# CADERNOS JURÍDICOS

DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA

FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA
FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SOROCABANA

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL SOROCABANA
FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA

# Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba


| | | | |
|---|---|---|---|
| **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Sorocaba** | **Ano 2 - n. 1** | **p. 1 - 466** | **2020** |

**FICHA CATALOGRÁFICA**

Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba – Ano II – n.2 (2020) – Sorocaba; SP: Faculdade de Direito de Sorocaba, Sorocaba, 2021.

Anual
Inicio: ano I, n.1 (2017)

1. Direito - periódico. I. Faculdade de Direito de Sorocaba, Direito.

CDU: 34(05)

Brígida Alves de Lima - CRB8/8724

## Conselho Superior da Fundação

**Diretoria do Conselho**
José de Mello Junqueira - Presidente
José Humberto Urban Filho
Noemia Celeste Galduroz Cossermelli
Weldon Carlos Costa

**Suplentes**
José Pedro Zaccariotto
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Alexandre Ogusuku
Luiz Antonio Zamuner

**Conselheiros**
Alexandre Issa Latuf Filho
Antonio Farto Neto
Dante Soares Catuzzo Junior
Gustavo dos Reis Gazzola
Iris Pedrozo Lippi
Jorge Alberto de Oliveira Marum
José Augusto de Barros Pupin
José Eduardo Marcondes Machado
José Francisco Cagliari
Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida
Paulo Sérgio Domingues
Ricardo Barbosa Alves
Ricardo Maluf
Welington dos Santos Veloso

**Honorários**
Fernando Dini
Jaqueline Coutinho

**Diretor**
Hugo Leandro Maranzano

**Corpo Docente**
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Anselmo Domingos da Paz Júnior
Antonio Carlos Delgado Lopes
Antonio Paulo Ferreira de Castilho
Arual Martins
Celso Fernando Oliveira Campos
Denis Donoso
Eduardo Francisco dos Santos Junior
Fernando Fernandes da Silva
Gilberto Carlos Maistro Junior
Gustavo dos Reis Gazzola
Gustavo Escher Dias Canavezzi
Hélide Maria Santos Campos
Hugo Leandro Maranzano
Iris Pedrozo Lippi
João Batista Martins César
Jorge Alberto de Oliveira Marum
José Augusto Fontoura Costa
José Eduardo Marcondes Machado
José Francisco Cagliari
José Pedro Zaccariotto
Karen Cristina Moron Betti Mendes
Luis Inácio Carneiro Filho
Marcelo Sampaio Soares de Azevedo
Marcelo Valdir Monteiro
Mariana Moreira
Mauro Augusto de Souza Mello Júnior
Noemia Celeste Galduróz Cossermelli
Oswaldo Luiz Soares
Paulo Sérgio Domingues
Ricardo Barbosa Alves
Rubens José Kirk de Sanctis Junior
William Bedone

**Secretária**
Fernanda Sanches Mendonça

**CADERNOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA**

**Conselho Editorial**
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Antonio Paulo Ferreira de Castilho
Anselmo Domingos da Paz Júnior
Fernando Fernandes da Silva
Gilberto Carlos Maistro Junior
Gustavo dos Reis Gazzola
Iris Pedrozo Lippi
Jorge Alberto de Oliveira Marum
José Augusto Fontoura Costa
José Pedro Zaccariotto
Karen Cristina Moron Betti
Luiz Inácio Carneiro Filho
Marcelo Sampaio Soares de Azevedo
Noêmia Celeste Galduroz Cossermelli

**Editores Responsáveis**
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Paulo Sérgio Domingues
Ricardo Barbosa Alves

**Produção Editorial**
**Normalização Técnica**
Antonio Paulo Ferreira de Castilho
Brígida Alves de Lima
Karen Cristina Moron Betti Mendes

**Criação da Capa / Fotografia**
Marcelo Georges Karam

**Revisão**
Cristiane Faria

**Admisistrador / Portal**
Fabiano Augusto Chagas

**Fundação Educacional Sorocabana**
Rua Drª. Ursulina Lopes Torres, 123 – Jardim Vergueiro – 18030-103 – Sorocaba/SP
Sítio de Internet – https://www.fadi.br/portal/

## Apresentação

O ilustre e culto juiz e professor, coordenador desta revista, Alexandre Dartanhan de Melo Guerra entendeu que seria minha a honra de apresentar estes Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba a todos os alunos e demais cultores do direito desta Faculdade e da sociedade jurídica de Sorocaba. Levou-o à escolha, certamente, a amizade e o tempo de casa que tenho completo de quarenta e um anos, dos quais boa parte em sua direção.

Primeiramente regozijo-me pela publicação, por seu objetivo, ensejar a alunos e professores produções acadêmico-científicas, contactáveis de forma impressa e em ambiente eletrônico.

Com essa iniciativa a Faculdade difundirá sua própria produção científica, com ensejo a textos de alunos, professores e pesquisadores convidados.

Comprometo-me a dar-lhe todo apoio. É um incentivo ao desenvolvimento do estudo, da pesquisa, possibilitando aos alunos, nosso principal objetivo, uma reflexão jurídica própria, divulgada em teses, ideias e debates acerca de temas relevantes da área jurídica.

Vejo, com esta publicação, uma mudança de visão do ensino, que deve ser cientificamente reflexivo e provocativo, mesmo porque o direito, por vivenciar a sociedade, é eminentemente proteico e vivencia um contexto de permanente transformação.

De há muito tempo tem-se debatido o método, processo e conteúdo do ensino do direito e, inclusive, a infraestrutura adequada e necessária para sua melhor implantação.

Uma e outra tornam-se preocupação da instituição e pronta está nossa mantenedora em atender esses objetivos e anseios, desde que centrados em seus termos.

A publicação dará à estampa o pensamento da instituição, dos alunos e professores e, certamente, provocará mudanças. Disto estou certo, mesmo porque tem à sua frente o professor e juiz Alexandre Guerra, de quem se dispensam referências, apoiado que está pelo ilustre e competente diretor professor João Batista de Melo e Souza Neto.

Esta revista publicará textos de ex-alunos, hoje espalhados por todas as carreiras jurídicas. Suas reflexões certamente poderão servir de incentivo aos atuais bacharéis.

O surgimento destes Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba é fruto dos esforços de uma instituição universitária qualificada, que conta em seus quadros com renomados professores, razão maior de ter a certeza e convicção de seu êxito.

Parabéns a todos os envolvidos.

**José de Mello Junqueira**

## Nota do Coordenador

Desde a sua fundação, no já distante 18 de maio de 1957, é a marca de nossa instituição o compromisso de excelência no ensino do Direito. O compromisso de seriedade e competência é concretamente revelado no contínuo sucesso dos nossos alunos nas carreiras jurídicas. A competência do Conselho Superior da Fundação Educacional Sorocabana, o compromisso do seu corpo docente e a dedicação de todos os que compõem os nossos quadros permitiram fossem colhidos frutos de significativa qualidade. O êxito de nossos propósitos é comprovado pela expressiva aprovação dos alunos em concursos públicos e no exame de ingresso da Ordem dos Advogados do Brasil, o que fez, dentre outras honrarias, recebesse a Faculdade de Direito o selo "OAB Recomenda".

Os *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba* ora publicados somam-se aos trabalhos *A Nossa de Direito: memória*, de José Aleixo Irmão, tomos 1 e 2 (1997); *Revista da Faculdade de Direito de Sorocaba*, volumes 1, 2, e 3 (2001, 2007 e 2008, respectivamente) e *Revistas Comemorativas dos 50 e 60 anos da Faculdade de Direito de Sorocaba*.

As publicações da Faculdade de Direito de Sorocaba serão divididas em três grandes seções, a depender da predominância do tema objeto de reflexão, seguindo, na sua estrutura, a tradição da Ciência do Direito na Corte Paulista de Justiça: Direito Público, Direito Privado e Direito Criminal. Nas edições vindouras, permita-nos Deus possamos seguir as reflexões acadêmicas nas perspectivas da Eficácia dos Direitos Fundamentais e nas Políticas Públicas voltadas ao desenvolvimento. É nosso compromisso a análise científica da jurisprudência, de notas à recente legislação de maior relevo, a indicação de trabalhos forenses de peso e resenhas.

A publicação que ora temos a honra de levar às mãos do público revela o permanente compromisso com a Ciência do Direito e com o aprimoramento dos alunos dos nossos cursos de graduação e pós-graduação. Honra-nos contar, ainda, com a publicação de docentes e discentes da Casa, assim como dos eminentes membros do Conselho Superior da Fundação Educacional Sorocaba, que permitiram que os Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba se tornassem realidade. Aguardaremos os trabalhos de estudiosos do Direito de outras entidades de ensino do Estado de São Paulo, dos demais Estados da Federação e de instituições do exterior. Ao final, seguem as orientações aos estudiosos do Direito que pretendam conosco publicar, desde já todos convidados a submeter suas reflexões ao Conselho Editorial em formação.

Enfim, nas páginas que seguem, é renovado o compromisso de excelência com o Direito e com a Justiça. Os *Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba* materializam para a comunidade de Sorocaba o empenho daqueles que

integram tem a honra de compor *A Nossa de Direito*. O permanente desenvolvimento das letras jurídicas sempre será o nosso Norte, garantindo que a Faculdade de Direito de Sorocaba permaneça por décadas e décadas a ocupar na Academia a posição de destaque a que faz jus.

**Prof. Dr. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra**
Coordenador da Revista e dos Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba
Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC/SP
Professor Titular de Direito Civil da FADI
Juiz de Direito no Estado de São Paulo
Coordenador e Professor da Escola Paulista da Magistratura
e-mail: *alexandreguerra5@gmail.com*

## Nota da Coordenação Pedagógica

Há mais de seis décadas, a Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI comprometida com o ensino jurídico de excelência, tem como fundamento o incentivo à pesquisa cientifica na área do direito, que se revela pelo elevado nível da produção acadêmica de seus alunos e via de consequência, contribui para a formação de profissionais do mais elevado nível.

Assim, é com grande satisfação que trazemos à comunidade jurídica a segunda edição dos Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, produto da conjugação de esforços, dedicação e empenho de nosso corpo discente e docente, cujo material de pesquisa científica produzido será disponibilizado na versão digital.

Os Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba vêm alinhado aos princípios fundamentais que norteiam a FADI, reconhecendo a indissociabilidade do processo ensino, pesquisa, extensão e tem como propósito promover a divulgação e o reconhecimento dos trabalhos apresentados pelos alunos em Grupos de Pesquisa e Trabalhos de Curso e ainda oferecer material de pesquisa a toda comunidade jurídica.

O sucesso do projeto pedagógico é fruto da dedicação do Ilustre Prof. Dr Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Coordenador deste projeto, do Diretor da FADI, Dr. Hugo Leandro Maranzano, do Vice-Diretor da FADI, Gustavo Gazolla e do Presidente da Fundação, Prof. José de Mello Junqueira, com os quais tenho a honra de participar dessa nobre missão, como Coordenadora Pedagógica.

Sendo o presente trabalho, fruto do brilhantismo peculiar da produção jurídica dos acadêmicos de direito desta faculdade, nosso reconhecimento e agradecimento por meio desse periódico nos torna positivamente orgulhosos e certos de que vimos alcançando nosso objetivo primordial de contribuir para a formação de futuros profissionais som sólido saber jurídico e, acima de tudo, contribuir ao desenvolvimento da sociedade.

A todos que de alguma forma participaram desse projeto e aos que prestigiam esse trabalho, nosso muito obrigado.

**Profa. Ms. Karen Cristina Moron Betti Mendes**
Coordenadora Pedagógica da FADI
Mestre em Direito pela PUC/SP e graduada em Direito pela Fadi Sorocaba
Professora Titular de Prevenção e Resolução de Conflitos da FADI
Advogada, Mediadora e Consultora Jurídica
karenbettimendes@gmail.com

**SUMÁRIO**

**CADERNOS JURÍDICOS DA FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA – EDIÇÃO 2020**

**EDITORIAL**
Prof. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra

**ARTIGOS**

**SEÇÃO I – DIREITO PÚBLICO**

1. **REFORMA ADMINISTRATIVA E BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
   José Pedro Zaccariotto.....12

2. **OS LIMITES DA ÉTICA MÉDICA FRENTE À LIBERDADE RELIGIOSA**
   Caroline Loengo de Oliveira.....25

3. **COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL À LUZ DO CPC/15: um estudo sobre competência territorial**
   Ana Carolina de Mattos.....51

4. **AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES A RESPEITO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE**
   Giovana Condotto de Oliveira.....70

5. **A IMPORTÂNCIA DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**
   Nikole Cirilo Diniz.....94

6. **ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA *HOLDING* FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO**
   Sabrina Martins Dias Batista Chibani Quirino.....110

7. **A INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO NAS OPERAÇÕES COM CRIPTOMOEDAS**
   Heloisa Ribeiro Dias.....126

**SEÇÃO II – DIREITO PRIVADO**

8. **A LEI Nº 11.101/2005 – *STATUS* E HISTÓRIA**
   Thiago Dias Costa e Leonardo Nobuo Pereira Egawa.....135

9. **POR UM APROFUNDAMENTO SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO DA EMPRESA EM CRISE: a falência e a recuperação judicial no direito comercial brasileiro**
   Gilberto Gornati.....155

10. **OS INSTITUTOS JURÍDICOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E DA FALÊNCIA: uma análise a partir de uma**

**perspectiva econômica e gerencial**
Gustavo Henrique de Oliveira Amaral e Roy Martelanc.....181

**11. DIREITO SOCIETÁRIO E RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UM EMBATE AFINAL INEXISTENTE: a problemática em torno da consolidação substancial obrigatória de grupos empresariais de fato**
Vitor Carvalho Lope.....197

**12. AMPARO JURISDICIONAL DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS CARTÉIS E TRUSTES: O efeito das fraudes na livre concorrência do mercado brasileiro**
Ana Camila Fernandes TampelinI Magri.....211

**13. A ALOCAÇÃO DE RISCOS PARA AS PARTES À LUZ DA TEORIA DO *DESIGN* CONTRATUAL**
Mariana Ferrari Mesquita da Silva Mon.....223

**14. A POSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL DE VALOR VULTUOSO SOB A ÓTICA FUNCIONAL DO INSTITUTO**
Guilherme Osmar Faulin Belinassi.....243

**15. SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR**
Fabiana Guilherme Machado De Oliveira.....268

**16. ARBITRAGEM NO DIREITO CONSUMIDOR**
Kevin Augusto Durão.....305

**17. RELAÇÕES DE TRABALHO NAS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS**
Nicole Bianca Modesto Ferreira e João Batista Martins César.....326

**18. A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA INDÚSTRIA BRASILEIRA DA MODA**
Larissa Moreira de Mello e João Batista Martins César.....347

**19. FUNÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS DE COVID-19**
Beatriz Carolina Rodolfo da Mata Monteiro,
Camila Cavalcanti de Ataide e Karina Cavalcanti de Ataide.....376

**20. O CONTRATO DE TRABALHO DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA ADEQUADA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS LABORAIS**
Giovana de Oliveira Soave, Guilherme Araújo Toledo e
Karine Marques Valle Maza….....385

**21. COMBATE AO DESEMPREGO EM ÉPOCA DE PANDEMIA: primeiras considerações sobre a Lei nº 14.020/2020, sobre os Decreto nº 13.442/2020, nº 13.470/2020 e sobre a Portaria SEPTME nº 16.655/2020**

Ingrid Elise Scaramucci Fernandes.....399

**SEÇÃO III – DIREITO CRIMINAL**

**22. A CONTAMINAÇÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV E O DIREITO PENAL BRASILEIRO**
Alexandre Joseph Budemberg Filho.....413

**23. CABIMENTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DO *PLEA BARGAIN***
José Eduardo Caputo Spim.....431

**24. APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO AOS CRIMES CONTRA TRANSEXUAIS**
Vanessa Cristine Domingues.....450

# REFORMA ADMINISTRATIVA E BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**JOSÉ PEDRO ZACCARIOTTO**[1]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Do tempo e da conveniência da reforma proposta. 2. Do direito fundamental à boa Administração Pública. 3. Da principiologia da boa Administração Pública. 4. Da principiologia da reforma. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

No início do mês de setembro do ano de 2020, a Câmara dos Deputados recebeu, da Presidência da República, a Proposta de Emenda Constitucional de n° 32/2020, tendente à alteração de uma considerável gama de "disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa", conforme definido pela respectiva ementa.

Assim, deu-se início ao processo de modificação do texto constitucional a que se cognominou Reforma Administrativa, em referência ao fato do seu âmbito de transformações circunscreve-se basicamente ao capítulo devotada à Administração Pública (VII do Título III), onde pretende-se inserir 04 (quatro) novos artigos (37-A, 39-A, 40-A e 41-A), promovendo-se, ademais, nova redação a diversos outros de conteúdos afins espalhados pela Lei Fundamental.

Trata-se, nessa senda, de medida dotada de elevados propósitos, como bem pode ser aferido em sua exposição de motivos, que alude à justa aspiração de conferir-se "maior eficiência, eficácia e efetividade à atuação" de um Estado que "custa muito, mas entrega pouco", evitando-se, por essa via, "um duplo colapso: na prestação de serviços para a população e no orçamento público"[2].

---

RESUMO: Recém aportada no Congresso Nacional, a proposta de Emenda Constitucional n.º 32/2020 visa a parcial reforma do denominado "aparelho do Estado", partindo do inexorável reconhecimento de sua ineficiência e da consequente frustração das aspirações populares por uma vida digna. Busca-se, neste trabalho, proceder uma primeira e abreviada análise dessa iniciativa governamental, considerando-se exclusivamente a sua dimensão principiológica. Pretende-se, por essa via, fomentar, nesse nível preliminar, o debate sobre a adequação da proposta à imperiosa consagração, concreção e otimização do direito fundamental de todo cidadão à boa Administração Pública.
Palavras chave: Reforma administrativa – Direito fundamental à boa Administração Pública - Princípios constitucionais.
ABSTRACT: Recently presented at the National Congress, the proposal for Constitutional Amendment no. 32/2020 aims to partially reform the so-called "State apparatus", starting from the recognition of its inefficiency and the consequent frustration of popular aspirations for a dignified life.
This work seeks to proceed a initial and abbreviated analysis of the government initiative, considering only its principiological dimension. This way intends to foster, at this preliminary level, the debate on the proposal's adequacy to a needed consecration, concretization and optimization of every citzen's fundamental right to good Public Administration.
Keywords: Administrative reform - Fundamental right to good Public Administration - Constitutional principles.

[1] Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Paulista. Professor e chefe do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito de Sorocaba. Advogado e consultor jurídico. Delegado de polícia aposentado. Professor da Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira Cobra" da Estado de São Paulo. Autor de "A Polícia Judiciária no Estado Democrático", pela Editora Brazilian Books.

[2] Aos interessados em conhecer o inteiro teor da testilhada EC recomenda-se a visita à página https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083 do site da Câmara dos Deputados.

Mesmo perseguindo esses louváveis e providenciais objetivos, essa proposta governamental foi recebida com franco ceticismo, pois o seu teor foi considerado, em escala muito próxima da unanimidade, como demasiadamente tímido e, nessa proporção, insuficiente à conquista das exponenciais metas divisadas, bem como, e também por não poucos, como uma manobra meramente diversionista, destinada tão somente a desviar o foco público dos vários e graves problemas atuais e prementes[3].

Não obstante possa-se, de um lado, discutir a procedência ou não das razões cujas percepções embasaram essa fria recepção, assoma-se absolutamente irrefutável, de outro, o fato de que os aparatos governamentais e administrativos brasileiros efetivamente carecem de urgente e adequada reforma, a fim de que venham adquirir aptidão político-jurídica imprescindível à realização dos desideratos literalmente invocados pela proposta em apreço.

Diante dessa realidade, e mesmo não se apresentando viável dedicar-se, nesta limitada sede, à uma abrangente e, menos ainda, exauriente análise voltada a definir qual seria o conteúdo ideal de uma remodelação imbuída de tal magnitude e extensão, assim como a esquadrinhar todas as mudanças patrocinadas pela proposta de Emenda Constitucional n° 32/2020, crê-se possível e de bom alvitre encetar-se, neste momento inicial, uma abalizada pesquisa em torno dos fundamentos que serviriam a legitimar e a auspiciar o sucesso de reforma da espécie, assim com o fito de posteriormente ensejar os seus cotejos com as premissas que vincam a proposta ora em trâmite pelo Congresso Nacional.

## 1. Da oportunidade da conveniência da reforma proposta

Longe de enveredar-se por discussões que possam denotar aspectos menores da vida política, a questão ora lançada, relacionada inicialmente ao tempo da reforma, justifica-se plenamente ante o encimado asserto atinente à sua insofismável necessidade, diante do qual poder-se-ia perquirir até uma eventual tardança na busca das versadas transformações. Contudo, a devida resposta à essa ponderação teria que antes passar pelo processamento de um dado totalmente relevante, qual seja o de que hoje não se pode encontrar em toda a Constituição da República capítulo mais remendado do que aquele reservado à Administração Pública, fruto de inúmeras e malogradas reformas anteriores.

Com efeito, depois de ter resistido quase 10 (dez) anos incólume, o cuidado capítulo constitucional passou a ser, desde fevereiro de 1998, objeto de parciais alterações introduzidas por oito emendas constitucionais[4], chegando ao cúmulo do texto do art. 40, originalmente referente à aposentadoria dos servidores públicos, ora ostentar a sua quarta redação.

Bem se vê, pois, que as reformas anteriores serviram, quando muito, apenas para mitigar o desfavorável quadro administrativo retratado pela proposta de emenda da vez, que à vista desse histórico, portanto, não aflora alentadora,

[3] Aos interessados em conhecer as principais e/ou mais acerbas críticas e senões ao conteúdo da EC 32/2020 indica-se, dentre outros bons textos disponíveis em sites especializados na internet, a racional percepção de Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira, exposta no artigo titulado CONTRADIÇÕES DISCURSIVAS DO PROJETO DE REFORMA ADMINISTRATIVA. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-set-15/contradicoes-discursivas-projeto-reforma-administrativa?imprimir=1. Acesso em: 20 set. 2020.

[4] Emendas Constitucionais 18/98, 19/98, 20/98, 34/01, 41/03, 42/03, 47/05 e 103/19.

sugerindo, ao contrário, especialmente à vista da desconfiança com que foi acolhida, tratar-se de mais um paliativo, incapaz de finalmente oferecer aos brasileiros a Administração Pública inerente ao Estado Democrático de Direito fundado em 1988.

Todavia, em que pesem todas essas fragilidades, a telada iniciativa pode contar em seu favor com um forte argumento, ofertado pelo festejado publicista espanhol Jaime Rodriguez-Arana Muñoz[5], que ancorado nas experiências hauridas em seu país e na Comunidade Europia, afiança-a com contido entusiasmo:

> Desde o princípio da Administração, sua reforma foi, é, e seguirá sendo uma questão que acompanha inexoravelmente sua existência. A explicação está no fato de que é preciso frear a tendência inata da própria Administração, e sobretudo das pessoas que nela trabalham. Nesse sentido, a reforma da Administração na democracia constitui um trabalho permanente porque é permanente a adequação de governos e administrações às necessidades coletivas dos cidadãos e muito especialmente à criação de melhores condições vitais que permitam o exercício da liberdade solidária das pessoas. Para isso, a reforma da Administração Pública deve realizar-se a partir da realidade.

Mirando, destarte, esse significativo e encorajador aval, e atento à sua realística motivação, torna-se interessante empenhar-se na pesquisa dos fundamentos que bem possam lastrear reforma desse jaez, carreando-lhe condições adequadas de se fazer exitosa em seus altaneiros escopos.

## 2. Do direito fundamental à boa Administração Pública

Tomando-se como necessário ponto de partida o texto da proposta de Emenda Constitucional n° 32/2020, é correto afirmar que a dissertada reforma abrange a Administração Pública em seu sentido subjetivo ou formal, pois a atinge estruturalmente e, de forma ainda mais incisiva, ao seu elemento humano. Portanto, deve-se ter em conta que a discorrida pretensão busca o aprimoramento do ferramental que o Estado dispõe à realização concreta, direta e imediata de seus fins, consoante a clássica doutrina de Hely Lopes Meyrelles[6].

Por essa via, não se colima ampliar, modificar ou restringir a função administrativa[7] – que compreende a prestação de serviços públicos, o exercício do poder de polícia e o desempenho das atividades regulatórias, interventivas e de fomento -, mas sim otimizar as condições de atuação dos órgãos e agentes públicos incumbidos das correlatas execuções, ensejando, em concomitância, o ajuste dos gastos a padrões de economicidade acetáveis. Trata-se, evidentemente, de medida fulcral ao declarado impulso de dotar o assestado engenho estatal de "maior eficiência, eficácia e efetividade", em providência que se avulta de toda impositiva do ponto de vista constitucional e prático.

---

[5] MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 22.

[6] MEYRELES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 42, 67e 69.

[7] A função administrativa, segundo Marçal Justen Filho, compreende, em sentido objetivo, "*o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados em regime infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional*" (*Curso de Direito Administrativo*, 11. ed. rev., ampl. e atual. Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 110).

De fato, irradiando o Estado Democrático de Direito, conforme magistério de José Afonso da Silva, "os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado"[8], impõe-se a conformação de uma Administração Pública democrática, agudamente fundada no ideal da dignidade da pessoa humana, a ser tomado como ápice e centro de convergência de todos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, a Constituição da República põe a cobro a configuração de um aparato administrativo de excelência, cada mais pronto e hábil para ofertar aos cidadãos – diretamente, por seus delegados e/ou em decorrência do melhor exercício de suas competências regulatórias e de controle – sempre melhores condições concretas ou potenciais para o gozo de seus direitos fundamentais, dentre os quais emerge, por elementar, aquele de dispor de boa Administração Pública e de fruir de suas sempre profícuas e aprimoradas prestações.

Em reforço, discorrendo sobre as razões que levaram a União Europeia a expressamente definir a boa administração de instituições públicas como um direito fundamental do cidadão, esclarece Muñoz:

> "(...) na democracia, as instituições políticas não são de propriedade de políticos ou altos funcionários, mas sim do domínio popular, são dos cidadãos, das pessoas de carne e osso que dia a dia, com seu esforço por incorporar os valores cívicos e as qualidades democráticas, dão conta do espírito democrático no cotidiano. Por isso, se as instituições públicas são da soberania popular, de onde procedem todos os poderes do Estado, é claro que devem estar voltadas ao serviço geral, e objetivo, das necessidades coletivas."[9]

Entrementes, impende nessa marcha observar que a previsão contida no art. 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[10] pode ser considerada tímida se comparada com a dimensão dada ao dissecado direito, ainda que não explicitado, no âmbito da Constituição pátria, máxime consideradas as formulações constantes, notadamente, de seus arts. 1°, 3°, 5°, 6° e 37, onde

---

[8] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 119. E nessa esteira esse autor reconhece a democracia como "*o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem*" (p. 132).

[9] Op. cit., p. 156. Destaca o autor, ainda, a previsão ínsita no art. 103, 1, da Constituição espanhola: "*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*".

[10] "*Artigo 41°*. Direito a uma boa administração. *Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.*

*1. Este direito compreende, nomeadamente:*

*— o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,*

*— o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,*

*— a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.*

*3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.*

*4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua."* Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Trata-se da denominada "Carta de Nice", expressamente reconhecida e confirmada pelo art. 6° do Tratado de Lisboa, de 1° de dezembro de 2009.

expressamente provisionados "critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração"[11].

Atento a esse "plexo de direitos, regras e princípios", Juarez Freitas deduz o direito fundamental em comento como aquele que socorre o cidadão com a oferta concreta e cotidiana de uma Administração Pública "*eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*". E dentre os referidos deveres o autor destaca aquele que impõe aos agentes públicos a rigorosa e acendrada observância dos princípios constitucionais de regência das atividades públicas[12].

## 3. Da principiologia da boa administração pública

Leciona Moreira Neto que "*a formulação adequada de princípios proporciona, uma vez expressa, uma superior percepção da ordem jurídica do qual foram derivados, facilitando o seu desdobramento (nomopoiose) e a sua compreensão (exegese)*"[13]. Nessa esteira, Mahara chama a atenção para o fato de que o Direito Administrativo pátrio "é marcado pela constante valorização e tentativa de sistematização principiológica", se apressando a justificar essa insistência ao identificar os princípios como "instrumentos valorativos do ordenamento jurídico" dotados, dentre outras, destas fundamentais funções:

> "1. a de *orientação teleológica* do Legislador na criação da legislação infraconstitucional e, mesmo, na proposição de emendas constitucionais relativas a áreas do direito administrativo;
> 2. a de *orientação teleológica da Administração Pública* na expedição de atos normativos, atos administrativos e, inclusive, atos materiais no exercício da função administrativa;
> 3. a de *alinhamento* da interpretação de regras constitucionais e infraconstitucionais de direito administrativo quer pelo administrador público, quer pelos cidadãos, magistrados, procuradores etc.;
> 4. a *função de integração de lacunas* através da indicação, pelos princípios de regras não escritas subjacentes ao direito administrativo positivo."[14]

---

[11] Ingo Wolfgang Sarlet *apud* Vanice Regina Lírio do Valle. Direito fundamental à boa administração e governança. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 84. E a perfazer a noção daquilo que não pode ser considerado como boa Administração Pública, numa visão antagônica a esse ideal, essa autora lança mão da definição de má administração da lavra do Provedor de Justiça Europeu: "*Má administração significa administração insuficiente ou deficiente. É o que ocorre quando uma instituição não actua de acordo com a lei, não respeita os princípios de boa administração, ou viola direitos humanos. Mencionamos, a título de exemplo: irregularidades administrativas, injustiça, discriminação. Abuso de poder ausência de resposta, recusa de informação, atrasos desnecessários*" (Ibidem, p. 66).

[12] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

[13] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, estado e administração pública*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, p. 135. Segundo o autor a importância dos princípios ganha especial vulto em face da "*ordem jurídica contemporânea, que ultrapassa os tradicionais referencias éticos da legalidade, que fundaram o Estado de Direito, e absorve os referenciais da legitimidade, que baseiam o Estado Democrático e, mais recentemente, assimila os referenciais de licitude, que abrem caminho para a realização do Estado de Justiça. "* (*Ibidem*).

[14] MAHARA, Thiago. Breve introito: por que ainda falar em princípios. **In:** MAHARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. XVI/XVII.

Assim, no Brasil, e de há muito, a ideia e o ideal de boa administração se encontram plasmados pelo conjunto de princípios explicita ou implicitamente[15] insculpidos na Constituição e nas leis, com o intuito de balizar coerentemente essa fundamental atividade pública. Em sentido contrário, e não à toa, a recusa ao acatamento a esses comandos peculiariza improbidade, conforme desenhado pela Lei n° 8.429/92 (vide especialmente seus arts. 4° e 11) em consonância à exigência posta pela Lei Fundamental em seu art. 37, § 4°.

Diante desse quadro torna-se impositivo correlacionar a boa Administração Pública com as posições, decisões e condutas públicas perfeitamente sincronizadas, no mínimo, com os imperativos da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, interesse público (indisponível e aprioristicamente preponderante em seus choques com o interesse privado), finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, segurança jurídica, autotutela e o devido processo legal.

Não se pode deixar de observar, a respeito, que a Lei n° 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo perante a Administração Pública Federal, elencou, na cabeça de seu art. 2°, uma série de princípios explícita ou implicitamente previstos na Lei Maior, ampliando ainda esse rol em seu parágrafo único, onde veio apresentá-los, mediante claros enunciados, à guisa de critérios. Assim, por meio desse dispositivo, a citada lei, fiel à melhor doutrina e jurisprudência, não apenas ratificou a submissão das atividades administrativas à lei, mas, dilatando exponencialmente o alcance dessa previsão, sujeitou-as ao Direito, ao primado da Constituição, ecoando o mandamento de juridicidade. Nessa mesma linha minuciou o conteúdo dos princípios da finalidade, motivação e proporcionalidade, dentre outros, sem pretender definir e/ou esgotar as normas dessa espécie indispensáveis a pautar o excelente exercício da função administrativa.

O certo é que a esse rico catálogo, que Freitas tratou como "standart mínimo", vem sendo progressivamente acrescidos de outros princípios[16], como aqueles, reivindicados por esse publicista, que outorgam ao cidadão o direito à Administração Pública "respeitadora de legalidade temperada, ou seja, sem a 'absolutização' irrefletida das regras", bem como "preventiva, precavida e eficaz (e não apenas eficiente)", além de aberta à participação popular[17]. E a somar com todos eles projetam-se tantos outros em cogitação acadêmica ou já aplicados nas Administrações Públicas europeias, como nos dá conta Muñoz, reportando-se a princípios com inusitadas denominações (promocional, do assessoramento, da

[15] Acerca do caráter vinculante dos princípios constitucionais implícitos, cumpre atentar para a lição de Wallace Paiva Martins Júnior: "(...) a aquisição de eficácia dos princípios jurídicos independe de consagração legislativa. Sua obrigatoriedade reside na integração com a consciência coletiva ou na qualidade de fonte do direito, da qual decorre a condição jurídica da própria existência, independente de positivação (entendida como a explicitação do princípio) e de regulamentação (considerada como a concretização do maior grau de determinação conectado a certo pressuposto de fato ou situação concreta). " *Tratado de direito administrativo*: teoria geral e princípios do direito administrativo. Wallace Paiva Martins Júnior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 251. -- (Tratado de Direito Administrativo; vol. 1 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

[16] Canotilho, citando Dworkin, alerta que "o direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa". CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Lisboa: Livraria Almedina, p. 1109.

[17] Op. cit., p. 23-24.

facilitação e da cooperação, por exemplo)[18], mas que exprimem, enfim, exigências inerentes ao regime democrático que a máquina pública não pode ignorar e/ou dissentir.

## 4. Das novidades principiológicas da reforma

A proposta de Emenda Constitucional n° 32/2020 propugna pela reformulação do "caput" do art. 37 da Leis das Leis, acrescentando ao balizamento da atuação administrativa - ora levado efeito pela legalidade, moralidade, impessoalidade publicidade e eficiência - oito novos princípios, a saber: imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública e subsidiariedade.

Malgrado não possam pairar dúvidas razoáveis acerca dos conteúdos de algumas dessas normas, como ocorre, por exemplo com aquelas que sancionam as exigências de imparcialidade e transparência, desde sempre relacionadas respectivamente aos princípios da impessoalidade[19] e da publicidade, a cuidada proposta pretendeu atribuir-lhes sentidos específicos, conforme se extrai de sua exposição de motivos, onde cada um desses novos comandos carrega um enunciado próprio. Nessa linha, a imparcialidade seria destacada do conceito de impessoalidade, mediante a seguinte justificativa:

> "Se a impessoalidade traduz o dever ético de o agente público se conduzir de modo íntegro em relação às pessoas envolvidos no processo, a imparcialidade traduz esse mesmo dever, porém em relação à matéria sob tratamento. Trata-se de exigir que todo agente público, no exercício do seu mister funcional, se conduza de modo absolutamente imparcial, ainda que possua valorações internas pré-concebidas a respeito do tema sob exame. "

Embora não pareça que o conteúdo mirado pelo novo princípio estivesse ao desabrigo da mais comezinha concepção de impessoalidade[20], que vincula, em última instância, a atuação do agente público unicamente à realização do interesse público legalmente definido, o certo é que a focalizada novidade reforça e confirma tal obrigação, não causando mal de espécie alguma, por não desbordar dos valores constitucionalmente já consagrados.

Nada muito diferente se passou em relação ao novo princípio da transparência, que buscaria impelir o aparato estatal "não apenas estar disponível ao público, mas ser compreensível pelo público, com clareza e fidedignidade". Embora não se possa subtrair do âmbito da prescrição constitucional de publicidade funcionalidade desse quilate, afigura-se certamente de bom alvitre canalizar todo

---

[18] Op. cit., p. 169-172. O princípio promocional alude ao incremento dos valores da liberdade e da igualdade; os princípios do assessoramento e da facilitação impõem ao aparato administrativo a obrigação de viabilizar o protagonismo do cidadão no trato de assuntos de seu interesse; e, o princípio da cooperação diz respeito à atuação harmônica e concertada dos órgãos e entidades públicas visando o exercício exitoso da função administrativa, consideradas as suas legítimas finalidades.

[19] Como serve de exemplo o magistério de Lúcia Valle Figueiredo, para quem a impessoalidade significava "imparcialidade, qualidade de ser imparcial" (*Curso de Direito Administrativo*, 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros: 2002, p. 62).

[20] Celso Antônio Bandeira de Mello ensina, a respeito do princípio da impessoalidade, que "*simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de fações ou grupos de qualquer espécie*". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. até a EC nº 99, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 63.

esforço possível a assegurar efetividade a esse princípio, otimizando-o a ponto de torna-lo um eficaz antídoto às atitudes desviantes, consoante a célebre máxima legada pelo "justice" Louis Brandeis: "a luz do Sol é o melhor detergente".

Ademais, na exposição de motivos da proposta em apreço a máxima da transparência é apresentada entrelaçada com os novos princípios da boa governança pública e da responsabilidade. Acerca deste último, esclarece-se que a sua autonomia conceitual decorre do propósito de se reconhecer "um direito fundamental de todos exigirem que os agentes estatais atuem de modo efetivamente responsável". Contudo, como afiança Moreira Neto, "responder pelo mal praticado é dever tão antigo quanto o próprio Direito". Assim desvelada a falta de novidade, toma-se desse jurista que a tratada previsão melhor faria se desse vez ao *princípio da responsividade*, que visa ampliar os efeitos da responsabilidade além da legalidade estrita, "*para inspirar e fundar ações preventivas corretivas e sancionatórias do Direito Administrativo voltadas à* preservação do princípio democrático *e da* legitimidade*, como qualidade que dele decorre*"[21].

No que concerne à boa governança pública, a proposta explicita, em sua exposição de motivos, um conteúdo voltado a consolidar "a posição de destaque do cidadão, como centro de toda a atuação administrativa", correspondendo à tendência mundial, verificada por Wladimir Passos de Freitas já há alguns anos, "da sociedade interferir na administração do Estado". Após salientar que medida desse porte somente se apresenta viável "em regime democrático e com forte consciência social", o citado detalhou a governança pública nas bases seguintes: "significa modernizar a administração pública, torná-la menos onerosa, utilizar as técnicas de administração das empresas, diminuir a distância entre a administração pública e a sociedade. Sintetizando, procurar fazer com que a democracia seja participativa"[22].

Conforme o Tribunal de Contas da União, a governança para o setor público, a partir de premissas extraídas da Ciência da Administração, assenta-se sobre os princípios da legitimidade, da equidade, da responsabilidade, da eficiência, da probidade, da transparência e da *accountability* (jungido à prestação de contas)[23], perfazendo conteúdo repleno de significação político-jurídica, já merecedor de menções e comentários neste trabalho.

No que toca à adjetivação da governança pública, qualificada como boa, ressalta Moreira Neto que, na forma do princípio autônomo da boa administração, impõe-se elementarmente ao Estado a obrigação de "executar todas essas atribuições no mais alto grau possível de excelência, ou seja, produzindo o efetivo atendimento de toso os interesses postos a seu cargo"[24]. Por certo, a despeito da

[21] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 89.

[22] PASSOS DE FREITAS, Wladimir. *Poder judiciário não deve ignorar a governança pública*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mar-01/segunda-leitura-poder-judiciario-nao-ignorar-governanca-publica. Acesso em: 10 maio 2016.

[23] REFERENCIAL BÁSICO DE GOVERNANÇA APLICÁVEL A ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA / Tribunal de Contas da União. Versão 2 - Brasília: TCU, *Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão*, 2014, p. 33-34.

[24] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 117.

contraditória realidade aferível em nosso país, juridicamente não poderia ser diferente.

Às suas vezes, os ventilados princípios da unidade e da coordenação igualmente não se apresentam propriamente inovadores, porquanto aludindo, o primeiro, à obrigação do agente público buscar as finalidades da Administração, e, o segundo, à articulação sempre racional, organizada e austera das atividades e recursos públicos, apenas reproduzem os teores de outros princípios jurídicos já consolidados, positivados e enfeixados, sob os específicos aspectos ora debatidos, no já materializado *princípio da coerência administrativa*[25].

Convém não se olvidar que o princípio da coordenação remanesce manifesto no Decreto-lei n.º 200/67, conforme textuais previsões dos seus arts. 6.º, II, 8° e 9°, ainda em vigor.

Surge totalmente vago, doutra parte, o denominado princípio da inovação, arrolado na exposição de motivos da proposta de emenda constitucional em estudo simplesmente como referência de "uma concepção modernizadora das relações entre o poder público e a sociedade". Dito "símbolo de uma nova era do Estado brasileiro", que renegará a burocracia "desconectada dos tempos atuais", o princípio em exame certamente deve ser entendido como um aspecto inerente à eficiência administrativa e a permanente busca, que se lhe aduz natural, de novos meios, acentuadamente no âmbito tecnológico, que se mostrem capazes de produzir melhores resultados à satisfação das necessidades coletivas e direitos dos cidadãos.

Todavia, o bom senso acende aqui a sua luz de alerta, posto que nenhuma inovação se justifica somente por si mesma, devendo ser acolhida se e quando comprovadamente produzir os satisfatórios resultados acima mencionados. Portanto, a precitada busca deverá ser encetada com bastante cuidado, sob pena de vir a frustrar, sob a ilusão provocada pela novidade e/ou originalidade, a realização do verdadeiro interesse público (primário). A respeito, importa estar atentos à sábia advertência lançada por Nohara:

> "Porque a inovação é realmente um imperativo dos novos tempos. Isso é inquestionável. Luc Ferry começa dizendo isso. A gente não pode impedir a capacidade de inovação, mas o fato dela dever ser estimulada não significa que toda e qualquer inovação seja boa, que toda e qualquer inovação produza resultados sustentáveis. Então, a inovação é boa, mas tem as suas facetas ambivalentes. A gente tem que analisar a sustentabilidade de modelagem de inovação com um depende, sobretudo no âmbito acadêmico. O movimento de desmonte estatal nem sempre produz um movimento que é efetivamente construtivo e melhor que o sistema anterior. E a gente tem que saber sopesar e mensurar."[26]

---

[25] Eis o magistério de Moreira Neto (*ibidem*, p. 118): "Quando a ação de qualquer uma das expressões fracionárias funcionais do poder estatal que compõem a Administração, de modo casual ou deliberado, puder provocar interferências ou vier a conflitar com a ação de outras, surge para essa Administração o *dever de harmonizá-los internamente*, para que, *externamente*, ela não se apresente bifronte, conflitante, disparatada e até mesmo contraditória, ameaçando ou ferindo direitos dos administrados, como ocorre, por exemplo, nas clássicas hipóteses aplicativas do *venire contra factum proprium*".

[26] NOHARA, Irene. *Destruição criadora e inovação destruidora na administração pública*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=37nhKuZocJ0&t=74s. Acesso em: 30 maio 2020. A passagem acima transcrita reproduz trecho com início aos 38 minutos de aula, aqui trazido como uma espécie de aperitivo, a ensejar o interesse ao leitor em conhecer integralmente esse excelente material.

Por derradeiro, cabe dizer do princípio da subsidiariedade, de distante formulação, e que segundo o jurista argentino German J. Bidart, citado por Baracho, se conforma num "*princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competências, através do qual o Estado não deve assumir para si as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxilia-los, estimula-los e promove-los*"[27].

Apresentado exatamente com esse teor na exposição de motivos da proposta de Emenda Constitucional em foco, este princípio responde precisamente à forma federativa do Estado brasileiro, prestando-se, ademais, como consta desse documento, à "valorização do indivíduo e das instâncias mais próximas a ele, prestigiando sua autonomia e sua liberdade".

Tratando-o como um princípio geral do Direito Público, Moreira Neto relaciona ainda a subsidiariedade à consensualidade, apontada, à sua vez, como o sinal de um "renovado Direito Administrativo democrático", que dá ao cidadão a titularidade do direito fundamental à boa Administração Pública, enquanto destinatário da função administrativa[28].

Contudo, não se pode deixar de registrar, em sentido contrário, a crítica contundente de Gilberto Bercovici "à conjecturada atuação subsidiária da Administração Pública. Para o jurista o tal 'princípio da subsidiariedade' nada mais é do que a preponderância do setor privado". Já em manifestação anterior sobre o tema, com esse mesmo sentido, houve por expressamente vincular o princípio ao discurso ideológico, situando a opção pela subsidiariedade estatal no plano do ideário não intervencionista de matiz neoliberal[29], que ao seu ver receberia o repúdio do texto constitucional[30].

Em sentido contrário, Vicente de Abreu Amadei defende o *status* constitucional do princípio, apontando sua tácita e clara presença no art. 173 da Lei Maior[31]. Nesse passo, traz à balha a judiciosa lição de Pierre de Calan, que parece ofertar um ponto de equilíbrio para a corrente discussão:

> "*O essencial em todos os domínios não radica em que o Estado não intervenha; nem tampouco que, em todo lugar e em todo tempo, intervenha pouco. Consiste em que intervenha subsidiariamente à atuação primeiro das pessoas, seguidamente dos grupos elementares: família, empresa, profissão, coletividades locais*".[32]

---

[27] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade*: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 46-47.

[28] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 94 e 144.

[29] Releva registrar que Lei n° 13.874/19, instituidora da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, expressamente estabeleceu, que em seu art. 2°, III, "*a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas*" como um de seus princípios.

[30] BERCOVICI, Gilberto. *A administração pública dos cupons*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons. Acesso em 08 set. 2020. E ainda: O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E O AUTORITARISMO. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo. Acesso em: 25 out.2017.

[31] "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. "

[32] AMADEI, Vicente de abreu. *O princípio de subsidiariedade na ordem econômica empresarial e urbanística*. Disponível em: https://selecaojuridica1.jusbrasil.com.br/artigos/417523533/o-principio-de-subsidiariedade-na-ordem-economica-empresarial-

## PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

Não há como se esquivar, diante da encimada radiografia, da fácil constatação de que a vertente reforma, ainda que bem intencionada em termos principiológicos – dado ao caráter exclusivamente benfazejo da nova composição proposta ao "caput" do art. 37 da CF -, pouco acrescenta, quer num plano evolutivo, quer em face de eventual anseio meramente aclarador, ao atual posição político-jurídica da Administração Pública em nosso país.

De efeito, como acima evidenciado, presentemente não restam dúvidas acerca dos compromissos que a função administrativa detém com os fundamentos (dignidade da pessoa humana e cidadania, por exemplo) e objetivos (construção de uma sociedade justa livre e solidária, promover o bem de todos etc.) do Estado Democrático de Direito pátrio, bem assim que não faltam fontes e decisivos argumentos constitucionais a exigir do aparato público o excelente cumprimento dessas obrigações. Nesse cenário, é de se convir que os princípios insertos, como supostas novidades, na proposta de Emenda Constitucional n° 32/2020 não veiculam outros valores além daqueles que já permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, afigurando-se, em certa medida, até redundantes.

Essa, irrefutavelmente, é a mudança *talvez* a única exceção a esse quadro, ou seja, o único princípio cuja positivação no texto constitucional possa trazer ganhos reais aos melhores propósitos de boa Administração Pública, diga respeito àquele que sedimenta a subsidiariedade como norma de baliza da atuação estatal, desde que vislumbrado, entrementes, sob a encimada óptica de Moreira Neto, ou seja, no âmbito jurídico de "um renovado Direito Administrativo", haurido justamente do legítimo e eficiente exercício democrático do poder.

Enfim, bases foram lançadas, nesta acanhada sede, visando suscitar, na sequência um debate bem mais percuciente, preparado a confrontar o conteúdo restante da testilhada reforma com os valores que nela se afirmam auspiciados.

Por ora, todavia, a impressão que fica é a de que um antigo diagnóstico realizado por Carmem Lúcia Antunes Rocha, antes mesmo de ter assento do Pretório Excelso, segue correto e atual mais de 20 (vinte) anos depois, ao expor essa triste realidade: "O de que nos ressentimos, e muito, é de prática constitucional. É de obediência à Constituição. É de aplicação do Direito. (...) Porque não carece o Brasil de leis, mas de homens com vontade e determinação para submeterem-se ao Direito (preferindo que o direito a eles se submeta)..."[33] que mais urgentemente se faz necessária, em todos os quadrantes do Estado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


a) Artigos e livros:

AMADEI, Vicente de Abreu. **O princípio de subsidiariedade na ordem econômica empresarial e urbanística.** Disponível em:


text=Observe%2Dse%2C%20deste%20modo%2C,jur%C3%ADdica%2C%20econ%C3%B4mica%2C%20urban%C3%ADstica%20etc. Acesso em: 03 ago. 2017.

[33] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. República e "res publica" no Brasil. In: BANDEIRA, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Direito administrativo e constitucional*. Estudos em homenagem a Geraldo A*taliba* 2. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 233.

https://selecaojuridica1.jusbrasil.com.br/artigos/417523533/o-principio-de-subsidiariedade-na-ordem-economica-empresarial-e-urbanistica#:~:text=Observe%2Dse%2C%20deste%20modo%2C,jur%C3%ADdica%2C%20econ%C3%B4mica%2C%20urban%C3%ADstica%20etc. Acesso em: 03 ago. 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. ***O princípio da subsidiariedade:*** conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. **A administração pública dos cupons**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. **O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo. Acesso em: 25 out. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Lisboa: Livraria Almedina.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros: 2002.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Wladimir Passos de. **Poder judiciário não deve ignorar a governança pública.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-mar-01/segunda-leitura-poder-judiciario-nao-ignorar-governanca-publica. Acesso em: 10 maio 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 11. ed. rev., ampl. e atual. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MAHARA, Thiago. *Breve introito:* por que ainda falar em princípios. *In*: MAHARA, Thiago (org.). **Princípios de direito administrativo.** São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo** [livro eletrônico]: teoria geral e princípios do direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil,2019. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 34. ed. rev. e atual. até a EC nº 99, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2019.

MEYRELES, Helly Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública.** Rio *de* Janeiro: Topbooks, 1995.

_____. **Curso de direito administrativo.** 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Direito fundamental à boa administração pública.** Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

NOHARA, Irene. **Destruição criadora e inovação destruidora na administração pública.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=37nhKuZocJ0&t=74s. Acesso em: 30 maio 2020.

OLIVEIRA, Daniel Mitidieri Fernandes de. **Contradições discursivas do projeto de reforma administrativa.** *D*isponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-15/contradicoes-discursivas-projeto-reforma-administrativa?imprimir=1. Acesso em: 20 set. 2020.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. República e "res publica" no Brasil. In: Bandeira, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2.** São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

b) Documento eletrônico:

REFERENCIAL BÁSICO DE GOVERNANÇA APLICÁVEL A ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA / Tribunal de Contas da União. Versão 2 - Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/84/34/1A/4D/43B0F410E827A0F42A2818A8/2663788.PDF. Acesso em 22 jan. 2015.

# OS LIMITES DA ÉTICA MÉDICA FRENTE À LIBERDADE RELIGIOSA

THE MEDICAL ETHICS LIMITS AND RELIGIOUS FREEDOM

**CAROLINE LOENGO DE OLIVEIRA**[1]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Testemunha De Jeová. 2. Bens jurídicos. 2.1 Dignidade da pessoa humana. 2.2 Vida. 2.3 Liberdade religiosa. 3. Bioética. 3.1 Ética médica. 3.2 Termo de consentimento informado. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Introdução

**RESUMO:** A intenção deste artigo é demonstrar que não existe uma antinomia entre o direito à vida e a liberdade religiosa, em razão da abstenção das Testemunhas de Jeová a transfusão de sangue, os quais sempre buscam meios alternativos que conciliam com a fé deles. Além disso, tem como foco, até que ponto vai à ética médica frente à liberdade religiosa, bem como, faz uma análise quanto à validade legal do consentimento livre e esclarecido, e as diretivas antecipadas da vontade de tais pacientes. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, sendo que a técnica de pesquisa empregada é a interpretação do tema através da legislação brasileira vigente, doutrinas, análise jurisprudencial e os materiais fornecidos pela entidade religiosa, Testemunhas de Jeová, além de entrevistas realizadas com pessoas que tiveram experiências nesse sentido. É possível analisar que ainda há autores que sustentam a existência de uma contraposição de dois bens jurídicos socialmente relevantes, como a vida e a liberdade religiosa. Apesar de outros já evidenciarem que é um conflito aparente, e que de fato não existe, além disso, exaltam a relevância da autonomia privada nas relações médico-paciente, manifesta por meio do consentimento informado, e pautam tal relação no princípio da dignidade da pessoa humana. Diante o que está sendo apresentado, será possível observar que o dever ético não implica apenas em realizar um determinado procedimento médico, mas de saber respeitar a opinião do paciente, mesmo que sua decisão seja embasada em sua convicção religiosa, em atenção ao princípio da dignidade humana e a liberdade religiosa, valores essenciais para um legítimo Estado Democrático de Direito. Além disso, que é possível conciliar o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, visto que os avanços científicos desenvolveram métodos alternativos que não utilizam o sangue halogênico.

Palavras-chave: Bioética - Direitos Fundamentais - Autonomia da Vontade - Termo de Consentimento Informado - Testemunhas de Jeová.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the abstention of Jehovah's Witnesses from blood transfusion, that there isn´t antinomy between the right to life and freedom of religious, due to who always looking for alternatives ways to reconcile with their faith. In addition, have focus on the limits of ethical medics against freedom of religious, as well as making an analysis as to the legal validity of free and informed consent, and the advance directives of the will of such patients. The method used is hypothetical-deductive, and the research technique employed is the interpretation of the theme through current Brazilian legislation, doctrines, jurisprudential analysis and the materials provided by the religious entity, Jehovah's Witnesses, and additional interviews with people who had experiences in this theme. It is possible to analyze that there are still authors who maintain the existence of a contrast of two socially relevant legal goods, such as life and religious freedom. Although others have already shown that it is an apparent conflict, and that in fact it doesn´t exist, moreover, they exalt the relevance of private autonomy in doctor-patient relationships, manifested through informed consent, and base this relationship on the principle of the person's human dignity. Given what is being presented, it will be possible to observe that the ethical duty does not only imply performing a certain medical procedure, but knowing how to respect the patient's opinion, even if his decision is based on his religious conviction, in attention to the principle of dignity human, freedom and freedom religious, essential values for a legitimate democratic rule of law. In addition, it is possible to reconcile the right to life and the right to religious freedom, since scientific advances have developed alternative methods that do not use allogeneic blood.

Keywords: Bioethics - Fundamental Rights - Autonomy of Will - Informed Consent - Jehovah's Witnesses.

[1] Graduanda do curso de bacharelado em Direito, da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI).

Tratar sobre questões pautadas na fé é uma das tarefas mais árduas, tendo em vista a responsabilidade de transmitir toda a crença de uma organização religiosa de forma autêntica, especialmente por já existir um grande preconceito com os adeptos da religião Testemunha de Jeová, por acreditarem que eles estão abdicando ao direito à vida, que creem em curas baseadas na fé.

O ponto central deste artigo é justamente tentar desmistificar as razões as quais impulsionam os membros dessa organização religiosa de se abster de sangue, e demonstrar que essa "luta" não é apenas desse grupo, mas de todas as minorias as quais pregam o direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana, que só é possível em um legítimo Estado Democrático de Direito.

A sociedade a todo o momento cria padrões que tentam introduzir em nossas mentes, e tudo aquilo que é desconhecido ou estranho, nos olhares de uma maioria, pode impulsionar um grande preconceito.

Como declara Friedrich Nietzsche: "E aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não podiam escutar a música.". E por não escutarem "a música" da fé dos adeptos dessa religião, dessa minoria, devido às limitações nas percepções dos julgadores, em razão das próprias amarras impostas por eles próprios, não são capazes de enxergar que há beleza no desconhecido. Não percebem que insano é aquele a qual se deleita na ignorância e não respeita a diversidade, que não encara como sua luta tudo aquilo que é antidemocrático.

Em razão de não tirarem as vendas do desconhecimento, acreditam veementemente que na religião Testemunha de Jeová preferem que sua vida seja ceifada, ao invés de permitir a transfusão de sangue, o que não condiz com a realidade. Por conta do "discurso do medo", motivado pela aversão ao novo, não veem que em nenhum momento os adeptos dessa religião estão renunciando ao direito à vida, pois nunca foi uma questão de viver ou morrer, e sim de ter sua crença respeitada.

Trata-se do seu direito individual de professar uma fé e viver de acordo com ela, até no que toca à escolha dos tratamentos e procedimentos que querem receber. Pois não é isso que se trata a liberdade religiosa? Optar espontaneamente por uma religião, praticar suas liturgias e viver consoante as suas concepções. Ou há limite nessa liberdade religiosa? Isto é, pregam a liberdade até o ponto em que lhe é conveniente?

Porque se os avanços científicos possibilitaram a descoberta de outros métodos alternativos, que não possuem a necessidade de que haja a transfusão de sangue, não há que se falar na existência de qualquer antinomia entre os direitos fundamentais vida e a liberdade religiosa, pois é possível conciliar esses dois direitos.

Então, como já foi dito, não se trata de uma questão de vida ou morte, visto que foi comprovada cientificamente a eficácia desses tratamentos alternativos. Esse problema adentra nas barreiras do preconceito, e por conta dele alguns médicos declinam de fazer o procedimento, pois não aceitam a posição do paciente. E isso, vai de acordo com a ética médica? Ou melhor, qual é o limite da ética médica frente à liberdade religiosa?

Visto que apesar de todo cuidado que as Testemunhas de Jeová têm, de criar uma Comissão de Ligação com Hospitais, mais conhecido como COLIH, que

contam com profissionais da área médica e disponibilizam cursos gratuitos, para ensinar esses novos métodos aos médicos interessados, não estão sendo suficientes. Pois ainda há paciente que enfrentam o problema de encontrar um médico em que aceite, e até encontrar, demora muito tempo para ser efetuado, mesmo em casos em que não há nenhum risco hemorrágico.

O mundo jurídico ainda "não está em paz", até este momento, ainda há debates acalorados sobre essa temática, e é isso que será possível observar durante a leitura dos 3 (três) itens desse artigo científico, em que trará desde a perspectiva das Testemunhas de Jeová, até o dever médico de prestar socorro e pautar sua conduta de acordo com a ética médica.

Além disso, caro leitor, poderá analisar que há um grande dissenso entre os doutrinadores, pois alguns asseveram a todo o momento a relevância da autonomia privada do paciente para a manutenção de um legítimo país laico e democrático, o qual não deveria intervir na escolha do particular, que não admite ser submetido por um determinado procedimento médico, mesmo em iminente risco de morte, por ir contra os seus princípios religiosos. Para esses doutrinadores, o direito à vida não se trata apenas de permanecer vivo, mas possuir uma existência digna, não unicamente no aspecto físico, como também no psicológico.

Em contrapartida, há aqueles doutrinadores que ainda sustentam a antinomia dos direitos fundamentais, vida e liberdade religiosa, e defendem que o Estado deve deter o poder de limitar certas condutas para salvaguardar o direito vida, que é considerado essencial. Ademais, será possível vislumbrar o dilema do dever ético e jurídico do médico de não ser omisso nos casos em que tenha um paciente, em sua responsabilidade, com iminente risco de morte.

O presente artigo irá compor num panorama geral as situações mencionadas, pautando sempre em uma das vigas mestras da Constituição Federal de 1988, que é a dignidade da pessoa humana. Abrangerá os conflitos que envolvem o estudo da autonomia da vontade e a dificuldade de solução dos casos concretos, bem como irá analisar o que vem sendo adotado no direito brasileiro. E em razão da complexidade do tema, no que toca aos casos das crianças que pertencem a uma família Testemunha de Jeová, não será debatido neste artigo científico, tratando apenas dos casos daqueles que são maiores e capazes.

## 1. Testemunhas de Jeová

O homem desde os primórdios tem a necessidade de conhecer e explorar, sendo uma de suas buscas mais persistentes a origem do universo, qual foi o início de tudo. A filosofia, a ciência e a teologia tentaram explicar, contudo, até hoje não é pacífico tal assunto, o qual motivou o surgimento de diversas teorias à origem das coisas.

Alguns se pautam na lógica, uma delas é a "Teoria do Big Bang", o qual os cientistas acreditam que uma grande explosão cósmica desencadeou o surgimento do universo. Outros se pautam na fé de que sempre existiu um Ser superior, e tendo em vista a variedade de culturas existentes, apresentam vários tipos de deuses.

Segundo o relato da Torre de Babel[2], isso ocorreu em razão da confusão linguística do povo rebelde, o qual surgiu em diversas partes da Terra populações com idiomas, religiões e modos de pensar diferente.

A teologia tem como objeto de estudo a natureza do divino, um Ser Supremo, o criador do Universo, definido como espírito infinito e eterno. Segundo Jesus Cristo, "*Deus é Espírito, e importa que os que o adoram o adorem em espírito e em verdade*"[3]. Ou seja, tem como o principal foco a fé.

O cristianismo é uma religião monoteísta derivada do judaísmo, tendo como sua figura central Jesus de Nazaré, filho de Deus, que por amor se sacrificou para livrar os homens do pecado e dando assim a esperança de uma vida eterna. O cristianismo foi difundido pelos apóstolos de Jesus, que seguindo seus ensinamentos praticavam as boas obras e levavam as palavras de Jeová pelo mundo, e consequentemente trouxeram para o ocidente.

Tem como principal conjunto de escrituras a Bíblia, um agrupamento de livros fruto de uma criação divina ao longo do tempo, sendo Deus o inspirador das palavras escritas por homens. Tendo em vista as traduções que ocorreram, dando margem a inúmeras interpretações, umas das consequências da confusão linguística do povo rebelde, existem várias religiões cristãs, que tem como base os ensinamentos de Jesus Cristo.

A religião Testemunha de Jeová é uma delas, a qual surgiu no fim do século XIX, através de um movimento religioso de um pequeno grupo de estudantes da Bíblia (1870), em Allegheny, atualmente integrada em Pittsburgh, Pensilvânia, Estados Unidos. O pastor Charles Taze Russell e alguns associados comparavam as doutrinas religiosas com o que realmente dizia no texto bíblico, e passaram a publicar suas interpretações em livros, jornais e na revista que atualmente é chamada de "*A Sentinela Anunciando o Reino de Jeová*". O principal objetivo deles era propagar os ensinamentos de Jesus Cristo e adotar o modo de ser dos cristãos do primeiro século.

Charles Taze Russell não é o fundador da religião, apesar de ter tomado a dianteira na obra educativa referida, pois quem fundou foi Jesus Cristo, o responsável pela origem do cristianismo[2].

Os adeptos da religião são conhecidos por pregar as boas obras como Jesus e os apóstolos faziam, indo de casa em casa ou em lugares públicos para transmitir os ensinamentos bíblicos, distribuindo publicações e oferecendo estudos gratuitos. Atualmente, em razão do isolamento social ocasionado pela pandemia do covid-19, as Testemunhas de Jeová continuam pregando, só que agora por meio de ligações telefônicas e cartas.

Possuem essa denominação porque Jeová é o nome de Deus[4], de acordo com a Bíblia, e testemunha é alguém que declara publicamente conceitos ou verdades dos quais tem certeza. Isto é, um grupo que declara a verdade sobre Jeová, o criador de tudo[5].

---

[2] BÍBLIA, Gênesis, 11:1-9.
[3] BÍBLIA, Jo, 4:24.
[4] *BÍBLIA*, Êxodo, 6:3;e Salmo, 83:18.
[5] *BÍBLIA*, Revelação [Apocalipse], 4:11.

Diferem de outros grupos religiosos considerados cristãos, sendo este o enfoque deste artigo científico, pois os adeptos da religião se abstêm de sangue por qualquer via, não aceitam sangue total ou seus componentes primários (ou seja, glóbulos brancos, plaquetas, plasma e glóbulos vermelhos), quer como alimento ou até numa transfusão.

A questão da abstenção é mais religiosa do que médica, sendo claro tanto no Velho como no Novo Testamento essa ordem, considerando que para Deus, o sangue representa a vida, que é sagrada. Isso não é apenas em obediência ao criador, mas também em respeito a ele como Dador da vida.

Nesse sentido, em *Gênesis 9:4* declara que Jeová disse a Noé: *"Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida"*. Proibiu ingestão de sangue, apesar de permitir que Noé e sua família passassem a se alimentar de carne animal após o Dilúvio, isso valendo para todos os humanos, visto que todos são descendentes de Noé.

Ficou claro em *Levítico 17:10-11* a importância dada por Deus para não comer sangue, considerando que a alma, ou vida, está no sangue e pertence a ele. Quando Deus ordenou para nação de Israel:

> *"**10** Se algum homem da casa de Israel ou algum estrangeiro que mora entre vocês comer o sangue de qualquer criatura, eu certamente me voltarei contra aquele que comer o sangue, e o eliminarei dentre seu povo. **11** Pois a vida de uma criatura está no sangue, e eu mesmo o dei a vocês para que façam expiação por si mesmos no altar. Pois é o sangue que faz expiação por meio da vida que está nele".*

Bem como, reforça também em *Levítico* 17:14, "*não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida."* Em Deuteronômio tem uma passagem em que reafirma a vitalidade contida no sangue e a sua relevância, no capítulo 12 e versículo 23 que diz: "Apenas esteja firmemente decidido a não comer o sangue, porque o sangue é a vida; não coma a vida junto com a carne."

Além disso, em *Atos 15:20 e 28-29* também proibiu aos cristãos, e mandou eles se absterem de sangue, não consumindo e nem mesmo utilizando para fins medicinais.

Desse modo, é possível observar que as Testemunhas de Jeová tomam suas decisões de forma fiel ao texto bíblico, inclusive, no que diz respeito ao campo da saúde. Contudo, há uma grande crítica em relação a eles, tendo em vista que não aceitam transfusão de sangue, e julgam que eles preferem a morte ao invés de um tratamento com os componentes primários do sangue ou o sangue total.

Todavia são precipitadas e preconceituosas essas declarações, pois eles se empenham e se preocupam com sua saúde, procurando sempre o melhor atendimento médico para salvaguardar o bem mais precioso que é a vida, por a estimarem e a considerá-la sagrada. Além disso, utilizam remédios e não acreditam em curas baseadas na fé.

A Bíblia não fornece orientações específicas quanto a esse assunto, por isso, creem ser uma questão pessoal quanto à utilização de medicamentos, realização de procedimentos e/ou exames elaborados a partir de frações menores de sangue ou que envolva o uso do próprio sangue do paciente. Sendo assim, buscam conciliar a ordem dada por Jeová sem sacrificar o bem precioso que é à vida e respeitar a classe médica, para se beneficiar dos avanços da medicina que

disponham de tratamentos que não sejam necessários a utilização do sangue, e desse modo, não transgredindo a sua consciência treinada pelos estudos bíblicos. Em suma, eles não são contrários a medicina, apenas pleiteiam o direito de escolher um tratamento médico que melhor se adeque às suas crenças religiosas, como nos casos de tratamentos e procedimentos alternativos a utilização da hemotransfusão.

Em função disso, a própria organização religiosa criou uma rede, de âmbito internacional, de Comissões de Ligações com Hospitais (COLIH), que tem como objetivo principal dar um suporte aos seus membros e aos profissionais das áreas médica que tratam de Testemunhas de Jeová. Além disso, oferecem cursos gratuitos desses novos métodos alternativos, aos médicos interessados. Esse curso ensinam as técnicas desenvolvidas por médicos (alguns Testemunhas de Jeová e outros não), que incluem o uso adequado de estratégias médicas para reduzir a perda de sangue, preservar sangue autólogo, reforçar a hematopoese e aumentar a tolerância à anemia.

A ciência cada vez mais está se aprimorando e hodiernamente existem tratamentos e procedimentos alternativos, os quais são menos invasivos e não há a necessidade de transfusão de sangue, contudo, muitos médicos ainda se recusam a prosseguir com tais procedimentos se o paciente não fizer um termo de consentimento que concorda com a transfusão. Entretanto, essa recusa não seria muito mais prejudicial para o paciente? O médico está dessa forma agindo de acordo com a ética médica?

Vejamos o seguinte caso, em que um paciente Testemunha de Jeová tinha um tumor cerebral, conhecido como doença de Cushing, teve sua cirurgia cancelada após manifestar sua recusa à transfusão de sangue por razões religiosas. A ação foi proposta contra a Unimed que teria se negado "a disponibilizar profissionais e equipamentos necessários à realização do tratamento pleiteado pelo autor", após o paciente requerer a utilização de um aparelho denominado neuronavegador, o qual indica a melhor forma de alcançar o tumor em tempo real, garantindo um procedimento mais seguro e com menor risco de sangramento.

O juiz de direito da vara única de Iacanga, interior de São Paulo, acolheu o pedido do paciente, reconheceu a ilegalidade da negativa do plano de saúde "contrária, ainda, ao direito fundamental à saúde, à vida e, também, ao princípio da dignidade da pessoa humana" e concedeu a tutela antecipada, tendo em vista os seguintes fundamentos:

> *"Ademais, a liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela.*
> *Não cabe à operadora do plano de saúde avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do autor à cirurgia tradicional, deve disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que a dispense.*
> *Observa-se a solicitação de 'neuronavegador' é justificada pela necessidade de preservação do tecido cerebral viável, com o fim de tornar menos invasivo e mais preciso o ato cirúrgico, bem como servir como garantia de proteção às convicções*

*religiosas do requerente, contando, inclusive, com respaldo médico, conforme apresentado nos autos."*[6]

O limiar é muito tênue no que diz respeito à ética médica, e o desrespeito à liberdade religiosa, haja vista que ainda há muito preconceito com aqueles que recusam transfusão de sangue. Alguns médicos de forma intolerante se recusam a prosseguir com alguns tratamentos se o paciente não admitir a transfusão de sangue, contudo, muitas vezes nem haveria a necessidade da transfusão nesses procedimentos que são classificados como simples.

Ocorreu um caso semelhante com uma Testemunha de Jeová, que após sofrer uma lesão em seu joelho jogando futebol, foi a um ortopedista para realizar alguns exames para que este receitasse-lhe remédios para aliviar suas dores. A recepcionista pediu para ele preencher uma ficha com suas informações e nela perguntava qual era a sua religião, e declarou ser Testemunha de Jeová. Quando o médico foi realizar a consulta informou que não poderia tratá-lo por conta de suas restrições com a transfusão, apesar de o problema ser sanável com apenas o uso de remédios e fisioterapia, não havendo sequer a necessidade de intervenção cirúrgica, ficando clara a intolerância religiosa do médico neste caso, o qual evidentemente não agiu de acordo com a ética médica.

## 2. Bens jurídicos

A Constituição Federal de 1988 é o mais completo fenômeno de positivação dos direitos da personalidade no Brasil, após optarem pelas formas democráticas de poder e governo, desse modo, declarando e promovendo as pessoas humanas os seus direitos fundamentais. Em prol do vínculo entre a democracia e a pessoa, observa Norberto Bobbio:

> *"O fundamento da forma democrática de governo contraposta às várias formas autocráticas de governo, que dominaram grande parte da história do mundo, é o reconhecimento da pessoa".*[7]

O artigo 11 do Código Civil declara que o direito de exercício a personalidade não pode "sofrer limitação voluntária", submeteu as pessoas ao direito e não as pôs a serviço daquela. Ou seja, esses direitos são irrenunciáveis, não podendo ser objetos de cessão e muito menos de abdicação, nem mesmo se essa limitação, ainda que por tempo limitado. Contudo, só em uma visão estática da personalidade conseguiria conduzir a uma categorização absoluta dos direitos que lhe são próprios, pois na dinâmica da vida eles estão sujeitos a diversas disposições constelativas, pelo que reclamam do poder de permanente reagrupamento e hierarquização.

Desse modo, em 2002 foi proposto o Enunciado de nº. 4 na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a qual afirmou: "[O] exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

---

[6] BRASIL. Tribunal de Justiça da Vara Única da Comarca de Iacanga, do Estado de São Paulo. Ação de Obrigação de Fazer com Pedido de Tutela Antecipada. Processo n° 1000397-34.2018.8.26.0027. Juiz Estadual Guilherme Augusto de Oliveira Barna, da Comarca de Iacanga, data de julgamento em que acolheu a Tutela de Urgência, 05/07/2018.

[7] BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo, SP: Editora Paz e Terra, 2007.

Tal enunciando pretende situar a abdicação nos seus justos limites, foi proposto levando em consideração que o artigo 11 não deve ter a pretensão de excluir em caráter absoluto a abdicação voluntária dos direitos da personalidade, pois seria mais uma prisão a seu titular, do que propriamente um resguardo a sua liberdade. O que contraria o ser dos direitos da personalidade é a renúncia duradoura quanto ao tempo e indeterminada quanto ao seu objeto, mas não a possibilidade de limitação voluntária.

Além disso, não há que se declarar a supremacia de um determinado princípio, segundo as ponderações realizadas por Heloisa Helena Barboza[8], apesar de ter o costume de associar a uma suposta superioridade do direito à vida, o qual está situado no mesmo patamar hierárquico dos outros. Só sendo possível uma fortuita colisão quanto se refere à dignidade da pessoa humana, visto que as demais se devem orientar no sentido de sua promoção e proteção.

## 2.1. Dignidade da pessoa humana

Conforme o pensamento de Immanuel Kant, os seres humanos revestem-se de dignidade, pois é uma qualidade inerente à pessoa humana como ente moral, na medida em que realizam de forma autônoma a sua razão prática, o qual constrói distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Devendo a prevalência do valor da pessoa impor a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio fundamental.

A dignidade e a autonomia são totalmente inseparáveis para o exercício da razão prática e após a promulgação da Constituição de 1988 emergiu a necessidade de se atender a autonomia do paciente, pois prevalecerá sempre a observância à dignidade da pessoa humana, o qual representa o fundamento e fim da sociedade, e do Estado, como prevê o artigo 1, inciso III.

Consequentemente não é admissível procedimento que venha reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna. É concretizado no artigo 5, inciso II, da Constituição Federal que prevê: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O princípio da autonomia, que surgiu juridicamente no Estado Democrático de Direito, e é a expressão dos particulares como legisladores sobre seus interesses próprios[9], possui um liame com valor mais extenso da dignidade da pessoa humana, atestando que deve ser resguardada a liberdade de cada um, de acordo com Vicente de Paulo Barreto. E deve-se levar em consideração que é um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, e embora possua um conteúdo abstrato, é extremamente relevante para compreender os direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana é caracterizada por José Afonso da Silva, como um valor proeminente que suscita os demais conteúdos dos direitos fundamentais, até o direito de viver[10].

---

[8] Débora Gozzo cita a autora em seu livro Bioética e Direitos Fundamentais. GOZZO, Débora. *Bioética e direitos fundamentais.* 1ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012, p. 104.

[9] AMARAL, Francisco. *Direito civil:* introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 337.

[10] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 96.

Todo direito fundamental contém uma expressão de dignidade, segundo Álvaro Villaça de Azevedo, sendo que o direito de existir não se resume apenas em termos biológicos, como também o direito de ter uma vida digna, isto é, uma vida em que a pessoa humana tenha autonomia e liberdade. Preservar a vida vai além do seu aspecto físico, engloba também, os valores de cunho moral, espiritual e psicológicos que lhes são inerentes.

Há uma corrente que considera a vida como uma "dimensão" muito mais biográfica do que biológica. Não devendo assim ser compreendida como vida boa o simples respirar, necessitando as discussões que permeiam a garantia do direito à vida, levar em consideração a sua qualidade e dignidade, como uma construção diuturna.

A recusa das Testemunhas de Jeová não é a escolha de "como morrer" e sim de como viver, sendo que a opção de obter um tratamento alternativo à hemotransfusão é o exercício do direito à vida em seu sentido mais pleno, posto que, o exercesse com autonomia e liberdade.

Consoante Azevedo alega, o paciente está salvaguardando sua vida biológica, além de estar exercendo sua autonomia e liberdade quando escolhe um tratamento médico em conformidade com suas crenças religiosas, não ocorrendo assim uma colisão entre direitos fundamentais, pois, de fato, o que ocorre é o exercício do direito à vida e da liberdade religiosa.

O constrangimento que resulte a renúncia à fé da pessoa humana retrata a afronta à diversidade democrática de ideias, filosofias e à própria espiritualidade, como assevera Alexandre de Moraes. O desrespeito à negativa dos pacientes exaure sua própria condição de ser humano, pois constitui uma decisão responsável, embasada e convicta, a qual é sustentada pela força de seu credo e não constitui um mero capricho.

O enfermo ao tomar tal decisão está desempenhando o seu direito de escolha, independente da motivação, pautado na dignidade humana e autonomia da vontade. Corrobora com tal pensamento Luís Roberto Barroso, ao declarar que "o valor objetivo da vida humana deve ser conciliado com o conjunto de liberdades básicas decorrentes da dignidade como autonomia". Assim sendo, em sua visão legítima a recusa à transfusão de sangue, em razão do exercício da liberdade religiosa, que emana da dignidade humana, um direito fundamental que a todos o poder de realizar suas escolhas existenciais.

Como se trata de uma expressão da dignidade da pessoa humana, o Poder Público não pode destituir as liberdades básicas do indivíduo, seja sob o fundamento do direito à saúde ou do direito à vida. Desse modo, devendo prevalecer à dignidade como expressão da autonomia privada, uma vez que o valor da vida deve conciliar com as liberdades que lhe são inerentes, e apesar de o direito à vida ser um pré-requisito de todos os demais direitos, não possui caráter absoluto, e não é hierarquicamente superior.

Assim, o indivíduo pode agir de acordo com sua consciência, tomando suas decisões pessoais e concretizando seus projetos de vida segundo ela, mesmo que esteja pondo em risco a sua própria vida. Visto que as decisões quanto ao tipo de tratamento de saúde que deseja obter é uma escolha existencial, e qualquer argumentação que desrespeite a liberdade individual, mesmo quando há risco de vida, se demonstra frágil e preconceituosa. Levando em consideração que inúmeras

escolhas em nosso dia a dia impõe um grande risco a nossa integridade, e apesar disso, não somos cerceados a desempenhá-las. Como por exemplo, é o caso de praticar esportes radicais, como o alpinismo, paraquedismo, os quais envolvem certos riscos, mesmo com todas as diligências que forem empregadas.

Especialmente porque tais escolhas do enfermo envolvem o desempenho de uma vida digna, do seu direito de privacidade, de autodeterminar-se, e mesmo que exista risco para o indivíduo, o Estado tem o dever de respeitar a sua intimidade.

Desse modo, considerando o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é possível constar como legítima a escolha das Testemunhas de Jeová, pois é garantia da pessoa humana os direitos "indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade."

**2.2. Vida**

O direito à vida, de acordo com alguns doutrinadores é absoluto, desse modo, não pode ser disponível. Não se trata apenas de um direito originário, mas também primário, ou seja, todos os outros direitos derivam sua existência a partir dele, sem ele não tem essência e nem imanência.

Esse direito tem que ser compreendido como um processo vital, do seu nascimento e até a sua morte biológica, salvo as hipóteses em que resguardam alguns direitos da personalidade ao nascituro, bem como, para o morto. Abarcando o direito à existência, a integridade física e moral.

É assegurado no artigo 5º, caput, da Constituição Federal e consiste no direito de estar vivo, de defender a própria vida e de assim permanecer, e não ter seu processo vital interrompido, senão pela morte espontânea e inevitável.

Trata-se de um direito subjetivo, o qual pressupõe um sujeito, mesmo que não o possa exercitá-lo. Além disso, é um direito essencialmente limitado, pois não alcança outros bens ou valores que não seja próprio.

Pontua Maria Helena Diniz que o direito à vida, o qual é resultante de uma norma do direito natural, condiciona os demais direitos da personalidade, tendo em vista a sua essencialidade. E ainda que na legislação vigente não tivesse amparo, é um direito que deve ser protegido contra tudo e todos, inclusive em relação ao seu próprio titular.

Desse modo, se for de extrema urgência a aplicação do sangue, deve-se prevalecer o do interesse público, que nesse caso é a vida, um bem coletivo que importa mais à sociedade do que ao próprio indivíduo.

De acordo com Débora Gozzo, a recusa ao tratamento médico, terapêutico ou cirúrgico é a abdicação mais radical dos direitos da personalidade, visto que tem a possibilidade de conduzir à perda da vida, que se identificaria com o extermínio do direito da personalidade por excelência, por ser ele próprio à premissa indispensável para a existência dos demais. Contudo, não é a vida incondicionalmente o primeiro dos direitos da personalidade.

Alguns juristas fundamentam que em relação à vida, a liberdade é um direito derivado, já que não há liberdade de seres mortos, sendo apenas assim um direito secundário. Porém, é um direito que comporta um elevado teor de autodeterminação.

Então em uma situação que temos o conflito da liberdade e a vida, qual deve prevalecer? Se no exercício da liberdade pode-se ter como resultado a perda da vida, e o desempenho da vida nada se pode perder, nem mesmo a própria vida.

Segundo a autora Maria Helena Diniz, a vida prevalece sobre qualquer outro, até mesmo a liberdade religiosa, tendo em vista que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Isto é, se houver uma antinomia entre esses dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante.

