redação da lei, os quais poderão, potencialmente, gerar complexas e negativas consequências práticas de aplicação do instituto. Dessa forma, ante ao que se analisou, a fim

de serem corrigidas as lacunas e o exacerbado subjetivismo interpretativo da lei, seria necessária a inserção de critérios mais taxativos e objetivos à proposição e trâmite do ANPP, todos concordantes com bases jurídicas legais, bem como a institucionalização da precisão de fundamentação dos atos cabíveis ao Ministério Público.

Assim, poderá o novo acordo de não persecução penal ser aperfeiçoado, driblando, também, impasses que, anteriormente, na justiça penal consensual, já haviam sido diagnosticados, promovendo a melhor evolução técnica e prática do instituto no Brasil.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Bruno Camilloto; NEVES, Henrique Gonçalves. *Hermenêutica jurídica, subjetivismo e discricionariedade*. Duas perspectivas positivistas e uma possibilidade de compreensão. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70c639df5e30bdee>

CANAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Injustiça Criminal Negocial*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br>. Acesso em: maio 2020.

CANAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Justiça Negociada, Um Paradigma Sustentável*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br>. Acesso em: maio 2020.

CANAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Os Perigos da Plea Bargain*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643>. Acesso em: maio 2020.

CARAVELLO, Thiago Vinícius Pondian. A justiça negocial no Direito Penal: Juizados Especiais Criminais e colaboração premiada. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51709/a-justica-negocial-no-direito-penal-juizados-especiais-criminais-e-colaboracao-premiada>. Acesso em: maio 2020.

CASTRO, Daniel Conceição de. *Instituto da colaboração premiada no ordenamento penal brasileiro: um enfoque principiológico*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10721/Instituto-da-colaboracao-premiada-no-ordenamento-penal-brasileiro-um-enfoque-principiologico>

CONSULTOR JURÍDICO. *Limite Penal – Novidade 2017, Resolução CNMP 181 Viola Isonomia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-29>. Acesso em: maio 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. *Funcionamento – Vantagens – Desvantagens da Plea Bargain*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15>. Acesso em: maio 2020.

DERVAN, Lucian & A. EDKINS, Vanessa. “The Innocent Defendant’s Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining’s Innocence Problem”. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jclc>

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da não auto-incriminação*: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 26 jan. 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

KUHN, Guilherme A banalização da transação penal. *Canal Ciências Criminais*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/banalizacao-transacao-penal/>

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Academia de Polícia – Garantismo Penal e Investigação Criminal*: um Diálogo Necessário. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-12>. Acesso em: maio 2020.

MENDES, Israel Ventura. Os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, em face do processo democrático. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-99/os-principios-da-indisponibilidade-e-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-incondicionada-em-face-do-processo-democratico/>

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1993.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de. Interpretação da Lei Penal e Analogia: Uma Análise Aprofundada da Doutrina e Jurisprudência. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/180/interpretacao-da-lei-penal-e-analogia-uma-analise-aprofundada-da-doutrina-e-jurisprudencia/>

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. *Justiça Penal Negociada sob a Ótica do Sistema Garantista Penal*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172>. Acesso em: maio 2020.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Direito Penal como ultima ratio*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 08 abr. 2009.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e; MARCHI, Helena Penna. Colaboração Premiada e Vício de Consentimento. Apontamentos Interdisciplinares. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. *Delação premiada*: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. A Execução das medidas restritivas de Direito impostas em transação penal à luz dos princípios constitucionais. In: JASA. *20 anos de Advocacia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. vol. 5. dez.-maio. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

# SUCESSÃO NAS EMPRESAS FAMILIARES E PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO ATRAVÉS DA *HOLDING* FAMILIAR

Ana Luiza Mendes Lopes Vieira

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O que é uma Empresa Familiar. 3. A Sucessão e seus Desafios. 4. O Planejamento Sucessório. 5. Definição de  *Holding*. 6. Das Finalidades e Benefícios de uma  *Holding*. 7. Tipos de  *Holding*. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A conquista de patrimônio é uma das formas mais antigas de reconhecimento da capacidade do indivíduo pela sociedade. As pessoas possuem grande preocupação a respeito da salvaguarda dos bens e direitos adquiridos ao longo dos anos, mas o problema surge quando o assunto envolve a própria morte e a necessidade de racionalizar a situação para planejar o futuro da família, a fim de manter a segurança financeira dos entes após o falecimento.

A sucessão, em nível mundial, representa uma fase por vezes complicada na vida das empresas familiares porque envolve o processo de transferência de poder e capital para as novas gerações. O ditado popular, já consagrado pelo folclore “pai rico, filho nobre e neto pobre” ilustra a situação que pode ser evitada se o processo de sucessão familiar for estrategicamente planejado e organizado. Para que esse processo de transição seja feito de maneira assertiva, o ideal é que esse planejamento seja iniciado assim que a empresa for constituída, de modo que esse planejamento afaste ou minimize riscos de litígios que prejudiquem a empresa e, especialmente, reduzam os custos do processo sucessório.

A segurança da empresa no futuro começa com pequenas decisões que se toma no presente. Entregar o controle de uma organização para outra pessoa, mesmo que o sucessor seja um parente próximo é tarefa árdua. As empresas familiares brasileiras vivem o desafio de encontrar o melhor profissional para substituir o fundador, seja ele executivo do mercado ou familiar com competência gerencial e vocação para os negócios.

No contexto das mudanças, as empresas familiares têm sido objeto frequente de observação e estudo, em razão do potencial de desenvolvimento que possuem. Percebe-se que uma das principais características da empresa familiar é o desejo de seu fundador e dos sucessores de que a propriedade e a gestão do negócio se mantenham em mãos da família.

Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) e do Sebrae (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) mostram que 90% das empresas no Brasil ainda são familiares. Representam cerca de 65% do PIB e empregam 75% da força de trabalho do país.

Ainda, segundo dados do Sebrae, no Brasil, 90% das empresas se originam de algum parentesco. No entanto, 70% dessas empresas encerram suas atividades com a morte do fundador e, dos 30% restantes, apenas uma minoria consegue chegar à terceira geração.

Diante desse quadro, vislumbra-se que mais importante do que trabalhar e constituir um patrimônio é saber preservá-lo no decorrer do tempo e das gerações. A partir de tal necessidade de preservação é que surge a utilização das ferramentas trazidas pelo Direito, notadamente o planejamento sucessório, que apesar de ser pouco conhecido no Brasil, vem chamando a atenção de empresas, especificamente as familiares, mediante os inúmeros benefícios oferecidos pelo instituto.

O processo sucessório deve, portanto, ser considerado como etapa importante e vital para sobrevivência das empresas familiares, necessitando medidas preventivas para que esta delicada etapa da vida dessas empresas tenha o êxito desejado, tornando possível o seu prosseguimento para a geração seguinte com sucesso.

## **2. O QUE É UMA EMPRESA FAMILIAR**

As pesquisas sobre empresas familiares iniciam-se na década de 1950 com os trabalhos de Christensen (1953), que aborda os problemas da sucessão em pequenas empresas em fase de crescimento.

Apesar de complexas, são importantes para o desenvolvimento e manutenção dos negócios empresariais.

Diversos autores oferecem teorias sobre as empresas familiares. É internacionalmente aceito que o conceito de empresa familiar congrega três grandes vertentes, sendo, a primeira ao nível da propriedade a que define que o controle da empresa nas mãos de uma família (que detém ou controla a maioria do capital); a segunda vertente, ao nível da gestão, enfoca que apenas os lugares de topo da empresa devem ser ocupados pelos membros da família; e a terceira vertente, ao nível da sucessão propriamente determina que a segunda geração familiar deve assumir os lugares deixados vagos pelos parentes e assim sucessivamente.

Gaj (1990) e Lodi (1993) oferecem seus conceitos de Empresa Familiar agregado ao nível da sucessão. Segundo Gaj (1990: 182), referindo-se às empresas familiares, as conceitua como “aquelas com capital aberto ou fechado, que foram iniciadas por um membro da família que as passou ou tem intenção de passar a um herdeiro direto ou parente por casamento”.

O conceito de empresa familiar, segundo Lodi (1993), emerge, em geral, com a segunda geração de dirigentes e pode ser definido como “aquela em que a consideração da sucessão da diretoria está ligada ao fator hereditário e onde os valores institucionais da firma identificam-se com um sobrenome de família ou com a figura de um fundador”. Para esse autor, é possível afirmar-se que existe facilidade em identificar quando uma empresa é familiar ou não, pois as empresas familiares geralmente possuem o sobrenome da família em sua nomenclatura.

Esse conceito, similar ao de Leone (1991), permite uma abordagem do fenômeno da administração da empresa pela terceira geração na medida em que circunscreve a empresa familiar a um conjunto de valores que sobrepõe à atividade empresarial, os laços de família e o poder deles decorrente. Portanto, para Leone (1992), a empresa familiar deve possuir determinados indicadores, para ser chamada de familiar. Entre esses, destaca-se que, no seu início, a empresa deverá contar com a participação de pelo menos um membro da família, e os familiares deverão estar presentes na sua direção possuindo vínculo com a propriedade, com os valores do fundador ou da família que estarão identificados com os da empresa e que na sucessão, deverão ser observados junto com o fator hereditário.

Para Oliveira (1999), as empresas familiares serão caracterizadas como aquelas que transferem o poder decisório de maneira hereditária a partir de uma ou mais famílias identificadas.

Doutrina Vidigal (1996), por sua vez, que todas as empresas, a rigor, tiveram um fundador ou um grupo de fundadores seus donos. As ações ou cotas do capital social da empresa seriam provavelmente herdadas por seus filhos; assim, em regra praticamente as empresas terão origem familiar. A definição, contudo, se oferece por demais genérica. Albi (1994) considera empresa familiar uma unidade econômica de produção formada por um conjunto de fatores produtivos, cuja função está na criação de riquezas mediante a produção de bens e serviços, sob a direção, responsabilidade e controle do empresário que a criou; e isto é daquele que assume a propriedade da empresa em seu nome ou em representação de um consenso familiar.

Em relação às empresas familiares, dentre algumas das conhecidas no plano internacional se destacam: Faber-Castell e Berenberg Bank, na Alemanha; Tetrapark, Ikea e Victorinox, na Suíça; Cortefiel, Santander, Zara, Ferrovial e Abengoa, na Espanha; Michelin, Danone e Carrefour, na França; Fiat, Olivetti, Benetton e Ferragamo, na Itália; C&A, De Kuyper e Heineken, na Holanda; Lego, na Dinamarca; Mars & Spencer e Guinness, na Inglaterra; DLF Buiding Índia, Grupo Reliance e ArcelorMittal, na Índia; Ford, The Washington Post e Wall-Mart, nos Estados Unidos; Raute Group, na Finlândia; Swire, Jardine, Kadoorie e Cheung Kong, em Hong Kong; Salim e Astra/Summa, na Indonésia; LG, na Coréia; Far Eastern Group, em Taiwan; e Fast Retailing, no Japão.

No Brasil sobressaem: Avipal, Casas Bahia, Gerdau, Pão de Açúcar, Rede Globo, Trip, Grupo Caltabiano, Dimed, Eucatex, Coteminas, Banco Safra, Randon, Votorantim, Camargo Correa, Indústrias Romi, Schincariol, Natura, São Martinho, Weg, Andrade Gutierrez, Dori Alimentos, Marisol, Marcopolo, Kablin, Aché, Caloi, Gol, Vicunha, WTorre, Magazine Luiza, Editora Atlas, Veirano Advogados. Diversas empresas deixaram de ser familiares, como Garoto, Lacta, Fotoptica, Seara, Knorr, Metal Leve, Curt Laboratórios, Perdigão, Phebo e Eluma.

Scheffer (1993), analisando o funcionamento das empresas familiares brasileiras com maior profundidade, percebeu que o exercício de uma liderança marcadamente empreendedora de seus empresários

fundadores refletia-se nas políticas adotadas, o que, como decorrência, conduzia à uma administração, fundamentada em critérios pouco impessoais; observando-se entre outros indicadores, a centralização de comando, a ênfase em critérios como o da confiança mútua e tempo de convivência. O fator competência ficava muitas vezes relegado a segundo plano. Observou, ainda, a autora, que muitas empresas familiares enfrentaram dificuldades de continuidade, principalmente ao alcançarem a terceira geração de sucessores. Uma das principais causas apontada por diversos autores para a interrupção dessa continuidade consistia na falta de planejamento ou na condução pouco adequada do processo sucessório. Segundo Cohn (1991), apenas 5% das empresas fundadas por famílias preparam adequadamente a geração seguinte.

A busca de continuidade sucessória nas empresas familiares é portanto importante característica desse tipo de organização, salienta Scheffer (1993), cujo discurso se apresenta afinado com o de Barnes e Hershon (1976)<sup>1</sup>.

Como o objetivo deste trabalho envolve a análise de empresa familiar administrada pela terceira geração, é relevante apropriar-se do conceito definido por Bernhoeft (1989) e Lodi (1998); segundo o qual empresa familiar é aquela que tem sua origem e sua história vinculadas a uma família, mantendo membros da família na administração dos negócios em seguidas gerações. Esse conceito, similar ao de Leone (1991), permite uma abordagem do fenômeno da administração da empresa pela terceira geração na medida em que circunscreve a empresa familiar a um conjunto de valores que sobrepõe à atividade empresarial os laços de família e o poder deles decorrente.

### 3. A SUCESSÃO E SEUS DESAFIOS

As empresas familiares têm como característica o fato de ter surgido do esforço da própria família em formar uma empresa pequena, média ou grande, em que membros da família possam contribuir e trabalhar para o desenvolvimento e sucesso da atividade. Ocorre que,

<sup>1</sup> “(...) as famílias realmente ficam em suas empresas e as empresas ficam com a família portanto, há algo mais profundo enraizado nas transferências de poder do que simples interesses empresariais impessoais, a tradição humana de transferir heranças, posses e nome de uma geração para outra leva os pais e as crianças a procurarem a continuidade das empresas familiares”.

muitas vezes por falta de profissionalismo (afinal ninguém nasce profissional) e de controle, essas empresas acabam não sobrevivendo para próximas gerações. Segundo o Sebrae, 70% das empresas familiares não sobrevivem à segunda geração, evidenciando a problemática de se passar a liderança para os herdeiros. Não é tarefa fácil.

Por tais motivos, tem sido cada vez maior a preocupação das empresas familiares com a profissionalização da sua gestão, identificando fraquezas e potencialidades que contribuirão para o seu crescimento. No Brasil, mais de 90% dos negócios empresariais são familiares e nessas são empregados mais de 60% da mão de obra existente no mercado de trabalho.

Na última década, principalmente, muitas empresas familiares de grande porte desapareceram, deixando de gerar empregos, impostos, novos investimentos. Consequentemente os seus efeitos foram multiplicadores. Comenta Lansberg (1999, p. 341) que as empresas familiares bem-sucedidas investem muito tempo e esforço estimulando o espírito de cooperação, preservando a harmonia entre os seus membros e desenvolvendo forte compromisso pessoal, onde cada um faz a sua parte para apoiar os padrões estabelecidos e manter o nível de confiança no grupo.

Portanto, é nítida a importância de um planejamento na gestão de empresas familiares, a fim de minimizar as dores da sucessão, dentre as quais a falta de capacitação. É importante considerar que independentemente do tamanho da empresa ou do ramo de sua atividade, todos os esforços deverão ser empreendidos pelos gestores da empresa no sentido de sua preservação e de sua continuidade.

A sucessão, segundo Leone (1991) é o rito ou a liturgia de transferência de poder e de capital entre a anterior geração e a que virá dirigir a empresa, podendo ocorrer de forma gradativa e planejada ou por ocasião de morte, acidente ou doença de quem detenha posto de controle ou liderança. Em sentido amplo, na técnica jurídica, sucessão significa transmissão de uma situação jurídica de quem detenha posto de controle ou liderança de uma pessoa para a outra ou traslado de uma para outra. O Direito reconhece a transmissão não apenas entre vivos, mas também após a morte do transmitente. Ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

Em termos legais portanto, a sucessão legítima diz respeito à tramitação dos bens do falecido aos seus herdeiros, de acordo com a ordem

da vocação hereditária, estabelecida no art.1829<sup>2</sup> do Código Civil: aos descendentes, aos ascendentes, ao cônjuge sobrevivente, aos colaterais. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge ou companheiro (art.1.845<sup>3</sup>, Código Civil/2002). A esses se atribui, de pleno direito, a metade dos bens do acervo hereditário, chamada legítima (art.1.846, Código Civil/2002)<sup>4</sup>. Com relação à outra metade da herança pode o sucedendo dispor em testamento como lhe aprouver. É a chamada parte disponível.

Nesse sentido, Lodi (1987), acrescenta que o pior dos conflitos que infesta as empresas familiares acontece na fase de sucessão, resultado quase sempre de problemas estruturais da família cujas raízes serão, às vezes 20 ou 30 anos atrás; sendo determinada, a longo prazo, pela maneira como os pais terão constituído e educado a família, na relação com o poder e com a riqueza ou patrimônio. Para o autor, a súbita ascensão de família modesta para família rica, se não for pautada em valores e cuidados, acaba por abalar as relações com o trabalho, e com o patrimônio, comprometendo o sentido, a missão e os propósitos da empresa.

De acordo com Bernhoeft (1988), o encaminhamento do processo sucessório nas empresas familiares passa a ter influência na sobrevivência e expansão da empresa, devendo atentar-se para os seguintes e prováveis enfrentamentos: divergência entre sócios; número excessivo de sucessores; desinteresse dos sucessores pelo negócio; diferenças muito marcantes na participação acionária; divergências entre familiares e insegurança dos funcionários quanto ao futuro da empresa. Nesse sentido, a lição de Lodi<sup>5</sup> (1986), ao tratar o problema da sucessão, abordando alguns motivos que levam as empresas familiares à falência.

<sup>2</sup> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

<sup>3</sup> Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>4</sup> Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

<sup>5</sup> “(...) a família não estava preparada para entender a empresa; a atitude dos familiares foi de dilapidação do patrimônio; o fundador consumiu suas energias na construção do império e não teve tempo para educar os filhos; a profissionalização descaracterizou a empresa familiar; após a idade de ouro do fundador, não

Outro observador, De Vries (1988), ao estudar as dificuldades que envolvem o processo sucessório nas empresas familiares destacou estar envolvidas na transição de lideranças uma série de forças psicológicas que emergem principalmente em três momentos: 1) quando o executivo principal se dá conta da necessidade de sua aposentadoria; 2) quando da necessidade de escolha de seu sucessor e 3) no momento em que o sucessor assume a gerência a empresa. No primeiro caso, estaria envolvida a recusa à ideia da morte e medo da perda de poder. O segundo caso envolve o medo da represália do grupo frente à escolha do sucessor e o desejo de uma solução perfeita como sentimentos mais marcantes. Finalmente, no terceiro caso, quando o sucessor assume a gerência da empresa, aparecem sentimentos como o do apego ao passado e o da não aceitação de uma nova realidade, ambos relacionados como ambiguidades próprias do momento de mudanças. O novo executivo, é que será o depositário das expectativas do grupo pra resolução dos problemas.

As dificuldades típicas com que lidam as empresas familiares, são discutidas por Sprungli (1979) identificando-as como os “dez pecados capitais” que se não forem bem trabalhadas, colocarão em risco a segurança da empresa, as quais seriam: 1) confundir os interesses da família com os da empresa; 2) não ter autonomia e independência como objetivos principais; 3) não fazer diferença entre lucro máximo e lucro ótimo; 4) não trabalhar quando se é membro da família; 5) apresentar as contas de maneira a não pagar, se possível, qualquer imposto, nem sequer perguntar-se sobre os resultados efetivos; 6) não determinar objetivos precisos; 7) não dar atenção suficiente aos financiamentos; 8) negligenciar a formação profissional e a formação permanente dos envolvidos; 9) dispersar as forças; e finalmente, 10) não ceder lugar. Acrescenta o autor que, esses pecados capitais não são cometidos somente por empresas familiares, mas sendo, todavia mais típicos nessas empresas.

Para Scheffer (1993), um aspecto importante a ser considerado há de ser a sucessão do próprio fundador da empresa que, devido suas características pessoais tais como liderança, profunda dedicação ao dia a

---

se conseguiu uma reorganização satisfatória; na última fase da vida, o fundador deixou sua crise existencial dilacerar a organização; não há um sucessor preparado ou não há consenso na família sobre qual dos pretendentes deve assumir; a rivalidade entre irmãos desorienta os profissionais”.

dia do negócio, grande nível de participação em todas as decisões da empresa, entre outras, geralmente, o que dificulta bem organizar sua saída e preparação de seu sucessor. A autora cita Kaufmann<sup>6</sup>.

Nas questões de relacionamento entre o fundador e os herdeiros, Bernhoeft (1989; 1995), Lodi (1987) e Morris *et al.* (1998) consideram muito importante a dedicação do fundador às questões familiares. Nesse sentido, Handler (1989), Stempler (1988) e Venter, Boshoff e Maas (2005) afirmam o bom relacionamento do fundador com seus herdeiros como peça-chave do processo sucessório o que não pode ser relegado a segundo plano. Essa observação também é apontada por Lansberg (1999), que ainda sugere que, nos casos de sucesso, há intenso relacionamento entre o antigo líder e o novo.

De acordo com esse último autor, o novo líder deverá participar das atividades familiares em conjunto com o antigo, visando obter o respeito e a confiança da família. Adicionalmente, Bernhoeft (1989; 1995) e Sharma (1997) afirmam que, para se obter sucesso, o sucessor não deverá obter a confiança apenas dos membros da família, mas também dos demais acionistas. Harvey e Evans (1995) e Hume (1999), ponderam que só a habilidade do sucessor em lidar com os vários *stakeholders* não será suficiente. O sucessor necessita ter as condições necessárias para fazer com que a empresa se mantenha lucrativa e próspera.

Para Lodi (1987), Bernhoeft (1989; 1995) e Morris *et al.* (1997), o planejamento do processo sucessório deverá ser feito seguindo critérios claros, de forma sistemática e com tempo para a sua execução, tornando as informações simétricas para todos os herdeiros. A evidência empírica apontada pelos autores visitados indica que, nos casos de sucesso, o fundador terá dedicado boa energia para o planejamento do processo, visando transferência de poder de forma segura.

#### 4. O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

O planejamento sucessório diz respeito à organização antecipada da sucessão do patrimônio de um indivíduo. É por meio dele que a pessoa pode registrar os seus bens, definindo como quer que seja feita

<sup>6</sup> “(...) a capacidade empreendedora desses homens, no entanto, nem sempre é suficiente para garantir o futuro crescimento e sobrevivência da empresa que criaram... frequentemente, as empresas perdem velocidade na segunda geração e, desaparecem na terceira”.

a transferência de propriedade dos bens em caso de falecimento. O êxito dos procedimentos sucessórios dependerá, em grande parte, da elaboração de um processo preventivo de sucessão que, necessariamente, estipulará quem deve integrar o pacto, incluirá o desenvolvimento de liderança de sucessores, definirá a participação e planejamento estratégico da família na empresa, disporá sobre direitos e obrigações acordando desde logo sobre o ingresso de terceiros, sobre a forma de eleição da direção, a proporção de participação de cada membro e demais estipulações necessárias ao bom termo do pacto prévio ou preliminar.

Sem planejamento prévio há risco muito grande de que o resultado de toda a dedicação e cuidado com as finanças e investimentos se percam, sem chegar aos herdeiros. É de extrema importância, pois a pessoa interessada deixa resolvidas as questões financeiras, reduzindo-se a possibilidade de conflitos, as inseguranças, riscos e irregularidades pendentes em relação aos herdeiros. Organizar-se antecipadamente é excelente forma de se proteger o patrimônio familiar, permitindo-se que todos os herdeiros sejam atendidos de acordo com os interesses de sucedido e sucessor dos bens.

Do ponto de vista tributário o planejamento pode evitar o pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). Evita-se os custos judiciais com um processo de inventário e despesas advocatícias.

São vários os meios de se realizar o planejamento sucessório, destacando-se dentre eles: testamento, *holding* familiar, doação de bens em vida (com ou sem antecipação da legítima), previdência privada, seguro de vida, dentre outros. Considerando que o planejamento sucessório pode valer-se de institutos e ferramentas jurídicas, a presente pesquisa se concentrará no estudo breve das *holdings* familiares, instituto que se caracteriza como medida preventiva do ponto de vista jurídico e econômico, viabilizando a organização patrimonial.

A *holding* familiar tem o objetivo de facilitar a sucessão hereditária de bens em caso de falecimento do doador. Isto ocorre uma vez que todas as regras de sucessão patrimonial já estarão definidas no contrato social da *holding*, evitando-se que o patrimônio familiar tenha que passar por longo processo de inventário e sem a necessidade de as atividades da empresa familiar, quando for o caso, ser interrompida.

## 5. DEFINIÇÃO DE *HOLDING*

A *holding* é um instituto originário do direito norte-americano e a formação do termo surge do verbo *to hold*, que, em inglês, traduz-se em: deter, segurar sustentar no sentido mesmo do domínio.

Pode-se dizer que seu ingresso e viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro se deu em 1976, com base na Lei nº 6.404/76, a lei das Sociedades por Ações, que dispõe em seu art. 2º, § 3º que “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”.

Desse modo, companhia *holding* consiste em uma sociedade cuja atividade resida na participação no capital de outras sociedades empresárias, de forma tal que exerça o controle acionário delas e, conseqüentemente, proceda a administração dos bens dessas sociedades, o seu planejamento estratégico, financeiro e jurídico dos investimentos do grupo<sup>7</sup>. A *holding* administra os bens da empresa que controla e também o controle acionário de outras empresas, participando de outras sociedades como sócia ou acionista (MAMEDE; MAMEDE, 2014).

Através da *holding* será possível o controlador doar aos herdeiros as suas quotas, gravadas com cláusula de usufruto vitalício em seu favor, além de outras cláusulas como de impenhorabilidade, incomunicabilidade, reversão e inalienabilidade. No entanto, de acordo com os autores referidos, a *holding* também poderá ser empresa individual (ou sociedade unipessoal), sem ter atuação em outras sociedades, e desse modo a empresa será constituída com exclusiva finalidade de controlar o patrimônio dos sócios, tendo em vista a segurança patrimonial, a organização dos recursos, administração dos bens, o aproveitamento dos incentivos fiscais, tributários e a sucessão hereditária.

Importante salientar que o termo *holding* designa um gênero, o instituto em si, o qual comporta diversas classificações a depender da finalidade para a qual será constituída podendo ser classificada como pura, mista, patrimonial, de participação imobiliária, o que leva à conclusão de sua ampla aplicabilidade.

<sup>7</sup> Da Lei de Sociedades por Ações: 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.

## 6. DAS FINALIDADES E BENEFÍCIOS DE UMA *HOLDING*

A criação de *holdings* tem tido crescimento substancial no âmbito empresarial e comercial, notadamente por ser entendida como alternativa aos problemas recorrentes das empresas familiares, permitindo, aos empreendedores, prolongar a existência de suas atividades empresariais com resguardo patrimonial, planejamento tributário, sucessório, além de trazer consigo outros benefícios. Os motivos determinantes que levam à escolha pela constituição de uma *holding* dentro do planejamento sucessório são inúmeros, incluindo-se a busca de benefícios fiscais e à normatização de relacionamento entre os sócios.

Importante salientar, entretanto, que a constituição de uma *holding* não terá por objetivo encontrar brechas para burlar direitos de credores, direitos sucessórios, regimes de casamento ou quaisquer institutos oriundos do direito civil, de família ou de sucessões como muitos acreditam e, por essa razão chamam procedimento de organização do patrimônio de “blindagem patrimonial”. É neologismo que o bom Direito não prestigia.

A chamada blindagem patrimonial não existe do ponto de vista legal, mas a organização do patrimônio, por meio da constituição de uma  *Holding* contém em si dentre outros benefícios, ser uma alternativa para a solução de eventuais conflitos entre familiares, possibilitando a distribuição integral ou parcial do patrimônio entre os sucessores, incentivando o crescimento e profissionalização do grupo empresarial com diminuição de tributação sobre algumas das operações que antes eram exercidas pelas pessoas naturais e que migram para a pessoa jurídica.

Para a constituição de uma *holding*, seus sócios, que podem ser pessoas naturais ou jurídicas, integralizarão o seu capital social com bens ou direitos de sua propriedade. O contrato ou estatuto social conterá as normas de vigência da sociedade e será na Junta Comercial se o for sociedade empresária. As empresas caracterizadas como *holdings* podem ser constituídas por qualquer forma societária prevista no Código Civil. Será útil o exame prévio de cada situação em concreto, trabalho a ser realizado por profissionais promovendo-se análise do patrimônio e suas características, para verificar a conveniência da constituição de *holding* como ferramenta mais adequada para proteção e manutenção do patrimônio societário-familiar.

A criação de uma *holding* familiar permitirá uma separação do ambiente familiar em relação ao ambiente societário, as quais os familiares aprenderão, entre si, a bem separar as relações de parentesco

das relações empresariais, ambas presentes, harmonizadas embora. De certo, a migração ou a transferência de patrimônio de ascendentes para descendentes se dará de forma organizada e até mais barata.

A despeito da singularidade que cada caso desperta, há cláusulas *standards* que se fazem presentes na maioria dos contratos sociais das sociedades desse tipo e dentre elas a cláusula de usufruto que protege principalmente o doador; ainda é possível inserir, no mesmo ato, outras cláusulas de proteção tanto ao doador quanto ao donatário, dentre elas: (i) a incomunicabilidade<sup>8</sup>, que impede que os bens/direitos doados sejam comunicados com o cônjuge ou convivente do donatário; (ii) a impenhorabilidade<sup>9</sup>, que protege os bens/direitos doados de serem penhorados por dívidas dos donatários; (iii) a irreversibilidade<sup>10</sup>, a qual estipula que, caso os donatários venham a falecer antes do usufrutuário (doador), esses retornarão ao doador; e (iv) a inalienabilidade<sup>11</sup>, que impede que os bens/direitos doados sejam alienados por prazo determinado ou indeterminado, dependendo da vontade do doador.

Ainda, a *holding*, no âmbito do gerenciamento ou administração, permite que se amplie a capacidade econômica do negócio com a conjugação e otimização de iniciativa com o concurso de todos os envolvidos que se tornam mais fortes, alinhando propósitos e garantindo estabilidade e poder econômico-financeiro em relação as atividades fins. No mais, quando bem conduzido, o processo se realiza com a participação das gerações da família, o que permitirá que sejam analisadas e compreendidas as características pessoais de cada herdeiro, permitindo-se a definição quanto ao futuro das empresas, (controladora e controlada) pelos próprios herdeiros ou por profissionais do mercado.

Assim, a *holding* proporcionará que a família mantenha o controle sobre a empresa ou patrimônio, mas ao mesmo tempo possibilitará que esses herdeiros, caso desprovidos de aptidão para gerir os negócios permaneçam nos órgãos ou conselhos instituídos assinalando, assim, grau de profissionalização que o negócio reclama. Com as *holdings* bem sucedida fica clara a diferença entre controlar e gerir.

<sup>8</sup> A incomunicabilidade implica que aquele bem não se comunicará com qualquer outro patrimônio, ou seja, permanecerá somente no patrimônio da pessoa beneficiada.

<sup>9</sup> A impenhorabilidade, genericamente, implica que o bem, recebido por testamento ou por doação, não mais poderá ser penhorado por dívida do novo proprietário.

<sup>10</sup> A cláusula de irreversibilidade é negócio jurídico bilateral sob condição resolutiva.

<sup>11</sup> A inalienabilidade implica que o bem não poderá ser alienado (vendido, doado, etc.) pelo beneficiado em hipótese alguma.

Outro benefício próprio da *holding*, sob a ótica jurídico-sucesória está na possível formação de condomínio entre os herdeiros, o que melhor organizará a utilização de regras peculiares, por exemplo, a exigência de unanimidade de condôminos para deliberar quanto a decisões marcantes acerca do patrimônio.

A decisão de constituição de *holding* para fins de sucessão oferece dentre suas vantagens, a antecipação do procedimento de inventário e a possibilidade de se evitar eventuais disputas internas, na medida que a divisão de bens e direitos existentes se daria pelas mãos do próprio detentor desses bens/direitos, evitando-se a burocracia dos procedimentos judiciais e cartoriais, o tempo, parte dos custos inerentes a inventários, além de permitir adequado planejamento e ajustes societários. Afinal, com o planejamento já realizado, se evitará que sejam praticados pelos herdeiros, no decorrer do inventário, eventuais atos que possam atrair incidência tributária, e outros ônus mitigando, assim, eventuais ações desnecessárias.

## 7. TIPOS DE *HOLDING*

De acordo com Oliveira (2015), depois de analisar a necessidade de criação de empresa *holding*, deve-se procurar o tipo certo de *holding* para cada caso, encontrando aquele mais adequado e que melhor se adapte aos objetivos com os melhores benefícios. São diversos tipos de *holding* existentes e que podem ser implantados conforme o processo de estruturação, adaptando-se para cada caso aquilo que se busca dentro de um planejamento estratégico. Mamede e Mamede (2014) apontam que os tipos de *holding* são:

–  *Holding pura*: nesse tipo de sociedade (controladora), o objeto social será tão somente o ser titular de quotas ou ações de outras sociedades (controladas), onde a receita será composta pela distribuição de lucros e juros sobre o capital próprio, apenas na *holding* pura.

–  *Holding de participação*: será aquela sociedade criada para deter participações societárias, porém sem ter o fim de controlar outras sociedades. A *holding* pura e a de participação estão muito próximas uma da outra, com a diferença de que a primeira necessariamente controlaria e na segunda se controlará ou não.

–  *Holding de controle*: é constituída para ter em seu poder quotas ou ações de outras sociedades em volume suficiente para exercer o controle societário e, portanto, se confunde e se identifica com a *holding* pura.

–  *Holding* administrativa e de organização: destina-se a centralizar a administração de outras sociedades nas quais possua participação societária, estruturando, definindo e distribuindo planos de atuação, orientação gerencial, elaboração estratégica e mercadológica, com atribuição para intervir na condução das atividades negociais das suas controladas. A organização definirá a estruturação societária orientando a posição em relação ao planejado permitindo a acomodação dos sócios. É, na verdade, subtipo das demais.

–  *Holding* mista: será aquela em cujo objeto social está o desenvolver atividades operacionais e produtivas, individualmente da área de atuação cuidando de participações societárias.

O tema em exame compreende a  *holding* patrimonial e familiar que se confundem. A patrimonial é constituída para ser titular, proprietária de determinados bens, ações ou quotas de outras sociedades, concentrando-se e protegendo os recursos da família facilitando a gestão dos ativos e enfim, protegendo o patrimônio familiar. A  *holding* familiar traz como característica a administração do próprio patrimônio (da família), conservando-se a gestão sob o controle do fundador e sócios (FERNANDEZ; BALKO, 2013).

A constituição da empresa  *holding* se dará de modo que atenda à finalidade e aos propósitos de cada organização para se obter as vantagens possíveis (MAMEDE; MAMEDE, 2014). Com base em Prado (2011, p. 2), “a  *holding* pode ser constituída sob qualquer tipo societário, pois trata-se de uma característica da sociedade, não de um tipo societário específico”. Mamede e Mamede (2014), dissertando sobre a natureza jurídica e o tipo societário das  *holdings*, afirmam que tanto poderá ser sociedade contratual ou estatutária, simples ou empresária, em nome coletivo, comandita simples, limitada, anônima, em comandita por ações ou EIRELI – empresa individual de responsabilidade limitada. Vedado estará o tipo sociedade cooperativa por não atender às finalidades e características exigíveis para o exercício do controle patrimonial. Cooperativismo afinal é outra coisa.

É comum a  *holding* organizada sob os tipos societários de sociedade limitada ou sociedade por ações. Para Teixeira (2007), empresa formada sob o tipo societário limitada acaba por afastar que terceiros participem da sociedade. Como afirmam Mamede e Mamede (2014), o tipo sociedade por ações diferentemente é sociedade em que o capital social é dividido em ações, seus sócios são chamados de “acionistas” cuja responsabilidade se limita às ações subscritas e integralizadas, sendo regida pela Lei 6.404/76.

## 8. CONCLUSÃO

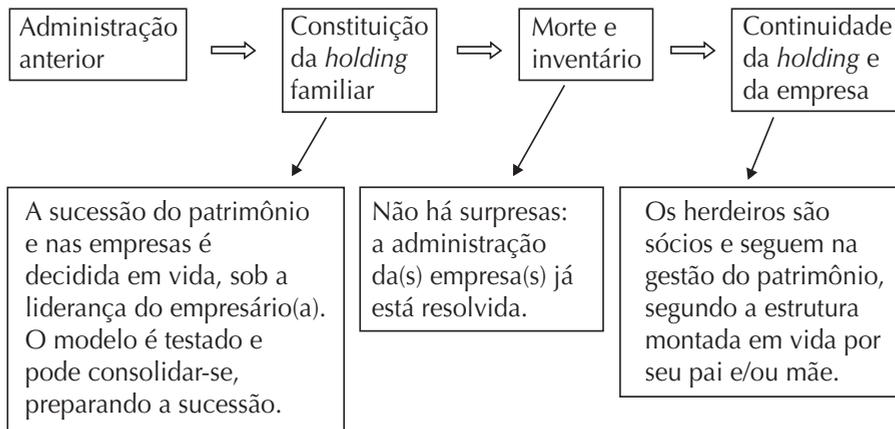
O presente estudo teve o objetivo de analisar as vantagens de se constituir *holding* em relação ao patrimônio da família visando o planejamento patrimonial, sucessório.

Foram repassadas questões próprias como os conflitos no processo de sucessão da empresa, que poderão ser solucionados por meio da constituição de uma sociedade *holding*. O estudo aponta para as vantagens da formação da *holding* familiar abrangendo, em princípio, a proteção do patrimônio pessoal e familiar e a concentração desse patrimônio bem como a administração dos bens.

Foram examinados vários tipos de sociedade *holdings* e suas características. Foram identificadas vantagens quanto à matéria tributária, de gestão, de processo decisório.

Contribuindo com tudo quanto por aqui foi analisado, termina-se oferecendo um quadro sinótico visual do tema:

**Quadro 1** – Constituição da *holding* familiar.



Fonte: Mamede e Mamede (2014, p. 87).

Conclui-se com a afirmativa de que a empresa *holding* é portadora efetivamente vantajosa no planejamento empresarial familiar, propiciando minimização de custos tributários, mas não só, possibilitando, ao fim, sólido planejamento sucessório e assegurando a continuidade dos negócios em mares certamente menos revoltos.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código Civil, Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 15 maio 2020.

CONGO, Mariana. *Planejamento sucessório: entenda o que é e como fazer*. 2019. Disponível em <https://blog.magnetis.com.br/planejamento-sucessorio/>. Acesso em: 16 maio 2020.

FERNANDEZ, Hamilton D. Ramos; BALKO, Lenine Ceymini.  *Holding Familiar*. 2013. Disponível em: <http://www.holdingfamiliar.blog.br/>. Acesso em: 02 maio 2020.

GONÇALVES, Vinicius. *Empresas familiares e seus desafios*. Disponível em: <https://novonegocio.com.br/empreendedorismo/empresas-familiares-seus-desafios/>. Acesso em: 15 maio 2020.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta.  *Holding Familiar e suas Vantagens*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MANFRIN, Jaqueline.  *Holding: Características e vantagens de sua constituição*. 2018. Disponível em: <http://www.laureadvogados.com.br/artigos/holding-caracteristicas-e-vantagens-de-sua-constituicao-2/>. Acesso em: 15 maio 2020.

PAIM, Flavio. *Desafios de gestão em empresas familiares*. 2016. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/desafios-de-gestao-em-empresas-familiares>. Acesso em: 12 maio 2020.

PANSANI, Gustav; GUENA, Rodrigo. *Planejamento sucessório e a utilização de holding familiar no Brasil*. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66027/planejamento-sucessorio-e-a-utilizacao-de-holding-familiar-no-brasil>. Acesso em: 13 maio 2020.

PRADO, Fred John Santana. *A holding como modalidade de planejamento patrimonial da pessoa física no Brasil*. *Jus Navigandi*, Teresina, 2011, ano 16, n. 2800. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18605/a-holding-como-modalidade-de-planejamento-patrimonial-da-pessoa-fisica-no-brasil>. Acesso em: 05 maio 2020.

RIBEIRO, João.  *Holding familiar: um meio de facilitar a sucessão hereditária de bens e “perpetuar” o patrimônio pessoal*. 2016. Disponível em: <https://dinheirama.com/holding-familiar-sucessao-hereditaria-bens-patrimonio-pessoal/>. Acesso em: 1 maio 2020.

RICA, D.  *Empresa familiar: sucessão em conflito*. *Sala virtual A empresa familiar*. Disponível em: <http://www.empresafamiliar.com.br/artigo-13-1.asp>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ZORZANELLI, Giovanni.  *Conceito de Empresa familiar*. 2011. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/conceito-de-empresa-familiar>. Acesso em: 14 maio 2020.



# A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

César Henrique Silva Diniz

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A preservação da empresa no âmbito do Superior Tribunal de Justiça 3. A preservação da empresa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria tributária. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, tendo em vista a finalidade à qual se propõe, não tem a veleidade de trazer contribuições originais, na medida em que se propõe trazer a texto o pensamento corrente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito do instituto da recuperação judicial da empresa no que diz respeito à sua preservação.

O ponto de partida está em que a Constituição Federal atribui àquela corte superior a função de harmonizar a jurisprudência brasileira. É fácil perceber que o instituto da recuperação judicial da empresa, e portanto da pessoa jurídica com a sociedade empresária, está afinado com as mais caras proclamações da Carta Magna no capítulo das prerrogativas de cidadania e no capítulo da ordem econômica, em que se põe em relevo a função social da empresa<sup>1</sup>. Aponta o jurista Fábio Ulhoa Coelho<sup>2</sup> que

<sup>1</sup> Os dispositivos de apoio a este discurso estão no art 5º, XXIII e no art 170 da Constituição Federal.

<sup>2</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

essa função social “estará satisfeita quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores”. O notável jurista afirmou, em parecer solicitado pela Persico Pizzamiglio S. A., que o princípio da função social abrange todo tipo de propriedade, inclusive a propriedade empresária<sup>3</sup>. “Por função social da empresa entende-se a capacidade de gerar empregos, bens ou serviços, tributos e outros negócios em atendimento a interesses que transcendem os dos empresários ou sócios das sociedades empresárias. Essa capacidade resulta da mobilização de fatores de produção – capital, tecnologia, mão-de-obra e insumos – típica da organização empresarial, sem a qual aqueles interesses metaindividuais não se realizam”.

Será, sempre, pois, de suma importância, a manutenção do empreendimento enquanto fonte produtora de serviços, mercadorias, tributos e empregos. A preservação é, também, forma de prover segurança jurídica ao empresário e estimular a atividade econômica. Seguindo o pensamento de José Gomes Canotilho, a ideia de segurança jurídica surgiu da necessidade humana de alguma certeza, sem variações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida social<sup>4</sup>. A segurança absoluta é utópica, mas deve ser incentivada a fim de reduzir os riscos inerentes à atividade empresarial e garantir que ela continue operando e promovendo a circulação de riquezas.

O artigo 47 da Lei nº 11.101/2005<sup>5</sup>, que regula a recuperação judicial, elevou a preservação da empresa à condição de princípio norteador do texto legal, retornando a Ulhoa Coelho: “O princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objeto de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade

---

<sup>3</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer solicitado pela Persico Pizzamiglio S.A.*, São Paulo, 2005, p.18.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257-266.

<sup>5</sup> Art. 47. *A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.*

empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. Na locação identificadora do princípio, ‘empresa’ é o conceito de sentido técnico bem específico e preciso. Não se confunde nem com o seu titular (‘empresário’) nem com o lugar em que explorada (‘estabelecimento empresarial’), O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento”.<sup>6</sup> Fere o ponto, Jason Soares de Albergaria Neto, discorrendo sobre a importância de se conservar a atividade empresária para fins que vão além dos interesses do empresário, mas como meio de assegurar a continuidade de um interesse coletivo. Assim: “Esta preocupação de preservar a empresa como ente destinado à produção e circulação de riquezas, e que possui um papel relevante na ordem econômica, reflete as mais variadas necessidades da coletividade, pois gera empregos, paga tributos e, principalmente, proporciona o desenvolvimento e progresso de uma nação”<sup>7</sup>.

Na compreensão de que a preservação da empresa possui *status* de valor constitucional, sua apreensão é suporte para a boa aplicação de outro princípio constitucional: o da função social da propriedade. As empresas cumprem a função de gerar postos de trabalho e riquezas que dinamizam a economia e por isso devem ser preservadas. Atento a isso, o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem cumprido o seu papel de tornar a jurisprudência sobre a preservação da empresa menos confusa, garantindo-se razoável aplicação da Lei de Falência e Recuperação Judicial. E disso que se ocupará o presente artigo.

## 2. A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A edição nº 35 do texto “Jurisprudência em Teses disponibilizada pelo Superior Tribunal de Justiça” é categórica ao afirmar que “a recuperação judicial é norteadada pelos princípios da preservação da empresa, da função social e do estímulo à atividade econômica, a teor do artigo 47 da Lei nº 11.101/2005”. É um enunciado. Dessa tese depende-se que como a recuperação da empresa é de interesse de toda a

<sup>6</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*, 2004. p. 79.

<sup>7</sup> ALBERGARIA NETO, Jason Soares. *A dissolução da sociedade limitada no novo Código Civil. Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*, p. 239.

sociedade (leia-se, da comunidade envolvida), nela se contém, de fato, matéria de extraordinária relevância, em nome, inclusive, dos princípios da estabilidade e da segurança jurídica.

O constitucionalista José Afonso da Silva<sup>8</sup> resume essa segurança como a “garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta mantém-se estável”. Todo empresário anseia por estabilidade, por um horizonte de expectativa e de previsibilidade (o *Erwartungshorizont*<sup>9</sup> no Direito alemão) para poder conduzir sua atividade.

Em nome dessa valorização do princípio da preservação da empresa o Superior Tribunal tem impedido a busca e apreensão de bens considerados necessários para o funcionamento da atividade empresarial. Em decisão monocrática a ministra Nancy Andriighi, ao julgar o Conflito de Competência nº 149.798<sup>10</sup>, explicou que, malgrado o fato da inadimplência, o recolhimento dos bens tornaria impossível a retomada das atividades da empresa.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 378-379.

<sup>9</sup> *Erwartungshorizont* é uma expressão de origem alemã cunhada por Hans Robert Jauss que foi elevada à categoria de princípio de valor constitucional. Hans argumenta que a liberdade total do ato de interpretação da realidade é limitada por um conjunto de crenças e princípios assimilados ao longo da formação histórica do indivíduo enquanto ser pertencente a uma sociedade: o horizonte de expectativas (JAUS, 1994).

<sup>10</sup> A justificativa de se proceder a tal análise, segundo a ministra, é a seguinte “não se pode perder de vista o objetivo maior, de preservação da empresa, que orientou a introdução, no ordenamento jurídico brasileiro, da regra do artigo 60, parágrafo único, da Lei 11.101/05. O que buscou o legislador, com tal regra, foi implementar a ideia de que a flexibilização de algumas garantias de determinados credores, conquanto possa implicar aparente perda individual, numa análise imediata e de curto prazo, pode significar ganhos sociais mais efetivos, numa análise econômica mais ampla, à medida que a manutenção do empreendimento pode implicar significativa manutenção de empregos, geração de novos postos de trabalho, movimentação da economia, manutenção da saúde financeira de fornecedores, entre inúmeros outros ganhos”.

<sup>11</sup> Nessa linha há uma série de decisões. Decidiu o Ministro João Otávio de Noronha, em Agravo Regimental no conflito de competência nº 127629-MT que “não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias”, na medida em que tal ato pudesse inviabilizar “a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”.

A manutenção dos bens necessários para o bom funcionamento da empresa, está reconhecido, é de máxima importância para a recuperanda. Os credores, temendo a falência da empresa, correm contra o tempo para receber, e permitindo-se o esvaziamento do patrimônio, não será possível o cumprimento de plano razoável com quitação de dívidas. Atento a isso, o Superior Tribunal proferiu decisões várias com o objetivo de se evitar que credores isolados egoisticamente inviabilizassem a recuperação judicial com a apreensão de bens do devedor quando essencial à manutenção da sua atividade.<sup>12</sup> Nesse mesmo sentido, em recente decisão, datada de 08 de janeiro de 2020, no Conflito de Competência nº 153998 se determinou a suspensão de leilão para pagar dívida com a União. A decisão tem fundamento no fato de que o bloqueio de bens inviabilizaria outros pagamentos, comprometendo-se o próprio funcionamento da empresa em crise e o processo de seu superamento. Ainda dentro do tema, há muito o tribunal tem admitido a prorrogação do chamado *stay period* para além daquele prazo de 180 dias. Pela redação do texto legal (§ 4º do art. 6º) ao qual se remete o julgado, ali se tem esse prazo considerado como improrrogável. A realidade demonstrou ser esse prazo demasiado exíguo e impedia que o empresário tivesse a tranquilidade necessária para dar continuidade à sua atividade e elaboração de um plano. O novo entendimento do Superior Tribunal propicia que, em situações excepcionais, se possa relativizar o prazo estabelecido na lei<sup>13</sup>. Numa primeira compreensão,

<sup>12</sup> Nesse sentido, o AgRg no AREsp 511601- MG: “Aplica-se a ressalva final contida no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 para efeito de permanência, com a empresa recuperanda, dos bens objeto da ação de busca e apreensão, quando se destinarem ao regular desenvolvimento das essenciais atividades econômico-produtivas” (AgRg no CC 127.629/MT, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 23/04/2014, DJe 25/04/2014). Sobre o mesmo assunto a “Jurisprudência em Teses do STJ” assinala que “os bens de capital essenciais à atividade da empresa em recuperação devem permanecer em sua posse, enquanto durar o período de suspensão das ações e execuções contra a devedora, aplicando-se a ressalva final do § 3º do art. 49”. Necessário ressaltar que os bens de capital, na hipótese, são de propriedade de terceiros e estão no uso do devedor em recuperação judicial, ou seja, bens móveis ou imóveis necessários à manutenção da atividade produtiva (tese sete da edição 37ª do repositório MARTINEZ, 1998).

<sup>13</sup> O entendimento foi aplicado pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro João Otávio de Noronha, ao suspender uma ordem do Tribunal de Justiça de São Paulo para que um laboratório médico pagasse, em 30 dias, créditos trabalhistas de mais de R\$ 5 milhões. Noronha apontou que a 2ª Seção do STJ

a prorrogação poderá decorrer da superveniência de recursos judiciais que consumam parte daqueles seis meses que o legislador consagrou como o período da graça. Nesse caso se terá uma recontagem do prazo para depois de vencido o óbice processual. Numa segunda compreensão poderá estar em causa a complexidade mesma do caso em análise, numa e noutra hipótese terá o Tribunal Superior mitigado o que seria a aplicação fria da letra da lei e isto é função da jurisprudência.

A respeito, Daniel Dorsi Pereira<sup>14</sup> exemplifica uma (dentre diversas possíveis) situação excepcional em que a extensão do *stay period* é perfeitamente justificável e necessário para o sucesso do soerguimento, fazendo-o na seguinte expressão: “Situação atípica, porém, frequentemente enfrentada, dá-se quando o devedor empresário, que teve o processamento da sua recuperação deferido, por motivos alheios à sua vontade, vê seu prazo de suspensão inicial de 180 (cento e oitenta) dias esgotar-se, sem que consiga aprovar seu plano e consequentemente obter nova suspensão, o que comina em situação caótica para a sua vida comercial. E esse cenário, só é possível, por evidente, em decorrência de atos praticados pelos próprios credores, não raro, em conjunto, como, por exemplo, quando deliberam pela suspensão e pelo adiamento da assembleia de credores, já instaurada. Tal situação, vai contra o espírito do instituto da recuperação judicial, que marca avanço legislativo que há muito tempo se reclamava, colocando ainda em risco de não se atingir os fins perseguidos com o instituto (que compreende a manutenção da atividade econômica do agente, dos empregos, dos impostos)”.

É justamente com o fito de se evitar que o sucesso da recuperação judicial fique à mercê da sorte, ou até mesmo de eventuais caprichos de credores que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 1.337.989-SP, em junho de 2018, fixou o entendimento de que é possível ao magistrado aprovar o plano

---

reconheceu, no julgamento do CC 159.480, ser possível a prorrogação do prazo de suspensão do *stay period* nos casos em que a dilação seja necessária para não frustrar o plano de recuperação da empresa. Afirmou o ministro que “está preenchido o requisito do periculum in mora, consubstanciado na proximidade do fim do prazo de 30 dias estabelecido pelo Tribunal de origem para pagamento integral dos créditos trabalhistas, sob pena de convalidação da recuperação judicial em falência”.

<sup>14</sup> PEREIRA, Daniel Dorsi. Hipótese de Prorrogação do *Stay Period* na ação de recuperação. In: SILVA, José Anchieta da; FIUZA, Ricardo A. M. *20 anos de Advocacia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 553.

de recuperação judicial sem que tenha sido aprovado em assembleia e ainda que não estejam preenchidos todos os requisitos do artigo 58, parágrafo único, da Lei de Recuperação Judicial.<sup>15</sup> O ministro relator Luis Felipe Salomão destacou que a Lei nº 11.101/05 caminhou pelo princípio da preservação da atividade empresarial e justificou que a aprovação do plano empresarial em tais condições seria essencial para preservar a empresa. A título de fundamento escreveu: “De fato, a manutenção de empresa ainda recuperável deve se sobrepor aos interesses de um ou poucos credores divergentes, ainda mais quando sem amparo de fundamento plausível, deixando a realidade se limitar à fria análise de um quórum alternativo, com critério complexo de funcionamento, em detrimento da efetiva possibilidade de recuperação da empresa e, pior, com prejuízos aos demais credores favoráveis ao plano”. É nítido que nesse caso a Corte Superior se valeu de uma interpretação teleológica da norma legal, no intuito de salvar a empresa, de manter os empregos e de garantir créditos. Outros julgados foram proferidos no mesmo sentido.

No início de 2017, em marcante julgado, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que a proteção do consumidor, não obstante sua relevância, não seria capaz de blindá-lo dos efeitos do processo de recuperação judicial do fornecedor. Não se reconheceu, no julgado, situação de privilégio ou de destaque à qualidade de credor que o seja com fundamento naquele entusiasmado Direito

<sup>15</sup> Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa.

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

do Consumidor. O relator do recurso, ministro Villas Bôas Cueva<sup>16</sup> destacou que o espírito da Lei de Falências e Recuperação Judicial, em especial a máxima efetividade dos dispositivos informadores da recuperação revela que a ausência de privilégios aos consumidores não representa falha legislativa, mas opção premeditada e proposital, destinada à preservação da empresa. Afirmou o ministro: “Admitir a criação de um privilégio não contemplado em lei, e, por consequência, não calculado pelos organizadores do plano, seria, por via oblíqua, dificultar a árdua tarefa de impedir a extinção das sociedades empresárias que enfrentam dificuldades financeiras e se socorrem na recuperação judicial, desprezando o regramento da LFR e a realização de todos os direitos e objetivos a ela agregados”.

Sobre outro tema, aditivos ao plano original, pode-se citar precedente julgado em maio de 2020, pela Terceira Turma daquele tribunal que negou provimento a recurso<sup>17</sup> de credor, ao entendimento de que a apresentação de aditivos ao plano original de recuperação judicial, não altera a data de início do prazo de dois anos para o encerramento do processo. Com efeito, o que resta compreendido nesse relevante julgado (e precedente) é que o plano, tal como na inspiração da lei é sempre um só, seus aditamentos e alterações que a assembleia de credores propõe são apenas isso, aditamentos ou alterações, e não podem ser vistos como outro plano. O relator do recurso, ministro Villas Bôas Cueva reconhece que a incapacidade de cumprir o plano na forma como aprovado originalmente configuraria, em princípio, hipótese de convalidação da recuperação em falência, mas acrescentou: “No entanto, tem ganhado fôlego o entendimento – fundamentado na prevalência do princípio da preservação da empresa e da soberania da vontade dos credores – de que cabe aos credores decidir se é o caso de

---

<sup>16</sup> Julgando o Recurso Especial nº 1598130, em 07.03.2017.

<sup>17</sup> O recurso teve origem em pedido de recuperação de um grupo empresarial cujo processamento foi deferido em junho de 2012. O plano foi homologado em janeiro de 2013. Alegando a impossibilidade de cumprir os pagamentos nos termos e prazos combinados, as empresas em recuperação apresentaram dois aditivos ao plano, os quais foram homologados em 2014 e 2015 – nos dois casos, houve aprovação do aditivo pela assembleia de credores. Em dezembro de 2015, foi proferida a sentença de encerramento da recuperação. Após o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negar o recurso de dois credores que pretendiam manter o processo de recuperação, um deles recorreu ao STJ, sustentando que o prazo bienal para o encerramento da recuperação deveria ser contado a partir da homologação do segundo aditivo.

admitir a alteração do plano e prosseguir com a recuperação judicial ou pedir a falência do devedor. É preciso esclarecer desde logo que o fato de a recuperação judicial se encerrar no prazo de dois anos não significa que o plano não possa prever prazos mais alongados para o cumprimento das obrigações, mas sim, que o cumprimento somente será acompanhado pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelo administrador judicial nessa fase, para depois estar sob a fiscalização única dos credores”.

Outro ponto que merece atenção, e que por longo tempo representava extraordinária dor de cabeça, no que tange à preservação da empresa, são as decisões do Superior Tribunal de Justiça no tocante às execuções trabalhistas contra empregadores em recuperação judicial. Foram destacadas situações julgadas entre os anos de 2017 e 2019. Na primeira delas, empresa de Transportes e Turismo, em processo de recuperação judicial contestou a decisão dos magistrados de primeira instância que determinavam o prosseguimento das execuções trabalhistas mesmo após a aprovação do plano pela assembleia de credores. A ministra Laurita Vaz suspendeu as execuções trabalhistas lembrando que a Lei nº 11.101/05 estabelece normas voltadas a possibilitar a recuperação da empresa que se encontra em desequilíbrio financeiro, favorecendo, dentro do possível, a sua preservação. O mesmo argumento foi utilizado para embasar a decisão que em janeiro de 2017 determinava suspensão da penhora de crédito imposta por Vara do Trabalho de Araras (SP), contra uma indústria de montagem de máquinas<sup>18</sup>. Para a ministra Laurita Vaz, a Justiça do Trabalho não poderia ter determinado o arresto dos bens, já que a empresa estava sob processo de recuperação judicial. O mais recente julgado selecionado, diz respeito à decisão proferida em julho de 2019, tratando de crédito oriundo de condenação trabalhista após o pedido de recuperação judicial da empresa, determinando sua inscrição no quadro geral de credores. De acordo com Nancy Andrichi, confirmado que o crédito em discussão

<sup>18</sup> Em outubro de 2016 o juízo trabalhista determinou a penhora de crédito da empresa junto a um de seus clientes, no valor de R\$2 milhões, para saldar dívidas trabalhistas. O cliente bloqueou mais de R\$ 420 mil e comunicou a decisão à Vara do Trabalho de Araras. Naquele momento, o plano de recuperação judicial da empresa já tinha sido apresentado, mas ainda não havia a aprovação pela assembleia geral de credores, o que ocorreu em dezembro de 2016. Com a aprovação do plano, a empresa recorreu ao STJ para que a penhora fosse suspensa. (CC 150569).

fora constituído em momento anterior ao pedido de recuperação judicial, deverá, portanto, se sujeitar aos efeitos do plano de soerguimento da empresa<sup>19</sup>, e assim determinava sua inclusão e sua submissão aos termos do plano aprovado.

Os exemplos trazidos confirmam não só a valorização da preservação da empresa, mas também torna nítido o papel harmonizador da Corte em tantas e relevantes matérias. Resta, finalmente, consagrada a tese segundo a qual os juízos especializados da Justiça do Trabalho são juízos de aferição, de apuração, aferimento e quantificação do direito. A sua realização (seu pagamento) só se dará no juízo universal da falência da empresa, atento, no caso, para o princípio da segurança jurídica, manifesto na doutrina de José Gomes Canotilho.<sup>20</sup>

Com esses passos se conclui que o Superior Tribunal de Justiça, na sua atribuição constitucional de harmonizador da jurisprudência tem conciliado os interesses dos credores e das recuperandas, sob o princípio da preservação da empresa, estimulando a continuidade da atividade empresarial, responsável por dinamizar e impulsionar a economia, viabilizando-se empregos, impostos e o funcionamento dos mais variados fazeres humanos.

### **3. A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Relevantes esses interesses privados que foram analisados no tópico anterior, com o mesmo grau de relevância, é preciso conhecer a inteligência que tem sido adotada pela Corte Superior no que toca aos créditos públicos. No Direito Tributário, o princípio da preservação da empresa se faz presente na norma contida no art. 145, § 1º, da Carta

---

<sup>19</sup> Em decisão interlocutória, durante ação de recuperação judicial de uma empresa de vigilância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul indeferiu o pedido de habilitação de crédito estabelecido por sentença trabalhista, formulado por um dos empregados, sob o fundamento de que tal crédito teria sido reconhecido judicialmente somente após o início da recuperação. A Terceira Turma reafirmou que o crédito oriundo de condenação trabalhista imposta após o pedido de recuperação judicial da empresa deve ser inscrito no quadro geral de credores (REsp 1721993).

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.

Magna<sup>21</sup>, regulada especialmente na Lei Complementar 118/05, visando alinhar as disposições do Código Tributário Nacional ajustando-o ao espírito da Lei nº 11.101/05 e nesse mister, acrescentando ao seu artigo 133<sup>22</sup> os §§ 1º, 2º e 3º. A respeito, assevera Misabel Abreu Machado Derzi<sup>23</sup>: “Trata-se de uma inovação, no âmbito tributário, que tanto procura efetivar o princípio da preservação da empresa, facilitando a superação da crise econômico-financeira no processo de recuperação judicial, como ainda visa a viabilizar, já no processo falimentar, o pagamento dos créditos extraconcursais daqueles que preferem ao tributário”.

<sup>21</sup> Art. 145. (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

<sup>22</sup> Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

(...)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:

I – em processo de falência;

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for:

I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial;

II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou

III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária.

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário.

<sup>23</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da Preservação das Empresas e o Direito à Economia de Impostos. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). Grandes questões atuais do Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2006, 10º volume, p. 336.

O artigo 52, inciso II, da Lei nº 11.101/05 admite a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, com exceção de contratações com o poder público e recebimento de benefícios e incentivos fiscais. No entanto, o seu artigo 57 exige a apresentação das certidões negativas de débitos tributários após vencido o prazo de objeções ao plano. Apreciando o ponto, o ministro Luis Felipe Salomão<sup>24</sup> considera que a aplicação desse artigo 57<sup>25</sup>: “inviabiliza toda e qualquer recuperação judicial, e conduz ao sepultamento por completo do novo instituto”. A exigência impediria a recuperação judicial, o que não condiz com os interesses nem da empresa, nem dos credores, incluindo-se o próprio fisco e os trabalhadores. Com esse entendimento, no julgamento do REsp nº 1.187.404, a Corte Especial do Tribunal afastou a exigência de certidões negativas tributárias para homologação do plano de recuperação.

Um dos principais meios para se atingir o sucesso da recuperação judicial está, afinal, na “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas” (Lei nº 11.101/2005, artigo 50, inciso I). Assim, para o professor Hugo de Brito Machado<sup>26</sup>, em estudo sobre a dívida tributária na recuperação judicial, há necessidade de se superar o literalismo da norma, não se atribuindo ao artigo 57 da Lei nº 11.101/05 e ao artigo 191-A<sup>27</sup> do Código Tributário Nacional interpretação incompatível com a Constituição da República, seus princípios e seus propósitos. Nesse diapasão, ao analisar o REsp nº 1.592.455<sup>28</sup> o ministro Benedito Gonçalves ponderou

---

<sup>24</sup> Julgando o Recurso Especial 1719894 em 19.11.2019.

<sup>25</sup> Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

<sup>26</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 120, p. 69-81.

<sup>27</sup> Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei.

<sup>28</sup> Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª região que permitiu a realização de atos constritivos sobre bens de empresa em recuperação judicial. A recorrente argumentou que a recuperação judicial aprovada da empresa não obsta o prosseguimento de atos constritivos. A corte negou seguimento ao recurso especial, tendo em vista que “não são ade-

sobre a impossibilidade de se conceder autonomia à Fazenda Pública para atos de constrição de crédito junto à empresa recuperanda: “A jurisprudência desta corte superior firmou entendimento de que não são adequados, em execução fiscal, os atos de constrição que possam afetar, de alguma forma, o plano de recuperação judicial da sociedade empresária, em homenagem ao princípio da preservação da empresa, porquanto o pagamento do crédito tributário devido será assegurado, no momento oportuno, pelo juízo falimentar, observadas as preferências legais, não havendo, assim, prejuízo à Fazenda Pública”.

Ainda na seara das questões entre a empresa recuperanda e a Fazenda Pública, a suspensão das execuções fiscais, embora não seja regra explícita na Lei nº 11.101/05, pode ser obtida com a finalidade de preservação da empresa. O Tribunal Superior tem externado entendimento de que os atos de constrição de créditos só serão válidos caso não coloquem em risco a continuidade da atividade empresarial. O ministro Gurgel de Faria, ao julgar o REsp nº 1.548.587<sup>29</sup>, lembrou que existe presunção de suspensão da execução fiscal nos termos do artigo 151 do Código Tributário Nacional, “pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às

---

quados, em execução fiscal, os atos de constrição que possam afetar, de alguma forma, o plano de recuperação judicial da sociedade empresária em homenagem ao princípio da preservação da empresa, porquanto o pagamento de crédito tributário devido será assegurado, no momento oportuno, pelo juízo falimentar, observadas as preferências legais, não havendo assim, prejuízo a Fazenda Pública”.

<sup>29</sup> Trata-se de recurso especial interposto pela New York Comércio e Participações LTDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja conclusão é no sentido de que, “diante da clara redação dada ao art. 7º da Lei n. 11.101/05 (Lei de Falências), não restam dúvidas acerca da possibilidade de continuidade das execuções de natureza fiscal mesmo com o deferimento da recuperação judicial, vez que não verificada a existência de parcelamento do débito tributário”. Quanto a essa declaração, assim dispõe a ementa do acórdão do STJ: “Atento ao art. 6º da Lei n. 11.101/2005, este Tribunal Superior tem externado que, embora o deferimento do plano de recuperação judicial, por si só, não implique a suspensão do processo executivo, os atos de constrição patrimonial só serão adequados caso não coloquem em risco a atividade empresarial, pois o referido instituto tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores” (art. 47 da Lei n. 11.101/2005).

custas dos créditos de natureza fiscal”. Nesses casos, segundo o magistrado, as medidas de constrição adotadas na execução podem ser flexibilizadas com base nas circunstâncias concretas.

Com efeito, com o intuito de preservar o interesse social na manutenção de empresas viáveis como geradoras de riquezas, e em sintonia com o princípio da capacidade contributiva, o legislador pretendeu conceder às sociedades em recuperação judicial prazos mais flexíveis para a quitação de seus débitos. Desnecessário enfatizar que princípio da razoabilidade deve sempre servir de parâmetro de validade dos atos emanados do Poder Judiciário, princípio esse que inegavelmente tem sido observado pelos ministros da corte como demonstrado<sup>30</sup>.

#### 4. CONCLUSÕES

A finalidade da Lei de Recuperação Judicial e Falências compreende-se fundamentalmente na preservação da empresa, de sua função social, no reconhecimento de sua importância para o desenvolvimento econômico social. O parecer apresentado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 11.101/2005, sintetizava os princípios desse novo texto legal e trouxe a preservação da empresa como o primeiro deles.

É irrefutável que o impacto da recuperação judicial vai além da empresa em si considerada. O seu soerguimento permite, por exemplo, a manutenção de empregos, a movimentação da economia e a garantia do cumprimento de contratos com fornecedores.

Os tribunais estaduais, cada um em sua jurisdição, seja pela amplitude do tema, seja pela diversidade de razões postas em cada realidade, tem proferido decisões que reclamam harmonização. Isto não bastasse tem sido volumosa a jurisprudência originada dos outros tribunais (trabalhistas e tributários) que também acabam por exigir ação orientadora do Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe, por determinação constitucional, a tarefa e a função de harmonizar a jurisprudência.

O exame dos textos jurisprudenciais selecionados proporcionou o encontro com a inteligência de mais de uma dezena de ministros integrantes

---

<sup>30</sup> Ainda sobre a matéria, anota-se que há lei federal assegurando parcelamento de tributos de devedores em recuperação judicial. Trata-se de medida legal que se tem demonstrado insuficiente. Isto não bastasse, falta edição de lei similar por parte dos Estados da Federação.

do Superior Tribunal de Justiça, o que autoriza concluir que se alcançou, sobre os temas enfrentados, o pensamento médio daquele sodalício.

E esta é a conclusão final à qual se quer chegar: o Superior Tribunal de Justiça compreendeu – e bem – essa sua missão e os seus acertos têm sido fundamentais, úteis e, em boa medida, orientadores no sentido de uma sólida preservação da empresa, com preenchimento de lacunas, evitando-se ônus exagerados para o empresário, garantindo-se a construção de ambiente de negócios mais seguro para o Brasil.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA NETO, Jason Soares. A dissolução da sociedade limitada no novo código civil. In: BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). *Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AYOUBL, R.; CAVALLI, C. M. *A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2005.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1197871-SP. Relator. Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 11/12/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Pedido de Tutela Provisória nº 2517-SP. Relator. Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 15/01/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência nº 159480-MT. Relator. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção. Julgado em 25/07/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Em recurso Especial nº 511601-MG. Relator. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma. Julgado em 19/08/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Em recurso Especial nº 1459589-MG. Relator. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma. Julgado em 25/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência Em recurso Especial nº 1532943-MT. Relator. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção. Julgado em 18/08/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.337.989-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 08/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1333349-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 26/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1377764-MS. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 20/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1333349-SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 26/11/2014, *DJe* 02/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1447918-SP. Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma. Julgado em: 07/04/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1800032-MT. Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma. Julgado em: 25/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1826589-RS. Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma. Julgado em: 06/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1793713-DF. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 07/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1665042-RS. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Julgado em: 25/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1279525-PA. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 07/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 309.867-ES. Relator. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma. Julgado em 26/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1359311-SP. Relator. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma. Julgado em 30/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 153998-DF. Relator. Ministro Humberto Martins.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 162096-RJ. Relator. Ministro Moura Ribeiro. Julgado em 22/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 127629-MT. Relator. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção. Julgado em 23/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 149798-PR. Relator. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 18/07/2017.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Declaratórios no RMS nº 41646-PA. Relator. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma. Julgado em 24/09/2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer solicitado pela Persico Pizzamiglio S.A.* São Paulo, 2005, p.18.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito à economia de impostos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Org.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2006, 10º volume.
- JAUSS, Hans Robert. *A história da literatura como provocação à teoria literária*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Ática, 1994.
- MACHADO, Hugo de Brito. Dívida Tributária e Recuperação Judicial de Empresa. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 120, p. 69-81.
- MARTINEZ, Soares. *Economia Política*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- PEREIRA, Daniel Dorsi. Hipótese de Prorrogação do Stay Period na ação de recuperação. In: SILVA, José Anchieta da; FIUZA, Ricardo A. M. (Coord.). *20 anos de Advocacia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SILVA, José Anchieta da. *Palavra de Advogado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- SILVA, Max Roberto de Souza e. *O Instituto da Sucessão e a Ação de Recuperação Judicial*, In: SILVA, José Anchieta da; FIUZA, Ricardo A. M. (Coord.). *20 anos de Advocacia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.



Nesta segunda parte, o livro se dedica à transcrição de textos assim compreendidos: Pronunciamentos institucionais, Prefácios e Panegíricos, Artigos, Documentos e Editoriais cuja elaboração contou com o concurso direto de integrantes da equipe de advogados de JASA – José Anchieta da Silva Advocacia, entre os anos de 2015 e 2020

# JOSÉ MARRARA UM GIGANTE QUE NÃO SERÁ ESQUECIDO<sup>1</sup>

Conviveu conosco a figura de um gigante que não será esquecido: José Marrara. Os que tiveram o privilégio de seu convívio, dele recolheram o melhor exemplo de cidadão e profissional dedicado às atividades no território do Direito. José Marrara pontificou como advogado exemplar, como professor de grande conhecimento e notável trato com os seus alunos, como conselheiro da Ordem dos Advogados em Minas Gerais (especialmente integrando a Comissão de Seleção e Prerrogativas), como assessor (de gabinete) de magistrado no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como magistrado que ascendeu ao mesmo tribunal pelo quinto constitucional e como diretor do já centenário Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG, onde no opúsculo da vida emprestou o brilho de sua inteligência.

Reunia Marrara qualidades peculiares, que pôs em prática por onde passou, em todos os ministérios que exerceu. Este pequeno panegírico se contentará em reunir, seletivamente, o testemunho de fatos que recordam a sua ação permanentemente construtiva, zelosa, cuidadosa, precisa, de seus atos e de seu discurso.

Como advogado, José Marrara tratava a todos com distinguida urbanidade. Tinha sempre um elogio a ser dedicado à outra parte. Tinha o cuidado de, primeiro, ouvir o seu interlocutor exaustivamente. Não interrompia o discurso de seu contendor. Sobressaía desse seu comportamento, no entanto, uma peculiaridade que não pode ficar sem registro. Quando o seu adversário era fraco, quando não dominava a tese em discussão ou quando promovia discurso equivocado quanto às leis, à doutrina e mesmo quanto à descrição dos fatos, o saudoso Marrara, ao assumir a palavra era docemente implacável. Elogiava a postura, o conhecimento, o esforço e o zelo de seu interlocutor e

---

<sup>1</sup> Texto datado de 04 de dezembro de 2015, publicado no livro-memória *José Marrara: O Homem, o Advogado, o Professor, o Juiz, o Amigo*, editado pela família em 2015, p. 121-124, por José Anchieta da Silva.

começava o discurso reescrevendo, com sábias e escolhidas palavras, todo o discurso que tinha ouvido. Reorganizada a tese, exercia a arte de atribuir a autoria da nova versão da demanda, exatamente ao seu contendor (que não a tinha feito a contento). Deixando a outra parte muito à vontade, com tamanha lhanza de trato, chegava ao âmago da questão e, aí, com implacável oratória e sem qualquer ironia, com doce magia desconstruía ele próprio, a tese de seu opositor, trazendo argumentos verticalizados, imbatíveis, técnica e cientificamente corretos; e assim, vencida a discussão e ganhava de seu contendor, quando não uma amizade, pelo menos um reconhecido respeito em face do conhecimento e, mais do que isto, em face da veneração dedicada à causa e às pessoas envolvidas. Marrara não conhecia adversários, nos seus embates construía amizades e angariava admiradores. Enxergava nas lides, contendas decorrentes das vicissitudes da vida, e só.

Na cátedra, lecionando Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais era tido, pelos alunos e pelos seus colegas de magistério, como o mais amigo e, ao mesmo tempo, o mais exigente dentre os lentes. Ensinava com gosto e tinha prazer em debater com seus amigos, alunos e professores, os programas curriculares da grade de ensino.

Na Ordem dos Advogados, em Minas Gerais, exercendo o ministério de conselheiro-parecerista nos processos de admissão de novos advogados e estagiários, Marrara era mais do que simplesmente paciente, quando determinava diligências para que o candidato cumprisse, com o rigor da lei, as exigências para a inscrição pretendida. Era comum algum candidato não atender, na forma exigida, o cumprimento de determinada diligência; e quando tal ocorria, os despachos de Marrara eram extraordinariamente orientadores, de modo que o candidato entendesse, em bom entender, exatamente o que deveria cumprir. E só se indeferia alguma pretensão quando manifestamente contrária à lei e ao regulamento, ou quando, após toda a tentativa de se proporcionar ao candidato o atendimento da diligência, se não a cumprisse, por desídia ou por desinteresse. Até hoje, os votos do Conselheiro Marrara, nos arquivos de nossa Ordem, representam repositório orientador de como proceder.

José Marrara foi feito magistrado pelo quinto constitucional, assumindo vaga de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Seus votos, orientadores de acórdãos de extraordinário

conteúdo levou para a magistratura toda a sua experiência e conhecimento de advogado e de professor. Recebia com lhanza e fino trato, os advogados que visitavam o seu gabinete para a entrega de memoriais. Ouvia, com atenção, as sustentações orais e não raro pedia vista e adiamento do julgamento quando algo de novo lhe despertava a atenção. Jurista completo, no sentido mais puro da expressão, honrou tanto a beca como a toga.