Constitucionalmente ambas possuem eficácia absoluta, e por isso, geram uma antinomia real ou lacuna de conflito, que só pode ser solucionada pelo critério do justum, aplicando-se os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Através de uma interpretação corretiva é possível analisar que o direito à vida está em uma posição privilegiada, visto que sem ele de nada vale os demais. Ou seja, é imprescindível à vida, para que a pessoa humana exercite as liberdades que lhe são outorgadas constitucionalmente.

O Estado é o guardião da vida, pois segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, o seu titular não possui o poder decisório. Não podendo assim ser tolerada qualquer liberdade pessoal que implique na retirada da própria vida, por não ser absoluta, considerando que está juridicamente limitada por princípios que são de ordem pública, como por exemplo, não matar, não induzir ao suicídio, não omitir socorro e entre outros dispositivos legais.

Desse modo, de acordo com a autora, não pode ser considerado como um ato ilícito os casos em que é realizada a transfusão de sangue forçada em pacientes que são adeptos a religião Testemunha de Jeová, mesmo que o paciente ou seus familiares tenham se manifestados de forma expressa contra. Para consolidar sua tese, salienta as colocações da Resolução do Conselho Federal de Medicina 1021/80 de 26 de setembro de 1980:

> *"(...) em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:*
>
> *1º- Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus representantes;*
>
> *2º- Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis."*

Segundo a visão da Diniz, nas hipóteses que em houver colisão entre esses dois direitos e tratar-se de uma situação em que há um iminente perigo de morte, sobrepõe-se a vida, tendo em vista o seu caráter superior.

Ao discorrerem sobre a responsabilidade civil do médico no tocante ao dever de prestar socorro, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, declararam que é necessário para compreender tal assunto levar em consideração 03 (três) premissas básicas. A primeira é que o paciente possui o direito de dispor sobre o próprio corpo, não podendo o médico lhe aplicar qualquer tratamento sem o seu consentimento, com exceção nos casos em que existirem iminente perigo de morte.

A segunda é que o direito à liberdade religiosa, que abrange o direito de professar a sua fé sem ser compelido a praticar algo que seja condenado por sua religião e consciência, possui respaldo na Declaração dos Direitos Humanos e Constituição Federal (artigo 5, inciso VI). A última premissa, e não menos

importante, é o reconhecimento de um direito à vida, o qual também é garantido constitucionalmente.

Compreende-se que todos possuem o direito à vida, contudo, não sobre ela, tendo o Estado o interesse de prolongá-la, visto que a vida é interesse da sociedade e cada uma representa um papel socialmente relevante. Portanto, mesmo que se sinta lesionado em sua dignidade, o interesse social fundamentaria a atuação cerceadora de sua opção religiosa.

Os autores citados concluem que há uma colisão entre esses dois princípios jurídicos, vida e liberdade religiosa, todavia, tal conflito não gera a declaração de invalidade ou exclusão de um deles, mas apenas a procura por sua compatibilização em cada caso concreto. Além disso, assim como a Diniz, creem na prevalência ao direito à vida, pois é o pressuposto da aquisição de todos os demais.

O posicionamento desses doutrinadores é que ainda sem êxito, e porventura vier o paciente a falecer, o médico não poderá ser responsabilizado civilmente pelo procedimento transfusional, porque estaria apenas observando o seu dever, por força dos artigos 56 e 59 do Código de Ética Médica. E só poderá haver o risco de responsabilização do médico, se estiver ausente o risco de morte do enfermo e este recusar, se do mesmo jeito o médico ministrar a transfusão de sangue, incorrerá em constrangimento ilegal.

Outro aspecto é no que diz respeito à concepção de "vida boa", principalmente em situações que envolvem a terminalidade da própria vida. Uma corrente médica declara que, em função do juramento de Hipócrates, a vida deve ser preservada de toda maneira, visto que é um bem absoluto e supremo. Não podendo a vida ser tratada como objeto de um contrato, devendo o médico salvaguardá-la, independente da vontade expressa pelo paciente, visto que a Constituição Federal consagra a saúde como um direito de todos e dever do Estado.

## 2.3. Liberdade religiosa

O Brasil é um Estado laico, e essa liberdade religiosa é assegurada expressamente na Constituição da República em seu artigo 5º, inciso VI, não condicionando o seu desempenho ao juízo de aprovação ou indulgência por outrem. Está ligado ao direito em que cada indivíduo tem de escolher livremente sua religião, exercer suas liturgias e viver de acordo com essas convicções. Trata-se de uma convicção pessoal que influencia diretamente a vida do crente, tem como fundamento o respeito à dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade. Segundo Maria Helena Diniz:

> *"A adesão do ser humano a uma religião revela não uma preferência pessoal e subjetiva, mas a crença numa realidade transcendente e superior a todas as outras. Tal adesão acarreta um conjunto de comportamentos rituais que estabelecem liames entre o homem e Deus e a obediência a normas cujas origens e sanções estão além de qualquer poder humano, modelando, por essa razão, o seu pensamento e a sua ação."*[11]

Esse direito também encontra respaldo na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no inciso XVIII, que sustenta:

[11] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. e rev. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2014, p. 261-262.

> *"XVIII - Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Este direito inclui a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância,* isolada ou coletiva, em público ou em particular".

Nelson Nery Junior sustenta que em um Estado Constitucional Democrático de Direito, apenas a liberdade de culto não exaure o direito à livre manifestação da fé, devendo englobar também a restrição do Estado de determinar qualquer conduta que infrinja a dignidade e a convicção do cidadão. Isso é apenas o reflexo da dimensão da liberdade de religião sob a perspectiva de direito subjetivo público, assegurando a todos o acesso às manifestações culturais e tradições, as quais são primordiais para a formação da identidade pessoal do indivíduo. Desse modo, o autor assinala como legítima a possibilidade de recusa de procedimentos médicos que possuem a transfusão de sangue por pacientes Testemunhas de Jeová.

Nery, diferentes dos demais autores já mencionados, conclui que há um falso conflito entre os direitos fundamentais, vida e liberdade religiosa, o qual vem prevalecendo o direito à vida em algumas decisões judiciais, e condenando os praticantes da religião Testemunhas de Jeová a serem submetidos compulsoriamente ao tratamento médico que contenha transfusão de sangue.

Não há um autêntico conflito, pois a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito somente é identificada quando a realização de um direito fundamental, como o exercício da liberdade religiosa, lesar o direito fundamental de outrem, o que não ocorre quando o Testemunha de Jeová se recusa a aceitar uma transfusão de sangue, tendo em vista que ele está apenas exercitando seu direito público subjetivo de liberdade de religião.

Segundo o autor, é ilegítima e inaplicável a invocação da teoria da ponderação de interesses para pretender respaldar decisões judiciais que obrigam praticantes de determinada religião a realizarem a transfusão. As decisões que imponham essas condutas carecem de fundamentação jurídica consistente, bem como de adequação social.

O Ministério da Saúde dispõe que poderá ser recusado tratamento médico, desde que justificado e que não ponha em risco a saúde pública, e em nenhum momento a não aceitação de sangue halogênico acarretaria algum perigo à saúde pública. Nesse sentido, tem a Portaria nº 1820/2009 do Ministério da Saúde, em seu art. 5º, inciso V:

> *"Art. 5º Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantindo-lhe:*
> *V - o consentimento livre, voluntário e esclarecido, a quaisquer procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos, salvo nos casos que acarretem risco à saúde pública, considerando que o consentimento anteriormente dado poderá ser revogado a qualquer instante, por decisão livre e esclarecida, sem que sejam imputadas à pessoa sanções morais, financeiras ou legais;"*

Desse modo, de acordo com Nery, como não há a violação de bens jurídicos coletivos da sociedade, como a saúde e a vida, pelo desempenho da liberdade religiosa, não é possível alegar que tal negativa apresenta uma colisão de direito fundamentais em sentido amplo ou até mesmo em sentido restrito.

Ademais, não há que se alegar que os membros desse grupo religioso abdicam o direito à vida, muito menos a saúde, tendo em conta que somente não consentem com a hemotransfusão e aceitam a serem submetidos às demais

alternativas de tratamento médico, as quais são cientificamente possíveis seguras e mais eficazes.

Segundo Nelson Nery Junior, suprimir a autonomia privada do indivíduo, e negligências as suas convicções ideológicas enquanto minoria, não possui nenhum fundamento constitucional e democrático, e revela-se um flagrante preconceito, visto que não há todo esse alarde quando os indivíduos tomam decisões que possam colocar sua vida em perigo, como é o caso de alguém que se recuse a ser submetido à quimioterapia ou a um transplante de órgãos.

As Testemunhas de Jeová requerem o direito de determinar como será tratado o seu corpo, em função dos seus valores fundamentais, de decidir qual é o tratamento mais adequado. Tanto que carregam consigo documento de identificação ou uma declaração onde passa os tratamentos terapêuticos admitidos ou não.

Nery cita o entendimento de Habermas, que defende a garantia à liberdade religiosa, visto que não se devem impor obrigações que não concilie com alguma forma de existência religiosa. Portanto, como assevera Nery, o Estado em nenhum momento pode submeter uma conduta atentatória à convicção religiosa e à dignidade do indivíduo. Tendo em vista que, como declara Barroso, deve ser conciliado o valor objetivo da vida humana e o agrupamento de liberdades básicas derivadas da dignidade como autonomia.

## 3. Bioética

A bioética tem como objeto de estudo as reflexões filosóficas e morais no que tange a vida em geral, e especialmente nas práticas médicas em particular. Abrangem a microbioética que atende as relações existentes entre os médicos e seus pacientes, instituições de saúde públicas ou privadas, e entre estas instituições e os profissionais da saúde.

Integra o ramo da Filosofia, como segmento da Ética, e analisam indagações que envolvem a experimentação, a pesquisa, o uso da ciência, tecnologias ou técnicas que interferem diretamente na vida ou na saúde humana.

Nesse sentido, de acordo com Francesco Bellino, a bioética:

> *"É o estudo sistemático do comportamento humano na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, quando se examina esse comportamento a luz dos valores e dos princípios morais - segundo a definição da Encyclopedia of Bioethics (1978).*
> *Fundamento da Bioética são os princípios elementares que compõem a base ou estruturam o sistema: os fundamentos, as raízes éticas, os pressupostos ontoaxiológicos, antropológicos, epistemológicos da Bioética."*[12]

Ocorrendo, desse modo, a maioria dos debates sobre as evoluções das pesquisas em biociências e de suas conclusões no âmbito da bioética, sendo uma das pautas o caso das Testemunhas de Jeová.

A bioética é composta por 03 (três) princípios que são considerados basilares, de acordo com Francesco Bellino, são o da autonomia, da beneficência e da justiça. Há alguns doutrinadores que acrescentam ainda o princípio da não maleficência.

[12] Débora Gozzo cita o autor em seu livro Bioética e Direitos Fundamentais. GOZZO, Débora. *Bioética e direitos fundamentais*.. São Paulo, SP: Saraiva, 2012, p. 72.

Para a compreensão sobre abstenção de sangue, é necessário fazer uma análise profunda nos princípios da autonomia e beneficência, pois, segundo Edson Tetsuzo Namba, no âmbito da bioética, a abstenção da transfusão de sangue tem-se a contraposição dos princípios da autonomia, liberdade do paciente em não aceitar a transfusão ou seu responsável, se for incapaz ou interdito, e da beneficência, obrigatoriedade do médico em utilizar o método apropriado para salvar o enfermo do mal que o acomete.

O princípio da autonomia está relacionado com a autodeterminação, isto é, o respeito pela liberdade do outro e de suas decisões. Bem como, confere legitimidade a obrigatoriedade do consentimento, que deve ser livre e informado, para obstar que se tenha a coisificação do paciente.

Sendo assim, deve ser respeitada a vontade do paciente ou de seus representantes, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece a capacidade do paciente de autogovernar-se, após deliberações que serão realizadas com o conhecimento da causa e sem qualquer coação ou influência externa, pois este princípio manifesta o domínio do enfermo sobre sua própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade.

O princípio da beneficência baseia-se na tradição hipocrática em que determina o dever de o profissional da saúde promover o maior bem do paciente, de acordo com sua capacidade e juízo, e jamais para fazer o mal ou praticar injustiça. As duas regras desse princípio são de não causar dano e visar maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos.

Frankena esclarece que este princípio requer que promova o bem e evite o mal, contudo, não aponta os meios de distribuições deles. Dessa forma, se houverem conflitos, deverá aconselhar a porção que consiga o maior bem possível.

O estudo da bioética vem sendo essencial para solução de alguns casos concretos, em relação a problemas novos proporcionados pelo progresso da biotecnologia e da busca da justiça para essas situações, o qual informa o direito sobre a viabilidade da aquisição do justo.

### 3.1. Ética médica

O Código de Ética Médica, da Resolução do Conselho Federal de Medicina 1931/2009, conferiu ao paciente maior autonomia no tocante à escolha de seus tratamentos de saúde, ao buscar aumentar a garantia da autonomia à sua vontade, bem como melhorar o relacionamento médico-paciente. Ficando isso evidente em seu capítulo 1, inciso XXI, ao estabelecer que o médico deve respeitar a escolha do paciente referente ao seu tratamento.

Em complemento, preceitua o artigo 22 do Código de Ética Médica que o médico deve obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal, ou seja, tornou obrigatória essa conduta profissional, após esclarecê-lo dos procedimentos que seriam utilizados. No entanto, têm-se o consentimento presumido quando não há possibilidade de obter o consenso do enfermo, e não possuir um representante ou documento que expresse sua vontade.

Segundo o entendimento de Álvaro Villaça de Azevedo, quando houver um iminente risco de morte, há um dever ético do médico de agir, se não tiver como obter o consentimento do paciente por qualquer via. Não podendo, nesse caso,

interpretar como um desrespeito ao consentimento do paciente, visto que não houve expressão de sua vontade. Assim, nesse caso, o profissional deve desconsiderar que pertence ao paciente o direito de consentir ou não com a terapêutica que lhe será empregada, e tomar as medidas que julgar necessárias, em razão do dever legal e ético.

Há o reconhecimento então, no Código de Ética Médica, que o médico deve reconhecer o documento que o paciente portar e que expresse suas diretrizes quanto a tratamentos médicos ou até mesmo por intermédio de representante legal, mesmo quando estiver o paciente em uma situação de iminente risco de morte.

Dispõe nesse mesmo sentido Nelson Nery Junior, ao mencionar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e declarar que o Código de Ética Médica deve ser interpretado à luz da Constituição Federal. Como é o caso do consentimento informado, visto que se trata de um direito fundamental do cidadão pautado em sua dignidade, no seu direito de liberdade religiosa.

Sendo que se o paciente não estiver em condições de se opor, o médico está autorizado a proceder com o tratamento que julgar mais adequado. Contudo, se houver uma recusa expressa, ela não pode ser ignorada, sob pena de violação de um direito fundamental de liberdade do cidadão, bem como incorrer no tipo penal do artigo 146, do Código Penal.

Deve-se fazer uma interpretação do artigo 22 do Código de Ética Médica de acordo com o artigo 5, caput e inciso VI, da Constituição Federal. Isto é, se houver objeção do paciente, mesmo que pautada em premissas religiosas, deve ser respeitada a vontade do paciente. Visto que o consentimento informado é um direito constitucional do cidadão. Além disso, o próprio artigo 22 do Código de Ética Médica impede a aplicação do sangue se o paciente não admitir ao utilizar a expressão "deixar de obter" o consentimento.

Complementa o artigo 24 do Código de Ética Médica, nesse mesmo sentido, ao garantir o direito de autodeterminação do paciente, de escolher livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, sendo este um reflexo e respeito a sua dignidade.

Desse modo, como expressa o artigo 31 do mesmo código, é vedado desrespeitar esse direito do paciente, o de decidir livremente sobre a execução do tratamento, salvo em caso de risco de morte. Para Villaça, este artigo autoriza o médico desrespeitar a vontade do enfermo em situações que haja iminente risco de morte, no entanto, não significa que ele pode ir contra a vontade pré-determinada de escolha, pois pior que não possuir um direito, é ser seu titular, mas não poder exercê-lo. Sendo possível observar que tal artigo não se encontra em harmonia com a atual legislação brasileira, ao permitir que a vontade do enfermo seja desrespeitada.

O Ministério da Saúde editou a Portaria nº 1.820/09, de maneira incisiva e estabeleceu as orientações para o exercício do consentimento informado, e consequentemente garantir este direito constitucional na relação médico-paciente. Em seu artigo 2º, no caput e inciso II, dispôs que todos possuem o direito ao acesso à informação sobre seu estado de saúde, "para garantia da promoção, prevenção, proteção, tratamento e recuperação da saúde", devendo ser prestada de forma objetiva.

Essa Portaria também se preocupou em assegurar o respeito aos valores do enfermo, da sua cultura e direitos, na relação com os serviços de saúde, no artigo 5º. Sendo que neste mesmo artigo, no inciso V, garantiu o consentimento informado.

A Portaria revogou a Resolução nº 1.021/80 do Conselho Federal de Medicina, que autorizava em seus artigos 1º e 2º a realização da transfusão de sangue em iminente risco de morte, mesmo diante da recusa do paciente. Essa Resolução era flagrantemente inconstitucional, e também não estava de acordo também com o que dispõe o artigo 7º, incisos III e V, da Lei 8.080/90, que garantem a manutenção da autonomia privada na defesa de sua integridade física e moral, bem como o direito à informação quanto a sua saúde. Ela não considerava a existência de técnicas alternativas, as quais hodiernamente são possíveis, eficazes e até mais seguras.

Então, devido a Portaria, o Conselho não pode aplicar qualquer tipo de punição ao médico que ao respeitar a vontade manifesta pelo paciente, se abstenha de realizar algum procedimento, sendo considerado ilegal qualquer inquérito instaurado ou sanção imposta ao médico.

Observa-se que a Lei de Transplantes de Órgão e Tecidos, Lei nº 9434/97, no *caput* e parágrafo 1º de seu artigo 10°, menciona o consentimento informado, ao declarar que só haverá transplante se o receptor aceitar de forma expressa, podendo ser inclusive por intermédio de um representante legal. A vontade nesse caso é fundamental, pois se ela não existir o procedimento não poderá ser realizado. Por meio da analogia, dá para equiparar a transfusão de sangue como uma forma de transplante, considerando que o sangue se compõe em tecido líquido. Desta forma, tal medida só poderá ser realizada se o receptor consentir expressamente, ou no caso, se este não tiver como expressá-la, terá que adotar o princípio da representação.

Tal posicionamento legislativo prestigia a dignidade do paciente, o direito de autodeterminar-se e fazer escolhas existenciais, como no caso do consentimento informado. Não podendo o respeito à vontade do paciente configurar no delito de omissão de socorro, do artigo 135 do Código Penal.

Não se enquadra em omissão de socorro, visto que o agente ativo, no caso o médico, ele não possui a vontade livre e consciente de não prestar assistência, não há dolo por parte dele, pois ele está apenas respeitando as determinações e vontade do paciente. Só seria punível se fosse a título de dolo, seja direto ou eventual, considerando que o dispositivo pune o agente que possui condições para prestar socorro, e assim não procede, por uma deliberação livre e consciente.

Além disso, como Álvaro Villaça salienta tratar um enfermo por meio de técnicas alternativas que dispensam o uso de transfusão de sangue halogênico não caracteriza o tipo penal de "deixar de prestar assistência."

Contudo, isso não significa que o médico está autorizado a abandonar o paciente, em caso deste recusar o tratamento oferecido, visto que os profissionais da saúde têm o dever de cientificar o paciente quanto a existência dos tratamentos alternativos existentes e dos hospitais que irão melhor acatar suas determinações. Se o estabelecimento de saúde recusar, o paciente irá incorrer em ato discriminatório passível de responsabilização na seara civil e criminal, em razão da grave violação à dignidade e a liberdade de crença.

O médico tem o dever de buscar todos os métodos alternativos ao seu alcance, todavia, se considerar que está impossibilitado em prosseguir no atendimento, tem a discricionariedade de renunciar, desde que encontre um substituto e ele seja recepcionado pelo paciente.

Atualmente há uma procura em conferir maior autonomia ao enfermo, como é possível averiguar, tanto que o Código de Ética da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, adotado pela Organização Mundial de Saúde, adota essa postura ao reconhecer o direito dos pacientes de serem informados dos benefícios da transfusão e/ou terapias alternativas, podendo ele manifestar a sua vontade, seja ela contrária ou a favor.

Há uma busca constante em respeitar a manifestação de vontade do paciente e o seu direito subjetivo de optar por um tratamento de saúde que melhor lhe convier dentre as opções apresentadas, sendo essa manifestação de vontade realizada por meio do consentimento informado.

O consentimento informado é definido por Nery, como uma verdadeira aspiração de autodeterminação, como o desempenho do direito da personalidade. É o caso de uma alteridade abstrata erga omnes, isto é, direcionada contra todos da sociedade.

### 3.2. Termo de consentimento informado

Foram realizadas inúmeras experiências humanas na área da medicina durante a Segunda Guerra Mundial nos campos de concentração, os quais os interessados não estavam cientes do que se tratavam e, na maioria das vezes, nem acometidos de nenhuma moléstia para tanto. Após esse período surgiu um assíduo debate no mundo jurídico da necessidade de o paciente ser informado sobre o tratamento que seria submetido, resguardando assim sua dignidade humana. Desse modo, de acordo com o pensamento do filósofo Immanuel Kant, o homem passou a ser considerado como um fim em si mesmo, tendo em vista a sua autonomia enquanto ser racional, e não mais um meio para os seus próprios fins, não havendo mais uma coisificação e instrumentalização do ser humano.

Durante os julgamentos de Nuremberg (1947), na Alemanha, foi formulado um Código que consagrou de forma expressa o consentimento informado, em reação às experiências humanas realizadas. O consentimento informado diz respeito à relação existente entre o médico e o paciente, o qual possui o direito de estabelecer limites ao seu tratamento, podendo a decisão do paciente se pautar em reflexão moral, religiosa e etc.

É o poder de autodeterminação do paciente no campo das ciências biomédicas, que abrange a ideia da autonomia da vontade. Ou seja, é a faculdade do sujeito de escolher o tratamento em que melhor atendam "a seus próprios interesses, conduzindo sua vida com liberdade e em harmonia com seus anseios e objetivos, segundo o que melhor lhe aprouver, tornando-se o elaborador das normas que regularão sua vida e o autor do seu próprio destino". Então, com o poder de tomar decisões conferidas ao paciente, ele exerce sua liberdade de escolha nas questões em que envolvem seu corpo e sua vida.

De acordo com Débora Gozzo, é um negócio jurídico que integra o direito da personalidade do paciente, tendo respaldo no direito fundamental à liberdade no artigo 5, *caput*, da Constituição Federal de 1988, ou seja, só se fala em

autonomia se houver liberdade. Bem como, no direito à intimidade, como fundamenta o artigo 5, inciso X do mesmo texto legal. Tendo em vista que os direitos fundamentais não são apenas uma proteção contra eventuais abusos do Estado, mas também contra quaisquer atos ilícitos que sejam perpetrados contra os direitos da personalidade dos particulares, mesmo diante de outro particular.

Desse modo, o consentimento informado não é apenas indispensável para conceder legitimidade ao início do tratamento médico, mas também se trata de um direito da personalidade. Sendo o seu objetivo resguardar a liberdade e a intimidade do paciente, tendo em vista a possibilidade de ser recusada a execução de uma intervenção médica, apesar de existir contundentes recomendações técnicas para que se realize independente da motivação, podendo ser por razões éticas, religiosas, pelo receio das consequências, como o risco de sequelas ou por qualquer outro motivo, declarado ou não. Segundo João Vaz Rodrigues:

> *"A protecção desta esfera físico-psíquica está sob a tutela do direito geral de personalidade, designadamente a autonomia, a liberdade e a integridade, formas descentralizadas da tutela jurídica da personalidade, entre o mais, no respeito pelas opções do paciente, inclusive pela eventualidade de este não aceitar qualquer intervenção médico-medicamentosa."*[13]

Contudo, só é possível o paciente exercer sua autonomia se o médico lhe prestar todas as informações que sejam necessárias ao seu esclarecimento. De acordo com o direito consumerista (Lei n.º 8.078/90), o qual abarca a relação médico-paciente no tocante ao dever de informação, sendo um princípio fundamental deste código, previsto em seu artigo 6º, inciso III, e deve ser prestada de forma transparente para que a sua anuência, ou não, a realização do procedimento, reflita sua autonomia. Nesse sentido, Fernando Campos Scaff salienta que:

> *"O agente responsável pelo tratamento possui determinadas informações técnicas cujo acesso não é livre para a generalidade das pessoas, mas que devem ser aptas a promover a efetivação das medidas idôneas ao combate da moléstia enfrentada."*[14]

Adverte o desequilíbrio existente nessa relação, e isso só será sanado com o "consentimento informado", que promove o equilíbrio levando em conta que o lado mais fraco é do paciente e devendo ser interpretada dessa forma, no que tange o direito à saúde. Porém, essa proteção não é meramente aos limites contratuais, mas também a integridade física e moral do indivíduo, sendo essa uma das facetas mais importantes de sua proteção.

A relação médico-paciente exige requisitos de validade, para que haja o exercício da autonomia privada que produzam efeitos jurídicos, que excepcionam ou apenas perfazem os pressupostos dos atos jurídicos em geral, expressos no artigo 104 do Código Civil. São eles: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos.

Sendo assim, deve estar sempre presente o consentimento informado independente da forma em que foi a constituição da relação jurídica com o médico, mesmo se não foi livremente escolhido o profissional. Considerando não apenas como expressão de uma das condições para o início do tratamento médico

---

[13] Débora Gozzo cita o autor em seu livro Bioética e Direitos Fundamentais. GOZZO, Débora. *Bioética e direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012, p. 103.

[14] SCAFF, Fernando Campo. *Direito à saúde no âmbito privado*: *contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

ou dever de atendimento, mas também como legítima manifestação de um dos direitos da personalidade, a liberdade.

Com a aprovação do Código de Ética Médica por meio da Resolução CFM n.º 1.246 em 1988, no Brasil, firmou-se o direito do paciente de consentir, de forma livre e esclarecida, no procedimento a ser realizado, sob pena de incorrer em infração ética pelo profissional de saúde.

O enfermo deve ter desse modo, o esclarecimento do seu diagnóstico, às possibilidades de tratamentos e seus efeitos, sejam eles positivos ou negativos. Devendo o paciente ter discernimento para tomar essa decisão, isto é, que ele tenha uma compreensão da situação em que se encontra, após receber as informações do seu estado de saúde. Portanto, ficam excluídos aqueles que estão em estados psíquicos alterados, seja por alguma situação traumática, ou por estar sob efeito de alguma substância que lhe impeça ou dificulte de forma significativa a sua cognição. Além do mais, tal decisão não pode ser tomada por meio de condicionadores externos, ela deve ser livre, não admitindo quaisquer vícios, sejam eles sociais ou de consentimento. Comportando apenas condicionantes da própria consciência do paciente.

A lei não determina uma forma em que a vontade do enfermo deve ser manifesta, e considerando o que expressa o artigo 107 do Código Civil, impera a liberdade das formas, pois não há nada que determine algum procedimento especial. Desse modo, a manifestação por ser realizada oralmente ou escrita.

Ocorre na prática, em atenção ao artigo 4º, inciso IX, da Portaria 1820/09, o profissional da saúde requerer um termo assinado, declarando que se abstém de sangue ou que a declaração seja realizada perante algumas testemunhas.

Há a possibilidade das Testemunhas de Jeová de se prevenirem e externar previamente um documento exprimindo suas determinações. Tendo em vista que, mesmo, porventura, estiver em um estado que não possa expressar sua vontade, o médico deverá respeitá-la, porque ela não deixou de existir por não conseguir externa-la. Tanto que a lei vem reconhecendo os testamentos, por meio dos quais, a vontade do titular deve ser respeitada.

As Testemunhas de Jeová geralmente se previnem por meio dos testamentos vitais, neste documento constam todos os procedimentos que deseja ou não aceita, no caso em que não estiver em condições para manifestar-se, sem constituir um procurador. Porém, alguns nomeiam algum procurador de cuidados de saúde, que é um documento em que indica outra pessoa para tomar decisões sobre os procedimentos que poderão ser realizados em nome do signatário, quando este não estiver em condições para tomá-las.

O instituto do procurador de cuidados de saúde evita a conhecida procuração em branco, só havendo a possibilidade da procuração in rem própria. Além disso, ele é contemplado no artigo 5º, inciso VII, da Carta dos Direitos e Deveres dos Usuários de Saúde, a Portaria nº 1820/09 do Ministério da Saúde, como expressão da sua autonomia.

A procuração e o testamento vital possuem forma livre e vinculam juridicamente, visto que os profissionais devem cumprir, sob pena de responderem civil, ética e criminalmente. E também eximem o profissional, pois quando o paciente recusa determinados tipos de tratamento, ele assume as consequências

resultantes do seu ato, retirando a responsabilidade do médico, consoante ao que determina a Portaria nº 1820/09, em seu artigo 6º, inciso V.

Há um reconhecimento dos tribunais, de todo o mundo, do documento Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde denominado: Diretrizes Antecipadas Relativas a Tratamentos de Saúde e Outorga de Procuração (DATOP), ele delimita as deliberações quanto a tratamentos de saúde tomadas previamente pelo paciente, nomeando também dois procuradores para escolherem em seu nome, caso esteja impossibilitado de se manifestar.

A Resolução nº 1995/12, do Conselho Federal de Medicina determinou a validade do testamento vital no Brasil, devendo a vontade ser respeitada, mesmo quando forem casos terminais. Podendo ser instituído de forma escrita ou através de um acordo verbal entre o paciente e médico, mas por medida de segurança, é preferível que seja estabelecido por meio de documento escrito e com pelo menos duas testemunhas. Além disso, há a recomendação de que sejam nomeados procuradores de vida, de preferência que constituam um número ímpar de procuradores, para possível avença que possa ocorrer e ela possa ser decidida de forma democrática.

Devem-se observar as vontades preestabelecidas do paciente, as quais devem ser respeitadas, não podendo ser contrariadas nem mesmo por um paciente próximo, que se recusam a seguir as orientações que foram descritas no testamento vital, a não ser que ele tenha sido designado pelo próprio enfermo. Além disso, é claro que o médico não poderá se contrapor ao testamento vital, devendo ele apenas orientar o paciente, e se possível, participar da concepção do testamento.

Essas medidas adotadas evidência cada vez mais o poder de autodeterminação, sendo que o uso do testamento ou de procuração só irá comportar se o enfermo não tiver como expressar a sua vontade, porém, se não possuir nenhum óbice, o paciente será consultado, mesmo que ele já tenha redigido um documento previamente.

Todavia, aparentemente o Código Civil de 2002 não acolheu o consentimento informado, pois apesar de no artigo 15 declarar que ninguém será constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, limita a autonomia do paciente quando houver risco de morte, independente, nesse caso, de seu consentimento informado. De acordo com Débora Gozzo, tal postura legislativa afronta a dignidade humana, tendo em vista que lesiona o exercício do direito à liberdade, pois se ele é capaz e está consciente, tendo o poder de decidir livremente, a escolha deve ser sua, a partir da informação que recebe de seu médico.

Tendo em vista que esta autonomia concedida ao paciente de determinar o que poderá ser feito no seu corpo, é o que assevera a identificação do paciente como um sujeito de direitos e não como um simples objeto do ato médico.

Segundo Celso Ribeiro de Barros, seria desarrazoado existir um mandamento legal o qual impusesse a obrigação a certo tratamento, mesmo em iminente perigo de morte, sendo o consentimento fundamental. Devendo as Testemunhas de Jeová ter a discricionariedade de poderem recusar-se, não podendo por vontade médica, serem constrangidos a sofrerem determinada intervenção.

Ademais, deve-se levar em consideração que a transfusão de sangue é um procedimento que implica altos riscos para o paciente, pois pode resultar em uma reação hemolítica transfusional fatal, incompatibilidade ABO, imunomodulação, bem como é possível transmitir doenças virais como HIV, hepatite A ou C, ou doenças bacterianas. Além disso, ainda há risco de tais vírus ou bactérias sofrerem mutações durante o tempo de incubação.

Desse modo, as Testemunhas de Jeová tem a legitimidade de não aceitarem o sangue halogênico, visto que apesar de toda diligência empregada para a doação de sangue, segundo o Dr. Lawrence T. Goodnough[15], no documentário Transfusion Alternatives – Documentary Series, "no caso de doação de sangue, seja o caso de uma unidade halogênica ou de doação autóloga pré-operatória, sempre há riscos de erro administrativo.".

Tendo em vista que todos os testes que são disponibilizados, tanto nacionalmente como internacionalmente, não podem dar garantia absoluta da inexistência de riscos para o paciente, como a doutrinadora Maria Helena Diniz reconheceu, haja vista que sempre poderá existir a janela imunológica, consequentemente não detectando a presença de patologias ou produzindo resultados falsos negativos.

Os benefícios reais das hemácias em nenhum momento foram demonstrados, contudo, alguns profissionais entendem ser o único caminho, apesar de compreenderem os riscos provenientes do sangue e ser possível observar que os procedimentos sem transfusão dão resultados melhores. Ademais, alguns especialistas concluíram que as transfusões de sangue possuem relação direta com o aumento da morbidade e mortalidade.

O documentário Transfusion Alternatives – Documentary Series retrata que muitas vezes foi empregada à técnica de transfusão de sangue desnecessariamente, tendo em vista o artigo científico publicado em 1994, pelo "Sanguis Study Group", o qual realizou uma pesquisa em diversos institutos médicos, e constataram que em um mesmo procedimento cirúrgico, com um quadro clínico semelhante, o uso de sangue variava absurdamente de um instituto para o outro, em razão do protocolo que era adotado em cada um deles.

Por isso, diante de tantos riscos, é direito do paciente recusar tratamento que contenha a utilização de sangue halogênico, e o desrespeito à negativa do paciente enseja responsabilidade civil do profissional de saúde, conforme Álvaro Villaça de Azevedo. Não devendo tal recusa levar em consideração o estado do paciente, tendo em conta que a gravidade do seu estado clínico não lhe suprime a sua condição de ser humano, devendo se observar que o Estado Democrático de Direito prima pela autodeterminação do paciente e dignidade da pessoa humana.

Vale pontuar que a excludente do inciso I, do parágrafo 3º, do artigo 146 do Código Penal, trata de casos os quais o consentimento é presumido, em que o médico supõe que o paciente anuiu, em função de o paciente estar em iminente perigo de morte, não podendo expressar a sua vontade, e não há nenhum documento que ofereça as diretrizes antecipadas sobre os tratamentos que devem ser realizados.

[15] Diretor do Centro de transfusão Barnes Jewish Hospital, St. Lowis, Missori, Etats-Unis.

Apesar de alguns autores, como é o caso do Júlio César Galán Cortés, que não concordam com presunção automática da vontade do paciente por meio de apresentação de algum documento de identificação religiosa que faça presumir a sua negativa, pois sua vontade pode alterar a qualquer momento e deve ser a oposição ser expressamente atualizada.[16]

Dessarte, a opinião do enfermo deve ser reconhecida, porque compelir alguém a ser submetido à transfusão de sangue representa um desrespeito a sua dignidade e convicções, bem como viola o próprio Estado Democrático de Direito.

Contudo, ainda é tudo muito incerto quanto à liberdade de autodeterminação e o respeito de crença das Testemunhas de Jeová, pois muitas mudanças poderão ocorrer em 2020, referente a esse tema, tendo em vista será analisado no Recurso Extraordinário (RE) 1212272, que, por unanimidade, em 25/10/2019, teve sua repercussão geral reconhecida no Plenário Virtual, colocado em pauta como Tema 1069, em que se discute "à luz dos artigos 1º, inciso III; 5º, caput e incisos II, VI e VIII; e 196 da Constituição Federal, o direito de autodeterminação dos testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão da sua consciência religiosa."

**Conclusão**

Questões como essas nos fazem refletir qual é o real sentido de uma Democracia e se de fato vivemos em uma. Falamos tanto em um Estado Democrático de Direito, mas quando nos referimos a ele, realmente sabemos o seu significado? Ou apenas nos referimos por parecerem palavras bonitas a serem ditas?

Viver em um Estado Democrático de Direito é entender que todas as lutas que são a favor de sua manutenção, também são suas. Perceber que apesar de as "dores" não serem nossas, trata-se de um problema social, pois, todas as pessoas humanas são revestidas de direitos, e o respeito a eles é essencial à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Isto é, estar em legítimo Estado Democrático de Direito é perceber que não é necessário compreender as diferenças, mas respeitá-las. É a pessoa poder escolher a crença em que quer seguir, realizar suas liturgias e viver de acordo com suas convicções. A liberdade religiosa é fundamental para esse processo, pois não respeitar a fé de alguém é perfurar as entranhas do seu ser, tirar uma essência, a sua personalidade. Até porque, para aquele que tem fé, existem valores que antecedem a criação do próprio Estado.

Não se trata de um "grupo de fanáticos" ou que acreditam em curas baseadas pela fé, como alguns preconceituosamente acreditam, e muito menos há uma abdicação por parte deles ao seu direito à vida. Eles só procuram por respeito a sua fé, de poder viver de acordo com o que acreditam, de ter a sua liberdade individual respeitada e poder escolher os tratamentos e procedimentos alternativos que se adequem ao que acreditam.

A aceitação da transfusão de sangue nunca foi sinônimo de garantia de vida, muito menos uma sentença de morte. Pois apesar de alguns doutrinadores ainda sustentaram que existe uma antinomia dos direitos fundamentais, vida e

[16] GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad médica ys. informado*. Madrid: Civitas, 2001, p. 241.

liberdade religiosa, os avanços científicos vieram para comprovar que inexiste colisão ou indisponibilidade de direitos fundamentais.

A evolução da medicina viabilizou o respeito à liberdade religiosa, e a manutenção do direito à vida, em função dos diversos tratamentos alternativos, que demonstraram muitas vezes serem mais eficazes que a utilização do sangue halogênico. Tanto que essas novas técnicas estão sendo utilizadas não só com os adeptos da religião, Testemunha de Jeová, em razão dos benefícios existentes.

É nítido que atualmente esses direitos fundamentais, vida e liberdade religiosa, têm como se aliarem e preservarem a autonomia privada do paciente, que poderá pautar sua escolha livre e esclarecida, por meio de sua compreensão do mundo à sua volta, após uma análise crítica de si mesmo e do mundo, estabelecendo relações a partir de seus pré-conceitos. Não devendo o médico de forma antiética constrangê-lo e submetê-lo a um procedimento que não consentiu, por ser contrária a suas convicções.

O paciente deve ser reconhecido como um sujeito de direitos, e não um objeto nas "mãos do médico", necessitando que haja um respeito pela dignidade da pessoa humana e liberdade de escolhas conscientes. Sendo este, inclusive, o posicionamento do Código de Ética Médica, ao resguardar o direito do paciente de decidir sobre sua pessoa, garantindo-lhe uma existência digna.

E é só assim que esses indivíduos serão capazes de alcançarem a própria felicidade, pois o direito da busca da felicidade só é possível com a concretização de alguns direitos que são inerentes a uma vida digna, propiciando, assim, que o indivíduo procure e dê um propósito para sua vida. Poder, desse modo, na forma mais pura da acepção de liberdade religiosa, escolher e professar a fé em que quiser, sem o risco de ser discriminado. Pois "o homem sem sua fé é como um pássaro sem asas"[17], é um ser sem esperança, pois "a fé é o firme fundamento das coisas que se esperam, e a prova das coisas que não se veem."[18]

Desta forma, os médicos não devem ser responsabilizados apenas quando não possuía meios de identificar a vontade do paciente, e este estava sob iminente risco de morte, em função do dever médico de agir, como garante. Porém, se for manifesta a recusa do paciente, pessoalmente ou tiver algum documento que expresse a sua vontade, seja até por intermédio de representante, deve-se está ser respeitada, sob pena de responsabilização do médico, em razão do constrangimento ilegal e a violação dos direitos da personalidade, mais especificamente, a liberdade religiosa.

A democracia ficará no escuro até o julgamento do Recurso Repetitivo, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o qual está sendo aguardado ansiosamente pelas Testemunhas de Jeová e que esperam uma decisão positiva, tendo em visto que tal decisão irá influenciar de forma significativa a liberdade religiosa e a dignidade dos integrantes dessa comunidade, pois transcende aos interesses subjetivos da causa.

Seja como for, independente se professa alguma religião ou não, é de interesse de todos nós a defesa de um Estado Democrático de Direito, visto que só

[17] BRASIL. Casto, Eduardo. Disponível em: https://www.pensador.com/frase/MTg3NzA0MA/. Acesso em: 03 ago. 2020.
[18] Bíblia, Hebreus, 11:1.

assim será possível ter como finalidade básica o respeito ao ser humano, e dar condições mínimas para o desenvolvimento da personalidade humana. Dessa forma, necessitamos compreender, de antemão, que "estamos na mesma tempestade, apesar de não estarmos no mesmo barco"[19], pois só assim que retiraremos as vendas da ignorância e lutaremos contra tudo aquilo que é antidemocrático.

**Referências bibligráficas**


AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer Jurídico, autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante O Novo Código De Ética Médica.** Resolução CFM 1931/09. São Paulo, 8 de fevereiro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Parecer Jurídico, legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais.** Rio de Janeiro, 5 de abril de 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 9. ed. e rev. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** parte geral. 14. ed. e rev. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2016.

GOZZO, Debora. **Bioética e Direitos Fundamentais.** 1. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

NAMBA, Edson Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito:** Lei n. 12.004, de 29 de julho de 2009 e Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. 1. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Parecer Jurídico, escolha de tratamento médico por paciente Testemunha de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais atualizado conforme o Novo Código de Ética Médica - Resolução CFM 1931/09.** São Paulo 22 set. 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 41. ed. e rev. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2018.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. v. 3.


[19] BRASIL. "VICTORINO". Leitor do BG publica reflexão: Estamos na mesma tempestade, mas não no mesmo barco. Julguemos menos. Tanto o que não tem, quanto o que tem de sobre". Disponível em: https://www.blogdobg.com.br/leitor-do-bg-faz-reflexao-estamos-na-mesma-tempestade-mas-nao-no-mesmo-barco-julguemos-menos-tanto-o-que-nao-tem-quanto-o-que-tem-de-sobra/. Acesso em: 03 ago. 2020.

TRANSFUSION ALTERNATIVES DOCUMENTARY SERIES. Produzido pela Torre de Vigia de Nova Iorque e Associação Internacional dos Estudantes da Bíblia do Brooklyn, Nova Iorque. EUA, 2002. 1 DVD (27 min.).

# COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL À LUZ DO CPC/15: UM ESTUDO SOBRE COMPETÊNCIA TERRITORIAL

**ANA CAROLINA DE MATTOS**[1]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Cooperação Internacional. 1.1 O conceito de cooperação internacional. 1.2 Princípios constitucionais que norteiam as relações internacionais no Brasil. 1.3 A relevância do tema nos dias atuais. 2. Cooperação Jurídica Internacional. 2.1 Cooperação Jurídica Internacional à luz do CPC/15. 2.2 Objeto e modalidades de Cooperação Jurídica Internacional. 2.2.1 Carta rogatória. 2.2.2 Homologação de sentença estrangeira. 2.2.3 Auxílio direto. 3. Competência territorial internacional. 3.1 Os limites da jurisdição nacional em face a competência concorrente à luz do CPC/15. 3.2 Competência territorial exclusiva da justiça nacional. 3.3 A cláusula de eleição de foro internacional. 4. Análise de casos envolvendo competência do Brasil e Coreia do Sul. 4.1 Caso 1 – Incompetência da justiça brasileira. 4.2 Caso 2 – Cláusula de eleição de foro. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## Introdução

A Cooperação Internacional é um assunto que tem estado em pauta na mídia, considerando a atual situação em que o mundo está vivendo devido a pandemia do Covid-19, apesar de ser uma temática que existe há muitos anos, conquistando o seu avanço com o decorrer do tempo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial em que se passou a prezar pela dignidade da pessoa humana e se estendeu a diversos setores do cotidiano, devido ao fenômeno da globalização que ultrapassou fronteiras e com isso foi necessário que regulamentações fossem criadas, surgindo o que se chamam hoje de Cooperação

[1] RESUMO: O presente artigo tem por finalidade abordar a Cooperação Jurídica Internacional através do Código de Processo Civil de 2015, destacando a importância do tema nos dias atuais, tendo como ênfase do estudo a competência territorial. O método a ser utilizado será o dedutivo, através de pesquisas bibliográficas, documentos públicos como revistas, jornais, monografias, artigos científicos, julgados e princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro. Será apresentado de forma breve os conceitos indispensáveis a respeito da cooperação internacional e como ela se desenvolve na seara jurídica através das modalidades previstas no CPC/15, quais sejam, a carta rogatória, a homologação de sentença estrangeira e o auxílio direto. Será desenvolvido o conceito de competência territorial, os limites da jurisdição nacional, a eleição de foro e a análise de casos reais em que foram discutidos a competência nacional e cláusula de eleição de foro, envolvendo o Brasil e a Coreia do Sul.
Palavras-chaves: Cooperação Jurídica Internacional - Competência territorial - Código de Processo Civil - Brasil e Coreia do Sul.
Abstract: The purpose of this article is to address International Legal Cooperation through the 2015 Code of Civel Procedure, highlighting the importance of the topic today, with the emphasis on territorial competence. The method to be used will be the deductive one, through bibliographic searches, public documents such as magazines, newspapers, monographs, scientific articles, judgments and guiding principles of the Brazilian legal system. It will be briefly presented the indispensable concepts regarding international cooperation and how it develops in the legal field through the modalities provided for in CPC/15, namely, the letter rogatory, the homologation of foreign judgment and direct assistance. The concept of territorial jurisdiction, the limits of national jurisdiction, the choice of forum and the analysis of real cases in which national jurisdiction and the forum election clause, involving Brazil and South Korea.
Keywords: International Legal Cooperation - Territorial competence - Civil Procedure Code - Brazil and South Korea.

Jurídica Internacional, principalmente, através de tratados e leis infraconstitucionais de cada nação, para que não houvesse conflitos de jurisdições e dificuldades para resolver os litígios.

O Brasil é signatário de diversos tratados e possui cooperação com muitas nações, além dos tratados e da norma constitucional que prevê a cooperação entre os povos, o Código de Processo Civil de 2015 tratou sobre o tema em capítulo específico, demonstrando a valorização do legislador perante o tema.

A Cooperação Jurídica Internacional é desenvolvida através da homologação de sentença estrangeira, carta rogatória e o auxílio direto, previstos a partir do capítulo II, iniciando no art. 26 até o art. 41 do mencionado ordenamento jurídico. Faz-se necessário, portanto, que as normas internas de um país regulamentem a questão da competência territorial, que é dividida em interna e externa, sendo a externa o foco do presente artigo, para que se delimite os limites e o alcance da jurisdição, não se interferindo na soberania estatal de outra nação e também para que não haja violação externa, pois a fim de que haja validade e eficácia de uma decisão é necessário ser proferida por autoridade absolutamente competente.

O Código de Processo Civil de 2015, a partir de agora passará a ser denominado pela siga "CPC/15", dispõe sobre a competência territorial internacional, capítulo nomeado como "limites da jurisdição nacional", a partir do art. 21 ao 25 e ao final deste estudo, será analisado casos concretos envolvendo território brasileiro com o território sul coreano em que o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a incompetência nacional e também a cláusula de eleição de foro em contrato internacional.

## 1. Cooperação Internacional

O tema pode não ser considerado novo, apesar disso, tem estado cada vez mais em pauta nas discussões governamentais, pois os países buscam melhorias em suas relações, considerando que o termo globalização vem cada vez mais se expandindo e afetando diretamente as nações e sua população.

Eiiti Sato introduz o tema da seguinte forma:

> A disseminação da industrialização e da modernidade para dezenas de países que passaram a integrar uma sociedade verdadeiramente globalizada, fez com que uma das dimensões marcantes nas relações internacionais desde a Segunda Guerra Mundial fosse a expansão da cooperação internacional como prática institucionalizada pelos governos.[2]

Sendo assim, temos que a globalização é um ampliador de informações, gerando diversas espécies de relações, sejam elas governamentais ou privadas nas esferas comerciais, políticas, econômicas, tecnológicas e muitas outras,

---

* O presente artigo foi escrito durante o curso de Especialização em Direito Processual Civil, da Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI, no primeiro semestre de 2020, como exigência parcial para conclusão do curso, sob orientação dos Profs. Drs. Gilberto Carlos Maistro Jr. e Tarso Menezes de Melo.

* Ana Carolina de Mattos. Advogada. anacmattosadv@gmail.com

[2] SATO, Eiiti. Cooperação internacional: uma componente essencial das relações internacionais. Rev. Reciis, v.4, n.1, p. 46. 2010. Disponível em: https://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/38542. Acesso em: 16 maio 2020.

proporcionando um novo patamar, encurtando as distâncias, gerando uma verdadeira cultura global e em decorrência dessa diversidade se faz necessário a cooperação internacional para que haja uma regulamentação para guiar as relações externas.

### 1.1 O conceito de cooperação internacional

A cooperação internacional pode ser interpretada através do significado literal de três palavras: cooperação, fronteira e globalização. O dicionário Aurélio nos diz que "cooperar" significa "trabalhar em comum; colaborar;"[3], seguindo na mesma linha, temos que fronteira é a "extremidade de um país ou duma região do lado onde confina com outro"[4] e globalização seria "processo de integração entre as economias e sociedades de vários países, esp. no que se refere à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informações."[5]

Destarte, a cooperação internacional não trata apenas de colaboração mútua, mas sim de relações internacionais em diversos setores, haja vista que fronteiras apenas delimitam o território para fins de soberania, porque as relações sejam elas públicas ou privadas atualmente ultrapassam qualquer espécie de divisa. Eiiti Sato simplifica dizendo que na cooperação internacional, os governos e instituições desenvolvem "programas que levam em consideração benefícios e também problemas que, potencialmente, podem ser estendidos para mais de uma sociedade e até mesmo para toda comunidade internacional".[6]

Fala esta que, apesar de escrita no ano de 2010, se enquadra perfeitamente na atual situação em que o mundo está vivendo, devido a pandemia do covid-19 que se estendeu por todo o globo e que a cooperação internacional, como veremos adiante, é de extrema importância.

### 1.2 Princípios constitucionais que norteiam as relações internacionais no Brasil

O art. 4º da Constituição Federal é o responsável por nortear os princípios que regem as relações internacionais de política externa e atos realizados pelo Itamaraty, voltados a administração de políticas com outras nações e instituições internacionais.[7]

Tendo em mente as constituições anteriores, a Carta Magna de 1988 inovou ao elencar os princípios que norteariam as relações internacionais, consagrando o respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional[8] e desde o momento em que o legislador fundamentou os princípios que regeriam as relações internacionais na Constituição Federal de 1988, para Flávia Piovesan, o Brasil se propôs "a fundamentar suas relações com base na

[3] FERREIRA, Aurélio. *Mini Aurélio, o dicionário da língua portuguesa*. 8ª ed., p. 199.
[4] FERREIRA, Aurélio *Mini Aurélio, o dicionário da língua portuguesa*. 8ª ed., p. 364.
[5] FERREIRA, Aurélio *Mini Aurélio, o dicionário da língua portuguesa*. 8ª ed., p.381.
[6] SATO, Eiiti. *Cooperação internacional*: *uma componente essencial das relações internacionais*. Rev. Reciis, v.4, n.1, p. 46. 2010. Disponível em: https://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/38542. Acesso em 16 maio 2020.
[7] CF comentada, p.
[8] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.101-102.

prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal."[9]

Enfatiza-se, entretanto, o inc. IX, que alude a cooperação entre os povos:

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> I- independência nacional;
> II- prevalência dos direitos humanos;
> III- autodeterminação dos povos;
> IV- não intervenção;
> V- igualdade entre os Estados;
> VI- defesa da paz;
> VII- solução pacífica dos conflitos;
> VIII- repúdio ao terrorismo e ao racismo;
> **IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade**;
> X- concessão de asilo político.
> Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (g.n)

Valerio de Oliveira Mazzuoli ressalta que o disposto no art. 4º, inc. IX, da Constituição Federal, contribui para direcionar a política externa à efetiva cooperação internacional, senão, não haverá avanços para o progresso da humanidade.[10]

Ana Flávia Messa salienta que o dever de cooperação está relacionado a manutenção da paz, o respeito aos direitos fundamentais, a criação de meios propícios para criar um desenvolvimento econômico, social, cultural e educacional.[11]

A cooperação internacional estende-se para diversas áreas, desde a questões humanitárias, econômicas, políticas, científicas, tecnológicas, meio-ambiente, educação, saúde, cultura, como também o judiciário, o que efetivamente compete este estudo.

### 1.3 A relevância do tema nos dias atuais

A cooperação internacional se analisado através da história, constata-se que sempre existiu, principalmente em questões voltadas a guerra e entre países mais ricos. Todavia, foi após a Segunda Guerra Mundial que se passou a ter exemplos melhores, voltados aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Analisando a cooperação em uma época não tão distante, ameaças a saúde vem e vão, como exemplos temos a gripe espanhola, aviária, H1N1, que não tomou dimensões mais trágicas à época, certamente por medidas preventivas organizadas através dos governos e coordenações com agências internacionais voltadas a saúde pública.[12]

---

[9] [9] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p.103.
[10] MORAES, Alexandre de Moraes...[et al.]. *Constituição Federal Comentada*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 35.
[11] MESSA, Ana Flávia. *Direito Constitucional*. Rideel, 2010. p. 125.
[12] SATO, Eiiti. Cooperação internacional: uma componente essencial das relações internacionais. *Rev. Reciis*, v.4, n.1, p. 47. 2010. Disponível em: https://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/38542. Acesso em: 16 maio 2020.

Agora, analisando sob a ótica de uma ameaça ainda mais recente, o mundo vive hoje em meio a pandemia do Novo Coronavírus, sendo necessário o isolamento social, colocando em xeque a estrutura dos governos, abalando a economia e mais do que nunca elevando a saúde como o fator principal e em meio ao caos, a cooperação internacional se faz extremamente necessária, tendo em vista que há países que tiveram um avanço no índice contra o vírus.

O Embaixador da Coreia do Sul no Brasil, destacou em discurso publicado no Correio Braziliense que é o momento de compartilhamento de informações sobre a doença, planos de combate, cooperação no desenvolvimento de medicamentos e vacina,[13] e exemplificou a situação da Coreia, que é hoje um dos países com menor índice de mortes:

> A Coreia, a partir da identificação da primeira infecção pela covid-19, enfrentou sérias dificuldades com o expressivo aumento. [...] Mas, hoje, o país se encontra em situação de estabilidade, com número de casos confirmados diários abaixo de 10 e quase sem ocorrência de óbitos. [...] Para exemplificar, a autoridade coreana na área da saúde tem compartilhado as experiências de combate à covid-19 com a comunidade internacional por meio da realização de seminários virtuais.

O Embaixador Kim Chan-Woo, informou importante cooperação existente entre a Coreia do Sul e o Brasil, sendo que o Estado de São Paulo importou 1,3 milhão de kits de diagnósticos da Coreia, além de muitas outras importações pelos territórios brasileiros. O diplomata ainda destacou que é uma cooperação bilateral delimitada à Covid-19, mas que possui grandes expectativas de que essa ação fortalecerá ainda mais a cooperação entre a Coreia e o Brasil.[14]

A cooperação no setor judiciário se faz tão necessária quanto, pois as relações privadas se tornaram progressivas entre os países, não se limitando apenas ao direito penal, como também o direito civil, comercial, econômico, administrativo e tributário. Sendo assim, fundamental que haja um regulamento – no caso, os tratados – para que os países cooperem entre si na realização de citações, obtenção de provas, oitiva de testemunhas.

## 2. Cooperação Jurídica Internacional

O Poder Judiciário possui a função de defender os direitos e resolver os litígios quando provocado que acontecerá através de um processo, mas para que haja efetividade se faz necessário que as normas processuais viabilizem condições ao magistrado e as partes com instrumentos capazes para que possam ir em busca da tutela do direito material.[15]

No entanto, as relações cíveis não mais se concentram nacionalmente, a globalização é um fenômeno que se expandiu por todo o mundo e pensando nas relações internacionais, é necessário um regulamento para que haja efetividade do direito, porém com cautela para que não se interfira na soberania estatal de outra

---

[13] KIM, Chan-Woo. *A importância da cooperação internacional*. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/05/13/internas_opiniao,854170/a-importancia-da-cooperacao-internacional.shtml. Acesso em: 14 maio 2020.

[14] KIM, Chan-Woo. *A importância da cooperação internacional*. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/05/13/internas_opiniao,854170/a-importancia-da-cooperacao-internacional.shtml>. Acesso em: 14 maio 2020.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil:* teoria do processo civil. 4. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2019. p. 487.

nação, considerando que a jurisdição não possui compromisso apenas com a resolução dos casos, mas também com a estabilidade e confiabilidade da ordem jurídica.[16]

Antônio Pereira Gaio Júnior, pontua que a variedade de tratados na esfera da cooperação jurídica internacional não é de simples trato, considerando que envolve uma dinâmica em determinados momentos e circunstâncias com cunho mais político do que jurídico. O autor ainda classifica em 03 (três) vertentes o campo do processo civil internacional, quais sejam: (i) competência internacional; (ii) reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras; e (iii) tramitação internacional de atos processuais.[17]

Isto posto, para que haja a tutela dos direitos em territórios internacionais, as autoridades jurídicas dependem da cooperação entre as nações, sendo concretizadas em virtude de legislação de origem interna ou em obrigações assumidas através dos tratados internacionais,[18] sendo que o Brasil aderiu a diversos tratados que podem ser encontrados no sítio Ministério das Relações Exteriores[19] e o sítio do Ministério da Justiça,[20] o tópico "cooperação jurídica internacional em matéria cível" trata questões práticas essenciais ao portador do direito para propor os pedidos de cooperação.

## 2.1 Cooperação Jurídica Internacional à luz do CPC/15

O CPC/15 trouxe mudanças significativas sobre o tema, considerando que na legislação anterior, a cooperação era tratada de forma mais breve e prenominavam burocracias que dificultavam a efetivação das demandas. Em razão disso, o legislador buscou inovar em diversos setores do código, sendo enfatizado princípios constitucionais e quanto a cooperação jurídica internacional, sistematizou regras gerais para guiar de maneira mais célere e justa os trâmites processuais de demandas internacionais a serem cumpridas em território brasileiro, dedicando um capítulo exclusivo ao tema, qual seja, o capítulo II, iniciando no art. 26 até o art. 41, do mencionado código.

O art. 26 prevê em seus incisos a exigência as garantias do devido processo legal no Estado requerente,[21] a valorização da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, sejam eles residentes ou não no Brasil, para o acesso à justiça e à tramitação de processos, sendo assegurado a assistência judiciária, se dela necessitarem,[22] a publicidade processual, exceto para as hipóteses de sigilo previstas em legislação brasileira ou no Estado requerente,[23] a existência de uma

[16] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil:* teoria do processo civil. 4. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2019. p.181.
[17] JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. Os limites da jurisdição nacional e a cooperação jurídica internacional no plano do novo código de processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais Online*. vol. 243/2015 p. 537 – 551, indiv. p. 4.
[18] RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado:* teoria e prática. 19. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. p. 319,320.
[19] Acervo de atos internacionais do Brasil. Disponível em: https://concordia.itamaraty.gov.br/. Acesso em: 11 maio 2020.
[20] Cooperação jurídica internacional. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional. Acesso em: 21 abr. 2020.
[21] Art. 26, I, CPC.
[22] Art. 26, II, CPC.
[23] Art. 26, III, CPC.

autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação, que no caso do Brasil, serão realizados pelo Ministério da Justiça, quando não houver designações específicas[24] e espontaneidade para a transmissão de informações a autoridades estrangeiras.[25]

Na ausência do tratado internacional, o Brasil poderá se comprometer a prestar cooperação jurídica internacional também em matéria cível com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática, entretanto, não serão admitidos a práticas de atos que contrariem, afrontem ou que produzam resultados incompatíveis com as normais fundamentais que regem o território brasileiro.[26]

Destarte, salvo as hipóteses expressamente previstas para a recusa a cooperação, não caberá ao judiciário analisar a conveniência da extensão oferecida por tratado internacional, sob a alegação de violação, senão se tratar de violações aos arts. 1º a 17 da Constituição Federal.[27]

Tendo em vista o código anterior, o procedimento para a solicitação da Cooperação Jurídica Internacional era burocrático, moroso, pela lentidão e o envolvimento de diversas instâncias de diferentes poderes e órgãos, como também custoso pelas despesas judiciais, custos com traduções e procuradores, o emprego de diversos idiomas. O código de 2015, buscou de certa forma, viabilizar a prática do auxílio direto, pois assim, evita-se o inconveniente de fazer com que as autoridades assumam atividades sem conexão com suas tarefas principais, participando de atos meramente formais e burocráticos. Outras mudanças também vem ocorrendo e foi valorizada pelo código de modo geral, até mesmo para situações internas é a utilização de videoconferência, no caso de demandar internacionais, com a presença de tradutores.[28]

## 2.2 Objeto e modalidades de Cooperação Jurídica Internacional

O objeto da cooperação jurídica internacional está previsto no art. 27, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> **Art. 27.** A cooperação jurídica internacional terá por objeto:
> I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;
> II – colheita de provas e obtenção de informações;
> III – homologação e cumprimento de decisão;
> IV – concessão de medida judicial de urgência;
> V – assistência jurídica internacional;
> VI – qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.[29]

O rol para o cabimento da cooperação jurídica internacional é apenas exemplificativo, pois o dispositivo acima mencionado deixa claro a natureza

[24] Art. 26, IV, §4º, CPC.
[25] Art. 26, V, CPC.
[26] RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado*: teoria e prática. 19. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. p.321 e Art. 26, §1º e §3º, CPC.
[27] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado.* 3. ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 28.
[28] BAHIA, Saulo José Casali. Cooperação Jurídica Internacional. Temas de Cooperação Internacional. Coleção MPF Internacional. In: Wellington Cabral Saraiva (org.). *MPF*. Brasília: 2015. p. 41/43. Disponível em: http://www.memorial.mpf.mp.br/nacional/vitrine-virtual/publicacoes/temas-de-cooperacao-internacional-1a-edicao. Acesso em: 02 maio 2020.
[29] Art. 27, CPC/15.

exemplificativa ao prever a possibilidade de ter como objeto qualquer outra medida judicial ou extrajudicial[30].

Humberto Theodoro Júnior classifica as modalidades de cooperação jurídica internacional como ativa no caso de o Brasil requerer a prática de determinado ato a algum Estado estrangeiro e passiva, quando a autoridade estrangeira solicitar a realização de ato em território nacional[31] e essa cooperação se dará através da carta rogatória, a homologação de sentença estrangeira e o auxílio direto.

### 2.2.1 Carta rogatória

A carta rogatória é um meio de comunicação internacional, utilizado quando não haja previsão, em tratado ou acordo de cooperação, do emprego de auxílio direto e, quando houver menção expressa no pedido internacional[32]. Segundo o art. 7º da Resolução 9/2005, poderá ter por objeto qualquer ato processual que deva ser executado no Brasil, de conteúdo decisório ou não.

Possui previsão no art. 36 do Código de Processo Civil, sob a supervisão do Superior Tribunal de Justiça, sendo de jurisdição contenciosa, devendo assegurar as partes as garantias do processo legal[33] e estando vedada a revisão do mérito em pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade nacional.[34]

### 2.2.2 Homologação de sentença estrangeira

A homologação é um processo necessário para que a sentença proferida no exterior – ou qualquer ato não judicial que, pela lei brasileira, tenha natureza de sentença – possa produzir efeitos no Brasil.[35]

O tema está previsto em capítulo próprio (VI), tendo início com o art. 960 a 965 do Código de Processo Civil, quanto ao órgão competente para a análise das homologações estrangeiras, após a EC/2004, passou a ser o Superior Tribunal de Justiça.

No que se refere aos requisitos indispensáveis para a homologação da decisão, estão previstos no art. 963 do mencionado código, sendo necessário a autoridade que proferiu a decisão ser competente,[36] a citação deve ser regular, ainda que verificada à revelia,[37] neste ponto, Daniel Assumpção Neves pontua que, na verdade, o que se exige é o contraditório, e ainda ressalta entendimento do Superior Tribunal de Justiça que deverá ser analisada a citação com base na legislação processual do país de origem, onde o réu foi citado, não sendo possível

[30] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. Artigo por artigo. 4. ed. Juspodivm, 2019. p. 75.
[31] p. 196
[32] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo civil comentado*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 36.
[33] Art. 36, caput, §1º, CPC.
[34] Art. 36, §2º, CPC.
[35]Homologação de sentença estrangeira. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Sob-medida/Advogado/Vitrine.aspx. Acesso em: 10 maio 2020.
[36] Art. 963, I, CPC.
[37] Art. 963, II, CPC.

exigir que sigam as regras de citação do ordenamento brasileiro,[38] também deverá ser eficaz no país em que foi proferida,[39] ou seja, tem que ser possível de ser realizada no próprio país requerente, primordial que a decisão esteja acompanhada de tradução oficial, salvo estipulado o contrário em tratado,[40] por fim, não poderá conter manifesta ofensa à ordem pública.[41] O art. 26, §3º prevê que não será exigido a reciprocidade para homologação de sentença estrangeira.

A exceção para a homologação de sentença estrangeira está prevista no art. 961, §5º, para o caso de divórcio consensual e segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a dispensa aplica-se apenas aos casos de divórcio consensual puro ou simples, ou seja, não envolvendo guarda, alimentos e/ou partilha de bens.[42]

Por fim, a execução após homologação, encontra-se prevista no art. 965 do Código de Processo Civil e ocorrerá perante a Justiça Federal de primeiro grau a requerimento da parte interessada, devendo acompanhar a cópia da decisão homologatória.

### 2.2.3 Auxílio direto

O auxílio direto é uma técnica de cooperação internacional que não depende de juízo de deliberação do Superior Tribunal de Justiça para produzir efeitos, admitindo-se sua utilização para qualquer medida judicial ou extrajudicial que não seja proibida pela lei brasileira[43] e desde que não dependa de uma homologação nacional ou análise de formalidades[44]. O pedido sobre ser feito por qualquer órgão estrangeiro interessado, devendo se assegurar da autenticidade e clareza do pedido, [45] levando-se em consideração o previsto nos tratados internacionais e também em reciprocidade manifestada pela via diplomática.[46]

O mecanismo do auxílio direto somente foi normatizado e disciplinado em um código processual brasileiro com o CPC/15, com disposição nos arts. 28 a 34. Contudo, possuía previsão no Regimento Interno do STJ antes da criação do código.[47]

Quanto aos objetos que comporão a auxílio direto estão elencados no art. 30, do Código de Processo Civil, a saber:

> **Art. 30.** Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil faz parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos:

[38] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de processo civil comentado. Artigo por artigo. 2019. p.1676 apud *STJ,* Corte Especial, SEC 5.268/GB, rel. Castro Meira, Corte Especial, j. 07/11/2012, DJe 19.11.2012.
[39] Art. 963, IV, CPC.
[40] Art. 963, V, CPC.
[41] Art. 963, VI, CPC.
[42] Informativo 621/STJ, Corte Especial, SEC 8.542-Ex, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 29.11.2017, DJe 15.03.2018.
[43] LEMOS, Eliza Victória Silva. Monografia: *Soberania e Cooperação Jurídica Internacional:* um estudo sobre auxílio direto. Brasília, 2016. p. 28.
[44] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado.* Artigo por artigo. 4ª ed. Juspodivm, 2019. p. 30.
[45] Art. 29, CPC.
[46] Art. 26, §1º, CPC.
[47]DUARTE, Ben-Hur Klaus Cuesta. Monografia: *Técnicas de Cooperação Internacional:* a homologação de sentença estrangeira. Curitiba, 2017. p. 40.

> I – obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso;
> II – colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira;
> III – qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.[48]

Posto isto, pontua Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "Trata-se de técnica menos formal e com tramitação mais ágil do que a carta rogatória e, por isso, vem-se disseminando no direito internacional".[49]

## 3. Competência territorial internacional

Ao analisar a história humana, quando ainda não existiam os Estados, as resoluções de conflitos eram realizadas pelos próprios envolvidos e o mais forte, geralmente, prevalecia. Sendo assim, as soluções para os conflitos eram parciais, não havia parâmetros de justiça, mas com a evolução das instituições, o Estado passou a assumir para si, a responsabilidade de dar a solução aos litígios, passando a ter uma posição imparcial.[50]

Ocorre que, esse poder de assumir para si a responsabilidade é a manifestação do poder estatal sobre a sua competência territorial, ou seja, o local em que geograficamente encontra-se o seu domínio, seja por terra, mar ou ar.

Jacob Dolinger e Carmen Tiburco, distinguem jurisdição e competência da seguinte forma:

> A jurisdição constitui atributo de todo membro do Poder Judiciário, estabelecendo a faculdade genérica de aplicar a lei ao caso concreto solucionando conflitos de interesses. Já a competência é um atributo específico, que significa a jurisdição, pois só é competente para julgar determinada causa aquele que já tem jurisdição[51].

Dinamarco registra 03 (três) razões para as regras de jurisdição internacional serem estabelecidas, excluindo-se a jurisdição nacional:

> a) impossibilidade ou grande dificuldade para cumprir em território estrangeiro certas decisões dos juízes nacionais;
> b) a irrelevância de muitos conflitos em face dos interesses que ao Estado compete preservar;
> c) a conveniência política de manter certos padrões de recíproco respeito em relação a outros Estados.[52]

A competência territorial é dividida entre a forma interna e externa, sendo a primeira delimitada para a efetividade da jurisdição no próprio território nacional e a externa – qual compete o presente estudo, impõe a soberania de um Estado a outro, não podendo ultrapassá-la.

Sendo assim, a competência é capacidade de exercer o poder outorgado pela lei, no caso do Brasil, é ditado pela Constituição Federal e as leis

[48] Art. 30, CPC/15.
[49] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 191.
[50] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. p. 94.
[51] DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 563.
[52] GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios apud Candido Rangel Dinamarco. *Curso de direito processual civil: t*eoria geral. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. p. 94.

infraconstitucionais e, por sua vez, a jurisdição é justamente este poder, sendo a competência absoluta um requisito de validade para o processo.[53]

### 3.1 Os limites da jurisdição nacional em face a competência concorrente à luz do CPC/15

Através do exposto até o presente momento, tem-se que um determinado Estado, possui competência absoluta dentro de sua jurisdição e para que esse poder seja efetivado é necessário normas que regulamentem os limites da jurisdição e quais as hipóteses em que ambas as nações possam ser competentes para julgar a mesma demanda.

No caso do Brasil, o CPC/15, trata em repartição específica, tendo início no Título II, capítulo I, art. 21 ao 25 do referido código, onde são traçados de forma objetiva, os limites da jurisdição dos tribunais brasileiros diante dos órgãos judiciários estrangeiros.[54]

Ao se comparar com código anterior, a expressão utilizada para ditar as regras de competência territorial em âmbito nacional foi elogiada por autores como Daniel Amorim Assumpção Neves,[55] Antônio Pereira Gaio Júnior[56], Jacob Dolinger e Carmen Tiburgo,[57] pois o antigo código utilizava-se da expressão "competência internacional", sendo que as regras, na verdade, tratavam-se de questões pertinentes a posição da justiça brasileira, sendo assim, consideram como mais adequado a nova nomenclatura utilizada pelo código de 2015, qual seja, "Limites da jurisdição nacional."

Destaca-se, para o presente momento, os arts. 21 e 22 do CPC/15, os quais, listam os casos em que tanto a autoridade brasileira, quanto a estrangeira, podem ser consideradas competentes para julgar determinado litígio, sendo chamada pela doutrina de competência concorrente ou cumulativa.[58]

O art. 21 não traz nenhuma novidade, repetindo as hipóteses previstas no código de 1973, veja-se:

> **Art. 21.** Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:
> I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
> II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
> III – o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.
> Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.[59]

---

[53] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 186.
[54] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 190.
[55] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. Artigo por artigo. 4. ed. Juspodivm, 2019. p. 68.
[56] JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. Os limites da jurisdição nacional e a cooperação internacional no plano do novo código de processo civil brasileiro. Revista dos Tribunais Online. *Revista de Processos*. Vol. 243. Mai/2015. p. 537-551. p. 3.
[57] DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 564.
[58] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 190.
[59] Art. 21, CPC/15.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, "caso a demanda tramite em país estrangeiro, a questão da competência não será obstáculo para a homologação da sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça."[60]

As novas hipóteses de competência concorrente estão previstas no art. 22 do código, sendo elencadas mais 03 (três) formas de competência concorrente entre a justiça brasileira e a estrangeira, sendo elas:

> **Art. 22.** Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:
> I – de alimentos, quando:
> a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;
> b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimentos de renda ou obtenção de benefícios econômicos;
> II – decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;
> III – em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.[61]

Alguns pontos que merecem destaque quanto a novidade abordada pelo CPC/15 são a expressão "tais como", utilizada pelo legislador quando o réu tiver vínculos com o território nacional, deixa claro que se trata de um rol meramente exemplificativo, sendo assim, outras situações práticas do dia a dia podem a vir se enquadrar para que a competência seja concorrente.

Quanto às relações de consumo, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionava favoravelmente antes da elaboração do novo código no sentido de que:

> "se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderes, multinacionais, com sucursais em vários países, sem alar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no mercado consumidor que representa nosso País". (STJ, 4 Turma. REsp 63.981/SP. Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 20.11.00, p. 26).

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, indaga quais seriam os efeitos da litispendência, prevista no art. 24 do CPC, considerando que a doutrina entende existir o mesmo vício que no código anterior, a respeito da coisa julgada sobre a competência da justiça brasileira, veja-se:

> Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.
> Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Deste modo, a quanto a competência concorrente, considerando que no caso da exclusiva, como será visto mais a frente, não haverá qualquer validade, a decisão estrangeira proferida, sendo assim, quando houver ação idêntica àquela que já esteja sendo exercida perante autoridade estrangeira, sendo caso de

[60] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado. Artigo por artigo*. 4. ed. Juspodivm, 2019. p. 68.
[61] Art. 22, CPC/15.

litispendência, o citado autor menciona que não há um consenso na doutrina, mas filia-se a corrente que considera se há possibilidade de recurso e neste caso, poderá ingressar perante a justiça brasileira, ou havendo coisa julgada por sentença estrangeira, perde-se o objeto da ação.[62]

Logo, é imprescindível para que haja harmonia e cooperação entre as nações, o respeito recíproco perante as limitações relacionadas a competência territorial para o efetivo exercício da jurisdição, prevalecendo assim, os princípios da soberania e efetividade.

### 3.2 Competência territorial exclusiva da justiça nacional

O art. 23 aborda as hipóteses de competência territorial exclusiva da justiça nacional, significando que nenhum outro Estado, ainda que contenha norma interna apontando para sua competência, poderá proferir decisão que seja eficaz em território nacional, veja-se:

> **Art. 23.** Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:
> I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;
> II – em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;
> III – em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.[63]

A novidade trazida pelo dispositivo está presente no inciso III ao prever a competência nacional exclusiva do juízo brasileiro para ações de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, partilha de bens situados no Brasil e sendo caso de sentença estrangeira com divórcio e partilha dos bens do casal, o Superior Tribunal de Justiça deverá homologá-la parcialmente.[64]

O Informativo 597 do Superior Tribunal de Justiça recentemente formulou o entendimento de que valores mantidos em conta corrente no exterior podem ser considerados para fins de compensação e não seria considerado como violação a limitação jurisdicional nacional, podendo o titular do direito, buscar seu direito de crédito em território nacional.[65]

### 3.3 A cláusula de eleição de foro internacional

A cláusula de eleição de foro é a possibilidade de as partes de um contrato elegerem foro estrangeiro para discutirem os termos daquele contrato, caso surja no futuro um litígio. Acontece que o tema é uma das questões mais controvertidas no direito processual internacional, a complexidade, tanto no direito brasileiro, quanto no direito alienígena se dá na esfera do direito público, na medida em que

[62] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 244/245.
[63] Art. 23, CPC/15.
[64] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. *Artigo por artigo*. 4. ed. Juspodivm, 2019. p.70.
[65] Informativo 597/STJ, 4ª Turma, REsp 1.552.913-RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 08/11/2016, DJe 02/02/2017.

se cuida do exercício da atividade jurisdicional e o reconhecimento da participação da autonomia da vontade.[66]

O art. 25 do Código de Processo Civil, assim dispõe:

> **Art. 25.** Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.
> §1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.
> §2º Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§1º a 4º.[67]

Logo, a cláusula de eleição de foro somente poderá ser aceita quando a competência for concorrente, considerando que se envolver questões de competência exclusiva do juízo brasileiro, a imposição não seria aceita, não é possível a modificação de foro por vontade das partes, não haveria eficácia[68].

Tem-se ainda que, por força do art. 63, §§1º a 4º do CPC, que os contratos internacionais obedecerão ao mesmo procedimento que a cláusula de eleição de foro para contratos nacionais ou estrangeiros que visam modificar a competência. A validade da cláusula eletiva de foro estará, portanto, limitada às ações oriundas de direitos e obrigações[69].

Isto é, somente produzirão efeitos quando constar de instrumento escrito com menção expressa,[70] ficando obrigado aos herdeiros e sucessores.[71] Existe ainda, a possibilidade que, antes da citação, a cláusula de eleição de foro, caso seja abusiva, ser reputada como ineficaz de ofício pelo magistrado, que remessará aos autos ao juízo do foro de domicílio do réu[72] e caberá a este alegar, sob pena de prescrição, a abusividade da cláusula de eleição de foro em contestação[73].

## 4. Análise de casos envolvendo competência do Brasil e Coreia do Sul

Tendo em vista o conteúdo até então desenvolvido, passa-se a analisar casos concretos, através de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, envolvendo o Brasil e a Coreia do Sul, referente a competência territorial internacional sob a perspectiva do CPC/15.

### 4.1 Caso 1 – Incompetência da justiça brasileira

O primeiro caso a ser analisado é o acórdão referente a apelação nº 0032224-39.2010.8.26.0002, julgado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo no polo ativo a empresa nacional LG INFORMÁTICA S/A e o polo passivo empresa multinacional LG ELETRONICS INVESTIMENT LTDA e LG ELETRONICS DE SÃO PAULO LTDA.

---

[66] DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 574.
[67] Art. 25, CPC/15.
[68] [68] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. Artigo por artigo. 4ª ed. Juspodivm, 2019. p. 73.
[69] [69] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de processo civil comentado*. Artigo por artigo. 4ª ed. Juspodivm, 2019. p 73.
[70] Art. 63, caput, §1º, CPC/15.
[71] Art. 63, §2º, CPC/15.
[72] Art. 63, §3º CPC/15.
[73] Art. 63, §4º, CPC/15.

A ação de conhecimento trata-se de uma anulatória de registro de nome comercial, proposta perante o Foro Regional de Santo Amaro, comarca de São Paulo, tendo sido julgada improcedente, por ser absolutamente incompetente o juízo brasileiro para apreciar o pedido, considerando que a requerente, pretendia anular os atos constitutivos da empresa estrangeira perante outros países, alegando ainda, concorrência desleal por parte da ré que possuí matriz na capital da Coreia do Sul, com registro de seu nome empresarial no Estado de São Paulo, enquanto que a autora nacional, possuí registro apenas no Estado de Goiás. O juízo de primeiro grau ainda distinguiu as atividades exercidas por ambas as empresas declarando que nada presente aos autos representava a intenção de confundir a clientela e exercer concorrência desleal, considerando que a ré sul coreana é uma marca mundialmente conhecida por seus produtos e a autora apenas em seu Estado. Inconformada com a decisão, apelou ao tribunal para que fosse reconhecida a competência brasileira e apreciado seu pedido em face a ré sul coreana, alegando omissão na sentença proferida pelo juízo de primeiro grau.

O recurso não foi provido, mantendo os próprios fundamentos da sentença, acrescentando sobre a questão da competência territorial que:

> Reforce-se apenas que é impossível pretender que a justiça brasileira seja competente para dispor sobre a anulação de atos constitutivos de sociedade estabelecida na Coreia do Sul ou impossibilidade de utilização de seu nome empresarial. A ausência de fundamentação não tem respaldo, visto que presente o fundamento legal e o motivo pelo qual não se pode estender a proteção ao nome empresarial da autora. (TJSP, Apelação nº 0032224-39.2010.8.26.0002, Des. Rel. Manoel de Queiroz Pereira Calças, Dj. 30/09/2015).

A questão claramente foge das hipóteses de competência concorrente e principalmente exclusivas da justiça brasileira, estabelecidas nos arts. 21 e 22 do CPC/15, conforme analisado ao capítulo 3.1 e 3.2, pois, note-se que, apesar da empresa ré possuir autorizadas em território brasileiro e registro no estado de São Paulo, a sua matriz é em Seul, Coreia do Sul. Não seria viável que o juízo brasileiro julgasse um pedido de uma ação anulatória de registro de nome comercial em face há uma empresa multinacional com sede em país diverso, porque afetaria diretamente a soberania do direito estrangeiro e não teria qualquer espécie de validade, pois não é competência absoluta do Brasil, anular atos constitutivos de outras nações. A decisão foi correta, pois, caso contrário, frustraria norma fundamental, prevista no art. 5º, LIII, da Constituição Federal[74].

### 4.2 Caso 2 – Cláusula de eleição de foro

O segundo caso a ser analisado aborda a questão de cláusula de eleição de foro internacional, referente ao acórdão do agravo de instrumento nº 2132645-91.2019.8.26.0000, julgado pela 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo no polo ativo a multinacional chinesa AS GROUP INTEGRATED LOGISTICS SOLUTIONS LTD., representada no Brasil por seu agente ASIA SHIPPING TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA., e no polo passivo a CMA DO BRASIL AGENCIA MARÍTIMA LTDA.

[74] 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:
[...]
LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Inicialmente se tratava de uma ação regressiva proposta na Comarca de Santos, por TOKIO MARINE SEGURADORA S/A contra a AS GROUP em razão de mercadoria (bobinas de fio de aço galvanizado) transportada de Busan, Coreia do Sul até Paranaguá/PR, no Brasil, sendo que a ré contratou a CMA para realizar o transporte marítimo.

Acontece que, foi constatado defeito no produto por violação do teto do contêiner. O juízo de primeiro grau extinguiu a ação em relação a denunciada contratada para o transporte marítimo, a CMA CGM DO BRASIL AGÊNCIA MARÍTIMA LTDA., diante o reconhecimento da incompetência territorial alegada em contestação, tendo em vista cláusula de eleição de foro prevista em contrato internacional de adesão celebrado entre as partes.

Inconformada com a decisão, a agravante recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo através de agravo de instrumento para que seja reconhecida a competência brasileira, ou seja, para que a cláusula de eleição de foro seja afastada.

O recurso não foi provido, o desembargador fundamentou que a cláusula de eleição de foro pode ser considerada abusiva, ensejando sua ineficácia, conforme previsto no §3º do art. 63 do CPC, entretanto, não se verificou no caso concreto razões para ser decretar a ineficácia da cláusula, pois as partes não são hipossuficientes e nada indica na convenção abusividade, devendo prevalecer o disposto no art. 25, do CPC/15. Veja-se ementa:

> INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. DIREITO DE REGRESSO. TRANSPORTADORA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. INEFICÁCIA. TRIBUNAL INTERNACIONAL. ART. 25 DO CPC.
> 1. A cláusula de eleição de foro firmada em contrato de adesão não é, por si só, abusiva. De todo modo, o art. 63, §3º, do CPC, permite que o juiz reconheça sua abusividade, reputando-a ineficaz.
> 2. No caso, porém, não se verifica tal abusividade, mormente não sendo as partes denunciante e denunciada hipossuficientes entre si.
> 3. Havendo previsão contratual no sentido de que eventuais controvérsias entre denunciante e denunciada seriam dirimidas em tribunal internacional, não cumpre ao judiciário brasileiro conhecer da questão. Art. 25 do CPC. Intervenção de terceiro que deve mesmo ser extinta, para processamento em juízo competente.
> 4. Recurso não provido. (TJSP, AI nº 2132645-91.2019.8.26.0000, Des. Rel. Melo Colombi Dj. 29.07.2019).

Conforme analisado no item 3 e seguintes, por força do art. 21, inc. II e parágrafo único do CPC/15, o Brasil, seria competente de forma concorrente com a Coreia do Sul e a França, condição essa para que se tenha validade em território nacional, a cláusula de eleição de foro, porque, repisa-se, não possui validade cláusula eletiva para questões de competência exclusiva do juízo brasileiro. Todavia, o contrato que previa a cláusula de eleição de foro internacional perante o Tribunal de Comércio de Marselha, na França e foi arguida em contestação, pois o contrato internacional de transporte firmado entre a filial coreana da agravante e agravada com sede na França, e portanto, as questões judiciais deveriam ser discutidos em território estrangeiro, e ainda, foi acordado que a realização de transporte seria do porto de Busan, na Coreia do Sul a cidade de Paranaguá, no Brasil, com frete quitado em Seul, capital sul coreana.

Sendo assim, correta a decisão do Tribunal ao considerar de acordo com o art. 25 do CPC/15, que a autoridade brasileira não possuía competência para

processar e julgar a ação de regresso, considerando a cláusula de eleição de foro em contrato internacional, arguida em contestação e não verificada qualquer espécie de abusividade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado, o fenômeno da globalização se expandiu por todo o globo, não havendo fronteiras que impeçam a socialização, a interação entre as nações sejam elas de cunho político, comercial, econômico, social, tecnológico ou jurídico e para que essa globalização seja desenvolvida adequadamente se faz necessário a Cooperação Internacional entre os Estados, principalmente, neste momento em que o mundo passa pela pandemia do Covid-19, sendo citado como exemplo, a Coreia do Sul, que possui um dos melhores índices de controle do vírus e com menos registros de mortes, sendo através da cooperação, que vem compartilhando a forma como tem se posicionado a respeito e também colaborado com o Brasil na importação de kits de diagnósticos.

Neste ínterim, entre as diversas relações, existem também os litígios que precisam ser regulamentados para que não haja interferências em soberanias estatais e a Cooperação Jurídica Internacional é de extrema importância para que o judiciário atue de forma eficaz, pois, através de carta rogatória é possível realizar citações, solicitar provas, oitiva de testemunhas, assim como a homologação de sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, para que se valide a decisão de direito alienígena e assim consiga eficácia perante o território nacional, como também existe a possibilidade do auxílio direto, quando os países possuem tratados ou colaboração por via diplomática recíproca, evitando-se assim, questões mais burocráticas, quando o teor do pedido não envolva uma decisão que necessite de homologação. O legislador buscou valorizar a questão com capítulo próprio destinado a Cooperação Jurídica Internacional, facilitando de certa forma, o acesso à justiça para questões que envolvam relações internacionais, pois no passado, a questão era muito burocrática, morosa e custosa. O CPC/15 empenhou-se em aprimorar o assunto, facilitando e reconhecendo sua necessidade, mas ainda assim, é necessário buscar por cada vez mais facilitações em prol das questões complexas de solicitações para a cooperação jurídica.

Quanto a competência territorial internacional, tem-se a necessidade de que o direito interno regularize a questão, para que seja definido o alcance e os limites de sua jurisdição, seja ela de forma interna ou externa, dado que uma decisão ser eficaz e possuir validade tem por requisito ser proferida por autoridade competente.

Destarte, o CPC/15, trouxe questões já previstas no código anterior, como também inovações a respeito da competência nacional concorrente, qual seja, a ações de alimentos, quando o credor possuir domicílio ou residência em território nacional, o alimentante mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos, como também as ações decorrentes de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil e nos casos em que as partes de forma expressa ou tácita, se submeterem à jurisdição nacional (art. 22, CPC/15).

Ao que tange a competência nacional exclusiva, além das questões já conhecidas, a novidade do código foi a respeito do divórcio, separação judicial ou

dissolução de união estável, sendo exclusiva a competência brasileira para a partilha de bens aqui situados, ainda que seu titular seja de nacionalidade estrangeira ou resida fora do país (Art. 23, CPC/15).

Desta forma, conclui-se que a Cooperação Internacional é de extrema importância para o desenvolvimento de uma nação, proporcionando um espaço comum de justiça, mas também se faz necessário presar pela cooperação em seu âmbito jurídico, buscando cada vez mais a desburocratização para que se tenha o real alcance a tutela do direito e as questões de competência territorial internacional. O Brasil ainda tem muito a desenvolver no âmbito da cooperação jurídica internacional, mas aos poucos, caminha-se com o auxílio e união dos três poderes para cada vez mais para alcançar esse objetivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


Acervo de atos internacionais do Brasil. **Ministério das Relações Exteriores.** Disponível em: https://concordia.itamaraty.gov.br/. Acesso em: 11 maio 2020.

BAHIA, Saulo José Casali. **Cooperação Jurídica Internacional. Temas de Cooperação Internacional. Coleção MPF Internacional.** In: Wellington Cabral Saraiva (org.). Brasília. **MPF**. 2015. 242p. Disponível em: http://www.memorial.mpf.mp.br/nacional/vitrine-virtual/publicacoes/temas-de-cooperacao-internacional-1a-edicao. Acesso em: 02 maio 2020.

Cooperação jurídica internacional. **Ministério da Justiça e Segurança Pública.** Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional. Acesso em: 21 abr. 2020.

DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DUARTE, Ben-Hur Klaus Cuesta. **Técnicas de cooperação internacional: a homologação de sentença estrangeira.** Monografia. Universidade Federal do Paraná, 2017.

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio:** *o dicionário da língua portuguesa*. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Curso de direito processual civil:** *teoria geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

Homologação de sentença estrangeira. **STJ.** Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Sob-medida/Advogado/Vitrine.aspx. Acesso em: 10 maio 2020.

JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. Os limites da jurisdição nacional e a cooperação internacional no plano do novo código de processo civil brasileiro. Revista dos Tribunais Online. **Revista de Processo.** Vol. 243. Mai/2015. p. 537-551.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil.** 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

KIM, Chan-Woo. **A importância da cooperação internacional.** Correio Braziliense. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/05/13/internas_opiniao,854170/a-importancia-da-cooperacao-internacional.shtml. Acesso em: 14 maio 2020.

LEMOS, Eliza Victória Silva. **Soberania e Cooperação Jurídica Internacional: um estudo sobre o auxílio direto.** Monografia. Universidade de Brasília, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de processo civil comentado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MESSA, Ana Flávia. **Direito constitucional.** São Paulo: Rideel. 2010.

MORAES, Alexandre de Moraes...[et al.]. **Constituição Federal Comentada.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado. Artigo por artigo.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.**14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado.** Teoria e prática.19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAADI, Ricardo Andrade...[et al.]. **Cartilha:** cooperação jurídica internacional em matéria cível. Brasília. DRCI. 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-civil-09-10-14-2.pdf. Acesso: 08 abr. 2020.

SATO, Eiiti. Cooperação Internacional: uma componente essencial das relações internacionais. **RECIIS**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 465-57, Mar/2010. Disponível em: https://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/38542. Acesso: 02 maio 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Competência e Litispendência Internacional. Revista dos Tribunais Online. **Revista de Processo.** v. 2. p. 19-36, Out/2012.

# AS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES A RESPEITO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE

**GIOVANNA CONDOTTO DE OLIVEIRA**[1]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O que são e para que servem as tutelas provisórias. 2. O procedimento da tutela antecipada antecedente previsto no código de processo civil de 2015. 3. A extinção do processo e as diferenças entre estabilização e coisa julgada. 4. As controvérsias da estabilização. 4.1. Quanto à parte autora: a impossibilidade de prosseguir com o processo e a obrigatoriedade de aditar a petição inicial. 4.2. Quanto à parte ré: o agravo de instrumento como meio de defesa e a divergência jurisprudencial acerca de sua obrigatoriedade. 4.3. Quanto à parte autora e à parte ré: a propositura da ação prevista no artigo 304, § 2º, do código de processo civil de 2015 e a sua abordagem na prática. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Introdução

Neste trabalho serão abordadas as diferentes interpretações dos artigos que regem a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, especialmente aqueles relacionados à obrigatoriedade de aditar a petição inicial, à interposição do agravo de instrumento e à propositura da ação para rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada.

Há quem defenda que qualquer forma de impugnação da parte contrária é capaz de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, assim, os embargos de declaração, a contestação ou o simples pedido de reconsideração podem ser considerados para esse fim, notadamente porque, além de o agravo de instrumento não ser o meio correto para o exercício do direito de defesa, a exigência de sua interposição poderia sobrecarregar os Tribunais e estimular a propositura da ação autônoma.

Por outro lado, alguns autores e algumas decisões judiciais, entendem que somente a interposição de agravo de instrumento pela parte ré é capaz de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, não sendo permitida, portanto,

**RESUMO:** O presente artigo analisa as diferentes interpretações dos dispositivos legais que regem a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente. A problemática enfrentada pela pesquisa é: de que forma o vocábulo "recurso" e o direito de desconstituir a tutela antecipada estável, previstos no artigo 304, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, estão sendo interpretados pelos diferentes doutrinadores e Tribunais brasileiros? É possível afirmar que qualquer forma de impugnação da parte contrária é capaz de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, como os embargos de declaração, a contestação ou o simples pedido de reconsideração. Por outro lado, pode-se dizer que somente a interposição de agravo de instrumento pela parte ré é capaz de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, não sendo permitida, portanto, uma interpretação ampliativa do artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015. Conclui-se que a interpretação ampliativa da expressão "recurso" é mais adequada, já que o Código de Processo Civil de 2015 prioriza a resolução do mérito da ação, não havendo motivo para dificultar o alcance desse objetivo e para condicionar a defesa à interposição do recurso de agravo de instrumento, o qual sequer tem tal finalidade. Os princípios do contraditório e da ampla defesa e da economia processual também são melhores atendidos quando se adota a interpretação ampliada. A pesquisa foi realizada com base em leis, em doutrinas e em jurisprudências, passando por conceitos básicos antes de atingir os objetivos inicialmente propostos.

**Palavras-chave:** Tutela antecipada antecedente – Estabilização - Coisa julgada - Agravo de instrumento - Desconstituição da tutela estável.

[1] Aluna do 4º ano da Faculdade de Direito de Sorocaba.

uma interpretação ampliativa do artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, a qual poderia acarretar a inutilidade do instituto e, consequentemente, da ação autônoma.

O estudo do assunto é relevante porque a estabilização da tutela antecipada antecedente será relacionada com determinados princípios gerais do processo: o do contraditório e da ampla defesa, que é constituído pela informação e pela reação; o da coisa julgada, que visa a estabilidade das relações jurídicas, e o da economia processual, que diz respeito a um processo mais rápido e mais barato aos litigantes, os quais não precisarão dar prosseguimento ao feito apenas para obter a confirmação da tutela deferida.

Ademais, considerando a relevância e a novidade da autonomia da tutela de cognição sumária, será importante verificar, por meio de casos concretos já decididos, se a tutela antecipada antecedente está sendo aplicada conforme foi prevista, bem como se as diferentes interpretações dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de 2015 podem influenciar as escolhas do autor e do réu na relação jurídica processual.

Para tanto, serão explicados alguns conceitos: o que são e para que servem as tutelas provisórias, o procedimento da tutela antecipada antecedente previsto no Código de Processo Civil de 2015, a extinção do processo e as diferenças entre estabilização e coisa julgada.

Considerando que o procedimento mencionado somente se aplica à tutela provisória de urgência antecipada antecedente, as tutelas de evidência, as cautelares e as incidentais não serão analisadas com profundidade.

## 1. O que são e para que servem as tutelas provisórias

As tutelas provisórias são tutelas sumárias e não definitivas: são decididas com base em juízo de probabilidade, aparência ou verossimilhança, e podem ser modificadas, revogadas ou substituídas pela tutela definitiva a qualquer momento.

As tutelas provisórias de urgência podem ser conservativas (cautelares) ou satisfativas (antecipadas).

A tutela cautelar é mais abrangente e pode ser requerida nos processos de conhecimento e de execução. Para ser deferida, é necessário que exista risco de dano à efetividade do processo e não ao direito substancial da parte.

Por outro lado, a tutela antecipada pode ser requerida somente na fase de conhecimento, não sendo uma medida de apoio ao processo, mas sim à própria parte. O objetivo dessa tutela é a concessão, em caráter provisório, do pedido final formulado, permitindo a satisfação da parte cujo direito material está em perigo.

As duas espécies de tutela de urgência têm como requisitos essenciais de deferimento a existência de uma situação de perigo de dano iminente, decorrente da demora do processo, e a plausibilidade do direito. A tutela antecipada tem mais uma condição: a reversibilidade dos efeitos da decisão que a concede.

Ora, é natural que, com o crescente número de processos, o Poder Judiciário enfrente dificuldade para resolvê-los de forma célere e efetiva, gerando seu congestionamento e, consequentemente, a demora na prestação da tutela jurisdicional.

No entanto, conforme diferenciado por Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, existe a demora fisiológica e a demora patológica do processo: a primeira é necessária, notadamente porque o desenvolvimento do devido processo legal exige a observância de garantias constitucionais, como a motivação das decisões, o contraditório e a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, as quais demandam tempo.[2]

Por outro lado, a demora patológica faz com que o processo perdure por tempo além do necessário, o que pode prejudicar a parte vencedora.

A título de exemplificação, o relatório Justiça em Números, publicado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, demonstra que, no decorrer do ano de 2018, para receber uma sentença no primeiro grau, o processo de conhecimento levou em média um ano e seis meses, contados da data de sua distribuição, enquanto na fase de execução esse tempo triplicou para quatro anos e nove meses.[3]

Sobre o tempo de duração do processo, Humberto Theodoro Júnior afirma:

> O ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional. Estabelece-se, neste caso, uma situação injusta, em que a demora do processo reverte-se em vantagem para o litigante que, no enfoque atual, não é merecedor da tutela jurisdicional. O custo da duração do processo deve ser melhor distribuído, para que não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da justiça.[4]

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu, inclusive, o inciso LXXVIII ao artigo 5º, o qual assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Assim, para combater os riscos de dano e a ineficácia da tutela jurisdicional, bem como para que o ônus do tempo seja melhor distribuído entre as partes, elas têm a possibilidade de se valer da tutela provisória, cujo requerimento pode ser apresentado de forma incidental (na petição inicial da ação principal ou no curso do processo) ou antecedente (antes da elaboração da pretensão principal).

## 2. O procedimento da tutela antecipada antecedente previsto no Código de Processo Civil de 2015

De início, é importante observar que o procedimento previsto no artigo 303 do Código de Processo Civil de 2015 somente será utilizado quando se tratar de tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

Dessa forma, se a urgência for contemporânea à propositura da ação, o autor deverá cumprir determinados requisitos: (i) requerer a tutela provisória, limitando-se à indicação do pedido de tutela final; (ii) indicar, de forma expressa, que deseja se utilizar do procedimento da tutela antecipada antecedente (artigo

[2] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) *et al*. *Tutela provisória no CPC:* dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 89.
[3] JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019, p. 153-154.
[4] JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 630.

303, § 5º); (iii) expor a lide, o direito que se busca realizar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e (iv) indicar o valor da causa, levando-se em conta a pretensão final (artigo 303, § 4º).

Se o juiz entender que estão ausentes os requisitos para o deferimento da tutela antecipada, determinará ao autor que emende a petição inicial em até cinco dias, sob pena de seu indeferimento e de extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 303, § 6º).

Por outro lado, se a tutela for concedida e houver a interposição de recurso pelo réu contra tal decisão, o requerente deverá aditar a petição inicial e complementar sua argumentação, bem como juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final, no prazo de quinze dias ou em outro que o juiz fixar (artigo 303, § 1º, inciso I). Esse aditamento deverá ocorrer nos mesmos autos, sem a incidência de novas custas processuais (artigo 303, § 3º).

Aditada a petição inicial pelo autor, o réu será citado e intimado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação e, caso não haja autocomposição, começará a correr o prazo para contestação (artigo 303, § 1º, incisos II e III).

Se a parte autora não realizar tal aditamento, o processo será extinto sem resolução do mérito, juntamente com a medida satisfativa concedida provisoriamente (artigo 303, § 2º).

### 3. A extinção do processo e as diferenças entre estabilização e coisa julgada

Concedida a tutela antecipada nos termos do artigo 303 e não tendo o réu interposto o respectivo recurso (agravo de instrumento, quando o processo tramitar na primeira instância, e agravo interno, quando for de competência originária dos Tribunais) contra a decisão que a concedeu, tal tutela se tornará estável e o processo será extinto (artigo 304, *caput* e § 1º).

O Código de Processo Civil não determina expressamente qual é a natureza dessa extinção, sendo possível encontrar sentenças de primeira instância que somente julgam extinto o processo, sem mencionar se há ou não resolução do mérito:

> [...]. Diante do exposto, DECLARO ESTÁVEL a tutela deferida, com fundamento no artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil e, em consequência, JULGO EXTINTO o processo, com fulcro no parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal. [...].[5]

Para Eduardo Lamy, embora seja utilizada a técnica sumária e superficial, o juiz analisa o conteúdo do direito material alegado antes de conceder a tutela provisória, dando a entender que a extinção seria com mérito.[6]

No mesmo sentido, Bruno Garcia Redondo defende que a extinção do processo deve ocorrer com resolução do mérito, notadamente porque a sentença só

[5] BRASIL. 5ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí. *Processo nº 1008766-10.2019.8.26.0309*, autores Caio Rogério Vieira, Kelen Cristianne Todaro Vieira, Anemelia Monteiro Guerra Rocchi, Pietro Rocchi e Priscila Waarogaino, réu Condomínio Edifício Liberty Exclusive Club, juíza Adriana Brandini do Amparo, 28 de agosto de 2020.

[6] LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 99-100.

não será definitiva se o processo contiver vício processual insuperável, o que não é o caso da extinção mencionada no artigo 304 do Código de Processo Civil.[7]

O autor acrescenta, ainda, que o pedido do requerente foi totalmente acolhido pela decisão interlocutória, pelo que os efeitos da tutela não devem cessar após a extinção do processo.[8]

A interpretação mais adequada, entretanto, é no sentido de que, além de a lei não mencionar expressamente qual seria a natureza da extinção, toda a matéria poderá ser novamente debatida posteriormente, em ação autônoma, a confirmar que a sentença será terminativa (sem resolução do mérito).

Ademais, por força da lei, a tutela conservará seus efeitos mesmo após a extinção do processo (artigo 304, §§ 3º e 6º).

Essa também foi a interpretação adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em processo anteriormente extinto com resolução do mérito:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – AJUIZAMENTO COM O FIM DE COIBIR A REALIZAÇÃO DE RODEIO, COM PRÁTICA DE MAUS TRATOS A ANIMAIS – LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DO MUNICÍPIO RECONHECIDA – ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA – EXTINÇÃO DO FEITO NOS TERMOS DO ART. 304, § 1º, E 487, I, DO CPC – RECONHECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. I- Tendo em vista que é competência do Município a concessão de alvará para a realização de rodeios na cidade de São Pedro, além do fato de que, desde 1988, é considerado ente federativo, razão por que tudo aquilo que lhe pertine é atribuição reservada pela Constituição Federal, por meio do rol contido nos incisos de seu art. 30, e também pela Constituição do Estado de São Paulo, no art. 191, de rigor o reconhecimento de que é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação. II- Deferida a tutela de urgência requestada com o fim de obstar a realização do evento que conteria prova de laço em dupla ("Team Roping") e não havendo recurso contra tal decisão, correta a extinção do feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 304, § 1º, do CPC, em razão da estabilização da tutela anteriormente concedida. Sentença mantida. Recurso não provido (grifo nosso).[9]

O instituto da estabilização não é uma novidade: na França, por exemplo, já existia o *référé*, o qual permite a satisfação da parte autora mediante processo de cognição sumária, mas sem produzir coisa julgada. Qualquer das partes pode ingressar com processo de cognição exauriente a fim de desfazer o *référé*, que abrange as tutelas de urgência e de evidência.[10]

Neste ponto, é importante observar que a estabilização somente poderá ocorrer se houver o deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Assim, o procedimento do artigo 304 do Código de Processo Civil não se aplica às tutelas cautelares nem às tutelas de evidência, as quais possuem procedimentos próprios.

---

[7] REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, n. 244, jun. 2015, p. 6.
[8] *Ibidem*.
[9] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000720-85.2016.8.26.0584, apelante Prefeitura Municipal de São Pedro, apelado Ministério Público do Estado de São Paulo, relator Paulo Ayrosa, São Paulo, 19 de dezembro de 2017.
[10] ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) *et al*. *Tutela provisória no CPC*: *dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 32-34.

O objetivo da estabilização da tutela antecipada está intimamente ligado ao princípio da economia processual: não há necessidade de confirmação da tutela sumária posteriormente, com base em cognição exauriente, tornando o processo mais barato e mais rápido aos litigantes.

O Projeto de Lei nº 186/2005, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e apresentado ao Senado pelo senador Antero Paes de Barros, previa que a tutela estável adquiriria força de coisa julgada (artigo 273-B, § 2º).

No entanto, o projeto não foi convertido em lei, e, nos termos do artigo 304, § 6º, do Novo Código de Processo Civil, a decisão que defere a tutela antecipada não faz coisa julgada, mas os seus efeitos só podem ser afastados por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação proposta por uma das partes no prazo máximo de dois anos (artigo 304, § 5º).

Assim, resta evidente que a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente não se confunde com a coisa julgada, a qual se caracteriza pela imutabilidade – em regra, não é permitida a sua alteração – e pela indiscutibilidade – a mesma questão não pode ser decidida novamente e o juiz fica vinculado àquilo que foi decidido em processo anterior.[11]

Não há dúvida, portanto, de que a tutela estabilizada não faz coisa julgada material. Entretanto, é possível afirmar que ocorre a coisa julgada formal, pois a decisão não pode ser posteriormente discutida no mesmo processo em que foi prolatada.

O que fica em aberto é: após o transcurso do prazo de dois anos sem que tenha sido ajuizada a ação para rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada, essa estabilização passará a ter força de coisa julgada? Há divergentes posições a respeito do tema, as quais serão analisadas adiante.

Há processualistas que defendem a formação de coisa julgada material: Bruno Garcia Redondo, por exemplo, entende que o artigo 304, § 5º, do Código de Processo Civil não estabelece que nunca existirá coisa julgada material, mas que esta somente não se formará durante o prazo de dois anos estipulado para o ajuizamento da ação de desconstituição da tutela estável.[12]

Esse também foi o entendimento assumido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OCUPAÇÃO. ESCOLA PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO. COISA JULGADA. INTERESSE PROCESSUAL.
> 1. Apelação cível em que se busca a reforma da sentença que extinguiu, sem exame do mérito, ação em que concedida e cumprida tutela antecipada, requerida em caráter antecedente. 2. O interesse de agir se configura com a necessidade que a parte tem de ir a juízo para obter a tutela pretendida, sobretudo diante da ameaça ou violação de um direito. 3. A tutela antecipada concedida em caráter antecedente tem vocação legal para se estabilizar, se a decisão que a conceder não for objeto de recurso (Art. 304 do CPC). 4. A estabilidade da decisão que concede a tutela antecedente pode ser afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, medida que deve ser adotada no prazo de 2 anos de sua concessão, e desde que demonstrada alteração concreta dos fatos que autorizaram a medida. 5. Após o

[11] JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 637-639.

[12] REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo*, n. 244, jun. 2015, p. 6.

> decurso do biênio previsto no Art. 304, §5º do CPC, a decisão torna-se estável e perene, seja pela preclusão máxima, seja pela incidência dos efeitos peculiares à coisa julgada. [...]. (grifo nosso).[13]

Também há quem entenda que ocorre a formação de coisa julgada material, mas a equiparação dos efeitos da estabilização à coisa julgada é inconstitucional, pois está apenas pode ocorrer nos procedimentos de cognição exauriente, nos quais há contraditório, ampla defesa e dilação probatória.[14]

Por sua vez, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes defende que, encerrado o prazo de 02 (dois) anos, a estabilização não se transforma em coisa julgada, sendo possível, ainda, a propositura de ações autônomas e incompatíveis com a decisão estabilizada.[15]

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira argumentam no mesmo sentido, acrescentando que, além de a decisão estável não reconhecer o direito do autor e não vincular juízes de processos futuros àquilo que foi decidido, não caberá ação rescisória mesmo após o transcurso do prazo para a propositura da demanda autônoma[16], conforme dispõe o Enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Entretanto, a meu ver, há a formação de coisa julgada material se as partes não ajuizaram a ação para desconstituir a tutela antecipada em 02 (dois) anos.

A partir do momento em que uma decisão não pode mais ser discutida ou alterada, ocorre a coisa julgada formal e material. É exatamente o que acontece no caso da estabilização não impugnada.

A previsão de que a estabilidade dos efeitos da decisão que concede a tutela só será afastada por decisão que a desconstituir, proferida em ação ajuizada por qualquer das partes no prazo de 02 (dois) anos, significa que, após o fim desse prazo sem a propositura de tal demanda, a estabilidade dos efeitos se tornará inafastável, ou seja, imutável e indiscutível, conforme dispõe o artigo 502 do CPC.

Justamente por ser inafastável é que não há como se falar que a tutela estável não adquire a eficácia positiva da coisa julgada: não será possível a propositura de ações incompatíveis com a decisão que a concedeu após o prazo de dois anos previsto no artigo 304, § 5º, do CPC.

Não se pode desconsiderar que a principal finalidade do processo é a resolução dos conflitos e o oferecimento de estabilidade à sociedade e às relações jurídicas, o que somente pode ser alcançado se as partes estiverem impedidas de rediscutir litígios já resolvidos.

---

[13] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 20160130112866*, apelante M.P.D.D.F.E.T., apelado D.F., relator Roberto Freitas, Brasília, 11 de abril de 2018.

[14] MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *et al*. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 876-877.

[15] LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) *et al*. *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 221-222.

[16] JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 749-750.

Ora, se existisse a possibilidade de as partes ingressarem com ações incompatíveis com a tutela estabilizada após o fim do prazo de 02 (dois) anos, poderia haver a alteração de seus efeitos, o que é vedado pelo artigo 304, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil.

Ao defender que a tutela estável faz coisa julgada material, afirma-se, também, o cabimento da ação rescisória após o transcurso do prazo para a propositura da ação própria: se assim não fosse, a estabilização passaria a ter mais força do que a própria coisa julgada e a parte que eventualmente teve seu pedido julgado procedente sob a análise exauriente estaria menos protegida do que aquela que obteve a estabilização em seu favor.

Note-se que não há, na Constituição Federal, qualquer determinação no sentido de que a coisa julgada somente pode se formar nos casos em que a decisão é proferida com apoio em cognição exauriente.

Embora não tenha havido o reconhecimento e a declaração de existência do direito do requerente, o requerido teve a oportunidade de impugnar a antecipação da tutela final e de discutir a questão sob cognição exauriente em dois momentos: no próprio processo em que ela foi requerida e na ação autônoma. Se permaneceu inerte, deve ter em seu desfavor a produção da coisa julgada material.

O artigo 304, § 6º, do Código de Processo Civil não esclarece se a coisa julgada nunca existirá ou se apenas não se formará durante o prazo de 02 (dois) anos estipulado para a ação de desconstituição. Assim, a melhor solução seria estabelecer expressamente que a decisão que defere a medida não fará coisa julgada durante o prazo de 02 (dois) anos.

## 4. As controvérsias da estabilização

A estabilização da tutela antecipada antecedente tem sido objeto de discussão de doutrinadores e de decisões judiciais, uma vez que diversos dispositivos do Novo Código de Processo Civil são contraditórios entre si e apresentam dúvidas a respeito de sua constitucionalidade.

A seguir serão abordados os pontos controvertidos relacionados à parte autora (aditamento da petição inicial), à parte ré (interposição de agravo de instrumento) e a ambas as partes (propositura da ação autônoma prevista no artigo 304, § 2º, do Código de Processo Civil).

### 4.1. Em relação à parte autora: a impossibilidade de prosseguir com o processo e a obrigatoriedade de aditar a petição inicial

O artigo 303, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil determina que, após a concessão da medida satisfativa, a parte autora emende a petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro que o juiz fixar, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 303, § 2º).

Ocorre que há um conflito entre os artigos 303 e 304: a parte ré terá o mesmo prazo para interpor o agravo de instrumento, incoerência que gera diferentes interpretações pelos Tribunais a respeito de quem deve primeiro se manifestar e da obrigatoriedade do aditamento da petição inicial, conforme será analisado em seguida.

Não há dúvida de que, caso o réu tenha impugnado a decisão antecipatória e o autor tenha aditado a petição inicial, não ocorrerá a estabilização e o processo seguirá normalmente.

Conforme afirmado por Eduardo Lamy[17], o artigo 304 não reclama qualquer conduta do autor, já que somente são necessárias a concessão da medida de urgência e a ausência de interposição de recurso pelo réu para que a tutela se estabilize e conserve seus efeitos. Dessa forma, ainda que o autor pretenda prosseguir com o processo, não será possível.

Entendimento divergente, porém, foi adotado pela juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Garça, que, considerando que a autora não aditou a inicial após o deferimento da tutela, revogou-a e julgou extinto o feito sem resolução do mérito.

A decisão foi acertadamente reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de que a ausência de recurso da ré foi suficiente para a ocorrência da estabilização:

> Tutela antecipada em caráter antecedente – Bloqueio de saldo de vendas realizada pela internet – Deferida a tutela antecipada – Ré que compareceu aos autos, não tendo oferecido qualquer resistência e informado o cumprimento da ordem judicial – Ausência de aditamento da inicial pela autora – Irrelevância – Tutela antecipada que ficou estabilizada diante da ausência de recurso da ré – Exegese do art. 304 do CPC - Hipótese em que o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, permanecendo eficazes os efeitos da tutela antecipada enquanto não houver revisão por decisão de mérito - Sentença reformada. Tutela antecipada em caráter antecedente - Sucumbência – Ré que deu causa à instauração da demanda – Autora que foi obrigada a postular em juízo o desbloqueio do saldo de seu faturamento, oriundo de vendas feita pelo portal eletrônico da ré - Aplicação do princípio da causalidade - Apelo da autora provido.[18]

Também pode acontecer de o requerente não aditar a petição inicial após a concessão da tutela antecipada e o processo ser extinto sem sequer ter havido a citação do requerido, situação que o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu correta:

> TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. Pleito de que fosse determinado à ré efetuar sua rematrícula para o curso Jardim IV, do ano letivo de 2019.Hipótese, no entanto, em que, concedida a tutela provisória e determinada a emenda da petição inicial, nos termos do artigo 303, § 1º, I, do Código de Processo Civil, manteve-se o autor inerte, não cumprindo a determinação judicial no prazo anotado. Sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, mantida. Recurso improvido.[19]

De acordo com tal decisão, não haveria como se falar em estabilização da tutela provisória, já que não houve a citação da parte contrária.

---

[17] LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 90.

[18] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1004429-45.2018.8.26.0201*, apelante Aesse Comércio de Utilidades Domésticas Ltda. ME, apelado Mercadolivre.com Atividades de Internet Ltda., relator José Marcos Marrone, São Paulo, 30 de julho de 2020.

[19] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1025713-12.2018.8.26.0007*, apelante Arthur Bezerra Reynoso, apelado Colégio Conquista, relator João Camillo de Almeida Prado Costa, São Paulo, 16 de julho de 2019.

No entanto, entendo que o processo não pode ser extinto antes de o réu ser citado, notadamente porque, além de ele ter direito ao contraditório e à ampla defesa, a ocorrência ou não da estabilização depende de ato seu.

Assim, a ele também pode ser interessante somente a estabilização, já que o custo do processo será menor, ou a continuidade da marcha processual sob cognição exauriente.

No mesmo sentido entendeu a juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Votorantim, que, após conceder a tutela e a parte autora apresentar aditamento à petição inicial, determinou que seria necessária, primeiramente, a citação da parte ré:

> [...]. 1) Fls. 30/32: Diante da opção pelo procedimento da tutela antecipada concedida em caráter antecendente, tenho como imprescindível, por primeiro, que a parte requerida seja citada, com a advertência de que, não sendo interposto o recurso cabível, a tutela antecipada se estabilizará (artigo 304, do CPC). [...].[20]

Alexandre Freitas Câmara entende que, caso o autor emende a inicial e o réu não interponha o agravo, aquele terá manifestado sua intenção de prosseguir com o processo.[21]

Todavia, acredito que, justamente para evitar a revogação da tutela e a extinção do processo sem resolução do mérito, na prática, a parte autora costuma emendar a inicial independentemente de a parte ré ter interposto ou não o agravo de instrumento.

Quando o interessado formula o pedido de tutela antecipada antecedente, ele está ciente de que não será possível solucionar definitivamente o litígio naquele processo caso a tutela estabilize.

Ademais, o Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de se discutir a matéria amplamente em ação autônoma posteriormente.

Se, desde o início, o autor pretende resolver definitivamente a lide em um único processo, deve realizar o pedido de tutela antecipada de forma incidental, já que, neste caso, não será possível a estabilização e a medida precisará ser confirmada por decisão final.

Embora Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[22] defendam que o autor deve dizer claramente na petição inicial a sua intenção de prosseguir com o processo e alcançar a tutela definitiva, o procedimento dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil não prevê a possibilidade de ocorrer a conversão da cognição sumária em cognição plena se o réu não se manifestar após a concessão da liminar.

A exigência do artigo 303 do Código de Processo Civil é no sentido de que o autor deve indicar expressamente que deseja se valer do procedimento da tutela antecipada antecedente (§ 5º), ou seja, não há qualquer referência à estabilização, não havendo como defender que ele pode evitá-la somente mencionando que não a deseja no momento da elaboração do pedido.

---

[20] BRASIL. 1ª Vara Cível da Comarca de Votorantim. *Processo nº 1004371-48.2017.8.26.0663*, autor Felipe Nieri Masedo – ME, ré Josiane Magalhães dos Santos, juíza Luciana Carone Nucci Eugênio Mahuad, 14 de dezembro de 2017.

[21] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 167.

[22] JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 742.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou decisão de primeiro grau que, de ofício, alterou o procedimento e recebeu a petição inicial como pedido de tutela antecipada antecedente. No presente caso, a parte autora não havia mencionado que pretendia valer-se do benefício previsto no *caput* do artigo 303 do Código de Processo Civil, o que demonstra que o § 5º do mesmo artigo não se refere à estabilização:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA EM CARÁTER INCIDENTAL. PETIÇÃO INICIAL RECEBIDA COMO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, DE OFÍCIO.
> DESCABIMENTO. O pedido deduzido na inicial da demanda é expresso em relação à tutela de urgência antecipatória, em caráter incidental, tendo a parte autora instruído o feito com os documentos necessários para a internação compulsória da mãe, dependente químico, cuja responsabilidade pelo tratamento imputa ao Poder Público, medida esta a ser confirmada no julgamento final. O juízo na origem, porém, alterou o procedimento, de ofício, recebendo a inicial como pedido de tutela antecipada antecedente, nos termos do art. 303 do CPC, o que é descabido, seja porque não foi pleiteado pela parte autora, seja porque vem em flagrante prejuízo processual do Estado agravante e do Município de Santa Maria, na medida em que implica estabilização da tutela antecipada caso não impugnada ou interposto recurso, como previsto em seu art. 304. Decisão agravada reformada (grifo nosso).[23]

Entendo que a solução correta, portanto, é considerar que o prazo para aditamento da petição inicial só começará a correr após o réu impugnar a decisão concessiva da tutela. Assim, se não houver nenhuma manifestação do réu, a medida satisfativa se estabilizará e o autor não precisará emendar a inicial, bem como o processo será extinto sem resolução do mérito.

O Projeto de Lei nº 166/2010, neste ponto, era vantajoso: previa expressamente que a ausência de impugnação pelo réu tornava a apresentação do pedido principal desnecessária (artigo 289, § 2º).

Ora, o objetivo do instituto– a celeridade processual – não será atendido se a parte autora for obrigada a aditar a petição inicial em qualquer circunstância.

Assim, para evitar que o processo seja extinto porque o requerente não aditou a petição inicial, como aconteceu nas jurisprudências colacionadas acima, os prazos de aditamento pelo requerente e de impugnação pelo requerido devem ser aplicados de forma sucessiva.

É possível encontrar juízo de primeira instância interpretando a questão dos prazos dessa forma, conforme decisão interlocutória da 1ª Vara Cível da Comarca de Votorantim:

> [...]. 4) Cite-se e intime-se do prazo para agravo, sob pena de estabilização da tutela (artigo 304 do CPC). 5) Decorrido o prazo referido, tornem conclusos para determinação de emenda na forma da lei processual, caso esta decisão reste agravada, ou para julgamento, caso contrário. Int. [...].[24]

Assim também decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

---

[23] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº 70083939462*, agravante E.R.G.S., agravado M.M.C., relator Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 18 de junho de 2020.

[24] BRASIL. 1ª Vara Cível da Comarca de Votorantim. *Processo nº 1000872-51.2020.8.26.0663*, autores Ana Roseli Floriano da Silva e João Batista Lopes da Silva, ré Mediplan Assistencial LTDA., juíza Luciana Carone Nucci Eugênio Mahuad, 11 de março de 2020.

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. PROCEDIMENTO. ARTS. 303 E 304 DO CPC/15. ADITAMENTO DA INICIAL. INTIMAÇÃO ESPECÍFICA. PRINCÍPIOS DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO E DA ECONOMIA PROCESSUAL. ARTS. 4º, 139, IX, 321, CAPUT, 304, CAPUT E § 1º, e 1.003, § 5º, do CPC/15. PETIÇÃO. JUNTADA. CONTEÚDO. CONHECIMENTO INEQUÍVOCO. HIPÓTESE CONCRETA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. Ação de tutela antecipada em caráter antecedente, na qual se pleiteia o cumprimento de contrato de prestação de serviços, fornecimento e instalação de sistemas de controle de acesso, provedor de internet, telefonia VOIP e de monitoramento digital de imagens. [...]. 8. No CPC/15, a tutela provisória passa a ser uma técnica aplicada na relação processual de conhecimento ou de execução, mas que, na forma do art. 303, pode ser também requerida em caráter antecedente à própria formação da relação jurídica processual da tutela definitiva. [...]. 10. O procedimento da tutela provisória é, portanto, eventualmente autônomo em relação à tutela definitiva, pois, para a superação dessa autonomia, é preciso que o requerido recorra da decisão que concede a antecipação da tutela, sob pena de a tutela estabilizar-se e o processo ser extinto. 11. Como, na inicial da tutela antecipada antecedente, o autor somente faz a indicação do pedido de tutela final, existe a previsão de que deve complementar sua argumentação, com a confirmação do pedido de tutela final, no prazo de 15 (quinze) dias ou outro maior fixado pelo juiz. 12. Os prazos do requerido, para recorrer, e do autor, para aditar a inicial, não são concomitantes, mas subsequentes. 13. Solução diversa acarretaria vulnerar os princípios da economia processual e da primazia do julgamento de mérito, porquanto poderia resultar na extinção do processo a despeito da eventual ausência de contraposição por parte do adversário do autor, suficiente para solucionar a lide trazida a juízo. [...]. 17. Recurso especial desprovido (grifo nosso).[25]

Ao ingressar com o pedido de tutela antecipada antecedente, a parte interessada está ciente de que o objetivo dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil é possibilitar a estabilização da liminar e evitar que a cognição sumária se transforme em cognição exauriente, principalmente quando ambas as partes se mostraram satisfeitas com a solução sumária da lide.

Caso a parte ré impugne a medida liminar por meio de contestação e a parte autora emende a inicial, aquela será intimada para a audiência de conciliação ou de mediação e, não havendo acordo, deverá se manifestar acerca do aditamento da inicial, em valorização ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Caso a parte ré interponha o agravo de instrumento e a parte autora emende a inicial, aquela será intimada para a audiência de conciliação ou de mediação e, não havendo auto composição, deverá apresentar contestação.

### 4.2. Em relação à parte ré: o agravo de instrumento como meio de defesa e a divergência jurisprudencial acerca de sua obrigatoriedade

O artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil prevê que a tutela antecipada se torna estável se a parte ré não interpõe o respectivo recurso contra a decisão que a concedeu.

A palavra "recurso" tem sido entendida de duas formas: em sentido restrito (somente o agravo de instrumento é capaz de impedir a estabilização da tutela antecipada) e em sentido amplo (qualquer forma de impugnação da parte contrária

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.766.376*, recorrente Quantum Telecomunicações e Eletricidade LTDA-ME, recorrido Condomínio Mirante do Lago, relatora Nancy Andrighi, Brasília, 28 de agosto de 2020.

consegue evitar a estabilização), sendo que a maioria da doutrina defende o segundo entendimento.

Aliás, o Projeto de Lei nº 166/2010, aprovado no Senado, acertadamente não fazia qualquer menção à expressão "recurso", mas estipulava que, se a medida liminar não fosse "impugnada", o juiz extinguiria o processo, conservando a sua eficácia (artigo 288, § 2º).

Para Eduardo Lamy, a expressão "respectivo recurso", quando entendida apenas como o agravo de instrumento, é inconstitucional: embora a intenção do legislador seja justamente que a estabilização ocorra no maior número de processos possíveis, o exercício do direito de defesa não pode depender da interposição de um recurso, que, na verdade, tem outra finalidade.[26]

Em posicionamento contrário, Alexandre Freitas Câmara defende que somente o agravo de instrumento é adequado para afastar a estabilização da tutela deferida, pois, além de o artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil usar o verbo "interpor", o qual, no meio processual, é utilizado exclusivamente para se referir a recursos em sentido estrito, a norma também se refere a recurso em face de uma decisão.[27]

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no mesmo sentido, sob o fundamento de que a interpretação ampliativa do artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil poderia acarretar a inutilidade do instituto e da preclusão:

> PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. I - Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso. II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis. III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão. IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento proessual adequado - o agravo de instrumento. V - Recurso especial provido.[28]

Entendo, porém, que a leitura extensiva do artigo mencionado não implica no esvaziamento da estabilização e da preclusão: ambas continuarão tendo a possibilidade de ocorrer, pois é possível que a parte contrária não apresente nenhum tipo de impugnação, como já acontece em diversos processos que não seguem o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

É importante observar que, apesar de a Primeira Turma ter entendido que a palavra "recurso" deve ser interpretada de forma restrita, o julgamento não foi unânime: os ministros Sérgio Kukina e Gurgel de Faria entenderam que a contestação apresentada pelo requerido foi suficiente para afastar a estabilização.

---

[26] LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 94-96.

[27] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 166-167.

[28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.797.365*, recorrente Banco Cooperativo Sicredi S/A, recorrido Estado do Rio Grande do Sul, relatora Regina Helena Costa, Brasília, 03 de outubro de 2019.

Mesmo após o julgamento do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça, decisões de segunda instância têm compreendido de forma contrária:

> PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CPC. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTESTAÇÃO PELO RÉU. EXISTÊNCIA. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. PENSÃO POR MORTE. FILHA INVÁLIDA. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...]. III - No caso em tela, o juiz singular extinguiu o feito, sem resolução do mérito, por entender ter ocorrido a estabilização da tutela antecipada, em virtude da não interposição de agravo de instrumento pelo INSS em face da decisão deferitória da referida medida. IV – Não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, quando a despeito de não ter havido recurso contra a decisão que a concedeu, a ré apresentou contestação. Precedente do STJ. V - Consoante bem salientou o ilustre representante do Ministério Público Federal, "não obstante a decisão de extinção do feito encontrar literal amparo na redação do caput do art. 304 do CPC, não parece razoável que a técnica processual idealizada pelo legislador se sobreponha à pretensão de efetiva tutela que as partes deduzem, sobretudo quando entre elas não há qualquer dissenso quanto ao interesse na obtenção de decisão de mérito que possa vir a ser acobertada pela garantia constitucional da coisa julgada material". [...]. IX - Recurso adesivo da parte autora provido. Pedido julgado procedente, nos termos do artigo 1013, § 3º, I, do CPC. Apelação do INSS prejudicada.[29]

Diferentemente da maioria dos julgados encontrados, em que a parte autora requer a interpretação restritiva do artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil e a consequente estabilização da medida liminar, no presente caso, além de a parte ré ter oferecido contestação, que, por si só, já deveria ser apta a obstar a estabilização, a própria parte autora postulou pela resolução do mérito da demanda.

É importante ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 prioriza a solução do mérito da demanda, não havendo razão para dificultar o alcance desse objetivo e para dividir a defesa em dois institutos diferentes (agravo de instrumento e contestação), notadamente porque a legislação estabelece que toda a resistência deve ser apresentada em uma única peça processual.

Além disso, a Fazenda Pública, que é a maior litigante brasileira, se vê obrigada a recorrer em situações que normalmente não recorreria, elevando ainda mais o número de recursos.[30]

Verifica-se, ainda, que a parte agravante não precisa se preocupar com o resultado do agravo de instrumento: a mera interposição afasta a possibilidade de estabilização da tutela antecipada[31], sendo que o direito de defesa e o direito de debater a causa de forma ampla ficam condicionados ao recurso, o que não pode ser admitido.

Existe a possibilidade de o réu não concordar com a concessão da tutela provisória de urgência, mas não achar necessária a interposição do agravo de instrumento, já que o pedido de revogação da tutela pode ser feito na própria contestação, a qual ainda não terá sido apresentada.

---

[29] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Cível nº 6071657-84.2019.4.03.9999*, apelante Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, apelada Tania Valeria Hipolito Martins, representada por Alexandre Hipolito Martins, relator Sergio do Nascimento, São Paulo, 26 de março de 2020.

[30] LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 95.

[31] LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 97.

Inicialmente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça havia entendido que a contestação da parte contrária é capaz de impedir a estabilização da medida liminar deferida, pois, embora não tenha sido interposto recurso contra a decisão que a concedeu, houve pedido expresso de revogação da tutela:

> RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno. [...]. A leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. 5. Recurso especial desprovido.[32]

Concordo com a posição adotada pela Terceira Turma: além do agravo de instrumento, qualquer outra forma de impugnação da parte ré deve impedir que a tutela antecipada se torne estável, como a contestação, os embargos de declaração, o pedido de reconsideração[33] e o requerimento de designação de audiência de conciliação, mas desde que apresentados dentro do prazo recursal.

Em todos os meios de impugnação mencionados, o réu demonstra a intenção de prosseguir com o processo, o que é incompatível com a estabilização, ainda que ele não tenha requerido expressamente a revogação da decisão que deferiu a tutela de urgência.

Presume-se que, ao ingressar com o pedido de tutela antecipada antecedente, a parte requerente ficará satisfeita com a sua estabilização e não pretenderá prosseguir com o processo. Desse modo, a estabilização da liminar e a extinção do processo somente devem ocorrer quando a parte requerida também não demonstrar interesse em discutir o direito material de forma exauriente[34], notadamente porque cabe a ela o controle da estabilização.

---

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.760.966*, recorrente Lenyara Sabrina Lucisano, recorrido Pallone Centro Automotivo Comercio e Importacao LTDA, relator Marco Aurélio Bellizze, Brasília, 04 de dezembro de 2018.

[33] LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 96.

[34] ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) *et al*. *Tutela provisória no CPC:* dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43.

Assim, para que os princípios da economia processual e do contraditório e da ampla defesa sejam atendidos, o artigo 304, *caput*, do Código de Processo Civil não deve receber uma interpretação gramatical, mas sim teleológica.

Em outros termos, a interpretação gramatical iria de encontro à finalidade do instituto: cresceria o número de agravos de instrumento nos Tribunais, aumentaria o tempo de tramitação dos processos e estimularia a propositura da ação autônoma que visa rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Tendo em vista que não há uniformização jurisprudencial a respeito do assunto, decisões de segunda instância continuam defendendo a posição ampliativa e prezando pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, inclusive fazendo menção expressa à divergência entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça:

> AÇÃO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA FORMULADO EM CARÁTER ANTECEDENTE. Sentença que declarou estabilizada a tutela deferida, julgando extinto o processo, nos termos do art. 304, §1º, do CPC. Apelação do réu. Tese de que seria inviável a estabilização, uma vez que contra a decisão proferida foi oferecida contestação. 1ª e 3ª Turmas do C. STJ que adotaram entendimentos diametralmente opostos sobre a necessidade ou não de interposição de agravo de instrumento para obstar a estabilização da tutela. Na pendência de uniformização jurisprudencial, deve ser acolhido o entendimento de que privilegia o contraditório, a ampla defesa e a racionalidade do sistema de justiça. Contestação que, assim, tem o condão de impedir a estabilização e, por isso, a sentença deve ser anulada para que o processo prossiga em seus ulteriores termos. Sentença anulada. RECURSO PROVIDO.[35]

É possível, por fim, que essa divergência seja resolvida por meio da edição de uma súmula.

### 4.3. Quanto à parte autora e à parte ré: a propositura da ação prevista no artigo 304, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 e a sua abordagem na prática

Após a estabilização da decisão que deferiu a tutela satisfativa de urgência e a consequente extinção do processo, qualquer das partes poderá demandar a outra com o objetivo de obter a revisão, a reforma ou a invalidação de tal decisão (artigo 304, § 2º, do Código de Processo Civil).

Essa ação autônoma deve ser proposta no prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, sendo que a competência para o processamento e o julgamento do pedido será do juízo que concedeu a tutela antecipada antecedente que se estabilizou (artigo 304, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil).

Entendo que, justamente para que não haja dúvida em relação ao pedido, a parte requerente da ação própria deve dizer expressamente que deseja rever, reformar ou invalidar a decisão que a concedeu, bem como deve obrigatoriamente juntar o procedimento no qual foi concedida e estabilizada a medida.

Em conflito negativo de competência julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu-se que o juízo suscitante não era prevento, pois, apesar de possuir as mesmas partes e estar instruída pelo título de crédito objeto da primeira

[35] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1001964-13.2019.8.26.0562,* apelante Santos Futebol Clube, apelado Clube de Futebol Americano Tsunami, relatora Carmen Lucia da Silva, São Paulo, 16 de junho de 2020.

ação, a ação monitória não fazia qualquer menção à tutela antecipada antecedente concedida anteriormente:

> Conflito negativo de competência. Ação monitória. Prevenção à tutela antecipada concedida nos termos do artigo 303 do CPC (sustação de protesto de uma das duplicatas que instruíram o pedido monitório). Inocorrência. Pretensa credora que em nenhum momento pretendeu rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Dissonância com a regra preconizada pelo artigo 304, §§s 2º a 6º, do CPC. Competência do MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Santa Cruz do Rio Pardo, suscitado. Conflito procedente.[36]

Em relação à legitimidade, Bruno Garcia Redondo defende que é ônus exclusivo do réu ajuizar a ação de desconstituição da tutela satisfativa estabilizada[37], com o que não concordo: além de o Código de Processo Civil prever claramente que qualquer das partes pode demandar a outra com esta finalidade, o autor também pode ter o interesse de discutir o direito material de modo exauriente e obter a coisa julgada antes do decurso do prazo de 02 (dois) anos.

De forma mais ampla, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira[38] entendem que terceiros interessados também podem ser partes legítimas na ação autônoma, aplicando-se, por analogia, o artigo 967 do Código de Processo Civil, que diz respeito à legitimidade para a propositura da ação rescisória.

No entanto, entendo que somente quem foi parte na ação em que ocorreu a estabilização é que poderá propor a ação prevista no artigo 304, § 2º, do Código de Processo Civil.

É importante observar que não há como se falar em litispendência entre as duas ações: ao ajuizar a segunda ação, a primeira já estará extinta, de acordo com o artigo 304, § 1º, do Código de Processo Civil. Além disso, a segunda apenas visa exaurir o assunto que foi analisado sob cognição sumária na primeira.[39]

Quanto ao ônus da prova, Bruno Garcia Redondo argumenta que incumbe à parte requerente da ação de desconstituição da tutela estável, independentemente se ela era o autor ou o réu no processo anterior, devendo ser observada a regra do artigo 373 do Código de Processo Civil.[40]

Considero, porém, que o ônus da prova cabe ao autor da ação originária, ainda que ele seja réu na ação posterior, tendo em vista que não houve contraditório nem dilação probatória no processo antecedente.

Em outras palavras, não há por que alterar o ônus da prova na ação que somente dará continuidade à análise já iniciada anteriormente.[41]

---

[36] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Conflito de Competência Cível nº 0012315-65.2020.8.26.0000*, suscitante MM. Juízo da 2ª Vara Cível de Santa Cruz do Rio Pardo, suscitado MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Santa Cruz do Rio Pardo, relatora Lidia Conceição, São Paulo, 30 de abril de 2020.

[37] REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente:* principais controvérsias. *Revista de Processo*, n. 244, jun. 2015, p. 8.

[38] JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 748.

[39] LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 103.

[40] REDONDO, Bruno Garcia, *op. cit.*, p. 9.

[41] LAMY, Eduardo, *op. cit.*, p. 104.

Em processo de primeira instância julgado recentemente, a parte autora (ré na ação de tutela antecipada antecedente) requereu a alteração da decisão que garantiu à parte ré (autor na ação de tutela antecipada antecedente) a aplicação de critérios de avaliação previstos no regimento quando de seu ingresso na instituição de ensino.

Embora o juiz não tenha abordado a questão do ônus da prova, é possível notar que este incumbiu à parte ré, pois ela comprovou que, além de ter ingressado no curso de Medicina em 2015, quando vigiam as regras do regimento aprovado em 2013, a instituição-autora havia informado que este regimento continuaria válido aos antigos alunos, tendo em vista que a nota mínima para aprovação passou de cinco para sete:

> [...]. Isso porque, como bem defendido na contestação, a própria Autora, em seu "site" divulgou que as novas regras não teriam caráter retroativo, ou seja, somente se aplicariam para os alunos ingressados a partir de 2017. A redação é clara, de modo que sua alteração, com sustentado pelo Autor, é quebra de regras no curso do contrato. [...].[42]

Outra questão controversa é a que diz respeito à possibilidade ou não de o autor requerer a concessão da tutela provisória na ação de desconstituição: a tutela estável também pode ser modificada liminarmente ou somente na sentença?

Caso a petição inicial permita que o juiz conclua liminarmente que a tutela até então estabilizada merece ser alterada, acredito que a melhor interpretação é no sentido de que tal alteração pode ser feita logo no início da ação, notadamente porque foi dessa forma que o juiz se convenceu ao deferi-la na ação originária, não havendo qualquer vedação neste sentido no Código de Processo Civil.

No processo mencionado acima, a instituição de ensino pleiteou a concessão de tutela provisória de urgência a fim de suspender os efeitos da tutela estável deferida anteriormente. Embora o juiz não tenha acolhido o pedido, também não houve argumentação no sentido de que as tutelas provisórias são inadmissíveis na ação autônoma:

> [...]. Trata-se pedido liminar em ação revisional de tutela antecipada, em que o autor requer a suspensão do tutela concedida nos autos nº 1001018-69/19, que tramitou nessa Vara. [...]. Pede liminar para suspender os efeitos da tutela referida, que determinou que a autora aplique ao réu o regimento previsto para os ingressantes em 2014. Indefiro, por ora a liminar, porquanto a suspensão dos efeitos da tutela outrora concedida, poderia eivar o autor de prejuízos irreparáveis, como a reprovação automática em uma matéria e dependência em duas, conforme havia lhe sucedido, quando o réu ingressou com o pedido de tutela. Assim, de melhor alvitre que se colha o contraditório. [...].[43]

Também é possível que ocorra a estabilização da tutela antecipada na ação prevista no artigo 304, § 2º, do Código de Processo Civil: após a estabilização, uma das partes ajuíza a ação autônoma pelo procedimento da tutela antecipada antecedente e obtém, liminarmente, a modificação da medida estável concedida anteriormente. Se a parte contrária não recorrer nem impugnar por qualquer outro

[42] BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Processo nº 1130311-92.2019.8.26.0100*, autora Fundação Lusíada, réu Lucas Goulart Moreschi, juiz Renato Acacio de Azevedo Borsanelli, 06 de julho de 2020.

[43] BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. *Processo nº 1130311-92.2019.8.26.0100*, autora Fundação Lusíada, réu Lucas Goulart Moreschi, juiz Renato Acacio de Azevedo Borsanelli, 21 de janeiro de 2020.

meio, a tutela se estabilizará e o processo será extinto, havendo, portanto, a substituição da estabilização originária pela estabilização da ação posterior.[44]

Por fim, considero que a tutela estabilizada não pode ser desconstituída por meio de recurso de apelação, mas somente pela ação autônoma: como dito anteriormente, a sentença que reconhece a estabilização é terminativa, não havendo a possibilidade de eventual recurso tratar do mérito da demanda, que até a sentença da ação de tutela antecipada antecedente não foi resolvido. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Apelação. Ausência de impugnação específica aos fundamentos da sentença. Tutela antecipada de caráter antecedente. Estabilização da tutela antecipada concedida. Revisão, invalidação ou reforma da decisão estabilizada que depende de ação autônoma. Recurso não conhecido.[45]

Ademais, o Código de Processo Civil é claro ao determinar que, após a estabilização, a tutela satisfativa antecedente não pode ser debatida no mesmo processo. Entretanto, é importante ressaltar que a sentença que resolve o mérito da ação de modificação da medida estável pode ser recorrida mediante apelação.

## CONCLUSÃO

Embora o Código de Processo Civil estabeleça que a decisão que defere a tutela antecipada antecedente não faz coisa julgada, após o transcurso do prazo de dois anos para a propositura da ação de modificação sem qualquer atitude das partes, é necessário que a estabilização se converta em coisa julgada.

Essa interpretação está de acordo com a principal finalidade do processo: a solução das lides e o oferecimento de estabilidade à sociedade e às relações jurídicas, o que somente pode ser alcançado se as partes não puderem rediscutir litígios já resolvidos.

Também restou evidente que a parte autora não deve ser obrigada a emendar a petição inicial em qualquer circunstância, mas somente se a parte ré impugnar a decisão concessiva da tutela, o que demonstra que o controle da estabilização cabe ao réu.

O princípio da economia processual é melhor atendido quando os prazos dos artigos 303, § 1º, inciso I, e 304, *caput*, do Código de Processo Civil são aplicados de forma sucessiva, justamente para que o requerente não corra o risco de apresentar um aditamento totalmente inútil, com o consequente prolongamento do tempo de tramitação do processo.

No que toca à manifestação do requerido, o mais adequado é aceitar que qualquer forma de impugnação pode impedir a estabilização da tutela antecipada

[44] LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 108.

[45] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1002345-25.2017.8.26.0066,* apelante Prefeitura Municipal de Barretos, apelados Ana Cristina Carvalho da Silva, Kamila Rodrigues de Oliveira Cavalcanti, Adriana Aparecida dos Santos, Claudia Odete de Oliveira, Micaela Andrade da Silva, Vania Carla Miguel, Munique Ressler Machado Dias, Gabrielli Pereira da Silva, Gislene Camargo Cordeiro, Daniela Caroline Wiziack, Vanessa de Paulo Faria Ponciano, Elisa Estevao Ferreira, Amanda Souto Ferreira, Debora Renata Valini, Daniela Teodoro de Oliviera, Iramar Henrique, Maria Cleuza Souza, Leandro Feliciano Pereira, Andreia Martins, Tabita Aleixo Gomes, Phercon Construtora Adm. Bens Ltda e Denise Regina da Silva, relator Fernão Borba Franco, São Paulo, 11 de março de 2019.

antecedente, como a contestação, os embargos de declaração, o pedido de reconsideração e o requerimento de designação de audiência de conciliação, já que todas demonstram a sua intenção de prosseguir com o processo.

Essa solução é a que melhor privilegia os princípios da economia processual e do contraditório e da ampla defesa: não haveria o crescimento do número de agravos de instrumento nos Tribunais; o tempo de tramitação dos processos seria menor; evitaria o ajuizamento da ação autônoma que visa rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada e não condicionaria a defesa à interposição de um recurso, que sequer tem essa finalidade.

A ação de desconstituição da tutela estável, por sua vez, somente pode ser proposta pelas partes que participaram do processo anterior, sendo que o ônus da prova continuará sendo do requerente da ação originária, mesmo que ele seja requerido na ação posterior, considerando que não houve contraditório nem dilação probatória previamente.

Portanto, o instituto da estabilização permite a desvinculação da tutela sumária à decisão final, o que reduz o tempo de duração dos processos, já que as partes podem ficar satisfeitas com a decisão provisória e não ajuizar a ação de desconstituição posteriormente.

Todavia, alguns aspectos do procedimento são contraditórios entre si, enquanto outros vão de encontro à própria finalidade da estabilização, o que pôde ser demonstrado pelas diferentes interpretações dadas pela doutrina e pela jurisprudência ao mesmo assunto.

Não bastasse isso, é possível concluir que muitos julgados não interpretaram os artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil de forma literal, justamente para adequar a aplicação do instituto aos princípios constitucionais.

**Referências Bibliográficas**

ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) *et al*. **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 31-51. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601677/. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 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/l13105.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. **Lei Ordinária nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

_____. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 166, de 08 de junho de 2010. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil.** Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&ts=1594037215623&disposition=inline>. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 186, de 25 de maio de 2005. Modifica os §§ 4º e 5º do art. 273, e acrescenta os arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para permitir a estabilização da tutela antecipada.** Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4587740&ts=1594038856827&disposition=inline. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. 5ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí. **Processo nº 1008766-10.2019.8.26.0309.** Autores: Caio Rogério Vieira, Kelen Cristianne Todaro Vieira, Anemelia Monteiro Guerra Rocchi, Pietro Rocchi e Priscila Waarogaino. Réu: Condomínio Edifício Liberty Exclusive Club. Juíza: Adriana Brandini do Amparo, 28 de agosto de 2020. Disponível em: encurtador.com.br/bcFL6. Acesso em: 29 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ***Apelação Cível nº 1000720-85.2016.8.26.0584***. Apelante: Prefeitura Municipal de São Pedro. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Paulo Ayrosa, São Paulo, 19 de dezembro de 2017. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11091788&cdForo=0. Acesso em: 23 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível nº 20160130112866.** Apelante: M.P.D.D.F.E.T. Apelado: D.F. Relator: Roberto Freitas, Brasília, 11 de abril de 2018. Disponível em: encurtador.com.br/bfgV3. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1004429-45.2018.8.26.0201.** Apelante: Acesse Comércio de Utilidades Domésticas Ltda. ME. Apelado: Mercadolivre.com, Atividades de Internet Ltda. Relator: José Marcos Marrone, São Paulo, 30 de julho de 2020. Disponível em: encurtador.com.br/mNUZ8. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível nº 1025713-12.2018.8.26.0007.** Apelante: Arthur Bezerra Reynoso. Apelado: Colégio Conquista. Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa, São Paulo, 16 de julho de 2019.
Disponível em:
https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12677690&cdForo=0.
Acesso em: 09 set. 2020.

_____. 1ª Vara Cível da Comarca de Votorantim. **Processo nº 1004371-48.2017.8.26.0663**. Autor Felipe Nieri Masedo – ME. Ré: Josiane Magalhães dos Santos. Juíza: Luciana Carone Nucci Eugênio Mahuad. 14 de dezembro de 2017. Disponível em: encurtador.com.br/bfrD5. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70083939462**. Agravante: E.R.G.S. Agravado: M.M.C. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 18 de junho de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. 1ª Vara Cível da Comarca de Votorantim. **Processo nº 1000872-51.2020.8.26.0663.** Autores: Ana Roseli Floriano da Silva e João Batista Lopes da Silva. Ré Mediplan Assistencial LTDA. Juíza: Luciana Carone Nucci Eugênio Mahuad. 11 de março de 2020. Disponível em: encurtador.com.br/euwW6. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.766.376.** Recorrente Quantum Telecomunicações e Eletricidade LTDA-ME. Recorrido: Condomínio Mirante do Lago. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 28 de ago. 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=114104526&num_registro=201801489788&data=20200828&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.797.365.** Recorrente Banco Cooperativo Sicredi S.A. Recorrido Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Regina Helena Costa. Brasília, 03 de outubro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900408487&dt_publicacao=22/10/2019. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº 6071657-84.2019.4.03.9999.** Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelada: Tania Valeria Hipolito Martins. Representada: por Alexandre Hipolito Martins. Relator: Sergio do Nascimento. São Paulo, 26 de março de 2020. Disponível em: http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.760.966.** Recorrente: Lenyara Sabrina Lucisano. Recorrido: Pallone Centro Automotivo Comercio e Importacao LTDA. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 04 de dezembro de 2018. Disponível em: https://civel.mppr.mp.br/arquivos/File/REsp_1760966_Voto_Relator.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1001964- 13.2019.8.26.0562.** Apelante: Santos Futebol Clube. Apelado: Clube de Futebol Americano Tsunami. Relatora: Carmen Lucia da Silva. São Paulo, 16 de junho de 2020. Disponível em: encurtador.com.br/arCJV. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Conflito de Competência Cível nº 0012315-65.2020.8.26.0000.** Suscitante: MM. Juízo da 2ª Vara Cível de Santa Cruz do Rio Pardo. Suscitado: MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Santa Cruz do Rio Pardo. Relatora: Lidia Conceição. São Paulo, 30 de abril de 2020. Disponível em: encurtador.com.br/amstD. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. **Processo nº 1130311-92.2019.8.26.0100.** Autora: Fundação Lusíada. Réu: Lucas Goulart Moreschi. Juiz: Renato Acacio de Azevedo Borsanelli, 06 de julho de 2020. Disponível em: encurtador.com.br/GKRW9. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. **Processo nº 1130311-92.2019.8.26.0100.** Autora: Fundação Lusíada. Réu: Lucas Goulart Moreschi. Juiz: Renato Acacio de Azevedo Borsanelli, 21 de janeiro de 2020. Disponível em: encurtador.com.br/iMW23. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1002345-25.2017.8.26.0066.** Apelante: Prefeitura Municipal de Barretos. Apelados: Ana Cristina Carvalho da Silva, Kamila Rodrigues de Oliveira Cavalcanti, Adriana Aparecida dos Santos, Claudia Odete de Oliveira, Micaela Andrade da Silva, Vania Carla Miguel, Munique Ressler Machado Dias, Gabrielli Pereira da Silva, Gislene Camargo Cordeiro, Daniela Caroline Wiziack, Vanessa de Paulo Faria Ponciano, Elisa Estevao Ferreira, Amanda Souto Ferreira, Debora Renata Valini, Daniela Teodoro de Oliviera, Iramar Henrique, Maria Cleuza Souza, Leandro Feliciano Pereira, Andreia Martins, Tabita Aleixo Gomes, Phercon Construtora Adm. Bens Ltda e Denise Regina da Silva. Relator: Fernão Borba Franco. São Paulo, 11 de março de 2019. Disponível em: encurtador.com.br/ahp06. Acesso em: 28 set. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. **Duração razoável do processo e tutela antecipada.** In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) *et al*. *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015***.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 83-109. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601677/. Acesso em: 15 ago. 2020.

DONOSO, Denis. **Tutela antecipada em caráter antecedente:** como evitar a estabilização? A divergência chegou no STJ. São Paulo, 02 de dezembro de 2019. Disponível em: http://denisdonoso.blogspot.com/2019/12/tutela-antecipada-em-carater.html. Acesso em: 22 set. 2020.

JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil.** 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil.** 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2019. **Conselho Nacional de Justiça, Brasília:** CNJ, 2019, p. 153-154. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada.** In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) *et al*. *Tutela provisória no CPC:* dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 211-224. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601677/. Acesso em: 21 ago. 2020.

MITIDIERO, Daniel. *Da tutela provisória*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *et al*. **Breves comentários ao novo código de processo civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 859-884.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de processo civil comentado.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016611/cfi/6/2!/4/2@0:0. Acesso em: 5 set. 2020.

RAATZ, Igor. STJ acerta ao reinterpretar o instituto da estabilização da tutela antecipada. **Revista Consultor Jurídico**, 07 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-07/diario-classe-stj-acerta-reinterpretar- instituto-estabilizacao-tutela-antecipada. Acesso em: 20 ago. 2020.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. **Revista de Processo**, n. 244, jun. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.07.PDF. Acesso em: 30 ago. 2020.

VALIM, Pedro Losa Loureiro. Référé francês e o instituto da estabilização da tutela antecipada. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5216, 12 out. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60593. Acesso em: 23 ago. 2020.

# A IMPORTÂNCIA DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

## THE IMPORTANCE OF THE EXTRAJUDICIAL INVENTORY AS A FORM OF DEJUDIALIZATION IN BRAZILIAN LAW

**NIKOLE CIRILO DINIZ**[1]

**SUMÁRIO**: Introdução. 1. O inventário judicial e a obstrução do Poder Judiciário. 2. Inventário extrajudicial: requisitos, características e procedimento. 2.1 A possibilidade de realização do inventário extrajudicial havendo testamento válido. 3. O inventário extrajudicial e o fenômeno da desjudicialização. 4. A importância do inventário extrajudicial em decorrência da pandemia do Covid-19. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Introdução

RESUMO: O presente artigo visa analisar a possibilidade de realização do inventário pela via extrajudicial, isto é, por escritura pública, bem como a sua importância como forma de desjudicialização no direito brasileiro, principalmente em decorrência da pandemia do Covid-19 enfrentada no país e no mundo. Para tanto, serão estudados os requisitos necessários para que se proceda o inventário extrajudicial, assim como seus benefícios. Será analisado, também, o fenômeno da desjudicialização com o uso do inventário administrativo. Quanto ao fenômeno da desjudicialização será examinada a atual situação da justiça brasileira, a qual revela Tribunais sobrecarregados, bem como a necessidade e as vantagens da utilização das vias extrajudiciais. A pesquisa busca concluir que, devido ao procedimento mais simples e célere do inventário administrativo, no que comparado ao inventário judicial, é possível colaborar para "desafogar" o judiciário, e deixá-lo, em sua grande maioria, com inventários apenas litigiosos. Com isso, dá-se o fenômeno da desjudicialização, que consiste, justamente, em incentivar a solução de conflitos por meio de métodos alternativos extrajudiciais, desestimulando o ingresso de novos processos no Poder Judiciário. Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método dedutivo e indutivo, tendo em vista a análise de leis, artigos, enunciados, provimentos e doutrinas. A técnica empregada foi a pesquisa documental, bem como a bibliográfica, a fim de se atingir o objetivo almejado.

Palavras-chave: Direito sucessório - Inventário e partilha - Inventário extrajudicial - Inventário extrajudicial havendo testamento - Desjudicialização.

ABSTRACT: This article aims to analyze the possibility of carrying out the inventory by extrajudicial means, that is, by public deed, as well as its importance as a form of "dejudicialization" in brazilian law, mainly due to the Covid-19 pandemic faced in the country and in the world. Therefore, the necessary requirements for carrying out the extrajudicial inventory will be studied, as well as its benefits. The phenomenon of "dejudicialization" will also be analyzed using administrative inventory. Besides that, the phenomenon of "dejudicialization" will be examined through the current situation of Brazilian justice, which reveals overloaded Courts, as well as the need and the advantages to appeal to extrajudicial ways. The research seeks to conclude that, due to the simpler and faster procedure of the administrative inventory, when compared to the judicial inventory, it is possible to collaborate to "unburden" the judiciary, and leave it, in its great majority, with only litigious inventories. With this, there is the phenomenon of "dejudicialization", which consists, precisely, in encouraging the resolution of conflicts by means of extrajudicial alternative methods, discouraging the entry of new processes in the Judiciary. The development of this research was based in the deductive and inductive methods, resorting to the analysis of laws, articles, statements, provisions and doctrines. The technique used was documentary research, as well as bibliographic research, in order to achieve the desired objective.

Keywords: Succession law - Inventory and sharing - Extrajudicial inventory - Extrajudicial inventory if there is a will - Dejudicialization.

[1] Bacharelanda em direito na Faculdade de Direito de Sorocaba. Mediadora Judicial certificada pelo Conselho Nacional de Justiça.

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de se utilizar a via extrajudicial na realização do inventário, bem como sua contribuição no alívio do Poder Judiciário, o qual encontra-se sobrecarregado devido ao excessivo número de processos que aguardam apreciação dos magistrados.

O tema é relevante, visto que a morte é algo comum a todos os seres humanos, tornando-se um momento delicado para os familiares e amigos. Dessa forma, crucial a estipulação de regras que facilitem a transmissão dos bens do *de cujus* aos seus sucessores, oferecendo a eles a possibilidade de realização do ato na via extrajudicial, quando presentes os requisitos que a permitam.

O artigo demonstrará a situação atual do Poder Judiciário que, como mencionado, encontra-se sobrecarregado, demonstrando a dificuldade em julgar com eficiência e em tempo hábil os milhares de processos ajuizados, sendo o inventário judicial uma das ações que contribuem para esse cenário; devido ao seu procedimento demasiadamente burocrático e o elevado grau de litigiosidade existente em muitos deles.

Será analisado, também, a importância da adoção da via extrajudicial para realização do inventário e da partilha em decorrência da pandemia do Covid-19 enfrentada no Brasil e no mundo, visto que o número de mortes até o momento é grande, o que tende a gerar um colapso ainda maior no judiciário, devido as futuras demandas instauradas.

Além disso, o trabalho apresentará os requisitos, as características e o procedimento do inventário administrativo, demonstrando seus benefícios em relação ao inventário judicial. Examinará, também, a possibilidade da adoção da via extrajudicial quando houver testamento válido, o que não era possível anteriormente.

A fim de alcançar a meta geral traçada, o artigo analisará a Lei nº 11.441/07 e a resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça - que disciplina a aplicação da referida lei pelos serviços notariais e de registro - bem como o artigo 610 do Código de Processo Civil. Examinará, também, o Enunciado número 600 da VII Jornada de Direito Civil e o Provimento 37/16 da Corregedoria-Geral de Justiça do TJSP, que tratam da possibilidade de se realizar o inventário extrajudicial mesmo havendo testamento, no estado de São Paulo, assim como a recente decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao fenômeno da desjudicialização a pesquisa examinará os benefícios das serventias notariais e como elas vêm atuando na elaboração dos inventários realizados por escritura pública, bem como a necessidade da atuação dos advogados, com posturas mais conciliatórias, para guiarem seus clientes na busca de meios mais eficazes e céleres de resolverem a partilha dos bens, evitando tanto o desgaste entre os familiares, como o colapso judiciário.

## 1. O inventário Judicial e a obstrução do Poder Judiciário brasileiro

A sociedade brasileira enraizou-se na cultura do litígio, isto é, na ideia de que todo e qualquer conflito deve ser resolvido em juízo, como se esta fosse a única fonte de acesso à Justiça. Esta prática levou à crise do Judiciário, que culminou no abarrotamento de processos, tornando a justiça cada vez mais morosa e ineficiente.

Os indivíduos passaram a delegar a resolução de seus conflitos a um terceiro, no caso os juízes, cabendo a esses a decisão dos processos, baseada nas versões e fatos narrados, sem o conhecimento das especificidades de cada caso, devido ao excesso de ações e o pouco tempo disponível para dedicar-se a cada um deles.

> Pesquisas recentes promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram, por exemplo, uma "Taxa de Congestionamento" de 71%; ainda, o primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciários mais aquém da qualidade desejada. Dados do Relatório Justiça em Números 2018 revelam que dos 80 milhões de processos que tramitavam no Judiciário brasileiro no ano de 2017, 94% estão concentrados no primeiro grau.[2]

O inventário judicial, tendo em vista as suas características, requisitos e procedimentos, é uma das ações que contribui para sobrecarregar o poder judiciário, visto que, muitas vezes, a litigiosidade entre as partes é tanta que os processos acabam demorando anos, sem que se consiga realizar a partilha.

A transmissão dos bens do de cujus aos seus sucessores, que podem ser testamentários ou legítimos[3], ocorre imediatamente após sua morte, pelo princípio de saisine - consagrado em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 1.784 do Código Civil - formando, com isso, o espólio[4]. Entretanto essa transmissão deve ser formalizada pelo inventário e partilha, sendo, neste momento, que os herdeiros começam a divergir em relação ao destino que será dado à herança.

De acordo com Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim:

> Como se sabe, é por meio do inventário que se apuram os haveres da pessoa morta, o patrimônio que deixou, constituído de bens, direitos e obrigações para efetuar a partilha da herança aos sucessores legítimos e testamentários. Inventariar, no sentido jurídico da palavra, significa apurar, arrecadar e nomear bens deixados pelo falecido.[5]

Se houver interesse de incapaz, discordância entre os envolvidos ou testamento válido, necessário se faz a utilização da via judicial para realizar o inventário e a partilha, segundo dispõe o caput do artigo 610 do Código de Processo Civil.

Para tanto, alguns atos são obrigatórios para o andamento do processo, como a manifestação de todos os herdeiros, da Fazenda Pública quanto ao patrimônio deixado pelo *de cujus*, e do Ministério Público, no caso de haver herdeiro incapaz ou ausente; os bens deverão ser avaliados judicialmente

---

[2] PRIMEIRO grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário. CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao. Acesso em: 26 set. 2019.

[3] A sucessão legítima, também denominada ab intestato, se dá por força de lei, em favor das pessoas mencionadas como herdeiras, de acordo com a ordem de vocação hereditária. Esta ocorre em caso de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens dele não compreendidos. Já a sucessão testamentária é aquela em que a transmissão hereditária se opera por ato de última vontade, isto é, por meio de testamento.

[4] Bens, direitos e obrigações deixados pelo indivíduo que veio a falecer. Constitui um ente despersonalizado, que será administrado pelo inventariante ou administrador provisório nomeado, enquanto não realizada a partilha.

[5] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*: *teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 315.

para aferição dos valores; as últimas declarações devem ser apresentadas; bem como deve-se realizar o cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*, sua homologação e recolhimento, com verificação da fazenda; entre outros.

Diante da série de atos processuais, a ação de inventário torna-se extremamente demorada e dependente de diferentes órgãos para que possa ser concluída. Com essa demora, podem ocorrer diversos prejuízos, como as despesas geradas pelos imóveis que ficam sem qualquer utilização enquanto não realizada a partilha dos bens, tendo em vista a oposição dos sucessores quanto à sua destinação; assim como a impossibilidade de levantar a quantia em dinheiro situada em instituição financeira, devido à discordância quanto a sua distribuição.