Como diretor departamental do centenário Instituto dos Advogados de Minas Gerais, não faltava às reuniões da Diretoria e do Conselho, e desempenhava as missões que lhe eram acometidas como se fosse o mais jovem dos diretores. Marrara era dotado de entusiasmo juvenil por tudo quanto abraçava.

Dentre seus dotes, de se destacar o cuidado e a atenção que Marrara dedicava a quem estivesse fazendo uso da palavra. Como advogado e como juiz, sabia como ninguém, exercer a arte de ouvir. Só fazia uso da palavra quando instado a fazê-lo. E, quando falava, orador de méritos, parcimonioso e pontual, exercia a magia do encantamento. Sabia ser erudito sem ostentação.

O passamento das pessoas queridas traz, na primeira hora, a angústia da perda e a saudade de quem partiu. Depois, a dor vira nostalgia e os exemplos e ensinamentos recolhidos, trazem, de novo e de volta, ao convívio de nosso dia a dia, a lembrança daqueles que se inscreveram definitivamente dentre nós, como exemplo a ser seguido. O padre Pedro Maciel Vidigal tinha razão quando escreveu: no nascimento, todos são iguais, são as obras que fazem as pessoas diferentes. José Marrara é a certeza disso.

# REFORMA POLÍTICA. REFORMA DO ESTADO<sup>1</sup>

Os movimentos do Congresso Nacional dão sinais de que a reforma política estará na ordem do dia. É matéria relevante e implicará em significativa modificação do texto constitucional. Mais do que isto, poderá, de fato, dar novos rumos para o Brasil num futuro próximo. Reforma política e reforma do Estado praticamente se confundem. O assunto precisa ser enfrentado reconhecendo-o maior do que uma simples reforma de calendário eleitoral. Será uma excelente oportunidade de passar o Brasil a limpo.

Na coluna vertebral do tema estará a necessária discussão com a sociedade, por exemplo, do sistema e da forma de governo; da representação legislativa das unidades da federação (número de deputados e de senadores); da organização dos partidos políticos; da ocupação ou do preenchimento dos cargos ligados aos mandatários eleitos; do voto obrigatório; do voto distrital; da simultaneidade das eleições; da segurança das urnas; da reorganização da justiça eleitoral e do “financiamento de campanha”, assunto que está em voga de forma subliminar; os “fichas limpas” e a lei de responsabilidade fiscal.

Os escândalos dos últimos tempos devem servir de sinais motivadores para as mudanças e não, ao contrário, alimentar o desinteresse na participação desse indispensável debate, do qual a sociedade não pode ser excluída. Afinal, “não vamos desistir do Brasil” dizia Eduardo Campos até se esfacelar no solo com o seu avião em campanha presidencial.

Especialmente sobre o chamado financiamento de campanha, algumas acreditadas instituições, de modo açodado, precipitado, saíram à frente na defesa do que seria um “financiamento público de campanha”, sem dizerem, exatamente, como é que isto se daria. Com esse título não dá para extrair outra coisa que não seja o dinheiro do Estado – aquele, dos altíssimos impostos que são cobrados e pagos com sacrifício, pelos cidadãos, pela indústria e pelo comércio – entregue

---

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva publicado no *Boletim do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, em 16 de março de 2015.

a candidatos, a partidos ou coligações para fazerem suas campanhas (portanto retirando-o dos programas de educação, saúde, segurança, obras de saneamento básico). Isso é crime. Os defensores da tese do financiamento público de campanha estão, acredita-se, a serviço de propósitos inconfessáveis. Não se conhece precedente nas democracias consagradas, onde o modelo seja este e, especialmente no caso do Brasil, tão carente de verba para as obrigações básicas do Estado sua adoção é inadmissível. A proposta de financiamento público de campanha soa como oportunista. Ninguém diz, exatamente, como é que tal financiamento se daria e justificam a proposta apontando para as doações viciadas, numa promiscuidade entre candidatos e empreiteiras, prática comum no sistema eleitoral brasileiro. A solução, todavia, para tais desvios de conduta de doadores e de seus beneficiários é outra. Basta que se estabeleça, por lei, critérios claros e objetivos para tais doações. A democracia não é uma propriedade do Estado, mas, da Sociedade. É preciso trazer a texto a lição de Caio Mário da Silva Pereira que, em suas memórias advertiu sobre a mania que o Brasil tem de “legislar consequências”. O mal não está, afinal, no financiamento privado de campanha, mas, na sua falta de regulamentação. Uma vez regulamentadas tais doações, as campanhas se darão à luz do dia e, não duvidem, tudo ficará muito mais barato.

A verdadeira e oportuna reforma política, bem realizada, será o equivalente a uma revolução, moderna, sem armas e sem ruptura das instituições, isto é, sem baionetas e sem terrorismo de esquerda ou de direita. Seria, no dizer de Mauro Santayana, uma revolução das ideias. É dela que precisamos.

# SESSÃO DE COMEMORAÇÃO DO DIA DE PORTUGAL, DE CAMÕES E DAS COMUNIDADES PORTUGUESAS EM BELO HORIZONTE, NO CENTRO DA COMUNIDADE LUSO-BRASILEIRA EM BELO HORIZONTE<sup>1</sup>

Recebi do arauto Otacílio Vieira Cristo, ex-cônsul de Portugal em Belo Horizonte, amigo e companheiro de muitas confrarias, o convite da Senhora Cônsul de Portugal, Doutora Joana Pinto Caliço, a honrosa missão de orador oficial nesta celebração do DIA DE PORTUGAL, DE CAMÕES E DAS COMUNIDADES PORTUGUESAS nesta capital mineira. Agradeço, Senhora Cônsul, a honrosa distinção. Sei que assumo, sem predicados para tanto, a responsabilidade de falar sobre um evento cívico caro e íntimo à gente portuguesa, para seletos e qualificados públicos, especialistas nas coisas de Portugal. Peço que esta confissão espontânea seja levada em consideração quando do julgamento desse meu pronunciamento, adotando-o como atenuante para a pena que, ao final, possam, os ouvintes, como conselho de sentença, fazer recair sobre a minha cabeça. Peço, antecipadamente, clemência.

É dia de Portugal, data escolhida para coincidir com a celebração do falecimento de Luís Vaz de Camões (1580). É também dia dedicado ao Santo Anjo da Guarda de Portugal. A evocação do Santo Anjo da Guarda, monumentalizado em majestosa estátua no átrio do Santuário à Nossa Senhora, em Fátima, merece ser, brevemente, visitada. Num plano geral, de se dizer, tendo por testemunha a história das conquistas portuguesas, que ninguém mais do que os navegadores lusos, conquistadores de terras de além-mares, alimentados pela fé e pela bravura, terão necessitado tanto de um forte anjo da guarda. O pedido

---

<sup>1</sup> Pronunciamento de José Anchieta da Silva, orador oficial do evento, em 10 de junho de 2015.

de oficialização dessa fé foi encaminhado, inicialmente, pelo rei Dom Manuel de Portugal ao papa Leão X. Foi, todavia, o papa Júlio II (1504) que instituiu a festa do “Anjo Custódio do Reino”. Sua origem estaria na célebre batalha de Ourique (1139) que deu a vitória às forças de Dom Afonso Henriques sobre os invasores muçulmanos, o que fez dele o primeiro rei de Portugal. Todavia, a bula papal com o reconhecimento da nova monarquia pela Santa Sé ainda tardaria (1179).

Essa devoção quase desapareceu depois do século XVII, vindo a ser restaurada e reinserida no calendário litúrgico português, com celebração no terceiro domingo de julho, pelo papa Pio XII (1952). Esta santa evocação, no princípio da centúria passada ganhou sustentação nas afirmações de irmã Lúcia, uma das pastorinhas de Fátima. Irmã Lúcia, em suas *Memórias* conta que ainda entre abril e outubro daquele ano de 1916, nas aparições de Fátima, teria surgido um anjo aos três pastorinhos por três vezes, duas na “Loca do Cabeço” e outra junto ao “Poço” do quintal de sua casa em Ourém (Fátima) concitando à oração e à penitência. O anjo se apresentava como “o Anjo de Portugal”.

Durante o regime ditatorial do Estado novo de 1933 até a Revolução dos Cravos de 25 de abril de 1974, a celebração do dia 10 de junho era contemplada como o “Dia da Raça” (da raça lusitana). A Terceira República deu à data os contornos que tem hoje como o “Dia de Portugal, de Camões e das Comunidades Portuguesas” (1978).

A partir de 2013 também a comunidade autônoma da Estremadura espanhola festeja essa data.

É preciso, pois, carregar nas cores e no giz, os nomes de Camões, da Pátria Portuguesa e de Portugal como o vivemos hoje.

Luís de Camões, irrequieto e aventureiro, é o nome maior da língua portuguesa. Foi a partir de seus escritos, com destaque para o “Lusíadas”, que ele cantou e encantou o mundo, infundindo o respeito para com a nossa língua pátria, escrita e falada, a “última flor do Lácio, inculta e bela” na poesia de Olavo Bilac.

Luís de Camões (1524 [há dúvidas sobre a data de seu nascimento] – 1580) nasceu em Coimbra, filho de Simão Vaz de Camões e Ana de Sá e Macedo. Ingressou no exército da Coroa Portuguesa (1547) participando das guerras contra os Celtas no Marrocos onde em combate perdeu o olho direito. De volta a Lisboa (1552) frequenta os serões da nobreza e as noitadas populares. Era, por assim dizer, um Sócrates

lusitano. Embarcou para a Índia (1553) e depois para a China (1556) em expedições militares. Retornou a Lisboa (1570) já com os manuscritos de seu poema maior, “Os Lusíadas” que veio a ser publicado (1572) graças à ajuda de Dom Sebastião. Deu-se um capricho da história – ou da vida – nesse encontro daquele que viria a ser um mito com aquele que veio a ser reconhecido como o artífice da língua portuguesa. Sobre Dom Sebastião escreveu Almeida Garret (e nos contou Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza), teria dito Camões já em seu leito de morte, ao tomar conhecimento do desaparecimento do rei na luta que na África se travava: “...Pátria, ao menos juntos morreremos...”.

O poema “Os Lusíadas” funde-se entre elementos épicos e líricos, inspirando-se na “Eneida” de Virgílio. É a marca erudita do renascimento português. Trata do humanismo e das expedições portuguesas, mesclando fatos reais da história lusa com as intrigas dos deuses gregos, ora ajudando, ora atrapalhando os navegadores. No texto, é frequente a presença de episódios líricos que sequer guardam relação com o tema central que é a viagem de Vasco da Gama na descoberta do caminho marítimo para as Índias. O texto perpassa canções e trovas populares e cantigas medievais. Nele se destaca o assassinato de Inês de Castro (1355) praticado pelos ministros do rei Dom Afonso IV de Borgonha, pai de Dom Pedro, seu amante. Narra, enfim, em reluzente empreitada poética, fatos históricos da vida de Portugal. Camões é o nosso Dante Alighieri e os seus “Lusíadas” a nossa “Divina Comédia”.

Viveu Camões em plena inquisição portuguesa do século XVI. Sua obra, no entanto, não enfrentou dificuldade quanto à publicação. Entenderam os inquisidores que a confusão da realidade histórica com as invocações mitológicas e literárias dos gregos compreendia-se dentro de uma pura arte. E se lhe concederam o *nihil obstat* ou o *imprimatur*.

A obra de Camões é mais vasta. Conta a história que uma de suas amadas, a jovem chinesa Dinamene morreu afogada em um naufrágio, de cujo naufrágio escapou Camões por ter conseguido nadar com um só braço já que na outra mão carregava o manuscrito de seus “Lusíadas”. Lamentando a morte da amada escreve Camões “A saudade do ser amado”. Escreveu ainda, “Os efeitos contraditórios do amor”; “O Desconcerto do Mundo”; e as comédias “El Rei Seleuco” e “Filodemo” e “Anfitriões”.

Com este texto que acabo de declinar sei que nada lhes trago de novo. Mas pretendo fazê-lo.

Celebrar a história é, sobretudo, celebrar as pessoas. Pois bem, Comemorando-se o Dia de Portugal em Minas Gerais, melhor cenário, melhor plateia e melhor oportunidade não se reuniria para render justa homenagem ao mais importante dos portugueses que pisaram o solo de Minas Gerais, semeando aqui, cultura, fé e civismo.

Refiro-me ao verdadeiro criador (ou inspirador) da assim chamada “tradicional família mineira” a quem ainda não se renderam as honras que o seu passado e a sua missão fazem jus. Refiro-me a Dom Antônio Ferreira Viçoso (1787-1875), que nasceu em Peniche – Portugal, e está enterrado na Sé de Mariana, a Roma de Minas, onde pontificou como seu sétimo bispo. A seu respeito Carlos Drumond de Andrade escreveu o soneto: “Santo Particular”. Dom Viçoso foi ordenado sacerdote pela Congregação da Missão (1818) na Sé Patriarcal de Lisboa, vindo no ano seguinte para o Brasil.

O seu processo de beatificação (1916) foi iniciado por seu pupilo, Dom Silvério Gomes Pimenta, o primeiro bispo negro do Brasil, aquele mesmo que, impressionando os purpurados do Vaticano perguntando-lhes em que língua deveria fazer sua intervenção sinodal, se em latim ou em italiano, dentre eles motivou seguinte comentário: *niger sed sapiens (é negro, mas é sábio)*. Esteve o processo parado por 60 anos, tendo sido retomado por Dom Oscar de Oliveira.

O professor Maurílio Camello, responsável pela “*Positio super virtutis et fama sanctitatis*” (exposição sobre as virtudes e fama de santidade) escreve que a primeira parte da vida de Dom Viçoso no Brasil (1820-1843) é dedicada aos trabalhos de educador em colégios (Caraça, Jacuecanga-SP e Campo Belo), além de trabalhos missionários em paróquias.

Em 1848 mandou vir de Paris as irmãs “Filhas da Caridade”, educadoras francesas para criar em Mariana o Colégio Providência, primeira escola feminina de Minas Gerais. É de Dom Viçoso a afirmação segundo a qual “Somente educando a mulher, oferecendo-lhe uma boa condição cultural, é que teremos uma sociedade mais civilizada e preparada para dar à pátria cidadãos completos. Não vos esqueçais de que a mulher, sobretudo a mãe, será sempre a primeira mestra”. Agindo sob o *munus* de advogado da causa de santificação, o professor Maurílio Camello foi elegante na escolha do texto de Dom Viçoso, e foi-lhe fiel. Noutros escritos-testemunhos a verdade é dita com maior crueza e realidade. Conhecia o santo bispo que nessa Minas das minerações,

em tudo selvagem e distante do século XIX, os homens eram brutos, a escravidão era intensa e os estupros das mulheres eram frequentes e tratados como banalidade. Teria, então, dito o santo bispo: – vamos educar as mulheres e só elas é que educarão esses brutos e assim se criará, de fato, a família. Diz a história que Dom Viçoso recebeu de joelhos aquelas religiosas educadoras francesas.

O Santo que, de Peniche, Portugal enviou para Minas é o que restaurou o seminário de Mariana tornando-o, na época, um dos mais importantes centros de estudos de humanidades no país. Visitou em 30 anos de episcopado, por três veze, de liteira e a cavalo, todo o território de sua diocese que era maior do que o território da França. Construiu casas de educação e asilos. Defendeu a autonomia da Igreja contra as intervenções abusivas do poder civil (no regime do padroado) e contra as agressões do liberalismo e da maçonaria de então.

O Santo de Peniche fez mais, juntamente com o Padre Leandro Rabelo foi o criador do Educandário do Caraça (este criado pelo Irmão Lourenço [1774] como casa de oração). Preocupado com o meio ambiente, já em 1.820, advertia e pregava contra as queimadas e contra o desmatamento. Foi o primeiro a lutar contra a escravidão, escrevendo e pregando em favor de uma abolição. Escreveu, a respeito, Dom Gil Moreira atual arcebispo de Juiz de Fora, que certo advogado, em vias de receber as ordens religiosas, foi questionado por Dom Viçoso pelo fato de possuir escravos. Quis o bispo saber se o pretendente à ordenação sacerdotal iria libertá-los. Diante da resposta do candidato de que manteria seus escravos Dom Viçoso lhe negou a ordenação. Foi Dom Viçoso, também, provincial dos Padres Lazaristas. Não me atrevo em relação à sua obra, dizer qual terá sido a maior de suas realizações.

Está a caminho dos altares da Igreja Católica como santo, Dom Viçoso, esse evangelizador (esse outro Anchieta do século XIX [a referência é em relação ao Santo contemporâneo de Camões que no século XVI veio das Canárias e criou São Paulo e catequisou os índios e escreveu-lhes a gramática tupi-guarani]). No dia 13 de dezembro de 2007 o então presidente da Comissão Nacional dos Bispos Brasileiros – CNBB, atual arcebispo de Mariana, dom Geraldo Lyrio Rocha instalou o Tribunal Eclesiástico para exame e avaliação de suposto milagre de Dom Viçoso, condição canônica para a sua beatificação.

Hoje, já são dois os milagres que a ele se atribui. A extraordinária recuperação da saúde do padre Célio Maria Dell’Amore, vítima

de grave hemorragia subaracnóide, que alcançou melhora definitiva e quase imediata depois do toque em sua cabeça com o solidéu de Dom Viçoso, quando da sua internação. O segundo milagre teria ocorrido em face de Dom Luciano Mendes de Almeida (este, morto em 2.006 e também candidato a santo, reconhecido como Sevo de Deus desde 2.011). Dom Luciano sofreu, em 1.990, politraumatismo em acidente de carro, na serra do Itabirito, em Minas Gerais e a salvação de sua vida é atribuída milagrosamente à invocação do nome de Dom Viçoso.

Dom Luciano, em vida, deixou registrado que não aceitaria ser sepultado acima do lugar onde, na Sé de Mariana, está Dom Viçoso. E foi atendido. Ambos se encontram sepultados na sacrista da mesma Sé, um ao lado do outro, criando, ali, um verdadeiro espaço dos santos, os nossos santos, os santos dos nossos dias.

Volto a Portugal. Agora para dizer, como aluno da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, lá fazendo doutoramento em Ciências Jurídicas Empresariais, sob orientação do professor Manuel Januário da Costa Gomes, enfrentando, como tema, o Direito da Crise, o que se deu, coincidentemente, nos tempos da Troika portuguesa<sup>2</sup>. Pude haurir os melhores conhecimentos vindos dos professores Manuel Menezes Leitão, Dário Moura Vicente, Maria do Rosário Palma Ramalho, António Barbas Homens. Ouvi conferências de Oliveira Ascensão e de António Menezes Cordeiro. Este último, recentemente e a nosso convite, esteve em Belo Horizonte para palestrar no Congresso de Direito Empresarial, ocorrido em março próximo passado e veio exclusivamente para o evento. Chegou a Belo Horizonte ao entardecer e partiu, em retorno, logo no dia seguinte.

Nesse tempo, residi no Hotel Borges, no Chiado, convivendo diariamente com as estátuas do poeta do Chiado e com a de Fernando Pessoa, e nós três vigiados pela estátua de Luís de Camões, no largo que leva o seu nome à distância de um tiro de canhão. Assim é que fui tomado de uma incorrigível lusitanidade.

A pátria mãe e a pátria filha em tudo se parecem, restando a certeza de que é o Brasil o Portugal das Américas e é Portugal o grande Brasil da Europa. Portugal é, na verdade, um anfitrião do mundo. Brasil

---

<sup>2</sup> Troika – referíamos ao “Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de Política Econômica” – Troika (texto disponibilizado em português em 17 de maio de 2011).

e Portugal, nos dois últimos séculos registram histórias muito semelhantes. Vindo da monarquia ou do Império adotaram a república, nela enfrentando os estágios da república velha e do estado novo. Portugal se assentou no parlamentarismo democrático e o Brasil vive, à sua moda, o presidencialismo. O atavismo, é provável, explique essas semelhanças.

Senhora Cônsul, Joana Pinto Caliço, de certo modo ainda recém-chegada à nossa Minas Gerais, saudando-a quero chamar a atenção, os versos de Camões a dizer-lhe que a *Alegria há de ser tamanha ao achar gente amiga em terra estranha*. Esta é também a sua Terra-Minas que para os portugueses, de estranha, nada tem.

Senhoras e senhores, os créditos pela pesquisa desta oração em homenagem a Portugal e aos portugueses são de textos conhecidos, sobre Portugal, nos recorremos a Ricardo Arnaldo Malheiro Fiuza e a Aluizio Alberto da Cruz Quintão. Sobre Dom Viçoso nos recorremos a Merania de Oliveira, Maurílio Camêllo e José Maria Mayrink.

Um Viva a Portugal.  
Muito obrigado.

# BACHAREL EM DIREITO NÃO É “PARALEGAL”<sup>1</sup>

Tramita no Congresso Nacional, em Brasília, o equivocado projeto de lei nº 5.479/2013 que, a pretexto de criar a categoria profissional dos “paralegais”, atribui esse rótulo aos bacharéis em direito malsucedidos no “Exame da Ordem”. Assim, aqueles que reprovados pela Ordem dos Advogados do Brasil estariam, automaticamente, acomodados dentro dessa nova profissão: dos “paralegais”.

O Brasil não conhece, por tradição, a profissão dos “paralegais”. Poderá, todavia, vir a conhecê-la. Mas esta não é a questão. Ocorre que bacharel em Direito não é um “paralegal”. Os cursos de Direito não conferem a seus bacharéis essa qualificação. Com a péssima formação que o ensino jurídico dedica aos estudantes em geral – e ressalvemos, há ilhas de excelência de ensino jurídico no Brasil – já são mais de um milhão de pessoas reprovadas no exame da OAB. Este número cresce, geometricamente, a cada nova edição desse exame de habilitação, indispensável, no Brasil, à admissão como advogado.

A solução simplista e equivocada de abrigar esses bacharéis como “paralegais” leva a questão à situação do inusitado. Nas provas e nos concursos em geral, de aferição de conhecimento, premia-se o saber dos vencedores. Com esses “paralegais”, seria, o Brasil, o único lugar no mundo onde a pessoa que demonstra um não saber seria promovida, ganhando uma profissão. Na maioria dos casos, esses pobres bacharéis já foram enganados por uma vez, ao frequentarem cursos desprovidos de condições mínimas de ensino. Não podem, com rótulo novo, ser enganados mais uma vez.

Na medida em que tal projeto se convolve em lei – *vade retro* – os próximos passos já se antevê: esses mais de um milhão diplomados nos cursos de Direito, reprovados no Exame de Ordem (exatamente os que demonstraram inaptidão para o exercício da advocacia) formariam um “sindicato” ou algo do gênero. Em seguida, viria uma pressão sobre a OAB e assim, de novo, se reabre a demanda sobre a manutenção

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva publicado no *Boletim do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, em 23 de junho de 2015.

do Exame de Ordem. O risco de se comprometer a advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil é maior do que parece.

É falsa a argumentação de que esse contingente de bacharéis estaria nos escritórios de advocacia. Ao contrário, a esses escritórios só interessa o profissional capaz, habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil. De outro modo, a qualidade de seus serviços estaria posta em cheque uma vez que realizados por mãos inabilitadas.

É preciso trazer a texto que a função dos “paralegais” não pode se confundir com a função do advogado. O radical “para”, de origem grega, corresponde a estar ao lado, não no mesmo lugar. Para o exercício de suas funções, necessariamente auxiliares, presume-se, a pessoa deve deter habilidades variadas, como a organização da agenda, o manuseio de computadores e sistemas de comunicação, a confecção de relatórios. São trabalhos que reclamam outro tipo de formação. Dessa equivocadamente pretendida acomodação do exército de bacharéis frustrados como “paralegais”, resultaria, na verdade, uma humilhação desse contingente, a todos ludibriando, inclusive a si próprio.

O Brasil detém, hoje, aproximadamente 1.260 Faculdades de Direito, e o resto do mundo, somado, possui 1.100 (dados da OAB/SP). Está aí, certamente, a origem do problema. É preciso impedir que esse projeto, que já venceu a etapa da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em Brasília, se transforme em lei. A proposta compromete e conspira contra a lei que rege o estágio profissional. Também como proteção à cidadania, urge a rejeição a esse projeto, tendo em vista os prejuízos que a atuação desses bacharéis, reprovados no Exame da OAB, poderia causar à Sociedade.

## ADVOCACIA UNA. OAB ÚNICA<sup>1</sup>

Tramita do Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade ADI nº 5334, de iniciativa do Procurador-Geral da República pedindo a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 3º da Lei n. 8.906/94 – Estatuto da OAB. Pede-se exonerar de inscrição na OAB, os integrantes da advocacia pública: os federais, estaduais, autárquicos e os da defensoria pública.

Pretende-se, com a segregação, uma OAB menor, empobrecida, abrigando apenas os que exerçam a advocacia privada. O equívoco da pretensão, no caso, é retumbante.

A própria inicial – de boa lavra – em 47 laudas é fértil em demonstrar com as leis e com as doutrinas mais autorizadas, que a advocacia, seja pública, seja privada, é uma só. É indivisível. Reconhece a inicial que a OAB é, também por isso, uma instituição *sui generis*. Reconhece que, no ministério legal da advocacia está compreendida sua função social como um valor finalístico e vê, no advogado, a figura do “servidor do Direito”. Aí, todavia, não se tem privilégio da advocacia pública, mas um catálogo de deveres legais e éticos obrigando a todos os advogados.

O exercício da advocacia é sempre o mesmo e é um só, independentemente de se tratar de defesa dos interesses públicos. A advocacia é una e indivisível porque o advogado só deve obediência às leis e aos ditames de sua consciência. O advogado, público ou privado, é um agente de transformação social. A OAB, órgão de colegiação obrigatória, é indispensável também aos profissionais da advocacia pública quando, por exemplo, o advogado contrariar pretensões incorretamente conduzidas pelo Estado seu cliente. É o registro na OAB que propicia segurança ao advogado. Isto é o que convém à sociedade e transcende à fração de Estado à qual esteja ligado o profissional. A inscrição na OAB (um porto seguro) é que dará tranquilidade à condução

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva publicado no *Boletim do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, em 26 de agosto de 2015.

profissional do advogado. A deontologia e a ética profissionais são salvaguardadas.

Argumenta-se que advocacia do Estado está suficientemente organizada para caminhar sozinha. O argumento, verdadeiro, mais exige que os seus profissionais estejam inscritos na OAB. Quer a ação, fazer da advocacia pública, um *tertium genus*. É perigoso. A proposição, duplamente danosa, enfraquece a advocacia e a OAB. Isto não interessa à sociedade brasileira.

As defensorias públicas, desconhece a ADI, exercem advocacia privada, defendendo os pobres e necessitados. Não são, portanto, advogados públicos, apenas recebem do Estado.

As leis invocadas na ADI descrevem os organismos do Estado que abrigam a “advocacia pública” reconhecendo que ali estão apenas e exclusivamente “advogados”. Logo, a inicial se desdiz. Os advogados são todos iguais, os clientes é que são diferentes.

Com alguma frequência as várias instâncias de Estado requisitam na advocacia privada os melhores quadros para lhes prestar serviços sem licitação, em face de situações específicas e com base na chamada notória especialização. Os militantes da advocacia privada são, portanto, nesses casos, exercentes de advocacia pública. O Estado dispõe de mecanismos modernos como sociedades de economia mistas, parcerias público-privadas e a lei de arbitragem foi alterada para que o Estado dela possa fazer uso. Essa realidade nova demonstra que não se pode quebrar a unidade da advocacia em dois mundos distintos que distintos não são.

Os integrantes da advocacia pública, com frequência se habilitam às vagas da magistratura dedicadas aos advogados, pelo chamado quinto constitucional. O público e o privado, portanto, se unem. Não se distanciam.

Não há inconstitucionalidade alguma no Estatuto da OAB. É preciso reconhecer o sentido institucional-histórico de uma Advocacia Una e de uma OAB única.

# O COLÉGIO DE PRESIDENTES DOS INSTITUTOS DE ADVOGADOS DO BRASIL FAZ A ENTREGA DA MEDALHA SANTO IVO, A SUA COMENDA OFICIAL, AO JURISTA MIGUEL REALE JUNIOR<sup>1</sup>

Anfitriados por José Horácio Halfeld Resende Ribeiro, Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, que comemora seu aniversário (ano 141), aqui se encontram os representantes dos Institutos de Advogados do Brasil, em sessão solene do capítulo maior do seu Colégio de Presidentes para conferir a “Comenda de Santo Ivo” ao Jurista Miguel Reale Junior.

Miguel Reale Junior: – Advogado, professor, titular da cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito das Arcadas, a lendária e legendária Casa de educação, ensino, pesquisa e reflexão do Direito, no Largo de São Francisco. Reale Júnior ascendeu à cátedra com a tese “Dos estados de necessidade” e se fez Professor Livre Docente da mesma Instituição (1974) onde é professor titular também de Medicina Forense e de Criminologia (a partir de 1987) e chefe de seu Departamento de Direito Penal (2002-2006 e 2006-2012). Ministro da Justiça em 2002, presidente da Comissão de Reconhecimento de Mortos e Desaparecidos durante o regime militar (1995-2001), membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Instituto dos Advogados Brasileiros e membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (1979-1983); presidente da Associação dos Advogados de São Paulo (1977-1978); membro do Conselho Seccional da OAB paulista (1974-1977). É formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1967), nela se doutorando (1971). Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo (1980 – 1984), presidente do Conselho Federal de Entorpecentes, órgão ligado ao Ministério da

---

<sup>1</sup> Pronunciamento de José Anchieta da Silva, na sessão solene do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, em homenagem aos 141 anos do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, na Sala dos Passos Perdidos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 30 de novembro de 2015.

Justiça (1987) e Secretário Estadual da Administração e Modernização do Serviço Público (1995). Membro da Comissão elaboradora da parte geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal (1980-1984), presidente da Comissão de Diagnóstico do Sistema Criminal Brasileiro e da Comissão Elaboradora dos anteprojetos de Lei Modificadora da parte geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal (2000). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Assessor Especial da presidência da Assembleia Nacional Constituinte (1988). Autor de livros doutrinários, de coletânea de pareceres jurídicos e de artigos para revistas brasileiras e estrangeiras, estão, dentre suas obras: “Instituições de Direito Penal, vol. I e II”, “Teoria do Delito”, “Casos de Direito Constitucional”, e “Problemas Penais concretos”, “Questões Atuais de Direito” (este último em co-autoria com o seu pai). Membro da Academia Paulista de Letras (cadeira nº 2) e da Real Academia de *Jurisprudencia y Legislacion*, na Espanha. É casado com a professora Judith Martins Costa, civilista. É o filho que carrega o patronímico de seu pai, Miguel Reale, pensador, filósofo, jurista e autor do projeto de Código Civil brasileiro (2002). Esta é a bula do novo Comendador dos Institutos de Advogados do Brasil: Miguel Reale Junior.

Com a Comenda que recebe, o homenageado se junta a seus pares, juristas como ele, agraciados com a mesma distinção que anualmente o Colégio de Presidentes confere a pró-homens do Direito e que são: Rubens Approbato Machado, Paulo Saboya, Renê Ariel Dotti, Orlando Gomes, Humberto Theodoro Junior e Carlos Mário da Silva Veloso.

A criação da Comenda de Santo Ivo, a crédito de oportuna inspiração do Instituto dos Advogados da Bahia, então presidido por Antônio Luiz Calmon, tem por finalidade agraciar a “advogado que tenha contribuído para a administração da Justiça, pautando sua atividade profissional com rigor ético e constante aprimoramento técnico, sendo pessoa de reputação ilibada e a serviço do direito, da Justiça, da Cidadania, contribuindo decisivamente para a consolidação, respeito e garantia do Estado de Direito”. Conferindo-se os dados biográficos de Miguel Reale Junior, de se dizer que os ditames e os contornos da exigência para fazer jus ao galardão, o homenageado os possui em excesso.

A arte da medalha em metal fundido é de autoria do renomado artista baiano Mário Cravo.

Sobre a denominação da insígnia, uma homenagem ao santo protetor dos advogados, de se dizer que não teria como ser mais própria.

O Santo de Kermartin, Santo Yves Helory de Kermartin (1253-1303), tendo estudado teologia em Paris e Direito Canônico em Orleans, notabilizou-se como juiz e como advogado dos pobres. Fez destemida oposição a Felipe, o Belo, defendendo os direitos da Igreja e da Bretanha, em face de injusta tributação imposta pelo rei de França. A inspiração para a denominação da medalha ocorreu num dos encontros do Colégio de Presidentes em Minas Gerais quando, em visita à exposição da arte sacra e barroca, na sacristia da Igreja de São Francisco de Assis, em Ouro Preto, despertou a atenção dos presentes, uma obra do mestre Aleijadinho, uma imagem de Santo Ivo em madeira esculpida. Coisa muito própria das santas e sadias conspirações, em terra de conspiradores.

Caríssimo homenageado Miguel Reale Junior, o Colégio de Presidentes, operando aquilo que adotado como pauta comum de seus institutos-membros, tem se dedicado ao aprimoramento das instituições jurídicas do Brasil. Sendo louvável que nos últimos tempos os poderes constituídos têm-se dedicado à reforma de Códigos, é igualmente verdadeiro que algo na República não vai bem. O Brasil não está em paz com o orçamento público (a notícia que se tem é a de que ainda se está no tempo das bicicletas, o orçamento público é tocado a pedaladas). Haja energia!

O Estado brasileiro não dá conta de entregar ao povo brasileiro educação básica em termos razoáveis (embora se auto denomine pátria educadora). Especialmente em relação ao ensino jurídico, anotemos que a nossa Ordem dos Advogados do Brasil não está longe de atingir o número recorde de 1.000.000 de profissionais nela inscritos. E não há o que festejar. Vivemos, quanto ao ensino jurídico, a realidade de um Brasil onde se diploma, mas, não se ensina.

No Brasil, a segurança dos cidadãos propicia verdadeiro escárnio dos meliantes dirigidos às autoridades. Aproxima-se a rua 25 de março em São Paulo (referimo-nos à frequência de meliantes à luz do dia) do endereço-sede da Petrobras com a mesma criminosa eficiência. Há meliantes tanto lá quanto cá.

Muitas barragens estão se rompendo (e corrompendo) e neste sítio preocupa-nos muito mais os rompimentos à jusante do poder do que aqueles à vazante às águas doces. O Brasil está doente. Nós, profissionais das carreiras jurídicas que somos agentes de transformação social, precisamos ouvir o seu aconselhamento. Precisamos bem trabalhar a bússola porque precisamos, para o Brasil, encontrar um norte.

Os Institutos dos Advogados, no Brasil, a partir de nosso primeiro irmão, o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, com sede no Rio de Janeiro, são instituições que sabem da sua responsabilidade para com a sociedade brasileira. Nos momentos mais graves da vida nacional foram essas instituições protagonistas e, quando chamadas, não faltarão a um novo pregão nacional. Se a hora é grave, os bons (*rectius*: as boas instituições) precisam agir. Em certo momento da história americana, o presidente Ronald Regan, como resposta à ação terrorista internacional fez uso, em pronunciamento, de fraseado que ficou célebre, contendo a seguinte conclamação: – *Se não formos nós, quem? Se não for agora, quando?* O Brasil, este país abençoado, desprovido de catástrofes naturais, adotou o péssimo hábito de criar, ele próprio, as suas catástrofes.

Precisamos, e é urgente, de uma reforma do Estado. Precisamos devolver a ética como valor primeiro para todos aqueles que pretendam exercer algum cargo público, do carteiro do correio aos presidentes dos três poderes constituídos.

O que menos interessa nesse momento é discurso de viés ideológico. Afinal, em estéril discussão sobre a guerra entre o capitalismo e o socialismo, a humanidade consumiu todo o século XX, promovendo guerras, guerrilhas e fez aumentar a fome e a miséria. Esqueceu-se do “Ser Humano”. Esqueceram mesmo que todos tem o direito de ser feliz.

Senhor comendador Miguel Reale Junior, homem de letras e do pensamento, o que nós, das Academias e do Direito, os portadores da beca e os portadores da toga (lembrando que aves da mesma plumagem voam juntas), queremos é que Vossa Excelência oriente-nos sobre o que devemos fazer para corresponder aos anseios da sociedade, na perseguição implacável de um viver feliz. Esta acreditada comunidade jurídica aqui reunida, parabenizando-o, quer e necessita ouvi-lo.

## VERBETE CONSUMIDOR<sup>1</sup>

A noção jurídica de consumidor se compreende na pessoa, natural ou jurídica, que adquire coisas no comércio regular para o seu uso (bens duráveis) ou para o seu consumo (bens consumíveis). O ato do consumo se dá quando o bem adquirido é retirado do comércio. O seu agente é o contrato de compra e venda, qualquer que seja a sua modalidade. O crescimento demográfico, o aumento exponencial do número de consumidores, o desenvolvimento das atividades humanas enfim é que fizeram do consumidor uma figura central a despertar o legislador para a necessidade de regulamentar este assunto, protegendo os consumidores dos abusos praticados pelos fornecedores.

No Brasil, fez-se lei o “Código de Defesa do Consumidor – CDC” (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), instrumento legal que, substancialmente, contém normas de ordem pública, isto é, regras que não podem ser alteradas por convenção entre as partes.

Esse Código traz um delineamento do que considera consumidor, fazendo-o sob uma conotação mais econômica do que jurídica ao dizer consumidor a pessoa natural (o código diz “pessoa física”, coisificando e empobrecendo o ser humano) ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como o seu destinatário final. Nessa definição de consumidor se tem três elementos: (a) o subjetivo (o sujeito da ação que é uma pessoa natural ou jurídica; (b) o objetivo (correspondente ao ato de aquisição ou de utilização do produto ou do serviço) e; (c) o teleológico (a finalidade, o destino final do produto ou do serviço). Dentre as várias reflexões que o verbete suscita está a sua presença, como objeto de exame jurídico, na seara do Direito Público porque o Código do Consumidor é repleto de normas de ordem pública, orientando várias instituições nele inspiradas. Ao mesmo tempo, não abre mão das normas do Direito Civil (direito comum) que regula os contratos e as obrigações em geral. E seu estudo interessa ao Direito Comercial, uma vez que é exigível que num dos lados do contrato esteja um comerciante porque o Código do Consumidor não regula

<sup>1</sup> Verbetes. Publicação, a convite, de José Anchieta da Silva no *Dicionário de Políticas Públicas* da Editora da Universidade de Minas Gerais, dezembro 2015, p. 87-90.

as questões de consumidores entre si. Já se consagrou na linguagem anglo-americana o uso do acrônimo B2B *business to business* para designar a contratação entre comerciantes, em contraponto com outro acrônimo B2C *business to consumer* para designar a contratação que envolva consumidores.

A noção de consumidor assumida pelo Código brasileiro desafia três correntes doutrinárias distintas: A teoria finalista, subjetiva ou teleológica defendida pelos que, partindo daquele conceito econômico de consumidor, restringe esta figura àqueles adquirentes de produtos ou serviços para seu uso próprio ou de sua família. A corrente maximalista ou objetivista, de maior abrangência, defendida pelos que entendem como consumidor qualquer adquirente, independentemente da destinação econômica que se dará ao bem adquirido. A terceira corrente doutrinária, conhecida como mista, procura harmonizar os elementos das duas primeiras. A crítica que se faz à teoria maximalista seria a de que, em se abrindo o conceito de consumidor, se transformaria o Código de Defesa do Consumidor em norma geral, para todos, fazendo desaparecer a distinção que teria orientado a sua criação. É crítica desprovida de embasamento científico razoável. Afinal, o próprio Código considera o que chama de consumidores por equiparação, ampliando o seu leque, admitindo como consumidores por equiparação, as vítimas pelos danos causados pelos serviços ou produtos defeituosos.

Outra face realçada no exame do verbete consumidor está na valorização que certa doutrina tem concedido à chamada hipossuficiência dos consumidores. Não se pode, todavia, dizer que a hipossuficiência do consumidor seja seu elemento estruturante. A questão de fato a ser posta em relevo há de ser a vulnerabilidade de que padece, em tese, o consumidor em relação ao fornecedor, o que não é a mesma coisa.

A noção de fornecedor também aparece no referido Código, como sendo a pessoa, natural ou jurídica, que desenvolve atividade econômica direcionada para o público em geral, na produção, montagem, criação, construção ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. A prestação de serviços para ser abrigada como relação de consumo é preciso que compreenda uma prestação de serviços adquirida.

Para efeito da noção de produto, o mesmo Código considera qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Produto é a coisa que foi fabricada para ser colocada no comércio, daí, bens de uso ou de

consumo. Serviço há de ser qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, incluindo-se os serviços bancários.

A legislação pertinente aos interesses do consumidor é uma resposta do Estado Democrático de Direito à sociedade, trazendo efetividade aos direitos dos cidadãos constitucionalmente assegurados. No Brasil são várias as políticas públicas adotadas em defesa dos Consumidores, destacando-se, além do próprio Código do Consumidor, como conquista social, visando estabelecer uma igualdade na confrontação de fornecedores e consumidores, o incentivo na criação de instituições visando a proteção desses direitos (cujos exemplos mais à mão são os chamados “Serviços de Proteção ao Consumidor” (os Procons). Ressalte-se, ainda, os juizados de conciliação e os juizados especializados na solução de litígios entre fornecedores e consumidores.

Ainda dentre as singularidades do multireferido Código está o fato de se reconhecer a uma coletividade de pessoas, despersonalizada, a representação desses consumidores, possibilitando uma defesa geral de um interesse comum, mediante “ação civil pública”, para cuja ação estão legitimados o Ministério Público, a União, o Estado, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública, além das associações legalmente constituídas há pelo menos um ano que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos consumidores. Excepcionalmente, no caso, a lei propicia agir como autores, instituições que a rigor não poderiam sê-lo, atribuindo-lhes aquilo que o direito português chama de “personalidade judiciária” (agir como sujeito mesmo na ausência de personalidade jurídica). Nesse caso, embora se reconheça essa legitimidade para propositura da ação de conhecimento, de constituição do direito, ao tempo da execução ou cumprimento da sentença obtida torna-se questionável essa condição de autor porque a execução, de fato, deve se dar pela pessoa do prejudicado dada a necessidade da verificação do dano ou lesão em concreto (e não em tese). Afinal, o prejuízo e a lesão pode não ter sido igual para todos os beneficiários daquela decisão. Está em causa, a chamada defesa dos interesses difusos.

Na sua aplicação, o Código do Consumidor coíbe a propaganda enganosa. Para ser efetivo, nesse desiderato, resta claro que as obrigações do fornecedor tem início mesmo na chamada fase pré-contratual, perdurando as obrigações assumidas durante a fase de vigência do contrato e alcançando a fase pós-contratual. Na interpretação das

cláusulas de redação imprecisa, recomenda a lei, se adotará aquela que for mais favorável ao consumidor.

Do ponto de vista jurídico, o Código do Consumidor inova ao consagrar a responsabilidade objetiva do fornecedor (o que no ordenamento jurídico brasileiro é uma exceção), abandonando, para as relações de consumo, a responsabilidade do tipo subjetiva (que é a regra), isto é, aquela que exigiria do fornecedor o concurso da culpa (como tal considerada a presença da imperícia, negligência ou imprudência do agente). Além disso, inova-se ao admitir a inversão do ônus da prova, (o que se denomina “a prova diabólica” ou contra si mesmo) transferindo-se para o fornecedor a obrigação de fazer a prova daquilo que alegado pelo consumidor, em tese, o lesado. A desobediência às normas que contidas no Código do Consumidor pode resultar em sanções tanto civis (reparadoras) quanto penais, na prática dos delitos em lei tipificados como crime.

É certo que os serviços bancários e securitários também se submetem às regras da legislação consumerista. Esta afirmativa, no entanto, deve cercar-se de certos cuidados porque as instituições financeiras e de seguro se submetem a regras próprias, sendo imperativo considerar que as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas em harmonia com as leis especiais desses setores da economia.

Também as pessoas jurídicas de direito público, enquanto fornecedoras de bens ou de serviços se submetem às regras do Código do Consumidor, excluídas, no entanto, as questões que envolvam tributos, taxas ou impostos porque não dizem respeito à relação de consumo e sim relação entre a autoridade tributante e o contribuinte.

# ENCERRAMENTO DO CENTENÁRIO DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE MINAS GERAIS – IAMG<sup>1</sup>

Nascido em 07 de março de 1915, encerram-se hoje os festejos do centenário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG (1915-2015), a mais longeva instituição dos profissionais das carreiras jurídicas em Minas. É preciso que continuemos esta caminhada. É preciso iniciemos os alicerces da celebração do segundo centenário desta histórica Instituição que tanto serviço tem prestado aos profissionais das carreiras jurídicas de Minas Gerais.

Prestando contas do quanto realizado no ano da celebração do centenário, pontuamos, exemplificativamente, os eventos e realizações que se deram, dentre os quais se destacam: – a criação da logomarca do centenário, arte de nosso associado o desembargador José Marcos Rodrigues Vieira; a organização e a edição do livro de comemoração, o Livro-do-centenário, uma obra de arte que conta definitivamente, os passos e as passadas de nosso Instituto durante os cem anos de sua caminhada, obra que contou com o nosso concurso pessoal e com o financiamento obtido da Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG, sem cujo apoio não teria sido possível a sua edição e para tanto foi fundamental a ação de nossa associada e então diretora jurídica daquela companhia, a professora Maria Celeste Guimarães; a criação do selo do centenário, obtido junto à Companhia dos Correios; as publicações de associados; a nona edição do Congresso de Direito Processual, a cargo de nossa seção de Uberaba; algumas publicações com o selo do centenário; as homenagens recebidas de várias instituições, com destaque à que se deu na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais e a realização de algumas parcerias, dentre essas se destacando as parcerias com a Academia Mineira de Letras Jurídicas e

---

<sup>1</sup> Tendo presidido a Comissão do Centenário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, este é o pronunciamento de José Anchieta da Silva quando do encerramento das celebrações, em 16 de março de 2016.

com a Imprensa Oficial; e alguns projetos novos, dentre esses últimos, de se destacar o projeto de “escritórios apoiadores” com a finalidade de viabilizar os almoços-palestras mensais (almoços acadêmicos), uma criação a partir da elogiável iniciativa de nosso vice-presidente, professor Felipe Martins Pinto, copiando vitorioso projeto do nosso congêneres, O Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP.

Como presidente da Comissão condutora dos eventos do centenário, posso afirmar que dei o máximo de mim, mas, *in pectore*, fica a certeza interior de que poderia ter sido melhor, muito melhor.

Encerrando, agora, os festejos do centenário, vivendo o Brasil – mais uma vez em sua turbulenta história – um momento crítico, queremos concitar a todos à necessária reflexão:

O Brasil está politicamente doente. Está econômica e financeiramente enfermo. Está, sobretudo, moralmente debilitado.

Não podemos nós, como profissionais das carreiras jurídicas, nos esconder atrás de uma frase de efeito, menos verdadeira do que as aparências demonstram, afirmando que “as nossas instituições estão funcionando...”. Não é bem assim. Há alguns visíveis desvios de comportamento que necessitam ser denunciados. Das instituições não podem se servir ou se apoderar pessoas que queiram, na verdade, manobrar multidões, conduzindo-as por caminhos que não escolheram. Nenhum cidadão pode se dizer, sozinho, ser ele só, personificado, a democracia, a república, e o povo. A sociedade moderna dispensa os arautos da verdade que se julgam almas limpas, dotadas de pureza que a realidade mais à mão desmente a cada passo. A gente brasileira dispensa qualquer Moisés cuja bandeira tenha uma só cor e não tenha as cores do Brasil.

Para não distanciarmos de temas que digam respeito àqueles que sejam do ministério das carreiras jurídicas, e que interessam à condução dos destinos da nação brasileira, trago a texto as últimas decisões da Suprema Corte brasileira, o excelso Supremo Tribunal Federal. Não sem antes fazer o registro de que não corresponde à verdade absoluta, o dizer que o Supremo Tribunal Federal detém a última palavra. Também não é bem assim. Depois da Suprema Corte tem a palavra a Sociedade Brasileira.

A partir de equivocado entendimento adotado com o patrocínio da Ordem dos Advogados do Brasil, a nossa OAB de tanta História e de tantas bandeiras, a Suprema Corte, ao invés de determinar a regulamentação do financiamento de campanhas políticas, preferiu sufragar

o entendimento de que inconstitucional seria o financiamento privado de campanhas políticas; isto para consagrar o que será o chamado “financiamento o público de campanha”. Desse modo, o combalido orçamento público nacional que não consegue entregar ao povo brasileiro, nem saúde, nem educação e nem segurança de qualidades mínimas terá dinheiro para entregar a quase um milhão de candidatos a vereadores e a prefeitos por todo o Brasil e deputados, e senadores e, é claro, aos candidatos à presidência da república. Seria muito mais simples regulamentar os financiamentos privados e em seguida, fiscalizar a sua prática e punir os que se escondessem nos desvãos da lei.

Noutro julgamento, a Corte Suprema passou a admitir a quebra de sigilo das pessoas, tornando regra o que só poderia ser admitido como exceção, em face de delitos vislumbráveis. Relegou-se a segundo plano o processo judicial ordenado e célere, com princípio, meio e fim, propiciando a defesa ampla dos acusados.

No mais emblemático dos equívocos, a Suprema Corte, a pretexto de interpretar o texto constitucional, alterou o conceito do que seja “trânsito em julgado” em matéria penal, tornando inútil o julgamento de recursos que aportados no Superior Tribunal de Justiça e no próprio Supremo Tribunal Federal. O entendimento do que seja “trânsito em julgado” em processo judicial, pela clareza do texto da Constituição de Ulisses, não reclamava outro tipo de interpretação que não a interpretação literal. Trânsito em julgado compreende estado de processo acabado, em relação ao qual não caiba, por inexistência, qualquer outro recurso. Daí o seu “trânsito em julgado”. Tal como decidido, os julgados que inocentarem, nas cortes federais, qualquer cidadão brasileiro vitimado de injustiça nas decisões anteriores, deverão portar em seu dispositivo inocentador um solene pedido de desculpas por parte da justiça brasileira. E os carcereiros das prisões, a cada momento de soltura terão que dizer ao cidadão violentado na sua liberdade, algo do tipo: “desculpe, foi engano”... Ou, para usar expressão da gíria e da moda: “desculpe, foi mal”...

Essas decisões da Suprema Corte escondem, na verdade, algo de mais grave. O Brasil está diante de um Poder Judiciário que não julga (não julga no tempo certo). Se julgadas forem, com a esperada celeridade e diligência, as ações penais que habitam as estantes do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal, a decantada norma constitucional a dizer do “trânsito em julgado” fazendo todo o sentido estará sendo utilizada na medida certa; se os processos que

envolvessem sigilo do cidadão forem julgados com a necessária diligência, a questão do sigilo será tratada no tempo e na forma corretas, sem atropelos, sem passar por atalhos e sem prejudicar a liberdade ao sigilo que todos merecem e que a Constituição determina.

Merece registro o fato de que o Superior Tribunal de Justiça é uma criação da Constituição de 1988 e os últimos assentamentos do Supremo Tribunal Federal acabam de decretar a inutilidade de sua existência, já que os “trânsitos em julgados” se darão, com base em canhestra interpretação, nos tribunais de segunda instância.

Essas constatações factuais demonstram, pois, uma realidade: as instituições não estão funcionando. Esta foi a conclusão da última sessão do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil, reunida em Fortaleza-Ceará, no último dia 26 de fevereiro e 2016, que resultou na “Carta de Fortaleza” homenageando, por oportuno, o centenário do Código Civil de Clóvis Bevilacqua (1916-2016).

Não nos contentemos com aquela outra frase de ocasião, segundo a qual cabe ao supremo a última palavra. É preciso deixar claro que depois do Supremo Tribunal Federal assume a palavra a Sociedade Brasileira. Entendamos por sociedade brasileira, a sociedade civil organizada e aí sobressai a responsabilidade de instituições civis como a do nosso Instituto dos Advogados de Minas Gerais. O verbete “Povo” abstratamente considerado compreende apenas uma “multidão de ninguém”. Sendo o advogado um agente de transformação social, cabe às nossas instituições assumir, com altivez, as manifestações de indignação cívica contra tudo aquilo que conspire contra a lei, contra a ordem e contra a segurança jurídica.

Deixando de lado neologismos, anglicismos, novismos de ocasião, tais como a necessidade de um permanente *compliance* nas relações materiais entre o “público” e o “privado”, é preciso ter presente o exercício do comportamento ético permanentemente exigível de todos os cidadãos. Para tanto, basta, afinal, a todos nós, pôr em prática a sempre boa, velha e revelha boa-fé, a nortear os atos da atividade humana. Basta que exerçamos aquilo que chamam de “TV-text”. Afinal, se o ato a ser praticado, envergonha o cidadão perante seus filhos e perante a sua família, trata-se de algo que não pode ser feito (é este o significado de “TV-text”).

Volto ao ponto das instituições que não funcionam. Nos mais graves momentos vividos pela História política brasileira, os estandartes da Democracia, do Estado de Direito e da Legalidade foram empunhados

pela Ordem dos Advogados do Brasil, pela Associação Brasileira de Imprensa e pela Igreja Católica (desta última, de se lembrar, em Belo Horizonte, quando do golpe de 1964, o famoso “terço de dona Lalá”, rezado em vias públicas para exorcizar comunistas). Estas instituições precisam, urgentemente, reassumir os seus papéis. Está a concitá-las a tanto, o centenário Instituto dos Advogados de Minas Gerais que não faltará à Democracia e ao Direito nesta hora difícil da República do Brasil.

A Constituição da República brasileira (1988) já foi conspurcada por mais de 80 vezes, com emendas dos mais variados tipos e interesses. Uma constituição oitenta vezes violada revela, na verdade, a existência de um país inconstitucional. Marco Maciel, acreditado político foi, a meu sentir, o que melhor verbalizou o momento e a forma de concepção daquele texto constitucional, dizendo ter sido ela, (a Constituição de 1988), a Constituição do desabafo. Adotando o modelo de constituição fechada e não de constituição aberta, libertando o Brasil dos dias turvos d’uma ditadura, todos os segmentos sociais que se fizeram representar naquela assembleia nacional constituinte ali plantaram os seus “artigos”. Como conclusão se tem um regime presidencialista que na verdade mais se aproxima de uma monarquia com eleição. Tem-se uma representação política nas casas do legislativo, onerosa, distorcida e hiperbólica. Não se valoriza nem os Estados da Federação e nem os seus Municípios.

O que menos interessa nesta quadra é desviar o discurso, adotando-se viés de cunho ideológico. O século XX cometeu este equívoco e foi um século perdido, exatamente porque mais se preocupou, com a chamada guerra fria, cuidando de dois tipos antônimos de Estado: a democracia de um lado e o socialismo-comunismo do outro lado. O resultado dessa indigente escolha foram guerras, fome e a desconsideração do ser humano.

O então candidato à presidência da República, Eduardo Campos, antes de se estatelar com o seu avião em solo paulista, conclamava-nos com uma expressão símbolo de sua companhia: – “não vamos desistir do Brasil”. Resta-nos saber, qual o Brasil que queremos, ainda que tenhamos que começar tudo de novo.

O que necessitamos é de uma urgente revisão geral do texto constitucional. É esta a provocação que faço a meus pares, pensando já na celebração do segundo centenário de nosso Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

# A NOSSA REVOLUÇÃO FRANCESA<sup>1</sup>

Disse Sérgio Porto, o Estanislau Ponte Preta, há mais de 50 anos, que “ou todos nós nos locupletemos ou restaure-se a moralidade”. Esse fraseado, na sua origem, foi recebido com boa dose de humor. Hoje, sobre o tema, não há espaço para humorismo. O Brasil está politicamente doente, está econômica e financeiramente enfermo. Está moralmente debilitado.

Estão em confronto as duas burguesias. A turma que recebe os brioches (e não quer perdê-los), assustada, veste vermelho, e a turma que paga a conta, indignada, veste amarelo.

Há acusações recíprocas. Os de vermelho acusam os outros de golpistas. Os de amarelo acusam os que estão no poder de estelionatários. A resposta que vem do palácio já adotou o seu refrão. Tudo seria “republicano”. Trata-se de um novo jacobinismo.

Há estranhos arranjos entre a gente do palácio e dos castelos. Em Curitiba, está armado o cadafalso onde se julga o processo da “Lava-Jato”, cujos réus, do planalto e da planície, oferecendo-se em genuflexão, assinam delações premiadas, convictos das vantagens de se imolar um dedo na máquina da justiça. Aos candidatos a hóspedes da papuda, o magistrado, impassível, manda avisar que há guilhotina para todos.

Critica-se a mão pesada do julgador que tomou gosto pela prisão imposta antes da sentença. Intrigante, no entanto, o fato real de que a cada prisão, os acusados, tomado de uma espontaneidade de ocasião oferecem, em devolução aos cofres públicos, centenas de milhões de reais.

Nesse tumulto, não falta um Moisés, tentando conduzir governo e plebe à terra prometida, com bolsas disso e daquilo. Às versões modernas de “Dantons” e “Robespierres”, é preciso lembrar que também esses expoentes da Revolução Francesa foram parar na guilhotina (1794).

---

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva publicado no *Jornal Estado de Minas* do dia 25 de março de 2016 e no *Boletim do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, de março de 2016.

As palavras de ordem da Revolução Francesa (1788 a 1799) foram: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. O valor da liberdade não confere direito de se fazer uso de grampo, mas conspira contra essa mesma liberdade a manipulação das leis. Os valores da igualdade e da fraternidade não autorizam transformar os postos-em-chefe da república em trincheira de companheiros.

Os poderes constituídos da república estão em polvorosa. No legislativo tramita pedido de *impeachment* da presidente da república, processo presidido por quem deve contas a serem acertadas com os seus próprios pares e com a justiça. O poder executivo está às voltas com as graves questões da economia e politicamente não consegue se movimentar. As agências internacionais dizem, com clareza, que não mais se acredita no Brasil, grande nau à deriva. O poder judiciário dá plantão permanente para corresponder aos anseios da nação, quanto à tormentosa questão do foro privilegiado que não pode corresponder a abrigo de gente procurada pela polícia.

A palavra de ordem que há de sair vitoriosa nessa revolução francesa à brasileira há de ser outra e uma só. Viva a “ética”! Este é o valor irrenunciável que deve nortear as ações de governantes e governados.

Antes que apareça algum Napoleão é preciso que “Estado” e “Nação” brasileiras se reencontrem. De outro modo, voltaremos ao “Samba do crioulo doido”, outra criação de Estanislau Ponte Preta.

# CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DO ACADÊMICO HÉLIO ARMOND WERNECK CÔRTE<sup>1</sup>

Recebi de dois amigos, do presidente da Academia Municipalista de Letras, Cesar Vanucci e do acadêmico da Academia Mineira de Letras, Rogério Tavares, a missão de fazer um panegírico do Desembargador Hélio Armond Werneck Côrtes, cujo centenário de nascimento se comemora. É esta a missão que aqui me conduziu.

Ainda jovem advogado em Belo Horizonte, tive a alegria de conviver com a ilustre figura, então um dos decanos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (me refiro aos anos finais da década de setenta da centúria passada). O Desembargador Werneck Côrtes era a presença da erudição sem afetações dentre seus juízes-pares.

Nascido em Congonhas do Campo (1916) e educado em Patrocínio, no Alto Paranaíba, bacharelou-se em Direito pela *Vetusta Casa de Affonso Penna* (1944), e tendo lecionado em Belo Horizonte, prestou concurso público para promotor de Justiça, tendo sido nomeado para o exercício dessa função na comarca de Eugenópolis (1949) sem todavia assumir a função, porque aprovado, na mesma época, em concurso público para a magistratura, tomou posse como juiz de direito da comarca de Cláudio (1949), vindo a ser transferido, a pedido, para a comarca de Aiuruoca, que passou a considerar como sua terra do coração (1954), e daí sendo promovido para a comarca de Carandaí (1958) e para Itaúna (1961). Daí veio promovido para Belo Horizonte (1970), sempre por merecimento. Foi juiz substituto no antigo Tribunal de Alçada de Minas e promovido a desembargador de nosso Tribunal de Justiça em 1976, tendo presidido o Tribunal Regional Eleitoral (1984/1985), tendo sido, ainda, juiz corregedor e vice-presidente do tribunal, assumindo, ao fim, a presidência do Poder Judiciário em Minas Gerais (1985), coroando uma carreira de magistrado exemplar.

<sup>1</sup> Pronunciamento de José Anchieta da Silva na Academia Mineira de Letras em 21 de setembro de 2016.

Foi acadêmico da nossa Academia Municipalista de Letras, a *Casa de São Francisco*, representando o seu município de Aiuruoca e acadêmico desta Academia Mineira de Letras, onde ocupou a cadeira de nº 15. Faleceu em 28 de setembro de 1991.

Convivi muito pouco com Werneck Côrtes. Por dever de consciência, portanto, devo confessar a todos que, para declamar este panegírico, fiz uso de um recurso muito prático e que recomendo àqueles que se virem na mesma situação. Corri atrás de amigos comuns e de insuspeitos escritos a respeito do homenageado. Foi assim que, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas, recolhi sua biografia, servindo-me dos préstimos de Lakowsky Dolga e do prefaciador de meus trabalhos, o acadêmico Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Na advocacia de trincheira, fui ouvir a Jacob de Castro Máximo, homem de Itaúna, por onde passou o Werneck Côrtes-juiz, dele recolhendo a preciosa informação de que Côrtes era também um xadrezista de prestígio e vasto conhecedor da obra de Beethoven.

Recorri, também, e internamente ao serviço de secretaria desta Academia Mineira de Letras, onde com o auxílio da competente e dedicada Inês Rabelo, encontrei algumas pérolas que emolduram a apresentação à qual me propus, ao aceitar o desafio honroso.

Descobri o Werneck Côrtes que as novas gerações não podem esquecer.

Prefaciando o livro do homenageado “A Sombra das Personagens”, aliás, na verdade, produzindo um anti-prefácio, assim se pronuncia Aires da Mata Machado Filho, um dos monstros sagrados dentre os pensadores mineiros da nossa geração:

“No limiar do livro, que faz o prefaciador? Retarda o convívio apetecido. Para que?”

Quem abrir este volume logo verificará o domínio da expressão escrita que faz de Armond Werneck Côrtes prosador consciente do ofício. Desde os primeiros parágrafos, sente-se empolgado pelo escrupuloso escritor, vitorioso, quase sempre, na luta com a palavra.”

E termina o velho Aires: “Ainda bem que raramente se lêem prefácios. O bom livro impõe-se. Dispensa conversa fiada de recepcionista”.

Noutro tempo, outro apresentador, Martins de Oliveira, faz a apresentação de Werneck Côrtes, dele escrevendo:

“Eminente magistrado, dono de formosa inteligência, se sabe conduzir-se com brilho nas letras de PAULO, o jurista consulto admi-

rável, em sentenças e votos que lhe revelam o trato do direito e da justiça em formulações perfeitas, tem o condão de dominar a língua e nela expor primores de primeira água. Artista, pensador, poeta, além de prosador brilhante, é acima de tudo o humanista e, assim, o filósofo. Armado cavaleiro para as lutas do espírito.”

Em seu discurso de posse nesta Academia Mineira de Letras, Werneck se ocupa do que chama de “*Breve Depoimento sobre Dantas Motta, poeta e profeta de Monte Sião, no país das Gerais também Aiuruoca chamado*”, figura que considera “*um dos mais autênticos rapsodos das Minas Gerais.*”

Quando Werneck Côrtes em seu discurso neste sodalício onde agora se dá a homenagem pelo seu centenário, refere-se ao presidente da casa, com leveza e graça, diz de Vivaldi Moreira:

*“Um pescador com tarrafa e rede de arrastão perto dos demais [que a ele comparado] são pescadores com anzol.”* Cópia, de Vivaldi, a expressão criada por Albert Samaain, a dizer que “*escrever é a melhor forma de falar sem ser interrompido.*”

E ele próprio vai a Beethoven que descobriu ter sido, além de grande músico, um também grande escritor, que teria respondido a si mesmo: “*Por que escreve? O que tenho no coração precisa ser expandido. É por isso que escrevo.*”

E se consola Werneck Côrtes, trazendo a texto a poesia de Carlos Drummond de Andrade, contemporâneo seu, que escreveu em verso admirável:

*“Penetra surdamente no reino das palavras*

*Lá estão os poemas que esperam ser escritos”*

Outro mineiro ilustre, Edison Moreira, palmeando a obra de Werneck Côrtes, em suas publicações mais conhecidas: “*O Menino e o Santo*”, “*A Sombra das Personagens*” e o “*Ensaio Dantas Motta, poeta de Aiuruoca*”, faz uma síntese erudita e bela da caminhada do autor a dizer:

*“O que se diz da ação do passado sobre o poeta, pode-se repetir do futuro. Pois presente não é apenas uma realização do passado, mas também uma antecipação do futuro. Como disse [ainda] Heidegger, “é um futuro sido.”* (Então: o presente é um futuro sido!).

Opinando sobre os livros do autor, é Oscar Mendes quem atesta daquele que assina as obras e aqui homenageado, ter sido dono de uma simplicidade de estilo, de clareza, de luminosidade clássicas. E arremata “*A dialogação, nos contos do Sr. Armond Werneck, é sempre muito viva e natural. O autor pertence a uma espécie infelizmente em vias de extinção: a do escritor que sabe escrever.*”

Caros amigos, para terminar, faço mais uma revelação. Esta breve incursão pela vida acadêmica de um Werneck Côrtes que não conheci, quase comprometeu a veneração que tinha de sua pessoa como juiz. Me fez bem. Passo a fazer uma outra pregação a partir de hoje, porque darei, sem me acovardar, o testemunho de que Werneck Côrtes foi grande nas letras-letras, tanto quanto o foi nas letras-do-Direito, promovendo a Justiça com uma suavidade e com uma certeza que nos enche de saudade.

# POSSE NA ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS JURÍDICAS – AMLJ. ACADÊMICOS: JOSÉ CARLOS PIMENTA E FERNANDO ARMANDO RIBEIRO FILHO<sup>1</sup>

Cumprindo ordem do presidente da Academia Mineira de Letras Jurídicas, acadêmico Aristóteles Dutra de Araújo Atheniense (ocupante da cadeira nº 37 que tem como patrono LINCOLN PRATES e que antes foi ocupada pelos extraordinários lentes de Direito Comercial, Ruy de Souza e Wille Duarte Costa), cumpre-me ditar as palavras de saudação aos neoacadêmicos, professores Fernando Armando Ribeiro e José Carlos Pimenta. É atribuição que exerço com incontida alegria. O primeiro, Fernando, jovem, vim a conhecer no exercício acadêmico do magistério, e associativo no Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Do segundo, José Carlos, tenho lembranças banhadas na saudade. Dele me recordo, eu aluno do segundo ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a *Vetusta Casa de Affonso Penna* (1972) e ele monitor do professor Raul Machado Horta (que nesta Academia ocupou a cadeira nº 16, que tem como patrono RAUL SOARES, atualmente ocupada pelo acadêmico Carlos Alberto Rohrman), na disciplina Direito Constitucional I (atendia José Carlos ao professor, chamado que ainda hoje ecoa na memória de todos nós, seus alunos, sempre na recorrente expressão dizia o mestre ao seu aluno-monitor: – “*José Carlos, vá ao quadro*”). A nossa Academia se agiganta com a chegada destes dois novos talentos das letras jurídicas.

As celebrações acadêmicas, pelas quais nutro, desde sempre, verdadeiro fascínio, tem se tornado raridade. Delas mais não se ocupam os meios de comunicação, como o faziam com *glamour* em tempos mais antigos. Numa espécie de “diário do apocalipse” (*rectius*: diário de guerra) as manchetes destes tempos modernos mais se dedicam aos escândalos da hora, um cardápio horrendo, variado e renovado a cada

---

<sup>1</sup> Saudação aos neoacadêmicos pelo Vice-Presidente da Academia, José Anchieta da Silva (ocupante da Cadeira nº 18, que tem como patrono VALLE FERREIRA e que antes foi ocupada por Washington Peluso Albino de Souza), em 25 de novembro de 2016.

amanhecer. No mundo inteiro, mas, no Brasil de modo muito particular, os crimes comuns não mais despertam a atenção. Deram lugar aos crimes que tem como detratores da sociedade, autoridades e agentes públicos. Corrijo-me, percebo que me expresso equivocadamente. Não são os crimes comuns que mais não despertam a atenção da sociedade, são os crimes praticados pelas autoridades que se tornaram crimes comuns, banais, praticados a cada esconder do sol.

Dirão os qualificados ouvintes que a Academia nada tem a ver com isto. De certo modo, com razão, desde que propiciemos à comunidade a que servimos, mais academia, mais letra, mais cultura, mais veneração aos valores da vida humana, mais truísmo, mais “vida” no sentido pleno do termo.

A Academia Mineira de Letras Jurídicas recebe como acadêmico José Carlos Pimenta, filho de Camillo de Lellis Pimenta e de Eugênia Hauelsen Pimenta, casado com Sandra Hauelsen Freire Pimenta é pai de três filhos: Larissa, Luiz Camillo e Lídice. É bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (1974) tendo sido agraciado com o “Prêmio Barão do Rio Branco” por ter obtido as maiores notas nas disciplinas do curso. É especialista em Direito Público (1977) e doutor em Direito (área de concentração: Direito Constitucional) ambos pela mesma Universidade. Na sua atuação acadêmica, além de advogado militante, foi Procurador da República (1982), ali se destacando como procurador-chefe e coordenador da defesa dos Direitos da Pessoa Humana e procurador regional eleitoral, ambos em Minas Gerais. Em Brasília trabalhou na Procuradoria Geral da República, sendo promovido a subprocurador-geral da República, atuando junto aos tribunais superiores e aposentando-se no exercício do cargo. Foi diretor da Associação Nacional dos Procuradores da República, tendo integrado o primeiro Conselho Curador da Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva. No magistério, lecionou e leciona disciplinas do Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Foi o primeiro presidente da Associação dos Filhos e Amigos de Teófilo Otoni, de cuja instituição é membro-nato e presidente de seu conselho consultivo. É, ainda, membro titular da Academia de Letras de Teófilo Otoni, ocupando a cadeira nº 16, cujo patrono é José Alfredo de Oliveira Baracho (este, ocupou nesta Academia, a cadeira nº 11, que tem como patrono PEDRO LESSA, dela sendo atual ocupante a acadêmica Mônica Sette Lopes). É também

membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico do Mucuri. Dentre suas publicações se destacam-se “Processo Eleitoral e Controle Jurisprudencial” (2002); “A rigidez constitucional desafiada – Reforma ou Reformismo no Brasil” (2003); “O Poder Judiciário na Constituição de 1988: Reflexões sobre a estrutura e o funcionamento da Justiça Eleitoral” (2004), dentre outras.

O acadêmico que vem de Teófilo Otoni ocupará a cadeira nº 2, que tem como patrono LYDIO BANDEIRA DE MELLO, (antes ocupada por Ariosvaldo de Campos Pires e Adhemar Ferreira Maciel, ambos de saudosa memória. De Ariosvaldo recorde uma frase síntese, definidora do advogado: “a advocacia não se exerce no anonimato”. O outro, Adhemar Maciel, ex-presidente desta Academia tendo-lhe prestado relevantes serviços, era o erudito dentre os eruditos, e tinha pavor da erudição com afetação. Sua obra “O Bill of Rights Americano – Reflexos no Direito Constitucional Brasileiro” é obra única, para dizer tudo).

A Academia Mineira de Letras Jurídicas recebe também como acadêmico Fernando Armando Ribeiro, filho de Fernando Bráulio Ribeiro Terra e de Helenice Cândida Arnaldo Ribeiro. É casado com Luciana Ribeiro da Fonseca. É graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos (1996) onde também se fez mestre (1999) tendo se doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (2002), com curso de pós-doutorado na Universidade da Califórnia, em Berkeley (2010). É também professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e professor colaborador da Faculdade de Direito Milton Campos. É juiz togado do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais e presidente da Academia Mineira de Direito Militar, além de Diretor adjunto da Escola Nacional da Magistratura da Associação dos Magistrados Brasileiros. No campo acadêmico se dedica à área da Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito. Dentre suas publicações se destacam “Constitucionalismo e Teoria do Direito” (2013); “Conflitos no Estado Constitucional Democrático por uma compreensão jurídica da desobediência civil” (2004); “Hermenêutica e reconstrução do Direito no Brasil” (2012); “O dever de obedecer o Direito na Teoria de Hans Kelsen” (2012); “A Constituição cidadã e o princípio da supremacia do interesse público” (2013) “Justiça Militar, escabinato e o acesso à Justiça justa” (2013). É membro efetivo do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Como membro e

diretor do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, a “Casa de Mendes Pimentel” foi o idealizador e o realizador de um dos mais exitosos programas dos últimos tempos, com mais de uma dezena de edições: “Cinema e Direito” onde, ao cabo de exibição de película cinematográfica selecionada, se debatia os aspectos jurídico-filosóficos do tema posto.

O acadêmico ocupará a cadeira nº 34 que tem como patrono JOÃO LUIZ ALVES e que antes era ocupada por Messias Pereira Donato, lente de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Senhoras e senhores, apenas lhes apresentei a bula, uma pequena anamnésia dos novos acadêmicos. Sabemos todos agora porque que é que pregamos e por que é que acreditamos num novo tempo para o pensamento jurídico em Minas e no Brasil. A feliz comunidade jurídica mineira, que produziu essas duas inteligências, agora acolhidas nesta Academia Mineira de Letras Jurídicas tem a certeza de que os recursos para a construção de um novo tempo para Minas e para o Brasil já estão assegurados.

Esta é a proposta de nossa Academia, servir às letras do Direito devolvendo o Estado de Minas Gerais ao lugar que a história lhe reservou, sem direito a abdições.

Parabéns aos neoacadêmicos.

## O RECURSO ESPECIAL E A PEC 209/2012<sup>1</sup>

O recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça não pode submeter-se a juízo de “relevância de questões de direito federal” ou a qualquer coisa equivalente. Esta é a ementa deste adminículo.

Registra a história que certo presidente da república dos Estados Unidos da América do Norte (país que guarda a sua Constituição e muito raramente tocam-lhe o texto), defendendo a necessidade de certa modificação em texto legal, afirmou que as leis, quando necessário, devem ser alteradas para que os vivos não sejam governados com as leis promulgadas pelos mortos. No Brasil, a intitulada Constituição cidadã já foi conspurcada algumas dezenas de vezes, a partir de motivações ao sabor dos governantes de plantão, tudo muito “abrasileiradamente”.

Desta feita, o que se pretende com a indigitada PEC é inserir um parágrafo primeiro no artigo 105 da Constituição de Ulisses, para condicionar a admissibilidade do recurso especial à demonstração de “relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão [fracionário] competente para o julgamento”. É contra essa proposta de emenda constitucional – que não é exatamente nova – que argumentaremos abaixo e adiante.

A justificativa para tal modificação é surrada e de todos velha conhecida: o congestionamento do tribunal com 33 ministros em face do grande número de recursos e o discutível “êxito” da criação do requisito da “repercussão geral” para os recursos extraordinários na suprema corte. São argumentos que não se sustentam.

A competência do STJ para julgar os recursos especiais compreende os recursos postos nas hipóteses em que se contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência, julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou quando se der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105,

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva, publicado no *Boletim do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, em dezembro de 2016.

inciso III da Carta). Também o âmbito do que possa ser essa relevância não desafia caminho novo, admitindo-se, como questão relevante, aquela como tal compreendida “do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

A crítica a esta propositura é plural. Está aberta a porta para a interpretação subjetivista das razões recursais em concreto manifestadas, o que será feito por órgão fracionário composto de 5 ministros. Do ponto de vista pragmático, a primeira crítica que se tece é a de que na presunção de que os ministros terão que se debruçar sobre a questão recursal para dizer-lhe “relevante” ou “não relevante” corresponde a tempo e serviço que melhor utilizado o seria se se dedicassem à apreciação e decisão do recurso posto no seu mérito. Já é o suficiente para demonstrar a inutilidade da proposta.

A segunda crítica à proposta está em que esse juízo de admissibilidade corresponde à uma disfunção do próprio tribunal (*rectius*: a proposta nega a função e a finalidade do tribunal). Sobre o STJ já se disse ser o “tribunal da cidadania”. Não mais o será. Um juízo seletivo e prévio colocará os cidadãos numa planície distante e só os casos “eleitos” serão julgados em sede de recurso especial.