Ademais, há casos em que os inventários demoram tanto, que um ou alguns herdeiros vêm a falecer. Com isso, não só deixam de usufruir da herança a que tinham direito, como seus herdeiros passam a ser parte legitima na ação, o que pode instigar ainda mais o conflito já existente. É possível, também, que a demora seja tanta, que no momento da partilha não haja mais patrimônio, em virtude de diversas alienações ocorridas, mediante alvará[6], no curso do inventário.

Ressalta-se que, nas ações de inventário é possível optar pelo rito do arrolamento sumário, que é o "modo simplificado de inventário e partilha, quando todos os interessados, maiores e capazes, estejam de acordo e não optem pelo inventário extrajudicial."[7] Esta espécie de inventário judicial, devido ao consenso entre os herdeiros, torna mais célere todo o processo, mas, ainda assim depende do Poder Judiciário, o que faz a via extrajudicial ser, em regra, a forma mais vantajosa.

## 2. Inventário extrajudicial: requisitos, características e procedimento

O inventário extrajudicial, também conhecido como notarial ou administrativo, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, deixando de ser a via judicial a única possível para realização do inventário e partilha. As inovações trazidas pela referida lei foram recepcionadas pelo Código de Processo Civil (CPC), dando nova redação aos artigos 982 e 983 do CPC de 1973 que, posteriormente, com as devidas modificações, resultaram nos artigos 610 e 611 do CPC de 2015.

As alterações legislativas mencionadas exigiram pronta adaptação dos serviços cartorários, ocasionando a elaboração da Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual revelou-se de grande importância por expor uma regulamentação específica sobre elaboração do inventário por escritura pública, abrangendo, também, as escrituras de separação e de divórcio.

A realização do inventário pela via extrajudicial tem como objetivo proporcionar aos indivíduos a possibilidade de resolverem suas pendências de maneira mais rápida e eficiente, por meio, principalmente, da conciliação e do

[6] Trata-se, o alvará judicial, de uma ordem ou autorização do juiz para a prática de determinado ato. Visa facilitar o levantamento de pequenas quantias deixadas pelo falecido, a venda de bens, e outras providências incidentes ao processo de inventário.

[7] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha*: teoria e prática. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 316.

entendimento, deixando para o judiciário apenas as pendências mais complexas e nas quais o acordo entre os envolvidos se tornou impossível.

> O novo modo de inventário, qualificado como extrajudicial, notarial ou administrativo, tem o propósito de facilitar a prática do ato de transmissão dos bens, porque permite modo mais simples e célere para resolver a partilha. Com isso, reduz a pletora dos serviços judiciários, abrindo campo a um procedimento extrajudicial no Ofício de Notas, afastando os rigores da burocracia forense para a celebração de um ato notarial que visa chancelar a partilha amigavelmente acordada entre meeiro(a) e herdeiros e o recolhimento dos impostos devidos. Com isso, reserva-se ao juiz a análise das questões mais complexas no plano sucessório (...). [8]

Os requisitos necessários para a elaboração do inventário e partilha extrajudicial encontram-se elencados no artigo 610 do Código de Processo Civil (CPC), o qual determina ser possível a utilização desta via apenas quando todos os interessados forem capazes, concordes quanto à partilha e não haja testamento válido[9]; sendo desnecessária homologação judicial, tendo em vista que a escritura pública de inventário constitui, por si só, título hábil para o registro imobiliário.

Esta modalidade é uma faculdade posta à disposição dos herdeiros, portanto, caso preencham os requisitos, mas optem pela via judicial, está prevalecerá. Da mesma forma, caso seja instaurado o inventário judicial, podem os interessados, a qualquer momento, solicitar pela suspensão do processo ou a desistência da via judicial, para que se realize o ato na esfera administrativa.[10]

Quanto à capacidade, importante salientar que este pressuposto não se refere a maioridade dos herdeiros, isto é, ao fato de possuírem, ao menos, 18 anos completos. Sendo assim, a emancipação ou a ocorrência de qualquer outra causa que leve à cessação da incapacidade, como as elencadas no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil[11], autorizam o uso da via extrajudicial.[12]

Importante ressaltar que capacidade não é aferida no momento da abertura da sucessão, ou seja, com o falecimento do autor da herança, mas sim no momento da abertura do inventário ou da lavratura da escritura pública. Dessa forma, se em um primeiro momento, preenchidos os requisitos, sobrevier qualquer causa que retire a capacidade do interessado, será obrigatória a migração para a via judicial.

O consenso entre os herdeiros em relação à partilha, outro requisito elencado pelo artigo 610 do Código de Processo Civil, é imprescindível para a realização do inventário por meio de escritura pública. Portanto, havendo discordância de pelo menos um dos herdeiros, ainda que em parte, terá de ser utilizada a via judicial.

---

[8] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 439.

[9] BRASIL. *Código de Processo Civil, Lei nº 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/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

[10] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 442.

[11] BRASIL. *Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

[12] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 587.

O referido artigo menciona também a necessidade de inexistência de testamento válido, pressuposto esse que será analisado adiante. Para a verificação da existência ou não do testamento, necessário a consulta ao Registro Central do Colégio Notarial do Brasil, obtendo-se a certidão positiva ou negativa, que deverá ser apresentada até o momento da lavratura da escritura. Sendo assim, em regra, havendo testamento válido, será também obrigatório a realização do inventário judicial.

No que se refere ao procedimento para realização do inventário administrativo, quando preenchidos os requisitos elencados acima, devem os interessados procurar um advogado, tendo em vista ser crucial a presença deste - ou de defensor público - na lavratura da escritura pública, de acordo com o artigo 8º da Resolução 35 do CNJ[13].

Em seguida, devem optar pelo Cartório de Notas em que se procederá o inventário. Esta escolha independe do local em que se situam os bens do *de cujus* e do local de seu óbito. Trata-se, portanto, de mais uma vantagem da escritura de inventário e partilha, pela facilidade de celebração do ato quando as partes residam em local distante daquele em que situado o antigo domicílio do autor da herança, visto que, no inventário judicial, em regra, é este o foro competente para o inventário e partilha, conforme dispõe o artigo 48 do NCPC[14].

Feito isso, os sucessores devem proceder à nomeação de um inventariante, indivíduo responsável pela administração dos bens do espólio, conforme dispõe o art. 11 da Resolução 35 do CNJ. Em regra, este encargo caberá ao cônjuge, companheiro ou filho do de cujus, que estará incumbido de gerir todo o processo de realização do inventário e partilha extrajudicial, assim como de providenciar os documentos necessários.

Após a nomeação do inventariante, todos os bens móveis, imóveis e os direitos do falecido devem ser levantados, bem como suas dívidas, que deverão ser quitadas com seu próprio patrimônio, prevalecendo o princípio *intra vires hereditatis* - segundo o qual as dívidas e obrigações do *de cujus* devem ser resolvidas pelos herdeiros até o limite da herança – portanto, os sucessores não responderão pelo excesso caso os débitos ultrapassem o valor da herança, de acordo com o artigo 1.997 do CC[15].

Para finalizar o procedimento do inventário extrajudicial, de acordo com o que dispõe o art. 15 da Resolução 35 do CNJ, é crucial que os interessados realizem o pagamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD), o qual calcula-se sobre o valor venal dos bens deixados pelo falecido. Para tanto, deverá ser preenchida a declaração do ITCMD perante a Secretaria de Fazenda do estado da situação do bem, após será gerada uma guia de recolhimento do imposto, com o

[13] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disciplina a aplicação da Lei no 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Resolução no 35, de 24 de abril de 2007. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179. Acesso em: 18 out. de 2019.

[14] BRASIL. *Código de Processo Civil, Lei nº 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/l13105.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

[15] BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

valor que cada herdeiro irá arcar, devendo ser pago antes da lavratura da escritura.

Com os documentos, certidões negativas e os impostos devidamente recolhidos, o Cartório lavrará a escritura de inventário. Inegável, portanto, a celeridade e simplicidade do procedimento pela via extrajudicial, no que comparado ao inventário e partilha judicial e, por conseguinte, a vantagem para os seus usuários que terão suas pendências resolvidas sem demasiada burocracia.

### 2.1 A possibilidade de realização do inventário extrajudicial havendo testamento válido

Como apontado anteriormente, o artigo 610 do CPC determina a obrigatoriedade da via judicial para realização do inventário quando houver testamento válido, visto que, no caso deste ser anulado, caduco ou revogado, não haverá testamento a ser cumprido, podendo, portanto, ser adotada a via extrajudicial. Todavia, em que pese a determinação legal, o entendimento vem se alterando, visando sempre a desjudicialização.

> Com o devido respeito, os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados, especialmente nos casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado. Nos termos do art. 5.º da Lei de Introdução, o fim social da Lei 11.441/2007 foi a redução de formalidades, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete do Direito. O mesmo deve ser dito quanto ao Novo CPC, inspirado pelas máximas de desjudicialização e de celeridade.[16]

A questão começou a ser resolvida com próprio Colégio Notarial do Brasil, que aprovou enunciado em seu XIX Congresso Brasileiro, estabelecendo ser possível o inventário extrajudicial ainda que haja testamento, desde que seja previamente registrado em Juízo ou homologado posteriormente perante o Juízo competente. Visando reforçar a tese, foi aprovado, na VII Jornada de Direito Civil de 2015, o enunciado nº 600 prevendo que, após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça inventário extrajudicial.[17]

É o que vem, de fato, ocorrendo em diversos estados, como em São Paulo, que por meio do Provimento nº 37 da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, passou a aplicar o exato teor do enunciado nº 600, conforme decisão do Desembargador-Corregedor Manoel de Queiroz Pereira Calças:

> Diante da expressa autorização do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública, que constituirá título hábil para o registro imobiliário. Poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública, também, nos casos de testamento revogado ou caduco, ou quando houver decisão judicial, com trânsito em julgado, declarando a invalidade do testamento, observadas a capacidade e a concordância dos herdeiros (...).[18]

---

[16] TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. v. 6. p. 576.

[17] TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. v. 6. p. 576.

[18] PROVIMENTO CGJ nº 37/2016 permite a lavratura de Escritura de Inventário e Partilha com testamento, desde que expressamente autorizado pelo juízo sucessório competente, nos autos do

Destarte, nota-se uma saudável tendência de quebra da regra que afasta o inventário por meio de escritura pública quando presente uma disposição de última vontade. No entanto, há doutrinadores, como Maria Berenice Dias, que sequer acham necessária a apreciação do testamento, em juízo, para que se permita a realização do inventário extrajudicial.

Afirma, a ilustre doutrinadora, não se justificar que a abertura, o registro e o cumprimento do testamento sejam levados à juízo, pois esta seria uma atividade mais adequada a quem redige o testamento público, registra o testamento particular e lacra o testamento cerrado, isto é, o próprio tabelião[19]. Todavia, em que pese o referido entendimento, prevalece a necessidade da expressa autorização do juízo competente para que se utilize a via extrajudicial, ou que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente.

A fim de confirmar ainda mais este entendimento, recentemente, no dia 15 de outubro de 2019, a 4ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STJ), em precedente inédito relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão (REsp 1.808.767) decidiu ser possível a realização do inventário extrajudicial ainda que exista testamento, visto que, no caso concreto, os herdeiros eram maiores, havia consenso quanto à partilha e estavam devidamente representados por advogado, não havendo óbice, portanto, à utilização da via extrajudicial.

Em seu voto, o ilustre relator afirma que o fim social do inventário extrajudicial é justamente a redução de formalidades e burocracias. Sendo assim, alega não ser razoável o impedimento à realização do inventário e partilha por escritura pública quando já houver registro judicial do testamento ou autorização do juízo sucessório, sob pena de violação de princípios caros de justiça, como a efetividade da tutela jurisdicional e a razoável duração do processo.[20]

Portanto, possível concluir que a possibilidade de realização do inventário por meio de escritura pública, ainda que haja testamento válido, é mais uma forma de ampliar o uso da via administrativa, quando presentes os requisitos que à permitem, visando sempre desafogar o judiciário e permitir aos interessados um caminho mais facilitado e menos burocrático para a solução de suas questões.

## 3. O inventário extrajudicial e o fenômeno da desjudicialização

A desjudicialização consiste, justamente, no deslocamento de algumas atividades atribuídas exclusivamente ao judiciário, para o âmbito das serventias extrajudiciais, admitindo que esses órgãos possam realizá-las, por meio procedimentos administrativos. É o que ocorreu com o inventário, que por meio da Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, passou a ser possível sua realização extrajudicialmente.

As partes devem ter a liberdade de poder resolver seus conflitos fora da esfera judicial, quando presentes os requisitos que a permitem. No caso do

procedimento de abertura e cumprimento de testamento. Blog do 26, 2016. Disponível em: https://www.26notas.com.br/blog/?p=12330. Acesso em: 19 out. 2019.

[19] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 584.

[20] STJ: é possível inventário extrajudicial mesmo com testamento. Migalhas, 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI313129,31047STJ+E+possivel+inventario+extrajudicial+mesmo+com+testamento. Acesso em: 20 out. 2019.

inventário, os pressupostos necessários para que ocorra por meio de escritura pública já foram mencionados no tópico acima, portanto, quando estes foram preenchidos, os sucessores terão a liberdade de optar pela via que mais lhes agrade.

A desjudicialização possui como objetivo trazer celeridade e simplicidade às demandas que não envolvam litígio, bem como contribuir para a redução de ações no Poder Judiciário. Como mencionado no tópico 1, o judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado de processos, o que dificulta com que as decisões sejam prolatadas com presteza. Dessa forma, surgiu na sociedade a necessidade de encontrar soluções eficazes, o que fez com que a desjudicialização se tornasse uma realidade no Brasil, com a edição de leis que favorecem a composição amigável de situações sociais por meio dos serviços notariais.

> Atualmente o mundo jurídico é composto de entendimentos por vezes distintos, ao passo que as serventias extrajudiciais têm ao seu alcance a possibilidade de prever litígios, concretizar os atos e negócios, evitando com que as partes necessitem recorrer ao judiciário, e por vezes aguardar muito tempo por uma resposta a seu caso concreto. É notável como os serviços notariais e registrais são essenciais à vida dos cidadãos, formalizam vontades, e buscam promover acima de tudo a segurança jurídica ao ato.[21]

Dessa forma, as serventias extrajudiciais vêm auxiliando o judiciário, mas, principalmente, beneficiando os seus usuários, pela possibilidade de poderem resolver seus atos e negócios extrajudicialmente, privilegiando a agilidade e a simplicidade em seus procedimentos, visto serem menos burocráticos. A possibilidade de realização do inventário na via extrajudicial é, portanto, um grande exemplo de desjudicialização.

Importante ressalvar, que o momento de realização do inventário e partilha é, em regra, delicado para os familiares e demais sucessores, tendo em vista que decorre da morte de um ente querido, o que pode gerar grande desgaste emocional. Em muitos casos, é neste instante que o conflito se instala, visto não haver concordância dos herdeiros quanto à destinação dos bens.

Esta é a etapa em que o advogado se torna tão importante. Como apontado anteriormente, a presença deste ou de defensor público, na lavratura da escritura pública de inventário é crucial. Cabe a esses profissionais guiarem seus clientes no caminho mais adequado para a resolução de suas pendências. Entretanto, muitos advogados ainda são extremamente litigantes, isto é, não buscam a conciliação entre os interessados na partilha.

Ademais, em diversos casos, acabam influenciando seus clientes a optarem pela via judicial, por entenderem que, dessa forma, poderão cobrar mais honorários, tendo em vista o maior tempo despendido até que seja resolvida a partilha. Dessa forma, a falta de estímulo, do advogado, no diálogo entre as partes para que cheguem a um acordo pode levá-las à longos e custosos processos

---

[21] SCHMOLLER, Francielli; FRANZOI, Fabrisia. *A importância da atividade notarial e registral*: uma análise de função social e evolução neste âmbito jurídico. Colégio Notarial do Brasil. 4 de jul. de 2018. Disponível em: http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTY0NjM=&MSG_IDENTIFY_CODE#>. Acesso em: 21 de out. de 2019.

judiciais, que além de colapsar o judiciário, acabam, muitas vezes, apenas pondo fim à demanda, mas não ao conflito existente entre os envolvidos.

Os advogados, devem estimular a adoção da via extrajudicial, visando sempre a solução consensual, assim como a satisfação de todos os envolvidos, priorizando a importância do restabelecimento das relações familiares. Assim, os herdeiros terão uma solução mais célere quanto à partilha dos bens, propiciando que se evite uma possível ruptura familiar, e um processo judicial que tramitará por um longo período.

A assistência do advogado ou defensor público não se trata de simples presença formal no momento do ato da lavratura da escritura pública de inventário, mas sim de efetiva participação na orientação dos interessados, esclarecendo as dúvidas de caráter jurídico e redigindo ou revisando a minuta do acordo para a partilha amigável[22]. Logo, conclui-se ser o advogado, um importante instrumento na desjudicialização.

Importante frisar que na realização do inventário administrativo também é possível o requerimento de justiça gratuita, caso em que bastará a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído, de acordo com o que dispõe os artigos 6º e 7º da Resolução 35 do CNJ[23].

Logo, depreende-se que, se os sucessores forem capazes e houver consenso entre eles quanto à partilha, a via extrajudicial, para a realização do inventário, é a mais adequada, tendo em vista seus diversos benefícios, como a celeridade e a desburocratização. Assim sendo, os herdeiros não estarão à mercê do Poder Judiciário, que se encontra sobrecarregado devido a exacerbada quantidade de processos que lhe são postos à apreciação, colaborando, portanto, com a desjudicialização.

## 4. A importância do Inventário Extrajudicial em decorrência da pandemia do Covid-19

O mundo foi surpreendido, em 2020, com a inesperada pandemia do Covid-19, doença causada pelo coronavírus, de fácil contágio, podendo causar infecções assintomáticas, bem como quadros respiratórios graves. Esta doença pode complicar-se ainda mais em pacientes do grupo de risco, sendo eles idosos, asmáticos, diabéticos, pessoas com doenças no coração, fumantes, dentre outros.

No Brasil, até o momento, já foram registrados mais de 67 mil óbitos. No Estado de São Paulo, dentre os mais de 341 mil casos confirmados, mais de 16.500 resultaram em óbito.[24]

---

[22] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 7. p. 527.

[23] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disciplina a aplicação da Lei no 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Resolução no 35, de 24 de abril de 2007. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179. Acesso em: 18 out. 2019.

[24] PAINEL CORONAVÍRUS. Coronavírus Brasil, 2020. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 09 jul. 2020.

Devido ao grande número de mortes até o momento, conclui-se que muitos inventários e partilhas terão de ser realizados futuramente, a fim de regularizar a situação patrimonial dos *de cujus* e seus herdeiros.

Todavia, devido a situação que se instalou no Brasil e no Mundo, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou uma série de medidas aos países afetados pelo vírus, dentre elas a interrupção de atividades econômicas e sociais e o isolamento social das pessoas, visando evitar o contágio.[25]

O Poder judiciário, por ser essencial para a sociedade, não teve seus serviços interrompidos, mas teve de se adaptar à nova realidade, estabelecendo regime de Plantão Extraordinário, visando uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários e garantir o acesso à justiça durante este período emergencial, com o intuito de prevenir o contágio pelo Covid-19, conforme dispõe o art. 1º da Resolução Nº 313, de 19 de março de 2020.[26]

O referido Plantão Extraordinário, de acordo com o art. 2º da Resolução mencionada, importa na suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, mantendo-se apenas os serviços essenciais de cada tribunal, como a distribuição de processos urgentes e o atendimento, prioritariamente de forma remota, de advogados, defensores públicos, promotores, membros do Ministério Público e da polícia judiciária.

Esta nova realidade torna a tramitação dos processos ainda mais morosa, visto que, muitos prazos foram suspensos ou interrompidos.

O inventário judicial é um exemplo, pois, conforme estabelece o art. 16 da Lei nº 14.010, de 10 de julho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus, nas sucessões abertas a partir do dia 1º de fevereiro de 2020, o termo inicial de contagem do prazo para a realização do inventário será 30 de outubro de 2020. Portanto, os interessados no inventário terão até dois meses, contados desta data, para promover as medidas necessárias a fim de dar início ao inventário.[27]

Ademais, de acordo com o referido artigo, em seu parágrafo único, nos processos de inventário e partilha iniciados antes de 1º de fevereiro de 2020, o prazo de 12 meses para sua conclusão também será suspenso até o dia 30 de outubro de 2020.

---

[25] COVID-19 E DIREITO DAS COISAS, FAMÍLIA E SUCESSÕES. Genjurídico, 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/22/covid-19-direito-das-coisas-familia/. Acesso em: 09 jul. 2020.

[26]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Resolução nº 313, de 19 de março de 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf. Acesso em: 09 jul. 2020.

[27] BRASIL. *Lei nº 14.010, de 10 de julho de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

Portanto, conclui-se que o inventário judicial tornar-se-á mais demorado que o normal, devido a suspensão dos prazos, bem como ao grande número de óbitos ocorridos até o momento no país, o que gerará uma imensa procura ao Judiciário para resolução dos inventários e partilhas das vítimas do vírus.

Em razão disso, as demandas do Poder Judiciário no Estado de São Paulo tendem a aumentar nos meses seguintes, diante dos impactos causados pela pandemia do Covid-19 em diversos aspectos da vida da sociedade.[28]

Dessa forma, poderão os interessados recorrer ao inventário extrajudicial, caso preenchidos os requisitos necessários para tanto, isto é, se todos foram capazes e concordes, não houver interesse de incapaz, e caso haja testamento, que este já tenha registro judicial ou autorização do juízo sucessório.

O inventário administrativo, realizado por escritura pública no Cartório de Notas, será uma ótima opção para aqueles que buscam uma forma mais célere de resolver a situação da herança nesse momento tão caótico enfrentando pelo país em decorrência da pandemia, sem que seja necessário aguardar os prazos estipulados aos processos de inventários judiciais. Além disso, o inventário extrajudicial será um importante instrumento para retirar do judiciário diversas demandas, evitando um colapso ainda maior.

Válido ressaltar a importância dos cartórios e dos advogados para que o inventário administrativo seja uma opção para os interessados, principalmente neste período. Como já mencionado, devem os advogados instruir seus clientes a buscar a forma mais dinâmica possível para solucionar a divisão da herança, guiando-os ao caminho conciliatório, a fim de que resolvam a situação o mais breve e de forma mais simplificada possível, evitando maiores sofrimentos e aflições, considerando o momento delicado vivido por todos.

Já os cartórios, devem estar preparados e adequados, seguindo as devidas medidas de segurança, para atender os clientes e dar continuidade aos trabalhos de forma eficiente e prática.

Sendo assim, com a adoção dessa modalidade de inventário, restará à apreciação do judiciário, em sua grande maioria, os casos em que não haja consenso entre os herdeiros ou que haja interesse de incapaz, compactuando com a desjudicialização neste momento excepcional de pandemia enfrentado no país.

## CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como objetivo apresentar os requisitos, as características e o procedimento do inventário extrajudicial, bem como sua importante contribuição no fenômeno da desjudicialização, no que comparado a via judicial.

No primeiro tópico foi apresentado a situação atual do Poder Judiciário brasileiro, que se encontra completamente sobrecarregado devido a quantidade excessiva de ações propostas, tornando a justiça cada vez mais morosa e ineficiente. Esse cenário é resultado da "cultura do litígio", enraizada na

[28] DALEFFI, Bruno; TRECENTI, Julio; Nunes, Marcelo Guedes. *Impacto do Covid-19 no Judiciário de São Paulo*. Migalhas, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/323691/impacto-do-covid-19-no-judiciario-de-sao-paulo. Acesso em: 10 jul. 2020.

sociedade, que acredita que todo e qualquer direito deve ser pugnado em juízo, o que gerou um verdadeiro colapso forense.

O inventário judicial, como dito, influencia bruscamente nessa realidade, por ter um procedimento burocrático e dependente de diversos órgãos, o que gera, em sua maioria, uma lentidão na decisão. Além disso, o conflito que se estabelece entre os herdeiros dificulta ainda mais o andamento do processo, culminando na demora da partilha dos bens do *de cujus* e, consequentemente, na impossibilidade de os sucessores usufruírem da herança.

Sendo assim, diante da necessidade de proporcionar aos indivíduos um meio de resolverem a partilha da herança de maneira mais célere e eficiente, a Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o inventário administrativo. Este só pode ser realizado quando todos os interessados forem capazes e concordes quanto a partilha, de acordo com o artigo 610 do Código de Processo Civil.

O referido artigo elenca também como pressuposto para realização do inventário pela via extrajudicial a inexistência de testamento válido. Entretanto, tal entendimento vem mudando de forma considerável. Como demostrado no presente artigo, não há motivos relevantes para que se impeça a realização do inventário por meio de escritura pública quando houver declaração de última vontade.

Por este motivo, diversos enunciados, provimentos, bem como a recente decisão da 4ª turma do STJ entenderam ser mesmo possível a realização do inventário por meio da via extrajudicial havendo testamento válido, desde que tenha sido previamente registrado judicialmente ou que haja expressa autorização do juízo competente.

A adoção do inventário extrajudicial tornou-se ainda mais relevante devido ao cenário atual de pandemia do Covid-19, doença responsável por levar a óbito milhares de brasileiros até o momento, o que tende a causar uma sobrecarga no Poder Judiciário nos meses seguintes, em razão das possíveis demandas que virão a ser instauradas.

Diante da situação, resta evidente a importância da utilização da via administrativa para realização do inventário e da partilha neste período, até porque, como houve a suspensão dos prazos do inventário judicial, o inventário administrativo tornou-se, de fato, a forma mais célere e eficiente de resolver a divisão da herança neste momento delicado.

Acredito que a tendência do direito brasileiro é, cada vez mais, visar a desjudicialização, ou seja, buscar meios de expandir a utilização dos serviços notarias, tendo em vista sua celeridade e desburocratização. Dessa forma, será possível desafogar o judiciário, deixando para sua apreciação apenas inventários que não possam ser resolvidos entre os interessados, por meio do consenso, ou quando houver interesse de incapaz.

Entretanto, para que esse fenômeno da desjudicialização ganhe força, necessária a atuação dos advogados de forma menos litigante, ou seja, devem estimular o diálogo entre os sucessores, mostrando à eles os benefícios da via extrajudicial, como a rapidez para a realização da partilha e a simplicidade do

procedimento, para que todos possam receber, desde logo, a sua parte da herança, sem que haja desavenças e conflitos entre os familiares.

Dessa forma, conclui-se que o inventário extrajudicial é um grande exemplo de desjudicialização, pois trata-se de uma forma de inventário criada para facilitar a transmissão da herança, bem como retirar do judiciário processos que podem ser resolvidos consensualmente.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**


BENEFÍCIO de inventário. In: SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo.** [s. ed.] São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

BRASIL. **Código Civil, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei no 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2015- 2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei no 11.441, de 04 de janeiro de 2007.** Altera dispositivos da Lei no 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. **Lei no 14.010, de 10 de julho de 2020.** Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública.** 9. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Disciplina a aplicação da Lei no 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro.** Resolução no 35, de 24 de abril de 2007. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. **Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid- 19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial.** Resolução no 313, de 19 de março de 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf. Acesso em: 09 jul. 2020.

COVID-19 E DIREITO DAS COISAS, FAMÍLIA E SUCESSÕES. In: **Genjurídico**, 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/22/covid-19-direito-das-coisas- familia/. Acesso em: 09 jul. 2020.

DALEFFI, Bruno; TRECENTI, Julio; Nunes, Marcelo Guedes. **Impacto do Covid-19 no Judiciário de São Paulo.** Migalhas, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/323691/impacto-do-covid-19-no-judiciario- de-sao-paulo. Acesso em: 10 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 13. ed. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2019. v. 7 . 584 p., Brochura, 23 cm.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra. **Manual de metodologia da pesquisa em direito para a elaboração do projeto de pesquisa, do artigo científico e da monografia jurídica.** Disponível em: https://www.fadi.br/portal/Arquivos/Documentos/0055998437b9a1abe8579517872 70f4c.pdf. Acesso em: 10 de out. 2019.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. **Inventário e Partilha:** *teoria e prática*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

PAINEL CORONAVÍRUS. **Coronavírus Brasil**, *2020*. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 09 jul. 2020.

PRIMEIRO grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário. CNJ, 2018. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica- nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao >. Acesso em: 26 set. 2019.

PROVIMENTO CGJ nº 37/2016 permite a lavratura de Escritura de Inventário e Partilha com testamento, desde que expressamente autorizado pelo juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura e cumprimento de testamento. Blog do 26, 2016. Disponível em: https://www.26notas.com.br/blog/?p=12330. Acesso em: 19 de out. 2019.

SCHMOLLER, Francielli; FRANZOI, Fabrisia. **A importância da atividade notarial e registral:** uma análise de função social e evolução neste âmbito jurídico. Colégio Notarial do Brasil. 4 de jul. 2018. Disponível em: http://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTY0NjM=&MSG_ID ENTIFY_CODE#. Acesso em: 21 de out. 2019.

STJ: é possível inventário extrajudicial mesmo com testamento. Migalhas, 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI313129,31047STJ+E+possivel+inventa rio+extrajudicial+mesmo+com+testamento. Acesso em: 20 de out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito das sucessões. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6. p. 576.

# ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA *HOLDING* FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

TAX ASPECTS OF FAMILY HOLDING AS A TOOL FOR SUCCESSION PLANNING

**SABRINA MARTINS DIAS BATISTA CHIBANI QUIRINO**[1]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O que é e como se faz uma *Holding* Familiar. 1.1 O que é uma *Holding* Familiar**.** 1.2 Como criar uma *Holding* Familiar. 2. As vantagens da Holding Familiar no Direito Sucessório. 2.1 O Código Civil, o direito sucessório e seus principais conceitos. 2.2 A *holding* familiar como instrumento de planejamento sucessório. 3. Aspectos Fiscais da *Holding* Familiar**.** 3.1 Redução do Imposto de Renda. 3.2 Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). 3.3 Planejamento Fiscal. 3.4 Elisão Fiscal e Evasão Fiscal**.** Conclusão. Referências bibliográficas.

## Introdução

Neste artigo serão abordados os impactos positivos da elaboração de um planejamento sucessório e tributário, por meio das empresas do tipo "holding" familiares, em especial aquelas constituídas por uma pessoa jurídica peculiar, para a qual o patriarca da família transfere todo o seu patrimônio que se encontra registrado na pessoa física e o doa por meio de quotas sociais aos seus herdeiros.

O tema deste artigo é o estudo dos benefícios do planejamento sucessório, além do planejamento tributário possível, com as empresas do tipo *holding* familiares.

As empresas do tipo *holding*, que em inglês significa segurar, deter, sustentar, originalmente foram criadas apenas para controle sobre outras

RESUMO: O presente artigo visa conhecer um modo de gerenciamento do patrimônio familiar, seja com imóveis e/ou com empresas, cuja finalidade é facilitar o planejamento sucessório e tributário. Investiga os impactos positivos da elaboração de um planejamento sucessório e tributário, por meio das empresas do tipo "holding" familiares. A problemática enfrentada na pesquisa é o longo e turbulento processo de transmissão de bens e gestão na sucessão familiar, que envolve não apenas uma questão financeira, mas também muitos sentimentos. Conclui que enfrentar o problema e começar a planejar a sucessão em vida, com a elaboração de um planejamento sucessório, é uma forma de aumentar as possibilidades de sucesso da sucessão, e que quando bem aplicadas, as *holdings* familiares podem representar um relevante instrumento de organização e planejamento fiscal, societário, sucessório e de blindagem patrimonial. A pesquisa foi realizada pelo método hipotético-dedutivo, e foram utilizadas as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.
Palavras-chave: Planejamento sucessório - Planejamento tributário - Empresas *holding* familiares.
Abstract: This article aims to know a way of managing family assets, whether with real estate and/or companies, whose purpose is to facilitate succession and tax planning. It investigates the positive impacts of preparing succession and tax planning through family-owned holding companies. The problem faced in the research is the long and turbulent process of asset transfer and management in family succession, which involves not only a financial issue but also many feelings. It concludes that facing the problem and starting to plan succession in life, with the elaboration of succession planning, is a way to increase the chances of succession success, and that when properly applied, the family *holding* companies can represent a relevant organization and planning tool. tax, corporate, inheritance, and property protection. The research was carried out by the hypothetical-deductive method, and documental and bibliographical research techniques were used.
Keywords: succession planning, tax planning, family-owned *holding* companies.
[1] Aluna da graduação da Faculdade de Direito de Sorocaba.

sociedades e patrimônios. No entanto, no Brasil, por questões fiscais e administrativas, a *holding* é utilizada em um sentido mais amplo, para possibilitar tanto a participação societária em outras empresas como também a prestação de serviços civis ou até comerciais.

O presente trabalho visa conhecer um modo pelo qual as *holdings* do tipo familiares permitem o gerenciamento do patrimônio da família, seja com imóveis e/ou com empresas, cuja finalidade é facilitar o planejamento sucessório e tributário.

O processo de transmissão de bens e gestão na sucessão familiar é um processo longo e repleto de desafios, cuja complexidade vai além das finanças e invade o setor íntimo das famílias.

Enfrentar o problema e começar a planejar a sucessão em vida, com a elaboração de um planejamento sucessório é uma forma de aumentar as possibilidades de sucesso da sucessão.

A opção por uma *holding* familiar pode ser vantajosa na hipótese de duas ou mais pessoas físicas serem proprietárias ou herdeiras de vários bens, ou empresas, e tenham a intenção de centralizar a gestão desses ativos a fim de evitar a difícil divisão no caso de falecimento dos titulares, e cuja administração costuma oferecer maior complexidade do que uma sociedade devidamente constituída.

Quando bem aplicadas, as *holdings* podem representar um relevante instrumento de organização e planejamento fiscal, societário, sucessório e de blindagem patrimonial.

Porém, o que se constata é que, muitas vezes, ao se optar por esta saída, não é feito um estudo criterioso de cada caso junto a um especialista, acabando por transformar o negócio jurídico, que antes parecia econômico e seguro, em uma ferramenta mais onerosa do que, por exemplo, uma simples doação com usufruto vitalício.

O processo de sucessão familiar, quando envolve um grande conjunto de ativos, costuma ser longo, complexo e turbulento.

O presente artigo busca conhecer a problemática da sucessão familiar de bens imóveis e empresas familiares, e apontar um caminho para se evitar conflitos sucessórios, com um bom planejamento em vida. Especificamente, visa identificar as vantagens financeiras e tributárias da opção pela empresa do tipo *holding* familiar.

## 1. O que é e como se faz uma Holding Familiar

O termo “hold”, do inglês, pode ser traduzido por: segurar, sustentar ou deter, e “holding”, ou “holding company” é traduzido como domínio, e é utilizado para designar pessoas jurídicas titulares de bens e direitos, que podem ser móveis, imóveis, participações societárias, propriedades industriais, investimentos financeiros etc.

As sociedades do tipo “holding” podem ser constituídas de diversos tipos, para atender a variados objetivos. Existem as holdings puras, apenas para a titularidade de quotas ou ações de outra empresa; *holding* de controle, para deter o controle societário de outra sociedade; *holding* de participação, apenas para

deter participações societárias; *holding* de administração, cujo objetivo é centralizar a administração de outras sociedades; *holding* mista, que além de deter participação societária em outra sociedade também realiza atividade produtiva; *holding* patrimonial, criada para ser detentora de determinado patrimônio, e a *holding* imobiliária, criada para ser proprietária de imóveis, inclusive para administração de locação.

As *holdings* familiares não configuram um tipo específico de *holding*, e pode ser, por exemplo, uma *holding* de controle, imobiliária ou mista, e sua peculiaridade é o fato de se estabelecer em um âmbito familiar, de modo a servir ao planejamento e à organização do patrimônio de uma família, tanto para a sua administração, quanto para um melhor planejamento fiscal e sucessório.

A *holding* familiar é um instrumento prático que permite a centralização e a profissionalização da administração de diversas sociedades e bens, uma vez que a holding se torna a proprietária de todos os bens, enquanto os membros da família tornam-se sócios dela. Desse modo, facilita a aplicação de normas de organização administrativa criadas pelo titular, ou por um administrador profissional, a todo o conjunto de bens, e assim evita disputas familiares, facilita a sucessão hereditária e favorece a manutenção das atividades empresariais, que muitas vezes não ultrapassam a primeira geração.

> A constituição de uma *holding* erige uma instância societária para acomodar, segundo as regras do Direito Empresarial, eventuais conflitos familiares, fazendo com que, ao final, a família vote unida nas deliberações que sejam tomadas nas sociedades de que participa ou que controla.[2]

### 1.1 Como criar uma *holding* familiar

Para a formação de uma *holding* familiar, parte-se da premissa de que há um titular do patrimônio e membros da família com capacidade para ser sócio ou acionista. Importante levar em consideração o estado civil e o regime de bens adotado, tanto do titular, quanto dos herdeiros, bem como definir a divisão patrimonial e operacional dos bens, avaliar o tipo e qualidade dos ativos da família e a forma de distribuição desejada pelo titular. Esse levantamento é fundamental para delinear com precisão o objeto social da *holding*, que norteará as escolhas quanto à natureza jurídica e tipo societário mais adequados ao caso.

O profissional especialista deve arquitetar a melhor estratégia para cada situação. Primeiramente deve-se estabelecer qual será a natureza jurídica da *holding* familiar, se uma sociedade simples, de registro no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, ou se uma sociedade empresária, de registro na Junta Comercial.

Existe no Brasil uma discussão doutrinária sobre a possibilidade de se configurar uma *holding* familiar como sociedade simples, uma vez que estas não se destinam ao exercício de atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços. Há quem defenda ser possível, no caso de *holdings* puras, por serem apenas destinadas ao controle de sociedades, faltando-lhe o elemento de empresa, mas existem opiniões divergentes, que entendem que as *holdings* não podem ter natureza jurídica diversa das sociedades por ela controladas, pois está indiretamente envolvida nas mesmas atividades.

[2] MAMEDE, Eduarda Cotta e Mamede, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens*. 9. ed. 2017. Atlas, p. 73.

No direito brasileiro, o perfil da sociedade simples constitui-se por exclusão, como estabelece o artigo 966 do Código Civil:

> Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
> Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.[3]

Majoritariamente entende-se ser possível uma *holding* familiar encaixar-se tanto como uma sociedade simples, quanto como uma sociedade empresária, contudo esta não é a opção mais utilizada para *holdings* familiares devido às suas desvantagens, como a responsabilização subsidiária dos sócios, facilidade de saída dos sócios e o fato de não poderem se valer do instituto da recuperação judicial ou extrajudicial ou à falência, previsto na Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 (aplicado somente às sociedades empresárias).

Após a eleição da natureza jurídica, se simples ou empresária, deve-se fazer a escolha do tipo societário, dentre as opções previstas no artigo do Código Civil brasileiro, uma vez que as sociedades no Brasil são tipificadas, quais sejam: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações, e proceder ao registro de seus atos constitutivos, seja por meio de contrato social ou estatuto social, na Junta Comercial.

No Brasil, os tipos societários mais comuns são as sociedades limitadas (por distribuição de quotas) e as sociedades anônimas (por distribuição de ações). As sociedades limitadas, caracterizam-se pela formação mediante contrato social, e pode ser uma vantagem para a *holding* familiar uma vez que o mútuo reconhecimento e aceitação entre os sócios (*intuitu personae* e *affectio societatis*) é fator fundamental.

As sociedades anônimas, criadas mediante estatuto, constituem-se em função do capital (*intuitu pecuniae*), possuem mais facilidade de transações de suas ações e é um tipo destinado à grandes empresas, onde papel dos sócios não é tão preponderante quanto na sociedade limitada, de modo que, para o caso de uma *holding* familiar, recomenda-se que seja de capital fechado.

No entanto, a jurisprudência tem reconhecido que as sociedades anônimas de capital fechado compostas majoritariamente por membros de uma família, formando uma *holding* familiar, possuem um elo específico entre os sócios, que os obriga uns perante os outros e caracteriza a existência da *affectio societatis*:

> DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. GRUPO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE LUCROS E DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS HÁ VÁRIOS ANOS. QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. (...) III - É inquestionável que as sociedades anônimas são sociedades de capital (*intuito pecuniae*), próprio às grandes empresas, em que a pessoa dos sócios não tem papel preponderante. Contudo, a realidade da economia brasileira revela a existência, em sua grande maioria, de sociedades anônimas de médio e pequeno porte, em regra, de capital fechado, que concentram na pessoa de seus sócios um de seus elementos preponderantes, como sói acontecer com as sociedades ditas familiares, cujas ações

[3] Artigo 966 do Código Civil brasileiro – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

> circulam entre os seus membros, e que são, por isso, constituídas intuito personae. Nelas, o fator dominante em sua formação é a afinidade e identificação pessoal entre os acionistas, marcadas pela confiança mútua. Em tais circunstâncias, muitas vezes, o que se tem, na prática, é uma sociedade limitada travestida de sociedade anônima, sendo, por conseguinte, equivocado querer generalizar as sociedades anônimas em um único grupo, com características rígidas e bem definidas. Em casos que tais, porquanto reconhecida a existência da *affectio societatis* como fator preponderante na constituição da empresa, não pode tal circunstância ser desconsiderada por ocasião de sua dissolução. Do contrário, e de que é exemplo a hipótese em tela, a ruptura da *affectio societatis* representa verdadeiro impedimento a que a companhia continue a realizar o seu fim, com a obtenção de lucros e distribuição de dividendos, em consonância com o artigo 206, II, 'b', da Lei nº 6.404/76, já que dificilmente pode prosperar uma sociedade em que a confiança, a harmonia, a fidelidade e o respeito mútuo entre os seus sócios tenham sido rompidos. (...)[4]

Apesar de este não ser ainda um entendimento majoritário, a tendência é de que este posicionamento seja aplicado cada vez mais às pequenas e médias empresas regidas pelas regras das sociedades por ações, mas constituídas com *intuitu personae*, como é o caso das *holdings* familiares.

De qualquer modo, no que tange o Direito de Empresa, após a escolha da natureza jurídica e do tipo societário, deve-se prosseguir para o devido registro dos atos constitutivos nos órgãos competentes, seguindo seus moldes. A opção mais comumente utilizada no Brasil é a sociedade limitada, por permitir o exercício de atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços, com a responsabilidade limitada.

## 2. As Vantagens da *Holding* Familiar no Direito Sucessório

### 2.1 O Código civil, o direito sucessório e seus principais conceitos

O Código Civil brasileiro estabelece as normas referentes à transmissão patrimonial, disciplinando inclusive a forma e a quantidade de bens a receber. Desse modo, se faz necessário compreender o significado dos principais termos utilizados pelo direito sucessório, são eles: sucessão, herança, meação, legítima e herdeiros necessários.

Conforme pontua Arnoldo Wald (apud BAGNOLI, Martha Gallardo Sala), o termo sucessão é utilizado não apenas para identificar a transmissão patrimonial que se dá após a morte (*mortis causa*), mas também os atos *intervivos*[5].

Ainda, a sucessão *mortis causa* pode ser testamentária, quando houver testamento que expresse a vontade do *de cujus* sobre o modo de divisão de seus bens, ou *ab intestato*, quando não há testamento, e assim, deve obedecer às normas legais (também chamada *sucessão legítima*).

Com o falecimento do de cujus dá-se a abertura da sucessão *mortis causa*, para destinar sua herança aos herdeiros legitimados. O vocábulo herança, também conhecida por espólio ou monte, designa a universalidade dos bens do *de cujus*, e

[4] Embargos de divergência improvidos, após rejeitadas as preliminares." (STJ - EREsp 111294/PR - Rel. Ministro Castro Filho), em https://www.conjur.com.br/2012-abr-08/jurisprudencia-comeca-garantir-direito-saida-socio-empresa. Data de visita: 16/05/2020.

[5] BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. *Holding imobiliária como planejamento sucessório*. Coleção Academia – Empresa 17. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2016, p. 11.

apresenta-se como um patrimônio único, até o momento da partilha e adjudicação dos bens aos herdeiros.

Uma das balizas do ordenamento jurídico brasileiro para o direito de testar é existência ou não de cônjuge ou companheiro, e a observação do regime de bens dessa união, pois para os casos em que o titular for casado no regime de comunhão total ou parcial de bens, ou ainda, no caso da participação final dos aquestos, deve-se levar em conta a meação, ou seja, a metade que cabe ao cônjuge.

Após a realização da meação, o patrimônio restante deve ser dividido em duas partes iguais, e a uma dá-se o nome de legítima, que é a parte destinada obrigatoriamente aos herdeiros necessários; e à outra parte dá-se o nome de disponível, pois caracteriza-se pela liberdade que o titular do patrimônio possui em dispor desses bens.

Os artigos 1829 e 1846 do Código Civil estabelecem que:

> Artigo 1829. A sucessão da 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 não houver deixado bens particulares;
> II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
> III – ao cônjuge sobrevivente;
> IV – aos colaterais.

Artigo 1846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima[6].

Nota-se, portanto, que o código civil brasileiro se preocupou em estabelecer diretrizes específicas sobre a forma e a ordem da distribuição patrimonial, estabelecendo primeiramente a meação, se for o caso, posteriormente a divisão em dois conjuntos de bens: a parte destinada aos herdeiros necessários e a parte disponível.

Segundo Gustavo Rene Nicolau, apud Martha Gallardo Sala Bagnoli:

> O substantivo meação (derivado do verbo mear) nada mais é do que a simples atribuição dos bens a cada um dos cônjuges que unidos trabalharam (em planos diferentes) para construir o patrimônio que – por ocasião da dissolução da sociedade conjugal (divórcio, separação judicial, morte e anulação) – deverá ser partido ao meio, meado". O patrimônio remanescente divide-se em duas partes idênticas denominadas legítima e disponível.
> A legítima irá obrigatoriamente aos herdeiros necessários, e a disponível terá livre destinação pela vontade do autor da herança – titular do patrimônio, se assim vier a ser por ele definido[7].

Toda essa estrutura sucessória criada pelo Código Civil, em um esforço de conciliar os interesses da família e a liberdade de testar, criou um modo operacional sucessório de proteção ao cônjuge a aos herdeiros necessários, mecanismo esse que deve ser respeitado na constituição da *holding* familiar.

## 2.2 A *holding* familiar como instrumento de planejamento sucessório

[6] Artigos 1.829 e 1.846 do Código Civil brasileiro. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.
[7] NICOLAU, Gustavo Rene. "Sucessão Legítima no Novo Código Civil." In: *Revista de Direito Privado*, vol. 21, p.112 e ss., jan.2005. Apud BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. Holding Imobiliária como planejamento sucessório. Coleção Academia. Empresa 17. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2016, p. 14.

Em seu artigo 1784 do Código Civil o legislador determinou que a titularidade do patrimônio do *de cujus* seja transferida aos seus herdeiros automaticamente no momento de sua morte [8], e as diretrizes para a escolha de quem deverá e de quem poderá receber a sua herança também são determinadas pela lei.

Outra determinação do Código Civil, em seu artigo 426[9], é a proibição do pacto sucessório, por restringir a liberdade de testar, de modo que são nulos de pleno direito todos os acordos que tenham por objeto de contrato a herança de pessoa viva.

No entanto, o direito brasileiro permite algumas formas de organização patrimonial sucessória, como por exemplo: o testamento e a doação, desde que se respeite a meação e a legítima, e assim, não sejam prejudicados os herdeiros necessários.

A forma tradicionalmente utilizada para realizar a sucessão é por meio de um testamento, um ato personalíssimo, unilateral e revogável, que pode conter disposições não patrimoniais, além das de caráter patrimonial.

Respeitada a meação, nos casos em que for necessária, e a legítima, é livre ao testador determinar quais bens irão compor a meação, e quais bens irão para cada herdeiro, e só então a autonomia da vontade passa a vigorar livremente quanto à parte disponível, de modo que é lícito ao testador dar a esses bens o destino que desejar.

O testamento é revestido de uma solenidade e força jurídica que garante ao testador o cumprimento de sua última vontade, e além disso pode ser revogado e retratado a qualquer momento, de modo unilateral, até a morte do testador. No entanto, possui algumas desvantagens em relação à *holding* familiar, como bem elenca Martha Bagnoli[10], são elas: a eficácia apenas após a morte, a exigência de uma série de formalidades e a limitação da legítima dos herdeiros necessários, além da meação.

Pode ainda o testador impor cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, mas o artigo 1848 do Código Civil de 2002 estabelece limites: "salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima."

Assim sendo, quando comparada ao testamento, a *holding* familiar pode se apresentar como um instrumento mais prático e flexível de organização patrimonial e sucessória, o que não impede a sua coexistência.

Segundo Martha Gallardo Sala Bagnoli:

> O testamento como ferramenta de organização patrimonial pode ser utilizado em conjunto com a *holding imobiliária familiar*. O titular do patrimônio pode, por exemplo, manter em seu nome seu patrimônio (quotas/ações da *holding imobiliária*

[8] Artigo 1.784 do Código Civil brasileiro. "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários." Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.
[9] Artigo 426 do Código Civil brasileiro. "Não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva." Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.
[10] BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. *Holding Imobiliária como planejamento sucessório. Coleção Academia. Empresa* 17. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2016, p. 40.

> *familiar*) e por meio do testamento legar aos herdeiros, conforme desejo e o critério legal, para que estes, no futuro, recebam suas participações[11].

A doação é outro instrumento possível para uma organização patrimonial sucessória, mas diferentemente do testamento, a doação é um ato *intervivos* e não pode ser revogada a qualquer tempo, mas apenas nos casos descritos em lei (artigos 555 e seguintes do Código Civil).

Assim como o testamento, a doação deve respeitar a meação e a legítima, com a particularidade de que se os bens doados pertencerem à parte legítima, importará em adiantamento de legítima e deverão ser trazidos à colação no momento da abertura da sucessão.

Por outro lado, enquanto no testamento o testador pode organizar a distribuição de seus bens como um todo, a doação é limitada à parte disponível, de modo que o titular ainda terá que elaborar um testamento para organizar o restante de seu patrimônio.

Existem alguns benefícios na doação, que podem ser levados também às quotas e/ou ações da *holding* familiar, como por exemplo, a imposição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade, e ainda, reserva de usufruto, mas apenas na doação pode haver cláusula de reversibilidade, que retorna ao titular os bens doados no caso de o falecimento do donatário preceder o falecimento do doador.

Desse modo, a *holding* familiar se configura como uma saída às dificuldades impostas pelo testamento e pela doação, por permitir a organização patrimonial, com repartição de seus bens entre os herdeiros por meio da doação de quotas e/ou ações como forma de antecipação da legítima aos herdeiros necessários.

Com a criação de uma pessoa jurídica, à qual todos os bens são incorporados, e tendo como sócios os membros familiares herdeiros, a administração do patrimônio assume um caráter centralizado e profissional para a gestão dos ativos, de modo que pode superar melhor os obstáculos do cotidiano, e além disso, tranquilizar o titular quanto ao rumo das empresas familiares quando não mais estiver aqui para administrá-las, como preceituam MAMEDE, Gladston e MAMEDE, Eduarda Cotta:

> O problema maior é em empresas familiares. A falta de perspectiva permanente de sucessão está na raiz de crises reiteradamente enfrentadas por atividades negociais familiares, de microempresas a grandes grupos, em boa medida por legar para os parentes, logo após o terrível evento da morte, a função de definir a substituição no comando da empresa. Na maioria das vezes, esse equívoco tem uma origem bizarra: a expectativa que todos nós temos de que apenas com a velhice mais longeva esse problema acometerá a corporação. Mas o tempo é o senhor da razão, não o contrário. O tempo, ele sim, decide o momento de todos os eventos da vida e o administrador empresarial responsável não é aquele que pretende ditar o momento em que os fatos irão se passar, sejam bons ou ruins, mas aquele que prepara a corporação para enfrentar fatos possíveis ou certos que poderão se dar a qualquer momento[12].

[11] BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. *Holding Imobiliária como planejamento sucessório*. Coleção Academia. Empresa 17. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2016, p. 41.
[12] MAMEDE, Eduarda Cotta e Mamede. Gladston. *Holding familiar e suas vantagens*. 9. ed. Atlas, 2017, p. 94.

A ausência de um plano sucessório pode ser demasiadamente custosa. É indispensável preparar a família para a sucessão, bem como formar sucessores, o que demanda tempo de acompanhamento e mentoria por parte do titular do patrimônio, para que a fatalidade de sua perda não se configure em um momento de turbulência familiar maior ainda, onde os herdeiros são pegos abruptamente pela nova condição de se verem diante de um patrimônio praticamente desconhecido e desconectado do cotidiano de suas vidas.

Não são incomuns os casos de empresas familiares que não se recuperaram da brusca passagem entre gerações. Crises, falência e alienação do negócio para terceiros são bastante comuns e podem deixar as famílias em difíceis situações.

Além da transição repentina aos herdeiros, mesmo havendo um testamento bem elaborado, ele não resolve o problema das empresas, cujos atos de gestão estarão atrelados ao processo de inventário, que pode se arrastar por anos no caso de haver disputa entre os herdeiros.

De acordo com MAMEDE, Gladston[13], a sucessão planejada não causa surpresas, rupturas administrativas e pode ser executada com cuidado e acompanhamento profissional. Não se pode descartar também a estruturação de uma situação mista, combinando um quadro de familiares e um quadro de profissionais, com resultado positivo para todos.

Outra vantagem da criação de uma *holding* familiar, e não menos importante, é o fato de que a constituição de uma pessoa jurídica que incorpora o patrimônio familiar permite a separação do patrimônio pessoal de seus integrantes, que passam a ser quotistas ou acionistas, fazendo assim uma blindagem patrimonial, o que não é possível com outro instrumento de planejamento sucessório.

## 3. Aspectos Fiscais da *Holding* Familiar

Segundo Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede, Antes de afirmar se há vantagens fiscais, ou não, na constituição de uma *holding* familiar, é preciso conhecer a realidade patrimonial apresentada. Uma holding familiar para a administração e organização de empresas demandará um estudo aprofundado da situação fiscal em andamento em cada uma delas, para que se possa verificar eventuais alternativas lícitas de redução da carga tributária[14].

Não se pode deixar de mencionar que as "proposições fiscais constroem-se a partir de uma *tecnologia jurídica* refinada, mas altamente mutável. Como dito, há uma avalanche de normas, entre leis, decretos, regulamentos, instruções fazendárias etc."[15] De modo que, é bastante comum encontrar empresas em situações fiscais nada saudáveis, que recolhem tributos indevidos, que deixam de recolher algum tributo devido, ou ainda, que deixaram passar boas oportunidades

[13] MAMEDE, Eduarda Cotta e Mamede. Gladston. *Holding familiar e suas vantagens*. 9. ed. Atlas, 2017, p. 99.
[14] MAMEDE, Eduarda Cotta e Mamede, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens*. 9. ed. Atlas, 2017, p. 105 e 106.
[15] MAMEDE, Eduarda Cotta e Mamede, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens*. 9. ed. Atlas, 2017, p. 107.

tributárias. Tudo isso por má compreensão desse emaranhado de normas que compõem o sistema tributário brasileiro.

Por sua vez, Martha Gallardo Sala Bagnoli afirma que se o titular do patrimônio possuir bens imóveis, a perspectiva de redução lícita da carga tributária é mais favorável e, via de regra, pode-se afirmar que a administração de bens imóveis por meio de uma holding imobiliária familiar pode ser mais econômica fiscalmente[16].

### 3.1 Redução do imposto de renda

A administração de bens realizada por meio de uma *holding* familiar, em substituição da administração feita pelo titular, como pessoa física, pode gerar uma economia fiscal no que diz respeito à receita oriunda destes bens, o que não configura sonegação fiscal.

A *holding* familiar localizada no Brasil pode adotar o regime do Lucro Real ou do Lucro Presumido para fins de apuração da base de cálculo do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o lucro.

O Lucro Real, como o próprio nome diz, é feito sobre o lucro real da empresa, ou seja, é o resultado obtido da subtração das despesas sobre as receitas, e é sobre esse valor que incide a tributação. Portanto, para as empresas que optarem pelo regime do Lucro Real é imprescindível ter um apurado controle de suas movimentações financeiras para que os lucros e as tributações possam ser calculados com precisão. É um regime complexo, onde os encargos tributários sobre a renda aumentam ou diminuem de acordo com o lucro obtido.

O regime de Lucro Real é a regra geral para a apuração do Imposto de Renda e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica no Brasil, e para empresas com faturamento superior a R$78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ao ano ele é obrigatório, bem como para determinadas atividades, independentemente da receita, como por exemplo: instituições financeiras (bancos comerciais, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades corretoras de títulos, empresas de arrendamento mercantil). Este pode não ser um regime eficiente do ponto de vista fiscal para uma *holding* familiar, desde que estas não sejam obrigadas a adotá-lo.

De acordo com o artigo 13 da Lei 9.718 de 1998, a pessoa jurídica que possua receita anual inferior ou igual a R$78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) poderá optar pelo regime de tributação com base no Lucro Presumido, desde que não se enquadre em nenhum impedimento do artigo 14 da mesma lei.

O regime de tributação com base no Lucro Presumido é uma forma simplificada de calcular o Imposto de Renda e a Contribuição Social, pois presume o quanto do faturamento de uma empresa foi lucro a partir de tabelas padronizadas, com bases de cálculo pré-fixadas.

As margens de lucro consideradas para o Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas (IRPJ) neste regime de tributação vão de 8% a 32%, e variam conforme a atividade desempenhada pela empresa.

---

[16] BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. *Holding imobiliária como planejamento sucessório. Coleção Academia. Empresa 17.* São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2016, p. 192.

É por meio do Lucro Presumido que a *holding* familiar pode ser considerada um caminho vantajoso para organização patrimonial familiar, principalmente quando envolve a administração de bens imóveis.

A alíquota do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica é de 15% (quinze por cento) sobre o Lucro Presumido, ou seja, caso a atividade desempenhada se enquadre na tributação sobre a base de cálculo de 32% sobre a receita bruta, custo tributário final será de 4,80%.

De acordo com BAGNOLI, Martha Gallardo Sala, ainda que sobre a pessoa jurídica de uma *holding* imobiliária familiar sob o regime de lucro presumido, no âmbito da locação de bens, incidam os tributos de PIS (Programa de Integração Social) a alíquotas de 0,65% e CONFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social) à alíquota de 3%, esta é uma vantajosa opção. Tendo em vista que os rendimentos de locação imobiliária são tributados da pessoa física, na faixa mais alta, em 27,5%, esses mesmos bens, se incorporados à pessoa jurídica da *holding* imobiliária familiar poderá distribuir seus lucros aos sócios de forma isenta, e a *holding* arcará com uma carga tributária correspondente à 14,53% sobre os rendimentos da locação.[17]

No que tange à distribuição dos lucros aos sócios quotistas ou acionistas da holding familiar, estes são isentos de tributação, uma vez que própria *holding* já arcou com a carga tributária.

Outra consideração importante é o processo de integralização dos bens imóveis. Caso sejam integralizados pelo mesmo valor constante na Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física titular do patrimônio, não incidirá Imposto de Renda. O que não acontece se os bens forem integralizados com valor majorado, mesmo que para melhor se aproximar do valor atual de mercado, neste caso o IR será tributado com uma alíquota de 15%.

### 3.2 Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD)

O ITBI, imposto que incide sobre a transmissão de bens imóveis, como regra geral, não incide na transferência de bens imóveis para fins de integralização de capital de uma pessoa física para uma pessoa jurídica, com a exceção daquelas cujo objeto social seja a atividade preponderantemente imobiliária, conforme previsto no artigo 156, §2º da Constituição Federal:

> 2º – O imposto previsto no inciso II:
> I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Atividade preponderantemente imobiliária, deve ser verificada com a comprovação de que 50% da receita operacional, da sociedade analisada, do biênio

[17] BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. *Holding Imobiliária como planejamento sucessório*. Coleção Academia. Empresa 17. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2016, p. 228.

anterior e seguinte à aquisição, advém de venda ou locação de propriedade imobiliária.

Assim confirma a jurisprudência:

> Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária. A empresa autora requer a obtenção de provimento jurisdicional que declare a inexistência de relação jurídica-tributário em relação à incidência de ITBI sobre a operação de integralização de capital social, com a transferência de bens imóveis dos sócios para a pessoa jurídica, vez que sua atividade preponderante, a saber, *holding* de instituições não financeiras, lhe confere direito à imunidade no que toca à operação retratada nos autos de incorporação em realização de capital. O art. 36, inciso I, do CTN dispõe que o ITBI não incide sobre a transmissão de bens e direitos efetuada para incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito. Já o artigo 37, do mesmo diploma, termina por excepcionar a concessão do benefício nos casos em que a pessoa jurídica apresente atividade preponderante de venda ou locação de propriedade imobiliária ou cessão de direitos relativos à sua aquisição. Nesse sentido, a expressão atividade preponderante diz respeito a 50% da receita operacional da sociedade verificada, no biênio anterior e no biênio seguinte à aquisição. Contudo, quando o início das atividades for posterior à aquisição (ou ocorrer a menos de 2 anos dela), o período será trienal, contado a partir da aquisição. O contrato social constitutivo da empresa autora dispõe que o capital social foi integralizado inicialmente em moeda corrente, nos termos da cláusula 4ª do aludido contrato, no ano de 2010. Consignou-se que a sociedade apresentava o seguinte objeto: "atividade social de gestão e administração de bens próprios". No respectivo registro na Junta Comercial do Estado de São Paulo a pessoa jurídica apresentou como objeto o "aluguel de imóveis próprios, corretagem na compra e venda e avaliação de imóveis e compra e venda de imóveis próprios". Nesta senda, apenas em 2017 deu-se a alteração da atividade econômica para inclusão do objeto social de "holdings de instituições não financeiras", mantendo-se, outrossim, "a compra e venda de imóveis próprios, aluguel de imóveis próprios, corretagem na compra venda e avaliação de imóveis", consoante o respectivo registro na JUCESP e ficha cadastral simplificada. O fato gerador (transferência imobiliária) ocorreu em 04/05/2012 (fls. 38/60), com o registro do título translativo nas respectivas matrículas. Desse modo, o período legal de aferição da preponderância da atividade, para fins de imunidade da operação imobiliária teve início em 05/05/2012 e término em 05/05/2015, quando a única atividade e objeto empresarial da sociedade era gestão e administração de bens. Estes aspectos e dados cronológicos expõem que ao tempo do fato gerador a apelante não tinha por objeto *holdings* de instituições não financeiras, pois a única atividade exercida envolvia a "venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição". Assim sendo, evidentemente está afastada a possibilidade de se conferir à autora, ora recorrente, a imunidade tributária almejada, pois, ainda que a demandante não reconheça desenvolver, como atividade preponderante, a compra e venda de imóveis, não apresentou qualquer elemento probatório capaz de afastar a veracidade, higidez, legalidade e legitimidade do atuar fiscal da fazenda municipal. Não há, dessarte, imunidade a ser tutelada pelo judiciário. A sentença julgou a ação improcedente e deve ser mantida. Nega-se provimento ao recurso. [18]

Se na integralização dos bens imóveis à *holding* familiar discute-se a incidência, ou não, de ITBI, no momento da doação de suas quotas e/ou ações aos herdeiros acionistas discute-se a incidência do ITCMD, cuja arrecadação é estatal.

Consideradas bens móveis, a doação das quotas e/ou ações aos herdeiros deve ser tributada, conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 155, I, §1º, incisos I e II:

[18] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. ***Apelação Cível Nº 1005640-90.2018.8.26.0048***. Relatora: Beatriz Braga. Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público. Foro de Atibaia. 2ª Vara Cível. Data do Julgamento: 28/04/2020; Data de Registro: 28/04/2020.

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;
> (...)
> § 1º O imposto previsto no inciso I:
> I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal
> II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;
> (...)

No Estado de São Paulo, a alíquota máxima do ITCMD está fixada em 8%, tendo como base de cálculo o valor venal do bem transmitido, conforme o §1º, do artigo 9º da Lei nº 10.705 de 2000.

Ocorre que, quando se trata de apurar o valor das quotas e/ou ações, verifica-se o seu valor de mercado, tendo como base as últimas transações ocorridas. No caso de não ter havido transações recentes ou não serem listadas em bolsa, há a possibilidade de se sustentar o cálculo do ITCMD sobre o valor patrimonial das quotas e/ou ações, valores estes que podem ser substancialmente inferiores ao valor de mercado.

No entanto, apesar de haver previsão legal para utilização do valor patrimonial, o fato de a lei não definir criteriosamente o modo de auferir este valor, pode ensejar questionamento por parte do Fisco.

### 3.3 Planejamento fiscal

O planejamento fiscal consiste em um meio lícito de busca pelo menor impacto tributário possível na estruturação do processo de transferência do patrimônio familiar, dos titulares aos sucessores, bem como racionalizar a incidência tributária de suas empresas e buscar uma economia lícita de carga tributária, dentro da legalidade, sem que isso se configure evasão fiscal (também conhecida por sonegação fiscal, que é o uso de meios ilícitos para evitar o pagamento de tributos).

É lícito ao contribuinte buscar meios de organizar e estruturar sua vida financeira em busca de encargos tributários mais enxutos. Em alguns casos pode ser tênue a linha que separa a licitude, da ilicitude na ceara tributária.

Segundo BAGNOLI, Martha Gallardo Sala, "A doutrina majoritária entende que o planejamento tributário compreende condutas adotadas pelo contribuinte para reduzir ou não recolher tributos antes da ocorrência do fato jurídico tributável. [...]".

De modo que, o planejamento tributário se caracteriza por dois aspectos, que o revestem de licitude: a conduta adotada anteriormente ao fato jurídico tributável, e a escolha tributária que verdadeiramente represente o fenômeno econômico praticado.

### 3.4 Elisão fiscal e evasão fiscal

Os conceitos de elisão fiscal e de evasão fiscal não encontram unanimidade entre os doutrinadores. De modo geral, a elisão fiscal é a busca pela minoração fiscal por meios lícitos, enquanto a evasão fiscal é caracterizada pela ilicitude, por

atos simulados, omissivos, evasivos, ou que busquem retardar o pagamento do tributo.

É fato que a linha que separa a elisão, da evasão fiscal pode não ter contornos bem delineados. Porém, no complexo contexto do direito tributário brasileiro, é absolutamente lícito ao contribuinte auto organizar-se e buscar saídas alternativas menos onerosas, desde que respeitados os limites legais, e dentro de uma verdade factual.

A constituição de uma *holding* familiar, por si só, não reveste os atos por ela praticados de licitude, podendo sofrer sansões fiscais que atingem seus integrantes:

> Agravo de Instrumento – MEDIDA CAUTELAR FISCAL – INDISPONIBILIDADE DE BENS – GRUPO ECONÔMICO –Decisão interlocutória proferida pelo magistrado singular que deferiu a medida liminar de indisponibilidade de bens em relação a alguns requeridos, por entender que inexistem elementos suficientes para a decretação da medida em relação aos demais – Pretensão de reforma – Possibilidade – Havendo indícios de formação de grupo econômico, com suposta prática de atos de blindagem patrimonial, inclusive com a hipótese de realização de negócios jurídicos simulados e com fraude à lei, objetivando frustrar o pagamento de ICMS, viável a decretação da medida cautelar fiscal – Inteligência do art. 2º, IX da Lei nº 8.937/1992 – Possibilidade de extensão dos efeitos das medidas às empresas integrantes do suposto grupo econômico, bem como aos seus sócios e administradores, visando assegurar eventual direcionamento da execução fiscal, conforme previsto no art. 4º da Lei nº 8.937/1992 - Decisão agravada reformada. Recurso provido.[19]

No entanto, as *holdings* familiares podem constituir um meio lícito de redução significativa de carga tributária, uma vez que seu titular deixa de ser tributado como pessoa física e passa se valer dos benefícios fiscais que a legislação brasileira concede às pessoas jurídicas.

## CONCLUSÃO

O presente estudo buscou conhecer as possíveis vantagens da adoção de uma *holding* familiar como um meio de organização patrimonial e sucessória, e como uma alternativa para a redução da carga tributária.

Como explicitado, a constituição de uma empresa do tipo *holding* para integralizar o patrimônio da família e constituir uma holding familiar pode alcançar benefícios que ultrapassam a mera aplicação das regras de direito comercial na administração do patrimônio familiar.

Restou claro que um estudo prévio aprofundado de cada caso específico é imprescindível para a escolha de criar, ou não, uma *holding* familiar. Há casos em que simplesmente pode não ser a melhor escolha.

Conclui-se que, a criação de uma *holding* familiar deve passar por um estudo aprofundado e um planejamento criterioso de estruturação, para que então se alcance o objetivo de realizar uma administração mais eficiente dos bens, uma sucessão mais tranquila e se obtenha vantagens fiscais consideráveis.

De fato, a *holding* familiar é um importante instrumento jurídico viável, que aumenta as chances de continuidade de empresas familiares, minimiza

[19] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento 2185258-25.2018.8.26.0000*. Relator (a): Paulo Barcellos Gatti. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público. Foro de Barueri, Vara da Fazenda Pública. Data do Julgamento: 22/10/2018; Data de Registro: 29/10/2018.

eventuais conflitos familiares, facilita a sucessão, resguarda o patrimônio contra terceiros, permite benefícios fiscais e ainda, evita antecipa o cenário de um eventual inventário, o qual pode se arrastar por longos anos, e ameaçar a continuidade dos negócios da família.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**


BAGNOLI, Martha Gallardo Sala. **Holding imobiliária como planejamento sucessório.** Coleção Academia. Empresa 17. São Paulo: Quartier Latin, janeiro de 2016.

BLOG AUDITORIA. **Holding familiar. Holding patrimonial. Doação de cotas com cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade.** Disponível em: https://holdingfamiliar.net/doacao-de-cotas-com-clausulas-de-incomunicabilidade-impenhorabilidade-e-inalienabilidade/. Acesso em: 08 dez. 2020.

BLOG AUDITORIA. ***Administradora de Bens***. ***Holding patrimonial***. ***Regime tributário***. ***Regime de tributação da Holding patrimonial***. Disponível em: https://holdingfamiliar.net/regime-de-tributacao-da-holding-patrimonial/. Acesso em: 08 dez. 2020.

BLOG NUBANK.COM.BR. **Lucro presumido:** o que é e como ele funciona. Disponível em: https://blog.nubank.com.br/entenda-o-que-e-lucro-presumido-e-como-ele-funciona/. Acesso em: 08 dez. 2020.

BOTELHO, Cassiano Rodrigues. **Jurisprudência começa a garantir direito de saída**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-abr-08/jurisprudencia-comeca-garantir-direito-saida-socio-empresa. Acesso em: 08 dez. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** *Direito das Sucessões*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HOLDING FAMILIAR CONSULTORIA. Sucessão familiar e proteção patrimonial. Disponível em: http://holdingfamiliar.adv.br/2018/02/01/holding-familiarpatrimonial-o-itbi-na-integralizacao-de-imoveis/. Acesso em: 08 dez. 2020.

LUCRO PRESUMIDO: quem pode optar, alíquotas, tabelas e impostos. Soluzione contábil. Disponível em: https://www.jornalcontabil.com.br/lucro-presumido-quem-pode-optar-aliquotas-tabelas-e-impostos/. Acesso em: 08 dez. 2020.

MAMEDE, Eduarda Cotta e Mamede, Gladston. **Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico.** 5. ed. Atlas, 2015.

MAMEDE, Eduarda Cotta e Mamede, Gladston. **Holding familiar e suas vantagens.** 9. ed. Atlas, 2017.

MARIA, Suely Gomes. **Holding familiar.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/54436/holding-familiar. Acesso em 08 dez. 2020.

NASPOLINI, Samyra Haydê dal Farra. **Metodologia da pesquisa em direito.** São Paulo: ESMP, SP, 2019. 53 slides, color.

REDECKER, Ana Claudia; BONDAN, Heloisa Korb. **A holding familiar como instrumento de efetivação do planejamento sucessório.** Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/holding-familiar-como-instrumento-de-efetivacao-do-planejamento sucessorio/#targetText=1.4%20Aspectos%20societ%C3%A1rios,societ%C3%A1rios%20previstos%20no%20C%C3%B3digo%20Civil. Acesso em: 08 dez. 2020.

SILVA, Fábio Pereira da; ROSSI, Alexandre Alves. **Holding familiar**. *Visão Jurídica do Planejamento Sucessório e Tributário*. 2. ed. Jurídicos Trevisan, 2017.

SOUSA, João de. **Manual da Holding Familiar.** Saraiva. E-book.

# A INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO NAS OPERAÇÕES COM CRIPTOMOEDAS

**HELOISA RIBEIRO DIAS** [1]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O que são as criptomoeda. 2. Espécies de operações com criptomoedas. 2.1 Das partes envolvidas. 2.2 Das transações. 2.3 As principais utilidades da moeda digital. 3. Incidência de tributos. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Introdução

A moeda surgiu com a necessidade humana de quantificar do conteúdo econômico das operações mercantis, antes o escambo era utilizado como meio de troca e por motivos de padronização nas relações comerciais, facilitação no transporte e garantia no valor foi criada a moeda, que vem se modificando ao longo dos anos, teve sua origem no metal e se transformou em papel. A confiança dos indivíduos acerca do valor da moeda passou a ter ligação direta com o Estado, o qual seria responsável por emitir e garantir a circulação em seu território de sua respectiva moeda, sempre acompanhada pelo controle e fiscalização.

Ocorre que, com avanço tecnológico e as relações sociais globalizadas, nasce um novo conceito de moeda, as criptomoedas, que está revolucionando os meios de trocas e pagamentos, ampliando as relações comerciais atuais e sem a intervenção direta dos governos ou de instituições. Com esse contexto, o presente trabalho analisará a tributação nas operações com criptomoedas no Brasil, tomando-se como exemplo, especialmente, *bitcoins*, pelo fato de ser a moeda virtual mais utilizada mundialmente nos dias atuais.

Apesar de ser uma criação recente, o comércio de criptomoedas, está crescendo em todo o mundo, o que chama atenção dos governos, que desejam ter o controle para regula-la e poderem tributar suas operações. Verificando o grande impacto das criptomoedas hoje, cabe analisar se as operações realizadas com criptomoedas podem ser tributadas e, caso positivo, quais os tributos incidentes sobre as operações. Serão identificadas a qualificação econômica e jurídica das criptomoedas, quais operações podem ser realizadas, envolvendo essas moedas e

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo de pesquisa o estudo da incidência da tributação nas operações financeiras com as criptomoedas no Brasil, buscando entender como funciona a aplicação na prática, tendo em vista ser um assunto relativamente novo, considerando as hipóteses que as criptomoedas podem ser entendidas de diversas maneiras e assim é analisado de forma crítica os posicionamentos existentes e a formulação de uma proposição acerca de qual a melhor forma de se tributar. Conclui que a evolução tecnológica das criptomoedas deve ser constantemente monitorada, a fim de que seja possível avaliar seus respectivos impactos no sistema tributário.

Palavras-chave: Criptomoeda – Direito – *Bitcoin* – *Blockchain* – Tributário - Tributação.

ABSTRACT: This article scientific investigates the incidence of taxation on financial transactions with cryptocurrencies in Brazil, seeking to understand how the application works in practice, in view of being a relatively new subject, considering the hypotheses that cryptocurrencies can be understood in various ways and thus critically analyzes the existing positions and the formulation of a proposition about the best way to tax oneself. It concludes that the technological evolution of cryptocurrencies must be constantly monitored to evaluate their respective impacts on the tax system.

Keywords: Cryptocurrencies – Law – Bitcoin – Blockchain – Exchange – Tax - Taxation.

[1]Bacharelanda em Direito na Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI, E-mail: heloisa.dias@aluno.fadi.br.

quais os tributos que deverão incidir sobre cada uma das operações, saber se já existe essa tributação e como funciona a aplicação da incidência desses tributos.

Diante do exposto, se pretende desenvolver a análise do modo como as criptomoedas são tributadas para que, após uma análise crítica dos posicionamentos existentes, seja possível a formulação de uma proposição acerca de qual a melhor forma de se tributar as criptomoedas, evitando-se a evasão fiscal.

## 1. O que são as Criptomoedas?

As criptomoedas são moedas digitais, utilizadas para negociar de forma online. Estas moedas não dependem de um banco central que valide as compensações das transações. Sendo assim, criptomoedas são um meio de troca descentralizado que utiliza uma tecnologia chamada *blockchain* e criptografia para garantir a validade das transações e a criação de novas unidades da moeda. Criptografia trata-se de um código virtual que pode ser convertido em valores reais, sendo necessária a compra deste do emissor ou de alguém que já possua a moeda, sua negociação é feita totalmente online, sem a necessidade de burocracias ou intermediários, caracterizando-se pela ausência de um sistema monetário regulamentado ou a necessidade de submissão a uma autoridade financeira.

O *blockchain*, a inovação tecnológica por trás das criptomoedas, é também conhecido como "protocolo de confiança". Este consiste em bases de registros e dados compartilhados, utilizando como principal recurso de segurança a descentralização. Cria-se então, no *blockchain*, um índice global para todas as transações dentro de um mesmo mercado. Utilize como exemplo um livro-razão, completamente público e compartilhado. A ausência de mediação por terceiros cria um senso de confiança entre as partes durante a transação da moeda digital, o que a tornou uma realidade de investimento de grandes empresas como a Microsoft e a IBM, além de vários governos como Singapura e Estônia.

Podemos observar, no entanto, que a cotação, compra e venda de criptomoedas é feita anonimamente pela internet, sendo esta, armazenada em uma carteira e administrada em um computador pessoal ou dispositivo móvel, ainda assim, sua função é como a de qualquer outra moeda, permitir transações de compra e venda de bens ou serviços, sem a necessidade de taxas cobradas por instituições financeiras ou bancárias, já que, como falamos anteriormente, ela não necessita de uma instituição financeira para atuar.

Para conseguir uma criptomoeda, é necessário passar pela mineração, já que nenhum país as emite, ou através da compra e venda. O processo de mineração em tese é bem simples. O usuário deve resolver um problema utilizando cálculos matemáticos complexos em seu computador. A cada dez minutos, um novo problema é adicionado a *blockchain* e aqueles que conseguem resolvê-lo, o enviam de volta a *blockchain*. Se a resposta estiver correta, os usuários ganham unidades de criptomoedas por seu trabalho. Estes usuários são conhecidos como mineradores e podemos resumir suas funções ao dizer que sua tarefa é encontrar a chave que criptografa os blocos, conhecida por "hash".

É extremamente comum que as criptomoedas sofram de oscilação de valor, mas a tendência é que isso reduza à medida que a mineração de moedas for diminuindo.

## 2. Espécies de operações com Criptomoedas

As transações financeiras ocorridas por intermédio das chamadas "moedas virtuais" ou criptoativos, por exemplo, vêm cada vez mais ganhando espaço no cenário atual. A principal delas, responsável por 38% aproximadamente dessas transações, é o *Bitcoin*, criada em 2009 supostamente por Satoshi Nakamoto, muito embora não se conheça sua verdadeira origem.

Chamado de trade no mercado financeiro, as transações são mais que simples negociações. A realização de um bom trade se deve a maximização de ganhos com o ativo escolhido (comodities, criptomoedas, títulos e entre outros), aumentando significativamente seu valor de mercado. Segundo pesquisa monitorada pelo site BitValor, até agosto de 2017 o valor mundial de *Bitcoin* acumulado ultrapassou R$ 1,6 bilhões, sendo projetado um potencial volume anual entre R$ 2,5 bilhões e R$ 3 bilhões. No Brasil, o volume de transações em exchanges nacionais de 2011 até agosto de 2017 ultrapassou a faixa de R$ 2 bilhões.

A volatilidade é uma das principais características do trade de moedas digitais, por isso, durante tais operações é necessário assumir riscos, pois existe a possibilidade de perda. As transações podem ser realizadas a qualquer hora, não tendo definidos horários de início e término.

O comércio online tem dependido quase que exclusivamente de instituições financeiras que servem como terceiros para processar pagamentos eletrônicos e ainda que o sistema funcione bem para a maioria das transações, ainda há deficiências inerentes na confiabilidade. Transações completamente não reversíveis, não são possíveis, uma vez que as instituições não podem evitar a mediação de conflitos entre as partes. O custo de tal mediação gera taxas entre as transações, o que limita o mínimo prático de transações e exclui das possibilidades transações ocasionais. Torna-se então, necessário um pagamento baseado em provas criptográficas ao invés da confiança em terceiros. Transações impossíveis de reverter protegeriam os vendedores de fraudes e mecanismos rotineiros de disputa poderiam ser facilmente implementados para proteger os consumidores.

### 2.1 Das partes envolvidas

Há os chamados mineradores, que são as pessoas físicas ou empresas que através da utilização de computadores superpotentes geram as moedas com sistemas codificados e recebem uma fração do montante como remuneração por seu trabalho. Os mineradores são também responsáveis por operacionalizar os registros das transações entre carteiras, onde as moedas ficam guardadas e são utilizadas para pagamentos e transferências, tudo isso ocorre através da *blockchain*.