A isto somado o estranho entendimento em elaboração no STF de se dar como “trânsito em julgado” os recursos já decididos pelos tribunais de segunda instância em matéria criminal (terceira crítica), não mais terá função o STJ. Se pretendem acabar com o STJ, a PEC que se critica somada ao referido entendimento manifestado pela corte suprema, somada à jurisprudência defensiva (jurisprudência para não julgar, aquela que mata o recurso antes de se lhe dedicar linha sequer sobre a causa e o pedido), estejam certos, os detratores do STJ atingirão seu intento: o STJ estará morto.

O Brasil, pela sua dimensão territorial, pela sua conformação federativa com vinte e sete tribunais de apelação, quase uma dezena de tribunais federais e com outro tanto de justiça federais do trabalho é o país dos tribunais. A função do STJ não é outra se não a de guardar a lei infraconstitucional e a segurança da jurisprudência. Será, simplesmente, impossível cumprir e exercer esse seu irrenunciável ministério constitucional se vedado for o exercício do recurso existente para manter o ambiente de paz social com as questões definitivamente decididas no âmbito federal; para cujo desiderato o veículo, único e próprio, é o recurso especial (quarta crítica).

Em face desse grande número de tribunais estaduais e regionais, o que se tem no Brasil é uma farta-ampla-interminável-jurisprudência desorientadora (e aqui não se exercita uma figura de linguagem, mas se pratica a constatação de uma realidade que compromete, a todo o comprometer, uma desejável unicidade da jurisprudência pacificada) e se o STJ abdica de seu papel de guardião da jurisprudência e portanto da segurança jurídica nas relações processuais, de fato melhor será uma revisão constitucional de verdade, mais ampla extinguindo-se o próprio STJ e adotando-se em seu lugar, outro modelo (quinta crítica).

Chamando-se a atenção para a gravidade da argumentação aqui desafiada, considere-se que, em se levando a sério a proposta, dando-se curso livre àquela PEC, o que se estará a praticar será um desmanche do Brasil enquanto federação-dos-Estados-membros porque o Direito passaria a ser definitivamente declarado pelas cortes estaduais, com independência definitiva. É dizer, não mais se terá um Brasil, mas tantos brasis quantos sejam os tribunais de segunda instância, cada qual dizendo, para seus cidadãos, o definitivo Direito em forma de “acórdãos trânsitos”, mas, nos seus limites territoriais. A PEC em causa é, portanto, em última análise, uma conspiração contra a República Federativa do Brasil (sexta crítica).

Tem-se notícia da existência de um projeto substitutivo àquela PEC que, por sinal, consegue piorar ainda mais a situação ao acrescentar, por exemplo, limite-piso para a propositura de recurso especial, que restaria impedido às causas de valor inferior a 200 salários mínimos. Trata-se de velho expediente no sentido de tudo coisificar. Seria o empobrecimento definitivo das questões de alta indagação jurídica se-lhes atribuindo, necessariamente, valor em dinheiro. Não se reconhece que, em boa medida, os tribunais são acionados para que se resolva questões dizentes da vida, da honra e da dignidade das pessoas (naturais e coletivas). É, outra vez, um negar a justiça ao cidadão enquanto cidadão, vendo no demandante apenas um número e uma cifra. Os processos só o seriam a partir de um punhado de dinheiro. Sem um saquinho de trinta dinheiros o cidadão não existiria (sétima crítica).

Cogita-se em tal substitutivo, da possibilidade da criação da chamada “súmula” impeditiva do exercício de recurso. De novo se está a rasgar o texto constitucional. Põe-se à mostra o Brasil da incongruência. Ao mesmo tempo em que a Constituição traz como uma das suas mais importantes proclamações o acesso ao Poder Judiciário, a

emenda estará a dizer da proibição de se estar em juízo. É preciso dizer a esses legisladores que acesso a juízo e direito a processo amplo, corresponde ao direito de se postular desde o juízo de piso até o Supremo Tribunal Federal. A proposta se apresenta, pois, e visivelmente, intrínseca e extrinsecamente, inconstitucional. Trata-se daquela inconstitucionalidade a partir da própria constituição (oitava crítica)

Essa “súmula” impeditiva de recurso na verdade implica numa invasão de competência, na medida em que estará o Poder Judiciário legislando através do expediente de seus éditos, impedindo o acesso ao Judiciário. Trata-se de estranho e irreconhecível meio de se preencher lacunas legais. Com efeito, o preenchimento de lacunas da lei se dá com interpretação das situações postas e não se interpreta fechando as portas, com a proibição do manuseio do recurso cabível. A pretexto de se interpretar, nega-se o processo que reclama interpretação (e decisão) (nona crítica)

Embora o texto justificativo da inaceitável PEC em exame não o diga expressamente, é possível e é provável que se tenha utilizado, por empréstimo, a invocação ou o espelhamento na figura do *certiorari* que é própria do sistema norte-americano. A importação é equivocada. Lá, o modelo de legislação e de justiça é outro e são, neste particular, incompatíveis. O juiz brasileiro é escravo da lei e não pode praticar exercício discricionário em julgamento de recursos cujo questionamento compreende, exatamente, a interpretação do texto legal (décima crítica)

Se se pretende outro regime para os tribunais e para os recursos, há de se conceber outra ordem constitucional. Não se pode, com efeito, alterar a substância da norma constitucional se lhe alterando um só dispositivo (décima primeira crítica).

Na verdade, a solução para o volume de recursos no STJ passa por outra solução. O tribunal, lugar-onde se dá a última interpretação do texto legal e onde se disciplina e se organiza a jurisprudência nacional, é tribunal que deve ter o tamanho do Brasil e de suas vicissitudes. É inconcebível que se mantenha um STJ com apenas 33 juizes (o texto constitucional é sábio ao dizer sobre sua composição com um mínimo de 33 ministros). Interesses menores não podem impedir que se aumente o número de ministros (décima segunda crítica).

Os julgamentos no STJ podem se dar a partir de turmas compostas por 3 de seus membros integrantes, o que, praticamente, dobraria o número de processos em julgamento numa mesma assentada (décima terceira crítica).

Os acórdãos e decisões podem e devem ser proferidos em textos menores (décima quarta crítica). Os julgados podem ser considerados publicados a partir da própria sessão de julgamento (décima quinta crítica).

Estas providências, regimentais, correspondem à valorização do que seria a adoção de um princípio da oralidade em terceira dimensão (a primeira dimensão está na sustentação oral em sessão aberta, a segunda, na utilização dos meios da internet, a terceira, numa efetiva e sempre pronta palavra da turma julgadora).

A aprovação da PEC 209, que não se deseja, corresponderá ao abandono do cidadão brasileiro, exatamente na hora em que merecia a última palavra do Poder Judiciário Constitucional; corresponderá a verdadeiro golpe na advocacia ativa que se exerce na busca de acórdão pacificador do entendimento sobre a matéria em termos de Brasil (e não apenas numa jurisdição paroquial), e corresponderá a mais um golpe sobre o próprio STJ que necessita ser salvo, para que não lhe reconheçam inutilidade tal a demonstrar que o modelo da Constituição de 1988 terá se esgotado, irremediavelmente. De outro modo, será necessária a descoberta e a construção de um outro Brasil.

Com a palavra as instituições que tem a responsabilidade de defender a Constituição brasileira, última trincheira da cidadania, sem adjetivos.

# SAUDAÇÃO AO MINISTRO JOSÉ FRANCISCO REZEK<sup>1</sup>

O Instituto dos Advogados de Minas – IAMG, comemorando 102 anos de ininterrupta atividade, recebe o Colégio de Presidentes das instituições congêneres para, em sessão oficial, debater temas da maior relevância. Promove (como faz anualmente) a entrega de sua comenda aos agraciados (nas categorias, advogado, professor, magistrado, integrante do Ministério Público, funcionário do Poder Judiciário e integrante do corpo da Polícia Judiciária). E, colocando o ouro sobre o azul, recebe, de modo especial, do agraciado, advogado, professor e jurista, Ministro José Francisco Rezek, a palestra magna “A reforma política” de que o Brasil tanto anseia. É muita celebração.

Cabe-me, neste foro, fazer a acolhida do Ministro-agraciado-palestrante Francisco Rezek, por quem nutro, desde sempre, admiração, amizade e respeito. Cabe-me, portanto, sem descurar da responsabilidade que brota das palavras proferidas, fazer a necessária provocação. Confesso que gosto de fazê-lo.

José Francisco Rezek não pertence mais a Minas. E faz tempo. É um cidadão do mundo. Nascido em Cristina, bacharelado em Direito pela nossa venerável *Vetusta Casa de Affonso Penna* (1966), ali se doutorou no ano seguinte (1967) e, como bolsista do governo francês seguiu para a França e, de lá, para Haia (1968-1970). Doutorou-se, também, pela Universidade de Paris, em “Direito Internacional Público” (1970) e permaneceu na França, como pesquisador, a convite do governo francês. Em estudos pós-doutorais frequentou a Universidade de Oxford-Grã-Bretanha, sob patrocínio do governo britânico (1978-1979), fazendo-se titular do *Diploma in Law* daquela Universidade (1979).

Retornando ao Brasil, após ter prestado serviços de assistência judiciária aos necessitados, no Departamento Jurídico do Estado de Minas e da Faculdade de Direito da UFMG, e tendo sido assessor de

---

<sup>1</sup> Pronunciamento de José Anchieta da Silva, na celebração anual do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG, oportunidade da entrega da Comenda da Instituição e reunião do Colégio de Presidentes dos Institutos congêneres, em solenidade no Salão do Automóvel Clube de Belo Horizonte, em 07 de março de 2017.

Planejamento e Controle da Secretaria de Estado de Administração em Minas Gerais, lecionou na Faculdade de Direito onde se graduou. Estabeleceu em seguida, residência em Brasília (1971), como assessor do Ministro Bilac Pinto no Supremo Tribunal Federal. Por concurso público integrou o Ministério Público Federal, participando da elaboração do projeto de sua lei orgânica (1974), vindo a ocupar o cargo de subprocurador-Geral da República (1979), com atuação na suprema corte. Foi assessor extraordinário do Ministro-Chefe do Gabinete Civil do Presidente da República, Leitão de Abreu (1983).

Foi nomeado, aos 39 anos de idade, Ministro do Supremo Tribunal Federal, na vaga deixada pelo Ministro Xavier de Albuquerque (1983). Integrou o Superior Tribunal eleitoral, presidindo-o inclusive (1987-1989). Renunciou ao cargo de Ministro da suprema corte (1990), vindo a assumir, em seguida, o cargo de Ministro de Estado das Relações Exteriores, ali permanecendo por dois anos (1990-1992).

Retorna ao Supremo Tribunal Federal – fato inédito na história do Brasil e na história de todas as democracias – na vaga deixada com a aposentadoria do Ministro Célio Borja (1992). Retornou ao Superior Tribunal Eleitoral (1992) e se aposentou na magistratura (1997).

No magistério, além de ter lecionado na Faculdade de Direito da UFMG, onde ensinou “Direito Internacional”, ensinou também na Universidade de Brasília nos seus cursos de graduação e de pós-graduação e no Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores. Nessas instituições foi chefe de departamento, tendo sido Diretor da Faculdade de Estudos Sociais da Universidade de Brasília. Foi examinador de vários concursos públicos (1970-1977). Ministrou curso de extensão na Universidade de Paris – *Panthéon-Sorbonne* (1998). Ministrou conferências em Paris, Berlim, Londres, Milão, Turim, Roma, Amsterdam, Lisboa, Cairo e Vancouver.

Foi professor na Academia de Direito Internacional da Haia (1986) e no Instituto de Direito Internacional Público e de Relações Internacionais de Tessalônica-Grécia (1989). Orientou teses de mestrado e de doutorado no Brasil e na França.

Designado pelo governo brasileiro, foi membro da Corte Permanente de Arbitragem (1987-2004). Presidiu e integrou tribunais arbitrais no âmbito do “Centro Internacional de Solução de Litígios Relativos a Investidores” do Banco Mundial, em Washington e na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio – CCI (desde 1998).

Eleito pelo Conselho de Segurança e pela Assembleia-Geral das Nações Unidas foi juiz da Corte Internacional de Justiça, sediada em Haia, com mandato de 9 anos.

Publicou, no Brasil, dentre vários outros trabalhos “Comunicações de Massa na Constituição Brasileira” (1972); “As Relações Internacionais na Constituição da Primeira República” (1973); “O Princípio da Nacionalidade e a Aplicação da Lei Penal Brasileira” (1973); “Jus-colonialismo na Teoria da Responsabilidade Internacional” (1976); “Organização Política do Brasil” (1976); “Limites Constitucionais da Liberdade de Trabalho” (1982); “Arbitragem Comercial e Desburocratização” (1983); “Direito dos Tratados” (1984); “Fundamentos da Organização Nacional e a Coexistência dos Três Poderes” (1987); o “Direito Internacional Público” (1989).

Publicou, no exterior, também dentre vários outros trabalhos, “Droit de Traités: particularités des actes constitutifs d’organisations internationales”, Haia (1968); “La conduite des relations internationales dans le droit constituinnel latino-américain” Paris (1970); “Aspectos Elementares do Estatuto da Igualdade”, Lisboa (1978); “Le Droit international de la nationalité”, Haia (1986).

Em recente entrevista ao “Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário”, disse nosso homenageado que, no seu tempo de estudante em Belo Horizonte (naquelas noites frias e escuras da ditadura brasileira), se vivia um tempo marcado pela sombra da guerra fria, com desperdício de energia da juventude da época, naquele confronto de propostas que se esvaziou e que “com o tempo revelou sua falta de sentido”. Desabafa, com certa nostalgia, com a afirmação de que “havia na época mais idealismo, embora nem sempre bem administrado...”. Para os estudantes de seu tempo – ainda nas palavras do Ministro aqui agraciado, “o que menos [nos] importava era a questão do sucesso pessoal, do triunfo, sobretudo da prosperidade [pessoal]”.

Noutra entrevista, agora no periódico da OAB/SP, coerente, prossegue Rezek, com a revelação (produto de sua percepção e vivência como magistrado) da continência dos magistrados europeus (do seu viver contido) para concluir que não estará o magistrado impedido de falar fora dos autos. Não pode, todavia, falar antes da prática de atos processuais. Isto, realmente, faz toda a diferença.

Nosso palestrante, agora advogando, revela que acha o exercício da advocacia mais estimulante e mais divertido, comparado com os fazeres da magistratura. Nós também achamos.

Caríssimos circunstantes, permitam-me interromper a caminhada pelo currículo da vida de Rezek por duas razões. Se continuarmos na oração de seu panegírico, o tempo se esgota e a sua esperada palestra ficaria prejudicada. E depois, se propusemos fazer alguma provocação, vamos a ela:

– O ministro Rezek faz a defesa do modelo político adotado pelo Brasil, como República Federal presidencialista e diz que se estivéssemos vivendo um regime parlamentar, a crise de governo poderia ser ainda maior. Assumo, caro amigo- palestrante, posição diversa, antônima da sua. Ouso, portanto, discordar. Mas este é o assunto do qual sua excelência se ocupará na palestra.

Caríssimo Ministro Francisco Rezek: – o Brasil é um país que já experimentou todos os estágios de governação. Nenhum deles destruiu a pátria. Desta vez, confesso-lhe, precisamos construir bases novas e sólidas para que o Brasil não desapareça; não se desfigure definitivamente. O Brasil-colônia foi explorado por Portugal, dele herdando uma forma estamental de Estado monárquico. Na monarquia, o Brasil praticamente se contentou em ser um “Estado do Atlântico” e a colonização de seu interior que gerou algumas revoluções ficou a cargo das “Entradas” e das “Bandeiras”. As suas repúblicas, a velha e a do estado novo, desaguaram numa ditadura que, vivendo, exatamente, aqueles tempos da guerra fria (e suja) dividiu o globo em dois antagonistas: de um lado, uma democracia-capitalista e de outro um comunismo-socialismo, ambos com muito desserviço à causa da humanidade. Em termos macros, os seus resultados correspondem às duas grandes guerras que consumiram o século passado e que disseminaram miséria e mortes.

Dividir o discurso político em esquerda e direita é desconhecer os descaminhos da história. É falta de criatividade e de imaginação. Esse Brasil que deu errado (o Brasil que vivemos hoje deu errado) precisa, urgentemente, encontrar o seu “Norte”. A reforma política é o caminho que nos resta, antes que a nação se desintegre.

Falar que necessitamos de uma reforma política todos o dizem. É preciso, no entanto, saber, exatamente, qual o conteúdo desse perigoso envoltório.

É sabido que o inquilino do palácio do planalto, pelo sistema político vigorante – que é de previsão constitucional – é e será sempre refém do Congresso Nacional. Com o texto da Constituição de Ulisses,

está provado, houve um rompimento de relações entre o Estado e os cidadãos. Os exemplos de varejo, à mão, para dar corpo e concretude a esta afirmativa estão na penúria dos Estados-membros que não conseguem pagar os salários dos servidores públicos; num Poder Judiciário abarrotado que não consegue dar vazão à grita dos jurisdicionados (são muitas as trombetas e muitos os Gedeões abandonados); nas greves das mais diversas cores e sons com a adoção de verbetes velhos transformados em neologismos aos quais pretendem dar sentido fora de texto e de contexto. Os verbetes da moda, adotados pela turba multa são “empoderamento”, “exclusão” e “inclusão”, o ser ou não ser este-ou-aquele comportamento “republicano”. Não mais se preocupa com a base teórica de coisa alguma! O sistema de ensino produz com extraordinária eloquência, gogos e jejunos nas ciências mais elementares. De tudo resulta uma absoluta falta de compromissos com os valores éticos por parte de governantes e governados. Vive-se uma “babel”. O tecido social esgarçado não mais permite leitura isenta do comportamento das autoridades.

Caro palestrante ilustre e acreditado: – precisamos de fato de uma nova ordem constitucional. O que e como fazê-lo (?) O modelo político adotado está esgotado. Há um modelo-de-prateleira que se possa ajustar às necessidades brasileiras ou será preciso dose maior de originalidade (?). O Estado brasileiro – falido – rege mal as suas contas e o sistema tributário não conta mais com a crença e com a fé dos contribuintes.

Um repto final: – o que precisamos saber, saindo do discurso para a ação é o que pode e o que deve fazer a comunidade dos profissionais de Direito (o advogado é um agente de transformação social) para ajudar o Brasil a vencer essa sua grave crise.

Caro Ministro homenageado, temos o sentimento de que, com a sua autoridade, a sua tarefa de contribuir para com o Brasil ainda não pode ser dada por terminada. Como um cidadão do mundo, como um homem que singrou todos os mares e viu todas as estrelas, oriente-nos nesse momento agudo da vida brasileira. A comunidade jurídica de Minas e do Brasil quer e necessita ouvi-lo.

# UM PREFÁCIO QUE NÃO ERA NECESSÁRIO: PREFACIANDO BÁRBARA BARBIZANI DE CARVALHO DE MELO FRANCO CAIADO<sup>1</sup>

A Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa acolheu, no ano letivo de 2012/2013, um coeso grupo de brasileiros que ali cursaram mestrado e doutorado nos vários ramos que oferecidos, tendo, logo, se destacado, no grupo, a pessoa de Bárbara Barbizani de Carvalho de Melo Franco Caiado, filha de mineiros das Minas Gerais, formada pela boa escola de Curitiba-PR e que, já residindo em Lisboa, cursou, com êxito e com brilho, o seu Mestrado na área de concentração das *Ciências Jurídico-Laborais*. O seu curso de mestrado foi coroado com a defesa de sua dissertação, sob o título de “*(Ir)Redutibilidade Salarial e a Incongruência Dogmática do Princípio da Proibição do Retrocesso*”. A jovem mestra se revelou. Enfrentou tema de peso e da hora, e se propôs a tratar da questão numa visão comparada do Direito do Trabalho vigente no Brasil (sua construção doutrinária e jurisprudencial) e do Direito Laboral vigorante em Portugal, sob a segura e erudita orientação da Professora Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho.

O tema compreende mesmo desafio de fôlego para os dois ordenamentos jurídicos, nos dois lados do oceano atlântico. Portugal e Brasil enfrentam problemas de razoável magnitude em relação às suas legislações laborais. Portugal, em face dos compromissos assumidos com a TROIKA trabalha na reorganização de suas contas e o Brasil precisa rever sua Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que é de meados da centúria passada (1943), acordando tarde para uma realidade que já nem é nova, no sentido de se atribuir mais valia para as avenças privadas, entre trabalhadores e empregadores, sobrepondo o negociado sobre o legislado, como forma de efetiva valorização da representação coletiva sem, necessariamente, o engessamento de relações com leis,

---

<sup>1</sup> Prefácio de José Anchieta da Silva à Dissertação de Mestrado de Bárbara Barbizani de Carvalho de Melo Franco Caiado, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 12 de abril de 2017.

regulamentos e julgados que não respondem às necessidades da sociedade com a presteza que delas outrora se podia esperar. O mundo moderno não tem tempo para liturgias e burocracias desnecessárias. No mundo moderno as coisas novas ficam velhas antes mesmo de se tornarem conhecidas.

Desde a parte introdutória da obra se percebe não apenas a atualidade da tese como a excelente base teórica dos escritos de Bárbara Barbizani. Para sustentar o direito à retribuição como um direito fundamental, a pesquisadora traz a texto a proclamação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, com o Tratado de Versalhes (1919) a reconhecer que o trabalho não pode ser reduzido à condição de mercadoria, recorrendo ainda à centésima convenção desse mesmo organismo plurinacional (1951) quando se reconheceu a isonomia salarial na confirmação da afirmativa segundo a qual para trabalho igual se confere remuneração também igual.

O texto faz o ajuste linguístico, registrando logo à partida, salário e retribuição em sentido estrito, acomodando as corretas linguagens adotadas pelos dois ordenamentos examinados. O trabalho, moderno, contém proposições intelectualmente honestas e ideologicamente moderadas como há de ser na relação entre capital e trabalho.

A pesquisadora disserta sobre o princípio da proibição do retrocesso, reclamando-lhe efetividade e concretude possíveis, sem paixões. Dá a devida dimensão de sua compreensão como um direito adquirido cuja medida estará no preenchimento das necessidades humanas no território firme daquilo que seja possível. É preciso ter presente que as relações entre as pessoas são reescritas permanentemente, a cada momento da Humanidade. Daí a compreensão de que nenhum direito social é, exatamente, um direito ensimesmado, em si apenas compreendido. O Direito não é autista.

Munida de coragem e de ousadia científicas, a autora propõe uma desconstrução do princípio do retrocesso – que não há de ser um princípio absoluto, até porque o Direito não é uma ciência que trabalha com o absoluto como regra – não para diminuí-lo mas para lhe reconhecer o devido valor e o sentido que lhe é próprio na escala dos valores das instituições jurídico-laborais.

Em conjunto harmônico restam consagrados no trabalho de Bárbara, os princípios da igualdade remuneratória, da suficiência do salário

mínimo, da relativa irredutibilidade da retribuição, o que faz lembrar as lições e as advertências do texto de Leão XIII na sua encíclica papal, *Rerum Novarum* festejadas na encíclica *Quadragesimo Anno* de Pio XI e outra vez festejada na encíclica *Centesimo Annus* de João Paulo II, textos que necessitam ser revisitados para melhor compreender a necessidade de uma convivência com dignidade entre o capital e o salário.

É ainda elogiável o texto na sua peregrinação pela doutrinária e pela jurisprudência bem como das suas notas de rodapé, fartas, densas, próprias e elucidativas, com escalas nos tribunais da União Europeia. Tudo muito digno de uma tese.

Antes de desejar aos leitores, portugueses e brasileiros, uma boa e proveitosa leitura, faço uma revelação que faz sentido na cota da amizade que reciprocamente nos dedicamos. A Dissertação de Bárbara Barbizani e o seu filho Matheus nasceram quase ao mesmo tempo. O filho de Bárbara e de Diogo chegou a tempo de ouvir, na banca examinadora, os aplausos aos quais fez jus a jovem e promissora Mestra em Direito Laboral. Portanto, parabéns à autora e à sua jovem família.

Assina este prefácio, desnecessário pelos méritos próprios da Dissertação, um leitor privilegiado.

# DEMOCRACIA E ESTADO POLICIAL<sup>1</sup>

É equivocado pensar que contraponto de democracia seja, apenas, o apelo à ditadura militar. O perigo está na instalação de um estado policial. Diferentemente das ditaduras que assaltam as liberdades democráticas com baionetas e torturas, o estado policial se aproveita do vazio político, do barulho-social que esse caos provoca, utilizando métodos nominalmente legais, cooptando adeptos com os instrumentos que o próprio Estado oferece. Esse é o risco que a democracia brasileira está correndo.

Os Poderes-do-Estado brasileiro estão em crise. O executivo, acudado, é refém de um legislativo desacreditado e, ambos, secundados por setores visivelmente aparelhados, a serviço de interesses outros, sobrecarregam um judiciário atordoado. A praga daninha da corrupção alcança integrantes dos poderes constituídos e não foi a máquina do Estado, cara e ineficiente, a responsável pela identificação de corruptos e corruptores. A situação é tão estranha que os próprios agentes do Estado (as autoridades) entendem necessitar de delinquentes-confessos para abrir processos contra outros igualmente delinquentes que surrupiaram o erário público. É tempo de delações e vazamentos.

O odioso expediente da delação premiada, motor de processos e ações policiais pitorescas, desconsidera a necessária liturgia das leis processuais, produzindo um resultado intrigante. Uns ficam presos meses a fio até que pratiquem a delação. Outros, se antecipando a qualquer processo, delatam e ficam a salvo de punição e ainda continuam desfilando em seus jatinhos e iates.

A gente brasileira, visivelmente enganada, aceita esse jogo de delatores-e-delatados e nem se dá conta de que, enquanto o cidadão comum, para movimentar na rede bancária, míseros dez mil dinheiros, é obrigado a prestar declaração oficial de origem e destinatário da remessa, o exército de agentes, de fiscais e de autoridades em geral, não deu conta de ver o assalto de centenas de milhões de dinheiro praticado por delatores, cuja “colaboração” o Estado brasileiro suplica. Nesse

---

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva publicado no *Jornal Estado de Minas*, em 2 de julho de 2017.

estranho arranjo de autoridades e assumidos criminosos-delatores-e-delatados são vários os crimes presentes. De um lado, os delatores-e-beneficiários-de-sua-própria-delação, e de outro, o Estado brasileiro que reconhece a sua competência para processar e punir gente miúda, mas se confessa incompetente para, com os seus serviços (que são caros), punir crimes milionários. É a incompetência do Estado reconhecida por ele próprio.

Atordoada, a turba muita mal entende esse tempo de queima de hereses, a partir de processos e prisões sem culpa formada, embora percebam que são muitos os Barrabás.

Nesse caldo de coisa ruim, aproveitadores de plantão e falsos arautos de um falso evangelho, fazem pregações as mais estranhas. É gente que não está preocupada com o Brasil e com a formulação de reformas que o país anseia. Enquanto isto, na comunidade das nações, o Brasil é rebaixado em todos os indicadores.

As instituições brasileiras, que necessitam ser aprimoradas, precisam, antes, ser respeitadas. Neste momento grave da história, o Brasil necessita de uma revolução das ideias. Se o que Brasília está oferecendo aos brasileiros é um ensaio, a peça é dramática e quando cair o pano, só merecerão apupos. Nas próximas eleições, o eleitor precisa chamar a si a responsabilidade, jogando fora o joio e não o trigo.

A Constituição de Ulisses (1988) resolveu duas questões fundamentais. Assegurou-se a democracia e valorizou a cidadania. No demais, revelou-se antônima em si mesma, tendo, no seu texto, para cada questionamento, um-sim-e-um-não. Isto fez o Brasil um país ingovernável.

Não se opera um doente em crise, no auge de sua febre. Passada essa emergência, é preciso que se construa para o Brasil, uma Constituição de verdade.

# NOSSAS INSTITUIÇÕES NÃO FUNCIONAM<sup>1</sup>

O título deste artigo deve ser usado como estribilho, como refrão ao fim de cada constatação deste texto, como o *ora pro nobis* da reza, como se ladainha fosse. Atentos, portanto, aos sinais do “bis”.

Nesse Brasil assombrado, tornou-se corrente, num expresso auto-consolo, o uso de expressão segundo a qual “o Brasil só não vai ainda pior porque as suas instituições funcionam”. Não é verdade.

No poder executivo, em Brasília, um modelo horroroso de “presidencialismo de coalizão”, em exercício permanente de uma não-governança, sobrevive porque paga, de modo despuddorado, o apoio que mendiga a partidos políticos e no parlamento. Deputados e senadores funcionam como elefantes de circo, levantam a pata na certeza de que receberão na boca, como paga, imediatamente, um pedaço de rapadura. Em palácio, o executivo, acuado, estende o expediente em sessão extra a partir das 22 horas. “Bis”.

Para honrar tais apoios com recursos do erário, eleva-se em 30 bilhões o buraco fiscal, que pula de 130 para 160 bilhões de dinheiro. Fazendo isso sem descer da bicicleta, a população, anestesiada, nem percebe. “Bis”.

O parlamento, noutra ato de desfaçatez, se apressa em aprovar um fundo público de campanha de 3,5 bilhões de dinheiro, para ser distribuído a mais de 30 partidos políticos, bancando, candidatos a vereador, deputado, senador, governador. Um país sem esperança, com rombo fiscal de assombrar delatores premiados, sem dinheiro para a saúde, educação e segurança pública, terá recursos para fazer a farra de candidatos. “Bis”.

O descalabro do financiamento público de campanha tem local e certidão de nascimento conhecidos. Num ajustamento recente, com o pretexto de impedir o tal caixa dois nas campanhas eleitorais, com a OAB rabiscando a sua história, se promoveu ação direta de

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva publicado no *Jornal Estado de Minas*, em 13 de setembro de 2017.

inconstitucionalidade do chamado financiamento privado de campanha junto ao STF. Conseguiram a proeza. “Bis”. A motivação estava na certeza que tinham de que o Estado brasileiro não consegue fiscalizar o que seria “caixa dois”. Assumiram que o aparato do Estado não funciona. “Bis”. Muito mais simples teria sido o propor projeto de lei, limitando, em 0,001% do faturamento de cada doador, por exemplo, o teto de doação às campanhas políticas que, assim, seriam baratas e eficientes. Como houve copulação na sala, preferiram rifar o sofá. “Bis”.

Nem as autoridades escondem mais a sua convicção de que as instituições oficiais não funcionam. Exemplo disso está na defesa do odioso instituto da “delação premiada”. Inventaram, juízes e promotores, que sem a “colaboração” de delatores, não se chegaria aos larápios graúdos (dentre os principais, há os que receberão a “imunidade” como indulgência plenária). O argumento é desleal com o contribuinte. A inteligência do Estado, o que ele tem de melhor: auditores, peritos da polícia federal, promotores e procuradores e afins não conheceriam de balanços, de contratos, de remessas e de recibos. Defende-se a tese de que os corruptores certamente seriam inventores do dinheiro que desviam. “Bis”.

O Brasil figura, na comunidade das nações, dentre os países que mais caro paga os seus servidores, competindo, inclusive, com a iniciativa privada. Desprovido de recursos, não consegue agora pagar salários contratados, estabelecendo-se o caos. Assim se chega ao país da ineficiência cara e burocrática, país que não se reconhece mirando-se na sua própria fotografia. Um país maduro para a venezuelização. “Bis”.

Entra em causa a “doutrina da ilha”. A turma do “bis” (brasileiros, cidadãos de bem, homens e mulheres, da iniciativa privada e servidores públicos) quer um Brasil diferente. Cada um de nós é, portanto, uma ilha. Se todas essas ilhas se derem as mãos, numa grande corrente, se poderá fazer uma enorme ponte, ligando cada um de nós-ilha, para a salvação desse Brasil arquipélago.

# ELEIÇÃO E POSSE NA PRESIDÊNCIA DA ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS JURÍDICAS<sup>1</sup>

Chegamos com o compromisso de prosseguir na caminhada da nossa Academia Mineira de Letras Jurídicas, no triênio de 2017 a 2020. Em meu nome e em nome dos demais diretores que acabamos de ser aclamados, agradecemos a confiança de nossos pares. Agradecemos ao presidente Aristóteles Atheniense que é o responsável pela composição dessa nossa Diretoria. Chegamos junto com a primavera da qual é testemunho e já faz história, o conjunto de ipês amarelos e rosas que ornamentam esse nosso Belo Horizonte.

Acadêmicos e academias tem sido deixado de lado, arredados para as prateleiras do fundo, numa sociedade desses tempos novos, onde se comunica por sílabas, onde se fala com o dedo e onde se despreza a linguagem escorreita, o pensamento ordenado e a elaboração filosófica, reflexiva e (mais) inteligente. O mundo moderno não quer saber da base teórica de coisa alguma. É, portanto, fundamental que se inicie desde logo um trabalho de resgate da língua, de resgate do pensamento, de resgate da vida, de resgate de *homo sapiens*. Esta tarefa pertence às academias. Não sabemos, exatamente, da fórmula mágica de como fazer para devolver o valor e a imprescindibilidade do culto à inteligência. É preciso, no entanto, empreender algo, começar a pesquisa e desenvolver ações que demonstrem para o mundo ofuscado por luzes várias que mais não deixam ver, resgatando o valor do quanto já escrito, já feito e já provado. É preciso mostrar à civilização de hoje, os caminhos percorridos pela humanidade que não foi criada após o “baile funk” da semana passada. Isto é tarefa para as academias.

A nossa proposta é a de que as academias não abandonem o campo de batalha. É preciso, para virar os ventos em favor do pensamento,

---

<sup>1</sup> Saudação por José Anchieta da Silva, aos Acadêmicos da Academia Mineira de Letras Jurídicas, na sessão anual realizada no salão verde do Automóvel Clube de Belo Horizonte, em 22 de setembro de 2017, quando da eleição e posse da nova Diretoria para dirigir a Instituição no triênio 2017 – 2020.

incorporar instrumentos novos, deles se servindo para demonstrar que todas as ciências dependeram dos escritos dos sábios (*rectius*: das palavras dos sábios) para que reconhecidas fossem como ciências.

Temos algumas propostas iniciais de trabalho que queremos desde logo anunciar. Vamos fazer uma revisão e uma atualização de nosso Estatuto Social. Vamos empreender parcerias com as instituições do gênero e com aquelas cuja atividade e cujo objetivo nos sejam fronteiriços. Nossos próximos parceiros, se Deus quiser, serão duas centenárias instituições: o Instituto dos Advogados de Minas Gerais e a Academia Mineira de Letras. A primeira pela identidade de campanha, ambas da seara do Direito. A segunda por ser a academia mais próxima de nós. Para a Academia Mineira de Letras queremos levar o projeto “resgate-memória” revivendo em sessões-palestras, a memória dos grandes juristas que Minas deu ao Brasil e que já mais não se encontram dentre nós, propiciando a discussão de sua vida e de sua obra. Com o projeto “presença” faremos a nossa Academia presente em todos os eventos de natureza científica ou celebradora das instituições jurídicas no âmbito do Estado de Minas Gerais. Com o projeto “correspondência” criaremos um veículo noticioso mediante o qual utilizando-se das mídias sociais se promoverá a integração permanente da instituição com o seu corpo de acadêmicos e parceiros. Com o projeto “retrofite” reorganizaremos o interior de nossa Casa com a revitalização de seus símbolos, certificados, botons e os dados relevantes de sua história e da história de seus membros. Revitalizaremos, também, com o projeto “revista” o veículo e a forma de publicações dos acadêmicos.

Com essas primeiras ações, a Academia Mineira de Letras Jurídicas restará rejuvenescida e renovada. A nossa primavera será mais duradoura e as flores de nossos ipês mais ouro e mais róseos nas suas florações.

# INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONVÊNIO QUE ASSINAM A ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS E A ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS JURÍDICAS VISANDO, EM CONJUNTO, A ORGANIZAÇÃO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO DENOMINADO “PROJETO RESGATE MEMÓRIA”<sup>1</sup>

## DAS PARTES

Assinam este instrumento as referidas Instituições Convenentes, por suas representações estatutárias, assumindo, cada uma delas, os direitos e obrigações, a saber:

**Primeira Convenente:** A ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS, reconhecida e centenária instituição cultural de Minas Gerais, com sede e domicílio jurídico em Belo Horizonte-MG, representada, neste ato, pela presidente Acadêmica Elizabeth Rennó.

**Segunda Convenente:** A ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS JURÍDICAS, também reconhecida instituição cultural de Minas Gerais, com sede e domicílio jurídico em Belo Horizonte-MG, representada, neste ato, pelo presidente Acadêmico José Anchieta da Silva.

## DOS CONSIDERANDOS

Considerando-se a história e o extraordinário trabalho de difusão e de resgate da cultura Mineira levados a cabo pela Academia Mineira de Letras;

---

<sup>1</sup> O Convênio foi assinado em 22 de março de 2018 e tem sido automaticamente prorrogado. Seu desempenho ficou de certo modo prejudicado, primeiro em função da atenção exigida na organização da AMIGOS (Associação de Amigos da Academia Mineira de Letras – AMIGOS) e depois em função do isolamento social exigido pela pandemia do Coronavírus-COVID-19.

considerando-se a proposta da Academia Mineira de Letras Jurídicas no sentido de desenvolver o projeto de “Resgate” e de “homenagem” aos vultos das carreiras jurídicas em Minas Gerais, de juristas já falecidos, membros ou não da Academia proponente;

considerando-se que a realização corresponde, sem quaisquer esforços, ao que seria uma pauta-comum de ambas as Instituições Convenientes;

considerando-se que a iniciativa se compreende, rigorosamente, dentro dos objetivos estatutários de ambas as Instituições Convenientes,

Resolvem, as duas Academias Celebrantes, lançar e realizar, em conjunto, o denominado “PROJETO RESGATE MEMÓRIA”, o qual se regerá, basicamente, pelas regras contidas neste Convênio e pelas disposições estatutárias e regulamentares das Instituições Convenientes.

## DAS CLÁUSULAS E CONDIÇÕES

**Cláusula primeira** – Fica instituído e será executado, em parceria, por ambas as Instituições Convenientes o “PROJETO RESGATE MEMÓRIA” visando, em celebração conjunta, sessões de resgate da memória e de homenagem às figuras ilustres das carreiras jurídicas em Minas Gerais, já falecidos, tenham em vida sido ou não membros da Academia Segunda Conveniente.

**Cláusula segunda** – O projeto consistirá na realização de sessões públicas, previamente marcadas, a serem realizadas sob o patrocínio comum das Convenientes, que se realizarão no salão-auditório da Primeira Conveniente. O objetivo é o de congregação, celebração e conagração, visando, nas sessões, obter o maior número de presenças possíveis de familiares e das instituições jurídicas e culturais de Minas Gerais.