Os investidores são aqueles que compram e vendem as moedas. Neste caso, apenas visando obter lucro. Fazem parte de um sistema paralelo. Uma vez que o preço é estabelecido, há a pressão compradora e a pressão vendedora, nasce assim a oscilação de cotações. Se pensarmos na hipótese de uma moeda digital única, não haveria espaço para investimentos, apenas um valor total sem oscilação, portanto, sem investidores ou especuladores.

Chamamos de compradores ou receptores aqueles que utilizam as moedas virtuais para fazer ou receber pagamentos em transações que envolvem bens ou

serviços no lugar da moeda corrente oficial de seu país. No início, esta era a principal razão das criptomoedas; a criação de um meio de pagamento numa plataforma mundialmente compartilhada, sem a intermediação de instituições financeiras ou governos, que são os pilares de nosso sistema financeiro atual.

Por fim, as corretoras são as instituições que operacionalizam as ordens de compra e venda das moedas, 24 horas por dia, 7 dias por semana. Nas corretoras encontramos as cotações para as moedas virtuais em tempo real. Estas são de extrema importância para os investidores, já que através delas são efetuadas suas operações e conversões da moeda corrente em digital. Aqui também usam a carteira da corretora para armazenar seus ganhos.

2.2 Das transações

A primeira transação de *bitcoins* registrada ocorreu em 12 de janeiro de 2009 entre Nakamoto Satoshi e Hal Finney. Chamamos de "peer-to-peer" as transações realizadas entre dois indivíduos sem a necessidade do intermédio de uma entidade, ou seja, é como uma transação feita em moeda física, pagamento e entrega do produto, portanto podemos dizer que o *Bitcoin* é o equivalente virtual da transação com cédulas de dinheiro.

As transações feitas com moedas digitais são como uma cadeia de assinaturas. Os proprietários transferem a quantia para o proprietário seguinte através de uma assinatura de *hash* da operação anterior e a chave pública do dono da próxima, adicionando-os ao destino da moeda.

**2.3 As principais utilidades da moeda digital**

Investimento: Existe um número limitado de *Bitcoins* no mundo. Em seu código de origem, foi pré-estabelecido que apenas 21 milhões de moedas pudessem ser mineradas até 2040, então após essa data, aqueles que já estiverem no mercado poderão ser negociados, se torna valioso então, pois sua oferta e acesso são restritos. Para aqueles que procuram um ativo com ótimo potencial de valorização, *Bitcoin* é uma opção que se deve levar em alta conta, no entanto, não pode ser considerado como um investimento conservador, pois possui uma volatilidade maior do que as moedas convencionais, ainda, esta oscilação não está relacionada a intervenções governamentais. Assim como a bolsa de valores, sua variação é dada a oferta e demanda, relacionando-se com os eventos que podem afetar seu mercado e por isso, pode ser utilizada para alavancar investimentos.

Negociações: Independente do ponto de vista, as transações de *Bitcoin* trazem diversos benefícios, em alguns casos, são isentas de taxas e ainda que as taxas existam não se comparam aos encargos bancários cobrados em instituições financeiras atualmente.

Remessas Internacionais: Já que não são gerenciadas por bancos ou governos, trata-se de excelentes opções para transferências de valores entre países, sendo extremamente eficiente.

Blindagem contra estornos: Para os prestadores de serviços e produtos, o *Bitcoin* acaba sendo uma opção extremamente atraente por tratar-se de uma garantia de recebimento, já que não podem ser desfeitas pelo titular.

## 3. Incidência de Tributos

Sob a ótica fiscal, a classificação das criptomoedas é tomada como um ativo financeiro e, portanto, está sujeita a tributação pelo GCap (Ganho de Capital).

O princípio da legalidade visa proteger os contribuintes que não poderão ser obrigados afazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, impedindo abusos por parte da autoridade e uma possível discricionariedade na cobrança de tributos. Sem um posicionamento da Receita Federal sobre a natureza das criptomoedas ou qualquer lei específica que preveja sua tributação, há aqueles que defendam que a propriedade de *bitcoins* não deve ser declarada, sendo este ativo classificado como um meio de pagamento.

No entanto o legislador brasileiro não definiu os criptoativos como moeda, limitando a Receita Federal a orientar através do IRPF de 2019 que estas estão sujeitas a tributação e devem ser declaradas para eventual recolhimento de imposto de renda. A omissão de criptomoedas pode incidir em consequências administrativas, civis, penais e tributárias, o que pode fazer com que o autônomo/minerador seja 'convidado' a recolher os tributos devidos com juros e multas e ainda que o fiscal não descubra a omissão, futuramente o detentor de criptomoedas pode ter dificuldades em explicar os acréscimos patrimoniais decorrentes das criptomoedas.

A Constituição brasileira e o Código Tributário determinam que incida imposto de renda sobre a aquisição de renda, de proventos de qualquer natureza, logo, as operações envolvendo criptomoedas, gerando acréscimo patrimonial, são passíveis de imposto de renda, ainda que esse aumento de patrimônio seja fruto, por exemplo, do recebimento de *bitcoins* por práticas delituosas, como lavagem de dinheiro na internet.

Segundo a própria Receita Federal: "Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (*bitcoins*, por exemplo) cujo total alienado no mês seja superior a R$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação."

Sendo assim, o contribuinte deve informar no GCap (Ganhos de Capital) o custo da aquisição e o valor de venda e o pagamento do DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais) deve ocorrer até o final do mês subsequente.

Em relação às contribuições sociais PIS e outros, há dúvidas extremamente relevantes. Por exemplo, o ganho auferido nas operações com criptoativos por pessoa jurídica sujeita ao regime não cumulativo teriam a natureza de receita financeira, cujas alíquotas foram reestabelecidas para o patamar de 4,65%, ou seriam essas receitas tributáveis pela alíquota combinada de 9,25%?

Estão isentos do imposto de renda o ganho de capital auferido em alienações, praticadas dentro do mesmo mês, cujo preço de venda não exceder R$ 35 mil (para ações negociadas no mercado de balcão o limite é R$ 20 mil). Se o valor total das alienações, praticadas dentro mesmo mês, for maior do que R$ 35 mil, o ganho de capital auferido em tais operações é tributável pelo IRPF ainda que este ganho seja bem inferior aos R$ 35 mil.

Para explicar a alíquota do Imposto de Renda, utilizemos do seguinte exemplo prático: Uma pessoa comprou uma fração de criptomoeda por R$

18.000,00. Vendeu essa fração por R$ 60.000,00. Como houve um ganho de R$ 42.000,00 na operação, o imposto a ser recolhido é de R$ 6.300,00 (15% do lucro).

Há, no entanto outras situações que tem potencial tributação, como o pagamento de serviços e bens através da criptomoeda, porém, tais situações sequer constam na orientação da Receita Federal de Perguntas e Respostas da Declaração do Imposto de Renda das Pessoas Físicas e como já dita, há a necessidade de previsão legal estrita para tributação do fato gerador da incidência tributária.

## CONCLUSÃO

Este trabalho analisou a incidência da tributação nas operações com as criptomoedas no Brasil, entendendo o que são as criptomoedas e seus elementos, levando-se em conta, principalmente, o *Bitcoin*. Este tema ainda é pouco explorado pela doutrina nacional, no entanto, é de suma importância que nossos juristas e economistas se atentem para nova realidade financeira, esse tema demonstra-se pertinente tanto para o Estado quanto para os contribuintes, pois, à medida que as criptomoedas ganharem importância e crescerem na economia nacional, despertará o interesse no Fisco em tributá-las.

A partir dos fatos apresentados podemos concluir que as criptomoedas são lícitas e possíveis, desta forma, são passíveis de tributação, todavia, não há até o momento legislação ou instrução normativa referente à tributação e contabilização de criptomoedas, sendo assim, apenas pode sugerir formas aceitáveis de realiza-lo. Trago ainda que a Instrução Normativa N°1.888/19 diz respeito apenas a obrigatoriedade de declaração dos criptoativos para que haja o recolhimento do imposto de renda, tendo como consequências da omissão medidas administrativas, civis, penais e tributárias.

A primeira hipótese para realização de tributação é a instituição de uma norma totalmente específica para os criptoativos, para que tenha um tributo próprio, a segunda seria classificar os criptoativos de acordo com sua natureza e tributá-los e contabilizá-los de acordo com legislação e norma vigentes. A primeira hipótese, ainda, é totalmente inviável por sua improbabilidade. Porém, apresentada pelo Projeto de Lei N° 2.303/2015, há a proposta de que se estabeleça uma única natureza para todos os criptoativos e a partir de tal pressuposto, instituir as normas de acordo com a legislação vigente. Ainda assim, seria mais coerente subdividi-los em categorias em consonância com sua natureza e posteriormente aplicar as normas visto que suas funcionalidades são deveras diversificadas.

Ao visualizarmos as subdivisões feitas pelo Projeto de Lei Nº 2.060/2019 é possível concluir que a proposta de subdivisão feita pela CVM (Comissão de Valores Mobiliários) é a mais coesa, esta, subdivide os criptoativos em meios de pagamento não representativos de moeda oficial, serviços e valores mobiliários.

Ainda que se considere um novo meio circulante, equiparado ao dinheiro, não haveria como realizar a tributação das criptomoedas, sem uma lei que trate sobre isso, o que seria totalmente aceitável, já que quando falamos de meios digitais, esta é utilizada como pagamento em diferentes canais.

Quando falamos de tributação sobre ativos financeiros, devemos concluir para as criptomoedas que há possibilidade de tributação a partir do momento em

que a Receita Federal, sob o IRPF, exigiu que fossem declaradas estas na categoria de “Outros bens”, no entanto, não há lei prévia sobre tal fato, o que não gera certeza sobre a obrigatoriedade na declaração e, portanto, sobre a tributação em tais ativos financeiro.

Por fim, pode-se então concluir que assim como Satoshi Nakamoto descreve em seu livro, a mediação através de instituições confiáveis aumenta os custos das transações e limita pequenas negociações, tornando a criptomoeda um meio prático e econômico de pagamentos.

Com este trabalho não chegou ao fim o estudo desse tema que é tão recente e pertinente, nossos juristas se deparam com um grande desafio pela frente, tendo em vista a expectativa das Criptomoedas, levando em consideração o grande potencial e influência do *Bitcoin* no mercado internacional e a dificuldade técnica para sua regularização e de sua tributação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BLOCKCHAIN. Disponível em: https://www.blockchain.com/. Acessado em: 13 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. **Instrução Normativa nº1888 de 03 de maio de 2019.** Receita Federal. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. **Instrução Normativa nº 1899 de 10 de julho de 2019.** Receita Federal. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=102230. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional.** Diário Oficial da União. Brasília, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. **Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

_____. **Lei 9.069, de 29 de junho de 1995. Dispõe sobre o Plano Real.** Diário Oficial da União. Brasília, 1995. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9069.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 2060, de 4 de abril de 2019. Dispõe sobre o regime jurídico de Criptoativos**. Rio de Janeiro, 4 abr. 2019.Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728497. Acesso em: 14 jun. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 2303, de 8 de julho de 2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central.** Rio de Janeiro, 8 jul. 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015. Acesso em: 14 jun. 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Série Alertas. Criptoativos, [S. l.], Maio 2018. Disponível em: https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Alertas/alerta_CVM_CRIPTOATIVOS_10052018.pdf. Acesso em: 14 jun. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GALBRAITH, John Kenneth. **Moeda:** de onde veio, para onde foi. 2.ed. atual. São Paulo: Pioneira, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GUIA DO BITCOIN. **As 10 melhores criptomoedas para investir em 2019!** [S. l.], 11 dez. 2018.
Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/as-10-melhores-criptomoedas-para-investir-em-2019/>. Acesso em: 03 de junho de 2020.

LOPES, Simone. **Tributação de Bitcoins, 2017.** Disponível em: https://simonerlopes.jusbrasil.com.br/artigos/474837327/tributacao-de-bitcoins. Acesso em: 18 jun. 2020.

MELO, João Paulo Fanucchi de Almeida. **Princípio da capacidade contributiva:** *a sua aplicação nos casos concretos*. São Paulo: Quartier Latim, 2012.

MORAIS, Carlos Yury Araújo de e NETO, João Batista Brandão. **Tributação das operações com criptomoedas.** 2014. Disponível em: https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/3343/1909. Acesso em: 18 jun. 2020.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin:* **Um Sistema de Dinheiro Eletrônico.** Peer-to-Peer, [S. l.], 31 out. 2008.
Disponível em: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_pt_br.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

PAULSEN, Leandro e MELO, José Eduardo Soares de**. Impostos Federais, Estaduais e Municipais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

RAMOS, Victor. **Imposto de renda 2018: como declarar bitcoin e outras criptmoedas ao leão.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64523/imposto-de-renda-2018-como-declarar-bitcoin-e-outras-criptmoedas-ao-leao verificar 2>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Perguntas e Respostas IRPF 2019.** Disponível em: http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2019/perguntao/perguntas-e-respostas-irpf-2019.pdf. Acesso em: 08 jun. 2020.

ROCHA, Roberval. **Código Tributário Nacional para concursos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROTHBARD, Murray. **O que o governo fez com nosso dinheiro?** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Ramon de. **Além dos bitcoins:** *conheça outras moedas virtuais*. Disponível em: http://www.tecmundo.com.br/bitcoin/46659-alem-dos-bitcoins-conheca-outras-moedas-virtuais.htm. Acessado em: 20 jun. 2020.

TRIGUEIROS, Florisvaldo dos Santos. **Dinheiro no Brasil.** Rio de Janeiro: Léo Christiano Editorial, 1987.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin:** *a moeda na era digital*. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

# A LEI Nº 11.101/2005 – STATUS E HISTÓRIA

**THIAGO DIAS COSTA**[1]
**LEONARDO NOBUO PEREIRA EGAWA**[2]

**SUMÁRIO:** Introdução 1. A conversão do PL 4.376/1993 na Lei nº 11.101/2005 – fatores políticos e econômicos. 1.1. O FMI, o World Bank e influências estrangeiras. 1.2 A adoção de um novo modelo legislativo sem levar em conta aspectos jurídicos e culturais próprios ao Brasil. 2. Breve visão geral da Lei nº 11.101/2005. 2.1. A Recuperação Judicial. 2.2 A Recuperação Extrajudicial. 2.3 A Falência. 3. Questões gerais e controvérsias da Lei nº 11.101/2005. 3.1 Preservação da empresa versus poder dos credores – porque os stakeholders não têm voz na reorganização empresarial? 3.2 Preservar que empresa, e nas mãos de quem? Conclusões. Referências bibliográficas.

## Introdução

O objetivo do presente artigo é apresentar uma visão geral, sob a perspectiva analítica e, principalmente, crítica, da Lei nº 11.101/2005. Através deste artigo serão analisados os fatores políticos e econômicos que culminaram na edição da Lei nº 11.101/2005, incluindo as influências externas sofridas durante a tramitação e aprovação do Projeto de Lei nº 4.376/1993. Será apresentada, também, uma breve visão geral dos procedimentos de reorganização empresarial e de liquidação trazidos pela Lei nº 11.101/2005, incluindo a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência. Ao final, dotados de informações relativas aos aspectos histórico, principiológico e prático da Lei nº 11.101/2005, teceremos algumas considerações e críticas de caráter geral que entendemos aplicáveis, a fim de nortear futuras discussões sobre a própria lei e, em última análise, sobre o próprio direito falimentar brasileiro. Esperamos, com isso, contribuir minimamente

RESUMO: Em tempos de reforma legislativa, o presente artigo tem por objetivo tecer um panorama geral sobre a atual Lei de Recuperações Judicial e Falências (Lei nº 11.101/2005), tanto sob um ponto de vista analítico quanto, principalmente, sobre um ponto de vista crítico. Este artigo analisará os fatores históricos, políticos e econômicos que culminaram na conversão do Projeto de Lei 4.376/1993 na atual Lei nº 11.101/2005, e exporá, de forma crítica, argumentos relativos à forma como os legisladores brasileiros optaram por adotar um modelo legislativo estrangeiro, baseado em valores e contextos até então inéditos ao país. Este artigo exporá criticamente os principais aspectos dos três procedimentos instituídos pela Lei nº 11.101/2005 (Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência), e trará, por fim, críticas e sugestões a determinados aspectos gerais da atual legislação.
Palavras-chave: Direito Empresarial - Recuperação de Empresas - Lei nº 11.101/2005.

[1] Advogado em São Paulo. Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2017). *Visiting Scholar* na Columbia University Law School (2017). Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais - CEU/IICS (2012). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2008). Atuação nas áreas de Direito Civil e Empresarial, com ênfase em Direito da Insolvência.

[2] Advogado em São Paulo. Aluno Especial em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP (2019). Educação Executiva sobre Recuperação Judicial e Falência pela Escola Paulista da Magistratura – EPM (2019). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP (2019). Pós-Graduado no Novo Código de Processo Civil pela Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI/SP (2017). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI/SP (2013). Atuação nas áreas de Direito Civil e Empresarial.

para que a disciplina da insolvência empresarial siga sendo objeto de frutíferas discussões entre a doutrina e a prática jurídica brasileira.

## 1. A conversão do PL 4.376/1993 na Lei nº 11.101/2005 – fatores políticos e econômicos

A fim de que seja possível apresentar uma visão geral e, principalmente, crítica, sobre a Lei nº 11.101/2005, é fundamental compreendermos o contexto histórico em que tal legislação se formou. Nesse sentido, iniciaremos apresentando os fatores políticos e econômicos que culminaram na conversão do Projeto de Lei 4.376/1993 na atual Lei nº 11.101/2005.

Se partimos da premissa de que a empresa é um fenômeno econômico, que irradia seus efeitos para além do campo meramente jurídico, parece evidente que eventual crise da empresa também o será – de modo que, assim como a própria empresa, sua crise trará impactos econômicos relevantes sobre a economia e a sociedade[3]. No contexto do antigo Decreto-Lei nº 7.661/1945, legislação de insolvência anterior à atual Lei nº 11.101/2005, a opção legislativa estava claramente assentada na proteção e circulação do crédito, erigindo-se a falência praticamente como única opção para lidar com a crise empresarial, ao ponto de configurar-se como "ato de falência" a simples tentativa de renegociação dos débitos fora de juízo[4].

Os efeitos sociais e econômicos da crise empresarial, ainda que não adequadamente tutelados pelo ordenamento jurídico, não eram de forma alguma ignorados pelos agentes econômicos. Empresas e empresários, mesmo sem dispor de instrumentos adequados para isto, procuravam se reestruturar. Como alternativa à verdadeira "via de mão única" instituída pelo ordenamento jurídico da época, as empresas com faturamento relevante tentavam se valer da relação que detinham com grandes bancos e fundos de investimento para renegociar suas dívidas por intermédio destes, evitando-se a caracterização do referido „ato de falência – o que faz denotar que apenas grandes empresas tinham acesso a esse tipo de tratamento, em detrimento de todas as demais pequenas e médias empresas que também enfrentavam um cenário de crise, mas que não tinham porte econômico suficiente para se valer deste expediente.

Neste contexto, podemos inclusive destacar os não áureos tempos de descontrole inflacionário, e a também criação do BNDE – que à época chegou a ser denominado "hospital de empresas", justamente em razão da prática de injeção de recursos públicos em empresas consideradas "muito grandes para quebrar", ou que operavam nos chamados "setores estratégicos". O apelido de "hospital de empresas" surgiu, em grande medida, em razão de tais empréstimos emergenciais serem celebrados sem qualquer critério, mantendo "vivas" empresas ineficientes,

---

[3] SZTAJN Raquel, Notas sobre as Assembleias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.* Edição 138. Abril-junho/2005.fl. 53.

[4] DECRETO-LEI Nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em 20 jun. 2019: *—Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: (...) III - convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens*

mascarando verdadeiro assistencialismo estatal[5] sob a justificativa de atendimento à "função social da empresa".

Nesse ambiente de inflação hostil, empresas que passavam por procedimentos de falência ou concordata acabavam sendo beneficiadas pela demora na solução dos casos, pois a moeda sofria alterações diárias, ao passo que as dívidas não sofriam as mesmas alterações (diante da inexistência de correção monetária), gerando efeitos práticos indesejáveis, como a possibilidade de reduzir ou até eliminar a relação negativa entre ativo e passivo[6] diante do simples decurso do tempo.

Além da inflação – que perdurou dos idos dos anos 60 até os anos 90 – o Brasil também sofreu com o denominado "Golpe Militar", que estabeleceu uma ditadura que durou de 1964 a 1985, sem contar as inúmeras e sucessivas mudanças de moeda (Cruzeiro nos anos 40; Cruzeiro Novo em 1967; Cruzeiro novamente em 1970; Cruzado em 1986; Cruzado Novo em 1989; Cruzeiro novamente em 1990; Cruzeiro Real em 1993, e, finalmente o Real em 1994). Durante esta intensa instabilidade de moedas surgiram também os Planos Econômicos, cujo início se deu no governo de José Sarney, com o Plano Cruzado em 1986, Bresser em 1987, Verão em 1989, e continuado com o início do governo de Fernando Collor de Mello, com o catastrófico plano Collor em 1990.

Após o desastroso congelamento das poupanças, houve o *impeachment* de Collor no final de 1992, assumindo o posto o ex-senador Itamar Franco. Trata-se, talvez, de um dos períodos históricos em que a economia nacional se encontrava mais fragilizada, havendo grande número de empresas – inclusive de grande porte – em profunda crise econômica. Foi neste período que se originou o Projeto de Lei 4.376/1993, que propunha substituir o Decreto-Lei nº 7.661/1945 por uma legislação de insolvência mais moderna e consentânea com o seu tempo.

Nessa esteira, cumpre ressaltar que o próprio Projeto de Lei nº 4.376/1993, em sua Exposição de Motivos[7], já mencionava a necessidade de reforma da legislação de insolvência empresarial em função de relevantes fatores político-econômico-sociais, senão vejamos:

> Item 3. Com as transformações econômico-sociais ocorridas no País, a legislação falimentar não mais atende aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição de nova lei, mais ágil e moderna.
> Item 5. Ante as evidentes deficiências do texto legal que rege a matéria, optou a Comissão por apresentar um diploma que substituísse o mencionado Decreto-lei nº 7.661, de 1945, por absolutamente desatualizado e onde foram inseridas alterações superficiais paralelamente a leis esparsas – prática assaz condenada pela boa técnica legislativa.
> Item. 8. Considerando a importância, para a defesa da cidadania, da ordem jurídica e da ordem econômica, da adequação as condições contemporâneas da prática da indústria, do comércio e das demais práticas correlatas, temos a intenção de lograr clareza e distinção das regras ordenadoras de tais atividades (...).

[5] SZTAJN Raquel, Notas sobre as Assembleias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Edição 138. Abril-junho/2005, fl. 55.

[6] SZTAJN Raquel, Notas sobre as Assembleias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Edição 138. Abril-junho/2005, fl. 56.

[7] Projeto de Lei e respectiva Exposição de Motivos foram publicados no Diário do Congresso Nacional, Seção I, 22.02.1994, p. 1974-1989.

Vale mencionar que a aprovação do referido Projeto de Lei foi defendida pelo governo como um dos pilares das reformas estruturais dos setores fiscal e financeiro, incluído inclusive no Memorando de Política Econômica que integrou o acordo firmado entre o Governo Federal e o Fundo Monetário Internacional (FMI) em dezembro de 1998.

### 1.1 O FMI, o World Bank e influências estrangeiras

Conforme acima exposto, o Brasil passava por uma crise sistêmica, com forte desvalorização de sua moeda, motivo pelo qual precisou readequar o primeiro acordo, denominado „*Stand-By – SBA*‘, firmado com o FMI em 02 de dezembro de 1998. O novo acordo foi aceito após o Brasil ter completado as sete revisões do *SBA* anterior, que acabou aprovado em 25 de setembro de 2001.

À época, o Banco Mundial aprovou a primeira versão de seus "Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems"[8], os quais foram desenvolvidos exatamente no ano de 2001 em resposta a pedidos da comunidade internacional. Os 35 (trinta e cinco) princípios – atualmente são 37 (trinta e sete) – se constituíram nos primeiros marcos de referência internacionalmente reconhecidos para avaliar a eficácia dos direitos e sistemas de insolvência ao redor do mundo[9], o que ajuda a explicar a forte pressão interna para sua adoção. Até hoje os principles and guidelines do Banco Mundial permanecem sendo objeto de intenso estudo e influência, cabendo destacar que sua última reforma se deu em 2015.

Além do Banco Mundial, também a *United Nations Comission on International Trade Law* (*UNCITRAL*), ou Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional, se encarregou de criar e atualizar um guia legislativo chamado de ―*The Legislative Guide*‖, cujo objetivo era, também, o de auxiliar na reforma das leis de insolvência de todo o mundo, divulgando aquelas que foram consideradas as melhores práticas internacionais por meio da edição de determinados objetivos e princípios[10].

Unindo os esforços do Banco Mundial e da UNCITRAL, o *Insolvency and Creditor Rights Standard (―ICR Standard‖)*, ou Padrão de Direitos de Credores e Insolvência, foi criado para representar o consenso internacional sobre as melhores práticas para avaliar e reforçar os sistemas de insolvência e de direitos de credores pelo mundo. O *ICR Standard* foi criado pelo Banco Mundial em conjunto com a UNCITRAL, em resposta à consulta formulada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI)[11]. Desde então, o *ICR Standard* vem sendo internacionalmente reconhecido como um dos principais padrões internacionais para sistemas de insolvência, sendo reconhecido inclusive pelo *Financial Stability Board*, ou Conselho de Estabilidade Financeira, como instrumento de implementação prioritária em países em crise.

Como era de se esperar, após forte pressão feita pelo FMI, o Poder Executivo Federal assinou o Memorando de Política Econômica que integrou o

[8] Em tradução livre, "princípios e recomendações para um sistema efetivo de insolvência e direitos dos credores".

[9] http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights.

[10] http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights.

[11] http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights.

supramencionado novo acordo (*SBA)* firmado com o FMI, prevendo a edição de uma nova lei de falências, visando melhorar o "ambiente" e os chamados "marcos legais" do mercado brasileiro. A partir daí, a tramitação do Projeto de Lei nº 4.376/1993 ganhou impulso e passou a figurar como prioridade na agenda do Congresso, acabando por sofrer profundas modificações com a incorporação de boa parte dos mecanismos indicados nos *principles and guidelines* de 2001[12].

**1.2 A adoção de um novo modelo legislativo sem levar em conta aspectos jurídicos e culturais próprios ao Brasil**

Conforme acima exposto, a conversão do Projeto de Lei nº 4.376/1993 na atual Lei nº 11.101/2005 acabou sendo aprovada em regime de urgência no Congresso, com profundas modificações se comparado com a redação original do projeto e, em especial, com a incorporação das melhores práticas internacionais indicadas pelo Word Bank na versão inicial de seus *principles and guidelines*. Pouca ou nenhuma consideração foi dada à época, porém, às origens ou à tradição específica do direito de insolvência brasileiro praticado até então, devendo-se a forma atual da Lei nº 11.101/2005, ao menos em grande medida, a pressões e influências por uma uniformidade em relação a princípios internacionais.

Inicialmente, relembramos que o Instituto do Direito Comercial (*lex mercatória*), surgiu como parte do direito privado, construído pelos próprios agentes econômicos a fim de resolver problemas específicos de operações de mercado para os quais o Direito Civil não era apropriado[13]. Na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.376/1993, o relator lembrou que "*o instituto da falência no Brasil, iniciado com o Código Comercial de 1850 é inteiramente inspirado na doutrina e legislação francesa*‖[14], e que não mais atendia aos reclamos da sociedade à época.

Nesse ponto, Manoel Justino Bezerra Filho destaca que o projeto de lei sofreu, no curso de sua tramitação, notáveis pressões externas, principalmente a partir dos anos 2000 e 2001, o que conduziu a uma profunda alteração na própria orientação filosófica nele contida:

> (...) [uma] série de proposições que demonstravam preocupação efetiva com a situação da sociedade empresária, com institutos que teriam, talvez, condições de propiciar recuperação. A partir de 2000/2001, as pressões que passaram a se fazer cada vez mais presentes na elaboração da lei trouxeram a alteração de rumo que levou a uma verdadeira mudança do ponto de vista filosófico, de tal forma que o texto foi cada vez mais se distanciando das metas originais.[15]

O mesmo autor continua anotando que "*foram patrocinados diversos encontros e discussões, principalmente em universidades, para que se transmitisse a necessidade de seguir tais princípios, tentando criar uma outra corrente de*

---

[12] PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I – Disposições Preliminares. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 59-60.

[13] TIMM, Luciano Benetti. Precisamos de um novo Código Comercial? Parte III. *In: Artigos e Ensaios de Direito e Economia*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019, fl. 143/145 – grifo nosso.

[14] Projeto de Lei e respectiva Exposição de Motivos foram publicados no Diário do Congresso Nacional, Seção I, 22.02.1994, p. 1974-1989.

[15] FILHO, Manoel Justino Bezerra. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005. Comentada artigo por artigo.* 14. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2019, p. 65.

*pensamento*‖[16]. Manoel Justino conclui anotando que —*essa corrente conseguiu tornar verdade a afirmação de que a lei de recuperação, para propiciar efetivamente recuperação, deveria proporcionar condições privilegiadas de retorno do capital investido na sociedade empresária em recuperação ou falência, de tal forma que a diminuição do risco resultaria na baixa dos juros*‖[17].

Marcos de Barros Lisboa, então Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda, em sua obra publicada no início da vigência da Lei nº 11.101/2005, reforça as decisivas influências externas sofridas quando da aprovação da Lei nº 11.101/2005, destacando que:

> (...) a aprovação da nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas constitui um marco na agenda de aperfeiçoamento institucional que o governo vem implementando na economia brasileira. Em consonância com as melhores práticas adotadas internacionalmente – World Bank, 2001 -, a nova Lei estimula o crédito, o investimento e o emprego no Brasil.[18]

Como mencionado próprio Memorando de Política Econômica que integrou o acordo firmado com o FMI, o governo apresentou os fatores políticos, econômicos, sociais e legais que permeavam as preocupações de política nacional, indicando que o Brasil —*estava sendo afetado pelo recente aumento de incertezas no ambiente internacional e pela crise de energia, com a depreciação do real em aproximadamente 25% e o spread dos títulos aumentado em aproximadamente 200 pontos percentuais*" [19].

Além da exposição sobre o cenário prático da aplicação daquela lei, o Memorando de Política Econômica também apresentou os objetivos e perspectivas sobre a nova lei de falências *"o objetivo da nova lei de falências é criar os incentivos necessários para que as empresas em dificuldades resolvam suas dificuldades, ou seja, o objetivo da lei é alinhar os incentivos dos credores com o da sociedade, que é a preservação dos ativos produtivos e das empresas*[20]".

Neste ponto, nos parece que o novo modelo legislativo conseguiu atender a parte dos reclamos da sociedade, criando instrumentos de reorganização mais flexíveis e completos – mas, ao mesmo tempo, mais complexos e caros, cuja utilização não se mostrava possível ou adequada por boa parte das empresas nacionais. Por consequência, em razão de seu foco residir nas grandes empresas, a Lei nº 11.101/2005 acabou não criando um mecanismo de reorganização "mais apropriado" para a grande maioria das empresas da realidade brasileira da época. Segundo levantamento feito pelo Ministério da Justiça entre 1985 e 2003, no Brasil daquela época foram constituídas apenas 0,002% sociedades por ações – empresas que possuíam porte econômico suficiente para se utilizar do novo modelo legislativo. A imensa maioria das demais empresas se dividiu entre empresas

---

[16] FILHO, Manoel Justino Bezerra. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005. Comentada artigo por artigo*. 14. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2019, p. 65.
[17] FILHO, Manoel Justino Bezerra. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005. Comentada artigo por artigo*. 14. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2019, p. 65.
[18] LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: Paiva, Luiz Fernando Valente de. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 1-18, *in casu p*. 6.
[19] Boletim Focus, do Banco Central do Brasil, 12.09.2011, fl. 1.
[20] LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: Paiva, Luiz Fernando Valente de. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 1-18.

individuais, que representaram 51,25%, e sociedades limitadas, que representavam 48,23% de um total de 8.915.890 empresas[21].

Quanto a essa infinidade de firmas individuais e sociedades limitadas – sem contar, obviamente, a economia informal –, Mauro Rodrigues Penteado muito acertadamente anota que seria muito difícil ver tais empresas se utilizando do chamado "plano especial" de que tratam os artigos 70 a 72 da Lei nº 11.101/2005, ou que saibam ou teriam experiência em lidar com Assembleias-Gerais ou com o regime dualista de administração[22]. Manoel Justino Bezerra Filho compartilha da mesma crítica, anotando que a nova lei teria relegado a microempresa e a empresa de pequeno porte, importantíssimos instrumentos de funcionamento da economia brasileira, a um plano secundário[23].

## 2. Breve visão geral da Lei nº 11.101/2005

Independentemente das circunstâncias específicas que nortearam sua edição, fato é que a Lei nº 11.101/2005 representou, sem dúvida alguma, uma importante quebra de paradigma em relação à legislação anteriormente vigente, tanto sob o ponto de vista dos objetivos da legislação da insolvência empresarial, quanto sob o ponto de vista dos métodos por ela adotados para a consecução desses objetivos.

Cabe frisar, em primeiro lugar, que a Lei n° 11.101/2005 positivou expressamente, em seu artigo 47, o princípio da *preservação da empresa viável*[24], que representou importante alteração dos objetivos da legislação de insolvência. Enquanto a legislação anterior (Decreto-Lei nº 7.661/1945) trazia como único instrumento alternativo à liquidação a concordata, considerada "favor legal" e que representava simples alongamento de prazo para o pagamento das dívidas do devedor, a Lei nº 11.101/2005 traz dois institutos completos destinados à reorganização do devedor (a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial), ambos dotados de grande flexibilidade.

O artigo 50 da Lei nº 11.101/2005, por seu turno, traz uma série de meios de recuperação disponíveis ao devedor[25], abrindo um leque de opções muito mais

---

[21] PENTEADO, Mauro Rodrigues. Capítulo I – Disposições Preliminares. In – SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 58-59.

[22] Idem, p. 58-59.

[23] FILHO, Manoel Justino Bezerra. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11.101/2005. Comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2019, p. 67.

[24] Lei nº 11.101/2005: *—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.*

[25] Lei nº 11.101/2005: *—Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:*

*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;*

amplo do que a simples "moratória" vigente na disciplina anterior da concordata. Este foco na finalidade recuperatória da legislação da insolvência empresarial representou, tanto sob o aspecto principiológico (art. 47) quanto sob o aspecto prático (art. 50), sem sombra de dúvidas, um afastamento bastante significativo da perspectiva meramente liquidatária adotada pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945.

Frise-se, também, que a própria falência, instituto já previsto pelo Decreto-Lei anterior e destinado exclusivamente como instrumento de liquidação de ativos e retirada do devedor insolvente do mercado, passou a ser vista também como instrumento de preservação – senão da própria empresa[26], ao menos da alocação e utilização produtiva de seus ativos. Nesse sentido, o artigo 75 da Lei nº 11.101/2005 esclarece que a falência tem por objetivo primordial exatamente "*preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos*" da empresa[27].

Nesse sentido, para que possamos tecer as considerações críticas cabíveis à Lei nº 11.101/2005, além de seu contexto histórico e de suas orientações principiológicas gerais, é importante que tenhamos uma visão mais detalhada sobre os institutos jurídicos que se destinam à tutela desses objetivos. Teceremos, a seguir, breves considerações sobre cada um dos institutos trazidos pela Lei nº 11.101/2005, tanto no que diz respeito à recuperação da empresa quanto no que diz respeito à sua liquidação.

## 2.1 A Recuperação judicial

O primeiro e quiçá principal instituto introduzido pela Lei nº 11.101/2005 é o instituto da recuperação judicial de empresas, até então inédito no ordenamento jurídico brasileiro. Amplamente baseada no procedimento descrito no *Chapter 11* do *U.S. Bankruptcy Code*, a recuperação judicial pode ser considerada como o principal procedimento brasileiro cujo objetivo é a tutela do seguimento de empresas viáveis.

---

*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.*"

[26] Cabendo referir, a exemplo, a tese de Adriana Pugliesi, para quem a falência serve, também, como instrumento de preservação da empresa (GARDINO, Adriana Valéria Pugliese. *A falência e a preservação da empresa - Compatibilidade?* Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado). Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, 2012). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

[27] Lei nº 11.101/2005: "*Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.*

Ao contrário do que ocorre em outros países (a exemplo os próprios Estados Unidos), a recuperação judicial pode ser iniciada apenas pelo próprio devedor, não havendo a possibilidade de o devedor ser réu em um pedido de recuperação judicial involuntário. Após o ajuizamento, e desde que os requisitos e documentos estejam em ordem, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial, nomeando um administrador judicial[28] para supervisionar o procedimento. No mesmo ato, será ordenada a suspensão de todas as ações e execuções contra o devedor que envolvam créditos sujeitos à recuperação judicial por um período de cento e oitenta (180) dias (prazo este conhecido, também entre nós, como *stay period*).

No que diz respeito à sua abrangência, o pedido de recuperação judicial abrange apenas créditos existentes na data do pedido (créditos cuja existência se verifique após o pedido não são, portanto, sujeitos à recuperação judicial). Além disso, mesmo quando surgidos antes do pedido, alguns tipos de crédito não são sujeitos à recuperação judicial, como créditos tributários, créditos garantidos por garantias fiduciárias, contratos de arrendamento, vendas com reserva de domínio, e adiantamentos a contrato de câmbio.

No prazo de até sessenta dias após o deferimento do processamento, o devedor deve apresentar um plano de recuperação judicial, o qual, se houver objeções, deverá ser submetido à aprovação pelos credores através da "Assembléia Geral de Credores". Após a sua aprovação (ou, em alguns casos, mesmo em caso de rejeição), o plano precisa ser homologado pelo juiz a fim de que possa vincular todos os credores. Se o devedor não apresentar ou não conseguir homologar um plano de recuperação, a recuperação judicial será convertida (convolada) em falência.

Dentro da recuperação judicial, os credores são divididos em quatro classes diferentes, para fins de votação do plano na Assembleia Geral de Credores: (i) credores trabalhistas (Classe 1); (ii) credores com garantias reais (Classe 2); (iii) credores quirografários (classe 3); e (iv) credores microempresários e empresários de pequeno porte (classe 4). Não há, em princípio, a necessidade de que um plano de recuperação judicial estabeleça qualquer ordem de prioridade de pagamento entre as diferentes classes de credores – havendo, apenas, a necessidade de que o pagamento dos créditos trabalhistas ocorra no prazo máximo de um ano. Além disso, o plano não pode, em princípio, prever formas injustas de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe[29].

O plano de recuperação apenas poderá ser considerado aprovado pela Assembleia Geral de Credores caso seja aprovado individualmente por cada uma das quatro classes. Nas Classes 1 e 4, o plano precisa ser aprovado pela maioria dos credores presentes, independentemente do valor de seus créditos, e nas Classes 2 e

[28] Que, apesar do nome, não exerce funções administrativas e não substitui os administradores da empresa em recuperação.

[29] Cabendo citar, no entanto, que o posicionamento jurisprudencial atual admite amplamente a possibilidade de criação de subclasses e instituição de tratamento diferenciado entre credores da mesma classe, contanto que tal tratamento seja justificado e razoável, na esteira do Enunciado 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: *—O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado‖*.

3 o plano precisa ser aprovado ao mesmo tempo pela maioria dos credores presentes (por cabeça) e por detentores da maioria dos créditos (por valor) presentes à Assembleia. Ainda que o plano não seja aprovado por todas as classes de credores, há a possibilidade de que seja homologado judicial por meio do chamado *cram down*, contanto que cumpridos determinados requisitos[30].

Independentemente de sua homologação por aprovação regular ou por *cram down*, após a publicação da decisão de homologação, a empresa devedora permanece em recuperação judicial por mais dois anos, durante os quais qualquer descumprimento das obrigações previstas no plano resultará na convolação da recuperação judicial em falência. Após o término de tal período, a recuperação judicial é encerrada, e a empresa devedora deixa de ser considerada em recuperação judicial. Neste estágio, o descumprimento do plano de recuperação sujeitará o devedor às medidas de execução que forem cabíveis, não havendo mais a possibilidade de convolação automática em falência[31].

## 2.2 A Recuperação Extrajudicial

A recuperação extrajudicial, por sua vez, apresenta-se como uma alternativa de procedimento mais barata e mais rápida para permitir a reorganização da empresa devedora – sendo cabível, no entanto, apenas em determinadas situações. Através da recuperação extrajudicial, o devedor pode negociar previamente com seus credores e aprovar entre eles um plano de recuperação extrajudicial, trazendo então o plano aprovado para ser homologado pelo Poder Judiciário – desde que os quóruns aplicáveis e outros pré-requisitos sejam cumpridos.

Cabe ressaltar, portanto, que, apesar de seu sugestivo nome, a recuperação extrajudicial é, na verdade, um procedimento de natureza judicial. Ainda que uma parcela relevante das condutas que envolvem a recuperação extrajudicial (negociação, redação e aprovação do plano) ocorra antes que o procedimento judicial seja formalmente iniciado, é fato que é na possibilidade de homologação judicial – que acarreta a possibilidade de vinculação forçada de credores dissidentes – que reside o verdadeiro valor e utilidade do procedimento.

O primeiro passo do procedimento de recuperação extrajudicial é a negociação de um plano de recuperação entre o devedor e a maioria dos seus credores. O plano de recuperação extrajudicial pode vincular os credores dissidentes, mas somente se for aprovado por credores detentores de pelo menos três quintos dos créditos (por valor) de cada classe por ele abrangida. O plano de recuperação extrajudicial pode ser submetido à homologação judicial mesmo que não seja aprovado por tais maiorias, mas, neste caso, vinculará apenas os credores que o aprovaram expressamente.

---

[30] A homologação do plano por *cram down* tem os seguintes requisitos: (i) o plano deve ter sido aprovado por credores titulares da maioria do total dos créditos (em valor) presentes à Assembleia de Credores, independentemente de classes; (ii) pelo menos duas das quatro classes de credores (ou uma classe, se houver apenas duas) precisam ter aprovado o plano; (iii) pelo menos um terço dos credores (por cabeça nas Classes 1 e 4, e por cabeça + valor nas Classes 2 e 3) das classes dissidentes precisam ter aprovado o plano; e (iv) o plano não pode implicar tratamento diferenciado entre os credores das classes dissidentes.

[31] Ainda que assegurada a possibilidade de a obrigação descumprida servir de fundamento para um pedido de falência autônomo, contanto que atendidos os demais requisitos legais.

Quanto aos créditos sujeitos ao procedimento, diferentemente do que ocorre na recuperação judicial, o plano de recuperação extrajudicial não precisa dividir os credores sujeitos entre quatro classes rígidas (trabalhistas, seguras, quirografárias e pequenas empresas). Ao contrário, o plano de recuperação extrajudicial pode abranger todos ou apenas alguns tipos de credores, que podem ser divididos por outros critérios razoáveis de similitude de interesses, natureza dos créditos, dentre outros. É importante observar, no entanto, que o plano de recuperação extrajudicial não abrange créditos trabalhistas, e nem outros créditos que não estariam sujeitos a uma recuperação judicial (como créditos fiscais, créditos com garantia fiduciária, adiantamentos a contratos de câmbio, entre outros).

Uma vez aprovado o plano de recuperação pelas maiorias necessárias, o devedor pode iniciar o procedimento de recuperação extrajudicial (aqui também não há a possibilidade de pedido involuntário). Após o ajuizamento, o juiz determinará a publicação de um edital a todos os credores, para que, querendo, se oponham ao plano de recuperação extrajudicial dentro de até trinta dias. Encerrado esse prazo, o juiz decidirá sobre as objeções e, desde que todos os requisitos estejam cumpridos e desde que o plano não contenha quaisquer disposições ilegais, homologará o plano de recuperação que, então, se tornará vinculante para todos os credores prejudicados.

Ao contrário do que ocorre na recuperação judicial, não há período de fiscalização de dois anos, de modo que após a publicação da decisão de homologação o procedimento é encerrado imediatamente. Qualquer violação do plano de recuperação extrajudicial homologado sujeitará o devedor às medidas de execução que se mostrarem cabíveis.

## 2.3 A falência

Além da introdução dos novos procedimentos de reorganização empresarial, a Lei nº 11.101/2005 também manteve a previsão do processo de falência, já existente no Decreto-lei nº 7.661/1945. O objetivo do processo de falência é promover a venda de todos os ativos da empresa devedora da maneira mais eficiente possível, utilizando os recursos obtidos para o pagamento dos credores. Ao contrário do que ocorre nos procedimentos de reorganização, o devedor é afastado das atividades empresariais (que são geralmente interrompidas), e são pagos de acordo com uma estrita ordem de prioridades prevista na lei.

A falência, ao contrário dos procedimentos de reorganização, pode ser iniciada tanto pelos credores quanto pelo devedor, atendidos alguns requisitos específicos previstos na lei. No que diz respeito aos credores, poderão iniciar um procedimento de falência do devedor tanto em razão do não pagamento de títulos executivos em valor superior a quarenta salários mínimos (impontualidade), quanto em razão da prática de determinados atos que possam levar à conclusão de que o devedor é insolvente (atos de falência). A liquidação pode, também, ser iniciada pelo próprio devedor que deverá indicar, além das circunstâncias concretas de sua insolvência, as razões pelas quais julga impossível a continuação de suas atividades.

A decisão que decreta a falência do devedor suspende quaisquer ações de execução ou cobrança movidas contra o devedor, e sujeita todos os credores ao processo de falência. Além disso, com o decreto de falência, o juiz remove da

empresa devedora seus administradores da condução das atividades empresariais, cria a massa falida, e nomeia um administrador judicial que tem por principais funções a arrecadação, conservação e venda dos ativos da massa.

Em um processo de falência, os credores são classificados de acordo com uma ordem específica e estrita de preferência. Após o pagamento de determinados créditos extraconcursais ou super-privilegiados[32], iniciam-se propriamente os pagamentos dos créditos sujeitos ao concurso de credores da falência[33]. Os pagamentos são feitos *pari passu* dentro das classes, e as classes subsequentes (menos privilegiadas) não podem receber nenhum pagamento a menos que as classes precedentes (mais privilegiadas) sejam pagas integralmente. Vale frisar que a prioridade dos créditos trabalhistas nos processos de falência é limitada a um teto de cento e cinquenta salários mínimos, e que os créditos decorrentes de salários devidos e não pagos durante os 3 (três) meses anteriores ao decreto de falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, devem ser pagos assim que houver dinheiro disponível.

Observe-se, por fim, que a extinção das obrigações do devedor só pode ocorrer após a extinção do próprio processo de falência - o que, por sua vez, apenas ocorre após a venda de todos os ativos e a distribuição de todos os recursos obtidos aos credores. Mesmo assim, a extinção imediata das obrigações apenas ocorrerá se pelo menos cinquenta por cento dos créditos quirografários tiverem sido pagos ao final do procedimento de falência. Se mais de cinquenta por centro dos créditos quirografários permanecerem em aberto, a quitação só poderá ocorrer após um período adicional de cinco ou dez anos após o término da falência, a depender da circunstância de ter sido o devedor condenado ou não por um crime falimentar.

## 3. Questões gerais e controvérsias da Lei nº 11.101/2005

Analisados de forma breve os objetivos gerais e os procedimentos específicos previstos pela Lei nº 11.101/2005, cabe, agora, tecer breves considerações críticas a respeito de determinados aspectos da atual legislação. Ainda que a introdução do princípio da preservação da empresa viável tenha

[32] Os seguintes créditos terão prioridade de pagamento sobre todos os créditos concursais:
(i) Honorários devidos ao administrador judicial e quaisquer assistentes, e créditos trabalhistas decorrentes de serviços prestados após o decreto de falência;
(ii) Valores fornecidos à massa pelos credores (incluindo empréstimos DIP);
(iii) Despesas com cronograma, gestão, venda de ativos e distribuição dos recursos, bem como quaisquer custos administrativos do processo de falência;
(iv) Custas judiciais decorrentes de ações e execuções em que a massa falida foi derrotada; e
(v) Obrigações decorrentes de atos válidos praticados durante a recuperação judicial ou a falência, e impostos gerados por eventos ocorridos após a decretação da falência.

[33] A ordem de preferência estabelecida no artigo 83 da Lei nº 11.101/2005 para o pagamento de créditos concursais na falência é a seguinte:
(i) Créditos trabalhistas, limitados a cento e cinquenta salários mínimos por credor;
(ii) Créditos com garantia real, até o valor da respectiva garantia;
(iii) Créditos tributários, independentemente de sua natureza, exceto multas;
(iv) Créditos com privilégio especial;
(v) Créditos com privilégio geral;
(vi) Créditos quirografários;
(vii) Multas contratuais e multas por violação de lei criminal ou administrativa, incluindo multas tributárias;
(viii) Créditos subordinados (tais como créditos dos acionistas).

suprido uma importante lacuna legislativa até então existente, reconhecendo-se tanto a função social da empresa (e seus impactos sociais) quanto a utilidade de preservar-se o valor do aviamento empresarial (preservando-se o valor da empresa enquanto *going concern*), é perfeitamente possível tecer críticas a respeito das formas pelas quais a Lei nº 11.101/2005 optou por tutelar esses aspectos.

Nesse sentido, como afirma os colegas Alexandre Orion Reginato e Luciano Paolucci em artigo de sua autoria[34], ―*Temos que compreender se o direito falimentar tem sido eficiente no que concerne a recuperação judicial, ou seja, se verdadeiramente irá soerguer a empresa e impedi-la de falir, cumprindo com sua função social*‖.

Importante observar, desde já, que as observações e críticas a seguir não têm, necessariamente, a intenção de retirar ou diminuir os importantes méritos da Lei nº 11.101/2005. Pelo contrário – trata-se de críticas com caráter construtivo, que têm mais a intenção de provocar o pensamento e suscitar discussões do que, propriamente, de sugerir de forma objetiva qualquer alteração na estrutura legislativa atual. Assim como ocorreu com a própria edição da Lei nº 11.101/2005, a praticamente quinze anos atrás, parece-nos importante que a doutrina e a academia sigam debruçadas sobre os princípios gerais que devem dar forma à legislação da insolvência empresarial, a fim de adaptar as soluções apresentadas pela legislação à sempre dinâmica realidade dos fatos e negócios empresariais.

### 3.1 Preservação da empresa *versus* poder dos credores – porque os *stakeholders* não têm voz na reorganização empresarial?

O primeiro aspecto da atual legislação da insolvência empresarial que se mostra digno de apontamentos diz respeito à dicotomia atualmente existente entre o princípio da preservação da empresa, principalmente quando voltado à tutela dos interesses sociais que dela decorrem (função social da empresa), e a necessidade de preservação do instituto do crédito e de sua importância para o sistema capitalista.

A respeito do primeiro aspecto, relativo à função social da empresa, cabe identificar, em primeiro lugar, quem são os personagens cujo interesse se busca tutelar. Trata-se, aqui, de analisar o fenômeno da empresa não sob a perspectiva exclusiva daqueles que com ela possuem relações creditícias, mas, também, e principalmente, sob a perspectiva de outros personagens, que detém com a empresa relações de naturezas diversas, como trabalho, fornecimento, comércio, etc. O reconhecimento da função social da empresa e, portanto, da necessidade de sua preservação, leva em conta que o fenômeno empresarial produz impactos não apenas para os credores e sócios da empresa, mas também para trabalhadores, fornecedores, clientes, fisco, dentre outros tantos personagens.

A necessidade de acomodação desses interesses diversos – mas tão ou mais importantes do que o próprio interesse creditício – representou importantíssima novidade[35] para o direito brasileiro da insolvência empresarial, até então focado

[34] Intitulado "*Conceito de empresa na ótica do Direito, análise econômica do Direito e da empresa (law & economics). Valorimetria (valuation) da empresa e reestruturação das dívidas empresariais como meio de criar valor às empresas*".

[35] Reconhecendo-se, porém, que manifestações reconhecendo o valor social da empresa e até mesmo a necessidade de sua preservação num cenário de insolvência pré-datam, em muito, a edição da Lei nº 11.101/2005. Afirma-se que se trata de uma "novidade" não propriamente pelo

quase que exclusivamente na tutela do crédito. O reconhecimento da circunstância de que a tutela da insolvência empresarial deve ter por objetivo a proteção de outros interesses, que vão além do crédito, altera de maneira fundamental os fundamentos filosóficos da própria legislação da insolvência empresarial – o que, a nosso ver, deveria se refletir também em alterações na distribuição de poder decisório entre os diferentes personagens que compõe o cenário de insolvência (devedor, credores, Poder Judiciário, outros *stakeholders*, etc.).

Questiona-se, porém, se o legislador de 2005 adotou um sistema de distribuição de poderes entre esses diferentes personagens que seja efetivamente adequado ao atingimento desses "novos" objetivos da legislação de insolvência. Mais especificamente, questiona-se: se a legislação da insolvência empresarial retirou o foco de sua tutela sobre o interesse exclusivo dos credores, passando a tutelar também (e talvez principalmente) os interesses de uma série de outros personagens envolvidos na atividade empresarial, porque atribui aos credores, de forma praticamente exclusiva, o poder de decidir sobre o destino da empresa em crise?

Conforme já descrito acima, a Lei nº 11.101/2005 traz dois instrumentos cujo objetivo é a recuperação da empresa viável: a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. A própria preservação da empresa viável, teoricamente levada a efeito por tais procedimentos, é justificada exatamente na função social da empresa, e no valor que a empresa tem para os demais *stakeholders* envolvidos no dia a dia da atividade empresarial. Apesar disso, em ambos os procedimentos, a Lei nº 11.101/2005 relega o poder de aprovar o plano – e, portanto, de decidir sobre o destino da empresa devedora – inteiramente aos credores. Sob o pretexto de proteger-se outros interesses, que não meramente o crédito, é exatamente aos detentores do crédito que a Lei nº 11.101/2005 deposita todo o poder decisório.

Tais outros detentores de interesses, tais como funcionários, fornecedores, clientes, etc., apesar de serem reconhecidamente detentores de interesses importantíssimos e de sofrerem influência direta da crise econômica do devedor[36], não tem absolutamente nenhum poder decisório em relação ao futuro deste último. Pior: mais do que não ter voto, tais *stakeholders* não possuem sequer voz, não sendo ouvidos em nenhum momento do processo e não tendo nenhuma oportunidade de defender ou sequer expor seus interesses.

Questionamos aqui, de fato, se parece adequada a posição adotada pelo ordenamento jurídico no sentido de que a melhor forma de proteger a função social da empresa (e, consequentemente, os interesses de outros stakeholders) é concentrar nos credores todo o poder decisório sobre o destino do devedor. Trata-se de questão que, apesar de basilar à própria estrutura adotada pela Lei nº 11.101/2005, a nosso ver ainda não foi suficientemente explorada.

É de se ressaltar, por exemplo, que discussão bastante similar – relativa à influência que os credores exercem na empresa via controle externo – também existe na seara do direito societário. Sob esse prisma, a influência que os credores exercem é vista, frequentemente, sob uma perspectiva negativa, como uma

---

fato de inexistirem manifestações prévias nesse sentido, mas, sim, em razão da proeminência que o princípio da preservação da empresa ganhou e vem ganhando após sua positivação expressa pelo artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

36 Influência esta, por vezes, muito mais intensa do que aquela sofrida pelos credores.

influência capaz por vezes de prejudicar o soerguimento da atividade empresarial apenas para privilegiar o atendimento dos interesses particulares dos próprios credores. O problema foi percebido, por exemplo, pela colega Aline de Toledo Martins quando, em artigo de sua autoria[37], afirma:

> *Assim, fica o questionamento para estabelecimento das estratégias de medidas preventivas: até que ponto a intervenção dos credores em razão da sua dominância, do poder de seu crédito, pode efetivamente auxiliar na reestruturação da empresa, considerando o conhecimento das atividades, a expertise no setor de administração e tomada de decisões, o interesse a prevalecer e o acesso às informações.*

Ora, se se reconhece que os credores podem, por meio de controle externo, exercer influência negativa em relação ao soerguimento do devedor, tendendo a privilegiar seus próprios interesses particulares em detrimento da atividade empresarial, seria adequada a escolha do ordenamento jurídico em atribuir exatamente a esses mesmos credores – e somente a eles – a decisão sobre o destino da empresa devedora?

Cabe ressaltar que a constatação da necessidade de participação de outros stakeholders no processo decisório sobre o futuro da empresa em crise não é nova, e tampouco exclusiva do direito brasileiro. Nathalie D. Martin, em obra intitulada ―*Noneconomic Interests in Bankruptcy: Standing on the Outside Looking In*‖, já chegou a levantar esta mesma questão sob o ponto de vista do ordenamento jurídico norte-americano, chegando à conclusão de que interesses não-creditícios devem ser levados em consideração quando se estrutura a dinâmica de poder decisório dentro de um procedimento de insolvência empresarial:

> *In summary, we must recognize, weigh, and take responsibility for the costs bankruptcy imposes on society. These costs must be spread more fairly. We must be willing to neutralize conditions, built into the reorganization system, which disadvantage innocent, noncreditor third parties. This can be done by guaranteeing certain interests, such as employees with a prospect of future employment, a voice in the proceeding. Conversely, a failure to provide this and similar opportunities perpetuates a bankruptcy system that is out of sync with the goals of the society in which it operates. This type of legal system is not sustainable. To a large extent, society pays the costs of rehabilitation. In repayment, the system should be accountable to the public and hear and respond to society's broader needs.*[38]

Não propomos aqui, por óbvio, que os credores sejam privados de seu poder decisório em relação ao destino do devedor, tampouco que haja qualquer alteração substancial da dinâmica decisória em favor desses outros *stakeholders*. Não se desconhece que a tutela jurídica do crédito sempre ocupou e, quiçá, sempre ocupará lugar de proeminência entre os objetivos, não apenas do direito da insolvência, como também do próprio direito comercial. O que propomos é, simplesmente, que o direito da insolvência leve em conta de maneira mais direta a tutela desses outros interesses, dando-lhes, por exemplo, pelo menos a voz necessária para que sejam ouvidos. Ignorar a necessidade de oitiva desses outros interesses, nos parece, é ir contra o próprio princípio da preservação da empresa, ao menos na forma como concebido pelo legislador de 2005 e como largamente disseminado pela doutrina e jurisprudência atuais.

---

[37] Intitulado ―*Os meios de recuperação judicial de empresas em crise: visão geral e análise sob a perspectiva da formulação de estratégias preventivas que evitem o recurso ao Judiciário visando superar situações de pré-insolvência.*‖

[38] MARTIN, Nathalie D. Noneconomic Interests in Bankruptcy: Standing on the Outside Looking. **In**: 59 *Ohio* St. L. J. 459 (1998), p. 505.

### 3.2 Preservar que empresa, e nas mãos de quem?

Outra questão importante, mas a nosso ver ainda não suficientemente explorada, diz respeito à forma eleita pela Lei nº 11.101/2005 para atingir-se a desejada preservação da empresa viável. Questiona-se, especificamente, se a Lei nº 11.101/2005 trouxe instrumentos efetivos que permitam superar não apenas a crise momentânea da empresa, mas sim as suas causas – especialmente quando esta causa estiver ligada a características particulares e, por vezes, indissociáveis, da própria empresa ou de seus gestores.

Como já se observou acima, tanto na recuperação judicial quanto na recuperação extrajudicial, a Lei nº 11.101/2005 trouxe uma dinâmica muito clara de poderes, nas quais cabe ao devedor propor, e aos credores aceitarem, uma determinada modalidade de reorganização. Via de regra, nenhuma proposta pode vir a ser aceita pelos credores se não for formulada ou ao menos encampada pelo próprio devedor, e nenhum plano de reorganização pode ser implementado pelo devedor sem que haja a aceitação (ao menos substancial) dos credores. É neste equilíbrio entre a iniciativa do devedor e os poderes dos credores que, espera o legislador, se produzirá a preservação da empresa viável.

Ocorre que, da forma como estabelecida esta dinâmica de poder, há pouco ou quiçá nenhum incentivo para que um procedimento de reorganização seja iniciado quando a origem da crise empresarial é intrínseca à própria empresa ou à figura de seus gestores. Ainda que haja estímulos suficientes para que os gestores iniciem um procedimento de reorganização empresarial por força de fatores externos, como problemas de mercado, fatos imprevistos, etc., que estímulo teriam os gestores para iniciar um procedimento de reorganização empresarial quando a razão da insolvência da empresa possa ser, por exemplo, a completa obsolescência do produto ou serviço fornecido pela empresa? Ou, o que é pior, a prática de condutas empresariais equivocadas ou a própria ineficiência dos gestores? Em outras palavras: se o problema da empresa é a própria empresa, ou seus gestores, que estímulo teriam esta mesma empresa, ou estes mesmos gestores, para resolvê-lo?

Observe-se que por "gestores" não nos referimos apenas à administração da empresa, mas, sim, a qualquer um que sobre ela exerça poder relevante – inclusive os acionistas, e principalmente os controladores. Especialmente numa realidade como a brasileira, em que o controle empresarial é geralmente concentrado e em que não há separação clara entre a gestão e a propriedade da empresa, é fácil verificar situações em que os interesses imediatos do gestor (administrador ou controlador) da empresa possam ir contra a gestão adequada da própria empresa. Estima-se, inclusive, que a ocorrência de gestão conflituosa ou simplesmente ineficiente possa ser uma das principais causas de insolvência das empresas, ainda que não haja dados oficiais disponíveis nesse sentido.

O problema foi, também, identificado pela colega Thaís Vasconcellos de Sá Berga em artigo de sua autoria[39], no qual afirma:

> *Além de trazer consigo uma série de complicações próprias, o risco de falência é um gigantesco desincentivo para os administradores da sociedade insolvente. Com ela, ocorrerá o afastamento forçado desses administradores da efetiva gestão dos bens da sociedade empresária (art. 103) — já que mantidas, excepcionalmente, somente*

[39] Intitulado *—A Teoria da Decisão e a impetração da recuperação judicial‖*.

> *as atividades necessárias à conservação dos direitos ou bens que comporão a massa falida, as quais serão capitaneadas pelo Administrador Judicial19. Esse afastamento será, muito provavelmente, acompanhado da perda do cargo e/ou posição estatutária ocupada pelos administradores junto à sociedade.*

Douglas G. Baird e Robert K. Rassmussen, em seu famoso e controverso "The End of Bankruptcy", chegam também a vislumbrar o problema, reconhecendo que muitas das empresas que entram em crise o fazem precisamente por problemas internos – dentre os quais a os gestores:

> *Bankruptcy law, by its nature, does not see those firms that succeed. Ermen & Engels never needed a law of corporate reorganization to protect its blend of assets and ability. The question for us is not how much value is locked inside the firms that flourish, but how much is locked up in firms that fail. The textile mills that failed may have failed precisely because their know-how was second-rate.*[40]

Em última análise, é fato que os procedimentos de reorganização trazidos pela Lei nº 11.101/2005 tem o objetivo declarado de preservar a empresa – mas fazem isto de modo que a empresa se mantenha nas mãos do mesmo empresário, e via de regra com as mesmas características. E, se a causa da crise empresarial estiver ligada à própria empresa, ou ao empresário, ainda que superados os efeitos imediatos da crise, esta fatalmente retornará – e isto talvez ajude a explicar o baixo percentual de empresas que conseguem se soerguer efetivamente após passarem por processos de reorganização. Não se pode, via de regra, esperar resultados diferentes de uma conduta que, no fim das contas, continua igual.

Mais uma vez, o que se espera aqui é que a questão seja trazida a debate, de forma que o ordenamento jurídico traga à devida consideração a circunstância de que o problema que conduz a uma crise empresarial pode estar (e cremos que em boa parte dos casos de fato esteja) na figura dos gestores da empresa, ou então em outro elemento a ela intrínseco. Parece-nos indispensável que o ordenamento jurídico preveja mecanismos que estimulem a adoção de procedimentos de reorganização e de mecanismos de solução de problemas intrínsecos ao empresário ou à atividade empresarial – o que, alternativamente, que reconheça a inviabilidade da empresa nestas condições e que lide com ela rapidamente, através de um mecanismo de liquidação rápido e eficiente.

## CONCLUSÕES

Através do presente artigo, procuramos apresentar uma visão geral da atual legislação de insolvência empresarial brasileira, passando tanto por aspectos históricos quanto por questões principiológicas e práticas. A intenção do presente artigo é a de provocar um questionamento mais aprofundado sobre alguns aspectos essenciais da Lei nº 11.101/2005, o que apenas nos parece possível através de uma compreensão mais ampla sobre sua origem e principais características.

Na primeira parte, desenvolvemos um panorama detalhado do contexto histórico da edição da Lei nº 11.101/2005, indo desde a apresentação do Projeto de Lei nº 4.376/1993 até a edição da própria lei, e abordando principalmente os fatores políticos, econômicos e sociais relevantes, especialmente as influências externas sofridas pela Lei nº 11.101/2005 durante todo o seu processo de criação.

---

40 BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. *The End of Bankruptcy*. Law & Economics Working Paper 173, 2002, p. 14.

Na segunda parte, apresentamos uma breve visão geral da Lei nº 11.101/2005 sob seu aspecto prático, incluindo uma breve descrição e comparação dos procedimentos de reorganização empresarial e de liquidação por ela trazidos, incluindo a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência. Julgamos que tal descrição de aspectos práticos, assim como a de aspectos históricos, é importante para dar ao leitor ferramentas para compreender e aprofundar os questionamentos apresentados a seguir.

Na terceira e última parte, dotados de informações adquiridas até então, tecemos importantes considerações críticas que entendemos aplicáveis à Lei nº 11.101/2005, introduzindo questões importantes e a nosso ver ainda pouco exploradas, tudo com o objetivo de fortalecer as futuras discussões sobre legislação atual e sobre o próprio direito falimentar brasileiro como um todo.

Esperamos que, com o presente artigo, possamos ter contribuído, ainda que minimamente, para que a disciplina da insolvência empresarial brasileira siga sendo objeto de intensas, firmes e frutíferas discussões, a fim de que a prática do direito da insolvência possa, na medida do possível, atingir os objetivos eleitos pelo ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **Núcleo de Estudo e Pesquisa sobre Insolvência da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. *1ª Fase do Observatório de Insolvência, Junho de 2017*. Disponível em http://rpubs.com/abj/pucrj_pre. Acesso em: 11 out. 2018.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K. **The End of Bankruptcy.** Law & Economics Working Paper 173, 2002.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falências comentada.** 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** *Lei 11.101/2005. Comentada artigo por artigo*. 14ª Edição. São Paulo – Editora dos Tribunais, 2019. p. 65.

BOLETIM FOCUS, do Banco Central do Brasil, 12.09.2011, fl. 1.

COSTA, Thiago Dias. **Recuperação Judicial e Igualdade entre Credores.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21 DE JUNHO DE 1945. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7661.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

DE LUCCA, Newton. A reforma do direito falimentar no Brasil. In: **Revista TRF 3ª Região,** v. 40, 1999, p. 26-99.

_____; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GARDINO, Adriana Valéria Pugliese. **A falência e a preservação da empresa – Compatibilidade?** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado). Orientador: Prof. Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, 2012.

JACKSON, Thomas H. **The Logic and Limits of Bankruptcy Law.** Washington D.C., USA: Harvard University Press, 2001.

LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo. Quartier Latin, 2005. pp. 1-18, in casu p. 6.

MARTIN, Nathalie D. **Noneconomic Interests in Bankruptcy: Standing on the Outside Looking** *In*. 59 Ohio St. L. J. 459 (1998). p. 430-505.

NEDER CEREZETTI, Sheila Christina. **A Recuperação Judicial das Sociedades por Ações.** São Paulo: Malheiros, 2012.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Capítulo I* – Disposições Preliminares. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falência:** *Lei 11.101/2005*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 59-60.

PROJETO DE LEI 4.376/1993 E RESPECTIVA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. Publicados no Diário do Congresso Nacional, Seção I, 22.02.1994. p. 1974-1989. Disponível em: http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights. Acesso em: 20 jun. 2019.

PUGLIESI, Adriana Valéria. **Direito Falimentar e Preservação da Empresa.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; e TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência:** *teoria e prática na Lei 11.101/2005*, São Paulo: Almedina, 2016.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores Econômicos: Falências, Recuperações Judiciais e Concordatas.** Disponível em http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm. Acesso em: 13 out. 2018.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. Lei 11.101/200, artigo por artigo.** 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

SZTAJN, Raquel. Notas sobre as Assembleias de Credores na Lei de Recuperação de Empresas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** Edição 138. Abril-jun./2005.fl. 53.

TIMM, Luciano Benetti. **Precisamos de um novo Código Comercial?** *Parte III*. In: *ARTIGOS E ENSAIOS DE DIREITO E ECONOMIA*. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019. fl. 143/145.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A lei de recuperação de empresas: uma visão geral. **Revista Jurídica Unicoc,** v. 2, 2005, p. 117-130.

# POR UM APROFUNDAMENTO SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO DA EMPRESA EM CRISE: A FALÊNCIA E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO[1]

**GILBERTO GORNATI*[2]**

**SUMÁRIO**: 1. A base legal da formação da abordagem jurídica no Brasil sobre o tema da atividade empresarial em crise. 2. Uma crítica a uma abordagem dos diferentes mecanismos legais previstos na Lei 11.101/2005. 3. Uma proposta de abordagem sobre os institutos recuperacionais que lidam com o tema do direito da empresa em crise no direito brasileiro. Conclusão. Referências Bibliográficas.

> *"Foi se vendo pouco a pouco – e até hoje o vemos ainda com surpresa, por vezes – que o Brasil se formara às avessas, começara pelo fim. Tivera Coroa antes de ter Povo. Tivera parlamentarismo antes de ter eleições. Tivera escolas superiores antes de ter alfabetismo. Tivera bancos antes de ter economias. Tivera salões antes de ter educação popular. Tivera artistas antes e ter arte. Tivera conceito exterior antes de ter consciência interna. Fizera empréstimos antes de ter riqueza consolidada. Aspirara a potência mundial antes de ter a paz e a força interior. Começara em quase tudo pelo fim. Fora uma obra de inversão." (Tristão de Athayde, codinome usado por Alceu Amoroso Lima, no capítulo "Política e letras".In: CARDOSO, Vicente Licínio [Org.]. À Margem Da História Da República. Brasília: Editora UNB, 1981. t. 2, p. 244-245.)*
>
> *O tema da insolvência ou da insolvabilidade da atividade empresarial, ou mesmo do direito da empresa em crise, sob essas alcunhas, por si só já se apresenta como algo diferente daquilo que, no âmbito de uma história de longa tradição do direito comercial brasileiro, se chamou de direito falimentar.*

A abordagem jurídica da crise econômico-financeira da atividade comercial capitalista não é novidade. Contudo, a concatenação dos conceitos jurídicos *empresa* e *crise* – aqui entendida a partir de uma perspectiva do tratamento jurídico à crise econômico-financeira –, tratados conjuntamente, leva a uma diferente abordagem da discussão anteriormente debatida pela disciplina do direito falimentar, como disciplina integrante do ramo do direito comercial.

Essa discussão ganha ainda mais destaque quando observamos que, sob a forma do texto de lei, os termos *insolvência*, *insolvabilidade*, *insolvente*, não foram

RESUMO: Este artigo propõe um aprofundamento da discussão sobre a formação de uma teoria geral do direito recuperacional, em certa medida autônoma em relação ao direito falimentar em si, bem como uma proposta de identificação de uma política pública do Estado brasileiro mais inclinada à liberdade do mercado diante das situações de crise da atividade empresária e uma menor interferência do Poder Judiciário sobre as negociações de planos de recuperação judicial.
Palavras-chave: Teoria geral – Recuperação judicial – Falência – História do direito comercial brasileiro.
Abstract: This paper proposes a deeper discussion on the formation of a general theory of Brazilian insolvency law basis, to a certain extent autonomous in relation to bankruptcy law itself, as well as a proposal to identify a public policy of the Brazilian State more inclined to a market friendly law-making before crisis situations of business activity and searching for less interference by the Brazilian Judiciary in the negotiations of judicial recovery plans.
Keywords: General theory – Judicial reorganization – bankruptcy – Brazilian legal history.

[1] Este texto é fruto das discussões provocadas ao longo do curso Tendências do Direito da Empresa em Crise, coordenado pela Professora Doutora Sheila C. Neder Cerezetti, junto ao programa de pós-graduação stricto senso da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). O autor agradece também o estímulo dos debates – bem como suas concordâncias e discordâncias – tidos com a própria Professora Sheila Cerezetti e os demais colegas de turma, nominalmente: Ana Elisa Laquimia de Souza, Fernanda Neves Piva, Guilherme Bier Barcelos, Gustavo Lacerda Franco, Larissa Santiago Gebrim, Patrícia Travassos Marto, Rodrigo Jesuíno Bittencourt, Thiago Dias Costa e Victor Nader Bujan Lamas. Em um segundo momento do texto, ficam os agradecimentos pela revisão e também pelas críticas e comentários dos amigos e colegas Lucas Rodrigues do Carmo, Ivo Waisberg, Bruno Kurzweil de Oliveira e Marcelo Barbosa Sacramone.
[2]* Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela FD/USP. Doutorando pelo Departamento de Direito Comercial da FD/USP. Professor do curso de pós-graduação do FGV Law da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Advogado sócio de Thomaz Bastos, Waisberg, Kurzweil Sociedade de Advogados.

utilizados pelo legislador ao elaborar a Lei n. 11.101/2005 ou mesmo no Decreto-lei n. 7.661/1945, a lei de falências mais longeva da história do direito brasileiro.

O termo *crise* é a tônica escolhida para a previsão de soluções jurídicas, em especial no âmbito da Lei n. 11.101/2005 e, por essa razão, será um termo que utilizaremos também neste artigo para apresentar a análise e críticas que aqui estão expostas.

O problema colocado neste texto decorre de uma hipótese de que, no Brasil, o *direito das recuperações* com base nas normas dispostas na Lei n. 11.101/2005 é, em regra, interpretado sob o viés da teoria e dos princípios aplicáveis ao direito falimentar – tanto na prática quanto na bibliografia. Como se pretende demonstrar, contudo, considerar os elementos que compõem o direito falimentar brasileiro, bem como aqueles que passaram a compor o direito da empresa em crise ou direito recuperacional, pode trazer bases mais sólidas para que esse campo jurídico efetivamente possa ser tratado a partir de suas próprias fundações, por meio de uma teoria geral própria deste campo.

Reconhecer que há diferenças de abordagens jurídicas entre as leis que trataram do tema da *crise* nessa história de longa duração do direito comercial brasileiro é uma das premissas deste texto. Esse ponto de partida é fundamental para nortear a discussão aqui proposta. Para aprofundar o debate, este texto está dividido em quatro partes. À primeira foi atribuída a tarefa de apresentar uma breve exposição sobre o *direito falimentar* brasileiro e seus reflexos também sobre o instituto da concordata. Com tal base organizada, na segunda parte apresentamos uma crítica a uma abordagem acadêmica atual do tema, especificamente em relação à Lei n. 11.101/2005, que trata da recuperação judicial, falência, autofalência e recuperação extrajudicial dos empresários e sociedades empresárias. Na terceira parte propõe-se abordagem dos sistemas jurídicos criados ou reinterpretados pela Lei n. 11.101/2005 que, eventualmente, se diferencia daquela inicialmente criticada. Por fim, ficam expostos os principais temas discutidos e a provocação sobre formas de abordagem e tratamento desses problemas.

## 1. A base legal da formação da abordagem jurídica no Brasil sobre o tema da atividade empresarial em crise

A crise econômico-financeira da atividade empresarial (ou, como anteriormente denominada juridicamente, *atividade mercantil* ou *atividade comercial*) é uma realidade não só no meio capitalista. Desde que alguém se propôs a fazer algo contendo um viés mercantilista, comercial ou empresarial, se expôs ao risco de ser falível e, com isso, de ver seus negócios ruírem, perdendo credibilidade – na acepção mais literal do termo – diante da comunidade em que se inseriu.

As sociedades politicamente organizadas tiveram formas distintas de lidar com esse tema, levando-se em conta fundamentalmente o modelo econômico no qual estavam inseridas (nos limites de suas fronteiras ou além de suas fronteiras, a depender de cada caso), bem como a forma de organização que decidiram convencionar, impor ou adotar.

Especificamente para este texto interessa a análise em meio ao modelo econômico capitalista e, de modo ainda mais específico, aquele que se deu no Brasil a partir do século XIX. Nossa primeira proposta de discussão é que essa análise precisa ser aprofundada e compreendida sob uma perspectiva diferente

daquela de longa tradição no direito comercial, e que decorre de uma matriz do *direito falimentar*, sobretudo sob forte influência da tradição criada a partir do Decreto-lei n. 7.661/1945, com vigência explícita de 60 anos (até a promulgação da Lei n. 11.101/2005), mas que ainda produz reflexos sobre o tema do direito da empresa em crise.

Fato é que, para fins desse artigo, nosso objetivo não é traçar uma linha evolutiva entre as diversas leis falimentares, pois o passar do tempo não necessariamente é apenas evolução no sentido tradicional da palavra; tampouco temos como objetivo apresentar um trabalho especificamente sobre a história do direito falimentar brasileiro, pois este não é o espaço.

Não obstante, essa perspectiva mais ampla, que é inevitavelmente carregada de historicidade, é a base do debate que se seguirá na segunda parte. Destaco aqui que o Decreto-lei n. 7.661/1945 inaugura, se não na prática das decisões judiciais – que já poderiam indicar essa tentativa de maior concentração e intervenção –, ao menos oficialmente pelo Estado, um viés de protagonismo da abordagem pelo Judiciário acerca do tema falimentar e das alternativas (exclusivamente concordata preventiva ou suspensiva neste caso) ao estado falimentar da atividade comercial.

Há, evidentemente, uma carga teórica fundamental que não será desprezada, mas o direito, por si só, não cria a realidade e direito, no Brasil, está muito ligado há uma longa tradição civilística de adoção das leis como primeira referência para a análise das regras que a sociedade política brasileira decidiu criar para atingir seus ideais de *ordem* e *progresso*.

Para iniciar essa provocação, vale relembrar como o tema da *falência* tem sido positivado pelo direito comercial se insere no Brasil.

A porta de entrada do tema falimentar nas leis do Brasil se dá num ambiente conturbado da formação da cultura jurídica brasileira. O século XIX é marcado por uma forte influência da tradição do direito português e a primeira abordagem, da Lei da Boa Razão (Carta de Lei de 18 de agosto de 1769, do reinado de D. José de Portugal) e das Ordenações do Reino, ainda marcada pelo uso da oralidade, se dá pelo direito penal.

O Código Criminal do Império (1832) dispunha em seu art. 263 que "[a] **bancarrota**, que fôr qualificada de fraudulenta na conformidade **das Leis do commercio**, será punida com a prisão com trabalho por um a oito anos [grifamos]." Essa era a única menção próxima ao conceito jurídico de falência em um texto normativo até o início da vigência do Código Comercial (Lei n. 566/1850)[3], que na

[3] LOPES, José Reinaldo de Lima. *A formação do direito comercial brasileiro:* criação dos tribunais de comércio do Império. Relatório de Pesquisa apresentado ao Núcleo de Pesquisa em Direito e História da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Faculdade de Direito, 2006, p. 20: "[e]mbora a Constituição [do Império] falasse do Código Civil e não do Código Comercial, foi este o primeiro contemplado com a atenção dos legisladores, enquanto o processo de codificação civil só teve início em 1854. Assim, seja pelas pressões dos comerciantes das praças mercantis do Império, notadamente os do Rio de Janeiro, seja porque o direito comercial fosse considerado mais urgente e menos discutível porque menos fundamental (ou *constitucional*) para os direitos de todos os cidadãos, foi por ele que o direito privado começou a organizar-se no novo País."

sua Parte III, passou a dar o tratamento específico de direito comercial e, também, das consequências penais ao tema das falências.

O conceito disposto no art. 797 do Código Comercial era simplesmente o de que "[t]odo o **commerciante** que **cessa** os seus **pagamentos**, entende-se **quebrado** ou **falido** [grifamos]." Ou seja, as disposições ali expostas aplicavam-se a um agente específico escolhido pelo Estado para o regramento normativo: o comerciante. Logo na origem há uma opção clara de política pública do Estado imperial para a abordagem jurídica do tema da crise econômico-financeira no Brasil e, já no próprio Código Comercial, pode-se identificar a preocupação estatal sobre a economia e a necessidade de controle sobre as políticas econômicas, ao estatuir as regras do *direito falimentar* aplicáveis ao *comerciante*. Já se nota, na origem, que a preocupação não era com o grande proprietário, tampouco com o industrial, mas sim com aquele (de um modo geral com a pessoa natural) que praticava os atos de comércios com habitualidade.

Sobre essa intervenção estatal, no campo do direito comercial, a escolha da política pública do Estado também centraliza a própria abertura e início das atividades das sociedades anônimas, por meio da qual se estabeleceu que "a sociedade anônima ou companhia ainda depende de autorização governamental para ser estabelecida, justamente porque dissemina o capital de *risco* [destaque do original]."[4]

Inclusive, nesse contexto da própria organização das instituições e jurisdições, ganha mais força o debate sobre a jurisdição mercantil especializada, e esta se manteve especializada durante longo período do Império, tanto que "nas controvérsias comuns de direito mercantil os processos corriam perante os juízes comuns, mas entre comerciantes foi imposto o juízo arbitral obrigatório nos casos de locação mercantil, disputas entre sócios, salvados, avarias grossas e disputas entre credores nas moratórias."[5]

O debate sobre tal especialização foi marcado por diversas discussões e pontos contrários à existência das jurisdições mercantis, não só pela difícil imparcialidade que essas *justiças* poderiam ter (não que as outras instâncias da justiça não pudessem ser consideradas imparciais, mas era um argumento utilizado nos debates!), mas também pela dificuldade de se entender a existência da autonomia da matéria comercial frente à matéria civil – já em meados do século XIX, nem mesmo era fácil determinar a distinção entre negócios mercantis e negócios civis.[6] Também a influência de interesses privados tornava ainda mais tortuosa a missão de (i) manter as jurisdições especiais e (ii) regrar o direito comercial com a especialidade e especificidade que se poderia imaginar para a matéria. Em outras palavras, não é possível se estabelecer a neutralidade estatal, considerando esta

> "[...] sociedade de elites em que os interesses privados capturam o aparelho judiciário e, no caso dos Tribunais de Comércio, também o aparelho governativo. É que os Tribunais de Comércio previstos detinham funções não contenciosas, entre

[4] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 293. Vide o disposto no art. 295 do Código Comercial: "As companhias ou sociedades anonymas, designadas pelo objecto ou empreza a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogaveis, socios ou não socios, só podem estabelecer-se por tempo determinado e com autorisação do Governo, dependente da approvação do corpo legislativo quando hajam de gozar de algum privilegio; e devem provar-se por escriptura publica, ou pelos seus estatutos, e pelo acto do Poder que as houver autorisado."

[5] Idem, p. 21-22.

[6] Idem, p. 25.

> elas (a) o registro dos comerciantes (matrícula) e de diversos de seus negócios (contratos sociais, hipotecas, seguros) e (b) a consulta ao governo sobre o andamento do comércio, as medidas legislativas e políticas a serem adotadas para seu incremento e não poucas vezes a consulta sobre a interpretação da lei e dos costumes mercantis."[7]

Nesse ambiente de prevalências de interesses privados e de certos grupos de poder é que se dá a criação do código de comércio brasileiro, pondo fim aos debates. Essa forma de recepção normativa escolhida pelo Estado, é um dos elementos que demonstra que o enfoque do tratamento falimentar da atividade comercial não estaria voltado aos grupos das elites e grandes fazendeiros brasileiros, mas especialmente voltado à regulação da atividade comercial dos negociantes, comerciantes e pessoas consideradas praticantes de atos de comércio que atuavam nas diversas praças do Brasil[8]. A lei de falências não foi formada exatamente para todos os que praticavam atos de comércio, mas em especial para se evitar a continuidade de atividades comerciais que pudessem ser consideradas como problemáticas para a economia brasileira em um determinado momento histórico.

Especificamente sobre a formação de uma cultura jurídica sobre o *direito falimentar*, o Código Comercial trabalhou essencialmente com um viés liquidatório da atividade comercial. Caso, contudo, o comerciante pudesse se valer de alguma mecânica alternativa por meio da concordata, o formato do pagamento e até mesmo eventual superação do decreto falimentar passavam pelo crivo da deliberação dos credores do comerciante, sendo certo que, o início do procedimento concordatário era posterior à sentença de falência ou de quebra.

Especificamente com base no art. 842, como alternativa deliberativa, o juízo da quebra deveria convocar os credores do comerciante declarado falido para que pudessem deliberar sobre o projeto de concordata (art. 846), quando o falido a propusesse, ou se quereriam formar o contrato de união (art. 855 do Código Comercial, em que os credores nomeariam dois ou mais administradores da massa falida com "poderes para liquidar, arrecadar, pagar, demandar ativa e passivamente, e praticar todos e quaisquer atos que necessários sejam a bem da massa, **em Juízo e fora dele** [grifamos].").

Esse viés deliberativo, que na prática era também pleiteado em reuniões de credores[9] e não tão exclusivo à submissão ao Judiciário (ou dos Tribunais de Comércio, que não eram formados por juízes togados), é a tônica do tratamento legislativo sobre as falências e a crise pela cessação de pagamentos nas demais disposições legislativas sobre a matéria, (não tratarei dos setores que passaram por um tratamento diferenciado, como é o caso dos bancos, posteriormente contidos no conjunto das instituições financeiras), a saber: Decreto n. 917, de 24 de outubro de 1890, revogado pela Lei n. 859, de 16 de agosto de 1902, por sua vez revogada pela

[7] Idem, p. 31.

[8] Sobre uma análise específica do uso da terminologia mercado, comerciante, negociante e empresário no Direito Comercial brasileiro tenho como base esta pesquisa publicada: GORNATI, Gilberto. Ruptura e continuidade na história do direito comercial brasileiro: dos atos de comércio à teoria da empresa (1850-1970). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, ano 16, v. 59, p. 169 – 213, jan./mar. 2013.

[9] SONKAJÄRVI, Hanna. A aplicação do Código Comercial brasileiro entre 1850 e 1860: análise das evidências de um caso de falência culposa. *Revista Tempo*, Niterói, v. 21, n. 37, p. 1762015.

Lei n. 2.024, de 17 de dezembro de 1908, também revogada pelo Decreto n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929 e então extinto pelo Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, por meio do qual rompeu-se oficialmente também a regra da deliberação de credores sobre o tema da crise da atividade comercial alternativo à falência e, assim, aprofundou-se o tratamento legislativo de maior atribuição de controle sobre os atos dos procedimentos ao Poder Judiciário (concordata como favor legal a critério do juízo, forma de pagamento definida em lei e controlada pelo juízo, dentre outros mecanismos fora da tomada de decisão de credores ou devedores), até sua revogação pela Lei n. 11.101 de 2 de fevereiro de 2005 (ainda em vigor).

Apesar de ter indicado a existência das diversas outras leis e decretos que trataram do tema das falências e das concordatas, o objetivo deste texto não vai ser remontar a história do direito falimentar ou concordatário no Brasil, mas debater os reflexos perceptíveis da tradição jurídica formada ao longo da duração do Decreto-lei n. 7.661/1945 na formação contemporânea do atual direito recuperacional e falimentar por meio da prática da Lei n. 11.101/2005.

Como mencionado anteriormente, o Decreto-lei n. 7.661/1945 gera cenário de maior ruptura em relação aos textos normativos anteriores, por meio do afastamento da regra de deliberação dos credores, passando a atribuir exclusivamente ao Judiciário o poder para a condução dos processos falimentares e concordatários, estes tratados inclusive como um *favor legal*[10] (ou até um *favor do Judiciário*) ao longo dos anos. O Decreto-lei n. 7.661/1945, além de diminuir as opções sobre os mecanismos para a soluções jurídicas da crise econômico-financeira da atividade comercial, passou também a afastar a ingerência de credores e agentes externos ao Judiciário sobre o processo, bem como a afastar da iniciativa privada o tratamento das soluções para tal crise.

Nesse aspecto de ruptura normativa, a própria estrutura comparativa entre o Decreto n. 5.746/1929 e o Decreto-lei n. 7.661/1945 e a leitura da organização dos temas em cada uma das normas (grifados estão aqueles temas que são diferentes entre os títulos das leis) permitem:

| **Estrutura do Decreto n. 5.746/1929** | **Estrutura do Decreto-lei n. 7.661/1945** |
|---|---|
| **15 títulos** | **14 títulos** |
| 1) Da natureza e declaração da fallencia | 1) Da caracterização e declaração da falência |
| 2) Das effeitos juridicos da sentença declaratoria da fallencia | 2) Dos efeitos jurídicos da sentença declaratória da falência |
| 3) Do pessoal da administração da fallencia | 3) Da administração da falência |
| 4) Da arrecadação e guarda dos bens, livros e documentas | 4) Da arrecadação e guarda dos bens, livros e documentos do falido |
| 5) Da verificação e classificação dos creditos | 5) Do pedido de restituição e dos embargos de terceiro |
| **6) Das assembléas dos credores [ausente do Decreto-lei n. 7.661/1945]** | 6) Da verificação e classificação dos créditos |
| 7) Da concordata | **7) Do inquérito judicial [ausente do Decreto n. 5.746/1929]** |
| 8) Da realização do activo e liquidação do passivo | 8) Da Liquidação |
| 9) Da reivindicação | 9) Da extinção das obrigações |
| 10) Da rehabilitação | 10) Das concordatas |
| **11) Da concordata preventiva** | 11) Dos crimes falimentares |
| **12) Da homologação e effeitos das sentenças estrangeiras em materia de fallencia e meios preventivos de sua declaração** | 12) Das disposições especiais |
| | 13) Das disposições gerais |
| 13) Dos crimes em materia de fallencia e de | 14) Das disposições transitórias |

10 SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. A Visão do Ministério Público na Recuperação e Falência: Dez Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 3, p. 2, jan./mar. 2017.

| | |
|---|---|
| concordata preventiva e do respectivo processo<br>14) Das disposições especiaes<br>15) Das disposições geraes | |

Ao retirar a previsão sobre as assembleias de credores (até então no Título 6 do Decreto n. 5.746/1929), com a exceção da previsão da realização assembleia em caso de realização alternativa do ativo do falido – prevista no art. 122 e desde que o juízo autorizasse tal assembleia, bem como desde que tal assembleia não alterasse as previsões legais ou os atos já praticados pelo juízo ou pelo síndico da massa falida –, o Estado indicou claramente a forma pela qual optou para tratar o tema jurídico da crise econômico-financeira, e tal escolha se deu por meio da direta interferência via Poder Judiciário, em especial após a provocação dos credores (o pedido de falência). Some-se a essa característica de protagonismo do Judiciário a própria obrigatoriedade do procedimento do inquérito judicial (iniciado a partir do art. 103 do Decreto-lei n. 7.661/1945), como mais um procedimento judicial inquisitivo contra o devedor cuja falência fora decretada.

Essa tradição que prevaleceu no direito comercial brasileiro, que se iniciou na prática judicial antes mesmo do início da vigência do Decreto-lei n. 7.661/1945, influenciou massivamente a cultura jurídica do direito comercial brasileiro ao longo dos sessenta anos subsequentes e, por sua vez, ainda pode ser percebida nas discussões acerca da Lei n. 11.101/2005. Ou seja, considerando o bojo da formulação do Decreto-lei n. 7.661/1945, acompanhado da própria formação dos juristas brasileiros e da bibliografia sobre o tema, toda embasada na norma então vigente, e o período de sessenta anos de vigência, tem-se que há uma clara influência desses elementos para a análise e interpretação de uma nova lei, que passou a tratar de um velho problema.

Com essas bases assentadas, passemos então a debater a influência da tradição cultural desenvolvida pela prática exposta no Decreto-lei n. 7.661/1945 sobre o tema do *direito da empresa em crise*.

## 1. Uma crítica a uma abordagem dos diferentes mecanismos legais previstos na Lei 11.101/2005

O contexto de elaboração da Lei n. 11.101/2005 não é de fácil reconstrução para uma análise holística dos elementos que efetivamente constituíram a base normativa que deu as características finais do texto aprovado. O Projeto-lei n. 4.376/1993, que reiniciou oficialmente a discussão sobre a revogação do Decreto-lei n. 7.661/1945 para a criação de uma nova lei falimentar, não encontra correspondência direta com o texto aprovado para a promulgação da Lei n. 11.101/2005.

Foram apresentadas 525 emendas ao projeto, sendo que 175 delas foram apresentadas até 1999 e as demais 350 foram apresentadas entre 2003 e 2004[11]. Ou seja, mais de 2/3 das emendas apresentadas foram debatidas num período de pouco mais de um ano, entre os anos de 2003 e 2004, e foram justamente essas

[11] Para um depoimento sobre os bastidores das discussões em torno da formação da comissão para o aprofundamento dos estudos e avanço dos debates, sugiro: MANDEL, José Fernando; MANDEL, Julio Kahan. Da Urgência na Modernização da Lei de Falências. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 6, jul./dez. 2000.

emendas e debates havidos nesse período que trouxeram a estrutura final do texto normativo sobre o tema. Pasmem, mas não houve oficialmente a propositura de emendas entre o período de 1999 e 2003.

O substitutivo que fomentou a discussão entre 2003 e 2004 (passando a ser definido como o Projeto de Lei da Câmara n. 71 de 2003[12]), foi debatido entre 15/10/2003 e 12/7/2004, e, após as discussões no Senado e parecer pela Câmara, foi remetido à sanção presidencial em 17/12/2004[13].

Para se ter uma ideia, o texto original do Projeto-lei n. 4.376/1993 considerava a *recuperação de empresa* como uma modalidade já distinta da concordata. Apesar de o texto do art. 9º dispor que "[o] devedor **cuja falência for decretada** pode requerer a continuação do negócio, que vise à sua **recuperação**[.] [grifamos]", e que esse pedido ao juízo da falência se processaria em "autos distintos", conforme o disposto no §7º – ou seja, cabendo o pedido de recuperação somente após um pedido de falência – o despacho do deferimento deveria intimar os credores para, em reunião de credores, deliberarem sobre a aceitação ou não do plano que deveria ser proposto com a petição (art. 16 do Projeto). As limitações de negociação e de proposta de pagamentos ainda vinham carregadas pelas regras anteriores das próprias limitações já impostas à concordata, inclusive com remissão expressa ao art. 32 do Projeto, que determinava os limites de deságio (entre 60% e 80%) e os limites de prazos (se a proposta fosse de pagamento de 60%, o limite de prazo de pagamento era de 1 ano, se a proposta fosse de pagamento de 80% o limite de prazo era de 2 anos e se a proposta fosse o pagamento de 100%, tal pagamento deveria ser realizado num horizonte de 3 anos)[14].

Apesar do movimento inicialmente tímido de maior liberdade e retorno da possibilidade de um instituto que previa a deliberação de credores, o que se viu ao final, com o substitutivo que resultou, com poucos vetos presidenciais, na Lei n.

---

12 Sobre uma compilação dos debates havidos no Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, sugerimos a leitura de: ALONSO, Manuel. Nova lei de falências. Estudos, comentários e sugestões ao Projeto de Lei 4.376-b/1993, da subemenda substitutiva de plenário, relator o ilustre deputado Osvaldo Biolchi, e PLC 71, de 2003, com o parecer do ilustre senador Ramez Tabet. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 14, p. 278-297, jul./dez. 2004.

13 À época da promulgação da Lei n. 11.101/2005, nos termos do quanto publicado pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, expressou-se que: "[a]demais, a nova Lei enfatiza o soerguimento de empresas viáveis que estejam passando por dificuldades temporárias, a fim de evitar que a situação de crise culmine com a falência. Nesse sentido, é extinta a ineficiente concordata e criado o instituto da recuperação judicial, que tem como principal característica o oferecimento aos credores de um plano de recuperação, que, na prática, envolverá negociações e concessões mútuas, além de providências e compromissos do devedor visando a persuadir os credores da viabilidade do plano. Esse plano deverá ser aprovado pela maioria dos credores em assembléia, e a decisão vinculará não só os que expressamente anuírem, mas também os que votarem contrariamente. Tal mecanismo, além da dar aos credores poder de decisão para defesa de seus legítimos interesses, tem a virtude adicional de entregar a decisão sobre a viabilidade da empresa àqueles agentes que têm melhores condições de fazer essa avaliação. Os credores, em geral, conhecem os mercados em que atuam e têm maior capacidade de avaliar se as dificuldades vividas por empresas têm causa conjuntural ou estrutural." FONSECA, Humberto Lucena Pereira da; KÖHLER, Marcos Anto nio. *A Nova Lei de Fale ncias e o Instituto da Recuperac o Extrajudicial*. *Consultoria Legislativa do Senado Federal*. *o 22*. rasi lia, abril 2005. p. 3. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70483/texto%2022%20%20Humberto_Fonseca%20e%20Marcos_Hohler.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jul. 2019.

14 Sobre a liberdade de negociação dos planos e apresentação de dados práticos sobre casos em diferentes estados brasileiros, sugerimos a seguinte leitura: KATAOKA, Eduardo Takemi. Plano de Recuperação Judicial – prazo de carência e
descumprimento do plano de recuperação. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 227-241, mar./abr. 2014.

11.101/2005[15], foi uma norma que criava verdadeira ruptura com a abordagem jurídica anterior acerca do tratamento da atividade comercial em crise.

Tal ruptura mais intensa, todavia, não se deu no capítulo da falência, salvo pela tentativa de se criar formas mais claras e céleres para a continuidade dos negócios ou mesmo para a liquidação dos ativos. A ausência de ruptura, aqui sugerida, está presente na forma expressada pela norma de manutenção da condução dos procedimentos como anteriormente adotada pelo Estado, especialmente regida sob a batuta do Poder Judiciário – tendo, inclusive, sido mantida a carga de afastamento da realização de assembleia de credores para a realização do ativo da massa falida (excepcionada apenas pelas disposições do art. 46 e art. 145 da Lei n. 11.101/2005) – e em que se vê, em muitos aspectos, uma história de continuidade do formato legislativo adotado para o procedimento falimentar, mas sim em relação a dois outros institutos criados e até então inéditos no direito comercial brasileiro, o da *recuperação judicial* (art. 47 ao art. 74) e da *recuperação extrajudicial* (art. 161 ao art. 167)[16].

Sobre as características normativas historicamente contingentes nesse processo de continuidade, veja-se, como exemplo, a mecânica de atribuição do *status* de falido, sempre dado por meio de sentença judicial a ser proferida pelo juízo competente, mas marcada pela definição de um agente econômico específico (o comerciante) e que não honra seus pagamentos na data do vencimento (ou seja, uma característica jurídica e não econômica ou financeira):

| **CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556, DE 25 JUNHO DE 1850)** | **DECRETO Nº 917, DE 24 DE OUTUBRO DE 1890** | **LEI Nº 859, DE 16 DE AGOSTO DE 1902** | **LEI Nº 2.024, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1908** | **DECRETO Nº 5.746, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1929** | **DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21 DE JUNHO DE 1945** |
|---|---|---|---|---|---|
| **TÍTULO I DA NATUREZA E DECLARAÇÃO DAS QUEBRAS, E SEUS EFEITOS** | **DAS FALLENCIAS TITULO I Da natureza e declaração da fallencia** | **TITULO I DA NATUREZA E DECLARAÇÃO DA FALLENCIA** | **TITULO I Da natureza e declaração da fallencia SECÇÃO I DOS CARACTERISTICOS DA FALLENCIA E DE QUEM A ELLA ESTÁ SUJEITO** | **TITULO I *Da natureza e declaração da fallencia* SECÇÃO I *DOS CARACTERISTICOS DA FALLENCIA E DE QUEM A ELLA ESTÁ SUJEITO*** | **TÍTULO I Da caracterização e declaração da falência SECÇÃO PRIMEIRA Da caracterização da falência** |

[15] Aliada às discussões sobre a necessidade de modernização das normas para o tratamento da crise empresarial, conforme as discussões em torno da Lei Modelo da UNCITRAL e das recomendações do Banco Mundial, a percepção no mercado brasileiro também era a de necessidade de alterações que acomodassem melhor a realidade da dinâmica do mercado e a norma aplicável ao tema da crise: "[c]om as transformações econômico-sociais ocorridas no país, a antiga legislação falimentar [Decreto-lei n. 7.661/1945] não mais atendia aos reclamos da sociedade, fazendo-se necessária a edição da Lei de Falências e Recuperações Judiciais, que resultou mais ágil e moderna. A Lei de Recuperações coloca à disposição da sociedade mecanismos jurídicos mais desburocratizados e, ao que tudo indica, mais céleres, que permitem a composição dos interesses da empresa, a preservação dos empregados e da própria atividade, aumentando as possibilidades de efetivo recebimento por parte dos credores, sem a necessidade de intervenção excessiva do Poder Judiciário. SILVA, José Carlos Garcia da. O Plano de Recuperação da Empresa. *In:* LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais Alves; CALHEIROS, Paulo (Org.). *Recuperação de Empresas e Falência: Aspectos Práticos e Relevantes da Lei n. 11.101/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 54.

[16] Neste sentido, logo quando da promulgação da Lei n. 11.101/2005, em uma das primeiras obras publicadas, o Professor Newton De Lucca (DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 32-33) e também o Professor Fábio Ulhôa Coelho (COELHO, Fábio, Ulhôa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 163) suscitaram este ponto sobre a menor participação do Poder Judiciário.

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Art. 797 – Todo o **commerciante** que **cessa os seus pagamentos**, entende-se quebrado ou **fallido**. | Art. 1º O **commerciante**, sob firma individual ou social, que, sem relevante razão de direito (art. 8), **deixa de pagar no vencimento** qualquer **obrigação mercantil liquida e certa** (art. 2), entende-se **fallido**. | Art. 1º O **commerciante**, sob firma individual ou social, que sem relevante razão de direito **deixa de pagar no vencimento** qualquer **obrigação mercantil liquida e certa** (art. 2º), entende-se **fallido**, qualquer que seja o estado de seus negócios. | Art. 1º O **commerciante** que, sem relevante razão de direito, **não paga no vencimento obrigação mercantil liquida e certa**, entende-se **fallido**. | Art. 1º O **commerciante** que, sem relevante razão de direito, **não paga no vencimento obrigação mercantil liquida e certa**, entende-se **fallido**. | Art. 1º Considera-se **falido** o **comerciante** que, sem relevante razão de direito, **não paga no vencimento obrigação líquida**, constante de título que legitime a ação executiva. |

Por sua vez, o art. 94 da Lei n. 11.101/2005 dispõe que "[s]erá decretada a **falência** do **devedor [empresário ou sociedade empresária]** que: I – sem relevante razão de direito, **não paga, no vencimento, obrigação líquida** materializada em título ou títulos executivos protestados **cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos** na data do pedido de falência; (...) [grifamos]."

Algo muito parecido pode ser observado acerca da definição do juízo competente, em relação à ideia de *principal estabelecimento* (exceto pelo Código Comercial):

| **CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556, DE 25 JUNHO DE 1850)** | **DECRETO Nº 917, DE 24 DE OUTUBRO DE 1890** | **LEI Nº 859, DE 16 DE AGOSTO DE 1902** | **LEI Nº 2.024, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1908** | **DECRETO Nº 5.746, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1929** | **DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 21 DE JUNHO DE 1945** |
|---|---|---|---|---|---|
| **TÍTULO I DA NATUREZA E DECLARAÇÃO DAS QUEBRAS, E SEUS EFEITOS** | **DAS FALLENCIAS TITULO I Da natureza e declaração da fallencia** | **TITULO I DA NATUREZA E DECLARAÇÃO DA FALLENCIA** | **SECÇÃO II DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FALLENCIA** | **SECÇÃO II DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FALLENCIA** | **SEÇÃO SEGUNDA DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FALÊNCIA** |
| Art. 805 - Todo o comerciante que tiver cessado os seus pagamentos é obrigado, no preciso termo de três dias, a apresentar na Secretaria do Tribunal do Comércio **do seu domicílio** uma declaração datada, e assinada por ele ou seu procurador, em que exponha as causas do seu falimento, e o estado da sua | Art. 4º A fallencia será declarada pelo juiz commercial em cuja jurisdicção o devedor tiver seu **principal estabelecimento** ou casa filial de outra situada fóra do Brazil, si não operar por conta e sob a responsabilidade do estabelecimento principal (art. 91), a requerimento: | Art. 4º E' competente para declarar a fallencia o juiz commercial em cuja jurisdicção o devedor tiver seu **principal estabelecimento** ou casa filial de outra situada fóra do Brazil, si não operar por conta e sob a responsabilidade do estabelecimento principal.<br>A fallencia dos negociantes ambulantes, emprezarios de | Art. 7º É competente para declarar a fallencia o juiz do commercio, em cuja jurisdicção o devedor tem o seu **principal estabelecimento** ou casa filial de outra situada fóra do Brazil.<br>A fallencia dos commerciantes ambulantes e emprezarios de espectaculos publicos póde | Art. 7º É competente para declarar a fallencia o juiz em cuja jurisdicção o devedor tem o seu **principal estabelecimento** ou casa filial de outra situada fóra do Brasil.<br>A fallencia dos commerciantes ambulantes e emprezarios de | Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu **principal estabelecimento** ou casa filial de outra situada fora do Brasil. |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| casa; ajuntando o balanço exato do seu ativo e passivo [...], com os documentos probatórios (...). | (...). | circo e espectaculos publicos será declarado, pelo juiz commercial do logar onde se acharem. | ser declarada pelo juiz do commercio de onde forem encontrados. | espectaculos publicos póde ser declarada pelo juiz de onde forem encontrados. | |

E, na mesma linha, o art. 3º da Lei n. 11.101/2005 estabelece que "[é] competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do **principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil** [grifamos]." É realmente curioso como, mesmo diante da (longa) manutenção do conceito de *principal estabelecimento* nas diversas leis e decretos que trataram da matéria, e mesmo tendo tal conceito jurídico indeterminado sido introduzido no ordenamento pátrio no século XIX, ainda estejamos, no início do século XXI, discutindo qual a interpretação que a ele deve ser dada. Boa parte desses elementos de continuidade nas normas sobre o tema, também são capazes de explicar a continuidade na prática e na cultura imersa nesse campo do direito.

Comparativamente em termos de estrutura, a norma passou a se configurar da seguinte forma:

| **Estrutura do Decreto-lei n. 7.661/1945** | **Estrutura da Lei n. 11.101/2005** |
|---|---|
| **14 títulos** | **8 Capítulos** |
| 1) Da caracterização e declaração da falência<br>2) Dos efeitos jurídicos da sentença declaratória da falência<br>3) Da administração da falência<br>4) Da arrecadação e guarda dos bens, livros e documentos do falido<br>5) Do pedido de restituição e dos embargos de terceiro<br>6) Da verificação e classificação dos créditos<br>7) Do inquérito judicial<br>8) Da Liquidação<br>9) Da extinção das obrigações<br>10) Das concordatas<br>11) Dos crimes falimentares<br>12) Das disposições especiais<br>13) Das disposições gerais<br>14) Das disposições transitórias | 1) Disposições preliminares<br>2) Disposições comuns à recuperação judicial e à falência<br>3) Da recuperação judicial<br>4) Da convolação da recuperação judicial em falência<br>5) Da falência<br>6) Da recuperação extrajudicial<br>7) Disposições penais<br>8) Disposições finais e transitórias |

Ou seja, se em relação ao tema falimentar pouco se viu de mudança na cultura jurídica do direito comercial – ao não se passar mais poderes ao mercado para a solução desse estágio juridicamente terminal da atividade empresária em crise –, em relação aos capítulos das *recuperações* empresariais a mudança normativa é sensível.

A partir da Lei n. 11.101/2005, o tratamento que de fato passou a ser novidade foi incluir a ideia de *crise* no direito comercial e seu tratamento normativo. Essa novidade se apresentou por meio do art. 47, de acordo com o qual "[a] recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do **devedor [empresário ou sociedade empresária]** (...)", do art. 105, que estabelece que "[o] **devedor** [idem destaque acima] em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, (...)" e de mudança ainda mais intensa de viés da abordagem da crise ao preceituar, no capítulo da recuperação extrajudicial, que "[o] **devedor** que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei [requisitos para o pedido de recuperação judicial] **poderá propor** e **negociar com credores** plano de recuperação extrajudicial" (art. 161), sendo certo, ainda, que o legislador deixou abertas ao devedor e seus credores outras formas de renegociação e de superação da crise, ao estabelecer que "[o] disposto neste Capítulo [da recuperação extrajudicial] não implica impossibilidade de realização de **outras modalidades de acordo privado** entre o **devedor** e seus **credores**" (art. 167).

Essa mudança não é óbvia, sobretudo diante do fato de que, durante a vigência do Decreto-lei n. 7.661/1945, a possibilidade de propositura de renegociação e reestruturação poderia ser interpretada como um *ato de falência*, passível inclusive de fundamentar um pedido de falência contra aquele que iniciasse tal procedimento de renegociação. Especificamente, o art. 2º dispunha que "**[c]aracteriza-se**, também, **a falência**, se o **commerciante**: (...) III - **convoca credores** e lhes **propõe dilação**, **remissão de créditos** ou **cessão de bens**; (...)."

A alteração de eixo da possibilidade de negociação pelos agentes de mercado, da forma como introduzida pela Lei n. 11.101/2005 é impactante sobre a dinâmica da prática. Evidentemente uma prática também se iniciou antes da promulgação da lei de 2005, especialmente em relação a grandes concordatas (casos Mappin, Arapuã, dentre outras) que já vinham, por meio de decisões judiciais, buscando composições entre credores para deliberar sobre planos de concordatas que não se enquadrariam estritamente na forma preconizada pelo legislador de acordo com as disposições do decreto então em vigor, mas, como dito, estavam ainda integralmente sob a batuta do Judiciário para comandar as negociações, as propostas de reestruturação, bem como as formas de apresentação de tais planos alternativos de concordatas; contudo, esse protagonismo do Poder Judiciário no processo de reestruturação da atividade empresarial não foi a opção adotada pelo legislador quando da conclusão dos trabalhos para a promulgação da lei de 2005.

Todos esses elementos nos levam à terceira parte deste texto, que busca compreender uma teoria geral aplicável aos novos institutos de *direito recuperacional* trazidos ao direito brasileiro com tal lei. Interpretar e aplicar a solução jurídica sob a perspectiva desse *direito recuperacional* significa, na prática, uma mudança de viés no direito comercial brasileiro, sobretudo se se entender que dentre os mecanismos oferecidos pelo Estado por meio da Lei n. 11.101/2005, haveria uma ruptura com o papel de protagonismo do Judiciário, tornando-o coadjuvante nos casos das *recuperações* e atribuindo às partes (credores e devedores) a legitimidade para conduzir com a maior liberdade possível suas negociações a serem consolidadas por meio dos respectivos planos de recuperação.

Não obstante a proposta apresentada pela então nova lei, a dificuldade que novos entrantes sofrem ao tentar iniciar suas operações em novas áreas da vida capitalista pode também ser percebida quando uma nova lei se apresenta sob um viés de ruptura, especialmente em situações em que não tenha havido efetivamente um aprofundamento das discussões e da educação do Estado e dos operadores envolvidos no dia-a-dia para a aplicação dos novos institutos. Sob essa forma de implementação precária, a ruptura acaba por tomar características conjunturais e não consegue se implementar integralmente, sendo certo que, em essência, a ruptura deveria produzir efeitos de mudanças estruturais.

## 1 Uma proposta de abordagem sobre os institutos recuperacionais que lidam com o tema do direito da empresa em crise no direito brasileiro

Com o objetivo de se estabelecer distinções entre o Decreto-lei n. 7.661/1945 e a Lei n. 11.101/2005 que buscamos expor nos itens anteriores, fica ainda mais clara a tentativa do legislador de criar nova realidade de reestruturação, inclusive por meio da mudança do uso de determinados termos. Um exemplo inicial pode ser feito por meio da análise do termo *concursal*, acerca dos créditos que estão submetidos aos efeitos do procedimento, bem como do termo *extraconcursal* relacionado aos créditos que não estão sujeitos à mesma ordem de pagamento daqueles outros créditos no procedimento *falimentar*. Nesse sentido, um crédito é considerado concursal quando está submetido a um concurso de credores que concorrem pelo recebimento do produto da liquidação do patrimônio remanescente do falido; um crédito é extraconcursal quando tem prioridade no pagamento, antes do início do dito concurso de credores.

No que se refere ao regramento da recuperação judicial da Lei n. 11.101/2005, o único momento em que esses termos são utilizados é aquele no qual há referência ao tratamento dos créditos em caso de convolação de um procedimento de recuperação judicial em *falência*. De fato, o art. 67 dispõe que "[o]s **créditos** decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor **durante a recuperação judicial**, (...), **serão** considerados **extraconcursais**, **em caso de decretação de falência**, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 (...)". Ou seja, pela norma, já se apresenta uma absoluta diferença ao demonstrar o conceito de que o procedimento *recuperacional* não é um procedimento de concurso de credores. Em mesmo sentido, quando trata dos créditos em tal procedimento (art. 49) a terminologia utilizada na mesma Lei n. 11.101/2005 é *sujeição* ou *não sujeição* de tais créditos aos efeitos do procedimento da recuperação.

A coletividade de interessados (comumente identificada como os *stakeholders*) formada para fins do procedimento da recuperação judicial não concorre entre si, com uma ordem de preferência ou de prioridades, para disputar o patrimônio do devedor, mas vota para se manifestar acerca das condições de pagamento propostas no plano de recuperação judicial, sendo que, se uma classe tiver condições mais vantajosas, mas ainda assim fizer sentido um recebimento em condições menos favoráveis, a votação seguirá normalmente e o plano poderá ser aprovado.

Ainda em relação ao uso da locução *direito concursal*, *legislação concursal* e outras expressões similares que nos remetem à ideia de *concurso*, a bibliografia brasileira tem a tendência de se valer daquele longo processo de continuidade histórica para aplicar esses conceitos de direito falimentar, ao direito recuperacional. Ainda que alguns autores se valham da locução *direito recuperatório*[17] o termo concursal volta a tomar o papel principal por ser tratado como definidor de toda a matéria abordada pela Lei n. 11.101/2005[18]. Curioso que, não obstante essa percepção inicial é comum também o reconhecimento pela bibliografia de que a proposta dos modelos de *recuperações* em nada se assemelham às disposições anteriormente apresentadas pelo legislador brasileiro[19].

Tendo como premissa o argumento de que o legislador não utilizou as palavras em vão, esses termos específicos podem revelar mais sobre uma tentativa de mudança de política pública sobre o tema da crise empresarial, sem que, contudo, a cultura jurídica brasileira sobre o tema tenha sido capaz de absorver por completo e assimilar a tentativa de ruptura com o padrão *concursal* que até então existira.

Essa mudança terminológica é relevante para se compreender que deve haver liberdade de negociação entre as partes no âmbito de um processo de recuperação judicial, com baixa interferência do Estado, via Poder Judiciário, sobre o que se decidir acerca da forma de reestruturação do devedor, cabendo ao mercado a atribuição desse mecanismo de decisão, com base na realidade de cada um dos casos que são enfrentados ao abrigo da Lei n. 11.101/2005.

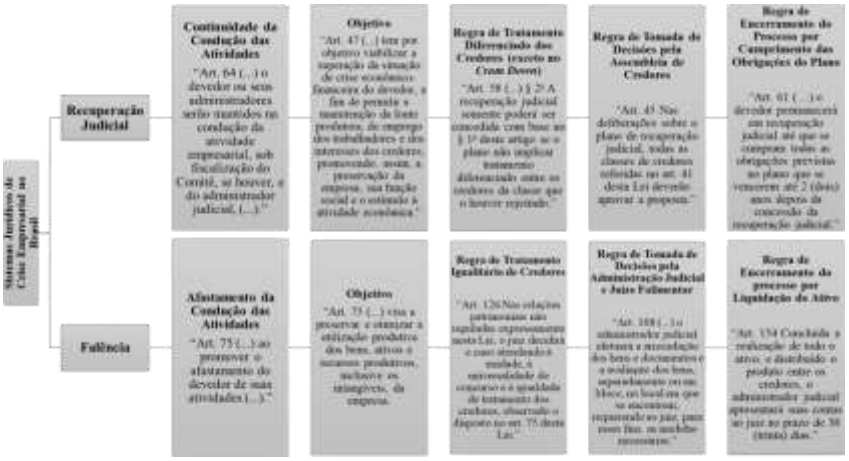
A mudança do uso da terminologia pode nos revelar cores mais fortes sobre a nova proposta de abordagem jurídica da crise econômico-financeira. Para elucidar essas mudanças, proponho também a visualização do seguinte quadro:

---

[17] SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência*: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017, p. 35.

[18] Idem ibidem, no original: (...). No Capítulo 1, serão examinadas as noções introdutórias à crise empresarial, os antecedentes históricos dos regimes **concursais** e a trajetória legislativa brasileira até o advento da Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência – „LREF"). (...). Finalmente, no Capítulo 4, será a vez de examinar as questões relacionadas à aplicação da LREF, quais sejam, a competência para processar e julgar as ações **concursais** e os consequentes conflitos de competência, os impactos dos regimes recuperatórios e falimentar em arbitragens envolvendo o devedor, a intervenção do Ministério Público e a publicidade legal, bem como a regência supletiva da legislação **concursal** pelo Código de Processo Civil. (grifamos)" E na mesma linha o termo concursal segue como parte do fundamento para a apresentação da teoria geral da recuperação judicial dos autores (p. 38 a p. 73). Também entendem que os procedimentos *recuperacionais* estão contidos no grupo do *direito concursal* **Paulo Fernando Campos Salles de Toledo** e **Adriana Valéria Pugliesi** (TOLEDO, Paulo F. S. C.; PUGLIESI, Adriana V. A Preservação da Empresa e seu Saneamento. *In:* BEZERRA FILHO, Manoel Justino [*et al.*]. *Recuperação Empresarial e Falência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 79). Em trabalho de análise sobre "eficiência" dos princípios da lei – apesar da ausência de análise de dados comparativos para se estabelecer uma eficiência se comparado a algo –, também definindo que "...durante o processo concursal, expressão que se adota para se referir tanto à recuperação judicial quanto à falência...(grifamos)" Bruno Marques Bensal também se vale de tal terminologia (BENSAL, Bruno Marques. Recuperação Judicial e a Eficiência da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 10, p. 229, jul./ago. 2015,); dentre outros trabalhos publicados sobre o tema em que os autores usam o termo *concursal* indistintamente entre a falência e os procedimentos recuperacionais.

[19] SCALZILLI, João Pedro; *et al*. *op. cit*. 2017, p. 76.




Nesse novo eixo de um microssistema recuperacional criado no âmbito da Lei n. 11.101/2005, o Estado brasileiro apresentou uma escolha de política pública que indica uma orientação maior à liberdade das partes (credores e devedores, especificamente) para negociarem e, em um ambiente de deliberação por maioria, obrigar os dissidentes a aceitar o plano de reestruturação.

Esse procedimento se apresenta sob uma forma própria, com normas cogentes e princípios que também lhe são próprios e que se diferem do procedimento e daqueles aplicáveis ao direito falimentar, bem como diferem integralmente do procedimento anteriormente adotado em relação às concordatas do decreto. Em primeiro lugar a regra é que o devedor, seja ele empresário, seja sociedade empresária, permanece na condução das atividades empresariais (passaremos a usar este termo em substituição à locução atividade comercial).

Conforme o disposto no art. 64, o devedor permanecerá na condução das atividades e, caso incida em alguma das hipóteses das infrações previstas no rol do mesmo artigo, estará sujeito à ordem judicial de destituição dos administradores (administradores de sociedades empresárias limitadas ou diretores/conselheiros de sociedades anônimas), sendo que, para a substituição dos administradores destituídos, o procedimento **não** será determinado pelo juízo, mas deverá se dar nos exatos termos dos atos societários da sociedade empresária devedora ou conforme conste no plano de recuperação judicial (parágrafo único do art. 64).

Caso o devedor afastado por qualquer das infrações do art. 64 seja um empresário individual, opera-se então o afastamento nos termos do art. 65, com a nomeação do administrador judicial para que conduza a atividade. Este caso é mais simples, pois nos próprios termos dos arts. 966 a 968 do Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002), não há a criação de personalidade jurídica própria ao empresário individual, confundindo-se, inclusive, com a própria pessoa natural. O que é efetivamente muito diferente do caso das sociedades empresariais com regime de personalidade jurídica próprio.

Ato contínuo, o objetivo do *direito recuperacional* é viabilizar os mecanismos para a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, bem como manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores, dos interesses dos credores e, ao atingir tais objetivos, preservar a empresa (no sentido de atividade), sua função social e promover o estímulo à

atividade econômica. Esse objetivo concentrado, apesar de extremamente amplo e aparentemente benéfico para todos, é uma escolha política e que, na prática, se traduz de diversas formas, nem sempre baseado em todos os pilares que permeiam essa disposição expressa por meio do art. 47[20], ainda sob a condução do devedor. Esse é um eixo propositivo diferente daquele expresso no art. 75 para o cenário da falência.

Para tanto, em regra, o devedor apresentará um plano, após o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial, em que estabelecerá a nova forma capaz de reestruturar as obrigações até então contraídas com seus credores. Esse plano é exclusivamente proposto pelo devedor, mas deverá ser aceito pelos credores. Caso haja alguma objeção ao plano, então os credores deverão se reunir em assembleia geral de credores e deliberar, por maioria ou por maioria qualificada (*cram down*) acerca da aprovação (concessão da recuperação judicial) ou rejeição (falência do empresário ou sociedade empresária).

Essa estrutura assemblear em nada se confunde com a estrutura das assembleias societárias[21], mas é marcada por um viés assemblear *democrático* de reflexo da vontade da maioria ou da maioria qualificada[22]. Nesse contexto, o legislador não impôs limites além daqueles que o próprio direito já tutela em relação ao direito material e ao direito processual. Apenas em relação aos créditos trabalhistas sujeitos à recuperação, que deverão ser pagos dentro de certos limites temporais definidos no art. 54, é que houve uma interferência expressa do Estado quanto ao prazo de pagamento de tais créditos. Neste ponto já podemos identificar que, da forma como confeccionada a Lei n. 11.101/2005, optou-se por não aplicar a regra inserida no direito brasileiro desde o século XIX de tratamento igualitário entre credores do concurso de credores, da mesma forma como aplicada aos casos de falência.

Justamente, por entender que o plano, para que obtenha aprovação, dependeria da deliberação da maioria ou da maioria qualificada, teria de ser capaz de compor com esses grupos heterogêneos, ainda que propondo pagamentos ou cumprimento de obrigações de modo distinto entre os credores das classes votantes. A partir daqui, já que a aprovação do plano depende dessa concordância dos credores sujeitos ao procedimento, caso credores com maior expressão econômica concordem com o tratamento diferenciado de credores mais numerosos, a validade da deliberação assemblear estaria em consonância com o objetivo do instituto do direito recuperacional, pois houve a concordância dos credores sujeitos com tais distinções de tratamento. Ao fim, para a homologação da decisão assemblear, caberá ao Judiciário apenas o controle de legalidade[23] sobre as

---

[20] Para um debate sobre essas funções dispostas sobretudo no art. 47, sugiro: BARCELOS, Guilherme Bier. A Função da Lei de Recuperação e de Falência no Sistema de Direito Privado Brasileiro. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 4, abr./jun. 2017.

[21] Sobre algumas das diferenças entre as assembleias societárias e as assembleias de credores sugiro a seguinte leitura: SATIRO, Francisco. Autonomia dos Credores na Aprovação do Plano de Recuperação Judicial. *In:* CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de *et al* (Coord.). *Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 107–113.

[22] SIMÃO FILHO, Adalberto. Interesses Transindividuais dos Credores nas Assembléias-Gerais. *In:* DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). *Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 33-34.

[23] Com algumas ressalvas em relação ao quanto defendido neste texto, sugiro a leitura de: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade.

condições do plano e sobre o ocorrido no âmbito da Assembleia Geral de Credores, sem interferir nos aspectos econômicos e negociais, mas apenas sobre legalidades, em linha com os fundamentos que são exigidos do juízo nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil.

O objetivo da criação de classes se deu não para a definição das formas de pagamento, mas para a deliberação acerca do plano. Divididos em quatro classes, em regra por maioria em cada uma delas, podem os credores aprovar o plano que entenderem melhor se adequar à realidade à qual estão submetidos. Este é um corolário do direito brasileiro de subsunção do fato à norma: credores e devedores, com relacionamento empresarial mais longo do que o breve momento em que o Judiciário tem conhecimento da existência de ambos, deliberam sobre a reestruturação das atividades empresariais em crise.

Ainda nesse contexto de formação (um *cacófato* proposital neste texto) de classes, optou também o legislador por criar uma classe específica para compor os créditos com privilégio especial, privilégio geral, quirografários e subordinados. Todos votando em conjunto e sem distinção, ainda que haja o tratamento diferenciado entre eles ou entre os diversos grupos de credores que compõem essa classe.

A máxima constitucional dos direitos e garantias constitucionais, insculpida no art. 5º e, neste caso, no inciso II ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei") ganha espaço também quando o legislador decidiu tolher o direito ao tratamento diferenciado apenas caso a aprovação do plano se dê pela maioria qualificada (*cram down*), nos termos dos §§1º e 2º do art. 58[24]. Neste caso, na classe em que houve a rejeição por maioria, mas que houve aprovação de mais de 1/3 (apurado na forma da classe definida no art. 45), não pode haver tratamento desigual entre esses credores dessa classe especificamente. Não por um princípio de *par conditio creditorum* (princípio de tratamento igualitário de credores)[25], mas para não haver uma manipulação do

---

*Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 60, p. 307, abr. 2013. Com uma análise de precedentes e pontos mais convergentes ao que está defendido neste texto, sugiro: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Poder dos Credores e o Poder do Juiz na Falência e Recuperação Judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 936, p. 47, out./2013. Outra análise que também identifica a limitação do Judiciário sobre a interferência nos planos de recuperação judicial pode ser lida em: MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os Limites do Poder Jurisdicional na Apreciação do Plano de Recuperação Judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 36, p. 184, abr./2007.

[24] Sobre críticas ao modelo escolhido pelo legislador brasileiro para o quórum qualificado ou *cram down*, um debate pode ser discutido sob a perspectiva exposta no seguinte texto: ROMA, Bruno Marques Bensal. Par Conditio Creditorum, Cram Down e o Princípio da Preservação da Empresa: a Recuperação Judicial às Avessas No Direito Brasileiro. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 11, p. 381-403, set./out. 2015.

[25] Não obstante esta afirmação, não se ignora o fato de a bibliografa brasileira é praticamente uníssona em defender que tal princípio se aplica também no campo do *direito recuperacional*. Nossa proposta, neste texto, é que essa é *uma* interpretação de longa duração e tradição do *direito falimentar* que acabou se incorporando inapropriadamente ao *direito recuperacional*, justamente por essa característica longeva e pela ruptura que se
buscou trazer ao campo do direito da empresa em crise no Brasil, sem a devida educação para a introdução de tal ruptura. Tal princípio é norma cogente, sobretudo nos termos do art. 126 da Lei n. 11.101/2005, presente no capítulo exclusivo da falência, mas considerada – inapropriadamente – como um princípio aplicável ao processo de recuperação judicial e recuperação extrajudicial, sem que seja possível estabelecer qual dispositivo legal permitiria tal interpretação principiológica, pois a previsão no capítulo das recuperações vai justamente em sentido contrário, ou seja, no sentido de permitir o tratamento diferenciado (pelo disposto no art. 58, §2º da mesma lei). Nesse sentido de defesa da aplicação do princípio vide SCALZILLI, João Pedro;

quórum de aprovação em uma situação excepcional em que a maioria é a qualificada e extraordinária. No caso da votação ordinária, conforme o art. 45, em nada há legalmente (ou até pelos princípios que defendemos como aplicáveis ao direito recuperacional brasileiro) de impedimento para que haja diferenciação no tratamento dos credores e isso está em linha com as demais disposições que geram essa ruptura entre o *direito recuperacional* e o *direito falimentar*. Isso nos indica, portanto, uma ruptura com a tradição do tratamento igualitário de credores insculpido no direito falimentar, permitindo, no caso do direito recuperacional, em situações de aprovação ordinária (sem *cram down*), que não se seja aplicado o princípio de *par conditio creditorum*, complementado pela ausência de qualquer forma de prioridades de pagamentos e ausência de um concurso com uma ordem de preferência (uma ausência de uma *priority rule* no direito recuperacional brasileiro).

Essa base também é corroborada ao se analisar o formato escolhido pelo legislador para a incorporação da aprovação via quórum qualificado, também muito relacionada pela bibliografia e pela prática, com o instituto do *cram down* previsto no direito estado-unidense. Não obstante as constantes correlações entre a legislação brasileira e a estado-unidense, temos de ter em consideração que o legislador brasileiro não importou ou simplesmente copiou as disposições de uma lei estrangeira, fazendo uma "má adaptação" ou uma "tradução ruim", mas sim estabelecendo uma política pública própria do Estado brasileiro acerca da matéria. No caso do quórum qualificado para a homologação extraordinária de planos de recuperação e concessão da recuperação, o legislador brasileiro seguiu uma linha quantitativa e qualitativa. Quantitativa ao se notar que os três primeiros critérios estabelecidos dizem respeito a: (1) aprovação por mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; (2) aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45 da Lei n. 11.101/2005 ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas – sendo que, a Lei Complementar 147/2014 não alterou estas disposições e passou-se a adotar, majoritariamente, a interpretação de que, em havendo quatro classes, os critérios são de ao menos duas aprovando na forma do art.45 e as outras duas aprovando com mais de 1/3 nos termos do art. 58, §1º; e (3) na(s) classe(s) em que o houver rejeição, o voto favorável de mais de 1/3 dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45. E qualitativo, nos termos do §2º do art. 58, ao se estabelecer que o plano não pode implicar tratamento diferenciado entre os credores da(s) classe(s) que o houver rejeitado. Todos critérios cumulativos e que, para a política pública adotada pelo Brasil, se traduzem de modo ainda mais claro em uma tentativa de mudança significativa na interferência do Estado sobre os interesses heterogêneos entre os credores e devedores que estiverem sob o processo de recuperação judicial. Não há qualquer relação entre a posição melhor de crédito em um cenário de falência *versus* as decisões tomadas para a aprovação ou rejeição de um plano de recuperação judicial dentre os critérios estabelecidos para a concessão, como se vê no direito estado-unidense. Há sim mecanismos para se evitar interesses egoísticos ou oportunistas, seja de devedores, seja de credores, permitindo que o objetivo disposto no texto legal seja alcançado.

---

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência*: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017, p. 90.

Ou seja, os atuais *cram down* e direito da empresa em crise brasileiros não podem ser comparados de modo linear com o de outros Estados, tampouco podem ser lidos simplesmente sob a base da cultura de longa duração que permeou a história do direito comercial do Brasil. Há elementos de rupturas e de mudanças, tanto da economia, quanto das políticas adotadas pelo Estado até então, que devem ser levadas em consideração antes de se acusar um transplante precário ou incompleto da legislação estrangeira para o direito brasileiro.

Ato contínuo, a regra das deliberações no ambiente recuperacional se dá por meio de assembleias de credores, enquanto no ambiente falimentar, pela história de longa duração que vimos, fortemente marcada pela política adotada pelo Estado por meio do Decreto-lei n. 7.661/1945, a regra de deliberações se dá por meio do Poder Judiciário, via o próprio juízo falimentar (conjuntamente com a administração judicial).

A estrutura falimentar é concursal embasada em um edital, materializada com a formação de uma concorrência estabelecida nos termos do quadro geral de credores, e efetivamente se concretiza sob a forma de um concurso de credores convocados pelo edital que estabelece uma ordem de prioridades de pagamentos e que aguardam a liquidação do ativo do devedor falido para que tenham receber todo ou, ao menos, parte de seu crédito.

A estrutura recuperacional não depende da homologação do quadro geral de credores para seguir seu ritmo de escolha do plano de recuperação e é negocial e impositiva pela vontade da maioria ou da maioria qualificada em um ambiente assemblear; ou seja, não é estabelecida com prioridades de pagamento, tampouco por meio de um edital que determina quem concorre para receber algo decorrente da decretação da falência, e não se caracteriza em um concurso para a satisfação de créditos, contra a liquidação dos ativos do devedor falido.

Os ativos do devedor em recuperação, sob os termos jurídicos do direito brasileiro, não são uma garantia real ao pagamento de todos os credores, salvo se assim ficar definido no plano de recuperação. Essa afirmação teórica também condiz com a prática, ao menos pelo estudo quantitativo e qualitativo realizado sobre os processos de recuperação judicial no estado de São Paulo. Especificamente sobre a venda de ativos por meio de leilão, bem como venda de unidades produtivas isoladas (UPIs), pelo levantamento entre janeiro de 2010 e julho de 2017, foram analisados 290 planos de recuperação judicial aprovados e homologados por juízos de primeira instância, sendo que, em tal estudo, foi observado que apenas em apenas trinta e seis casos, ou seja, 12,4%, havia a previsão de leilão para a venda de ativos; complemente-se também que o fato de haver a previsão de venda de ativos, não implicou em ausência de propostas de outras opções de pagamento[26]. Ora, se a liquidação de ativos não é a tônica dos planos aprovados, ao menos no estado de São Paulo e ao longo do período de praticamente sete anos de vigência da Lei n. 11.101/2005, não há como se concluir que os ativos do devedor estão dados em garantia aos credores sujeitos ao procedimento recuperacional. Por outro lado, é possível afirmar que a capacidade

---

26 WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. *Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª fase do observatório de insolvência*. SSRN, 26 abr. 2019, p. 38-41. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3378503. Acesso em: 25 jul. 2019.

de geração de caixa e de continuidade das atividades é que é o motor para o pagamento dos créditos e da aprovação de planos de recuperação judicial.

Nesse mesmo sentido de negociação coletiva e democrática há o benefício do período de suspensão das ações e execuções tanto para os credores (pois interesses egoísticos de credores não se sobreporão àqueles interesses dos credores interessados na negociação coletiva), quanto para os devedores (pois poderão se organizar evitando movimentos expropriatórios ou constritivos que afetem seu caixa e seus ativos), de modo que iniciativas individuais não poderão ser adotadas e, com isso, o procedimento poderá seguir de modo organizado para a manifestação de vontades sujeita aos princípios do direito recuperacional. Neste caso, mesmo aqueles credores dissidentes, estão sujeitos à deliberação da maioria, sobretudo em linha com essas características democráticas mencionadas anteriormente.

Outra novidade no quesito das classes, que marca uma ruptura com as leis anteriores, é que os credores com garantia real (especificamente hipoteca, penhor e anticrese), agora são sujeitos ao procedimento recuperacional e também ao procedimento concursal, em caso de falência, sendo que, desde o século XIX, sempre foram considerados como créditos extraconcursais no procedimento falimentar, bem como não reestruturáveis no procedimento concordatário.

Quanto à interferência do Poder Judiciário sobre as atividades do devedor em recuperação judicial, foi criada uma restrição que se coloca à disposição para venda e oneração dos ativos não-circulantes (*ativo permanente* conforme ainda utilizado pelo texto legal, à revelia das alterações trazidas pela Lei n. 11.638/2007 e da Lei n. 11.941/2009). Essa restrição é bem específica para salvaguardar o procedimento recuperacional de atividades que sejam estranhas ao objeto social do devedor em recuperação até a aprovação do plano de recuperação, pois tal restrição poderá ser superada caso haja a previsão de alienação e oneração desses ativos no plano de recuperação, novamente atribuindo aos credores a prerrogativa de decidir e autorizar o devedor e não ao Poder Judiciário a dispor de seu ativo não-circulante, conforme disposto no art. 66 da Lei n. 11.101/2005.

Ou seja, há a restrição de disposição ao menos até a aprovação do plano de recuperação, pois, neste instrumento, o devedor poderá fazer previsões de disposição para alienação ou oneração desses ativos e, a partir dali, não caberá ao Judiciário autorizar ou não a superação das restrições de disposição. Esse formato de disposição é completamente distinto na situação falimentar.

O encerramento dos procedimentos da recuperação e da falência também é completamente diferente. Enquanto na falência o encerramento depende da liquidação dos ativos da massa falida e pagamento do concurso de credores (ainda que do "concurso" dos créditos extraconcursais, pela estrutura da ordem de pagamento dos arts. 151, 85 e 84), a recuperação deveria se encerrar, ao fim do período de supervisão do plano (art. 61), pelo cumprimento de todas as obrigações até o fim de tal período. Ou seja, cumprir o plano, durante o período de supervisão judicial, leva ao encerramento do processo com continuidade dos efeitos do plano de recuperação, caso assim tenha sido definido quando da concessão da recuperação judicial (homologação do plano de recuperação pelo juízo).

Com esses elementos, pelo que se pode depreender, o objetivo da política pública acerca do *direito recuperacional* foi diminuir o papel do Estado e do poder público na interferência das relações creditícias *lato sensu* entre as partes.

Diferentemente do *direito falimentar* em que a interferência ainda é extremamente marcante e os limites são muito mais estreitos.

Essa proposta de abordagem orienta a formação de algumas respostas a partir do próprio microssistema do *direito recuperacional*, conforme criado pela Lei n. 11.101/2005.

O sistema é efetivamente um sistema novo e de ruptura com a longa tradição do direito relacionado à crise econômico-financeira, pois diferentemente de outras disposições legislativas, não requer o decreto da falência para início do procedimento, tampouco impõe restrições sobre as formas e prazos de pagamento. É efetivamente uma escolha de política pública do Estado. Uma escolha que é específica do caso do direito brasileiro e que, se comparada com outros Estados, tem suas semelhanças e suas diferenças, mas que não significa que foi algo simplesmente importado e transplantado precariamente, o que não é novidade, é algo constatado em relação às diferentes jurisdições – diferentemente de outros assuntos jurídicos, como o ramo dos direitos humanos ou do direito penal, em que diferentes jurisdições têm tratamentos similares, apesar das diferenças de economias e culturais[27].

Da mesma forma, quando se leva em consideração a perspectiva comparativa com outras jurisdições, de um modo geral, os trabalhos tendem a se concentrar nas vicissitudes que originaram as próprias variações em meios às leis de cada um dos diferentes países, pois, mesmo internamente, as histórias não são lineares[28] e contemplam escolhas das políticas públicas que influenciam fortemente as leis falimentares e de enfrentamento da crise econômico-financeira da atividade empresarial. O caso estado-unidense mesmo não pode servir como referência única para a alegação de que o Brasil simplesmente tentou importar as previsões do *Chapter XI* e o fez de um modo inadequado à realidade brasileira, pois a Lei n. 11.101/2005 se assemelha em alguns aspectos, porém difere radicalmente em outros. Um bom exemplo é o dever do Judiciário, ao lado dos *trustees* (geralmente traduzidos como *administradores judiciais*, mas que também não exercem as mesmas funções), de realizar a análise econômica dos planos de reestruturação[29], o que considera, inclusive, a formação acadêmica e prática dos juristas, operadores do direito e dos juízes que lidam com a matéria. A formação do direito falimentar e reorganizacional estado-unidense é toda marcada pelas próprias escolhas internas daquele Estado, sobretudo ao se trabalhar a partir de uma lei federal sobre as matérias, diferentemente do que ocorre com o direito societário ou direito

---

27 Especificamente em relação ao tema falimentar, para uma comparação dos diferentes casos europeus, também num momento de amadurecimento das leis de falência: HAUTCOEUR, Pierre-Cyrille, MARTINO, Paolo Di. Bankruptcy Law and Practice. In: Historical Perspective: a European Comparative View *(1880 – 1913)*. *UK: University of Birmingham*, 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1639469. Acesso em: 10 jun. 2019.

28 FLESSNER, Axel. Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview. *In:* ZIEGEL, Jacob S. (Org.). Current developments In: *International and comparative corporate insolvency law*. Oxford: Clarendon, 1994.

29 WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policymaking. In: An Imperfect World. *Michigan Law Review*, v. 92, n. 336, p. 352, 1993.

processual civil, cuja competência é estadual, e que não se confundem com as escolhas políticas no Brasil[30].

Justamente diante de todas essas vicissitudes e da própria diferença na formação do jurista brasileiro é que a proposta aqui apresentada é de se tentar buscar um debate pelo viés da formação desse campo do direito comercial brasileiro, de modo que seja possível compreender com outro olhar, a própria formação e aplicação da teoria geral de um *direito recuperacional* próprio do Brasil e que revela um caminho distinto daquele adotado por outras jurisdições. A busca por essa medida própria e local inclusive tende a auxiliar numa menor interferência do Poder Judiciário sobre as questões relacionadas aos mecanismos normativos de reestruturação, pois, pela própria estrutura proposta pelo legislador, um dos objetivos da dinâmica das renegociações é atribuir maior liberdade aos credores e devedores para que possam compor seus interesses e um ambiente democrático em que dissidentes tenderão a ser obrigados a aceitar os planos de recuperação, seja em número de credores ou em valor dos créditos presentes nas respectivas assembleias ou signatários dos planos *pré*-aprovados (recuperação extrajudicial).

A dificuldade de se aceitar o novo, como é o caso dos procedimentos recuperacionais atuais, precisa ser superada, mesmo com a grande dificuldade da própria formação daqueles que estão inseridos na prática, sobretudo diante do fato de que a maior parte dos formadores de opinião foi formada academicamente e na prática ainda sob a égide do Decreto-lei n. 7.661/1945. A mudança realmente é brusca e foi apresentada sem a devida educação que poderia formar conhecimento e, a partir disso, transformar a realidade.

Não obstante tal entrave, uma vez que a experiência deste início de século XXI tem se demonstrado confusa e com um índice altíssimo de interpretações distintas sobre mesmos assuntos, a formação de uma teoria geral do direito recuperacional ou do direito da empresa em crise e das bases adequadas para a compreensão do novo, são fundamentais para que o instituto jurídico e a economia capitalista possam conviver de um modo mais próximo da realidade e, com isso, serem capazes de apresentar soluções efetivamente condizentes com os problemas que levaram à crise da atividade empresarial.

## Conclusão

Um problema que destacamos está intimamente ligado à própria formação dos operadores do Direito ligados à matéria, pois, a análise e aplicação da Lei n. 11.101/2005 evidentemente não se iniciou a partir daqueles formados na cultura jurídica iniciada com tal lei, mas sim a partir daqueles formados por uma cultura cuja história de longa duração se demonstrou muito sedimentada nas bases que vimos nos tópicos 1 e 2 deste texto.

Na parte 3 o objetivo foi indicar que há diferenças normativas significativas entre os modelos de tratamento jurídico da crise econômico-financeira da atividade empresarial no Brasil e que isso requer a fundação de um ramo próprio ligado a um

[30] Para um aprofundamento sobre o tema do debate político da formação das diversas leis norte-americanas: WARREN, Elizabeth. *op. cit.*, 1993; e MILLER, Harvey R., WAISMAN, Shai Y. Does Chapter 11 Reorganization Remain a Viable Option for Distressed Business for the Twenty-First Century. *American Bankruptcy Law Journal*, v. 78, 2004.

*direito recuperacional* que não esteja intimamente ligado ao *direito falimentar*[31], pois o direito comercial apresenta instrumentos, regras e princípios distintos que são capazes de trazer soluções e debates também distintos para os casos enquadrados em um ou outro ramo. Ou seja, para que a ruptura efetivamente possa refletir uma política mudança de mudança do eixo de intervenção do Estado por meio do aparelho Judiciário, para que o mercado possa ter maior liberdade e autonomia para enfrentar a crise da atividade empresarial, a formação de bases para uma teoria geral do direito recuperacional é literalmente fundamental, sobretudo diante de um campo do saber jurídico muito carregado pela prática e pela própria dinâmica do mercado.

Ainda que surjam mais mudanças nas leis de falência neste início de século XXI, a prática tem demonstrado que o instituto recuperacional melhor se adequa à dinâmica da economia capitalista, porém o Estado, em especial por meio do Poder Judiciário, precisa ter esse olhar para a realidade e para a dinâmica das relações empresariais de um modo mais célere e menos intervencionista e, para isso, se estabelecer princípios e interpretações consolidadas são premissas fundamentais para a respostas devidas neste campo da prática jurídica. A insegurança jurídica de decisões completamente distintas para um mesmo assunto, como aquelas sobre liberação ou não de garantias fiduciárias, liberação ou não de terceiros coobrigados e outros garantidores, marco inicial para o pagamento dos credores trabalhistas, definição de bem de capital essencial para a atividade do devedor, definição de principal estabelecimento, possibilidade de tratamento diferenciado de credores, dentre outros assuntos que encontram muita divergência ao longo das diferentes jurisdições do Brasil, nos mostra que ainda há muito o que se desenvolver para a formação de uma maturidade mais consolidada sobre esses temas.

O debate para essa formação de uma teoria geral do direito recuperacional é importante também para que as interpretações desse microssistema nos diferentes estados brasileiros, bem como nas diversas instâncias do Judiciário, tenham maior coerência e previsibilidade, de modo que seja possível se estabelecer o grau de maturidade e resiliência da própria economia brasileira, evitando-se com isso o ostracismo do devedor e tornando possível efetivação de um modelo de reestruturação empresarial a partir da própria dinâmica do mercado em que estiver inserido o devedor em crise.

Esse é claramente um passo anterior às próprias mudanças que as leis podem sofrer, pois se sua aplicação prática dependerá daqueles que atuaram sob a batuta que dá o ritmo dos processos legais das empresas em crise, parece-nos pouco interessante alterar uma lei, sem que antes se tenha de modo claro qual é a política pública que se pretende estabelecer por meio de uma lei que tem vigência

31 "A recuperação judicial não é o fim da empresa, onde se busca a sua liquidação, mas a continuidade dos negócios por ela desenvolvidos. Essa continuidade da atividade empresarial traz o conflito entre o *tempo empresarial* e o *tempo do processo*, que raramente coincidem, não tendo o magistrado tempo para aguardar (ouvir) todos os interessados em muitos momentos, destacando-se o poder geral de cautela do magistrado e o princípio da instrumentalidade do processo." LAZZARINI, Alexandre Alves. Prefácio. *In:* LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais Alves; CALHEIROS, Paulo (Org.). *Recuperação de empresas e falência*: aspectos práticos e relevantes da Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 7.

por todo o território nacional e que interfere diretamente nas dinâmicas do mercado de crédito de uma importante economia capitalista global.

Como já dito, o direito e as alterações legislativas, em regra, não são capazes de criar a realidade. A mudança e as tendências de mudanças decorrem da prática e do passar das experiências humanas em sociedade. Compreender o contexto da formação do direito falimentar brasileiro, as opções pela maior concentração do papel do Judiciário e desenvolvimento de um papel de protagonismo dessa instituição (no Código Comercial o procedimento se iniciava pelos Tribunais do Comércio, na instituição que cuidava dos registros mercantis e que posteriormente veio a se tornar a Junta Comercial, para depois ser levado aos juizados municipais, cujas decisões poderiam ser confrontadas nos Tribunais da Relação), bem como os processos de ruptura entre os diferentes movimentos legislativos, que incluem aí a ideia de atribuição às partes e não ao Judiciário, os poderes e mecanismos para negociação, podem trazer informações e perspectivas que serão importantes para compreender os objetivos das diversas políticas públicas por meio do uso das normas relativas ao tratamento jurídico da atividade empresarial em crise e, com isso, estabelecer os fundamentos necessários para que tenhamos efetivamente uma teoria geral do direito recuperacional brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ALONSO, Manuel. Nova lei de falências. Estudos, comentários e sugestões ao Projeto de Lei 4.376-b/1993, da subemenda substitutiva de plenário, relator o ilustre deputado Osvaldo Biolchi, e PLC 71, de 2003, com o parecer do ilustre senador Ramez Tabet. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** V. 14, jul./dez. 2004.

BARCELOS, Guilherme Bier. A Função da Lei de Recuperação e de Falência no Sistema de Direito Privado Brasileiro. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, São Paulo, v. 4, abr./jun. 2017.

BENSAL, Bruno Marques. Recuperação Judicial e a Eficiência da Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa no Direito Brasileiro. ***Revista de Direito Empresarial*****,** São Paulo**,** v. 10, jul./ago. 2015.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino [*et al*.]. **Recuperação Empresarial e Falência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. 5. Coordenação Modesto Carvalhosa).

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O Poder dos Credores e o Poder do Juiz na Falência e Recuperação Judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 936, out./2013.

CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de [et al.] (Coord.). **Direito Empresarial e Outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FLESSNER, Axel. Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview. *In:* ZIEGEL, Jacob S. (Org.). **Current developments in international and comparative corporate insolvency law.** Oxford: Clarendon, 1994.

FONSECA, Humberto Lucena Pereira da; KÖHLER, Marcos Anto nio. **A Nova Lei de Fale ncias e o Instituto da Recuperac o Extrajudicial. Consultoria Legislativa do Senado Federal.** Brasília, abril 2005. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70483/texto%2022%20-%20Humberto_Fonseca%20e%20Marcos_Hohler.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 jul. 2019.

GORNATI, Gilberto. Ruptura e continuidade na história do direito comercial brasileiro: dos atos de comércio à teoria da empresa (1850-1970). **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 16, v. 59, jan./mar. 2013.

HAUTCOEUR, Pierre-Cyrille; MARTINO, Paolo Di. **Bankruptcy Law and Practice in Historical Perspective:** a European Comparative View (1880 – 1913). *UK:* University of Birmingham, 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1639469. Acesso em: 10 jun. 2019.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Plano de Recuperação Judicial: prazo de carência e descumprimento do plano de recuperação. **Revista dos Tribunais,** Rio de Janeiro, v. 4, mar./abr. 2014.

LAZZARINI, Alexandre Alves; KODAMA, Thais Alves; CALHEIROS, Paulo (Org.). **Recuperação de Empresas e Falência:** Aspectos Práticos e Relevantes da Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A formação do direito comercial brasileiro – criação dos tribunais de comércio do Império.** Relatório de Pesquisa apresentado ao Núcleo de Pesquisa em Direito e História da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Faculdade de Direito, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MANDEL, José Fernando; MANDEL, Julio Kahan. Da Urgência na Modernização da Lei de Falências. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 6, jul./dez. 2000.

MILLER, Harvey R.; WAISMAN, Shai Y. Does Chapter 11 Reorganization Remain a Viable Option for Distressed Business for the Twenty-First Century. **American Bankruptcy Law Journal,** v. 78, 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os Limites do Poder Jurisdicional na Apreciação do Plano de Recuperação Judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais,** São Paulo, v. 36, abr. 2007.

ROMA, Bruno Marques Bensal. Par Conditio Creditorum, Cram Down e o Princípio da Preservação da Empresa: a Recuperação Judicial às Avessas No Direito Brasileiro. **Revista de Direito Empresarial,** São Paulo, v. 11, set./out. 2015.

SANTOS, Eronides Aparecido Rodrigues dos. A Visão do Ministério Público na Recuperação e Falência: Dez Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa,** São Paulo, v. 3, jan./mar. 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência:** teoria e prática na Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Interesses Transindividuais dos Credores nas Assembléias-Gerais. *In:* DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). **Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SONKAJÄRVI, Hanna. A aplicação do Código Comercial brasileiro entre 1850 e 1860: análise das evidências de um caso de falência culposa. **Revista Tempo,** Niterói, v. 21, n. 37, 2015.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O Plano de Recuperação e o Controle Judicial da Legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 60, abr. 2013.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo Barbosa; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando. **Recuperação Judicial no Estado de São Paulo**. *2ª fase do observatório de insolvência*. SSRN, 26 abr. 2019. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3378503. Acesso em: 25 jul. 2019.

WARREN, Elizabeth. Bankruptcy Policymaking in an Imperfect World. **Michigan Law Review**, v. 92, n. 336, 1993.

# OS INSTITUTOS JURÍDICOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS E DA FALÊNCIA: uma análise a partir de uma perspectiva econômica e gerencial

**GUSTAVO HENRIQUE DE OLIVEIRA AMARAL**[1]
**ROY MARTELANC**[2]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O papel dos institutos de reorganização e de liquidação no âmbito das empresas em crise. 2. Os efeitos *ex-ante* dos institutos de reorganização e de liquidação no mercado empresarial. 3. Mecanismos de incentivo econômico para a solução preventiva da insolvência empresarial. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Diante de uma prolongada e severa crise político-econômica no país, e do consequente aumento do número de sociedades empresárias inadimplentes e de pedidos de recuperação judicial[3], a análise dos institutos jurídicos de reorganização e de liquidação empresarial ganha relevância. Os questionamentos quanto a real

RESUMO: A maior parte das pesquisas sobre insolvência corporativa analisa os institutos de reorganização judicial e de liquidação exclusivamente no âmbito das empresas em crise. Porém, argumenta-se que uma legislação de insolvência eficiente e eficaz deve considerar também os efeitos das normas e de sua aplicação sobre o mercado empresarial como um todo, em especial, sobre as decisões dos agentes econômicos vinculados às empresas que se encontrem em situação de normalidade. Neste contexto, exploram-se os procedimentos de recuperação judicial de empresas e de falência, sob uma perspectiva econômica e gerencial, evidenciando-se os efeitos antecedentes (efeitos ex-ante) sobre o mercado empresarial que as normas falimentares podem gerar e a importância de mecanismos de incentivo econômico para a solução preventiva da insolvência empresarial.
Palavras-Chave: Reorganização - Recuperação Judicial – Liquidação – Falência - Efeitos ex-ante.
Abstract: Most corporate insolvency research analyzes reorganization and liquidation proceedings in the context of insolvent business. However, we argue that an efficient and effective insolvency law must also consider the effects of the rules and its application in the entire business market, in particular regarding economic agents' decisions of non-insolvent business. Therefore, we explore the court-supervised reorganization and the bankruptcy proceedings from an economic and managerial perspective. We aim to highlight the ex-ante effects on business market which bankruptcy rules may generate and the importance of economic incentive mechanisms to foster preventive solutions of corporate insolvency.
Keywords: Reorganization - Court-supervised reorganization – Liquidation – Bankruptcy - Ex-ante effects.

[1] Administrador de Empresas e Advogado. Doutorando em Administração pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especialista em Direito de Empresa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Contato: ghoamaral@hotmail.com.

[2] Professor Doutor da Faculdade da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA/USP). Doutor em Administração pela Universidade de São Paulo – USP. Contato: rmartela@usp.br.

[3] Dados do Serasa Experian revelam que ao final do ano de 2018 havia 5,6 milhões de empresas inadimplentes no Brasil (em março de 2016, data de início da série histórica, o número de empresas com pagamentos em atraso era de 4,4 milhões). O total de recuperações judiciais requeridas entre 2015-2018 totalizou 5.978, ao passo que entre 2011-2014 o número de pedidos foi de "apenas" 2.974. Quanto aos procedimentos de falência, verificou-se maior estabilidade, tendo sido requeridas 6.802 entre 2015-2018 e 7.085 entre 2011-2014. SERASA EXPERIAN. *Indicadores Econômicos*. 2019. Disponível em <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>.

eficiência e efetividade destes institutos para o saneamento do mercado empresarial, por meio da manutenção das atividades econômicas viáveis e da eliminação das empresas inviáveis economicamente, reforçam-se diante de processos judiciais extremamente longos e onerosos[4] e de levantamentos iniciais que revelam a baixa taxa de sucesso do instituto da recuperação judicial no Brasil[5].

A maior parte das pesquisas sobre o tema explora e discute os institutos da recuperação judicial e da falência exclusivamente no âmbito das empresas em crise. Neste contexto, as pesquisas analisam variadas legislações de insolvência (como a lei 11.101/2005) a fim de verificar se suas normas se mostram adequadas às reais necessidades das empresas em dificuldade econômico-financeira, seja para a efetiva reabilitação da atividade econômica, seja para a eficiente liquidação dos ativos[6].

Entretanto, a análise com foco exclusivo nas empresas em dificuldade econômico-financeira ignora o potencial impacto da legislação de insolvência sobre as decisões dos vários agentes econômicos cuja atividade não se encontra em estado de crise. Um empresário individual ou um administrador de sociedade empresária, por exemplo, tomará decisões e atos de acordo com os incentivos e desincentivos estabelecidos nos sistemas jurídico, econômico e social no qual a atividade econômica é exercida. Dessa forma, a efetividade e a eficiência da legislação de insolvência não se limitam à análise dos efeitos sobre os casos das empresas em crise, mas também abrangem os efeitos sobre o mercado empresarial como um todo, em especial, sobre as decisões dos agentes econômicos vinculados às empresas que se encontrem em situação de normalidade.

Nesse contexto, o presente artigo pretende explorar, sob uma perspectiva econômica e gerencial, os procedimentos de recuperação judicial de empresas e de falência, considerando-se os efeitos *ex-ante* sobre o mercado empresarial. O intuito do trabalho é evidenciar os riscos de se ignorar na elaboração ou nas alterações de legislações de insolvência, assim como na análise dos institutos jurídicos, os efeitos antecedentes sobre o mercado empresarial que as normas falimentares podem gerar.

---

[4] JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento; MARTINS, Eliseu; MÁRIO, Eliseu Martins; CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, 20-48, 2017, p. 43-45; WORLD BANK. *Doing Business*: Brazil. 2019, p. 94.

[5] Os dados iniciais do número de empresas que concluíram o processo de recuperação judicial, com base em diferentes amostras no tempo, revelam uma taxa de sucesso que varia de 1% a 26%. JORNAL ESTADAO. *Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil*. 2013. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>; JORNAL ESTADAO. *Apenas um a cada quatro empresas consegue se recuperar judicialmente*. 2016. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/releases-ae,apenas-uma-a-cada-quatro-empresas-conseguem-se-recuperar-judicialmente,10000096626>; REVISTA EXAME. *Recuperação judicial no Brasil: as lições de quem sobreviveu*. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/revista-exame/recuperacao-judicial-no-brasil-as-licoes-de-quem-sobreviveu/>.

[6] LOPUCKI, Lynn M.; DOHERTY, Joseph W. Bankruptcy Survival. In: *UCLA Law Review*, Forthcoming; UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 14-11, 2014. WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics. In: *Michigan Law Review*, Vol. 107, Issue 4, 603-642, 2009. MILLER, Harvey R.; WAISMAN, Shai Y. Does Chapter 11 Reorganization Remain a Viable Option for Distressed Businesses for the Twenty-First Century? *American Bankruptcy Law Journal*, v. 78, 2004.

## 1. O papel dos institutos de reorganização e de liquidação no âmbito das empresas em crise

Os institutos de reorganização e de liquidação, nos diversos ordenamentos jurídicos, possuem a similaridade de ter como objetivos um sistema jurídico que fomente a manutenção das empresas viáveis e a eliminação das empresas inviáveis economicamente. Alguns sistemas se orientam no sentido de maior proteção aos interesses dos credores, como o sistema inglês, enquanto outros sistemas mantêm uma maior orientação na proteção da atividade econômica em si, como o atual sistema brasileiro.

Na análise das empresas em crise, a questão pendular quanto à maior ou menor proteção dos credores[7] se reflete nos procedimentos de reorganização e de liquidação adotados[8]. Para doutrinadores aderentes à Teoria da Barganha dos Credores na Falência (*Creditors' Bargain Theory of Bankruptcy*), os interesses tutelados devem se concentrar nos credores e nos acionistas, que são aqueles que assumem o risco residual dos negócios (*residual claims*)[9]. Se a liquidação da empresa resulta em maior retorno para credores e acionistas, a atividade econômica deve ser interrompida e seus ativos liquidados, independentemente da eliminação de empregos e de eventuais perdas aos consumidores e comunidade[10].

De outro lado, para os doutrinadores vinculados à Teoria da Função Social da Empresa, o procedimento de reorganização judicial também é "pensado para produzir consideráveis externalidades positivas, como manutenção dos empregos, preservação da fonte de recursos fiscais e avanços na estabilidade da comunidade"[11]. É o reconhecimento de que a importância da atividade econômica não se restringe aos interesses dos sócios de uma sociedade empresária, mas, também, envolve os interesses de toda a coletividade[12]. Portanto, a reorganização judicial, e o seu potencial maior valor econômico pela manutenção da atividade econômica (*going-concern value*), é mecanismo compatível com o crescimento econômico e o desenvolvimento social[13-14].

---

[7] COSTA, Daniel Carnio. Prefácio. In: BERNIER, Joice Ruiz. *Administrador Judicial na Recuperação e na Falência*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 17-18.

[8] Sustenta-se que a análise da tutela dos interesses dos agentes econômicos envolvidos, em especial dos credores, deve ser vista em conjunto com outras normas de direito comercial e civil (contratos e obrigações), extravagantes ao direito de insolvência em si.

[9] JACKSON, Thomas H. *The logic and limits of bankruptcy law*. Harvard University Press, 1986, p. 14, 32-33.

[10] LOPUCKI, Lynn M.; DOHERTY, Joseph W. Bankruptcy Survival. In: *UCLA Law Review*, Forthcoming. UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 14-11, 2014, p. 3-4.

[11] "A reorganization is also thought to produce substantial positive externalities, such as maintaining employment, preserving the local tax base, and advancing community stability". WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics. 2009. In: *Michigan Law Review*, Vol. 107, Issue 4, p. 625.

[12] GUIMARÃES, Márcio Souza. O Direito Francês como exemplo de prevenção à crise da empresa: instrumentos preventivos de dificuldades das empresas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Thiago Asfor Rocha e NUNES, Marcelo Guedes (org.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 599.

[13] Neste sentido está a lei 11.101/2005, ao estabelecer os objetivos do instituto da recuperação judicial de empresas e da falência. In: *verbis*: "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

Em termos probabilísticos, a capacidade dos agentes envolvidos de classificar adequadamente a viabilidade de cada atividade econômica dependerá, dentre outros aspectos, do ordenamento jurídico em análise. A classificação de uma empresa viável como inviável representa um erro tipo I e a classificação de uma empresa inviável como viável representa um erro tipo II[15]. Uma legislação mais "pró-credor" tende a resultar em maiores erros do tipo I, enquanto uma legislação mais "pró-empresa" tende a ter maior nível do erro tipo II.