**Cláusula terceira** – As sessões, em homenagem individual, com a escolha do homenageado previamente feita serão divididas em três partes distintas a saber: (i) na primeira parte uma sessão com o panegírico do homenageado, com duração não superior a vinte minutos; (ii) seguida de palestra sobre a vida e obra do homenageado, com duração não superior a quarenta minutos; (iii) seguida de conagração e sessão de lançamentos e autógrafos, se for o caso.

**Cláusula quarta** – A não ser a sessão graciosa do local das sessões, o projeto não gerará custos ou despesas outras à Primeira

Convenente, cabendo à Segunda Convenente, viabilizar patrocinadores se necessário.

**Cláusula quinta** – A definição de datas será feita de comum acordo entre as Convenentes, assim como a escolha dos nomes a serem homenageados. Será dada preferência àqueles que tenham integrado os quadros das Convenentes.

**Cláusula sexta** – Serão, nesta primeira fase, organizadas oito sessões de homenagens, ao cabo das quais novo conjunto de sessões deverá ser organizado.

**Cláusula sétima** – Poderão, com a aquiescência das Convenentes, de acordo com os interesses de cada sessão, agregar à participação, outras instituições desde que aderentes aos termos deste Convênio.

**Cláusula oitava** – O prazo de duração deste convênio é de um ano, período estimado como o suficiente para a realização das primeiras oito sessões, ficando, todavia, automaticamente renovado por mais um período de um ano, se assim for do interesse das partes Convenentes.

**Da divulgação** – As Convenentes farão, nos limites de sua atuação, a necessária divulgação deste Convênio.

## DECLARAÇÕES FINAIS

Assim ajustadas as partes, assinam o presente termo de Convenção em duas vias para todos os fins e feitos legais.

Belo Horizonte – MG, Salão de Sessões da Academia Mineira de Letras, em 22 de março de 2018.

Academia Mineira de Letras  
Academia Mineira de Letras Jurídicas  
Elizabeth Rennó  
José Anchieta da Silva

## PREFACIANDO JAIME VITA ROSO EM SEU “SEM MEDO DA IMITAÇÃO. DA RÉGUA AO COMPASSO: UM FENÔMENO DE CONSCIÊNCIA”<sup>1</sup>

É hábito, dentre os autores, convocar prefaciadores ilustres, de modo a manter o prestígio do texto prefaciado. Jaime Vita Roso fez o caminho inverso. Buscou dentre seus admiradores um prefaciador bissexto, menor, que colocará na sua biografia esse ato de generosidade do autor.

Advogado, pensador, jurista e escritor, empreendedor, o autor reúne qualidades singulares. É o criador do parque ambiental do “Curucutu” (neologismo criado a partir do lúgubre cantar [ou gemido] das corujas que habitam o lugar), onde por ele foram plantadas aproximadamente 850 mil árvores de espécies várias. É dele, portanto, a maior reserva de oxigênio existente (resistente) dentro do município de São Paulo. Jaime Vita Roso, um apaixonado pelas palavras, aos 84 anos, encerrando um ciclo de crônicas escritas para o periódico “Mercado Comum”, publicação nacional de economia, finanças e negócios, a 23 anos editado pelo mineiro ilustre Carlos Aberto Teixeira de Oliveira, nos oferece um plexo de crônicas sobre os mais variados temas. No texto, cada “bateiada” resulta numa pepita. Um pinga-fogo de coisas boas.

Revelando certa preocupação com o país de seus antepassados, chama a texto fatos e eventos políticos e sociais de sua Itália, país que o Brasil não se cansa de imitar. Fala sobre as reformas na Constituição italiana; numa incruenta batalha entre advogados e juizes italianos, abordando tema complexo como a justiça distributiva. Noutro texto, fala da “Carta de Milão” e do “Manifesto da Advocacia” peninsular, ressaltando nas entrelinhas os compromissos de uma advocacia necessariamente ética. Dali se extrai a certeza de que o advogado é (deve ser) um agente de transformação social. Noutro texto mais, retorna ao Brasil para se dizer descrente do novo código de processo civil, em face de uma excessiva virtualidade do processo, diminuindo a possibilidade de se ser advogado de verdade. É um convite à reflexão. Empunha a

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva prefaciando obra de Jaime Vita Roso, São Paulo, 29 de maio de 2018.

bandeira dos que não aceitam o odioso instrumento da “delação premiada”, que considera, tal como se tem dado, como institucionalização da “caguetagem”. Considera o procedimento forma inteligente e cínica de fazer do judiciário-criminal foro “salvador da pátria”. O texto, escrito em 2015, vaticina que o tema acabaria por virar “novela da globo”. Era mesmo premonição. Jaime Vita Roso tem razão. O instrumento da delação premiada, enganador, esconde uma máquina do estado que é cara, obesa e ineficiente, porque não tendo sido competente para localizar e julgar fraudadores de bilhões de dinheiro, teve que se servir de “delatores” premiados que, eufemisticamente, cognomina “colaboradores”. Pobres de nós, cidadãos sem rótulos e sem direito à filiação nos sistemas de “quotas” e de siglas de ocasião.

Dissertando sobre a dignidade das pessoas, destila uma espécie de ira-santa na direção d“os que trabalham com empenho para destroçar o país”, faz uma advertência geral ao afirmar que “não há democracia sem definição precisa de liberdade e responsabilidade, para coroar a dignidade da pessoa”, e conclui: “só direitos, não!”. Disse tudo. Noutro texto, mas, no mesmo tom, transcreve Jean-Baptiste Colbert (1619-1683) a lembrar que “a grandeza de um país não depende da extensão de seu território, mas do caráter do seu povo”. Adiante, numa refinada e oportuna crítica, lança desabafo em direção ao país-de-funcionários-públicos no qual transformaram o Brasil, onde a iniciativa privada é afrontosamente desdenhada, e denuncia os “programas de produtividade” e os “bônus de eficiência” distribuídos como benesses e que se somam aos “pontos facultativos”, às férias prêmio e regalias mais, à custa das burras públicas alimentadas com o suor de um povo (*rectius*: dos que pagam a conta) que já teve o privilégio de ser vilipendiado em apenas um quinto de sua fortuna, colônia que era. Nesse passo e nesse ponto, duas considerações, a título de tempero, vêm a texto por merecimento: a gente era feliz e não sabia. Os mineiros que foram condenados como inconfidentes, cada um na sua tumba, certamente amaldiçoam esse Brasil “apilantado”, que não é o que desejamos como legado para nossos filhos e netos.

Vem a calhar como enunciado a frase-título de uma de suas crônicas, retirada do pensamento de Edgar Motin, para quem “a humanidade atravessa uma crise de inteligência”, reconhecendo-se que nessa vala há, também, uma “crise de consciência”.

O autor, que escreveu, também, imperdível obra a tratar de “auditoria jurídica”, há de ser aplaudido pelos seus leitores. De pé.

# SAUDAÇÃO AO PROFESSOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO<sup>1</sup>

Como coordenador desse evento de celebração dos 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil coube-me convidar o senhor professor doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto para proferir a palestra magna de abertura desse simpósio. O convite foi aceito prontamente, pelo que agradeço ao palestrante de quem me fiz amigo e de quem tive a honra de ser aluno no Curso de “História do Direito” na nossa respeitadíssima Faculdade de Direito da Universidade (clássica) de Lisboa. O professor Eduardo Vera-Cruz, fazendo-se personagem de si mesmo, ao aceitar o encargo foi logo surpreendendo ao ditar o sugestivo título de sua palestra: – “A Constituição ainda é o que era?”.

Este é o professor Vera-Cruz, o pensador que suscita um segredo, uma dúvida e uma polêmica em cada frase que pronuncia, transformando tudo em projeto de reflexão imediata. Trago a texto um testemunho dessa percepção. No café da manhã do último sábado, em Santa Bárbara, no Hotel Quadrado, tendo como pano de fundo a Serra do Caraça, ainda em jejum, foi logo provocando: Adão, o cidadão número um do mundo tinha umbigo? E se o teve, quem dele terá sido a mãe? E lá se foi uma manhã quase inteira de diagnósticos e prognósticos e de considerações da história da Humanidade.

Preparando-lhe esta apresentação, busquei abrigo na sua biografia e, confesso, me dei mal. Não tive competência para fazer uma síntese de sua vida e de sua obra tendo em vista a sua grandeza, sua relevância, sua diversidade, sua profundidade. Restava contentar-me em trazer-lhes o título de sua obra-tese: “*Ius Commune Humanitatis* ou *Lex Mundi?*” – História do Direito Comum da Humanidade – são escritos em oito volumes com apenas dois deles publicados, algo próximo de duas mil páginas e que corresponde a um descer profundo na evolução da Humanidade e de seus Direitos e de suas vicissitudes. É trabalho científico inigualável. Único.

---

<sup>1</sup> Saudação proferida por José Anchieta da Silva ao Professor Eduardo Vera-Cruz Pinto, na Celebração dos 30 anos da Constituição Brasileira. Evento realizado em parceria da Academia Mineira de Letras Jurídicas e o Instituto dos Advogados de Minas Gerais, na Academia Mineira de Letras, em 04 de outubro de 2018.

O professor Eduardo Vera-Cruz é português de quatro costados. Nascido em Luanda, Angola, onde participou da guerra da sua independência com fuzil à tiracolo aos quatorze anos de idade, é filho de pai cabo-verdiano e neto de avó carioca, nascida na cidade do Rio de Janeiro. Chegou em Portugal onde jogou futebol sacrificando o seu joelho. Licenciou-se em Direito pela Universidade Católica de Lisboa, se fez mestre e doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, da qual é professor catedrático e da qual foi Diretor. É lente das disciplinas: Direito Romano, História do Direito e Direito Civil. É, também, professor dedicado ao ensino do Direito na Universidade de Angola. É professor convidado de várias universidades e é membro do Conselho Superior da Magistratura em Portugal e, com frequência, convidado para missões dentro da União Europeia e em África. Recentemente participou, aqui em Minas Gerais, da missão especial com grupo de aconselhamento para o encaminhamento de soluções para a grave questão do rompimento da barragem de Bento Rodrigues, no município de Mariana.

Esta é a sua bula.

Jurista consagrado, despido de formalidade no trato e no discurso científico, o professor Vera-Cruz a quem entregamos o timão de nossa sessão, em homenagem à já balzaquiana Constituição brasileira devolvemos-lhe a provocação: – Senhor Professor: “A Constituição ainda é o que era?” se é que algum dia ela o foi. Responda-nos à questão que está em aberto sobre o nosso ser-ou-não ser, isto é, se o Brasil necessita de uma nova constituição. Oriente-nos sobre uma possível e necessária revisão constitucional em termos estruturais. Relate-nos sobre a rica experiência da nação portuguesa com a sua Constituição inspirada na revolução dos cravos que tendo nascido socialista na sua mensagem, corrigiu-se rapidamente e com arte e com jeito transformou a terra-berço de Camões numa invejável (para nós) democracia capitalista, ainda que a partir de uma “geringonça” como lá se diz.

Caríssimo professor e estimado amigo, o nosso “mar vermelho” cuja travessia nos espera, reclama a presença, dentre nós, de um “Moisés”, ajude-nos a ver além das brumas, além do nevoeiro, para que o céu e o sol de nossa Copacabana possam se abrir sem receios de novas trovoadas; para que os nossos Belos Horizontes se refaçam Belos e Horizontes de um futuro que o Brasil desse século XXI ainda não conseguiu nos mostrar.

Professor e amigo, aqui, a comunidade jurídica de Minas Gerais berço de inconfidentes, marcados por mineiridade, matéria-prima da brasilidade mais pura e mais autêntica agradece e saúda a sua presença dentre nós.

# UM NOVO PODER MODERADOR<sup>1</sup>

Anuncia-se que dificilmente haverá significativa modificação na composição dos quadros do congresso nacional com as eleições de outubro. É o produto de um sistema viciado, de leis adrede encomendadas e de arranjos dos quais se ocupa a gente de Brasília. Estará em causa e em crise o regime de representação. Uma pena.

O Brasil, no entanto, não pode continuar um barco à deriva. É preciso restabelecer o vigor das instituições privadas, nutrindo-as, organizadamente, de munição própria – e, em boa medida, original – para que se possa, de fato, construir um “projeto de nação”. Propõe-se a criação de um “novo Poder Moderador” a ser exercido por um plexo de representações, capaz de levar a Brasília, mais do que um banco de ideias (ou de projetos de leis), proposições claras de modificações estruturais nos instrumentos de Estado, estabelecimento de metas, organização de missões, assunção de compromissos, distribuição de tarefas, demonstração da necessidade de renúncias. O resultado certamente compreender-se-á numa necessária reforma do Estado.

Antes de qualquer concitação e sem ser excludente, oportuno lembrar que a travessia da ditadura para a democracia que se deu a partir de 1964, contou com a liderança de instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa e a Igreja católica, esta, sob a liderança de Dom Paulo Evaristo Arns.

O Poder Moderador é de inspiração do pensador suíço-francês Benjamin Constant, autor do *Principes de Politique*, (1815) que pensou o parlamentarismo moderno e que serviu no gabinete de Napoleão no período da restauração. Não foi adotado na França, tornando-se, porém, realidade no Brasil com a Constituição outorgada por Dom Pedro I (1824) que o inseriu também na Constituição de Portugal (1834) onde governou como Dom Pedro IV. Em ambos os países, o Poder Moderador, embora duramente criticado, acusado de despótico e autoritário era considerado como um depurador da falta de virtuosidade do sistema e só foi retirado com a proclamação da república (1889

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva publicado na *Revista da Associação Comercial e Empresarial de Minas Gerais* – AC Minas, dezembro de 2018.

no Brasil e 1910 em Portugal). Tempos depois, Borges de Medeiros tentou restabelecer, no Brasil, o velho Poder Moderador (1933) com o argumento de que com eleições fraudulentas, caudilhismo e coronelismo, revoltas e sublevações, estado de sítio e intervenções era preciso estabilizar um estado democrático e social. Os tempos são outros e os termos para justificar a retomada de um Poder Moderador também são outros.

Na história hoje vivida, o comportamento adotado em Brasília, numa corte estamental, reclama uma legítima intervenção da sociedade civil organizada. Afinal, se a tripulação dessa arca-Brasil não opera razoavelmente o leme da embarcação, tendo perdido o respeito pelos passageiros inclusive, alguma coisa necessita ser feita.

A tripartição dos poderes, arte de Montesquieu, implica na coexistência de executivo, legislativo e judiciário de modo independente e harmônico. Esses poderes são, indiscutivelmente, monopólios do Estado. É preciso, entre esses pares, que se mantenha um diálogo institucional o que não vem acontecendo. O executivo se faz presa fácil de um legislativo desprovido de compromissos e ambos acabam deixando o judiciário como um poder atordoado.

A proposta que se desenha e da qual se dá notícia nestas linhas merece ser considerada. Embora não viva o Brasil uma monarquia, resta evidente o absolutismo dos eleitos que se fazem donos de capitânias de um estado fatiado. Tais suseranos, detentores de feudos que o Estado brasileiro necessita retomar são usurpadores da *res publica* e são os responsáveis pelo caos que se vive em praticamente todos os setores da sociedade: segurança, saúde, educação, economia-e-finanças e moralidade pública.

Para fomentar o debate é preciso enfrentar graves temas que podem ser assim divididos: (i) *um novo modelo para o Sistema de Governo (a caminho de um parlamentarismo moderno)*; (ii) *necessárias alterações no sistema de representação nos Poderes Legislativos (sistema eleitoral inclusive)*; (iii) *uma nova relação entre Municípios, Estados e Federação (verdadeiro pacto federativo)*; (iv) *nova divisão do Poder Judiciário (inclusive com a transformação do Supremo Tribunal Federal em corte constitucional)*; (v) *Orçamento e Economia do Estado (direcionado para uma necessária política de valorização dos meios de produção e de desenvolvimento)*; (vi) *reorganização do sistema nacional de educação (identificação de prioridades e de*

*vocação nacional); (vii) reorganização do sistema nacional de segurança pública (centrada na segurança do cidadão); (viii) necessária reeleitura dos chamados “direitos fundamentais” (estabelecendo-se seus contornos e uma relação de cada direito com suas correspondentes obrigações).*

Na medida em que, em torno de tais temas, dentre outros, a caixa de ressonância de Brasília se faça cega ou surda, ou se transforme em algazarra, sugere-se a criação de um “gabinete de monitoramento” formado a partir de instituições necessariamente não estatais (aí a razão da concitação de todas as instituições [institutos, indústria e comércio e serviços, igrejas, sindicatos, associações]) que, comprometidas, promovam o acompanhamento dessa agenda, fiscalizando a caminhada e a construção de um “projeto de nação”. É a esse “gabinete” que se concede, evocativamente, o título de “um novo Poder Moderador”.

Da mesmice, os brasileiros – todos – estão fartos, reféns e vítimas. Ou, de modo determinado, se adota uma bandeira comprometida com o resgate de valores que conduzam o Brasil ao seu lugar no concerto das nações ou, verdadeiramente, merecemos o caos e nele padeceremos.

# UMA NOVA CONSTITUIÇÃO<sup>1</sup>

A Constituição de Ulisses Guimarães, a constituição cidadã foi a constituição [do] possível naquele momento. Segundo Marco Maciel, ex-vice-presidente da república, foi a constituição do desabafo após 25 anos de ditadura, reunindo sindicatos, banqueiros, empresários, militares, indígenas, igrejas. O chamado Centrão deu as cartas e dizia Ulisses que a melhor hora para se votar era pela madrugada, quando os congressistas velhos queriam dormir e os jovens queriam namorar. Artigos foram postos no texto oficial sem votação sequer. Otto Bismark já dizia que não se deve perguntar como são feitas nem leis, nem as salsichas. Da Constituição de 1988 emergem 2 feitos de extraordinário valor: consolidou-se a democracia e valorizou-se a cidadania. Afora isso o texto é antônimo de si mesmo, tendo como resposta, para cada pergunta, um sim e um não. O seu artigo 5º prima pelos direitos, tudo perigosamente genérico.

A proposta de nova constituinte não está plantada no raciocínio inocente de que tudo se dará em janeiro de 2019. Sustenta-se que o Brasil, enquanto democracia tem suas instituições funcionando. A afirmação é apenas nominalmente verdadeira. Diante de um governo que não governa sem vender-e-comprar favores e diante de um legislativo que se vende há um hiato entre a gente brasileira o Estado. Não se opera o paciente no auge de sua febre, mas, é no extremo da dor que se obtém o diagnóstico da enfermidade.

O Brasil precisa de uma constituinte exclusiva, com prazo certo, com o impedimento de que seus escribas ocupem cargos eletivos, de modo que não se legislará em prol de interesses de grupos representados. O Brasil já viveu as experiências de colônia, império, república, enfrentou 2 ditaduras e desaguou na democracia que a Constituição de 1988 soube proclamar. A matéria-prima para se construir outro Brasil a partir de um marco principal novo, já existe.

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva, publicado no *Jornal O Tempo*, em 19 de outubro de 2018.

Não mais se tolera um país de suseranos, de detentores de feudos, usurpadores da *res publica* responsáveis pelo caos que se vive em todos os setores da sociedade.

Dentre os temas que reclamam reforma se destacam: o sistema de governo, pacto federativo, segurança pública. Quanto a direitos e prerrogativas do cidadão é necessário que o texto seja claro estabelecendo limites e dizendo dos deveres de cada um. Necessário, pois, promover uma nova constituição democrática, orientadora do futuro que o Brasil merece.

# UMA NOVA CONSTITUIÇÃO PARA A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL<sup>1</sup>

O Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, extraordinário foro permanente que congrega e dá voz às representações legítimas dessas tradicionalíssimas instituições disseminadas por quase todos os Estados da Federação (os Institutos de Advogados), após ter dado à luz as excelentes publicações tratando dos temas da “Valorização da Advocacia”, do “Novo Processo Civil”, da “Reforma Política”, da “Ética na Advocacia”, agora oferece à comunidade jurídica autorizados ensaios sobre o tema da “Constituição da República Federativa do Brasil”, a “Constituição Cidadã” ou a “Constituição de Ulisses”, fomentando, em boa hora, esse necessário debate nacional, em face da celebração dos trinta anos de sua vigência.

O pequeno texto que atrevidamente nestas linhas se contém, quer distância daquela rotulação binária que o enfrentamento do tema pode suscitar entre o que seja ideologicamente “Direita” ou “Esquerda”, e nem quer assumir compromissos com o que possa parecer “posição conservadora”, advertência preambular que se torna necessária, na medida em que assim tem sido dividido, por grupos, a opinião daqueles que se dedicam ao assunto da reforma do Estado brasileiro. Muito a propósito, a reflexão que se propõe está desacompanhada de citações doutrinárias, porque munida da pretensão, apenas, (e não há outra) de trazer a texto aquilo que se percebe no dia a dia da vida de cada brasileiro, na sua lida e na sua faina rotineiras. O próprio tema, para ser mais palatável, poderia vir rotulado de “uma reforma no texto constitucional”, como é do gosto dos mais amenos, ou poderia adotar expressão ainda mais leve como “um novo olhar sobre o texto constitucional”, como é da preferência do jurista do Piauí Álvaro Fernando Mota. Por fidelidade à posição que se assume e para dar sustentação aos argumentos que por aqui se alinharão, adota-se, exatamente no título, aquilo que se terá como conclusão: “por uma nova Constituição para a República Federativa do Brasil”.

---

<sup>1</sup> Pronunciamento de José Anchieta da Silva em sessão solene do Colégio de Presidentes dos Institutos de Advogados do Brasil, em 05 de dezembro de 2018, em Belo Horizonte, celebrando 30 Anos da Constituição.

Necessário recorrer a alguns registros da história para boa compreensão das graves questões que o debate suscita. A Constituição que Ulisses Guimarães batizou de “constituição cidadã” foi, de acordo com todos os seus testemunhos, a “constituição [do] possível” naquele momento nacional. Na insuspeita palavra de Marco Maciel, ex-governador do Estado de Pernambuco e ex-vice-presidente da república, a constituição, no seu texto original, era a “constituição do desabafo”. Afinal, saindo o Brasil de vinte e cinco anos de um regime militar ditatorial, vencidos todos os tipos de aprisionamento das liberdades, num congresso constituinte não exclusivo, ali tomaram assento representantes das hostes políticas mais tradicionais, dos sindicatos, dos banqueiros e empresários, dos militares, indígenas, das igrejas, os quais, organizados internamente em função de seus interesses grupais, buscaram plantar, cada tribo a serviço de seus interesses, os artigos (disposições constitucionais) que atendessem às suas pretensões. Basta recordar o cordão de congressistas que passou a compor o chamado “centrão”, grupo coordenado de congressistas que, simplesmente, reunindo votos em volume e intensidade para aprovar ou para reprová-lo qualquer matéria levada a voto, o fazia de acordo com interesses negociados. De outra autorizada palavra, de gente que frequentou os mezaninos do congresso e que se apoderou da comissão de redação, se ouviu que disposições constitucionais existem (ou existiram) que foram inoculadas no texto oficial sem sequer ter sido objeto de voto. O presidente do Congresso constituinte, Ulisses Guimarães, que não tinha no bom humor uma de suas qualidades, brincava com seus pares de mesa diretora dos trabalhos dizendo que a melhor hora para se votar uma matéria era ao aproximar a madrugada, quando os congressistas velhinhos queriam dormir e os congressistas jovens queriam namorar. Passa a valer aquela advertência cuja autoria é atribuída ao chanceler da Alemanha, por volta da primeira guerra mundial, Otto Bismark, segundo a qual “não se deve perguntar como são feitas nem as leis e nem as salsichas”.

Da história para a realidade é preciso homenagear a Constituição de 1988, com as suas duas grandes realizações de extraordinário valor, sua verdadeira e bem desempenhada missão naquela quadra da sofrida república brasileira: com ela consolidou-se a democracia (dela emergiu um Brasil democrático) e valorizou-se a cidadania (os “juizados especiais”, a organização de um ministério público de varejo, a criação de um “código do consumidor”, a feitura de um novo “código civil”, a feitura de um novo “código de processo civil”, a criação de “regime de quotas” para preencher vagas em escolas e empregos, são

amostras dessa nova realidade). Afora esses feitos, registre-se, feitos extraordinários, a Constituição de Ulisses revelou-se um texto antônomo de si mesmo. De maneira muito clara, a mesma Constituição tem para cada questionamento (*rectius*: para uma mesma pergunta), como resposta, um sim e um não. O exemplo claro, como fratura exposta dessa afirmativa, está no que seja o “trânsito em julgado”, a ponto de a corte suprema (com poderes acumulados de corte constitucional), a partir do mesmo texto e de um mesmo exercício interpretativo, ter afirmado “trânsito em julgado” em matéria criminal com o julgamento em segunda instância, a despeito de ainda se ter, em tese, julgamento de recursos pendentes nos tribunais federais, no Superior Tribunal de Justiça (que criado pela mesma constituição, logo adotou para si o patronímico de “tribunal da cidadania”), ou no próprio excelso Supremo Tribunal Federal. É decisão que deixou ao relento (em matéria criminal pelo menos) a utilidade dos referidos tribunais federais. Noutra frente, o festejado artigo quinto da Carta da República é um atestador de privilégios, quase todos de modo perigosamente genérico. Em Minas Gerais, os privilegiados alunos do professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena aprenderam que exagerando no exemplo o expositor se faz entender. Vem a calhar o exemplo tomado no texto constitucional referido, segundo o qual saúde do cidadão é um dever do Estado, o que na expressão bem humorada do senador pelo Mato Grosso Roberto Campos, ensejaria a impetração de uma ordem de *habeas corpus* contra o Criador, quando, porventura, o cidadão brasileiro se sentisse ameaçado de morte por qualquer doença razoavelmente grave, no enfrentamento do medo de se passar dessa para outra vida.

A pregação da proposta de uma nova assembleia constituinte ou, eufemisticamente, de uma revisão estrutural da constituição em vigor, não está plantada no raciocínio inocente de que com uma nova legislatura a se iniciar em janeiro de 2019, o assunto estaria encaminhado e pronto estaria o cenário, escalados os atores para tão relevante tarefa. Não é este o propósito. O estágio de desorganização nacional tem apontado para uma baixa renovação do quadro de eleitos no pleito de 2018, o que demonstra que o grupo de prováveis e possíveis mandatos no poder legislativo terá pouco se renovado. E não terão esses legisladores autorização para exercer o *munus* excepcional de legisladores de um novo texto constitucional. Aliás, é esse quadro posto que demonstra, a partir de Brasília, no modelo do assim denominado “presidencialismo de coalisão”, um poderoso e ao mesmo tempo enfraquecido poder executivo (um paradoxo) que é refém de um poder

legislativo que, por sua vez é descompromissado com a sociedade. Ao lado desses e numa linha da harmonização dos poderes da república como pensou Montesquieu, está um poder judiciário assoberbado. Como resultado, se tem a figura de um Estado absolutamente divorciado da sociedade. A ideia de uma nova e exclusiva assembleia nacional constituinte é, neste momento, de se reconhecer, uma pregação. Os críticos dessa proposta, com reconhecida autoridade, têm afirmado, e com razão, que o Brasil não se apresenta, neste momento de sua história, com o ambiente necessário para que uma nova constituinte se instale. O argumento, de todo ponderável, lança mão do conceito de “ruptura das instituições”, sustentando que o Brasil, enquanto democracia, tem as suas instituições funcionando. A afirmação, que este adinículo não adota, é apenas nominalmente verdadeira. É preciso lembrar que “ruptura”, na verdade, acaba sendo apenas um pretexto. Se se está diante da certeza (pragmática) de que o governo central não governa sem vender-e-comprar favores; se se vê o legislativo negociando a sua subsistência e se se confirma um hiato entre a gente brasileira (o cidadão que paga a conta) e os agentes do Estado, carece de melhor estudo esse “funcionamento” das instituições. Aos que se dedicarem ao estudo do tema, se roga extremo cuidado para que não se vitimem de uma “bala perdida”; que adotem todas as cautelas para que não sejam assaltados à luz do dia em quaisquer das metrópoles brasileiras, assim como no campo; enfim, que sobrevivam. É didático e bem-vindo o argumento segundo o qual não se opera o paciente no auge de sua febre. A este repto, se responde lembrando que é, todavia, no extremo da febre e da dor, que melhor se obtém o diagnóstico das enfermidades.

Para a elaboração de um novo texto constitucional, a proposta que se pretende subscrever, registre-se, é a de uma constituinte exclusiva, com prazo certo para sua elaboração, com o impedimento, ao fim, de que os seus constituintes ocupem cargos eletivos ou por nomeação dos poderes da república, por um período razoável, de modo que não se legislará atendendo-se a interesses próprios ou de grupos representados.

Abre-se mão do argumento segundo o qual a constituição americana com mais de duzentos anos de uso, nascida com apenas sete artigos, foi ao cabo de dois séculos alterada pouco mais de uma dezena de vezes; isto, em contracena com a constituição brasileira que, em apenas trinta anos, foi alterada por mais de uma centena de vezes. O modelo americano é aquele da constituição síntese, enquanto que o modelo brasileiro é o da constituição instrumento. A questão é, no entanto, essencialmente outra, a Constituição brasileira, alterada por uma emenda

a cada quatro meses praticamente (basta fazer a conta), o foi, na maioria das vezes, emendada para atender a interesses laterais, menores, palacianos. Com esta constatação, que é um dado estatístico e histórico, se chega à conclusão de que o texto original não mais existe. As incongruências, exageros, impertinências do texto construíram a afirmação segundo a qual “o Brasil é um país inconstitucional”. O afastamento que se propõe de modelos constitucionais de outros países é invocado apenas para demonstrar que o Brasil deve bebericar na sua própria experiência, que não é pequena. O país conheceu as experiências de um Brasil colônia, de um Brasil império, de um Brasil república, a velha e a nova, enfrentou dois regimes ditatoriais e desaguou na democracia que a constituição de 1988 soube defender e proclamar. Além da constituição do império (de Dom Pedro I), da constituição que veio em face da proclamação da república, vieram ainda e antes da constituição de Ulisses, as constituições e suas emendas do período que se seguiu, o da ditadura militar inclusive. É forma de dizer que a matéria-prima para se construir, a partir de um marco principal novo, um Brasil com uma constituição clara, simples, enxuta e também cidadã, existe.

O que não se pode mais conceber é a constatação de um Brasil que, a despeito de não mais se assinar como monarquia, pratica uma forma de governar onde resta evidente um absolutismo dos que são eleitos, que se fazem donos de verdadeiras capitânicas de um estado fatiado. Tais suseranos, detentores de feudos que o Estado brasileiro necessita retomar, são usurpadores da *res publica* e são os responsáveis pelo caos que se vive em praticamente todos os setores da sociedade.

Dentre os temas constitucionais que reclamam imediata atenção se destacam (i) o sistema de governo. O Brasil, em momentos errados e de forma incompleta, já submeteu a escrutínio popular a possibilidade de escolha de um sistema parlamentarista de governo, sem êxito. O tema volta à pauta de prioridades quando se depara com um sistema presidencialista centralizador, cujos resultados não correspondem aos anseios da sociedade. Se, e na medida em que tenha sido de alguma utilidade, é modelo que já se esgotou. Examinável, portanto, a possibilidade de um parlamentarismo moderno. É preciso revisar o (ii) sistema (e o processo) eleitoral. Volta à tona a questão do voto obrigatório, o número de representantes nos colégios legislativos, sua remuneração, enfim, uma efetiva representação compatível com o Brasil na sua conformação geopolítica, sem privilégios e sem arapucas; é preciso, a partir desses temas, discutir mais e melhor (iii) uma reforma dos poderes da república, com ênfase num pacto federativo que

conceda (ou devolva) poderes às frações de Estado que são as unidades da federação (os Estados membros) e os municípios, assegurando-se a auto sustentação de cada um desses entes parcelares da União. Na (iv) reforma do Poder Judiciário será fundamental que se conceba a figura de um Supremo Tribunal Federal como o tribunal constitucional apenas, arredando-se para outros órgãos as demais competências. Ainda nesse segmento, parece de todo conveniente propor uma fusão entre a justiça federal especializada com a justiça federal do trabalho, também especializada; Quanto ao tema da (v) segurança pública, será fundamental uma disciplina da segurança do cidadão; quanto à (vi) economia e orçamento será igualmente fundamental uma disciplina constitucional que mais não permita um gastar sem limites, não mais se tolere a criação de privilégios sem limites e que se respeite a iniciativa privada, privilegiando uma necessária política de valorização dos meios de produção e de desenvolvimento; e de modo muito especial, no que tange (vii) aos direitos e prerrogativas do cidadão, sem qualquer cassação de direitos e prerrogativas individuais, é necessário que o texto constitucional seja claro na compreensão de cada direito elencado, estabelecendo os seus limites e dizendo da correspondência dos deveres de cada cidadão (é preciso ter presente a concepção de Estado a partir das lições dos pensadores universais, Espinosa, Thomas Hobbes, Rosseau) segundo os quais na concepção de Estado está a renúncia a parcelas de liberdade individual para que, mediante regras próprias, se construa [se construísse] um ente que melhor discipline [disciplinasse] a liberdade de todos). O novo texto deve zelar pela harmonia dos poderes da república, propiciando a permanência de um necessário diálogo institucional.

De se aplaudir a iniciativa da discussão do tema no âmbito dos Institutos dos Advogados do Brasil, lembrando que os profissionais das carreiras jurídicas em geral, mas, principalmente os advogados, devem tomar a seu cargo a responsabilidade que têm como agentes de transformação social. Com esses breves argumentos, além de outros de elaboração mais exigente, é que se sustenta a necessidade de se criar no Brasil o ambiente favorável no sentido de se promover a elaboração de uma nova constituição democrática e orientadora do futuro que o Brasil merece, ocupando lugar que lhe pertence na comunidade das nações civilizadas. As instituições que abrirem mão dessa caminhada cívica correm o risco de ficar pelo caminho e serão ultrapassadas como o são os estafetas cansados.

# A SEDE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO EM BELO HORIZONTE<sup>1</sup>

A Capital Federal da República, Brasília, não representa nem simboliza região alguma do país. É e foi construída como sede do governo federal. Esta, a sua finalidade primeira e única, seu compromisso e sua missão.

O ministro Joaquim Barbosa, presidente do STF, acaba de conceder liminar, em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.017, requerida pela Associação Nacional dos Procuradores Federais, que suspende os efeitos da EC/73/2013, impedindo, assim, a criação de novos tribunais regionais federais, dentre eles o de Minas Gerais. Dentre os argumentos utilizados na concessão da liminar estaria o “vício de origem”, já que a iniciativa da PEC em causa não nasceu do Poder Judiciário, por seus órgãos superiores. A fundamentação adotada para a liminar é extensa. Suscita questão de natureza orçamentária, o alto preço da implementação de novos tribunais; o desarranjo das carreiras de juízes e procuradores de justiça; o grave problema enfrentado com o juizado de pequenas causas que reclama prioridade; transcreve excertos de levantamento feito pelos acreditados IPEA e Centro de Estudos da Justiça Federal; lembra e aponta, enfim, as vicissitudes que vive o Poder Judiciário, muito bem conhecidas pela toga e pela beca. São argumentos ponderosos. Não é disso, no entanto, que se quer tratar aqui.

Importante é que a iniciativa da ANPAF com a sua ADIN, e a canetada do ministro Joaquim Barbosa sugerem outro caminho, para se não

---

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva, publicado no Jornal Migalhas em 2 de agosto de 2013 e no Boletim do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, em outubro de 2019 (quando o assunto voltou a tramitar em Brasília). Quando dessa retomada, aquele vício de origem mais não existia porque a proposta (não de transferência, mas de criação de mais um Tribunal) tinha origem na presidência do Superior Tribunal de Justiça, exercida, então, pelo mineiro João Otávio de Noronha. Minas continua aguardando.

veja frustrada a indispensabilidade da sede do TRF em Minas Gerais, em Belo Horizonte. O desejo dos mineiros não pode ser frustrado.

Retomo a questão no ponto ainda não ferido. Brasília, o Distrito Federal, em boa e correta interpretação do tão conspurcado texto constitucional, há de ser sede dos tribunais federais superiores. Os TRFs não o são, porque são tribunais de segunda instância. É anomalia ter um tribunal federal regional sediado em Brasília posto que “tribunal regional”. Em recente entrevista, teria dito o ministro Barbosa, de sua preferência pela criação de “câmaras regionais” ou algo semelhante, ampliando a presença de grupos julgadores noutras capitais. Seria, inclusive, “mais barato”. A solução é razoável. Não resolve, todavia, a questão da sede do 1º TRF que, estando em Brasília, está no endereço e território errados.

A nossa pregação, para tanto conclamamos todas as instituições das carreiras jurídicas e políticas (advocacia, magistratura, procuradorias, empresas-clientes nos processos de seu interesse na esfera da justiça federal, deputados e senadores, enfim), curiosamente, é até conciliadora dos interesses. O Estado de Minas Gerais responde por mais da metade dos recursos e ações que são julgados no 1º TRF, logo a “região” onde deverá, por imperativo lógico, abrigar a sua sede, é Minas Gerais, e seu endereço, Belo Horizonte. Observe-se que a solução que defendemos é, ao mesmo tempo, conciliadora, correta, viável, mais barata e confere, filosoficamente, com o que pensa o presidente da suprema corte inclusive.

Segundo o pensamento de Thomas Hobbes, autor do *Leviatã*, a lei não é feita pelo jurista, mas pela autoridade. O ministro Barbosa tem demonstrado que exerce com indiscutível gosto, a autoridade de que desfruta em função de seu cargo. Mineiro que é de Paracatu, pode tomar a iniciativa de – cumprindo a Lei e a Constituição – encaminhar proposta de lei trazendo para Minas a sede do 1º TRF que aqui já deveria estar. Seria, no caso, o exercício salutar do *munus* de seu poder, como autoridade e como jurista. Minas e os mineiros esperam dos agentes do Estado o resgate dessa dívida para com os seus cidadãos.