Quadro 1 – Classificação da viabilidade da atividade econômica (erros tipo I e tipo II)

| | **Decisão de Classificação** | |
|---|---|---|
| **Verdade (Realidade)** | ***Empresa Viável*** | ***Empresa Inviável*** |
| ***Empresa Viável*** | Classificação Correta | Erro Tipo I |
| ***Empresa Inviável*** | Erro Tipo II | Classificação Correta |

A tradicional avaliação da eficiência dos institutos de recuperação judicial e de falência (eficiência *ex-post*) considera a capacidade da legislação, da jurisprudência e da prática contratual[16] em corretamente apontar um procedimento de reorganização ou de liquidação a cada situação de empresa em crise, de modo a se "maximizar o valor total da firma, e consequentemente o retorno que os credores deveriam receber em caso de insolvência"[17].

Em casos concretos, o valor de liquidação pode ser maior que o valor da manutenção da atividade produtiva (reorganização), diante da possibilidade de melhor realocação de ativos e de recursos da empresa em crise[18]. Apesar disso, observa-se em parte da doutrina e da jurisprudência a interpretação das normas de insolvência com prioridade à reorganização empresarial em detrimento de outros princípios, como o da eficiência econômica[19-20].

econômica" e "Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa".

14 Outra perspectiva complementar é a discussão em torno do contratualismo, do institucionalismo e da análise estruturalista do interesse social das sociedades empresárias, em situações de normalidade e em crise, como bem explorado por Calixto Salomão Filho. SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 153-177. SALOMÃO FILHO, Calixto. Recuperação de Empresas e Interesse Social. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*: Lei 11.101/2005. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 43-54.

15 ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. Nova Lei de Falências Brasileira e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 3, n. 2, 209-254, 2006, p. 234.

16 ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

17 ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. Nova Lei de Falências Brasileira e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 3, n. 2, 209-254, 2006, p. 210.

18 SCHWARTZ, Alan. A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy. *The Yale Law Journal*, v. 107, 1807-1851, 1998, p. 1818.

19 BAROSSI FILHO, Milton. Lei de Recuperação de Empresas: Uma Análise Econômica Baseada em Eficiência Econômica, Preferências e Estratégias Falimentares. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, vol. 2, n.1, 30-40, 2011, p. 31.

20 REsp nº 1.532.943/MT; REsp nº. 1.700.487/MT; REsp 1.302.735-SP.

Pesquisas empíricas que avaliam os resultados dos institutos ou das legislações de insolvência em cada caso concreto, ou seja, que desenvolvem uma "microanálise", envolvem a avaliação do número de plano aprovados[21], as taxas de recuperação de crédito pelos credores[22] e a taxa de sobrevivência das empresas após os procedimentos de reorganização[23]. Como se observa, nestes estudos, as premissas de "sucesso", "êxito" ou "eficiência" dos institutos de reorganização ou de liquidação envolvem apenas os efeitos *ex-post* e são concentradas exclusivamente nos credores e devedores envolvidos nos processos de insolvência em análise.

## 2. Os efeitos *ex-ante* dos institutos de reorganização e de liquidação no mercado empresarial

Além da adequada classificação das empresas em crise quanto a viabilidade econômico-financeira em cada caso concreto, cabe às legislações de insolvência influenciar o mercado empresarial como um todo, em termos de melhores condições para os investimentos e para o acesso a capital por parte de empresários individuais e sociedades empresárias, esteja a atividade econômica exercida em crise ou não.

A efetividade das legislações de insolvência deve envolver um maior acesso e um menor custo do crédito aos agentes econômicos, a partir de maiores expectativas de retorno dos créditos inadimplidos por empresas insolventes e de um menor nível de violação das regras de prioridade absoluta definidas[24]. Sistemas de insolvência que garantam uma equilibrada proteção aos credores das empresas em crise tendem, *ceteris paribus*, a resultar em níveis mais altos de recuperação de crédito em caso de insolvência, o que um custo *ex-ante* de crédito menor e aumenta o acesso e a utilização de crédito[25]. Da mesma forma, garantias de que não ocorram excessivos desvios[26] às prioridades de recebimento dos fornecedores de crédito financeiro ou comercial, originadas das normas legais quando da contratação do crédito, e observadas na aplicação da lei de insolvência ao caso concreto, tendem a reduzir as taxas de juros cobradas pelos credores, ou mesmo, a

---

21 WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics. In: *Michigan Law Review*, Vol. 107, Issue 4, 603-642, 2009.

22 BRIS, Arturo; WELCH, Ivo; ZHU, Ning. The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reorganization. *The Journal of Finance*, v. 61, n. 3, 1253-1303, 2006.

23 LOPUCKI, Lynn M.; DOHERTY, Joseph W. Bankruptcy Survival. In: *UCLA Law Review*, Forthcoming. UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 14-11, 2014.

24 ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. Nova Lei de Falências Brasileira e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 3, n. 2, 209-254, 2006, p. 220-223.

25 PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. Court Enforcement, Bank Loans and Firm Investment: Evidence from a Bankruptcy Reform In: Brazil. *Banco Central do Brasil Working Papers 425*, 2016, p. 7.

26 Parte da literatura entende que uma porção do valor da empresa em crise deve ser alocada também aos acionistas e gestores ("pequenos" desvios da regra de prioridade absoluta) como forma de incentivar ações eficientes e tempestivas e redução do risco moral. ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. Nova Lei de Falências Brasileira e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 3, n. 2, 209-254, 2006, p. 211.

ampliar o acesso ao crédito aos empresários individuais e às sociedades empresárias[27].

Como resultado de um maior acesso e de um menor custo de capital, um maior número de projetos terá um valor presente líquido positivo, indicando a viabilidade econômico-financeira de um maior número de negócios, o que não ocorreria em um sistema de insolvência com maiores ineficiências[28]. Como consequência, a expectativa é de maiores níveis de investimento e de crescimento da atividade econômica, renda e empregos na localidade ou no país.

Os adequados incentivos aos agentes econômicos nas tomadas de decisões quando uma atividade econômica se encontra em estado de normalidade e nos momentos que antecedem um eventual pedido de recuperação judicial ou de falência também são aspectos essenciais das legislações falimentares com vistas a manutenção de um ambiente empresarial saudável.

Normas falimentares que incentivem a manutenção de atividades economicamente inviáveis tendem a mitigar os cuidados e esforços despendidos por empresários individuais e por administradores de sociedades empresárias na condução dos negócios[29]. Em uma eventual insolvência, procedimentos de reorganização judicial possibilitarão que esses gestores continuem obtendo retornos financeiros no exercício da atividade econômica, ainda que por tempo determinado (até a posterior liquidação da empresa, por tardio reconhecimento de sua inviabilidade econômico-financeira). Estas normas favorecem desvios decorrentes de risco moral (*moral hazard*) em relação a escolha de projetos de investimentos, às políticas de pagamento de dividendos a acionistas, ainda que a empresa esteja em iminente crise, e às decisões quanto ao maior nível de endividamento de sociedade empresária[30]. No mesmo sentido, regimes de insolvência que reduzem a proteção anteriormente estipulada a credores tendem a gerar um menor nível de monitoramento pelos credores sobre a gestão da atividade econômica, em razão dos custos envolvidos no acompanhamento e dos menores benefícios obtidos em eventual processo de insolvência[31], o que mitiga o efeito disciplinador da dívida[32].

---

27 BEBCHUK, Lucian A. Ex Ante Costs of Violating Absolute Priority in Bankruptcy. *The Journal of Finance*, v. 57, n. 1, 445-460, 2002, p. 453.

28 CORNELLI, Francesca; FELLI, Leonardo. Ex-ante Efficiency of Bankruptcy Procedures. *European Economic Review*, v. 41, 475-485, 1997, p. 477.

29 LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 2.

30 BEBCHUK, Lucian A. Ex Ante Costs of Violating Absolute Priority in Bankruptcy. *The Journal of Finance*, v. 57, n. 1, 445-460, 2002, p. 447.

31 De outro lado, a garantia total de respeito às prioridades de recebimento dos credores (*abslout priority rule*), aliada a um poder total de decisão sobre os rumos dos procedimentos de insolvência, também poderia mitigar os incentivos de monitoramento das ações da sociedade empresária tomadora de crédito. CORNELLI, Francesca; FELLI, Leonardo. Ex-ante Efficiency of Bankruptcy Procedures. *European Economic Review*, v. 41, 475-485, 1997, p. 477.

32 JENSEN, Michael C. Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers. *American Economic Review*, v. 76, n. 2, 323-329, 1986, p. 325-326.

De outro lado, normas que excessivamente estimulem a liquidação das empresas podem resultar em uma maior aversão ao risco pelos empreendedores[33], resultando em menores níveis de investimentos. No caso de empresas que já se encontrem em crise, uma vez que a apropriação dos fluxos de caixa futuros de projetos tende a ser exclusivo dos detentores de dívida, a redução do incentivo dos acionistas a estes novos investimentos tende a ser ainda maior[34]. A postergação da formalização dos pedidos de reorganização judicial ou de liquidação, de modo que os empresários individuais e os gestores das sociedades empresárias possam transferir e extrair renda no estágio pré-falimentar, é mais uma consequência negativa esperada nestes sistemas[35]. Outra reação de gestores de sociedades empresárias em crise a normas que priorizam em demasia a liquidação das empresas é o direcionamento dos investimentos a projetos de risco extremamente elevados, cuja probabilidade de sucesso é baixa, mas cujos retornos sejam altos o suficiente para evitar uma possível liquidação, caso se tenha sucesso no projeto de alto risco[36]. Entretanto, em termos gerais, os comportamentos voltados a maiores níveis de risco acabam por aumentar as perdas no exercício da atividade econômica.

Neste sentido, o equilíbrio das normas falimentares em relação aos incentivos e às sanções aos empresários individuais e gestores de sociedades empresárias é essencial para que sejam mitigados os problemas de risco-moral[37], que podem afetar o mercado empresarial como um todo, inclusive as empresas saudáveis[38]. Se de um lado, deve-se prever punições aos empresários e aos administradores de sociedade empresárias de modo a aumentar os esforços na condução dos negócios e a reduzir uma excessiva tomada de risco a custo dos credores[39], o que pode gerar significativas melhorias na gestão financeira das sociedades empresárias quando ainda em estado de normalidade[40]; de outro lado, as punições não podem ser fonte de fortes desincentivos ao exercício e gestão da atividade empresária, resultando na diminuição dos investimentos na atividade e

---

33 LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 2.

34 BORENSZTEIN, Eduardo; YE, Lei Sandy. Corporate Debt Overhang and Investment: Firm-Level Evidence. *Policy Research Working Paper*, n. 8553. World Bank, Washington, DC. 2018, p. 13.

35 ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. Nova Lei de Falências Brasileira e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 3, n. 2, 209-254, 2006, p. 211.

36 BEBCHUK, Lucian A. Ex Ante Costs of Violating Absolute Priority in Bankruptcy. *The Journal of Finance*, v. 57, n. 1, 445-460, 2002, p. 447. ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. Nova Lei de Falências Brasileira e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 3, n. 2, 209-254, 2006, p. 225.

37 LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 6.

38 Por exemplo, o uso indevido de mecanismos da recuperação judicial por empresas insolventes inviáveis para que se mantenha, de forma "artificial" e temporária, uma posição mercadológica vantajosa, como menores custos de produção, pode ter como resultado o início do declínio de empresas até então saudáveis em razão de uma concorrência desleal, gerando um significativo custo social.

39 CORNELLI, Francesca; FELLI, Leonardo. Ex-ante Efficiency of Bankruptcy Procedures. *European Economic Review*, v. 41, 475-485, 1997, p. 476.

40 AGRAWAL, Ashwini K.; GONZALEZ-URIBE, Juanita; MARTINEZ-CORREA, Jimmy. Measuring the Ex-Ante Incentive Effects of Bankruptcy Reorganization Procedures. *SSRN Working Paper*, 2019, p. 1.

nos esforços para saída da crise, o que mitiga a possibilidade de real soerguimento de atividades econômicas viáveis.

A análise dos efeitos antecedentes (efeitos *ex-ante*) dos institutos de reorganização e de liquidação judicial sobre o comportamento dos indivíduos no mercado empresarial como um todo amplia o tradicional foco das pesquisas exclusivamente nos efeitos das normas sobre as decisões dos agentes de empresas em crise. Dessa forma, reconhecem-se os efeitos dos incentivos e desincentivos que as normas falimentares podem gerar sobre o comportamento dos agentes econômicos de empresas em situação de normalidade ou de pré-crise.

Pesquisas empíricas que avaliam os resultados dos institutos ou das legislações de insolvência sobre o mercado empresarial como um todo, em nível macroeconômico, são mais recentes e, ainda, em menor número. Estas pesquisas envolvem a análise dos efeitos sobre os fatores de produção, como o mercado de crédito (volume e custo do crédito)[41] e o mercado de trabalho[42], e sobre indicadores econômicos gerais, como o nível de atividade econômica[43], o número de estabelecimentos comerciais[44] e a taxa de inadimplência corporativa[45].

## 3. Mecanismos de incentivo econômico para a solução preventiva da insolvência empresarial

O equilíbrio da legislação de insolvência e de seus institutos jurídicos abrange a maximização do valor da empresa (eficiência *ex-post*) e o desenvolvimento econômico, a partir do aumento do nível da atividade econômica, da renda e de emprego (eficiência *ex-ante*)[46]. Para que se atinja o pretendido equilíbrio, entende-se que o conjunto de incentivos e desincentivos aos agentes econômicos não deve se limitar ao âmbito dos procedimentos judiciais de reorganização e de liquidação. Estímulos ao devedor durante a situação inicial de crise da empresa, anterior ao próprio pedido de recuperação judicial ou de falência, evitam que a atividade econômica se torne irremediavelmente insolvente ou que se tenha perda substancial do valor da empresa, contribuindo com uma maior eficiência global no tratamento da insolvência empresarial.

A postergação dos pedidos de reorganização judicial, ou mesmo de liquidação, é outro problema em que a legislação de insolvência deve se atentar com o intuito de reduzir tal comportamento por parte dos agentes econômicos envolvidos – empresário individual, administradores e acionistas de sociedade

---

41 PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. Court Enforcement, Bank Loans and Firm Investment: Evidence from a Bankruptcy Reform in Brazil. *Banco Central do Brasil Working Papers 425*, 2016. AGRAWAL, Ashwini K.; GONZALEZ-URIBE, Juanita; MARTINEZ-CORREA, Jimmy. Measuring the Ex-Ante Incentive Effects of Bankruptcy Reorganization Procedures. *SSRN Working Paper*, 2019.

42 FONSECA, Julia; VAN DOORNIK, Bernardus. Financial Development, Labor Markets, and Aggregate Productivity: Evidence from Brazil. *Working Paper*, 2019. BERNSTEIN, Shai; COLONNELLI, Emanuele; IVERSON, Benjamim. Asset Allocation in Bankruptcy. *The Journal of Finance*, 74, 5-53, 2019.

43 PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. Court Enforcement, Bank Loans and Firm Investment: Evidence from a Bankruptcy Reform in Brazil. *Banco Central do Brasil Working Papers 425*, 2016.

44 BERNSTEIN, Shai; COLONNELLI, Emanuele; IVERSON, Benjamim. Asset Allocation in Bankruptcy. *The Journal of Finance*, 74, 5-53, 2019.

45 AGRAWAL, Ashwini K.; GONZALEZ-URIBE, Juanita; MARTINEZ-CORREA, Jimmy. Measuring the Ex-Ante Incentive Effects of Bankruptcy Reorganization Procedures. *SSRN Working Paper*, 2019.

46 LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 6.

empresária. As razões para a demora no reconhecimento da situação de insolvência e no início de atitudes para correção dos rumos da empresa podem envolver questões pessoais, de economia comportamental, risco moral, problemas de gestão, ou mesmo os custos envolvidos com o processo judicial.

O empreendedorismo é desenvolvido por pessoas naturais que colocam a própria reputação e, muitas vezes, o próprio patrimônio em risco. A constatação de que a empresa está em crise, em diversas situações, envolve a admissão de falha pessoal, seja do empresário individual, seja do gestor, fazendo com que estes tentem recuperar a empresa por si próprios e procurem o auxílio de meios legais apenas como último recurso[47].

O desenvolvimento da crise da empresa não ocorre de um dia para outro, sendo que muitos sinais são ignorados ou negados inicialmente pelos gestores até que um estágio de grave colapso organizacional se instale, já com capacidade limitada para ações corretivas[48]. A acomodação a determinados padrões de comportamento pelos gestores das sociedades empresárias faz com que a tempestividade e a intensidade das alterações dos rumos da empresa com vistas a manutenção de sua competitividade sejam dominadas por "um estado de letargia que lhes [os gestores] impede de tomar alguma medida prática para salvar o negócio"[49].

Assim como a capacidade de extrair ganhos no estágio pré-falimentar e outros desvios de risco moral[50], a possibilidade de afastamento da administração do controle da empresa[51], vista como exceção em muitas legislações de insolvência, inclusive a brasileira, pode criar desincentivos aos atuais gestores para que revelem precocemente a situação de crise da empresa[52]. Se de um lado pode-se questionar

---

[47] GUIMARÃES, Márcio Souza. O Direito Francês como exemplo de prevenção à crise da empresa: instrumentos preventivos de dificuldades das empresas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Thiago Asfor Rocha e NUNES, Marcelo Guedes (org.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 603.

[48] SLATTER, Stuart; LOVETT, David. *Como Recuperar uma Empresa*: a Gestão da Recuperação do Valor e da Performance. São Paulo: Atlas, 2009, p. 63.

[49] KULGEMAS, Alfredo Luiz; ARRUDA PINTO, Gustavo Henrique Sauer de. Administrador Judicial na recuperação judicial: aspectos práticos. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). *Direito Recuperacional:* Aspectos Teóricos e Práticos. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, pp. 197-233, 2009, p. 203.

[50] ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. Nova Lei de Falências Brasileira e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 3, n. 2, 209-254, 2006, p. 211.

[51] WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics. 2009. In: *Michigan Law Review*, Vol. 107, Issue 4, p. 616-617.

[52] "A possiblidade de o juiz afastar os sócios e os administradores em determinadas hipóteses é, por outro lado, de fundamental importância. É preciso distinguir a empresa (atividade) e o estabelecimento (complexo de bens) do empresário (sujeito da atividade); sob o comando de um determinado empresário, a atividade pode ter sido mal sucedida, o que não significa que não poderiam ser obtidos resultados positivos, caso o seu exercício, juntamente com o complexo de bens, fosse transferido para um outro empresário. Essa mudança de titularidade da atividade empresarial pode ser essencial para permitir a recuperação da empresa e para a aprovação do plano pelos credores, sobretudo, quando estes não confiam na competência, ou ainda pior, na probidade do empresário anterior". MUNHOZ, Eduardo Secchi. Capítulo II - Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência:* Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 310.

os conflitos de interesse e a real capacidade do mesmo empresário individual ou administrador de sociedade empresária em soerguer a empresa, dado que não foi anteriormente hábil em evitar a situação de insolvência; de outro lado, a experiência e o conhecimento dos atuais gestores da atividade econômica, assim como os custos de transação inerentes à mudança de gestão, indicam vantagens no estímulo à manutenção dos gestores[53].

Além dos custos diretos associados aos procedimentos de reorganização e de liquidação judicial, como despesas com o administrador judicial, honorários dos procuradores das partes e custas judiciais, os custos indiretos dos procedimentos de insolvência tendem a postergar o ingresso dos pedidos de recuperação judicial ou falência[54]. O impacto negativo sobre a reputação da sociedade empresária em crise pode, por exemplo, resultar no aumento das restrições de acesso ao crédito, no aumento dos custos relacionados à gestão de recursos humanos e na redução das vendas ou do preço dos produtos e serviços[55]. Em oposição à essência do direito da insolvência, observa-se, na prática, que os custos associados aos procedimentos judiciais levam a mensagem de que "a recuperação só deve ser manipulada quando não houver outra salvação; via de consequência, em boa parte das vezes, à beira da falência. Portanto, a recuperação judicial está no *fim da linha evolutiva* das dificuldades por que as empresas possam passar"[56].

Dessa forma, argumenta-se que se deve ter mecanismos efetivos para fomentar a reestruturação empresarial, assim como os adequados incentivos aos empresários individuais e gestores de sociedades empresárias, de modo que o uso correto e tempestivo dos meios jurídicos de reorganização e de liquidação seja estimulado. As soluções jurídicas preventivas podem se apresentar como meios de soerguimento empresarial mais eficientes economicamente, uma vez que apresentam menores custos diretos, são mais céleres, não possuem (ou possuem em menor escala) intervenções judiciais, mitigam os efeitos negativos de reputação associados aos processos formais e tendem a ser utilizados em estágios mais iniciais de crise[57]. No caso da legislação brasileira, diferentemente de outros países, como França, Espanha e Inglaterra, não há previsão de um instituto específico para a solução preventiva da crise empresarial anterior ao instituto da recuperação judicial e as principais propostas de alteração da lei 11.101/2005 são silentes em relação a este ponto.

Neste contexto, o desenvolvimento de mecanismos de incentivos econômicos para a solução preventiva da insolvência empresarial mostra-se como aspecto chave para uma maior eficiência e efetividade de legislações falimentares. O estímulo à segunda chance ("*second chance*") ou ao novo recomeço ("*fresh*

[53] BERGER, Dora. *A insolvência no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 106.
[54] BRIS, Arturo; WELCH, Ivo; ZHU, Ning. The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reorganization. *The Journal of Finance*, v. 61, n. 3, 1253-1303, 2006; JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, 1976. p. 341-342.
[55] JENSEN, Michael C. Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers. *American Economic Review*, v. 76, n. 2, 323-329, 1986, p. 341.
[56] GUIMARÃES, Márcio Souza. O Direito Francês como exemplo de prevenção à crise da empresa: instrumentos preventivos de dificuldades das empresas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Thiago Asfor Rocha e NUNES, Marcelo Guedes (org.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 605.
[57] PAYNE, Jennifer. The Future of UK Debt Restructuring. *Working Paper*. 2016, p. 2.

*start*") para os empreendedores insolventes é um importante meio de incentivo ao rápido reconhecimento e ao início de ações tempestivas para superação da crise da empresa, facilitando também a saída do mercado de empresas inviáveis[58]. Apresenta-se como meio de superação do atual aspecto cultural e mercadológico de estigmatizar o empresário devedor ou o gestor de sociedade empresária insolvente como fracassados, dificultando que de suas experiências negativas voltem ao mercado corporativo mais capacitados.

Outros mecanismos de incentivo à tempestiva reorganização ou liquidação da empresa, como forma de evitar excessivas postergações do uso de soluções jurídicas para superação da crise, envolvem a exigência de observação de procedimentos de alertas por parte de auditores e administradores de sociedades insolventes[59] e prêmios pela declaração preventiva e tempestiva da situação de crise[60], como já previsto em leis de insolvência de nações europeias. A redução dos custos associados aos procedimentos judiciais, especialmente os custos indiretos, relacionados à reputação do devedor, pode ser fomentada a partir da normatização de soluções jurídicas preventivas, aumentado a probabilidade de que estes meios sejam utilizados como forma de superação da crise, em especial, por sociedades empresárias de menor porte. O Quadro 2 apresenta uma síntese de alguns problemas identificados a serem superados pela legislação de insolvência do Brasil, além de possíveis mecanismo de solução ou, ao menos, mitigação, do problema.

Quadro 2 – Problemas e mecanismos de solução para melhoria do sistema de insolvência do Brasil

| **Problema(s)** | **Mecanismo(s) de solução** |
|---|---|
| Questões pessoais e questões culturais vinculadas ao "estigma de falido" | Desenvolvimento de meios e estímulo à segunda chance ("*second chance*") ou ao novo recomeço ("*fresh start*") para os empreendedores insolventes. |
| Letargia no reconhecimento da situação de crise, postergação das devidas ações corretivas e risco moral | Exigência de observação de procedimentos de alertas por parte dos administradores das empresas insolventes e prêmios pela declaração preventiva e tempestiva da situação de crise. |
| Custos envolvidos nos procedimentos judiciais de reorganização e de liquidação | Criação e incentivo de utilização de soluções jurídicas preventivas, menos onerosas e mais céleres. |

Os resultados do uso preventivo de meios de soerguimento de empresas viáveis e de liquidação de empresas inviáveis envolvem a maximização do valor da empresa como forma de aumento do retorno dos créditos inadimplidos aos credores e o consequente impacto no aumento do acesso ao crédito (e na redução de seu custo), no incremento do nível de atividade econômica e na redução de riscos associados aos investimentos. Observa-se, desse modo, os benefícios *ex-post* e *ex-ante* do desenvolvimento e do uso de soluções jurídicas preventivas à insolvência.

[58] TAJTI, Tibor. Bankruptcy stigma and the second chance policy: the impact of bankruptcy stigma on business restructurings in China, Europe and the United States. *China-EU Law Journal*, v. 6, n. 1-2, 1-31, 2018, p. 13-14.
[59] Código de Comércio Francês (*Code de Commerce*) – art. L234-1 a L234-4. Novo Código Italiano de Crise da Empresa (*Codice della crisi d'impresa*) – Art. 14.
[60] Novo Código Italiano de Crise da Empresa (*Codice della crisi d'impresa*) – Art. 25.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, a maior parte das pesquisas e das discussões sobre insolvência empresarial abrange os institutos de reorganização judicial e de liquidação exclusivamente no âmbito das empresas em crise. A avaliação da eficiência das normas falimentares se dá em relação à maximização do valor da empresa e aos meios de fomentar a manutenção da atividade econômica viável em dificuldade (eficiência *ex-post*). Entretanto, a análise da eficiência das legislações de insolvência também deve se dar no âmbito de seus efeitos sobre o mercado empresarial como um todo, com destaque para a influência sobre as decisões dos agentes econômicos vinculados às empresas que se encontrem em situação de normalidade e para os agentes do mercado de crédito (eficiência *ex-ante*).

Neste contexto, argumenta-se pela necessidade de que as normas de insolvência promovam o equilíbrio entre as externalidades *ex-post*, como o aumento do valor das empresas em crise e a maior recuperação de crédito pelos credores, e as externalidades *ex-ante*, como um maior nível de acesso a crédito, de atividade econômica e de renda. Da mesma forma, destaca-se a importância de um adequado sistema de incentivos e desincentivos aos agentes de empresas em estado de normalidade e em crise.

A inobservância dos efeitos *ex-ante* na elaboração e na aplicação das normas falimentares pode influenciar o comportamento dos agentes econômicos, gerando externalidade negativas sobre mercado de crédito e de trabalho e sobre os níveis de investimento e de atividade econômica. No caso do Brasil, dado o baixo nível de utilização dos institutos jurídicos de recuperação judicial e de falência pelas sociedades empresárias[61–62], sugere-se que os efeitos *ex-ante* das normas de insolvência sejam de maior impacto econômico do que os efeitos *ex-post*, o que fortalece os argumentos da necessidade de se considerar também os efeitos antecedentes sobre o mercado empresarial[63].

Apesar das discussões em torno de uma nova alteração da legislação de insolvência no Brasil, pouco vem sendo discutido e observado nas propostas em relação a mecanismos para mitigação dos problemas que dificultam uma maior

[61] GARCÍA-POSADA, Miguel; MORA-SANGUINETTI, Juan S. Are there alternatives to bankruptcy? A study of small business distress In: *Spain*. SERIEs, 5(2-3), 287-332, 2014, p. 289.

[62] Dados do Cadastro Central de Empresas – CEMPRE, indicavam 4,5 milhões de sociedades empresárias ativas em 2016. A inadimplência de pessoas jurídicas, com base nos registros de negativação do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, segundo dados do Serasa Experian, atingiu 4,8 milhões de sociedades empresárias em 2016. Dados do Serasa Experian também revelam que, no período de 2015-2018, foram impetrados 5.978 pedidos de recuperação judicial e 6.802 pedidos de falência. Com base no número de sociedades empresárias ativas, segundo a CEMPRE, ou de sociedades inadimplentes, segundo o Serasa Experian, verifica-se a utilização destes institutos jurídicos de insolvência por apenas 0,3% das sociedades empresárias brasileiras. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Demografia das empresas e estatísticas de empreendedorismo*: 2016. Coordenação de Metodologia das Estatísticas de Empresas, Cadastros e Classificações. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.; SERASA EXPERIAN. *Indicadores Econômicos*. 2019.

[63] O potencial maior impacto econômico dos efeitos *ex-ante* não se limita à realidade brasileira. Em pesquisa empírica que analisa o impacto da alteração da lei de insolvência da Dinamarca, em 2010, que abrangeu apenas os procedimentos de reorganização, os autores estimaram efeitos *ex-ante* sobre a redução da taxa de liquidação das empresas seis a sete vezes maior que os efeitos *ex-post*. O principal mecanismo identificado pelos autores foi a adoção de um padrão de maior disciplina financeira por empresas em estado de normalidade. AGRAWAL, Ashwini K.; GONZALEZ-URIBE, Juanita; MARTINEZ-CORREA, Jimmy. Measuring the Ex-Ante Incentive Effects of Bankruptcy Reorganization Procedures. *SSRN Working Paper*, 2019, p. 32-33.

utilização dos institutos jurídicos de insolvência pelas sociedades devedoras, como os altos custos diretos e indiretos associados e a complexidade dos procedimentos, em especial, para as sociedades empresárias de pequeno porte. Dessa forma, ao menos no curto prazo, e com as modificações hoje em vista, o efeito econômico *ex-ante* tenderá a continuar merecendo maior atenção.

Tanto para os efeitos *ex-post*, quanto para os efeitos *ex-ante*, destaca-se a importância de mecanismos de incentivo econômico à solução preventiva da crise empresarial, evitando uma situação de irremediável insolvência ou de significativa perda de valor da empresa ou de seus ativos. A necessidade de aprimoramento do marco falimentar e dos institutos da recuperação judicial e da falência passa por uma melhor compreensão dos efeitos das normas sobre o comportamento dos agentes econômicos de empresas em crise e em estado de normalidade, de modo a aumentar a produtividade econômica e a estimular o mercado de crédito do país.

Apesar da discussão do presente artigo ter se concentrado nos efeitos da legislação de insolvência, a análise dos efeitos conjuntos e a harmonia perante às demais normas do ordenamento jurídico, como a legislação civil, a lei tributária e a lei de regulação bancária[64], são pontos essenciais para o fomento de um mercado empresarial saudável e para o desenvolvimento econômico-social do país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


AGRAWAL, Ashwini K.; GONZALEZ-URIBE, Juanita; MARTINEZ-CORREA, Jimmy. **Measuring the Ex-Ante Incentive Effects of Bankruptcy Reorganization Procedures**. SSRN Working Paper, 2019. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3435653. Acesso em: 26 out. 2019.

ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. Nova Lei de Falências Brasileira e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito. **Pesquisa e Planejamento Econômico,** v. 3, n. 2, 209-254, 2006.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

BAROSSI FILHO, Milton. Lei de Recuperação de Empresas: Uma Análise Econômica Baseada em Eficiência Econômica, Preferências e Estratégias Falimentares. **Economic Analysis of Law Review,** Brasília, vol. 2, n.1, 30-40, 2011.

BEBCHUK, Lucian A. Ex Ante Costs of Violating Absolute Priority in Bankruptcy. **The Journal of Finance**, v. 57, n. 1, 445-460, 2002.

BERGER, Dora. **A insolvência no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.


[64] Por exemplo, torna-se de suma importância avaliar o impacto econômico e os mecanismos de incentivos e desincentivos gerados: (1) pelos meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem e a mediação; (2) pelos impactos das regras de provisionamento bancário (Resolução do Banco Central do Brasil n. 2.682, de 21 de dezembro de 1999), que dificultam a obtenção de crédito por sociedades inadimplentes dentro da mesma instituição bancaria; (3) pelas normas do Código Tributário Nacional, como o art. 191, que exige a quitação das obrigações tributárias do falido para a efetiva extinção da sociedade empresária.

BERNSTEIN, Shai; COLONNELLI, Emanuele; IVERSON, Benjamim. Asset Allocation in Bankruptcy. **The Journal of Finance**, 74, 5-53, 2019.

BORENSZTEIN, Eduardo; YE, Lei Sandy. Corporate Debt Overhang and Investment: *Firm-Level Evidence*. **Policy Research Working Paper,** n. 8553. World Bank, Washington, DC. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1596/1813-9450-8553. Acesso em: 29 set 2019.

BRIS, Arturo; WELCH, Ivo; ZHU, Ning. The Costs of Bankruptcy: Chapter 7 Liquidation versus Chapter 11 Reorganization. **The Journal of Finance**, v. 61, n. 3, 1253-1303, 2006.

CORNELLI, Francesca; FELLI, Leonardo. Ex-ante Efficiency of Bankruptcy Procedures. **European Economic Review**, v. 41, 475-485, 1997.

COSTA, Daniel Carnio. Prefácio. In: BERNIER, Joice Ruiz. **Administrador judicial na recuperação e na falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. P.17-20.

FONSECA, Julia; VAN DOORNIK, Bernardus. **Financial Development, Labor Markets, and Aggregate Productivity:** evidence from Brazil. Working Paper, 2019. Disponível em: https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/juliafonseca/files/fonseca_jmp.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

GARCÍA-POSADA, Miguel; MORA-SANGUINETTI, Juan S. **Are there alternatives to bankruptcy?** A study of small business distress in Spain. *Series*, 5(2-3), 287-332, 2014.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **O Direito Francês como exemplo de prevenção à crise da empresa:** instrumentos preventivos de dificuldades das empresas. In: COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Thiago Asfor Rocha e NUNES, Marcelo Guedes (org.). *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 595-617, 2013.

JACKSON, Thomas H. **The logic and limits of bankruptcy law**. Harvard University Press, 1986.

JENSEN, Michael C. Agency costs of free cash flow, corporate finance, and takeovers. **American Economic Review**, v. 76, n. 2, 323-329, 1986.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4, 305-360, 1976.

JUPETIPE, Fernanda Karoliny Nascimento; MARTINS, Eliseu; MÁRIO, Eliseu Martins; CARVALHO, Luiz Nelson Guedes de. Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 1, 20-48, 2017.

KULGEMAS, Alfredo Luiz; ARRUDA PINTO, Gustavo Henrique Sauer de. **Administrador Judicial na recuperação judicial:** aspectos práticos. In: DE LUCCA,

Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coord.). **Direito Recuperacional:** Aspectos Teóricos e Práticos. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.197-233.

LISBOA, Marcos de Barros. A Racionalidade Econômica da Nova lei de Falências e de Recuperação de Empresas. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de. **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.1-18.

LOPUCKI, Lynn M.; DOHERTY, Joseph W. Bankruptcy Survival. In: UCLA Law Review. Forthcoming. UCLA School of Law. **Law-Econ Research Paper**. No. 14-11, 2014. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2492209. Acesso em: 01 out. 2019.

MILLER, Harvey R.; WAISMAN, Shai Y. Does Chapter 11 Reorganization Remain a Viable Option for Distressed Businesses for the Twenty-First Century? **American Bankruptcy Law Journal,** v. 78, 2004.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Capítulo II - Disposições Comuns à Recuperação Judicial e à Falência. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência:** Lei 11.101/2005. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 307-315.

PAYNE, Jennifer. The Future of UK Debt Restructuring. **Working Paper**. 2016. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2848160. Acesso em: 26 set. 2019.

PONTICELLI, Jacopo; ALENCAR, Leonardo S. Court Enforcement. **Bank Loans and Firm Investment**: evidence from a bankruptcy reform in Brazil. *Banco Central do Brasil* Working Papers 425, 2016. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps425.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

SCHWARTZ, Alan. A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy. **The Yale Law Journal,** v. 107, 1807-1851, 1998.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores Econômicos**. 2019. Disponível em https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos.

SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como recuperar uma empresa:** a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009.

TAJTI, Tibor. Bankruptcy stigma and the second chance policy: the impact of bankruptcy stigma on business restructurings in China, Europe and the United States. **China-EU Law Journal,** v. 6, n. 1-2, 1-31, 2018.

WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. The success of chapter 11: a challenge to the critics in Michigan. **Law Review**, Vol. 107, Issue 4, 603-642, 2009. Disponível em: http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1349&context=mlr. Acesso em: 26 set. 2019.

WORLD BANK. **Doing Business:** Brazil 2019. Disponível em: https://www.doingbusiness.org. Acesso em: 26 set. 2019.

# DIREITO SOCIETÁRIO E RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UM EMBATE AFINAL INEXISTENTE. A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA CONSOLIDAÇÃO SUBSTANCIAL OBRIGATÓRIA DE GRUPOS EMPRESARIAIS DE FATO [1]

**VITOR CARVALHO LOPES**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A problemática em torno da consolidação obrigatória de Grupos empresariais de fato. Necessidade de atribuição de responsabilização de administradores e controladores de empresas plurissocietárias violadoras do princípio da segregação patrimonial. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Introdução

Talvez um dos temas mais intrigantes do direito das empresas em crise que ainda não recebeu um exame mais aprofundado por parte da doutrina seja aquele concernente à adequada sistematização e estabelecimento de convívio entres as normas do direito recuperacional e aqueles constantes em outros microssistemas jurídicos, de uma maneira geral.

Nesse cenário avulta em importância, a necessidade de estabelecer um convívio harmonioso entre o direito afetos das empresas em crise e o direito societário, objeto de análise específica desse trabalho, sem ignorar que muitas das observações que serão aqui realizadas, se aplicam, com as devidas adaptações a ouros microssistemas jurídicos, como o direito concorrencial, consumidor, imobiliário, administrativo, penal, dentre outros.

Isso porque, como se pode perceber, a intenção do legislador ao modelar um remédio jurídico para abordar o problema da empresa em crise, por meio da figura dos institutos da recuperação extrajudicial e, mais especificadamente da recuperação judicial, jamais foi – e nem poderia – de anular as normas previamente alocadas *ex antes* por meio de microssistemas jurídicos e mais específicos.

Tal fato fica ainda mais fácil de ser percebido, quando se nota que tanto a recuperação extrajudicial, como também a recuperação judicial, enquanto ferramentas jurídicas instituídas pela Lei 11.101/05 possuem como mola propulsora de seu regular desenvolvimento o princípio do consensualismo, base motora de qualquer processo negocial.

Evidentemente que um processo negocial dessa natureza que possui como objetivo profícuo a reorganização da empresa, mediante a superação do seu estado de crise, com todos os consectários daí advindos, não pode estar despido de normas de caráter público que permitam ao Estado Juiz, sem desconhecer a complexidade desse tema e a maior pertinência das Partes em resolver os temas multidisciplinares que emergem dessa relação jurídica, intervir nesse processo negocial, de maneira a reestabelecer os valores públicos previstos não somente na Lei 11.101/05, como também em outros diplomas legislativos que, dado a sua abrangência e complexidade, constituem verdadeiros microssistemas jurídicos.

[1] Por. Sócio diretor do Escritório Vilemor Amaral Advogados Associados. Mestre em Direito Processual pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Pós-Graduação em Mediação Familiar da Universidade de Burgos

A esse respeito, aduza-se ainda que, em razão da notória especialidade desses inúmeros microssistemas jurídicos em face da Lei 11.10/05, não é possível se estabelecer *a priori* qualquer interpretação que aponte para um caminho de suposta superioridade dos interesses protegidos pela Lei 11.01/05 em detrimento das normas de determinado campo jurídico.

Dessa forma, almeja-se estabelecer um sistema adequado e equilibrado para superação do estado de crise das empresas que atenda simultânea e satisfatoriamente aos ideais de um processo de negociação justo e transparente a todos os seus agentes, de um lado, sem atropelar as garantias instituídas pelo direito societário, de outro.

É preciso, portanto, se ter em mente que o ideal construído em torno da necessidade de se proteger o valor da empresa, enquanto fonte produtora de riquezas, postos de trabalho e impostos, e que agora se encontra textualmente inscrito no art. 47. da LRF não é uma regra absoluta, tampouco uma espécie de norma superlegal, capaz de derrogar as garantias instituídas dos minoritários ou mesmo aqueles decorrentes de governança corporativa estabelecidos em acordos parassocietários, como também assegura normas jurídicas previamente inscritas em outros diplomas legislativos como o Código Civil e a Lei 6.404/76.

Com isso, o que se quere deixar bem claro é que a "arena" onde se discute e se negocia soluções para a superação do problema da empresa em crise, materializados, em muitas das vezes, em processos de recuperação extrajudicial, mas primordialmente em processos de recuperação judicial, de maneira alguma constituem zonas imunes à incidência das normas de direito societário.

Assim, justamente em razão do direito societário constituir, por meio de seus mais variados diplomas normativos, critérios *ex ante* que representam valores públicos para a organização da vida em sociedade e, por isso mesmo, evidenciarem em certa medida o conceito de segurança jurídica para o regular ambiente de negócios, é que se visa a reestabelecer esse salutar ambiente de negociação almejado pela LRF.

## 1. A problemática em torno da consolidação obrigatória de Grupos empresariais de fato. Necessidade de atribuição de responsabilização de administradores e controladores de empresas plurissocietárias violadoras do princípio da segregação patrimonial.

Um dos exemplos mais concretos do que fora disposta no item precedente, concerne problemática em torno da consolidação obrigatória de grupos empresariais de fato e a necessidade de atribuição de responsabilização de administradores e controladores de empresas plurissocietárias violadoras do princípio da segregação patrimonial.

Como é de sabença comum, um dentre os vários os temas, que não foi explicitamente abordado pela Lei 11.101/05 foi aquele referente à possibilidade de ajuizamento de processos recuperacionais por mais de uma empresa integrante de um mesmo grupo econômico empresarial simultaneamente.

Na esfera do direito processual, essa questão é traduzida para as normas atinente ao litisconsórcio ativo, o que faz com que atraia para seu espectro todo o corpo de normas jurídicas e princípio ao seu redor.

Na órbita do direito concursal, esse fenômeno se traduz por mera nomenclatura para consolidação processual.

Em relação a essa possibilidade, não há maiores dúvidas na doutrina e jurisprudência.

É plenamente viável a consolidação processual de empresas integrantes do mesmo grupo econômico em um processo recuperacional, a fim de se permitir por meio da unificação procedimental, um maior alinhamento das etapas processuais a serem percorridas pelas empresas em crise, com maior economia processual e celeridade. Permite também a obtenção de uma solução mais estruturada – isto é, tutela jurídica mais adequada, cânone do processo justo – para o tema das empresas em crise[2].

Se maiores questionamentos não são gerados quanto à admissibilidade da consolidação processual, o mesmo não se pode dizer em relação à consolidação substancial que é um, dentre os vários efeitos possíveis ocasionados pela admissão da consolidação processual.

Por consolidação substancial entende-se a junção de todos os ativos e passivos de todas as empresas integrantes de um mesmo grupo econômico empresarial em crise, a fim de tratar de maneira única e global a reestruturação almejada por tais empresas, como se fosse uma empresa única que tivesse tratado com todos os credores a serem submetidos a determinado processo concursal.

Não é preciso dizer que tal instituto por romper com princípios basilares do direito comercial deva ser tratado com absoluta parcimônia, não somente porque, para sua admissão, se rompe com a lógica da segregação patrimonial de cada empresa e, portanto, da vinculação de cada relação jurídica a cada devedor individual, como também acarreta possíveis consequências que podem vir a dar ensejo a possíveis fraudes, com o único intento de proteger interesses de sujeitos estranhos a empresas em crise e que não foram contemplados como dignos de proteção pelo legislador de 2005, quando da edição da Lei 11.101/05.

Assim como a consolidação processual, a consolidação substancial evidentemente não foi prevista na LRF. Aliás, nem mesmo poderia, eis que como visto acima, sequer a consolidação processual foi imaginada aquele tempo que dirá a consolidação substancial que é uma das consequências geradas por esse fenômeno.

Ainda no campo da consolidação substancial, a doutrina costuma se referir à consolidação substancial voluntária e obrigatória, tendo como grau diferenciador a quem compete institui-la.

[2] Na linguagem do direito da empresa em crise, o litisconsórcio ativo em pedido de recuperação é denominado consolidação processual. Trata-se da unificação dos procedimentos da recuperação judicial de cada sociedade que compõe o grupo, com vistas a facilitar a estruturação da(s) medidas(s) de solução da(s) crise(s). Ela permite o alinhamento das mais diversas fases da caminhada processual da recuperação judicial das devedoras. Pode-se, assim, falar na atuação de apenas um administrador judicial, na atuação conjunta de comitês de credores, na simplificação da apuração de créditos, na facilitada troca de informações para que se obtenha precisa compreensão da situação societária e financeira das devedoras, e na adoção dos mesmos prazos processuais para os importantes momentos da recuperação Cerezetti, Sheila Neder. Parecer acerca da aplicação da consolidação substancial em processo de recuperação judicial emitido em 17 de outubro de 2016.

Assim é que a consolidação substancial voluntária pode vir a ser implementada sempre quando os credores reunidos em assembleias de credores venham a dispor nesse sentido, constatação essa, aliás, plenamente abalizada pela LRF. Afinal, segundo reza o art. 35, I, alínea "f" da LRF, compete a assembleia geral deliberar "sobre qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores".

Essa solução tem o mérito de prestigiar acertadamente o princípio da autonomia da vontade e criar um ambiente de negociação saudável entre as Partes, na qual elas se se sintam confortáveis a compartilhar informações, visando ao alcance de uma solução justa, adequada e célere ao problema da crise econômica de conglomerado econômicos.

Sempre que for possível, essa é a solução que deve ser buscada a todo tempo pelos agentes envolvidos nesse tipo de demanda judicial, a fim de viabilizar uma solução compatível para uma demanda assaz complexa, como há de ser um processo recuperacional de uma organização econômica plurissocietária.

Já a consolidação substancial obrigatória em contrapartida pode vir a ser implementada pelo Juiz, independentemente de qualquer manifestação da comunidade de credores.

Nessa hipótese, uma vez admitida a tese de que o juiz poderia assim dispor, caberia então descobrir em quais circunstâncias se encontrariam presentes os requisitos para o acolhimento desse instituto no direito brasileiro.

No campo formal, destaque-se primeiramente que não é prudente que essa questão seja decidida antes da realização assembleia geral de credores, a fim de que o sujeito originariamente competente para decidir sobre o tema possa ter a oportunidade de se manifestar sobre o tema, uma vez instado pela empresa plurissocietária.

Além disso, propugna-se também a adoção do princípio da precaução ao Poder Judiciário, a fim de que ele tenha uma postura mais comedida nessa temática, evitando intervir extemporaneamente no mérito desta questão, isto é, simplesmente a pedido das recuperandas, sem antes ouvir o administrador judicial, o comitê de credores, acaso existente, e a comunidade de credores de uma forma geral, de maneira a lhe permitir tomar uma decisão mais informada possível sobre essa questão.

Quanto aos requisitos materiais, é possível estabelecer que argumentos genéricos tais como a existência de mero grupo econômico, unidade de direção e controle, escopo em comum das sociedades envolvidas ou ainda a existência de garantias cruzadas ou mesmo a mera existência de sócios em comum não são o bastante para determinar a unificação de ativos e passivos de todas sociedades integrantes de um grupo empresarial, sob o pálio de um pretensa e ficta sociedade plurissocietária, como deseja os defensores dessa modalidade de consolidação substancial[3].

[3] "De mais a mais, é preciso cautela com a associação automática de acolhimento da mera possibilidade de recuperação em conjunto à concretização de consolidação substancial, com unificação dos termos das relações obrigacionais. Justificativas genéricas como o fato da existência de direção comum, ou presença de sócios comuns em todas as empresas, ou de um escopo comum por parte de determinadas sociedade, com a devida vênia, não se prestam absolutamente a tanto,

Se isso é verdade, ressalte-se que a resposta adequada para solucionar esse tema realmente parece estar a ser indicado pelo art. 50 do Código Civil, quando ele alude ao abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de função, ou pela confusão patrimonial. Institutos como abuso de direito, fraude e má fé com prejuízo a credores, ocasionado a partir da disfunção do controle societário também são fortes indicativos de um total quadro de ausência de segregação patrimonial, como determina farta jurisprudência.

Com isso, a consolidação substancial obrigatória pode vir a ser efetivada, quando presentes fortes e expressivos indícios que apontem para um cenário de tamanha ausência de respeito aos limites impostos pela segregação patrimonial de cada sociedade isolada a ponto de não ter como distinguir centro de interesse autônomos.

A esse respeito, mencione-se que o projeto de lei em curso no Congresso Nacional que visa a modificar em parte a LRF e positivar o instituto da consolidação

quando muito a permitir o reconhecimento da existência de um grupo econômico de fato; são questões, portanto, que interessam não a autorizar eventual consolidação substancial, mas a responder à primeira indagação básica no plano da consolidação processual, a de se saber se os requerentes em litisconsórcio ativo formam efetivamente um grupo. Questões outras, por outro lado, como garantias cruzadas, ou transferência de recursos, não se prestam, renovada vênia, a legitimar o raciocínio de que as recuperações devam ser unitárias, com o esfacelamento da autonomia decorrente da personificação das diversas postulantes. É preciso neste ponto conter a excessiva benevolência que a jurisprudência, após um primeiro momento de hesitação quanto à própria possibilidade de litisconsórcio ativo em recuperações, passou a tratar o problema, acolhendo requerimentos de consolidação substancial como se decorrência natural de requerimentos em tais moldes, e como se suficiente a invocação genérica de determinadas peculiaridades no funcionamento das empresas, sem qualquer preocupação mais detida com a busca de respostas lógicas capazes de indicar em cada caso, mesmo à vista de certas características, até que ponto racionalmente inevitável a unificação da situação patrimonial de todas as empresas. O tema das garantias cruzadas é bom exemplo disso. Sua existência, em princípio, não é nem mesmo justificativa para se considerar que todas as empresas envolvidas nessa prática necessitem, cada uma de per si, requerer recuperação. Por outro lado, superado esse ponto, nota-se que muitas vezes a consolidação requerida sob tal pretexto genérico vai muito além de seus limites, envolvendo sociedades que não participam das garantias. E, quanto às efetivamente prestadoras, não existe por outro lado a preocupação de sequer se examinar qual o número ou extensão das garantias, qual sua representatividade em relação ao passivo das empresas e em que medida são efetivamente determinantes da necessidade de recuperação por parte de todas. Mas, sobretudo, não se examina nem se preocupa em explicar em que medida a existência dessas garantias justifica, e por que, a necessidade específica de uma consolidação substancial, e por que razão devam os credores todos, mesmo os não beneficiados por essas garantias, ser reunidos como massa comum, ao invés por exemplo da elaboração de planos de recuperação individuais por cada devedora. Quando se fala por outro lado em caixa único, ou confusão patrimonial, muitas vezes se sinaliza para situações de absoluta anomalia no funcionamento das sociedades do grupo, situações em que, por vezes, o deferimento impensado de uma recuperação pode representar um prêmio justamente à irregularidade, ou sua legitimação. Esse dado é especialmente relevante no tocante às incorporações imobiliárias, em que as modificações legislativas recentes e a própria segregação patrimonial representada pela constituição de SPEs para cada empreendimento, abstraída a existência ou não do patrimônio de afetação, apontam justamente para a clara possibilidade de atuação conjunta, das transferências de recursos (ao que se infere, não apenas as SPEs para as *holdings*, mas também entre elas) e de adoção de um caixa único, hábitos negociais que as agravadas confessam sem constrangimento, assumindo plena dedicação a uma promiscuidade que justamente se aceitou consensualmente, nesse mercado, ser especialmente perniciosa, como lição deixada pelo traumático exemplo da Encol. Não é aceitável, enfim, que se acene com a necessidade de oficialização da patologia como remédio contra o próprio mal. (TJSP. Agravo de Instrumento nº 2218060-47.2016.8.26.0000. Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Fabio Tabosa. DJe: 19/06/2017).

substancial obrigatória não é claro sobre este tema e parece não seguir no caminho apontado neste texto, quando elenca em caráter alternativo ao utilizar a expressão "ou" as circunstâncias acima narradas, como se bastassem ao menos uma delas, para sugerir a sua incidência[4].

Por fim, é preciso também averiguar, ainda no campo material, se o pedido de consolidação substancial obrigatória não visa somente acarretar prejuízo aos credores – requisito negativo –, seja por meio da manipulação do quórum de credores da assembleia geral de credores ou mesmo o que é pior, seja ainda para proteger interesses estranhos que não foram contemplados pelo legislador de 2005, como a proteção do patrimônio pessoal dos controladores e/ou administradores das Partes a ele relacionadas, seja por laço de parentesco ou ainda por instrumentos contratuais aparentemente lícitos, mas que, em realidade visam a escamotar a lei.

> Afinal, como sabiamente asseverou o Desembargador Fabio Tabosa do Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar o pedido de consolidação substancial formulado pelo Grupo Viver "(...) Quando se fala por outro lado em caixa único, ou confusão patrimonial, muitas vezes se sinaliza para situações de absoluta anomalia no funcionamento das sociedades do grupo, situações em que, por vezes, o deferimento impensado de uma recuperação pode representar um prêmio justamente à irregularidade, ou sua legitimação (...). Não é aceitável, enfim, que se acene com a necessidade de oficialização da patologia como remédio contra o próprio mal (...)" [5]

Nesse cenário, ressalte-se ainda ser plenamente viável o controle *ex officio* por parte do Judiciário, como guardião das regras procedimentais que visam a manter um ambiente de negociação justo, quando, diante de tais requisitos, se verificar uma seleção arbitrária de apenas parte de unidades empresariais no polo ativo de demandas concursais de reestruturação, deixando de fora empresas receptoras de ativos que lhes foram direcionados por meio de operações societárias, sem qualquer razoável dose de racionalidade econômica, a não ser para prejudicar credores[6].

---

[4] Art. 69-H. O juiz poderá, excepcionalmente, independentemente da realização de assembleia, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, quando constatar:
I – a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou recursos;
II – a existência de garantias cruzadas;
III – a relação de controle e/ou dependência;
IV – a identidade total ou parcial do quadro societário; ou.
V – a atuação conjunta no mercado entre as postulantes.
Parágrafo único. A aplicação do disposto neste artigo é condicionada à demonstração da existência de benefícios sociais e econômicos que justifiquem a aplicação da consolidação substancial.

[5] TJSP. Agravo de Instrumento nº 2218060-47.2016.8.26.0000. Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Fabio Tabosa. DJe: 19/06/2017.

[6] Recuperação judicial. Decisão determinando a inclusão de empresa do mesmo grupo econômico no polo ativo da demanda. Agravo de instrumento da recuperanda cuja inclusão se determinou. Hipótese dos autos em que a consolidação substancial, efetivamente, se justifica, dada a demonstração de confusão patrimonial e da existência de movimentação de recursos entre as empresas. Com efeito, a consolidação substancial é obrigatória, e deve ser determinada pelo juiz, "após a apuração de dados que indiquem disfunção societária na condução dos negócios das sociedades grupadas, normalmente identificada em período anterior ao pedido de recuperação judicial." (SHEILA C. NEDER CEREZETTI). Decisão agravada confirmada. Agravo de instrumento desprovido. (...) De fato, há suficientes indícios nos autos a confirmar a suspeita de que a Recuperanda integra grupo econômico formado por ela e pela sociedade FFR ASSESORIA EMPRESARIAL LTDA., que é administrada pelo

Nem poderia ser diferente, uma vez que o Poder Judiciário não pode admitir que alguém se beneficie de sua própria torpeza para auferir vantagens frente as pessoas com quem se relaciona no mundo jurídico, princípio basilar que rege qualquer relação jurídica.

---

único socio e administrador da devedora, Sr. SAVÉRIO MARCHESE. Aliado a esse fato, comprovou-se nestes autos que a sociedade FFR tem firmado dezenas de contratos de franquias com terceiros, nos quais se apresenta como detentora do direito do uso da marca 'BALÃO DA INFORMÁTICA' (fls. 7761/7768). Contudo, nos registros no INPI, consta a informação de que a detentora da marca é apenas a devedora (ECCO DO BRASIL), sem existir, em princípio, qualquer licença de uso por terceiros (fl. 7769). Ademais, considerando-se que a marca é um dos principais ativos da Recuperanda, sua exploração por outra sociedade não poderia ocorrer sem autorização judicial, nos termos do art. 66 da Lei 11.101/2005. Nisso se vê descapitalização injustificada da empresa em recuperação. Ademais, apesar das compras realizadas pelos consumidores em loja virtual gerarem boletos nos quais a beneficiaria é a Recuperanda (fl. 7773), a devedora tem apresentado faturamento bruto cada vez mais ínfimo nos últimos meses, e que chegou a ser zerado em julho/2018 (fl.7695). Logo, não se sabe, ao certo, especialmente diante da postura da sociedade empresária FFR, qual o destino e real circulação dos valores obtidos a partir das supostas vendas realizadas via *e-commerce* pela dinâmica de venda apresentada às fls. 7770/7772 e descrita às fls. 7746/7747, bem como qual o proveito econômico da sociedade da qual participa. Há, neste sentido, elementos que atestam a confusão patrimonial e desvio de recursos entre as empresas, além dúvidas acerca da viabilidade, idoneidade e operacionalização do novo modelo de negócio da Recuperanda, pautado em plataforma *market place* e abertura de franquias (*franchising*). A propósito, os valores advindos das franquias, em razão dos contratos firmados, podem estar depositados em contas da FFR, por exemplo, por ser a contratante nos acordos firmados. (...) A conduta da administração empresarial da Recuperanda, assim, tem influenciado negativamente na presente Recuperação Judicial, com prejuízos ao exercício da atividade fiscalizatória inerente ao processo Recuperacional e à própria coletividade de credores envolvida. Até o momento, a devedora não cuidou de se desincumbir do ônus de comprovar, a partir do envio das demonstrações contábeis ou outros documentos, a inexistência do mencionado grupo econômico. Pelo contrário: como já citado, tem se mostrado, pela dinâmica conduzida pela própria Recuperanda, a existência dessa consolidação. Em sua última manifestação, a Recuperanda alega não ter havido qualquer ato fraudulento ou em prejuízo aos credores, afirmando que a adoção de sua nova sistemática de trabalho decorre das exigências do mercado e que o Plano de Recuperação aprovado autoriza que assim se faça. Todavia, não se age de boa-fé, mas sim adota interpretação acerca do Plano que muito lhe favorece e prejudica credores, desvia seu patrimônio em prol de empresa que não fora trazida por ela a este processo e sonega do juízo informações contratuais **e** financeiras. (...) Existe, de outro lado, a possibilidade de que tenha havido desvio patrimonial em favor dessas empresas e de seus sócios, com esvaziamento do patrimônio da Recuperanda no contexto da recuperação judicial, especialmente diante das recentes dissoluções, após curto período contado da constituição formal dessas empresas. Existe a possibilidade, a propósito, de que crimes previstos na Lei 11.101/05 tenham sido praticados, o que demanda melhor apuração por parte do Ministério Público. Mas, conforme dito, não se vê razão para que sejam trazidas para o processo da recuperação, a menos até que novos elementos de prova sejam amealhados pela Administradora e pelo Ministério Público, Assim, diante do quadro exposto acima, para se evitar prejuízos aos credores sujeitos à presente Recuperação Judicial e para que se permita a adequada fiscalização, verifica-se categoricamente possível a formalização de consolidação substancial, com a inclusão no polo ativo da sociedade FFR ASSESORIA EMPRESARIAL LTDA., na condição de devedora, ficando obrigada a apresentar de contas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial. Providencie-se a inserção destes dados no sistema. Comunique-se a Jucesp. (TJ-SP, Agravo de Instrumento n° 2050662-70.2019.8.26.0000; Des. Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Campinas - 9ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2019; Data de Registro: 08/08/2019)

Portanto, uma vez presentes todos os requisitos formais e materiais anteriormente destacados, é de se vislumbrar como plenamente possível o acolhimento do instituto da consolidação obrigatória no direito concursal brasileiro, apesar de não ter sido previamente previsto pela LRF.

Consequência material até aqui pouco explorada pela doutrina e que visa a equilibrar o ambiente de negociação almejado pela Lei 11.101/05, mediante o desenrolar de um processo justo tantas vezes aqui defendido, é a necessidade de instauração automática do incidente para apuração de responsabilidade do controlador e administrador das sociedades isoladas integrantes de grupo de fato, por aplicação analógica do art. 82 da LRF[7], eis que a presença dos requisitos da consolidação substancial obrigatória apontam para um quadro de completa disfuncionalidade do controle societário[89] e violação dos deveres fiduciários de seus

[7] Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.
§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.
§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

[8] Art. 117, *caput*, § 1º, alínea "f" c.c. art. 246, Lei nº 6.404/76. Eis os dispositivos: "Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;"Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

[9] (...) O art. 117 da Lei Societária enuncia diversas condutas antijurídicas do controlador, que poderão afetar interesses internos da companhia e dos seus acionistas minoritários, bem como das sociedades controladas. Esta responsabilidade do controlador estende-se, nos termos do art. 246, às pessoas jurídicas controladoras de outra pessoa jurídica, no interior dos grupos de fato. Assim, a sociedade controladora deve ser obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos arts. 116 e 117, todos da Lei Societária. (...) O que o art. 246 reafirma é que não pode haver confusão de patrimônios entre controladora e controlada. E que não pode haver, sobretudo, a manipulação do patrimônio desta a favor daquela. A autonomia de personalidade de uma e de outra não pode ser meramente formal (...). No grupo de sociedades de fato, o princípio básico é o de que o acionista controlador deve exercer o seu poder de maneira legítima e equitativa, não oprimindo nem prejudicando os interesses da sociedade controlada. Não pode, o acionista controlador, utilizar o seu poder em detrimento de alguma controlada; cada sociedade deve atuar buscando a consecução de seu próprio interesse e objeto social (...) Esta Lei estabeleceu um conjunto de normas objetivando a fixação de pesos e contrapesos, assim como de limites ao exercício do poder de controle nos grupos de fato. Assim, caracteriza abuso de poder de controle o ato do controlador de levar a sociedade controlada a favorecer outra sociedade, ou o de contratar com a sociedade, diretamente ou por meio de outrem, em condições de favorecimento ou não comutativas. Na prática, a razão de ser do grupo são os benefícios que podem resultar da ação conjunta das sociedades que o integram, devendo, portanto, ser reconhecida a existência de um interesse do grupo, como unidade econômica, além do interesse de cada uma das sociedades. A Lei Societária não proíbe o apoio mútuo, a colaboração e a cooperação entre as sociedades integrantes do grupo de fato, posto que pode ser fonte de benefícios econômicos para as sociedades interessadas. No entanto, o limite a essa cooperação, necessário para proteger os credores e os acionistas minoritários, é a proibição da subordinação de interesses e de confusão ou transferência de resultados entre as sociedades". Carvalhosa, Modesto. Coleção Tratado de Direito Empresarial III: Sociedades Anônimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 1052/1055. "(...) Fraude e unidade econômica das sociedades coligadas. Mas a coligação entre sociedades pode facultar fraudes que afetem os direitos de terceiros credores, seja por meio de típicos atos e fraude contra credores – sujeitos, portanto, às normas da ação pauliana – seja por meio do recurso à distinção

administradores[101112], nos termos da legislação societária em vigor. Tal convicção é ainda mais reforçada quando se percebe que a Lei societária consagra o caráter

jurídica entre as várias sociedades, para ilidir a observância de determinados compromissos – e, então, neste caso, à vista de fraude, cumprirá atender à existência da coligação e à consequente unidade econômica das sociedades coligadas. Se, por exemplo, a sociedade A assume com B o compromisso de lhe pagar (por exemplo, como salário ou como direitos de uma patente) determinada porcentagem dos lucros e, posteriormente, constitui uma sociedade-filha ou se aproveita de uma sociedade-filha já existente, para desviar grande parte dos lucros (por exemplo: concluindo um contrato de venda dos seus produtos à sociedade filha, em condições tais que quase exclusivamente a esta caiba o lucro da operação), não deverá ser respeitada a distinção jurídica entre sociedade mãe e sociedade-filha, a fim de que não fique, obviamente, prejudicados os direitos de B (Ascarelli, Tullio. Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado. São Paulo: Quorum, 2008. P. 703)

[10] Art. 245, Lei nº 6.404/76, "os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo"

Art. 154, § 2º, alínea "a", Lei nº 6.404/76, "Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. § 2º É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;" *Sobre a responsabilidade dos administradores da controlada em caso de omissão na defesa de seus interesses* art. 153, Lei nº 6.404/76, "o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios".Art. 156, 1º da Lei nº 6.404/76, "Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los de seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros".

[11] O professor Modesto Carvalhosa explicita a possibilidade de responsabilização dos administradores da sociedade controladora e da sociedade controlada, com fulcro nos artigos acima compilados, conforme se vê abaixo: "A norma dirige-se não só aos administradores da sociedade controladora como também aos da sociedade controlada. E, com efeito, nos grupos de fato não pode haver qualquer forma de sujeição de umas sobre as outras. (...) Em consequência, se os administradores da controlada se omitirem na defesa dos interesses dela, permitindo o favorecimento da controladora, podem eles ser civil e administrativamente responsabilizados, por não terem empregado o cuidado e a diligência requeridos pelo art. 153 da Lei Societária, bem como por não terem exercido suas atribuições, visando lograr os fins e o interesse da sociedade. Nessa linha, a Lei Societária consagra o caráter comutativo das relações entre sociedade controladora e controlada, estabelecendo sistema de via dupla, no sentido de que nenhuma das sociedades componentes do grupo de fato, pode favorecer nem prejudicar as outras. Ao administrador cabe observar os critérios de prudência e lealdade na defesa dos interesses negociais da sociedade, não podendo, em prejuízo desse, estabelecer relações com coligadas, controladoras ou controladas, que visem ao benefício destas últimas em detrimento daquela, sob sua administração. A Lei Societária exige que as relações jurídicas mantidas entre as sociedades que compõe o grupo de fato obedeçam ao princípio da equivalência das prestações, somente podendo ser realizados negócios com a estrita observância de condições comutativas ou mediante pagamento adequado, conforme determina o seu art. 245. Aplica-se, assim, o princípio contido no § 1º do art. 156 da Lei Societária. (...) Isso porque, conforme mencionado, na concentração de empresas resultantes de participações acionárias relevantes, cada uma mantém íntegra sua personalidade jurídica e seu objeto, o seu fim e os seus interesses, cuja defesa está a cargo de sua administração. Em consequência, qualquer ato de liberalidade – no sentido dado pelo art. 154, § 2º, da Lei Societária brasileira – ou de favorecimento do grupo de fato caracterizará ato de improbidade. (Carvalhosa, Modesto. Coleção Tratado de Direito Empresarial III: Sociedades Anônimas. São Paulo: Editora Revista

comutativo das relações entre sociedade controladora e controlada em grupos empresariais de fato – ao contrário do que ocorre nos chamados grupos de direito, esclareça-se desde já –estabelecendo um sistema de via dupla, no sentido de que nenhuma das sociedades componentes do grupo de fato, pode favorecer nem prejudicar as outras.

Destaque-se que a instauração automática de incidente de apuração de responsabilidade do controlador e administrador muito antes de representar qualquer óbice à adoção do instituto da consolidação substancial obrigatória – enquanto instrumento mais adequado para garantir uma solução para a empresa plurissocietária –, somente o fortalece, na medida em que mais sujeitos poderão vir a ser chamados para integrarem o processo de negociação justo imaginado pela LRF que atenda ao interesses de toda a coletividade de interesses, sob pena não o fazendo, vir a ter contra si aplicados indenizações pecuniárias não acordada entre as Partes, mas sim imposta por um terceiro, o Poder Judiciário.

Ainda nessa temática, é importante primeiramente constatar que a invocação deste dispositivo diante de um quadro de consolidação substancial obrigatória não é por acaso e visa justamente evitar pedidos abusivos e desnecessários de consolidação substancial obrigatório, reservando este instituto para realmente aqueles casos onde o planejamento dos negócios empresariais encontram-se interligados a tal forma que não é mais possível imaginá-lo que não, sob a forma de uma sociedade plurissocietária.

Segundo porque o parágrafo 2º do art. 82 da LRF é claro dispor que tal incidente pode ser instaurado de *offício* pelo juiz, evitando toda aquela discussão atinente a legitimidade ou não dos credores de virem, com base na Lei das S.A, ajuizarem ações de responsabilidade civil[13] [14], bem como a dificuldade de – uma

[12] Nesta obra, o professor Daniel de Ávila preleciona, em específico, que as operações intragrupais ilícitas apresentam significativo risco aos interesses dos credores, defendendo, ao final, que as vedações dos arts. 117, 245 e 246, da Lei das S/A, funcionem como mecanismo de proteção válido também em favor dos credores, conforme se releva dos trechos abaixo, *in verbis:*"Em relação aos interesses dos credores, o principal risco da estrutura do grupo é a mobilidade interna de recursos e ônus no âmbito das sociedades agrupadas (...) Contudo, a mutabilidade do conteúdo patrimonial e a afirmação de uma vontade dominante, quando incidentes sobre a estrutura plurissocietária, resultam na ampla possibilidade de manipulação estratégica e oportunista dos bens e direitos e da própria solvabilidade das sociedades envolvidas (...) Uma das principais condutas que permitem o deslocamento de recursos internamente ao grupo – e que apresenta típico caso de abuso de poder de controle – é a celebração de contratos em condições de favorecimento, significativamente diversas daquelas que seriam negociadas por partes independentes. (...) É em função de cenários dessa natureza que se pode afirmar que as vedações constantes dos arts. 117, § 1º, alínea 'f', e 245 da Lei 6.404/1976 não existem apenas em benefício dos acionistas externos, mas também representam mecanismo de proteção aos seus credores". (Vio, Daniel de Avila. Grupos Societários: Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016. P. 114/117).

[13]"Na regulamentação legal dos grupos de sociedades, os credores são protegidos de maneira indireta apenas, por meio das regras de preservação do capital social da controlada. Este mecanismo de proteção é indireto pois o mecanismo para exercê-lo diretamente reside, em última instância, nas mãos dos acionistas minoritários, estes sim legitimados a propor a ação de responsabilização contra a controladora, por abuso do poder de controle, ou contra seus administradores, por agirem contra os interesses da companhia. Ora, se a lei não prevê adequadamente a forma de funcionamento dos grupos de fato na realidade prática, evidente que os mecanismos de proteção aos credores previstos na LSA tendem a ser ineficientes na garantia desta proteção. Em razão disso, a desconsideração da personalidade jurídica acaba sendo utilizada pela jurisprudência como forma de proteger os interesses dos credores das sociedades controladas, os

vez, admitido tal legitimação evidentemente – se precisar com absoluta perfeição o que consistiria dano reflexo e danos direto para o acolhimento de tal pleito por parte de credores, em caso de demanda individual, eis que é difícil imaginar uma situação onde o prejuízo do credor – não pagamento de seu crédito – seja desacompanhado de um prévio prejuízo à sociedade[1516].

quais são completamente ignorados pela regulamentação dos grupos. A desconsideração da personalidade jurídica acaba se convertendo em um mecanismo de correção de uma distorção entre a realidade fática e a letra da lei". (Margoni, Anna Beatriz Alves. A desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Sociedade. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. P. 159/161)

[14] "Diversamente do que ocorre em relação aos acionistas externos, nos termos do art. 246, a Lei 6.404/1976 não instituiu ação específica dirigida contra o controlador para a tutela dos credores, em face do esvaziamento patrimonial intencional da companhia. Contudo, pode-se afirmar que o legislador não o fez simplesmente porque neste caso não era necessário nem superar obstáculos de coordenação de interesses coletivos ou individuais homogêneos, nem estabelecer legitimação ativa extraordinária pela via da substituição processual, uma vez que o credor busca indenização por danos sofridos pessoal e diretamente. Ainda assim, e a despeito da tutela também oferecida pelo art. 50 do Código Civil, não se pode deixar de reconhecer certa vulnerabilidade do terceiro credor durante a consumação de atos que conduzam à deterioração da situação patrimonial da companhia devedora, mas que tenham lugar antes do efetivo vencimento (e, portanto, inadimplemento) do seu crédito. O art. 159, § 7º, ressalvou expressamente o fato de que a ação *ut singuli* dos sócios contra os administradores não exclui aquela que couber aos acionistas ou terceiros diretamente prejudicados por eventuais atos abusivos. Não parece minimamente razoável deduzir ou intuir uma imunidade processual do controlador em face dos credores que não se revistam da qualidade de acionista a partir da mera ausência de uma ressalva análoga no corpo do art. 246". Acerca da legitimidade da ação social do art. 246, em específico, o autor preleciona que "os principais requisitos definidores da legitimidade ativa do acionista minoritário para a propositura da ação *ut singuli* contra a sociedade controladora são, consoante o § 1º, do art. 246, (i) a titularidade de ao menos cinco por cento do capital social da companhia ou, alternativamente, (ii) prestação de caução por custas e honorários de advogado". (Vio, Daniel de Avila. Grupos Societários: Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016. P. 117 e 281.)

[15] Todos os autores defendem que a ação social de responsabilização do administrador poderá ser proposta: i) sociedade (art. 159, *caput*, Lei das S/A); ii) qualquer acionista (art. 159, § 3º, Lei das S/A) e iii) acionistas que detenham mais de 5% do capital social (art. 159, § 5º, da Lei das S/A). No entanto, fazem ressalva expressa acerca da possibilidade de propositura de ação individual pelos acionistas e terceiros diretamente prejudicados por ato de administrador (art. 159, § 7º). Nesse sentido, eis os seguinte ensinamentos doutrinários : "(...) Ainda que o art. 245 da Lei 6.404/1976 não contenha remissão expressa às disposições do art. 159 do mesmo diploma, não há nenhuma razão para se afirmar que não serão estas últimas a regular a ação de apuração de responsabilidade do administrador por indevido favorecimento de controladora, controladas e coligadas Por conseguinte, a respectiva ação poderá ser promovida, conforme o caso: (i) diretamente pela sociedade (*ut universi*), (ii) por qualquer acionista (ação *ut singuli* por substituição processual derivada) ou (iii) por acionistas que detenham mais e cinco por cento do capital social (ação *ut singuli* por substituição processual originária). (...). O § 7º do art. 159 da lei acionária ressalva, enfim, a responsabilidade do administrador pelos danos causados diretamente a acionistas e terceiros. Nesse caso, não se trata de perda meramente reflexa, indireta, resultante de prejuízo causado à sociedade, mas prejuízo que impacta o próprio patrimônio da parte". (Vio, Daniel de Avila, Grupos Societários: Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016. P. 268/277. "7.4. Ação de responsabilidade civil contra os administradores. Uma vez analisados os deveres dos administradores, estudaremos agora como se dá o sancionamento nos casos de eventuais descumprimentos desses deveres. Existem duas espécies de ação de responsabilidade civil dos administradores: (i) ação social; e (ii) ação individual. Estas duas espécies de ação se diferenciam pela 'titularidade do patrimônio diretamente atingido pela atuação ilícita dos administradores; o sujeito prejudicado'. Desta forma, tendo sido o prejuízo sofrido pela sociedade estaremos diante de uma ação social, cuja titularidade competirá à sociedade; já se o sujeito prejudicado tiver sido um acionista ou qualquer terceiro, a

ação será individual, competindo a titularidade àquele que sofreu o dano. O objeto das ações sociais será sempre a recomposição do patrimônio social, enquanto nas ações individuais o objeto será o reembolso dos prejuízos diretamente sofridos pelos acionistas ou terceiros. Importante ressaltar que a ação social não exclui a possibilidade da propositura de ação individual, já que os titulares e o objeto da ação são diferentes. São legitimados para propor a ação de responsabilidade civil dos administradores: (i) a própria sociedade – ação social *ut universi* – ou os acionistas na condição de substitutos processuais – ação social *ut singuli*, que poderá ser proposta na condição de substitutos processuais originários (art. 159, § 4º, da LSA) ou derivados (art. 159, § 3º, da LSA); (ii) os acionistas e terceiros que tenham sido diretamente prejudicados (...) Os administradores respondem ainda perante os terceiros e os acionistas a quem causem prejuízos diretos, (i.e. que não sejam reflexos dos danos auferidos peça sociedade) hipótese na qual o interessado terá ação individual contra o culpado (Nascimento, João Pedro Barroso do. Direito Societário Avançado. FGV Direito Rio). Compete à assembleia ordinária ou extraordinária, mesmo que não conste da ordem do dia, mas dela decorra, deliberar sobre a propositura de ação de responsabilidade civil contra o administrador que tenha causado prejuízo, circunstância em que o afastará imediatamente do cargo. (...) À margem de suas responsabilidades perante a companhia, respondem ainda os administradores (art. 159, § 7º) pelos prejuízos que causarem a terceiros ou a algum acionista individualmente, hipótese em que o interessado terá ação individual contra o administrador culpado. Diversamente da ação social, que é proposta no interesse da companhia, a ação individual compete 'ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador'. Borba, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. P. 412. Com esta ação, buscará o acionista uma indenização pessoal fundada em dano ou prejuízo que lhe tenha sido diretamente causado. A matéria objeto dessa ação não se confunde nem concorre com a que é objeto da ação social".

[16] É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, o qual se vê replicado no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que a legitimidade para propositura da ação social de responsabilidade do administrador é da própria sociedade ou dos acionistas minoritários (substituição processual), nos termos do art. 159, da Lei das S/A, sendo reservada aos terceiros prejudicados diretamente pelos atos do administrador a possibilidade de responsabilização por meio de ação individual. É o que se destaca da ementa abaixo: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA (CPC, ART. 130). NÃO OCORRÊNCIA. SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADOR (LEI 6.404/76, ART. 159) OU ACIONISTAS CONTROLADORES (APLICAÇÃO ANALÓGICA): AÇÃO SOCIAL UT UNIVERSI E AÇÃO SOCIAL UT SINGULI (LEI 6.404/76, ART. 159, § 4º). DANOS CAUSADOS DIRETAMENTE À SOCIEDADE. AÇÃO INDIVIDUAL (LEI 6.404/76, ART. 159, § 7º). ILEGITIMIDADE ATIVA DE ACIONISTA. RECURSO PROVIDO.1. Aplica-se, por analogia, a norma do art. 159 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) à ação de responsabilidade civil contra os acionistas controladores da companhia por danos decorrentes de abuso de poder.2. Sendo os danos causados diretamente à companhia, são cabíveis as ações sociais *ut universi* e *ut singuli*, estão obedecidos os requisitos exigidos pelos §§ 3º e 4º do mencionado dispositivo legal da Lei das S/A. 3. Por sua vez, a ação individual, prevista no § 7º do art. 159 da Lei 6.404/76, tem como finalidade reparar o dano experimentado não pela companhia, mas pelo próprio acionista ou terceiro prejudicado, isto é, o dano direto causado ao titular de ações societárias ou a terceiro por ato do administrador ou dos controladores. Não depende a ação individual de deliberação da assembleia geral para ser proposta. 4. É parte ilegítima para ajuizar a ação individual o acionista que sofre prejuízos apenas indiretos por atos praticados pelo administrador ou pelos acionistas controladores da sociedade anônima. 5. Recurso especial provido. (STJ. REsp 1207956/RJ. Recurso Especial 2010/0143815-3. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Rel. p/o acórdão. Min. Raul Araújo. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Dje 06/11/2014). No mesmo sentido, ainda: STJ. REsp 1214497/RJ. Recurso Especial 2010/071755-3. Rel. Min. João Otávio Noronha. Rel. p/o acórdão. Min. Raul Araújo. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. DJe 06/11/2014; STJ. REsp 1741678/SP. Recurso Especial 2011/0299244-0. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. DJe 19/06/2018; STJ. REsp 1536949/SP. Recurso Especial 2012/0044971-9. Rel. Min. Marco Buzzi. Rel. p/acórdão. Min. Raul Araújo. Órgão julgador: T4 – Quarta Turma. DJe 04/11/2016; STJ. REsp 1002055/SC. Recurso Especial 2007/0256617-7. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. DJe 23/03/2009; TJSP. Apelação com Revisão nº 9120233-05.2002.8.26.0000. Rel. Ruy Camilo. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado.

Terceiro e finalmente porque o prazo de prescrição para apuração desse tipo de responsabilidade é sensivelmente alargado no mundo real, eis que o seu termo inicial passa transcorrer a partir da data de encerramento do processo concursal, prazo este que possibilita maior tempo para os credores e administrador judicial vir a apurar possíveis irregularidades por parte da empresa em crise.

## CONCLUSÃO

Como se viu, a problemática em torno da consolidação obrigatória de grupos empresariais de fato e da necessidade de atribuição de responsabilização de administradores e controladores de empresas plurissocietárias violadoras do princípio da segregação patrimonial é um, dentre os inúmeros temas decorrentes da necessidade de estabelecer um adequado convício entre o direito societário e o direito recuperacional.

A necessidade de se estabelecer um adequado convívio é essencial na busca de um sistema eficiente de reestruturação de empresas, na medida em que o ambiente de negociação almejado pela LRF tende a ter as suas forças reequilibradas, a fim de que as Partes interessadas sejam capazes de por si próprias alcançar uma solução consensual que atenda aos seus interesses, sem a possibilidade de se valerem de artimanhas processuais e materiais que somente visam a atender os seus interesses egoísticos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Quorum, 2008. P. 703.