## BEM-VINDOS AMIGOS DA AMIGOS! ISTO É UMA CONCITAÇÃO<sup>1</sup>

A vida moderna começa a reclamar de nós uma certa falta de “Academia”. Por favor, não nos assalta a preocupação com os seus exercícios físicos matinais. Não é disso que estamos falando. Estamos registrando a falta de um “pensar”; a ausência de um exercício peripatético, no ir e vir pelos pátios dos liceus da vida. Ninguém mais (*recitius*: na força dessa expressão se quer dizer, nós mesmos, todos nós) se preocupa com a matriz científica das coisas; não mais se perquire a razão e a raiz daquilo que se nos mostram, que se nos “ensinam”. É isto que chamamos de falta de “Academia”. Na sociedade moderna e não apenas nos mais jovens, quase sem exceção, se vive um tempo em que se conversa com o dedo e cabisbaixo. Aos circunstantes mais atentos fica a impressão de que a gente tem vergonha de levantar a cabeça, de olhar mais longe e de fazer questionamentos orais, fazendo uso da língua pátria, sonoramente, construindo textos verbais que contenham: sujeito, verbo e predicado. É tempo de celular. É tempo de telemóvel. Nossa relação mais importante deixou de ser com o outro porque agora o que nos domina é um aparelho que cabe na palma da mão. Nessa não-terapia sem fim e sem horário, que nos rouba o sol e as madrugadas de sono, se responde a tudo e a todos com o dedo. Assimila-se aquilo que nos vendem ou nos querem vender fazendo-nos abdicar dos exercícios intelectuais mais elementares. O significado superficial das coisas a gente busca num repositório sempre à disposição – a *internet* – e começamos a pensar a partir dos resultados encontrados sem se perquirir a base e a causa das coisas e dos argumentos, sua história, sua finalidade, seus propósitos, sua motivação. Vendem-nos discursos alheios os mais variados. É tudo prosa de aluvião, sem raiz. São discursos quase monossilábicos com o mínimo de caracteres indicativos daquilo que se queira dizer, e pronto: sintá-se (des)informado.

---

<sup>1</sup> Pronunciamento de José Anchieta da Silva, como Presidente da AMIGOS – Associação dos Amigos da Academia Mineira de Letras, na sessão solene de celebração dos 110 anos da Academia Mineira de Letras (em ata de refundação da AMIGOS), em 11 de novembro de 2019.

Trata-se de linguagem sem futuro, cuja superficialidade compromete e não informa o grau de conhecimento de circunstâncias e interlocutores. Este é o mundo em que vivemos e, portanto, dispostos a resgatar valores, a empreender ideias, a proteger a história e os escritos que trouxeram a humanidade até aqui, permitimo-nos devolver o texto àquele refrão introdutório: Bem-vindos Amigos da AMIGOS!

É assim que lhes apresentamos a Associação dos Amigos da Academia Mineira de Letras – AMIGOS, que nos concita a construir um mundo diferente, que considere os mais caros valores da cultura mineira que tem dentre seus exemplos, exatamente, a centenária Academia Mineira de Letras. As Academias existem. são repositórios do saber, do pensar, da produção de genuína cultura. A “nossa” Academia, aquela que a Associação AMIGOS abraça, se insere dentre as poucas instituições centenárias do Estado de Minas Gerais, celebrando, na data próxima de 25 de dezembro de 2019, 110 anos de existência. Temos, pois, para você, um convite: faça-se integrante (associado) da Associação dos Amigos da Academia Mineira de Letras – AMIGOS. Entre em contato conosco.

A Associação de Amigos, simplesmente, “AMIGOS” foi criada e instalada em 4 de dezembro de 2014 por uma equipe de voluntários como uma instituição, dentro do modelo jurídico das associações, que pudesse dar apoio às atividades desenvolvidas pela Academia Mineira de Letras. Levada a registro, seguiram-se várias reuniões e a instituição vem atuando com êxito, cumprindo os seus misteres estatutários. Sua atuação, nessa primeira fase foi de aprendizado sobre a melhor maneira de se desenvolver. A AMIGOS tem por objetivos “defender, zelar, proteger e divulgar os programas de ação da Academia Mineira de Letras. Compreende-se neste objetivo social as iniciativas e as ações compatíveis com a sua natureza jurídica, dentre elas a preservação e a divulgação do acervo da Academia, a participação em suas ações e seus eventos, divulgando-os e dando-lhes ampla visibilidade, colaborando na programação de pesquisas, de estudos científicos, de intercâmbio, na captação de recursos financeiros e materiais para os seus programas e ações institucionais, participando de seus projetos sempre que solicitada, incluindo-se, exemplificativamente, cursos, seminários, simpósios, congressos, sessões panegíricas, celebrações em geral e cooperação científica no âmbito da educação e da cultura mineira e brasileira. A AMIGOS pretende, no cumprimento de seus

misteres estatutários, integrar-se e interagir com outras instituições, congêneres inclusive, pessoas naturais e pessoas jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, em prol da viabilização de projetos e de iniciativas que de algum modo beneficiem a Academia Mineira de Letras (é o que contém o artigo 4º de seu Estatuto Social renovado).

A AMIGOS tinha várias razões para nascer forte. Primeiro porque ancorada – e esta é a sua finalidade única – na própria Academia à qual pretende servir e guarnecer. Depois porque se mirou nas congêneres já existentes e que com êxito laboram em favor de outras não menos caras instituições das Minas Gerais e que são as associações de Amigos do Museu Mineiro, da Orquestra Filarmônica de Minas Gerais e do Grupo de Dança Corpo, instituições com as quais se pretende a celebração de convênios para, harmonicamente, praticarem aquilo que for de sua pauta comum. A eloquência da cultura e de seus veículos flui como água em leito limpo, não conhece limites.

É notável – e nesse registro já vai uma nota de agradecimento – a receptividade da AMIGOS no seio das instituições que fomentam, praticam e agem em prol da cultura de Minas. É referência e reverência que se faz ao Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais – IHGMG, a Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas, ao Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG, três instituições também centenárias e à Academia Mineira de Letras Jurídicas. Com cada uma delas se pretende a realização de trabalho comum no sentido de somar esforços e de gritar a todos os pulmões a excelência dos vultos literários de Minas Gerais.

A AMIGOS já está em ação. Neste momento colabora com a sua Academia na celebração de seu aniversário de 110 anos. Dentre seus projetos imediatos está o de atingir o número 110 de associados (numa evocação da própria celebração desse aniversário). Trabalha-se na viabilização de meios de organização e de modernização das instalações de seu preciosíssimo acervo cultural (da Academia), com ênfase na regularização de seus registros imobiliários (do Palacete Borges da Costa, reminiscência da Cidade de Minas da primeira metade do século XX, na Rua da Bahia nº 1466) e na modernização de sua defesa contra incêndios, uma preocupação constante. Trabalhar-se-á, pretende-se, com todas as instituições que devotadas às causas da cultura de Minas Gerais, expandindo a ação da Academia Mineira de Letras para públicos especializados de Belo Horizonte e do interior de Minas Gerais,

demonstrando o seu significado, seu valor, sua cultura, sua missão, numa permanente interação com toda a sociedade mineira. Você, caro amigo faz parte desse projeto porque Minas precisa, urgentemente, reencontrar-se, reconciliar-se com os seus valores mais caros. É hora de plantar e de levar o bom porto um outro tipo de “Inconfidência Mineira”, uma revolução das ideias, com a reconstrução de uma nova Minas que pensa e que zela pelo seu imenso patrimônio intelectual escrito e por escrever. *Scribendi nullus finis*. Escrever é um exercício da inteligência humana que, de fato, não tem fim.

Na certeza de que esta é uma causa de todos, que não custa dinheiro porque custa apenas a adesão, a recepção e a adoção e o endosso de uma caminhada cívico-cultural abraçando todas as coisas boas que as pessoas de bem querem fazer, voltemos mais uma vez ao refrão, fazendo dele um estribilho porque o que faz falta em nossas vidas é a presença das Academias, portanto “Bem-vindos ‘Amigos’ da ‘AMIGOS’”! Isto é uma concitação.

## MEDALHA SANTO IVO ENTREGUE A ORLANDO GOMES – *POST MORTEM*<sup>1</sup>

A entrega da Medalha de Santo Ivo, a Comenda Oficial do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, evento que já se tornou tradição anual, nesta sessão solene e congressual, se dá carregada de singularidades.

A outorga é, neste ano de 2019, conferida *in memoriam* a uma ilustrada lembrança que se faz presente na advocacia brasileira todos os dias. Refiro-me à ensolarada personalidade de Sobral Pinto. Neste mesmo evento e com justificável atraso se entrega a mesma Comenda aos representantes da família do não menos fulgurante professor Orlando Gomes, *in memoriam*. Essa entrega ainda não havia sido possível por falta de agenda do próprio Colégio em comparecer nessa aprazível cidade do Salvador para cumprir com este seu ministério regimental.

Fica o registro do empenho e da grandeza de ação de dois presidentes do Instituto dos advogados da Bahia, refiro-me ao advogado e jurista Antônio Luiz Calmon Teixeira, então presidente deste Colégio, que em sessão do dia 5 de dezembro de 2013 conduziu a escolha do nome de Orlando Gomes, obtendo, no intento, a unanimidade de todos os Institutos colegiais. Refiro-me também e agora, ao atual presidente deste mesmo Instituto baiano, o advogado e professor Carlos Ratis, nosso anfitrião idealizador deste extraordinário Congresso Jurídico, o primeiro que leva o nome do Colégio.

Outras duas singularidades se acrescem e necessitam ser realizadas. A criação da Comenda de Santo Ivo se deu por inspiração baiana, do então presidente Antônio Luiz Calmon. O ano era o de 2009, terceiro ano de existência do colégio e após sessão realizada em Belo Horizonte, cujo Instituto eu presidia, em viagem de conagraçamento, realizada pelo grupo de presidentes à nossa Ouro Preto, próximo do Museu da Inconfidência, mais especificamente na sacristia da Igreja de São Francisco de Assis (obra e arte de Aleijadinho) exposta lá estava a imagem

---

<sup>1</sup> Saudação à figura do jurista brasileiro Orlando Gomes, *in memoriam*, em sessão solene do Congresso do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, realizado em Salvador-Bahia, em 05 de dezembro de 2019.

do santo. Foi aí que sugeriu Calmon a criação da Comenda do Colégio que levaria o nome do protetor da Advocacia. Ali mesmo a ideia se transformou em conclamação imediata vestida de aclamação: estava criada, por inspiração do confrade baiano, no coração da terra santa dos bons conspiradores da Inconfidência Mineira a Comenda Oficial do Colégio – a Medalha de Santo Ivo.

Mas, a ligação da Comenda com a Bahia aí não se esgota. O próprio presidente Luiz Antônio Calmon tomou a iniciativa de encomendar a medalha ao artista baiano Mário Cravo. Portanto, senhoras e senhores, a Comenda do Colégio tem a marca da Bahia de modo definitivo e todo.

A comenda tem, regimentalmente, por finalidade, o agradecer a “advogado que tenha contribuído para a administração da justiça, pautado sua atividade profissional com rigor ético e constante aprimoramento técnico, sendo pessoa de reputação ilibada a serviço do Direito, da Justiça, da cidadania, contribuindo decisivamente para a consolidação, respeito e garantia do Estado de Direito”.

Neste ponto, tem sido cuidadoso o Colégio, inclusive perseguindo a unanimidade quando da escolha de seus comendadores. Os agraciados com a outorga, em ordem cronológica são as seguintes fulgurações da Advocacia e do Direito: Rubens Approbato Machado, Paulo Saboia (*in memoriam*), René Ariel Dotti, Humberto Theodoro Junior, Orlando Gomes (*in memoriam*), Carlos Mário da Silva Velloso, Miguel Reale Junior, Pedro Gordilho, Carlos Augusto Ayres de Freitas Brito, Heleno Taveira torres e nesta assentada, Heráclito Fontoura Sobral Pinto (*in memoriam*).

Com a objetividade que a ocasião recomenda, divido esta saudação em dois tempos breves: – apresento aos legítimos representantes de Orlando Gomes e a esta comunidade congressual o Colégio de Institutos, e faço, embora desnecessária, a apresentação da obra de Orlando Gomes aos aqui presentes.

Criado em 2007, (9 de novembro de 2007) o Colégio de Presidentes veio ao mundo para cuidar da “pauta comum” de seus congêneres nacionais. Era pouco. Logo percebeu-se a necessidade de sua personalização e assim se lhe deu estatuto e registros, dele fazendo acreditada instituição nacional. Sua primeira reunião se deu na sede do mais antigo dos Institutos (considerado por todas as causas como nosso primeiro irmão) o Instituto dos Advogados Brasileiros, sediado no Rio de Janeiro. O Colégio nasceu grande. Promove (e continua a fazê-lo) uma

média de seis sessões anuais, itinerantes. Manifesta-se, publicando nacionalmente suas posições, em todos os temas que reclamam a presença das instituições que representa. Destacaram-se, nesse passo, as moções relativas ao “ensino jurídico brasileiro”; em defesa do “Exame de Ordem (da Ordem dos Advogados do Brasil)”; “defesa da Colegiabilidade” (em defesa do registro obrigatório dos advogados junto à sua Ordem); oposição à ideia de “criação de uma categoria de paralegais”; o saudável “movimento queremista”, a partir de um brado “*queremos vista*” em relação ao projeto de novo Código de Processo Civil (que propiciou a realização, Brasil a fora, de 13 sessões públicas [o Colégio, representado, esteve presente em 12 delas] fazendo uso da palavra).

O Colégio realizou publicações de interesse geral da sua comunidade (graças ao concurso valioso do Instituto dos Advogados de São Paulo, viabilizador dessas publicações) sobre os seguintes temas: “Valorização da Advocacia”; “Novo Processo civil”; “Reforma Política”, e agora “A Nova Advocacia”.

O Colégio tem-se apresentado sob a figura legal do *amicus curiae* junto aos tribunais, em ações de interesse da Advocacia, e esta admissão é o reconhecimento de sua existência, representatividade, autoridade pessoal de seus institutos integrantes.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Conselho Federal, na gestão do advogado Cláudio Lamachia concedeu ao Colégio instalações físicas para seus encontros na capital federal e outorgou a seus integrantes carteira de advogado com o necessário destaque do Colégio. São constatações que demonstram o reconhecimento da nossa instituição, sua realidade, sua vitalidade. Esta é a ficha de sua anamnésia atual.

Agora é preciso ir à bula do homenageado, o professor Orlando Gomes (1909-1988). Jurista completo, Orlando Gomes é considerado como a “*Alma Mater*” da Universidade Federal da Bahia. Bacharelou-se pela Faculdade de Direito dessa mesma Universidade em 1930. Sua obra abrange os campos do Direito Civil, do Trabalho e da Sociologia do Direito.

Como se vê, a Advocacia representada pelo Colégio de Presidentes de seus Institutos prestigia dois de seus maiores quadros profissionais de todos os tempos (Orlando Gomes e Sobral Pinto). E o faz num momento em que a profissão do advogado enfrenta tormentosa crise, agredida que é de todos os lados. A surpresa da hora que de Brasília

se anuncia está numa proposta que começa já a tramitar no sentido de se abrir a prerrogativa do exercício da advocacia privada também para os servidores públicos que por lei estão impedidos de exercê-la. Coloquemos em fila as agressões que tem sido dirigidas contra o sagrado ministério da advocacia: – a proposta de extinção do Exame de Ordem; a pretensão de desconstruir a colegialidade obrigatória (destruindo o valor legal da OAB), a proposta de criação dos chamados paralegais, a outorga de autorização para funcionamento a cursos jurídicos sem a mais mínima condição de viabilidade em termos racionais.

A proposta de permissão a servidores públicos de exercer a advocacia necessita de resposta pronta, reprovadora. Essa campanha contra a advocacia, sem rosto e sem rastro, não pode ficar sem resposta. Seus inspiradores não conhecem nem o que seja a atribuição dos servidores públicos que são agente do Estado e nem o que seja a Advocacia que reclama de seus profissionais a liberdade mais ampla, o discernimento do quadro social sem amarras. Desconhecem, por certo, a melhor definição da advocacia, com todos os seus contornos, produzida por Zanardelli, grande advogado e grande estadista da Itália nova, em memorável oração proferida como chefe da ordem dos Advogados italianos, assinalando: “Sem armas, esta profissão doma a força; sem força arrosta a violência; sem violência reduz o fausto e a prepotência à modéstia e ao temor. A pobreza a procura como o seu asilo, a riqueza como o seu apoio, a honra como a sua luz, a reputação como a sua égide, a própria vida como meio de conservação”. (Texto extraído da Revista do IAMG nº 5, 1999, p. 287-290).

Advocacia não é adjutório. Não pode ser exercida pelos amigos do Rei descritos em memorável poema de Manuel Bandeira:

*Vou-me embora pra Passárgada*

*Lá sou amigo do rei*

*Lá tenho a mulher que eu quero*

*Na cama que escolherei (...)*

*Vou-me embora pra Passárgada.*

Desconhecem tais detratores que a advocacia também é função pública, noutra dimensão embora, que se incompatibiliza com a reconhecida nobreza da ação daqueles que por escolha ou vocação exercem função pública, mas, como servidores públicos. São atividades fundamentais, porém, de etiologias diversas. A uns cabe requerer (lembro-me do professor Celso Barbi [o pai] ensinando em aula de filosofia do

Direito que o Advogado é um pedinte porque suas peças terminam inexoravelmente com um: ...*pede deferimento...*) e àqueles outros cabe o: “*deferir*” e o “*indeferir*”. Não podem, ambos, ocupar o mesmo espaço. Quem é ou representa o Estado não pode ser o outro. Um dos ministérios da Advocacia está exatamente na interlocução com o Estado, com os agentes públicos, mas isto há de ser considerado em sentido amplo. O canto da Advocacia, diferente de todos os demais, há de ser sonoro e claro. Na advocacia não se pratica o “canto chão”. Advocacia não se exerce no anonimato, ensina Ariosvaldo de Campos Pires, o Príncipe da Advocacia Criminal em Minas Gerais.

Estabelecendo uma figura de linguagem bem à brasileira, querem vestir o enorme exército de servidores públicos um mesmo uniforme com as cores e divisas (na mesma camisa) do Bahia-e-do-Vitória, ou do Cruzeiro-e-do-Atlético ao mesmo tempo (com a respeitosa compreensão dos flamenguistas, corintianos e são-paulinos).

É provável que consigam nesse intento infeliz, destruir o Estado (*rectius*: o serviço público organizado) e a Advocacia. Preocupa-me, caros confrades e confreiras, o silêncio das instituições. Preocupa-me, também, o discurso de gago que alguns pretendem, a respeito, pronunciar. Sejam claros. Sejam discípulos de Lépido, cônsul romano na ditadura de Sila que pregava: *Considero os perigos da liberdade preferíveis ao sossego da servidão*.

A sociedade brasileira reclama de nós uma resposta. E certamente é o que nos inspiram as figuras homenageadas de Orlando Gomes e de Sobral Pinto.

Ou, vamos todos pra Passárgada. Lá seremos amigos do rei.

# BELO HORIZONTE – CIDADE JARDIM<sup>1</sup>

As chuvas torrenciais de fevereiro de 2020 e a destruição que causaram na grande Belo Horizonte ainda assustam. Passado o dilúvio, vozes se levantaram em coro afinado e, sem ensaios, apresentaram as causas conhecidas do desastre, as de sempre: um crescimento desordenado sem respeitar encostas e leitos naturais de escoamento; capeamento de quase todos os cursos d’água no perímetro urbano, com destaque para o ribeirão Arrudas, os córregos do Leitão, Acaba Mundo, Vilarinho; o capeamento asfáltico de vias públicas e privadas e o entupimento das bocas de lobo, além de um desmatamento e um “desjardinamento” (destruição de todos os jardins). Este é o conjunto de causas, diagnóstico que ninguém questiona.

O ciclo de chuvas se dá a cada ano e se nada for feito a repetição do desastre estará em nossas agendas porque previsíveis. Portanto é preciso agir e repensar nossa cidade, o que corresponde repensar a nossa vida, nosso modo de viver, devolvendo o nosso entorno à sua condição de um *habitat* natural.

É preciso que façamos propostas concretas. Arriscamos propor um elenco de medidas corajosas, simples e necessárias. Enumeremo-las.

É preciso desvestir nossos riachos e córregos. Propomos que se devolva os trechos encobertos do Arrudas, do Leitão, do Acaba Mundo e do Vilarinho à luz do sol. Senão em todo o seu leito, pelo menos no percurso do perímetro urbano possível. A partir de suas fontes e nos seus leitos, que se planejem jardins e reflorestamentos. Em pontos estratégicos, nos largos das suas margens que sejam construídos piscinões, espaços organizados para acomodar excesso de precipitações e que poderão funcionar para as populações lindeiras como praças de lazer em tempos secos. O sistema de galerias pluviais subterrânea da cidade é antigo e antiquado, não corresponde à sua condição de metrópole. É preciso, portanto, refazê-las em dimensões maiores. Onde possível, é preciso substituir as soluções asfálticas por outro tipo

---

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva, publicado no *Diário do Comércio* em 13 de fevereiro de 2020 e na *Revista da Associação Comercial e Empresarial de Minas – AC Minas*, fevereiro de 2020.

de calçamento, evitando-se que, em tempos de chuvas, se ofereça às águas oportunidade de correr com tamanha velocidade, isto é, para além daquela que a própria natureza lhes imprime. É preciso que se faça investimento expressivo na captação de esgotos e que se redimensione as suas estações de tratamento d'água. Por fim, é preciso uma amplíssima campanha educacional ensinando a todos nós como proteger o meio ambiente urbano, coisas simples como: recolher seletivamente o lixo; não usar material de difícil absorção pela natureza; não jogar lixo na rua e nem abandoná-lo em quaisquer lugares; respeitar os horários de seu recolhimento pelos garis (esse exército anônimo de benfeitores) e não entupirmos as bocas de lobo.

Já ouço respostas dos pessimistas desolados (classe à qual não pertenço) a dizer que não há recursos para a empreitada. Ousemos discordar. Em regime de urgência o tesouro federal se viu obrigado a liberar apenas para reparos de emergência, centenas de milhões de reais. O mesmo esforço passou a ser exigido dos combalidos orçamentos municipais. São verbas que apenas resolverão questões paliativas. Esses mesmos recursos, usados com disciplina para obras estruturantes, já seria um bom começo. Há, todavia, outras fontes. É preciso repristinar o instrumento que o Direito Tributário contempla, o instituto da “contribuição de melhoria”. Os imóveis beneficiários das obras realizadas poderão ser instados ao pagamento dessa contribuição excepcional. E por fim, n'alguma medida, a iniciativa privada – que nunca faltou, composta por aqueles que sempre pagam a conta – também dará a sua contribuição. Com uma boa campanha publicitária cujo título até antevejo: “*Belo Horizonte – de novo Cidade Jardim*”, voltaremos a ser felizes.

Aos leitores que imaginarem que se trata apenas de um sonho, vai a resposta: sonho com minha Belo Horizonte (da qual sou cidadão honorários) todos os dias, mas, tenho um defeito, eu só sei sonhar fazendo.

# A PRESENÇA DO SERRO NAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, ACADÊMICAS E CULTURAIS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Minas são várias. É afirmação consolidada, virou refrão, um dito popularizado. Apontado o fato e desconhecido o autor, é preciso encontrar o culpado. A responsabilidade por esta Minas-várias é, em boa medida, daquele torrão de terra que é plural no seu patronímico: Serro Frio, Lavras Velhas do Iviturui (na língua dos nativos botocudos “*ibiti-rui*” ou “*ivituruy*” [morro dos ventos gelados]), Lavras Velhas do Serro, Ribeirão das Lavras Velhas, Vila do Príncipe. Geograficamente privilegiada, o Serro é cidade mãe de Diamantina; nascente do Rio Jequitinhonha, tornando-se, por suas feições, fastos e feitos, a terra matriz do Estado de Minas nas suas duas metades, a Minas das Minerações e as Gerais, unidas numa única majestade: Minas Gerais.

A povoação do Serro data de período mais antigo, anterior ao século XVIII. É fácil demonstrar essa constatação. Há registros na Receita Real dando conta da existência do então denominado “Arraial das Lavras Velhas do Iviturui” no ano de 1702. Observe-se, a identificação do lugar àquela data era tratada como “lavras velhas” e, portanto, não era de exploração recente. A localidade é, pois, preexistente ao século XVIII. Os registros antigos, armazenados pela Arquidiocese de Mariana, revelam a forma pela qual se identificavam as mais precárias localidades, onde existentes “almas” a serem visitadas, na busca de sua evangelização. Dizia-se da “presença de casas e fogos”. Era este o sinal da existência de um arraial. A paróquia do Serro foi criada em 1703, elevada à paróquia colada em 1724. O agregado “colada” era

---

<sup>1</sup> Texto de José Anchieta da Silva dedicado ao Tricentenário da Comarca do Serro, obra coletiva elaborada no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob coordenação do serrano Desembargador Armando Freire. A data do evento e do lançamento da obra coletiva, prevista para 02 de abril de 2020, ficou prejudicada em face da superveniência da pandemia do coronavírus (Covid-19).

relevante, representava a aprovação do vigariato pela autoridade eclesiástica e pelo Estado, o que assegurava remuneração ao prelado. Sua elevação à vila se deu em 1714 e, depois, à cidade em 1838. A Comarca do Serro do Frio foi desmembrada da Comarca do Rio das Velhas em 1720, inicialmente chamada Comarca do Rio Santo Antônio. Ao seu abrigo estavam a Vila do Príncipe, Minas Novas do Fanado (desmembrada do território da Bahia), a Barra do Rio das Velhas, Tejuco (Diamantina), Curvelo, Conceição, São Miguel de Guanhões.

## **2. O SERRO, SEUS VULTOS E INSTITUIÇÕES**

Limitado pelo espaço destes escritos, registra-se que o recorte necessário para essas considerações, breves, impôs que o texto se limitasse às figuras e vultos já falecidos. Noutra espaço, dentro do mesmo propósito, se poderá falar dos vultos serranos vivos. Não é pouca gente. Limitar-se-á este panegírico em repassar, a partir de autorizadas fontes, a “Escola de Música do Serro” do Brasil Colônia; a presença do Serro na política do Império e da República; a presença do Serro na mais alta Corte de Justiça brasileira; do consagrado Queijo do Serro à culinária de Dona Lucinha.

### *2.1 A Escola de Música do Serro*

A obra do serrano José Joaquim Emerico Lobo de Mesquita, organista, maestro, compositor de música sacra impressiona por sua quantidade, qualidade e excelência para a época. Suas mais relevantes peças, reeditadas, redescobertas, encontram-se em exposição permanente do Museu da Música, no Palácio dos Bispos, em Mariana, produto de iniciativa restauradora do arcebispo Dom Luciano Mendes de Almeida, com recursos da Petrobrás. Significativo volume do material recolhido e recuperado foi encontrado como capas de material pirotécnico utilizados nos folguedos e saraus da época, em celebrações religiosas. Esse comportamento da época, na utilização de partituras, uma vez utilizadas pelas bandas e orquestras, como material na confecção de foguetes pirotécnicos revela a quantidade da produção musical do Serro; a dificuldade de se obter papéis para enrolar a pólvora necessária, num tempo em que não se cogitava da energia elétrica revela também o desprendimento dos compositores. Lobo de Mesquita nasceu no Serro em 12 de outubro de 1746 e faleceu no Rio de Janeiro em

abril de 1805. Sua obra passou a orientar na Corte, no Rio de Janeiro, o que se chamou de “Escola Mineira da Música”.

## 2.2 *A presença do Serro na política do Império e da República*

São vários os vultos serranos que brilharam no firmamento do Império e da República no campo da política. Serão destacados Teófilo Ottoni, seu irmão Cristiano Ottoni e João Pinheiro da Silva.

### 2.2.1 *Teófilo Ottoni*

Serrano, nascido Teófilo Benedito Ottoni em 27 de janeiro de 1807, se fez figura política exponencial, um dos idealizadores da República brasileira. Retornando do Rio de Janeiro para o Serro, Teófilo criou o jornal “Sentinela do Serro” (1830), fazendo madrugalar as ideias libertárias da república. O jornal veio a ser fechado na regência do Padre Feijó. Teófilo criou, então, a “Sociedade Promotora do Bem Público” (1833). Eleito deputado geral na capital do império, liderou o grupo de liberais que passou a ser conhecido como “os constituintes do Serro”. Fizeram resistência às modificações impostas à constituição (1834) em face das limitações contidas na chamada “lei de interpretação do ato adicional”, um nítido retrocesso às conquistas liberais, dentre as quais a criação das assembleias provinciais. Ficaram célebres os embates, no congresso, entre Honório Hermeto Carneiro Leão (Marques do Paraná), conservador, e Teófilo Ottoni. Os liberais venceriam as eleições e propunham dentre outras alterações legislativas a maioria de D. Pedro II (1834). A anulação dessas eleições provocou a chamada Revolução Liberal a partir de São Paulo, com Tobias de Aguiar, em Minas, a partir de Barbacena, com José Feliciano Pinto Coelho, o Barão de Cocais e Teófilo Ottoni, que viria a ser preso em Santa Luzia vindo a ser, com seus pares, julgado por tribunal que se reuniu em Mariana, a todos libertando. Na prisão, adotando pseudônimo, Ottoni cria outro jornal “o Itacolomi” reascendendo críticas ao governo imperial. Os revolucionários foram chamados de “os luzias”, alusão ao combate de Santa Luzia onde se deu uma rendição com dignidade. Teófilo continuava fiel àquele lema de seu antigo jornal “Sentinela do Serro” proclamando, como direitos de todos os cidadãos: a liberdade, a segurança, a propriedade e a resistência. Dedicado ao empreendedurismo, além de empresário de sucesso criou a Companhia de Comércio

Navegação e Colonização do Mucuri (primeira companhia com emissão pública de ações) e fundou a “Filadélfia de Minas” “a cidade do amor fraterno” (1853) que, após a sua morte, viria a ser a cidade de Teófilo Ottoni. Teófilo dá nome a importante comenda criada pelo Governo de Minas. Paulo Pinheiro Chagas, seu biógrafo cunhou a sua lápide: “*Teófilo foi um pouco do destino nacional*”.

### 2.2.2 Cristiano Ottoni

Irmão de Teófilo, Cristiano também inscreveu o seu nome na História. Nascido no Serro em 17 de maio de 1811, engenheiro de formação, construtor, seu nome dá título à importante comenda da UFMG. É considerado o pai das estradas de ferro do Brasil por ter sido o primeiro diretor da Estrada de Ferro Dom Pedro II, fazendo, na sua gestão, subirem os trilhos pela Serra do Mar em direção a Minas e a São Paulo. Foi conselheiro do imperador. Publicou “Máquinas a Vapor”, uma biografia de D. Pedro II. Foi deputado provincial no Rio de Janeiro, deputado geral por Minas Gerais (1835), reeleito várias vezes e senador pelo Espírito Santo (1879). Voltou ao senado por Minas Gerais (1892). Enfileirou-se à ação política liderada por seu irmão, participando do empreendimento colonizador do Vale do Mucuri.

### 2.2.3 João Pinheiro da Silva

Nasceu no Serro em 16 de dezembro de 1860. Faleceu em 25 de outubro de 1908. Político, advogado, professor, industrial. O sobrenome “Pinheiro” resulta do abasileiramento do sobrenome de seu pai Giuseppe “Pignataro”. Formado em ciências jurídicas pela Escola de São Paulo, retornou a Minas onde fundou, primeiro, o “Clube Republicano” (1888) e depois a folha “O Movimento”. Ocupou, interinamente, o governo de Minas (1891), tendo sido deputado federal à constituinte (1891). Insatisfeito com os rumos da política passou a dedicar-se à sua indústria cerâmica em Caeté. Retornou, todavia, à política elegendo-se senador por Minas Gerais (1905) e em seguida, Presidente do Estado de Minas Gerais (1906). No seu governo dedicou-se à reformulação do ensino. Pregando uma renovação da política estava cotado para concorrer à presidência da república, o que não ocorreu tendo em vista o seu falecimento no exercício da presidência de Minas. A política de então guarda uma peculiaridade sobre dois

mineiros ilustres num mesmo tempo. Faleceram no exercício de seus mandatos João Pinheiro, que governava Minas (1908), e Affonso Penna, mineiro de Santa Bárbara, o primeiro presidente que Minas deu ao Brasil (1909). Ambos faziam harmoniosa pregação de uma renovação política. João Pinheiro foi o criador e primeiro presidente do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais.

### 2.3 A presença do Serro na mais alta Corte de Justiça brasileira

Três notáveis serranos pontificaram no Supremo Tribunal Federal, singularidade, portanto, insuperável daquela terra de gigantes: Saião Lobato (Visconde de Sabará), Pedro Lessa e Edmundo Lins.

#### 2.3.1 Saião Lobato

Nascido no Serro em 20 de abril de 1817, João Evangelista de Negreiros fez carreira na magistratura passando por comarcas do interior de São Paulo, Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul. Ainda no Império foi nomeado desembargador da Relação da Corte (1864) exercendo o cargo de procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional. Na política foi deputado na Assembleia Geral legislativa (suplente) por São Paulo (1843) e deputado pelo Rio Grande do Sul (1850 com algumas reeleições). Pertenceu, também, ao Tribunal do Comércio da Corte (1864). Presidiu o Supremo Tribunal de Justiça no império (1881) e na república foi logo nomeado por Deodoro da Fonseca presidente do recém criado Supremo Tribunal Federal cabendo-lhe presidir a sessão de sua instauração (1891) aposentando-se em seguida (1892). Saião Lobato presidiu o Poder Judiciário brasileiro no Império e na República.

#### 2.3.2 Pedro Lessa

Nascido Pedro Augusto Carneiro Lessa, em 25 de setembro de 1859, faleceu no Rio de Janeiro em 25 de julho de 1921. Magistrado, político e professor, foi nomeado, em substituição a Lúcio de Mendonça para o Supremo Tribunal Federal, onde veio a ser considerado pelos seus biógrafos como o “Marshall” brasileiro. Dentre os pontos marcantes de sua ação está a ampliação do *habeas corpus* contribuindo para a criação do que viria a ser o “mandado de segurança”. Foi professor da Faculdade de Direito de São Paulo onde se formara

(1883). Em São Paulo foi Chefe de Polícia e deputado na Assembleia constituinte (1892). Foi o primeiro mulato a pontificar na Corte Suprema. Pertenceu à Academia Brasileira de Letras, sucedendo outra vez a Lúcio de Mendonça (1910). Deixou como legado expressivas obras na área do Direito.

### 2.3.3 *Edmundo Lins*

Nasceu Edmundo Pereira Lins na cidade do Serro em 13 de dezembro de 1863 e faleceu em 10 de setembro de 1944. Passou pelo seminário de Diamantina, formando-se pela Faculdade de Direito de São Paulo (1889). Foi promotor de justiça em Jundiá e, a Minas retornando, serviu ao governo de João Pinheiro como Secretário da repartição de estatística. Foi juiz federal em Minas Gerais. Instalou, como juiz, a comarca da nova capital do Estado, Belo Horizonte (1898), vindo a ser nomeado desembargador da Relação de Minas (1903), presidindo, posteriormente, o tribunal do Estado (1913). Foi professor da Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais (1916). Foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal (1917), presidindo-o inclusive (1931 com duas reeleições, 1934 e 1937 quando se aposentou).

## 2.4 *Do consagrado “Queijo do Serro” à culinária de “Dona Lucinha”*

Desde 15 de novembro de 2002 que o “Queijo do Serro” é considerado “patrimônio cultural do Estado de Minas Gerais”. Trata-se de expressão gastronômica genuína e consagrada, cuja história se confunde com a própria história da cidade. Sua confecção, repleta de segredos, passa pela combinação do tempo dispendido, da temperatura e peso das mãos, do manejo dos utensílios, do monitoramento da qualidade do leite, bancas, prateleiras, gamelas, controle de microrganismos, dosagem de coagulantes, do “pingo” (fermento natural), sal, ponto de cura. A obtenção de seu sabor se inicia no trato de gramíneas e forrageiras. O segredo, que está, nesse conjunto, pode ser sintetizado numa frase de cunho comum: o modo artesanal de o fazer.

A menção à culinária serrana (e mineira), não se completaria sem uma nota final em relação à “Cozinha de Dona Lucinha”. Maria Lúcia Clementino nasceu no Serro em 21 de novembro de 1932 e faleceu em Belo Horizonte 09 de abril de 2019. Dona Lucinha, salgadeira,

doceira, feirante, quitandeira, professora, diretora de escola, catequista, vereadora. A sua Cozinha está presente em Belo Horizonte e no Serro (restaurante) desde 1990. Mais do que uma cozinha consagrada é a representação mais significativa da cozinha mineira. Não satisfeita com tudo o que fez, Dona Lucinha criou o “Instituto Dona Lucinha” que leva alimentação de qualidade aos menos favorecidos. É autora do livro “História da Arte da Cozinha Mineira”.

### 3. CONCLUSÃO

Ao visitar a Cidade do Serro, ao se encantar com a tradição de suas festas populares e religiosas, as festas do Divino (maio) e do Rosário (julho); mirando-se na escadaria-símbolo da Igreja de Santa Rita é preciso prestar justa reverência à gente serrana. O Serro é de Minas um pouco de tudo; é da própria Minas Gerais o que ela tem de melhor. Não se nasce no Serro em vão e todo serrano sabe disso.

### FONTES

Serro: Páginas da História, Guilherme Simões e Maria Coeli Simões Pires, Editora Fumarc, Belo Horizonte, 2013 (gentilmente cedido pelo magistrado Juliano Abrantes).

Tribunal de Justiça de Minas Gerais Memória do Judiciário Mineiro – Comarcas de Minas, 1711-2014, Vol. 2, Belo Horizonte.

Arquivos do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais.

Arquivos da Arquidiocese de Mariana.

Centenário de Falecimento do Presidente Affonso Augusto Moreira Penna, do autor deste texto, edição própria, Belo Horizonte, 2009.

# PALAVRA DO PRESIDENTE DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS – ICP, GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA<sup>1</sup>

No dia 29 de novembro de 2009, na sede da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais, foi fundado o Instituto de Ciências Penais, o nosso ICP.

Partindo dos princípios de “respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, da atuação multidisciplinar, científica, técnica, pedagógica e pluralista, do apartidarismo político-eleitoral e do desenvolvimento das Ciências Penais”, como vaticina, literalmente, o artigo 2º de seu Estatuto, 349 presentes, dentre estudantes, advogados públicos e privados, magistrados, membros do ministério público, professores e integrantes da polícia civil acreditaram que poderiam, juntos, contribuir para a defesa da aplicação concreta, no âmbito das ciências penais, dos valores que orientam a verdadeira noção de cidadania.

Os objetivos: “estudar, pesquisar, desenvolver, divulgar e coletar dados sobre as Ciências Penais, congregando estudiosos nacionais e estrangeiros das diversas disciplinas do conhecimento abrangidas pelas Ciências Penais, desenvolver esforços visando à realização de uma política criminal e infanto-juvenil infracional compatível com o Estado Democrático de Direito e a proteção dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, promover atividades de formação e de especialização profissional no âmbito das Ciências Penais, incentivar a cooperação internacional e nacional na área das Ciências Penais, promovendo programas de intercâmbio entre entidades profissionais e estudantes brasileiros e estrangeiros, promover, editar, publicar ou divulgar trabalhos e obras relativos às Ciências Penais”, estão expressos na letra de seu artigo 3º.

---

<sup>1</sup> Pronunciamento do Presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP, Gustavo Henrique de Souza e Silva na sessão de Comemoração de 20 anos do ICP, na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, em 29 de novembro de 2019.

Sendo ousada a missão, os encarregados de cumpri-la estavam à altura do desafio, os Doutores Jair Leonardo Lopes, Ariosvaldo de Campos Pires, Sidney Safe, José Barcelos de Souza, Marcos Afonso da Silva, Décio Fulgêncio, José Cirilo Vargas, Francisco de Assis Toledo, Nilo Batista, Juarez Tavares, José Henrique Pierangelli, Luiz Vicente Cernichiaro e Cézar Roberto Bittecourt que foram, na ocasião, batizados como membros honorários e, com permitida vênua de todos os presentes estão aqui citados como meio de homenagear a cada um daqueles 349 associados fundadores, todos eternos pró-homens do nosso ICP.

Nota-se, portanto, que o ICP já nasceu grande, seja nos seus propósitos, seja na composição de seus quadros associativos. 20 anos se passaram e uma reflexão sobre os caminhos trilhados é inevitável.

Reconhecendo que ainda há muito o que evoluir no âmbito das ciências penais, seja sob o prisma de uma política criminal mais racional, seja no reconhecimento do Direito penal e processual penal como instrumentos de garantia inerentes ao Estado de Direito, seja na promoção de uma execução penal humanizada e verdadeiramente ressocializadora, ousou antecipar a conclusão de que a missão do ICP, até aqui, foi magistralmente cumprida.

O ICP cumpre sua missão porque o ICP dá o exemplo, exercitando os valores que prega e defende.

No âmbito interno, a instituição tem sido gerida, desde a sua fundação, por diretorias despidas de vaidades ou interesses pessoais. Não há recondução, disputas políticas internas, fomentando-se, inclusive, saudável alternância na presidência entre membros da advocacia, da magistratura e do ministério público. Foi assim desde a primeira gestão do procurador de justiça Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva e assim continuou nas gestões seguintes do advogado Hermes Vilchez Guerreiro, da desembargadora Jane Ribeiro Silva, do procurador de justiça Empaminondas Fulgêncio Neto, do advogado Luís Carlos Parreiras Abritta, do advogado Luciano de Santos Lopes, do advogado José Arthur Di Spirito Kalil, do procurador de justiça Antônio de Padova Marchi Júnior e do desembargador Alexandre Victor de Carvalho, nas pessoas de quem o ICP agradece a todos os seus diretores e diretoras ao longo destes 20 anos. Nota-se, tem sido permanente o diálogo da beca com a toga.

No âmbito externo, a Instituição atua na defesa das prerrogativas das carreiras jurídicas, todas elas, sem distinção. Exercita a difícil tarefa de temperar, com o indispensável ingrediente da razão, discussões decorrentes das paixões que somente as ciências penais são capazes de despertar. Debate-se, com ouvidos de ouvir, abrindo-se espaço para a exposição de teses divergentes, valorizando a riqueza da discordância respeitosa que somente o ambiente verdadeiramente democrático é capaz de produzir e de fomentar.

Ao assim proceder, o ICP, nos seus 20 anos, concilia a energia, o vigor, o inconformismo da juventude, com a maturidade e a sabedoria dos mais experientes. É o que exige o debate dos temas jurídicos em geral. O ICP dá o exemplo, para nós e para o Brasil, este, um pouco mais velho, mas ainda carente de compreender que não há promoção de verdadeiro desenvolvimento humano sem instituições fortes, sem interlocução e coordenação entre elas, sem diálogo, enfim, sem o exercício da arte de tolerar o outro, apesar de dele discordar. Esta é uma face inevitável, porém atualmente esquecida, da democracia.

E se o momento é de exaltar o efetivo exercício das virtudes do nosso ICP, não poderiam faltar alguns registros que a efeméride impõe.

Em primeiro lugar um agradecimento à Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, na pessoa do seu presidente deputado Agostinho Patrus e, em especial, a pessoa do deputado Luiz Humberto Carneiro que, fazendo jus à confiança que o povo mineiro lhe deposita por seis legislaturas, honra o mandato que lhe foi outorgado, não só nas diversas iniciativas que tem tido em defesa do meio ambiente, da integração de pessoas com necessidades especiais, bem como da promoção do desenvolvimento econômico de nosso Estado, mas, também, no que diz respeito ao reconhecimento do ICP como Instituição que enaltece a todos no seu orgulho de ser mineiro.

Um agradecimento à atual diretoria do ICP, à comissão ICP jovem, à nossa secretaria, aos nossos prestadores de serviços, às diversas entidades parceiras, aos nossos associados, fazendo-o na pessoa da diretora secretária Christiane Neves Procópio Malard, que teve contribuição decisiva para que esta homenagem se fizesse possível. São pessoas cuja dedicação diária tem sido essencial na realização das diversas atividades do Instituto, mantendo-se a tradição de excelência das gestões anteriores.

Para terminar, um agradecimento muito especial. Justamente neste momento festivo, no qual se comemora os seus 20 anos, o ICP cedeu, à mais superior de todas as instâncias, a nossa desembargadora Jane Ribeiro Silva, cuja atuação, na presidência do ICP e na magistratura, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça inclusive, representou a essência dos valores defendidos pelo Instituto. Como agradecimento à inestimável dedicação da saudosíssima desembargadora Jane para com nosso Instituto, estamos sugerindo que a nossa Medalha, a Comenda do ICP, maior distinção a ser concedida pela Instituição ao final de cada gestão, cuja outorga se dará como parte da programação da Bienal dos 20 anos, programada para agosto próximo, seja batizada com o patronímico muito especial: “Medalha Desembargadora Jane Ribeiro Silva”. (Seguiu-se longo aplauso dos presentes).

O Instituto de Ciências Penais – ICP, na celebração dos seus 20 anos, ao manter viva sua tradição e ao enaltecer a sua memória, reforça, em todos nós, a certeza de que há alicerce sedimentado para a construção de um futuro promissor.

Mãos à obra e muito obrigado.

# SE É PRECISO MUDAR, É PRECISO PROPOR MUDANÇAS<sup>1</sup>

Neste primeiro editorial da nossa gestão não poderíamos deixar de registrar ao leitor as principais sensações que ocupar a presidência do nosso ICP nos provoca. Um enorme orgulho e gratidão pela confiança em nós depositada, que nos permitirá conduzir a instituição rumo ao seu vigésimo aniversário, somam-se ao senso de responsabilidade em continuar as realizações dos Presidentes Canedo, Hermes, Jane, Epaminondas, Abritta, Luciano, José Arthur, Padu e Alexandre, de quem somos discípulos e grandes admiradores. O momento é de muitos debates e um consenso, é preciso mudar. Neste contexto, a edição traz como matéria de capa o princípio da presunção de inocência, sugerindo um debate que não se limite à mera discussão sobre a constitucionalidade ou não do cumprimento de pena após condenação em segundo grau de jurisdição. O recorte proposto visa tratar o tema sob o prisma do também princípio constitucional da razoável duração do processo. A demasiada demora dos processos penais impõem um contexto duplamente dramático, impingindo sofrimento para aqueles que estão experimentando os dissabores de um processo penal cujo resultado deva ser absolvição, questão agravada pela realidade atual na qual estima-se que 40% de nossa população carcerária consiste de presos provisórios, bem como gerando descrédito do sistema penal perante toda a sociedade, na medida em que respostas sancionatórias para aqueles que as merecem acabam por ser, indefinidamente, adiadas. Entretanto, às instituições do porte intelectual do ICP não basta o diagnóstico do problema, é preciso propor soluções. E soluções, é claro, absolutamente compatíveis com as normas constitucionais vigentes, em especial, os princípios e garantias fundamentais, para nós absolutamente inderrogáveis como expressão direta que são do Estado

<sup>1</sup> Editorial do Presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP, Gustavo Henrique de Souza e Silva, publicado na Revista da Instituição de dezembro de 2018, nº 4.

Democrático de Direito. Nesse viés, o debate sugerido seria a possibilidade de redução, via emenda constitucional regular, da competência da Suprema Corte, matéria que não consiste em cláusula pétrea, de modo a torná-la verdadeira corte constitucional, reservada às hipóteses de controle de constitucionalidade concentrado. Trata-se de providência que, uma vez implementada, permitiria verdadeira agilização do trânsito em julgado, agilizando a prestação jurisdicional penal, sem tisonar a concepção cidadã inerente ao processo penal orientado pela presunção de inocência.

# SEM LEGALIDADE NÃO HÁ SANÇÃO LEGÍTIMA<sup>1</sup>

Neste segundo editorial da nossa gestão gostaríamos agradecer o empenho de toda a diretoria, dos associados, instituições parceiras e prestadores de serviços, fundamentais para o sucesso das várias iniciativas em curso. Destacamos, além dos diversos eventos realizados, o início da preparação do Congresso Bienal 20 anos a ser realizado no próximo ano, com a primeira edição, em Montes Claros, dos encontros pré-bienais, iniciativa que abrangerá cidades polo em todo o estado de Minas Gerais. A renovação e aplicação do programa escritórios apoiadores, agora com 25 renomadas bancas de advocacia, a realização do curso de filosofia, a participação em grupo de estudos de Direito Penal Econômico, a preparação da nova edição do livro de prática jurídica, a retomada da revista científica, a primeira edição do projeto diálogos, a primeira competição mineira de Direito e Processos Penal, bem como a realização de estudos críticos sobre projetos de alteração da legislação penal e processual, somam-se ao conjunto de projetos em andamento. Com tais iniciativas o nosso ICP está cada vez mais presente na vida da comunidade das ciências penais mineira. Na matéria de capa externamos preocupação com a premissa da legalidade, norma absolutamente essencial à concepção do Estado de Direito. A posição do Supremo Tribunal Federal, já externada pela maioria dos ministros, embora em julgamento ainda não concluído, sugerindo expansão da responsabilidade penal mediante leitura ampliada do significado de raça, para nele incluir questões referentes à orientação sexual e identidade de gênero, há de ser analisada de forma crítica. Não obstante o reconhecimento de que, em qualquer contexto social que se diga democrático, há de se reconhecer a liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero como um direito fundamental, garantir o seu exercício não deve implicar em legitimação de uma intervenção penal

<sup>1</sup> Editorial do Presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP, Gustavo Henrique de Souza e Silva, publicado na Revista da Instituição, agosto de 2019.

criada por analogia, sob pena de se admitir verdadeira inovação no ordenamento penal pelo Poder Judiciário, fundindo-se, num mesmo órgão, a prerrogativa de criar a norma e aplicá-la. Tal posicionamento consiste perigoso precedente, na medida em que viola a própria concepção de democracia que assegura a liberdade de orientação sexual, bem como todas as outras. Uma intervenção penal assim orientada põe em risco a noção de Estado de Direito, permitindo-se sugerir a existência de órgãos estatais nos quais seria permitido, sob o pretexto de uma nobre intenção, exercer suas funções para além da lei. Boa leitura!

# CIÊNCIA E DEMOCRACIA<sup>1</sup>

Nossa publicação, a partir dessa edição batizada de Ciências Criminais, traz na capa um Pêndulo Newton. Instrumento composto por esferas simétricas, sustentadas de forma subjacente que, em repouso, harmoniosamente se tocam. Levantando-se a esfera em uma das extremidades, fazendo-a colidir com as outras, a esfera do outro extremo se move até a mesma altura em que a primeira foi erguida e assim sucessivamente, em um ciclo de ação e reação entre extremos. As colisões somente cessam diante de algum vetor que atue dissipando a sua intensidade, promovendo o retorno ao harmônico repouso inicial. Trata-se de ilustração que nos parece adequada ao momento. Batizado em homenagem a cientista de notória contribuição à física, demonstra a importância da ciência e de se valorizar, como caminho para superar a pandemia, as orientações das autoridades sanitárias e de saúde. Ciente disso, conforme mensagem divulgada em nossos canais institucionais, cuja leitura se recomenda, o ICP optou pelo adiamento do VI Congresso Bienal para o ano de 2021. Não só as ciências naturais têm contribuições a dar, é preciso homenagear também reflexões afeitas às ciências sociais. Nessa seara, há razoável consenso de que o caminho do choque entre extremos, sem a força ponderadora do Direito, não é a melhor trilha a ser seguida. Deve-se guiar pelo vetor moderador das ciências jurídicas, cujo pressuposto para atuação é o pleno funcionamento das instituições de Estado. Diante de uma colisão de liberdades, inevitável em qualquer sociedade que se pretenda plural, não há melhor conselheira do que a Democracia. É o sistema de garantias a ela inerente que permitirá superar o ciclo de ação e reação entre extremos, substituindo-o pela sinergia de ideias em harmonia, própria de uma sociedade solidária. Exemplo exitoso de tal força moderadora se recolhe da própria Lei n. 13.964/19. Nascida de iniciativa que apostava as fichas na estratégia de se combater o crime mediante medidas

<sup>1</sup> Editorial do Presidente do Instituto de Ciências Penais – ICP, Gustavo Henrique de Souza e Silva, publicado na Revista da Instituição, de junho de 2020, nº 6.

exclusivamente repressivas, técnica já empiricamente demonstrada como ineficiente, teve seu texto depurado ao longo do regular processo legislativo, em especial no tocante à inclusão de dispositivos legais a serviço da concretização de um Processo Penal orientado pelo sistema acusatório. A análise do texto, sob as perceptivas de seus avanços e retrocessos segundo a visão de renomados juristas, é objeto da matéria central. A edição conta, ainda, com entrevistas, artigos de opinião, sinopses literárias e resumo das principais atividades do ICP e ICP Jovem. Boa leitura!

# TEXTOS PRODUZIDOS NO ÂMBITO DE JASA – JOSÉ ANCHIETA DA SILVA ADVOCACIA, EM RELAÇÃO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS COVID-19

Neste quadro estão: um texto assinado e publicado, uma Carta dirigida ao Presidente da República, em relação à pandemia. Este segundo é documento assinado por Aguinaldo Diniz Filho, presidente da Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas. Um terceiro texto, um “Chamamento”, propondo um “Pacto Nacional” em face da desorganização dos setores públicos e privados, é documento assinado pela Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas, pelo seu presidente Aguinaldo Diniz Filho, pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG, pelo seu presidente Felipe Martins Pinto e pela Academia Mineira de Letras Jurídicas, pelo seu presidente José Anchieta da Silva.

# O “CORONAVÍRUS”. A VIDA DAS PESSOAS E A VIDA DAS EMPRESAS<sup>1</sup>

Em tempos de pandemia não se pode perder tempo. É preciso ir direto ao ponto. O quadro posto sugere a distribuição do assunto em quatro tópicos distintos. A imposição do fato (ou da realidade). A função do “Estado” em relação aos cidadãos. A vida das pessoas e a vida das empresas. As indispensáveis e urgentes medidas e quem cabe tomá-las.

O fato está posto. A Organização Mundial da Saúde (após as catástrofes na Ásia e na Europa) reconhece como “pandemia” a denominada “Covid-19”. Trata-se de algo antes nunca visto, na medida em que o similar mais próximo data de um século atrás, quando sequer avião existia. É fato que não se discute. Trata-se, portanto, de uma realidade, um enfrentamento grave, uma questão de saúde que nesta dimensão deve ser tratada. Fazer leitura política desse fato é desprezar a vida.

O Estado, uma concessão do cidadão (animal social, inteligente, gregário, grupal) existe para, de modo racional, cuidar, exatamente, das pessoas. Todos os pensadores, cada um deles defendendo posições filosóficas próprias, reconhecem na figura do Estado (n”algumas situações confundindo-se com a figura da “sociedade”) uma forma coletiva de renúncia (por cada cidadão) de expressiva parcela de sua liberdade, exatamente para que uma “entidade” geral, superior e organizada, possa (pudesse) cuidar de todos, tratando-os (tratando-nos) em condições de necessária igualdade (Thomas Hobbes, Rousseau, Locke, Espinosa, dentre outros). Essa “instituição”, essa “entidade” é o Estado. Aí está a sua natureza e o seu fundamento. A sociedade, como expressão das relações humanas, se moderniza todos os dias (desde sempre). O fenômeno da personalização da pessoa coletiva, notadamente na área das empresas comerciais (abreviando o discurso, aqui se adota empresa no sentido de sociedades empresariais, como pessoas, como sujeitos de Direito geradoras de empregos e recolhedoras de impostos)

<sup>1</sup> O texto de José Anchieta da Silva foi publicado no Diário do Comércio, em 07 de abril de 2020.

é considerada como uma das maiores criações do espírito humano. Sem as pessoas jurídicas (sem as empresas) a Humanidade ainda estaria abandonada n”alguma estação da Idade Média. Para não fugir ao tema, é preciso cingir-se à função do Estado como o único agente responsável pelo bem estar dessas duas categorias de cidadãos: as pessoas naturais e as pessoas-empresas, que são os agentes motores da economia e de seus institutos: a criação de riquezas, a sua circulação e o consumo dos bens produzidos. Nessa dinâmica social, estão a saúde das pessoas e a paz que deve reinar na sociedade. Se o Estado não corresponder aos anseios de seus cidadãos (pessoas e empresas) deixará de cumprir a sua função. Não justificaria a sua existência. As pessoas e as empresas, reclusas, precisam, nesta hora, de recursos, de dinheiro para que suas vidas (e a vida do próprio Estado) possam caminhar. Ficaré para outra oportunidade (sugere-se, para após o combate e a vitória sobre o inimigo comum: o vírus) a discussão sobre a origem dos recursos. A União (o Estado) não tem, agora, qualquer outra prioridade. É preciso priorizar a vida; é preciso justificar a existência humana e seus instrumentos como Humanidade e, portanto, é preciso dar sentido à figura do Estado. À parte qualquer discussão secundária sobre o império de regras que a imposição dos fatos obriga desconhecer (sugere-se a leitura do opúsculo de Lon Fuller, *El Caso de Los Exploradores de Cabernas*) é preciso enfrentar a realidade e propor soluções. Necessário trazer a texto o exemplo da hora que é de compreensão de todos: – o vírus está solto, todos os cidadãos estão reclusos, pessoas estão morrendo, empresas estão fechadas, os hospitais estão desprovidos de ventiladores. Não dá para sustentar que os normativos menores da “CLT – Consolidação das Leis do Trabalho” seriam intocáveis. Isto tem nome: é irracionalidade.

A forma de proteger a vida das pessoas (inclusive respeitando-se a quarentena que o vírus impõe [ele não conhece o discurso das leis]) está na indispensável presença do Estado, garantindo o funcionamento das empresas. A lição, em discurso de Estadista, veio na palavra do Presidente de Portugal, Professor Marcelo Rebelo de Sousa, ao dizer que para salvar vidas é preciso salvar as empresas. O único dever do Estado, nesta grave hora, é garantir a paz social, assegurando a todas as pessoas a certeza de que terão meios materiais de sobrevivência. Todos os recursos do Estado devem voltar para um único fim: salvar as pessoas (cidadãos) e salvar as empresas (também cidadãos).

Algumas medidas de ordem prática, no Brasil, ainda não foram tomadas. É preciso que assegurado seja o pagamento de todos aqueles que, tendo carteira assinada, precisam receber seus salários. Cabe ao Estado garantir esse pagamento, cujo resultado imediato estará na alimentação da economia (a começar pelo mercado de víveres); suspender o recolhimento de impostos e de exações, diferindo a sua cobrança para após o último combate com esse vírus-inimigo (sugere-se que os pagamentos dos impostos e taxas contingenciados sejam exigidos a partir do ano fiscal de 2.022). E não se há falar em perda de receita, porque não estando, as empresas, funcionando, também não estão auferindo receitas. Além dos recursos advindos de um desvio virtuoso de todas as verbas destinadas a quaisquer outras prioridades, que prioridades mais não são, sugere-se uma redução na folha de pagamentos, mediante desconto horizontal, de todos servidores públicos, com um corte em percentual para contribuir na viabilização de recursos (o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, sugere desconto de 15 a 20%). No setor privado – de novo as empresas – sugere-se uma redução horizontal em todos os salários e remunerações, nesse mesmo percentual. O sacrifício há de ser de todos. Necessário, ainda, proporcionar, no âmbito das relações privadas, a revisão de todos os contratos com liberdade, principalmente, no que diz respeito à relação laboral. A hipossuficiência do trabalhador, tão cara ao Direito do Trabalho, está mitigada. Enfraquecidos estão, também, os empregadores, exatamente os que pagam a conta.

Discursos jacobinos e radicais girondinos agora não interessam. À falta de um Oswaldo Cruz, deve o Estado comportar-se com um mínimo ético (o que é também uma definição do Direito). Segundo o discurso geral, a pandemia fará muitos mortos. O que se espera é que a inação do Estado não inclua dentre os que morrerão a “empresa” brasileira e o seu sistema tão organizado e tão eficiente. A reforma das instituições fica para depois.

O Direito, noutra definição por sinal muito própria para a oportunidade, é “uma ordem da sociedade”, e é nesse sentido que a sociedade brasileira – cidadãos e empresas – espera que o Estado Brasileiro cumpra o seu dever.

CARTA DIRIGIDA AO PRESIDENTE  
DA REPÚBLICA EM RELAÇÃO  
À PANDEMIA. DOCUMENTO ASSINADO  
POR AGUINALDO DINIZ FILHO,  
PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO  
COMERCIAL E EMPRESARIAL  
DE MINAS – ACMINAS<sup>1</sup>

Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil.

A **Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACMinas**, representando significativa parcela do empresariado mineiro (e, com certeza, no interesse de todo o empresariado brasileiro), tendo em vista o “estado de calamidade pública” instalado no Brasil, de norte a sul, decorrente de uma “pandemia”; tendo em vista as consequências já vivenciadas por todos os setores produtivos, indistintamente: a indústria, o comércio, o agronegócio, os serviços; tendo em vista as inevitáveis consequências por vir, em caráter colaborativo, mas, também, e principalmente, reivindicatório, se apressa em relatar e, ao final, requerer providências concretas que reputa urgentes, indispensáveis para todos os setores produtivos da economia, fazendo-o sob os termos seguintes:

1 – É um dado da realidade que dispensa quaisquer tipos de comprovação (que não os fatos), a presença da “pandemia” denominada “Covid-19” segundo termos oficiais adotados pela Organização Mundial da Saúde, disseminada por todos os continentes: Ásia, Europa, Oceania, África e Américas, cujos efeitos se fizeram sentir imediatamente, se abatendo sobre toda a atividade empresarial. Comércio, indústria e escritórios estão fechados. As pessoas estão, por imperativo de ordem médica (ou de saúde pública), em estado de “isolamento social”. **Registra-se, neste ponto, a solidariedade de toda a**

<sup>1</sup> Instalada a crise da pandemia do Coronavírus (Covid-19) esta carta foi publicada no Diário do Comércio, em 09 de abril de 2020. A carta foi recebida pelo Gabinete Civil da Presidência da República.

**comunidade empresarial com as autoridades e com as medidas adotadas no sentido de se proteger a vida das pessoas.**

2 – Fechados os “estabelecimentos”, à exceção daqueles que considerados atividades essenciais (de sobrevivência), o que se tem é um precaríssimo funcionamento das empresas e dessa situação decorre o comprometimento absoluto de todos os serviços empresariais com consequências nefastas imediatas. O que se quer afirmar é que **toda a atividade empresarial, absolutamente desprovida de receitas, já amarga prejuízos que refletirão – isto também é um fato – nos resultados (nas demonstrações financeiras) do ano fiscal corrente de 2020 e, com muita certeza, nalguma medida, influenciará, também, os resultados do ano fiscal vindouro de 2021.**

3 – As medidas de natureza legal adotadas nos últimos dias, especiais e urgentes, não obstante próprias, se revelam insuficientes e de execução (algumas delas) burocráticas. Registra-se louvável a iniciativa quanto à proteção da atividade denominada “informal” e que, de indiscutível utilidade, é insuficiente para atender às urgências dos próprios setores informais. Quanto às atividades das **empresas formais (exatamente as que sustentam o Estado)**, as únicas efetivamente geradoras empregos, de renda e de tributos, cidadãs de que são, não podem sucumbir. Dito com clareza: o organizado e eficiente sistema de empresas privadas brasileiras não pode ir à bancarrota. Não pode ficar sem registro a constatação de que **tanto quanto ocupado está o Governo na proteção da vida das pessoas, é hora, até já com certo atraso, de se proteger a vida das empresas formais e nesta medida os instrumentos legais e normativos expedidos são (foram) absolutamente insuficientes. O que reclama e requer todo o conjunto de empresas brasileiras é que, urgentemente, um conjunto de medidas novas seja adotado no sentido de assegurar a “vida” das empresas não apenas para o imediato “pós covid-19”, mas para o futuro. O Brasil necessita de uma legislação especial e urgente no sentido de assegurar ao empresariado que também as empresas sobreviverão à pandemia que sobre o mundo se abateu.**

4 – É preciso considerar (outro dado da realidade) que os empresários brasileiros – todos, sem exceção – deram, estão dando e darão a sua dose de contribuição na sua medida máxima: já renunciaram ao lucro que não virá; já sucumbiram a prejuízos incorridos e não se sabe quando é que, de novo, se terá resultado positivo; os empregados,

dos quais também não se pode exigir sacrifício maior, estão (ou ficarão) sem trabalho. **Para esse ponto, sabidamente delicado, o que propõe o empresariado é que se permita, na relação empregados-empregadores, com abertura, a mais plena renegociação de seus contratos. Numa hora como esta, fazer da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT um estandarte é ferir de morte o Brasil como nação livre. É negar a livre empresa. Aquela hipossuficiência tão cara em favor dos empregados mudou de lado e a autoridade que não tiver esta percepção trabalha contra o Brasil.**

5 – Postas estas constatações, não foge à percepção do mundo empresarial a escassez de recursos para o enfrentamento que a pandemia determina. Trata-se, por evidente, de ônus que deve ser distribuído, cobrando-se a participação de cada brasileiro: setores privados (já sacrificados) e setores públicos (que ainda não deram a sua contribuição). Por imperativo, neste ponto, a comunidade empresarial tem propostas muito claras. **Tendo já o empresariado e seus empregados dado a sua colaboração para além dos limites (quando ao empresário se nega o funcionamento e quando ao empregado se nega salários, desses mais não há o que ser exigido); os Estados, unidades da República Federativa do Brasil, não dispõem de recursos mínimos para socorrer o mundo empresarial em face de reconhecidos e históricos desvios de prioridades e de condução das coisas públicas, o que não cabe, por hora, trazer a texto. Apropriando expressão que bem define este momento da Humanidade (ou, à falta de expressão mais apropriada): se vive um “estado de guerra” e, portanto, ao Governo brasileiro não cabe outra providência que não: renunciar a toda e qualquer outra prioridade que não seja a de salvar o eficiente e consolidado sistema das empresas brasileiras. Querem as empresas, do Governo central, o mesmo empenho que se teve e que se tem para salvar vidas; é o mesmo se quer para salvar as empresas, porque são empresas-cidadãs (*rectius*: salvar empregos, salários e tributos). O orçamento federal não pode ter, agora, outra prioridade, mas, apenas, esta.**

**Concomitantemente, que se faça um corte horizontal (sugere-se, no percentual de 25% [vinte e cinco por cento] em toda a folha de pagamento dos servidores públicos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo). Não se perca de vista que os esforços dos empresários e de seus empregados, que já foram e vêm sendo**

**praticados, são muito (muito mesmo) superiores ao sugerido percentual de 25% (vinte e cinco por cento), num cômputo geral.** O exemplo, quanto a esta proposta, tem precedente e é recente. Vem de Portugal (anos 2013/2014) com o (seu) programa denominado “TROIKA-Revitalizar”. Não se justifica que o setor público – todo ele – seja poupado de qualquer sacrifício, quando o Brasil inteiro deu, dá e continuará dando a sua cota máxima de contribuição.

Ainda quanto aos servidores públicos, os empresários brasileiros chamam a atenção para que, quanto à sua remuneração, se respeite os limites impostos pela lei e pela Constituição, o que, é sabido, não tem sido cumprido, onerando, de forma ilegal e lesiva os cofres públicos, bem como contrariando os interesses dos cidadãos e da Nação brasileira.

São estes, Senhor Presidente da República, os fatos e os pleitos da comunidade empresarial brasileira. A ACMinas e seus associados estão abertos para o diálogo, na necessária construção de um “**Pacto Nacional**”, e várias são as sugestões que levarão às instâncias próprias, na forma em que determinada por Vossa Excelência, legítimo mandatário e condutor dos destinos da Nação.

A comunidade empresarial brasileira precisa ser ouvida na construção de um Brasil que, já se tem certeza, poderá sair maior e mais fortalecido dessa “pandemia”.

Muito atenciosamente e ansiosos por uma convocação para discutir e debater cada ponto aqui elencado.

Belo Horizonte – MG, em 07 de abril de 2.020.

Aguinaldo Diniz Filho

Presidente da Associação Comercial e Empresarial  
de Minas – ACMinas

CHAMAMENTO: PROPONDO UM  
“PACTO NACIONAL” EM FACE DA  
DESORGANIZAÇÃO DOS SETORES  
PÚBLICOS E PRIVADOS. DOCUMENTO  
ASSINADO PELA ASSOCIAÇÃO  
COMERCIAL E EMPRESARIAL DE MINAS  
– ACMINAS, PELO SEU PRESIDENTE  
AGUINALDO DINIZ FILHO, PELO  
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE  
MINAS GERAIS – IAMG, PELO SEU  
PRESIDENTE FELIPE MARTINS PINTO  
E ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS  
JURÍDICAS, PELO SEU PRESIDENTE JOSÉ  
ANCHIETA DA SILVA<sup>1</sup>

## CHAMAMENTO

As instituições e personalidades subscritoras deste “Chamamento”, tendo em vista o momento vivido pela sociedade brasileira, padecendo a realidade de uma pandemia (COVID-19) que impôs a todos os cidadãos, homens e mulheres e instituições (com destaque para as sociedades empresariais e de serviços) um “isolamento social” resultado de atos do Estado em face da “calamidade pública” instalada, vêm a público concitar toda a sociedade e portanto dirigindo-se a todos os cidadãos, pessoas naturais e pessoas jurídicas, a melhor compreender e, cada um na sua medida, contribuir na busca de um restabelecimento de todas as atividades, o que fazem a partir das seguintes constatações e propostas concretas:

---

<sup>1</sup> Este “Chamamento” corresponde, junto com aquela Carta Aberta, enviada ao Presidente da República, ao segundo passo na Construção do “**Pacto Nacional**” e foi publicado no Diário do Comércio, em 28 de abril de 2020.

1 – A situação em que se encontra a cidadania brasileira, no que tange à vida de cada um e no interesse geral, obriga reconhecer que a causa comum está no enfrentamento de uma grave questão e saúde pública que responde pelo nome de COVID-19 e que é uma pandemia. Portanto, é nessa dimensão que o assunto deve ser tratado. Não se deve conceder espaço para, dessa grave constatação, se tirar proveito político ou de qualquer outra espécie.

2 – A par da situação de extrema dificuldade que o chamado isolamento social tem imposto à vida das pessoas, afinal, este, um valor maior, essa proteção não se dará por inteiro se os agentes econômicos (compostos das sociedades empresárias de todos os ramos e prestadores de serviços e outras instituições privadas) não receberem das autoridades a necessária e merecida atenção. O Fundo Monetário Internacional – FMI anuncia que a recessão que se avizinha deve superar aquela que registrada como a maior depressão da História, naquele longínquo ano de 1929.

3 – O segmento empresarial e a sociedade civil organizada estão se preparando para a retomada das atividades, o que, por óbvio se dará de modo organizado e sem prejuízo à vida e à saúde das pessoas. Está claro para os setores privados da economia, que a retomada de atividades não será um “evento”, mas um “processo” lento oneroso e cheio de dificuldades. Para esta tarefa, registre-se, empresas e instituições, de mãos dadas, estão dispostas a dar a sua cota de contribuição e de sacrifício, o que, aliás já é de percepção geral. Há uma consciência de que faremos as coisas de uma forma nova, diferente.

4 – Desnecessário enfatizar que cada uma das pessoas e das empresas tem a exata consciência de sua cota pessoal de responsabilidade na construção de uma sociedade nova (a sociedade após pandemia). Para além, todavia, dos atos e ações individuais há uma “pauta comum” que sugere a união de todas as pessoas, de todas as instituições brasileiras e suas lideranças na construção de um verdadeiro “**Pacto Nacional**” de cujo pacto resultará, este é o propósito, um Brasil novo.

5 – As instituições privadas, seguindo, inclusive, determinações que já expedidas por autoridades competentes, sabem que cada pessoa deverá adotar comportamento de auto proteção, do que resultará também a proteção dos que lhe sejam próximos (uso de máscaras e adoção de regras de higiene pessoal e social), distanciamento entre as pessoas e, a isto somado, acredita-se, uma reformulação (flexibilização) nos horários de funcionamento dos estabelecimentos e das repartições, por exemplo. Trata-se de conjunto de regras novas do qual resultará impacto no

resultado econômico das empresas que neste momento sequer pode ser medido por falta de experiência de todos os envolvidos. A construção de protocolos e procedimentos há de ser matéria resultante, em primeiro lugar, daquilo que corresponda aos legítimos anseios das comunidades.

6 – Para esta, assim como para todas as outras medidas que vierem a ser sugeridas, as instituições do setor privado continuam à disposição das autoridades federais, estaduais e municipais, reconhecendo-se que, pelo sistema federativo, há o que ser feito em função da crise instalada em todas as instâncias da República Federativa do Brasil.

7 – No âmbito da União, onde se reúne e se concentra a competência maior na edição de leis e normativos, assim como viabilização de recursos, a sociedade brasileira reconhece o esforço despendido, com destaque para as seguintes medidas já adotadas: (a) a liberação de recursos para os trabalhadores chamados informais (uma classe de “invisíveis”) o que, por óbvio, não se apresenta como medida suficiente para oxigenar a economia; (b) uma rápida [precária embora] flexibilização nas regras da contratação da mão de obra, inclusive possibilitando uma forma original de *layoff*; e (c) um plexo de medidas de antecipação de recursos à iniciativa privada para socorrer as empresas nas suas obrigações para com seus empregados e para viabilizar capitais de giro [nessa parte os efeitos ainda não se fizeram sentir e há preocupação com relação ao custo do dinheiro].

8 – Nada obstante sejam tais medidas indispensáveis, na verdade, no seu conjunto, estão longe, muito longe de, efetivamente, equacionar e orientar de modo seguro as vicissitudes do dia a dia das empresas alcançadas pela crise e que são todas, não há exceção

9 – O fechamento das portas que a pandemia impôs já comprometeu, de modo definitivo, não apenas o resultado (as demonstrações financeiras) do ano em curso de 2020 como, por certo, já compromete o próprio exercício vindouro de 2021. E não é pequeno o número de postos de empregos no âmbito das micro, pequenas e médias empresas que já sucumbiram. Não retornarão após vencida a crise.

10 – Para a construção do “**Pacto**” que a nação brasileira reclama há uma agenda de providências que, ordenadas, estão exigindo uma ação do Estado desde já e que podem ser assim sintetizadas: (i) autorização para flexibilização de horários de funcionamento dos vários fazeres da iniciativa privada, o que implica, também, numa reorganização do sistema de transportes público principalmente; (ii) o necessário diferimento das obrigações para com o Estado (em todas as suas instâncias arrecadatórias), principalmente em relação aos impostos correntes. Quando se diz que a

reabertura de estabelecimentos é um “processo” e não um “evento” se está a dizer que muito dificilmente as atividades privadas terão recursos para recolher os impostos gerados. Não se pode esquecer que os entes públicos arrecadadores de impostos só arrecadam após gerados os impostos e, portanto, impostos não gerados são impostos não existentes. É preciso que no “**Pacto**” proposto se torne claro um diferimento razoável dos impostos devidos, levando a sua exigibilidade para além do ano fiscal de 2022. Não se trata de tipo de REFIS [gênero brasileiro de parcelamento de impostos atrasados], mas, de outra figura, autorização de contabilização em separado de tais exações, cuja exigibilidade se arredará para os anos fiscais após a crise da pandemia; e (iii) concessão de linhas de crédito especiais para todas as empresas, a longo prazo e a custo zero. Neste ponto, as linhas até agora disponibilizadas são insuficientes e extraordinariamente onerosas para empresas que estão com o faturamento zero.

11 – É preciso, no âmbito das instituições públicas, todas, sem exceção, que se proceda à necessária revisão de todos os privilégios que oneram a sociedade organizada. Crises e privilégios não combinam.

12 – Especialmente no campo legislativo, é preciso tratar de uma série de flexibilizações, principalmente na área tributária e em relação à legislação do trabalho e do emprego. Há necessidade de expedição de textos legais específicos na correção de rumos de vários marcos regulatórios.

13 – A reforma das instituições, a ansiada reforma do Estado brasileiro pode esperar. Neste momento é preciso superar a crise de modo que Brasil e brasileiros estejam vivos e, na medida do possível, saudáveis após a pandemia.

14 – Finalmente, e sem o compromisso de ver esgotado o tema, é sabido que os reflexos decorrentes da pandemia instalada o são: reflexos econômico-financeiros, políticos, sociais, regulatórios. É preciso, portanto, nessa constatação, que se saiba bem eleger e bem organizar as prioridades.

É com este material que as instituições privadas, todas, de mãos dadas com as legítimas representações das instituições públicas, se dispõem a construir um “**Pacto Nacional**” que propiciará atravessar esse rubicão, o COVID-19.

Assinam:

Associação Comercial e Empresarial de Minas – ACOMINAS  
(Aguinaldo Diniz Filho)

Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG  
(Felipe Martins Pinto)

Academia Mineira de Letras Jurídicas – AMLJ  
(José Anchieta da Silva)

Impresso em outubro de 2020