CARVALHOSA, Modesto. **Coleção Tratado de Direito Empresarial III**: Sociedades Anônimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CEREZETTI, Sheila Neder. **Parecer acerca da aplicação da consolidação substancial em processo de recuperação judicial emitido em 17 de outubro de 2016.**

MARGONI, Anna Beatriz Alves. **A desconsideração da Personalidade Jurídica nos Grupos de Sociedade**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. P. 159/161).

TJ-SP, Agravo de Instrumento n° 2050662-70.2019.8.26.0000; Des. Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Campinas - 9ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2019; Data de Registro: 08/08/2019)

_____. **Agravo de Instrumento nº 2218060-47.2016.8.26.0000.** Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Fabio Tabosa. DJe: 19/06/2017).

_____. **Agravo de Instrumento nº 2218060-47.2016.8.26.0000.** Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Fabio Tabosa. DJe: 19/06/2017.

VIO, Daniel de Avila. Grupos Societários: Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2016. P. 114/117.

# AMPARO JURISDICIONAL DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS CARTÉIS E TRUSTES: o efeito das fraudes na livre concorrência do mercado brasileiro

**ANA CAMILA FERNANDES TAMPELINI MAGRI** [1]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Fases do capitalismo. 2. Mecanismos de controle da concorrência. 2.1 legislação. 2.2 Legislação brasileira. 2.3 Exemplos de cartel. 2.4 Truste. 2.5 *Holding*. 2.6 Exemplo de *holding* no mercado brasileiro. 3. Sistema brasileiro de defesa da concorrência. 3.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. 3.2 Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – SEPRAC. 3.3 Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loterias – SEFEL. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Neste trabalho serão abordadas as práticas econômicas conhecidas como cartel e truste, que de sua forma particular interferem no princípio da livre concorrência. Será abordado também porque as *holdings* não são consideradas práticas desleais, sendo que são muito parecidas com as outras duas modalidades anticoncorrenciais.

De forma simplificada, cartéis, trustes e *holdings* são práticas do capitalismo monopolista (ou financeiro) nas quais poucas empresas detêm o controle da maior parte de um segmento de mercado com objetivo de eliminar a concorrência para maximizar os lucros e dominar o mercado.

Em contrapartida, será analisado de qual maneira o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – e o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – trabalham na proteção da economia e se as suas performances são eficientes, tanto para empresas públicas ou privadas.

---

RESUMO: O presente artigo analisa o conceito geral sobre capitalismo, especificamente em relação ao controle da economia e possíveis fraudes que podem afetar a livre concorrência, com base no mercado brasileiro. Também trata de situações reais de cartéis, trustes e holdings e a forma como o Estado age diante desses monopólios e oligopólios disfarçados. A problemática enfrentada pela pesquisa é se, o poder público trabalha igualmente na resolução do problema quando se trata de empresas estatais, ou a fiscalização só é eficaz quando falamos em empresas privadas? O objetivo principal é analisar os mecanismos de controle da concorrência. Conclui que o princípio da livre concorrência é constantemente violado e torna-se de extrema importância que o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica – exerça sua função de investigar e decidir, sem que haja diferença entre empresas públicas e privativas. A pesquisa foi realizada pela técnica da pesquisa bibliográfica, artigos e estudos publicados, na qual os principais conceitos foram explorados para que se tenha maior entendimento da matéria exposta.
Palavras-chave: Cartel – Truste – *Holding* - Livre Concorrência - Concorrência desleal.
ABSTRACT: This article analyzes the general concept about capitalism, specifically in relation to the control of the economy and possible fraud that can affect free competition, based on the Brazilian market. It also deals with real cartels, trusts and holding companies and how the state acts in the face of these monopolies and disguised oligopolies. The problem faced by research is whether, does the government also work to solve the problem when it comes to state-owned enterprises, or is supervision only effective when we talk about private companies? The main objective is to analyze the mechanisms of competition control. It concludes that the principle of free competition is constantly violated and it becomes extremely important that CADE - Administrative Council of Economic Defense - exercise its function of investigating and deciding, without any difference between public and private companies. The research was carried out by the technique of bibliographic research, articles and published studies, in which the main concepts were explored in such a way as to have a greater understanding of the exposed matter.
Keywords: Cartel – Trust- Holding - Free Competition - Unfair competition.
[1] Graduanda de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Sorocaba.

A presente pesquisa tem como objetivo geral explicar pontos importantes desde o início do capitalismo até o período atual em que vivemos com base na economia e nas práticas relativas à concorrência.

Os objetivos específicos são: definir as fases do capitalismo; descrever os mecanismos de controle da concorrência; identificar o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

A pesquisa foi realizada pela técnica da pesquisa bibliográfica, este é um artigo de revisão. A pesquisa bibliográfica objetiva apreciar distintas contribuições disponíveis sobre um tema. É de grande estima na vida acadêmica, pois ela ampara na determinação dos objetivos, na constituição de hipóteses, na fundamentação da escolha do tema e na elaboração do relatório final e isso futuramente nos ajudará a sermos excelentes profissionais.

Segundo Maia (2008) a pesquisa bibliográfica, no contexto da formação acadêmica, almeja levar o aluno a comunicar-se de forma correta, inteligível, demonstrando um pensamento estruturado, plausível e convincente através de regras que estimulam à prática da leitura e análise dos textos em questão para a formação de um juízo de valor, crítica ou apreciação com argumentação plausível e coerente.

A base de dados terá fontes como livros, jornais, revistas científicas, relatórios, teses, dissertações e outros documentos disponíveis na internet. Serão consultadas as seguintes bases de dados: Google Acadêmico, Periódicos CAPES, Biblioteca Digital de Teses e Dissertações e Scielo. Esse trabalho incluirá pesquisas entre 2005 a 2020 e serão buscadas pelas seguintes palavras-chave: Cartel; Truste; *Holding*; Livre Concorrência; Concorrência desleal.

A primeira parte descreve o capitalismo e suas fases, a segunda analisa os mecanismos de controle da concorrência, a terceira destaca o sistema brasileiro de defesa da concorrência e seguimos para conclusão e referências.

## 1. Fases do Capitalismo

O capitalismo comercial ou mercantil, é também, conhecido como período "pré-capitalista" por ser considerado a primeira fase da economia capitalista, com início na Idade Moderna e duração até a Revolução Industrial.

A 'Era Feudal' foi tomada pelos interesses econômicos, políticos e sociais da nova classe que havia surgido após as colonizações. A burguesia buscava o enriquecimento por meio da acumulação de metais preciosos que serviam como moeda de troca, além das manufaturas, vendas de especiarias, comércio de escravos e produtos agrícolas (CRUZ et al, 2020)

Assim, surge o sistema capitalista comercial, com base no lucro sobre as mercadorias comercializadas e em uma economia centrada nas trocas, aumentando as taxas alfandegárias e a busca da balança comercial favorável, conhecida como *superávit*.

O Capitalismo Industrial é a segunda fase da economia capitalista. Surge com a Revolução Industrial e se fortalece com a Segunda Revolução Industrial com o desenvolvimento da energia elétrica, invenção dos meios de comunicação e transporte, além do surgimento de novas sustâncias químicas que proporcionaram, de forma geral, a industrialização. Desse modo, as máquinas substituíram o trabalho manual. Os produtos que eram manufaturados se tornam industrializados,

aumentando cada vez mais a produtividade em larga escala e expandindo o mercado consumidor pelo mundo. (ANTUNES, 2006).

As relações internacionais foram essenciais para consolidar a terceira fase do sistema capitalista chamada de capitalismo monopolista.

O Capitalismo Monopolista ou Financeiro (NETTO, 2006) inicia-se com a Terceira Revolução Industrial e perdura até a atualidade. Surgem as grandes empresas interessadas, principalmente, na dominação da oferta de determinado produto ou serviço, o famoso monopólio. De produtos industriais, os interesses agora estão diretamente ligados aos produtos financeiros, como juros, financiamentos, ações e investimentos, empréstimos e outras formas de créditos, as quais são transformadas em mercadorias.

Conforme descrito por (NETTO, 2006) os bancos e indústrias se unem e o capital passa a ser controlado por instituições financeiras, como bancos, corretoras de valores ou empresas multinacionais, concentrando cada vez mais o capital e aumentando a concorrência. Nesse período surgem as formas de controle da economia, conhecidas como cartéis, *trustes* e *holdings*.

## 2. Mecanismos de controle da concorrência

A cartelização pode ser definida com a realização de certas práticas, como combinação de preços em um mesmo patamar, de forma a evitar a concorrência entre produtos e serviços de um mesmo ramo, assim como a manipulação da oferta e a divisão de clientes e mercados de atuação (VIEIRA, 2019).

Acontece que, duas ou mais empresas – ou até mesmo órgãos - de um mesmo setor combinam medidas para controlar o mercado em que estão inseridas, passando a coordenar suas atitudes de forma conjunta, tornando-se aliadas e não mais concorrentes entre si, gerando assim, um monopólio implícito (VIEIRA, 2019).

Quando as empresas ou órgãos utilizam este método, combinando a quantidade que irão produzir e os preços que os produtos terão, o resultado com certeza será gratificante para os mesmos, porém grande malefício aos consumidores.

Os objetivos, resumidamente, são dominar o mercado e aumentar expressivamente o lucro de partes que antes eram concorrentes, de modo que o consumidor passa a não ter liberdade de escolha. Com preços e quantidades manipulados, o consumidor perde seu poder de mercado e, simplesmente, aceita o que lhe foi imposto.

Os preços elevam, (VIEIRA, 2019) de maneira geral, beneficiando empresas que, talvez, não sejam tão eficientes para a demanda do mercado, não oferecem qualidade, não inovam e, ainda, inibem a inovação do setor. Novos concorrentes não conseguem competir com um monopólio formado, causando assim a perda de competitividade no setor, afetando diretamente a economia.

### 2.1 Legislação

A Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, dispõe sobre “crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências”. Mais especificamente no artigo 4, é possível analisar que, no Brasil, a prática de cartel é crime e quem comete deve ser punido.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é responsável pela ascensão de uma economia competitiva, por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil. Seguindo este cenário, em 2011 temos a promulgação da lei de defesa da concorrência brasileira Lei 12.529/11, também denominada como "Lei Antitruste", que reformou a antiga lei 8.884/94, essa a primeira que adotou a postura dualista, ou seja, atuando tanto no controle da conduta como na estrutura defendendo de vez a matéria antitruste, transformando o CADE em autarquia (CARVALHO, 2006).

Quem monitora as práticas que ferem a livre concorrência é, principalmente, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – órgão que faz parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Além da punição penal, segundo as informações do CADE, membros de cartéis estão sujeitos ainda à persecução na esfera civil. A Lei de Defesa da Concorrência prevê que consumidores podem ingressar em juízo, diretamente ou por meio de associações, Ministérios Públicos e PROCONs, para obter indenização por perdas e danos sofridos pela prática de cartel. As ações de indenização são realidade em outros países, sendo que as primeiras ações desse tipo já foram propostas no Brasil, apesar de não haver muita procura. (CARTILHA DO CADE, 2011).

## 2.2 Legislação brasileira

A Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, dispõe sobre as políticas antitrustes no Brasil.

É importante ressaltar que a prática de cartel e truste é considerada crime na nossa legislação, e é definida na seguinte forma, com base no Art. 36 desta mesma lei:

> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
>
> I - Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
>
> II - Dominar mercado relevante de bens ou serviços;
>
> III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
>
> IV - Exercer de forma abusiva posição dominante.

A Lei que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e alterou a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 e outras, também dispõe as penas a serem aplicadas nos artigos 37 a 45; multas, reincidências multas em dobro.

Unificar empresas não é crime, mas agregar preços, sem ponderar a qualidade ou funcionalidade do produto ou serviço, diminuindo e restringindo as opções do consumidor em beneficio somente dos lucros é estimado sim prática abusiva e atentatória à livre concorrência.

Exemplos:

Como já mencionado, truste é uma prática comercial na qual empresas que já detém grande parte do mercado se unem ou se ajustam, de forma a controlar o mercado em que estão inseridas.

O alinhamento das empresas Sadia e Perdigão é o exemplo mais conhecido e uma das maiores fusões do ramo alimentício na América Latina; ambas se tornaram a BRF Brasil Foods. (CARTILHA DO CADE, 2011).

Outro caso famoso foi a fusão Nestlé-Garoto, mas esta foi reprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em razão do princípio da livre concorrência e da política antitruste. A junção das duas empresas traria um grande risco ao mercado brasileiro de chocolates, já que nenhuma empresa conseguiria concorrer com uma grande potência desse nível.

## 2.3 Exemplos de cartel

Apesar de ser contraditório, o cartel só existe onde há interferência governamental. O governo, que deveria abominar essa prática para o bem-estar dos consumidores finais, acaba protegendo de forma implícita empresas grandes que controlam o mercado.

As telefonias de celular, no Brasil, são tão escassas que podem ser citadas em uma breve contagem de dedos. Isso ocorre porque para entrar nesse ramo de mercado é necessária uma autorização das agências reguladoras como, por exemplo, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações –, além do alto custo para se estabelecer e concorrer com as empresas já fixadas. (BARROS et al, 2017).

Existem, também, diversas condenações por prática de cartel no mercado de distribuição de serviços de transporte de passageiros de táxi. Em geral, a conduta consiste em preços elevados e qualidade questionável.

Outro exemplo são os Conselhos Profissionais, ou de Classe. É necessário questionar o motivo que um cidadão graduado deve pagar anualmente uma taxa para um único Conselho existente no seu ramo para poder exercer a sua profissão (SOBRINHO, 2015).

O Estado define que estes órgãos são exclusivos para garantir a qualidade dos serviços prestados, gerando assim um monopólio.

Uma pessoa graduada em Direito não pode exercer a advocacia se não pagar o altíssimo valor estipulado pela Ordem dos Advogados Brasileiros, assim como profissionais da odontologia não podem dar descontos aos seus pacientes porque o Conselho de Dentista não permite reduzir o valor por se tratar de ramo da saúde (SOBRINHO, 2015).

Ainda, um veterinário formado não pode oferecer serviços de forma gratuita a animais em situações vulneráveis porque o Conselho Medicina Veterinária não aceita esse tipo de trabalho.

Destaca (SOBRINHO, 2015) que é necessário que existam organizações privadas que disputem um serviço de regulação de qualidade, como o ISO 9001, por exemplo, que é um sistema de gestão que tem o objetivo de garantir a otimização de processos e a qualidade de produtos. Assim, o consumidor final pode escolher se quer um produto ou serviço aprovado por esse regulador.

## 2.4 Truste

O truste, assim como o cartel, (AMADO E VIALÔGO, 2019) é uma prática de controle do mercado considerada anticoncorrencial. Aqui duas ou mais empresas – ramos iguais ou diferentes – se unem com o objetivo de dominar a oferta de produtos e serviços.

Quando essas empresas se juntam, mantêm a sua autonomia, mas se beneficiando do compartilhamento de componentes de cada produção, do poder de negociação com fornecedores e do aumento da participação de mercado para suprimir a ação de seus concorrentes com o objetivo de obterem lucros maiores.

Tipos de trustes:

Quando é dito sobre estratégia de crescimento de empresas, na área das finanças, encontramos os termos horizontal e vertical. Assim também é quando falamos de tipos de trustes.

O truste horizontal (KREIN, 2018) se forma quando duas empresas do mesmo setor de produtos ou serviços decidem se juntar com o objetivo de eliminar empresas concorrentes de menor porte, gerando assim um monopólio, já que a concorrência não tem espaço quando duas empresas comuns se tornam uma única grande empresa.

Para entender melhor, há o exemplo de um comércio de roupas que lida diretamente com o consumidor final. Essa loja compra a mercadoria de um fabricante para poder vender. Ou seja, não está presente no setor da produção das peças. Quando esta se une a outra empresa que também vende os mesmos produtos, mas não os produz, também, forma-se um truste horizontal.

Lembrando que, só será uma concorrência desleal se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – reconhecer que a junção dessas empresas é prejudicial a livre concorrência.

Já o truste vertical (KREIN, 2018) se difere do horizontal no produto ou serviço a ser oferecido. Aqui o produto a ser comercializado é diferente e o setor de cada empresa também. Nesta modalidade, o objetivo é dominar o mercado desde à extração da matéria prima até a distribuição ao consumidor final.

Seguindo no exemplo do truste horizontal, o comércio de roupas se fundiria com a empresa produtora de tecidos, com a fábrica de confecção e com a transportadora responsável pela distribuição dos produtos finais.

Mais do que somente a preocupações sobre o bem-estar do consumidor, a constatação do valor econômico dos dados pessoais para as plataformas, bem como dos possíveis efeitos negativos do uso desses dados sobre a concorrência, deve conduzir a uma indagação sobre o papel do direito da concorrência, especialmente sobre sua incapacidade de, até o momento, representar alguma intervenção efetiva sobre o que TAPLIN (2017) chama de os “grandes trustes” da atualidade. Isso porque as metodologias de análise centradas em efeitos de curto prazo sobre preços e sobre oferta não é capaz de captar estratégias adotadas por plataformas em mercados de preço zero, estratégias que poderiam ser consideradas “irracionais” pela Escola de Chicago

*Sherman Act* e as leis antitrustes:

A lei antitruste americana, de 2 de julho de 1890, chamada de Sherman Act, juntamente com a Federal Trade Comission, inspirou a criação da legislação brasileira em relação as práticas anticoncorrenciais, como o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

O livro “Direito concorrencial: as estruturas” de Calixto Salomão Filho mostra em qual contexto surgiram as leis antitrustes nos Estados Unidos da América, que no momento passava por um crescimento elevado de carteis e trustes, que lucravam com os preços abusivos.

> A exposição dos fatores político-econômicos relevantes para aprovação do Sherman Act permite focalizar corretamente a questão. Em primeiro lugar, fica bastante evidente que a maior preocupação relativamente aos monopólios naquela época eram os efeitos econômicos negativos sobre o consumidor.
> A preocupação principal é, portanto, com o poder dos monopolistas sobre os consumidores. Não só o poder econômico, também o poder político.
> O Sherman Act é uma lei promulgada em um contexto político-econômico de proteção do consumidor contra o "excessivo poder econômico no mercado". É essa sua única preocupação. (2007)

Em contrapartida, há também o raciocínio da Forgioni em respeito às primeiras leis antitrustes criadas nos Estados Unidos:

> O Sherman Act de 1890 representa, para muitos, o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Com efeito, essa legislação deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la. Não se deve dizer que o Sherman Act constitui uma reação ao liberalismo econômico, pois visava, justamente, a corrigir distorções que eram trazidas pela excessiva acumulação de capital, ou seja, corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal. Não obstante a opinião contrária de parte da doutrina norte-americana, o Sherman Act tratou, em um primeiro momento, de tutelar o mercado (ou o sistema de produção) contra seus efeitos autodestrutíveis. (2012).

É possível analisar que o *Sherman Act* foi muito bem visto pelos doutrinadores brasileiros, tanto para a manutenção da economia quanto em relação a proteção do consumidor, de forma a garantir o bem-estar da sociedade como um todo.

## 2.5 Holding

*Holding* é uma companhia que apenas administra outras empresas, por meio da aquisição de ações.

TEIXEIRA (2007) elucida que a expressão *holding* significa segurar, manter, controlar, guardar. Essa prática não é considerada crime na legislação brasileira, mas merece ser colocada como um tópico por ainda sim ser uma forma de controle de mercado, assim como os cartéis e trustes.

A diferença seria que a *holding* tem a única função de administrar as outras empresas comprando suas cotas e exercer o poder de organização como principal acionista.

Desta maneira a figura da *Holding* tida como uma inovação jurídica suficiente a burlar a legislação, tornou-se comum com o avanço do mercado (JUNIOR; SILVA, 2014).

A *holding*, além de concentrar participações societárias pode servir para controlar patrimônios com a finalidade de desenvolver planejamentos estratégicos e financeiros, considerando a possibilidade da redução de custos e tributos.

A *holding* patrimonial tem sido muito utilizada nos tempos atuais pois, ao ser proprietária de um determinado patrimônio a diminuição dos impostos fiscais caem consideravelmente.

Os interesses desta pesquisa se baseiam no mercado econômico e não no patrimônio, mas é interessante entendermos como funciona na prática. Vejamos:

Para BERGAMINI:

> [...] trata-se da utilização da *holding* como forma de proteção patrimonial. Esta aplicação decorre dos riscos e custos elevados de se ter um patrimônio substancial em nome de pessoas físicas. Assim, cria-se uma pessoa jurídica controladora de patrimônio e denominada *Holding* Patrimonial, em cujo nome constarão as expressões "Empreendimentos", "Participações" ou "Comercial Ltda.". Esta empresa recebe todos os bens de seus sócios, os quais passam a deter apenas quotas da empresa, sendo ela normalmente constituída sob a forma de uma sociedade limitada. (2009).

## 2.6 Exemplo de *holding* no mercado brasileiro

A UNILEVER, multinacional britânica-neerlandesa de bens de consumo sediada em Roterdã, nos Países Baixos, e em Londres, no Reino Unido, produtora de alimentos, bebidas, produtos de limpeza e produtos de higiene pessoal, é um grande exemplo.

Não se caracteriza como fraude à economia pois, as empresas administradas pela Unilever, têm concorrência entre si, acontece que tem apenas os mesmos gestores, mantendo preços concorrentes, assim como a qualidade do produto (TEIXEIRA, 2007).

## 3. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto por três autoridades. A primeira é o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica que é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e a SEAE/MF – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda que na verdade foi extinta pelo governo federal, dando lugar a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência e outra de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria.

## 3.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (VIEIRA, 2019) tutela o direito da livre concorrência, e tem como finalidade a intervenção na economia e no exercício da atividade econômica. É importante na garantia da quantidade produzida atendendo aos desejos do consumidor, e evita o aumento artificial de preços, minimizando o tabelamento e a diminuição do público consumidor. É responsável pela análise dos atos de concentração econômica, como fusão de aquisição (trustes).

A relevância do CADE (MATIAS-PEREIRA, 2014) é dada pelo Estado: Busca-se evitar, portanto, que as empresas estabelecidas chacoteiem de suas posições predominantes, infligindo restrições à competição nos mercados em que operam ou, ainda, desenvolvam seu poder de mercado por meio de uniões ou composições com empresas concorrentes. Ainda, pode se argumentar que a potência no empenho de se dominar os procedimentos anticompetitivos está conexa aos seguintes feitios: uma sociedade consciente da relevância da livre concorrência para afiançar preços justos e o respectivo arcabouço jurídico-institucional que perpetrar auxiliar essa aspiração da sociedade.

Em relação aos trustes, o Conselho Administrativo de Defesa da Economia tem poder de aprovar ou reprovar fusões de certas empresas, assim como impor restrições, por exemplo, aprovar apenas em partes ou com condições, de modo a evitar que estas desequilibrem o mercado e concentrem muito poder sob as mãos de uma única empresa (VIEIRA, 2019).

### 3.2 Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - Seprac

A Secretaria da Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência elabora estudos que analisam, de forma concorrencial, as políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores de produtos ou serviços.

COÊLHO (2016) descreve que a Seprac tem voz ativa nas propostas legislativas que tramitam no Congresso Nacional, nas propostas de agências reguladoras, nas avaliações solicitadas pelo CADE, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelos fóruns relativos ao Ministério da Fazenda. Para finalizar, a Seprac participa como *amicus curiae* em processos administrativos e judiciais.

### 3.3 Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loterias - Sefel

Para DENNY E LEÃO (2019) o objetivo da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria é monitorar as políticas fiscais, as de energia e governar prêmios e sorteios, visando o aumento da produtividade, o equilíbrio da concorrência a fim de melhorar os indicadores sociais e econômicos. Em suma, a Sefel substituiu o Seae – Secretaria de Acompanhamento Econômico – na avaliação e formulação da política fiscal, avaliando as políticas públicas e acompanhando a evolução do gasto estatal, com o objetivo de promover a sustentabilidade das contas do Estado. Além de exercer competências relativas à promoção da concorrência no setor de energia.

Por fim, visando a defesa da economia, realiza a governança de prêmios e sorteios, fazendo regulamento de loterias, promoção comercial e recolhimento antecipado de poupança popular.

## CONCLUSÃO

O capitalismo monopolista trouxe mudanças expressivas para o comportamento da sociedade. Mercado competitivo, concorrência acirrada, consumismo exacerbado, a globalização, e inclusive, o próprio capitalismo, figuram como os grandes vilões, os causadores das práticas desleais que ferem o princípio da livre concorrência.

A competição natural no meio econômico busca, e deveria buscar, o desenvolvimento econômico e social, entretanto algumas empresas aproveitam de vantagens alheias com o intuito de conseguir benefícios de forma desonesta.

O Estado deveria ser o grande defensor da economia ao eliminar todos os tipos de monopólio e incentivar novas empresas a entrarem no mercado, no entanto o que acontece é totalmente o oposto disso.

Quando empresas privadas atentam contra a livre concorrência, praticando o cartel ou truste, logo já são abordadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e proibidas de continuar qualquer prática, sendo penalizadas também.

Acontece que, quando se trata de empresas públicas não ocorre a mesma fiscalização, como se o Estado obtivesse um alvará para fazer parte de um monopólio ou oligopólio. E é nesse ponto que o produto ou serviço já não tem a qualidade devida, preços absurdos, além de desvio de dinheiro e a corrupção.

Da mesma forma, os serviços regulamentados pelo governo pecam na eficiência. Um exemplo bem marcante seria dos Conselhos Profissionais, além das empresas de telefonia, que oferecem valores abusivos e serviços de péssima qualidade.

A solução para esse problema seria a privatização desses órgãos reguladores, assim o próprio consumidor decide qual tipo de produto ou serviço deseja consumir, sem ser obrigado a se alinhar a um órgão monopolizado.

Se a concorrência é livre não há sentido a interferência do Estado.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**


AMADO, Paulo Renato. VIALÔGO, Tales Manoel Lima. Sistema brasileiro de defesa *da concorrência: o controle judicial das decisões do Cade*. **Revista JurisFIB.** ISSN 2236-4498. v. X, Ano X. Dezembro 2019. Bauru – SP.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

BARROS, Alexander Bravo; FALCÃO, Renato Santos; SILVA, Cleverson Neri Machado da. **Mercado de telefonia móvel no Brasil:** análise feita sob a ótica do cliente em avaliação da qualidade dos serviços *das operadoras*. 2017. 79 f.
Trabalho de Conclusão de Curso (Curso Superior de Tecnologia em Sistemas de Telecomunicações), Departamento Acadêmico de Eletrônica, Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

BERGAMINI, Cecília Whitaker. **Liderança:** administração do sentido. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 01 out. 2020.

CAMELIER DA SILVA, Alberto Luís. **Concorrência desleal:** atos de confusão. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo; VERENHITACH, Gabriela Daou. **Manual de Direito da Concorrência.** 1. ed. jan. 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1995.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica.** Belo Horizonte: Fórum, 2015. 1ª edição, 2ª reimpressão: jan. de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaios e pareceres de direito empresarial.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRUZ, Ene Peltman Sousa. ROCHA, Victor de Freitas. BRANDÃO, Viviane Bernadeth Gandra. O mundo do trabalho no capitalismo: organizações econômicas e a exclusão social**. Revista Serviço Social em Perspectiva**. v. 4, Edição Especial, março de 2020. Anais do II Encontro Norte Mineiro de Serviço Social. Disponível em: https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/sesoperspectiva. Acesso em: 01 out.2020.

DENNY, Danielle Mendes Thame; LEÃO, Gabriel Augusto Costa Santos Nascimento. Publicidade lotérica: uma análise das promoções comerciais sob aspectos da responsabilidade social corporativa, direito do consumidor e proteção a dados pessoais. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 23, n. 9, p. 302-322, fev. 2020. ISSN 2358-1352. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5125/4534. Acesso em: 09 out. 2020. doi:http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v23i9.5125.

FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial.**16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste.** 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES Juliana Oliveira. **Direito antitruste:** o combate a cartéis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
HOPPE, Hans-Hermann. *Uma teoria do socialismo e do capitalismo*. Tradução de Bruno Garschagen. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

KREIN, Julia. Trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo Facebook. **RDC,** vol. 6, n° 1. Maio 2018, p. 198-231.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira ; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de holding. **SCIENTIA IURIS**, Londrina, v.18, n.2, p.55-71, dez.2014. Disponível em: www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/15481/15386. Acesso em: 20 jun. 2020.

MATIAS-PEREIRA, José. ***Manual de defesa da concorrência*:** política, sistema e legislação antitruste brasileira. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, t. XVI e XVII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

NETTO, José Paulo. **Capitalismo monopolista e serviço social.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** *as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOBRINHO, Leonardo Machado. **Limitações ao poder de tributar em relação aos conselhos profissionais.** Rio de janeiro: 2015.

TAPLIN, Jonathan. Não dá mais para disfarçar danos causados por Google e Facebook. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 25 de abril de 2017. Opinião. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/tec/2017/04/1878274-nao-da-mais-para-disfarcar-danos- causados-por-google-e-facebook.shtml. Acesso em: 13 set. 2020.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding familiar. **Artigo, JurisWay**. Tupã/SP, 2007. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=661 Acesso 20 jun. 2020.

VASCONCELLOS, Marco Antônio S. e GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de Economia.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Gustavo Pincerato. **Qual tipo de prova condena um cartel no Brasil? uma pesquisa empírica sobre a tipologia das provas nas condenações do CADE**. *2019. 82 f., il*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

# A ALOCAÇÃO DE RISCOS PARA AS PARTES À LUZ DA TEORIA DO *DESIGN* CONTRATUAL[1]

**MARIANA FERRARI MESQUITA DA SILVA MONTEIRO**

*"No xadrez, o vencedor é aquele que faz a jogada seguinte ao último erro da partida." (Savielly Tartakower)*

[1] RESUMO: O conceito contemporâneo de contrato surge a partir da década de 80: o contrato como um produto social, devendo ser interpretado dentro deste contexto. O contrato, a partir do final do século XX, se revela como um suporte para a operação econômica. Nesse sentido, o contrato passa a atuar como um programa de conduta futura e traz em seu bojo, dentre outras características, a assimetria de informação entre as partes signatárias e riscos e incertezas acerca de seu objeto. Encarando-se o contrato como instrumento de uma operação financeira, indaga-se: qual parte deve suportar os riscos existentes? É possível prever todas as variáveis? Quais os mecanismos existentes para antever e distribuir estrategicamente os riscos para as partes? A teoria do design contratual vem para conceder às partes signatárias do contrato a possibilidade de antecipar estrategicamente riscos e resultados de uma possível disputa judicial. Segundo tal teoria, além do contrato ser um artefato a serviço da economia e circulação de riquezas, é um instrumento apto a antecipar ou postergar conflitos entre as partes. Sem a pretensão de esgotar o tema, o trabalho tem como objetivo traçar linhas sobre a teoria do *contract design* e a sua influência na alocação de riscos para as partes, trazendo à baila questões jurídicas econômicas que permeiam o cotidiano de todo aplicador do Direito e analisando-as à luz desta contemporânea teoria contratual. Por fim, dada a urgência do tema, propõe-se um estudo analítico do atual cenário jurídico instalado pelo COVID-19 frente aos riscos alocados no front-end nos instrumentos contratuais e a lacuna superveniente trazida pela pandemia aos contratos incompletos.
Palavras-chave: *Design* Contratual - Alocação de Riscos - Contratos Incompletos - Termos Vagos - Teoria dos Jogos - Informações Assimétricas – Renegociação - COVID-19.
ABSTRACT: The contemporary concept of contract comes from the 1980s: a contract shall be understood as a social product and shall be interpreted within society's context. The contract, from the end of the 20th century, reveals itself as a support for the economic operation. In this sense, the contract starts to act as a future conduct program and brings, among other characteristics, an asymmetry of information between the parties and risks and uncertainties about its object. Facing the contract as an instrument of a financial transaction, some questions show up: which party should absorb the existing risks? Is it possible to predict all variables? What mechanisms exist to foresee and strategically distribute risks to the parties? The theory of contractual design is granted to contract parties as a possibility of strategically anticipating risks and results of a possible legal dispute. According to this theory, besides the contract being an artifact of economy and circulation of goods, it is an adequate instrument to anticipate or postpone conflicts between the parties. Without any claim to covering this topic exhaustively, this work aims to trace lines of the theory of contract design and its influences on the allocation of risks to parties, bringing to discussion the economic legal issues that are present in everyday life of every contractual lawyer, analyzing it in the light of this contemporary contractual theory. Last, but not least, due to the major attention it deserves, an analytical study of the current legal scenario put by COVID-19 in face of the allocated risks at the front-end in the contractual instruments and the following gap brought up by this pandemic to the incomplete contracts.
Keywords: Contractual Design - Risk Allocation - Incomplete Contracts - Vague Terms - Game Theory - Asymmetric Information – Renegotiation - COVID-19.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Teoria do *Design* Contratual. 1.1 Conceito de Contrato sob a ótica do *Contract Design*. 2. A Alocação de Riscos. 2.1 A Estratégia dos Contratos Incompletos e dos Termos Vagos. 2.2 Reflexos da Teoria dos Jogos na Distribuição dos Riscos na Renegociação. 3. O *Design* Contratual Aplicado: Contratos Incompletos e a Análise no Back-End no Contexto do COVID-19. 3.1 A Pandemia e a Lacuna Contratual Superveniente. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

A autora propõe neste trabalho reflexões atinentes à moderna teoria norte-americana do *contract design*, proposta por Robert E. Scott e George G. Triantis.

As linhas ora traçadas encontram relevância no cotidiano do advogado contratualista, que, rotineiramente, se vê rodeado por diversas alternativas para conduzir uma determinada negociação e para redigir as cláusulas de um instrumento jurídico. Como o advogado poderá então optar pela melhor via a fim de mitigar os potenciais riscos envolvidos? Partindo da premissa que todo contrato é elaborado para suportar uma transação econômica, pelo presente esboço, são delineadas breves considerações sobre estratégias que podem ser adotadas pelas partes e seus advogados sob a ótica da teoria do *design* contratual, que são baseadas, inclusive, na experiência da autora.

Ainda, resta evidente que o Direito, contrariamente ao que as teorias mais retrógradas podem afirmar, está intimamente ligado ao pensamento matemático e estratégico. Nunca foi tão exigido que o advogado tivesse a precisão de um cirurgião: as palavras, métodos e estrutura de negociação escolhidas impactarão diretamente no aumento ou redução da probabilidade de ocorrência das mais variadas contingências envolvidas em um negócio. Cada passo, estratégia e decisão meticulosamente estudado e adotado guardará íntima relação com o alcance (ou não) do resultado almejado pela parte no início da negociação. Inconteste, portanto, a relevância do tema para os profissionais contemporâneos, que, com a clareza do tema em suas mentes, certamente poderão melhor nortear seus clientes.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram estudados artigos elaborados majoritariamente pelos precursores da teoria contratual em comento, selecionados pela autora, que, de acordo com sua experiência pessoal, trazem discussões atuais e relevantes para a elucidação das questões que podem afligir o profissional contratualista.

Nesse espeque, o trabalho foi dividido em três capítulos: "1. A Teoria do *Design* Contratual", que visa, igualmente com seu subtítulo ("1.1. Conceito de Contrato sob a ótica do *Contract Design*"), contextualizar o tema aos eventuais profissionais desavisados sobre a contemporânea discussão, bem como introduzir o leitor às reflexões necessárias para explorar os tópicos seguintes. No segundo capítulo deste trabalho ("A Alocação de Riscos"), a autora traz à baila questões que permearam sua rotina de advogada contratualista por anos, cujas respostas foram apresentadas pela aludida teoria norte-americana. Subdividido em dois títulos, o segundo capítulo explora ainda possíveis alternativas para a condução de

negociações bem como os impactos trazidos pela escolha dos termos na redação de um contrato. Ainda, são feitas pertinentes reflexões sobre as prováveis vantagens e desvantagens de adotar-se determinada postura em um cenário particular de negociação, assim como ponderações sobre as recomendações e regras gerais que podem ser adotadas de acordo com alguns critérios eleitos por esta autora, como valor envolvido na transação econômica *versus* postura conservadora na distribuição de riscos e confiança como redutora de custos, por exemplo. No terceiro e último capítulo ("O *Design Contratual* Aplicado: Contratos Incompletos e a Análise no *Back-End* no Contexto do COVID-19"), a autora traça linhas gerais sobre o cenário contratual brasileiro frente ao COVID-19 bem como apresenta suas ponderações a respeito de um caso concreto, provando, uma vez mais, a relevância da aplicação da teoria do *contract design*.

Não obstante, o presente trabalho revela a imperiosa necessidade do advogado consultivo se reinventar e ir além do "óbvio", ao passo que evidencia que, ao conduzir estrategicamente uma negociação, pode inverter o jogo, ainda que na fase pós-contratual, evitando "xeques-mate" aos interesses de seu cliente.

## 1. A Teoria do *Design* Contratual

Formada por Robert E. Scott e George G. Triantis, respectivamente vinculados à Columbia Law School e Stanford Law School, a teoria norte-americana do *design* contratual[2], que tem por base o conceito econômico de contrato (abordado no item 1.1 deste trabalho), tem como objetivo analisar a eficiência de parâmetros de interpretação ("*proxies*") que são utilizadas pelas partes e pelo juiz.

Como estratégia, é possível decidir sobre a utilização consciente de termos vagos quando do *design* do contrato para alocar eventuais custos de um contrato complexo para o final ("*back-end*") ou, se economicamente mais vantajoso, antecipar os custos ("*front-end*")[3], reduzindo, como consequência, a margem interpretativa do magistrado, posto que aqui os conceitos das expressões são definidos pelas partes.

Considerando que a técnica do *design* toma sua forma mediante a técnica de redação contratual, as partes, ao decidirem pela utilização de termos vagos ou precisos, imediatamente optam pela alocação de custos no início ou no final de contratação.

Como exemplo, tomemos "melhores esforços" como termo vago – expressão largamente utilizada na redação de contratos: nesse caso, os custos foram alocados pelas partes para o final, já que caberá ao juiz – ou eventualmente à arbitragem -, valendo-se da interpretação contratual e da razoabilidade (*v.g.* padrão de conduta) bem como do contexto sócio econômico das partes e de outros parâmetros relacionados ao caso concreto, definir o melhor conceito do termo para determinada situação levada ao judiciário (ou à arbitragem) pelas partes. Diz-se que, neste caso, a alocação dos custos foi para o final, posto que a depender da complexidade do contrato desenhado pelas partes, pode-se revelar extremamente caro e complexo prever expressamente, por meio de cláusulas precisas e

[2] SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*. The Yale Law Journal, v. 115, p. 814-879, 2006.
[3] *"The important distinction between the front and back ends is that they are separated by the resolution of Uncertainty."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Op. Cit., p. 823.

específicas, todas as contingências possíveis que aquela transação econômica carrega em seu bojo, podendo trazer ao caso concreto a tão malfadada morosidade e, em última análise, a inviabilidade da operação que se pretendia por aquele instrumento.

Mas como definir pela alocação dos custos ao início ou ao final? Quando da utilização de uma redação vaga ou calculadamente imprecisa, as partes analisarão a probabilidade de ser necessário valer-se da interpretação judicial ou arbitral a definição de tais conceitos, tomando por base, dentre outros critérios, o renome da outra parte no mercado, o histórico de transações econômicas já celebradas com esta[4], o objeto que está sendo negociado *versus* as chances de resolução não amigável de eventual contenda, além da análise da probabilidade de instalar-se um procedimento litigioso entre as partes. Não obstante a análise de tais critérios, sem olvidar-se da forte veia econômica dos contratos contemporâneos, vale compreender se a definição de termos vagos, com a antecipação dos custos inerentes, será mais vantajoso para as partes – aqui, é importante sopesar tanto os custos de eventuais avaliações técnicas (perícias, pareceres etc.) que deverão ser empreendidas quanto o *timing* da celebração do negócio (e se haverá perda econômica na postergação das assinaturas), além da probabilidade de litígio[5], mediante a aplicação *in casu* dos parâmetros anteriormente assinalados.

É relevante pontuar que o conceito de *design* para o nosso tema, de acordo com George G. Triantis, pode ser compreendido como o de inovação e tecnologia, posto que visa exatamente a melhoria de um produto, por meio de lapidação de seus aspectos, melhorando, portanto, a experiência de seu usuário. Desse modo, a criação e o desenvolvimento de um contrato, demandará uma precisa criatividade, análise estratégica e boa técnica redacional, que será norteada pela intenção econômica das partes.

Em última análise, a teoria do *design* contratual traz aos advogados a possibilidade de minimizar riscos e custos, antecipando-os ou estrategicamente postergando-os, por meio da redação meticulosa das cláusulas, de modo a perfeitamente ajustar aquele instrumento jurídico aos anseios econômicos das partes.

O desafio residirá, por óbvio, na quantidade de informações carregadas por uma das partes – cada parte apenas conhece profundamente o seu negócio, portanto, a falta de informação pode revelar-se como uma vulnerabilidade especialmente frente ao litígio ou arbitragem, já que este eleito possui menos informações ainda sobre o contexto existente entre as partes e, na falta da ambientação eficaz por uma das partes litigantes, isto pode acarretar, além das custas inerentes, em um erro de julgamento por falta de elementos suficientes para a adequada interpretação. É nesse espeque inclusive que, em alguns casos, a

[4] A confiança entre as partes pode atuar como verdadeiro elemento redutor de custos.

[5] *"(…) By efficiently choosing between vague and precise terms, the parties can lower the cost of writing a more complete contract. (…)*
*(…) By doing so, the parties reduce enforcement costs, which permits them to achieve even greater incentive gains (or lower contracting costs) by shifting more activity to the back end. Parties shift activity to the back end by substituting vague for precise terms or, more generally, by expanding the proxy space available to the litigation process."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 821/822.

teoria do *design* contratual reza que as partes devem ajustar os custos da contratação com base na redação contratual.

### 1.1 Conceito de contrato sob a ótica do *Contract Design*

A concepção de contrato nasce, no sentido moderno, com a ideia de autonomia da vontade. Após o Iluminismo, o contrato passa a ser considerado como fonte primordial das obrigações como e enquanto manifestação da vontade. A tutela da vontade, portanto, revelava-se como o elemento de base do conceito de contrato.

Inovadoramente, em 1977[6], Enzo Roppo afirma que "*o contrato é a veste jurídica-formal de operações econômicas*". Sob tal ótica, abre-se a possibilidade do contrato ser compreendido como a formalização, regulada pelo direito, das operações econômicas - o contrato como verdadeiro suporte para tais operações. A partir da década de 80, o contrato passa a ser entendido como um produto social; visto sempre inserido num contexto social.

A teoria americana do *Contract Design* traz, no sentido dessas últimas correntes, que o contrato deve amoldar-se, de forma anatômica, às operações econômicas (aspecto econômico e social) desejadas (tutela da vontade). Para os adeptos dessa teoria, o contrato é um artefato a serviço da economia e da circulação de riquezas.

Inerente à sua natureza, o contrato disciplina condutas futuras[7] e, consequentemente, tem como característica a assimetria da informação entre as partes e "comportamento oportunista", incapacidade de prever todas as possíveis variáveis[8] da operação transacionada, riscos e incertezas e, por fim, a possibilidade de revisão contratual.

Segundo a inovadora teoria do *design* contratual, às partes é possível conscientemente antecipar os riscos que lhes convém e, ainda, escolher os riscos que desejam postergar. Em linhas gerais, os conflitos e riscos podem ser antecipados ou postergados quando da arquitetura da operação econômica (etapa inicial da contratação: "*front-end*") ou quando da concepção das regras de convivência dos agentes econômicos, do início à conclusão da operação (etapa final da contratação: "*back-end*").

A teoria do *design* contratual preconiza a utilização estratégica de parâmetros da economia e tecnologia para ajustar – ou não - a precisão da redação dos termos do contrato, que orientam a interpretação da vontade das partes de forma planejada. A redação do contrato pode ser aperfeiçoada ao antecipar estrategicamente os riscos e resultados de uma possível disputa judicial por meio

[6] ROPPO, Enzo. *O Contrato*. 1ª. ed. Editora Almedina, Coimbra, 2009.
[7] *"By "contract," lawyers usually mean a legally binding promise to act in the future, such as the promise to deliver a good on a specified future date in exchange for a promise to pay a specified price."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, p. 02.
[8] *"Parties contract to align their incentives closer to the efficient optimum. They incur front-end and back-end costs in doing so because of the uncertainty about future states of the world."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design*, Op. Cit., p. 10.

da redação calculada de seus termos, ao examinar-se a eficiência do investimento[9] de seu tempo na etapa inicial da negociação e na etapa final, que ocorre com o litígio.

Comumente, os contratos mais complexos possuem redações mais imprecisas, posto que os custos de transação obstam, por vezes, as partes de informar no contrato todas as variáveis possíveis para cada contingência[10], além de implicarem negociação das consequências para cada uma num contexto em que o contrato ainda não foi celebrado. Dada a sua relevância, este tema será mais explorado no item 2.1 deste trabalho.

**2. A Alocação de Riscos**

A distribuição racional e estrategicamente calculada dos riscos inerentes à determinada operação financeira talvez seja, sob a ótica econômica, o ponto de maior interesse das partes quando da celebração de um contrato.

Mas no que consiste o risco? Diz-se que o risco é a incerteza calculável. O risco é conhecido pelas partes (ou por uma delas, a depender do nível de informação divulgado durante a negociação) e, portanto, seus eventuais impactos podem ser mensurados. Daí a possibilidade de alocação para uma ou para a outra parte quando da redação contratual. Se impossível de ser calculado, estaremos diante de uma incerteza, que será traduzida como caso fortuito ou força maior (exemplos: variação de preços dos insumos, lacunas regulatórias, variação cambial, capacidade financeira das partes etc.).

Portanto, na fase inicial do contrato, quando da discussão acerca da transação econômica, deve ser confrontado o custo do adimplemento do contrato *versus* o preço envolvido na operação *versus* o valor que será gerado para o credor / contratante. Essa máxima pode ser traduzida pela seguinte equação[11]: *C < P < V, onde: C = Custo do adimplemento, P = Preço*[12]*, Valor ou utilidade para o credor.* Partindo desta premissa, os riscos serão alocados: à parte que mais tem capacidade de capacidade de preveni-lo[13] (ainda que seja em razão da possibilidade de cobertura por seguro) ou àquela que possui mais capacidade financeira ou tecnológica (*expertise*), sempre visando atender à equação C < P < V.

---

[9] *"(...) a challenge for parties designing contracts is to preordain or at least constrain the course of future renegotiation so as to yield both ex ante and ex post efficiency."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design*. Op. Cit., p. 08.

[10] *"Our principal thesis is that a costly and noisy contract provision, such as a vague standard, can facilitate the provision of efficient incentives and the signaling of private information at the time of contracting and of renegotiation. Indeed, we show that parties may rationally prefer to adopt a costly signal over a costless signal, even if the former is noisier. The key to our analysis is a closer investigation of the impact of litigation costs on the incentives of each party to instigate litigation and, in turn, to perform efficiently ex ante. Through such backward induction, we illuminate the parties' ability to design their contract in anticipation of the likely litigation path."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 859.

[11] Equação Econômica do Contrato. ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. *Contract Design*. Fundação Getúlio Vargas. Agosto, 2017.

[12] Preço = Custo de Transação + Custo de Produção + Risco + Lucro. ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. *Contract Design*. Fundação Getúlio Vargas. Agosto, 2017.

[13] Saudável paralelo pode ser feito com o parágrafo 1º do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil, que dispõe sobre a distribuição do ônus da prova entre as partes.

Há também o risco de performance do contrato, especialmente relevante quando se tratar, por exemplo, de uma prestação de serviços (como transportes especializados) ou transação que envolva uma execução continuada (como contratos de fornecimento e distribuição), que será traduzido pela seguinte equação[14]: *Risco = D/P,* onde *D* equivale ao Custo de Performance e *P* à Penalidade[15] e Indenização. Evidenciado inclusive que risco integra o conceito de custo na transação econômica, a sua distribuição entre as partes visará atender à máxima evidenciada pelas equações ora indicadas: o valor econômico transacionado que será gerado para uma das partes – via de regra ao credor, contratante ou comprador - deve superar os riscos a ele alocados. Quando da redação contratual, portanto, será possível distribuir estrategicamente os riscos entre as partes, o que trará aos envolvidos uma nova questão: será possível (ou razoável) antever no contrato todos os resultados (negativos, a rigor) que a ocorrência de situações que envolvem riscos pode trazer a uma (ou às duas) partes? É razoável e esperado que as partes antecipem todas as consequências?

Superado este ponto, surge a dúvida: apesar da redação do contrato poder distribuir estrategicamente os riscos entre as partes, podendo antecipar, portanto, as eventuais consequências advindas da ocorrência de determinadas situações de risco para as partes, é razoável que todas as situações possíveis de ocorrências e variáveis sejam previstas expressamente no instrumento jurídico?

A resposta, calcada na teoria do *contract design*, é "não", especialmente em razão de que em contratos complexos, por exemplo, será necessário que a parte interessada realize investimentos[16] (até porque, a rigor, as partes conhecem apenas o seu negócio – as informações são assimétricas) para que possa antever as possíveis consequências e resultados bem como negociar cada uma delas com a outra parte, o que implicaria, ainda, em maior tempo gasto na etapa inicial da contratação. A alocação de riscos visa que as partes realizem investimentos eficientes (*i.e.,* indispensáveis, não desnecessários) para que possam tomar decisões eficientes sobre o contrato, considerando, sobretudo, a possibilidade de não ocorrência das contingências envolvidas[17] (o que será verificado no *front-end*), acarretando assim, ao final, numa transação econômica mais eficiente[18].

---

[14] Risco de Performance do Contrato. ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. *Contract Design*. Fundação Getúlio Vargas. Agosto, 2017.

[15] Se o risco envolve a incerteza quanto ao adimplemento, a responsabilidade das partes também poderá ser mensurada.

[16] *"The optimal allocation of risks is complicated further by the presence of transaction costs, both at the drafting and enforcement stages of the contractual relationship."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 851.

[17] Contingência é a precificação do risco.

[18] *"Although the interpretation of these provisions has a significant financial effect on the parties to these broken deals, it has an even greater ex ante impact on the contract design of future deals. The contractual allocation of risks plays a role well beyond the simple transfer of risk to the superior risk bearer. It is an essential tool in addressing the goals of contract in a world of asymmetric information. First, it provides incentives for a party to take measures to minimize the risk (efficient investment). Second, a party's agreement to assume a risk signals private information about the probability and severity of the risk, and thereby promotes efficient decisions to contract (efficient decision to contract). Third, the parties may be asymmetrically informed as to whether the risk in fact materialized, and that information can be elicited through the assignment of risk to the party who is likely to be better informed ex post. This promotes efficient decisions whether to execute the transaction (efficient trade). Thus, much more is at*

Como então redigir eficientemente um contrato sob o aspecto econômico? A teoria do *design* contratual defende que a utilização de termos vagos reduz os custos da etapa inicial, mormente os de negociação e de desenho do instrumento jurídico.

## 2.1 A Estratégia dos Contratos Incompletos e dos Termos Vagos

Em razão da fase pré-contratual dos contratos entendidos como "completos", *i.e.*, aqueles que almejam esgotar ao máximo os possíveis custos de uma relação, potencialmente ser a mais onerosa e desgastante para as partes, é que a estratégia dos contratos incompletos e da utilização dos termos vagos encontra espaço. Celebrar um contrato completo significa uma negociação de longa duração, pois implica em antever todas as situações possíveis e negociar as consequências e implicações para a as partes – o que, por vezes, se revela ineficiente. Por isso, sob a ótica do *contract design*, via de regra, a redação dos contratos complexos, dada a rebuscada transação econômica que normalmente lhe dá forma, encontra como alternativa a redação dos termos vagos e imprecisos – que pode ser mais vantajoso do que arcar, *ab initio*, com custos e morosidade. Ademais, a redação de termos vagos e imprecisos tem como ponto positivo (se a parte litigante é a detentora da informação, conforme explicado no item 1 acima) a possibilidade de discutir e nortear (a partir da apresentação de provas) a interpretação (que possui maior margem do que nos contratos completos) do juiz ou do árbitro ou oferecer posição vantajosa para fins de acordo extrajudicial[19] ou composição no curso do litígio.

Nesse racional, é possível entender que cada alternativa, seja a do contrato completo ou a do incompleto, possui suas vantagens e desvantagens. Então como optar pelo caminho mais adequado para cada caso? É possível afirmar que, numa análise simplista, há elementos norteadores que merecem ser refletidos pelas partes na fase pré-contratual: potenciais ganhos envolvidos naquela tratativa econômica *versus* custos de antecipação das contingências para a etapa inicial *versus* probabilidade de ocorrência das contingências[20] [21]. Ainda, é possível caminhar com mais segurança na opção de adotar-se um contrato incompleto se a prospecção de gastos com eventual produção de provas e elaboração de

*stake in the design of contract terms that allocate risks than simply exploiting differential risk preferences."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 851.

[19] *"The back-end cost is borne only with respect to the contingency that actually materializes, and it might be avoided entirely if the parties settle or renegotiate.*
*The parties choose between front- and back-end proxy determination by comparing the informational advantage the parties may have at the time of contracting against the hindsight advantage of determining proxies in later litigation. (…)"* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. **Anticipating Litigation in Contract Design**, Op. Cit., p. 819.

[20] *"Efficient proxies are those that maximize the gains in contractual incentives net of expected litigation costs."*

[21] *"On the front end, the parties might not foresee all possible contingencies or they would have to incur prohibitively high negotiation and drafting costs to partition all contingencies sufficiently to provide for efficient obligations in each case."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, Op. Cit., p. 05.

parâmetros para auxiliar a interpretação do julgador não supera a vantagem econômica que será auferida pela parte mediante aquela transação[22].

Portanto, exige-se que o advogado abandone a posição de mero redator técnico doutrinário de cláusulas contratuais e avance alguns passos adiante: à semelhança de um jogo de xadrez, onde conhecer seu adversário, suas fraquezas e qualidades, além de saber como utilizar seus próprios pontos fortes a seu favor, lhe oferecerá um cenário mais claro e revelará a melhor estratégia para se adotar. Ao advogado, sob a ótica da teoria do *design* contratual, incumbe conhecer aspectos comerciais, técnicos, de mediação, entre outros, para que as cláusulas sejam estrategicamente desenhadas da melhor forma possível à determinada situação econômica[23]. Aqui, o profissional assegurará à parte que assessora a melhor jogada[24] mediante o cenário econômico envolvido, viabilizando, pelo instrumento jurídico, a transação almejada. Assim como no xadrez, passos simples (redações imprecisas ou termos vagos, paralelamente) não devem ser interpretados como descuido, mas sim resultado de profunda análise e convicção técnica do experto.

Por outro lado, se a operação econômica em apreço possuir o *status* de "delicada" para uma das partes ou para ambas, seja pelo valor envolvido, seja pela impossibilidade de reparação de eventual contingência ou ocorrência de um dos riscos previstos na fase pré-contratual ou, ainda, por se tratar de contrato complexo e de longa duração, pode ser recomendável a adoção de postura mais conservadora na etapa inicial, ainda que demande investimento antecipado em custos, já que isto garantirá maior assertividade e previsibilidade na redação das cláusulas, mitigando então a probabilidade de ocorrência de contingências e alocando, de comum acordo, as consequências para as partes, evitando, assim, que a superveniência de determinada situação indesejada fulmine aquela transação econômica (ou a possibilidade de continuação) para uma das partes ou, ainda, para ambas.[25]

Pois bem. É importante compreender que é possível alternar e combinar, em um *mergé*, a redação de termos vagos e precisos - técnica que pode aperfeiçoar os parâmetros que serão utilizados pelo intérprete e que confere mais flexibilidade ao seu redator. Os parâmetros, no *design* contratual, são compreendidos como as menções e apontamentos feitos na redação do contrato, ainda que a título exemplificativo, que instruem o intérprete sobre o contexto no qual aquela

---

[22] *"They should incur contracting costs, therefore, as long as the resulting increase in the sum of (a) the transaction costs of writing the contact and (b) the expected costs of enforcement are less than the marginal incentive gain (in motivating more efficient reliance)."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design*. Op. Cit., p. 10.

[23] *"Each lawyer represents a single party and is likely to be better informed about the relevant contracting parameters."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 820.

[24] *"Indeed, litigation costs may in fact never be incurred when either they encourage settlement or they are harnessed through appropriate contract design to assure contractual performance."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*. Op. Cit., p. 853.

[25] *"(…) First, the front-end transaction costs of anticipating all future states of the world, calculating the efficient outcome in each state, and providing specifically for low-probability states may exceed the resulting gains in contractual surplus. Second, the back-end costs of enforcing contracts may exceed all gains, owing to the difficulty of observing and then verifying to a court private information known only to the parties. (…)"* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design,* Op. Cit., p. 816.

previsão está inserida e, portanto, norteia a sua interpretação para que se aproxime do espírito da cláusula. Um bom exemplo que esta autora frequentemente identifica na redação dos contratos é a cláusula de "força maior", que, via de regra, revela-se como uma das hipóteses de rescisão antecipada do contrato.

Com menor frequência, mas que pode atingir especial protagonismo na relação contratual a depender do objeto envolvido, é a "falta grave", como causa de rescisão contratual. Ainda que mais notado em contratos regidos pela lei norte-americana, a *gross faulte* encontra-se cada vez mais presente em nossos contratos. Vantajoso para o contratante de um serviço continuado, por exemplo, que queira ter a possibilidade de encerrar o contrato antecipadamente se verificada qualquer "falta grave", de acordo com seu entendimento subjetivo. Para o contratado, por outra banda, será contratualmente recomendável que exemplifique, o mais precisamente possível, o que as partes entendem, no momento da contratação, por "falta grave", a fim de evitar a equivocada rescisão antecipada do instrumento sob esse fundamento. Por consequência, os parâmetros de interpretação definidos pelas partes no contrato, além de nortear, limitarão a flexibilidade do julgador quando da resolução de uma contenda[26], que inclusive dependerá em menor grau das informações privadas de cada parte[27]. Calcando-se no conceito de contrato sob o viés econômico, igualmente deve buscar-se compreender se a utilização de parâmetros interpretativos em sua redação (investimento[28]) trará ou não maior retorno positivo quando da execução do contrato.

## 2.2 Reflexos da teoria dos jogos na distribuição dos riscos na renegociação

Já comparamos, neste trabalho, o pensamento jurídico ao de um enxadrista: em cada caso concreto, reside à parte, norteada por seu advogado, a tarefa de mover suas peças estrategicamente a fim de alcançar o objetivo econômico almejado. É preciso buscar antever o plano da outra parte e ir além; a estratégia revela-se como um aspecto crucial para o êxito, até mesmo porque "decorar as regras do jogo não torna ninguém enxadrista"[29].

---

[26] *"Nevertheless, they may also wish to set constraints on those prospective determinations by defining a space within which these obligations are derived. Thus, they may agree that one party will exert best efforts, or act in a commercially reasonable manner. And, they may supplement those standards with examples that further guide the court."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, Op. Cit., p. 11.

[27] *"(…) three important features in the judicial enforcement of contracts: (1) information comes to the court by way of self-interested parties bringing costly evidence to the court's attention; (2) the court makes its judgment based on a relative rather than absolute assessment of its confidence in fact-finding ("preponderance of the evidence" or "balance of probabilities"); and (3) the parties have considerable influence, either by their contract or later agreement, on the course of the future litigation."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 825.

[28] *"(…) Conversely, for any given expenditure of contracting costs, the parties can reach the highest possible incentive gains by optimizing the allocation of their investment between the front and back ends."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 817.

[29] Como afirmava Pietro Calamandrei, "*decorar as regras do xadrez não torna ninguém enxadrista*".

Mas como "antever" os passos do seu "adversário"? A aclamada Teoria dos Jogos[30] busca explicar como uma pessoa, envolvida em determinado contexto e submetida a determinados estímulos, tende a tomar determinada decisão.

Um dos conceitos mais importantes[31] da Teoria dos Jogos, o equilíbrio de Nash, por meio da probabilidade matemática e da lógica, busca determinar as decisões que os participantes de um jogo devem tomar em vista de alcançar os melhores resultados para cada um[32]. A "solução de Nash" traz que o equilíbrio é atingindo quando não há alteração da estratégia inicial de qualquer um dos jogadores (jogos não cooperativos): segundo tal teoria, a estratégia de cada participante seria a melhor possível para cada um, levando em conta a estratégia escolhida pelo adversário; assim, o resultado do jogo seria satisfatório a ambos, já que nenhum deles teria motivo para alterar a estratégia inicial. Em suma, a Teoria dos Jogos, valendo-se da matemática e da lógica, tem como fim precípuo a resolução de conflitos por meio da análise da probabilidade da ação que cada participante tomar para atingir os melhores resultados. As partes, portanto, são obrigadas a mover estrategicamente suas peças e traçar racionalmente um plano, se quiserem alcançar seu objetivo. A partir da lógica das decisões dos jogadores, poderá haver um jogo colaborativo ou não, a depender se haverá incentivos ou gratificações[33].

A esta altura, deve estar claro para o leitor que a Teoria dos Jogos está intimamente ligada ao *design contratual*, na medida em que pode – e deve – ser aplicada racionalmente quando de sua redação estratégica[34]. Nesse sentido, é possível antecipar[35] e/ou traçar as implicações de antecipar a renegociação do contrato em caso de conflito[36]. E esse é o ponto de intersecção da aclamada Teoria dos Jogos com a teoria do *contract design*.

---

[30] Criada pelo matemático John von Neumann e pelo economista Oskar Morgenstern em 1944.

[31] *"O resultado ideal de um jogo é aquele em que nenhum dos jogadores sejam motivados a desviar de sua estratégia (melhor e inicial) escolhida."* BONA, André. *Equilíbrio de Nash*.

[32] "A *teoria dos jogos diz respeito à análise de comportamento estratégico em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros. Teoria dos jogos assume que os tomadores de decisão (também chamados de jogadores ou agentes) são racionais, o que significa que: (i) eles sabem quais são seus objetivos e preferências; (ii) eles sabem quais são as limitações e restrições relevantes às suas ações; e (iii) eles conseguem escolher a melhor ação possível dados seus objetivos e preferências e respeitadas as limitações e restrições relevantes. Em outras palavras, a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência, entre os agentes*." TIMM, Luciano Benetti; HILLBRECHT, Ronald O. *Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: Direito e Economia no Brasil*, p.115.

[33] *"Given that contract conditions are noisy and imperfect, the parties may need to renegotiate their agreement in order to achieve such ex post efficiency in closing. If the conditions would entitle the buyer to walk from an efficient closing, the seller would lower to price to encourage the buyer to close. If the contract would bind the buyer to an inefficient closing, the seller might offer to accept a sum in order to release the buyer."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions, Op. Cit.*, p. 894.

[34] *"(…) vague clauses improve the bargaining power of each party in future renegotiation, and facilitate settlement of disputes."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 887.

[35] Tendo em mente que todo agente econômico reagirá a um incentivo, o contrato deve ser redigido de modo a estimular o adimplemento.

[36] *"Economic contract theory has introduced renegotiation as a third possible outcome, and traced the implications of anticipating the prospect of renegotiation on contract design. By introducing the adversarial litigation process, we add another strategic game that the parties can anticipate in*

As cláusulas penais revelam-se como mecanismos contratuais importantes que podem, especialmente sob o ponto de vista econômico, servir de incentivo para as partes quando da eventual renegociação do contrato[37]. Tais dispositivos não apenas devem prever remédios para as partes em caso de descumprimento contratual, mas, na verdade, devem evitar buscar a violação. O "*enforcement*" contratual, na medida em que conduz as partes para a exequibilidade do negócio jurídico, é essencial para reduzir a incerteza quanto à tratativa econômica, manter a confiança e incentivar o "*fair play*".

Com o objetivo de atender ao proveito econômico almejado por determinado contrato, há que se buscar na fase pós-contratual a renegociação eficiente, que será alcançada especialmente quando os custos de renegociação não superarem o objeto transacionado[38]. Riscos surgem para as partes quando o contrato, no "*front-end*", não foi desenhado apropriadamente, em especial sob o ponto de vista da simetria (ou falta de) que as partes possuem quando da celebração do instrumento. A assimetria claramente colocará uma das partes em posição desfavorável para eventual renegociação, fato que pode obstar, por si só, a vantagem de alocar os custos para o "*back-end*", sob pena de fulminar a renegociação eficiente[39]. Ainda assim, a teoria do *design* contratual arrisca afirmar que um termo vago pode trazer um cenário mais favorável à renegociação do que uma condição trazida por um *proxy* elaborado sem o investimento adequado no *front-end*[40]. Nesse espeque, a teoria objetiva demonstra que a utilização estratégica de termos vagos, em prol da eficiência, pode ser utilizada inclusive para resolver obstáculos referentes à assimetria de informação entre as partes.

Sob o risco de pecar pelo reducionismo (do ponto de vista estritamente acadêmico), quanto ao aspecto prático processual, é possível arriscar estabelecer a

*structuring their contract."* SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, Op. Cit., p. 14.

[37] *"Nevertheless, if the parties anticipate that either costs or stakes are such as to push the ratio outside this range, they may adopt other contractual mechanisms to adjust either variable. The contract may adjust the litigation stakes, for example, by stipulating damages or break-up fees. As noted in Part I, some buyers in the recent financial turmoil have simply tendered the reverse break-up fee, while others have alleged in court the occurrence of a MAC in order to avoid the fee. The contract may also adjust the anticipated litigation costs through fee-shifting rules, burden of proof provisions, or arbitration clauses."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*. Op. Cit., p. 892.

[38] *"Moreover, because the seller must incur litigation costs to enforce her right against the buyer when the buyer attempts to cancel the deal, litigation costs can also work as an ex post signaling device that promotes efficient renegotiation."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *The Effect of Bargaining Power on Contract Design*, Op. Cit., p.89.

[39] *"The risk of failure comes when one or the other party has private information."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, p. 88.

[40] *"If the parties are symmetrically informed of the valuations and surplus from closing the transaction, they can renegotiate the contract successfully to ensure ex post efficiency. If the parties are not symmetrically informed, however, they may not reach this efficient result. In particular, the seller may have private information about the extent to which its assets are vulnerable to exogenous shocks, such as changes in the supply of its inputs or demand for its products. We have discussed the significance of signaling by the seller at the time of the original contract. The signaling challenge is more complicated in renegotiation because the seller's ability to signal (ex post) is severely constrained. Nevertheless, we suggest that a vague MAC clause may provide a better background for renegotiation than a condition based on a costless (but imperfect) proxy."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisition*s. Op. Cit., p. 894.

seguinte equação: a assimetria de informações verificada no *back-end* contratual está para a desigualdade técnica que pode existir no contencioso (hipossuficiência técnica), assim como a simetria de informações está para o princípio processual da paridade de armas – esta última podendo ser compreendida como a necessidade de igualdade de condições entre as partes para que obtenham uma decisão judicial justa, já que a hipossuficiência técnica, *v.g.*, mitiga o contraditório e, consequentemente, reduz a ampla defesa.

Enfim, no *front-end*, a redação estratégica do contrato deve buscar equilibrar a posição das partes em caso de constatação de eventual assimetria de informações - e é justamente o cenário de simetria ou de assimetria de informações existente no *back-end*, somado à posição de vantagem ou desvantagem que a redação das cláusulas contratuais trará a cada uma[41] [42], que determinará se os jogadores estão em patamares equilibrados entre eles (*i.e.*, se estão em paridade de armas para negociar) e possibilitará, mediante raciocínio lógico matemático, antever a probabilidade de passos do outro jogador e definir estrategicamente, reduzindo riscos, qual(is) decisão(ões) serão provavelmente mais eficazes para atingir o fim almejado pela parte.

## 3. O *Design Contratual* Aplicado: Contratos Incompletos e a Análise no *Back-End* no Contexto do COVID-19

Dado o cenário brasileiro e mundial em que o presente trabalho foi redigido, forçoso trazer à baila a análise pós-contratual, sob a ótica da teoria do *contract design*, no contexto do COVID-19. Sem qualquer pretensão de resolver inúmeras questões que, infortunadamente sobrecarregarão o Judiciário em um futuro próximo, à autora surge uma obrigação profissional: compartilhar, por meio da análise de um caso concreto, os anseios que lhe permeiam a mente ao buscar alternativas razoáveis e que, acaso questionadas em juízo, possuirão maiores (e melhores) chances de serem mantidas.

Vale pontuar, para posterior reflexão, que a tragédia da pandemia atinge a todos – e não apenas a uma das partes no contrato. As esparsas decisões judiciais já proferidas no contexto do COVID-19 estão, aparentemente, caminhando no sentido de entender pela revisão contratual de modo a não desassistir nenhuma das partes - e não somente ao devedor -, a fim averiguar se efetivamente revela-se presente o desequilíbrio na relação contratual ou se, se restaurado o *status quo ante* de uma das partes, haveria prejuízos à outra. Razoavelmente, tem-se entendido pela necessidade de demonstrar, quando do pedido de revisão contratual no contexto do COVID-19, onde reside enriquecimento sem causa da outra parte[43].

Sem hesitações, é possível enquadrar desde já o cenário pandêmico trazido ao mundo pelo COVID-19 como um evento extraordinário e imprevisível, capaz de

[41] Seja pela utilização de termos vagos e redação incompleta do contrato, seja pelas cláusulas de *enforcement* ou, ainda, por outros mecanismos contratuais.

[42] *"(…) our thesis that conditioning excuse on vaguely defined contingencies can be more efficient than conditioning excuse on precise quantitative proxies in pursuing three contracting objectives: (a) efficient preclosing investment, (b) efficient ex ante signaling and decisions to contract, and (c) efficient ex post renegotiation and trade decisions under information asymmetry."* CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 855.

[43] Ação Revisional de Aluguel nº 5001853-72.2020.8.24.0079/SC. 2ª Vara Cível da Comarca de Videira. D.D. 26/03/2020

tornar, numa relação contratual, a prestação de uma das partes excessivamente onerosa e, portanto, culminar na resolução ou revisão daquele instrumento.

### 3.1 A Pandemia e a lacuna contratual superveniente

O contrato incompleto, além de ser suportado pela teoria do *contract design*, encontra fundamento nos Princípios da UNIDROIT[44] (artigo 2.1.14 – "*contract with terms deliberately left open*") e nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, trazendo, em seu bojo a denominada cláusula de *hardship*.

A primeira parte do artigo 2.1.14 dos Princípios da UNIDROIT, ao dispor que, caso não haja acordo entre as partes sobre o termo que demanda definição ou que, ainda, caso terceiro não tenha tido sucesso no preenchimento de tal lacuna, em vista às intenções das partes, o contrato não será afetado se houver meio alternativo de resolver a questão, faz clara remissão ao artigo 5.1.2., que versa sobre as obrigações implícitas que acompanham todo contrato, ainda que sem previsão expressa[45].

Para o estudo que ora se propõe, necessário traçar algumas linhas sobre a cláusula de *hardship*: os Princípios da UNIDROIT, mais precisamente em seus artigos 6.2.2. e 6:111, regulam esse importante tema - que, conforme se notará adiante, se revela como verdadeiro mecanismo de gestão do risco. O artigo 6.2.2., que dispõe sobre o conceito da aludida cláusula[46], traz que a sua ocorrência será verificada quando presente eventos que alterem, de modo fundamental, o equilíbrio do contrato, seja por aumento ou diminuição do custo/valor da execução de seu objeto, desde que tais eventos i) ocorram ou sejam conhecidos após a conclusão do contrato; ii) não poderiam ser sido razoavelmente previstos quando da conclusão do contrato; iii) estão além do controle da parte prejudicada; e iv) os riscos dele decorrentes não foram assumidos pela parte prejudicada. O artigo 6:111 ("Mudanças das Circunstâncias"), por seu turno, ao dispor que cada parte é obrigada a cumprir suas obrigações contratuais, ainda que a prestação tenha se tornado onerosa, seja por aumento ou diminuição do custo/valor da execução de seu objeto - se tal prestação, porém, se tornou excessivamente onerosa em razão de mudança das circunstâncias, as partes devem, nos termos desse artigo, iniciar tratativas para modificar ou resolver o contrato em determinados casos[47]. Por fim,

---

[44] Os Princípios da UNIDROIT podem incidir nos contratos nacionais no intuito de colaborarem na interpretação ou complementação do direito doméstico. Nesse sentido, preleciona Paula Greco Bandeira, em *Os Contratos Incompletos e a Soft Law,* p.5.

[45] "*Went without saying*"

[46] "*Judith Martins-Costa (2010, p. 20) atribui à cláusula de hardship as seguintes funções: (a) assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuação do contrato, impedindo que o princípio da intangibilidade do pactuado conduza a um rigor excessivo no momento da execução contratual; (b) atuar como meio de repartição, entre os contratantes, dos custos resultantes do evento superveniente e incerto, de modo que a etapa da renegociação permite às partes acordar sobre essa repartição dos ônus, por si mesmas, ou através de um terceiro, que a arbitrará; (c) impedir a extinção contratual devida à resolução por excessiva onerosidade de um contrato que ainda pode ser útil, atendendo aos mútuos interesses das partes; (d) encontrar um novo regime adaptado aos mútuos interesses (self tailored rule), viabilizando-se, nos limites do princípio da atipicidade contratual (art. 425 do CC/2002), uma reorganização do pactuado, sendo essa, precipuamente, a função 'adaptativa' da autonomia privada*". BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1040.

[47] Nos casos em que: i) a mudança das circunstâncias foi verificada após a conclusão do contrato; ii) a mudança das circunstâncias não foi possível ser levada em consideração no momento da conclusão

na hipótese das partes não chegarem um acordo em tempo razoável, o artigo 6:111 prevê a intervenção judicial, seja para resolver o contrato na data e nas condições que serão estabelecidas pelo juiz, seja para modificar o contrato de modo a distribuir entre as partes das perdas e as vantagens advindas da mudança das circunstâncias.

A análise sistemática de tais dispositivos implica na compreensão de que o desequilíbrio contratual decorrente de evento superveniente que seja imprevisível pelas partes e que, portanto, não poderia razoavelmente ser previsto quando da celebração do contrato (*i.e.*, impossível das partes distribuírem os riscos relacionados ao evento no *front-end*), deve ser sanado pela renegociação das bases do instrumento ou, em última instância, pela extinção consensual da avença – sob pena de necessária intervenção judicial para resolução do impasse.

Ao passo que as partes, quando da redação contratual, alocam os riscos existentes e previsíveis como modo de definir o equilíbrio da avença, os eventuais riscos que, por sua natureza, "*fujam à esfera de previsibilidade dos contratantes (...) consistirão em riscos econômicos imprevisíveis, razão pela qual não poderão constituir objeto de gestão pelas partes (não alocação involuntária do risco).*" [48]. Nesse raciocínio, tendo em mente que o risco contratual está intimamente ligado ao equilíbrio do contrato[49] e, ainda, com fulcro na boa-fé objetiva, o *hardship* trará às partes o dever de renegociação de modo buscar a preservação do negócio jurídico[50] - e a lacuna ora constatada será tida superveniente, posto que surge diante de um evento imprevisível e extraordinário no *back-end*.

Considerando que, no Brasil, a cláusula de *hardship* se traduz na onerosidade excessiva (prevista no artigo 478 e seguintes do Código Civil), vale trazer à baila o Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil que preleciona que, "*em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.*" Uma vez advinda a lacuna superveniente, às partes caberá gerir os riscos presentes nesse novo cenário.

Para fins didáticos, analisemos o seguinte caso concreto: num instrumento jurídico economicamente relevante (valor envolvido superior a cem mil reais) que tem como objeto a prestação de serviços não continuada e por prazo determinado (execução de uma feira de eventos), cuja cláusula de rescisão contratual prevê, como uma das hipóteses, a ocorrência de força maior e, ainda, que, nesse cenário, o contrato deve cancelado e o valor pago, restituído (a prestação seria quitada antecipadamente pela contratante). Por seu turno, aludida feira de eventos, que reuniria milhares de pessoas, estava prevista para ocorrer em mês em que o Ministério da Saúde indicava que o país já estaria amplamente afetado pelo COVID-

do contrato; e iii) o risco de mudança das circunstâncias não seja um daqueles que a parte que o sofre possa ter estimado suportá-lo.

[48] BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1035.

[49] BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1034.

[50] *"Hardship corresponde basicamente à alteração fundamental do equilíbrio do contrato (rectius, sinalagma genético) por força de circunstâncias supervenientes à sua celebração, em regra de caráter imprevisível, que fogem ao controle das partes e, por isso mesmo, não se inserem na alocação de riscos efetuada pelos contratantes."* BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1036.

19. Dada a importância do evento, o contrato havia sido celebrado há mais de um ano entre as partes – e encontrava-se quitado. A contratante, como pactuava anualmente sempre para a mesma época, montaria no espaço cedido pela contratada, seu *stand*.

Assim que noticiado que o caos que acompanhava o COVID-19 havia se instalado no Brasil, a contratante mostrou-se inclinada a rescindir o aludido contrato com fulcro na força maior: não era sua intenção expor sua marca e vinculá-la à desobediência de recomendações emanadas pelos órgãos de saúde, apesar de ainda não haver proibições expressas. A fim de não tomar qualquer atitude prematura, a contratante aguardou, durante tempo estrategicamente calculado, que a contratada se posicionasse. E assim ocorreu: com 60 dias de antecedência à data do evento, a contratada informou à contratante que o evento havia sido adiado para o final do ano de 2020 – data que não despertava interesse comercial algum à contratante.

Nesta altura, o impasse contratual estava instalado:

> a) Poderia a contratada ter alterado unilateralmente a data do evento?
> b) A pandemia do COVID-19 será compreendida pelo Judiciário como força maior para fins de rescisão de contratos civis?
> c) Quais alternativas possui a contratante para resolver a situação de modo a acomodar seus interesses comerciais e financeiros?

Quanto da redação contratual, as partes optaram por alocar o risco de eventual superveniência de fato configurado como força maior à parte contratada, já que previa, nessa hipótese, a rescisão contratual com a consequente devolução integral do valor pago. Porém, a grande tentação da contratante de adotar a via óbvia é barrada quando da análise da probabilidade de ineficiência da medida: bastaria notificar a contratada informando-a acerca da rescisão contratual em virtude da alteração unilateral, posto que, sobrevindo situação de força maior, esta deveria proceder com o cancelamento do evento e da devolução integral do aporte financeiro?

Inquestionável que a mencionada crise sanitária supera extraordinariamente a álea que poderia ser prevista quando da celebração de um contrato: portanto, na linha de raciocínio deste trabalho, poderia tratar-se de incerteza e ser compreendida como um evento de força maior? Reduzir a pandemia a um mero evento de força maior, apesar disto oferecer algumas respostas, pode não ser a compreensão mais eficaz (e refletida) da situação: a álea em questão extrapola sobremaneira os contornos que poderiam ser previstos quando do acordo entre as partes e pode acarretar em prejuízos para ambas – e, como visto acima, os tribunais já transitam nesse sentido. Seria possível afirmar que, por superar a álea razoavelmente admissível à época da celebração do contrato, a pandemia não poderia ser enquadrada como evento de força maior?

Seria a pandemia um fato que teria alterado as circunstâncias[51] existentes quando da celebração do contrato? Teria o cenário instalado pela pandemia

[51] "*Contractus que habent dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*": *os contratos em que haja dependência de fatos futuros devem ser compreendidos estando assim as coisas.*" SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*, p.5.

modificado as bases do negócio[52]? A profunda alteração da base do negócio exige, *de per si*, a busca pelo reequilíbrio contratual[53]. Poderia, então, a contratada justificar a alteração unilateral da data do evento ao perquirir o reequilíbrio contratual, posto que a execução do objeto pactuado (data anterior) se tornou inexequível (ou, ao menos, não recomendada)? Por certo que a economia buscará, especialmente sob a ótica do contrato como instrumento para a movimentação[54] de riquezas, a manutenção dos acordos celebrados. Por ora, este é o caminho que soa mais razoável e acertado à autora.

À míngua de respostas prontas, com base nas linhas traçadas neste trabalho, sugere-se i) que a pandemia implica na inevitável constatação de lacuna superveniente contratual e na incidência da cláusula de *hardship* e suas obrigações implícitas[55]; e ii) toda análise deve ser feita sob a ótica de importantes princípios contratuais decorrentes da boa-fé objetiva, especialmente o da razoabilidade (bom-senso) e o da solidariedade[56][57]. Nessa toada, poderia admitir-se que as redações dos artigos 317 e 478 do Código Civil se amoldam confortavelmente ao caso concreto. Assim, o racional ora esboçado tangencia o salvamento do contrato firmado, caminhando-se para a trilha da renegociação na seara extrajudicial de modo a mitigar os prejuízos para ambas as partes[58].

---

[52] *"Por base do negócio entendem-se as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de serem estas representações encaradas por ambas as partes como base do acordo contratual (Geschäftsgrundlage), incluindo-se, assim, em princípio, entre elas, v. g., a equivalência de valor entre a prestação e a contraprestação, considerada tacitamente querida; a permanência aproximada do preço convencionado, etc. (...)"* Antonio Medeiros da Fonseca em SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*, p.6.

[53] *"A alteração radical da base do negócio exige que se busque um reequilíbrio das prestações, se possível, ou sua resolução, se impossível."* SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*, p. 9.

[54] *"O dever de renegociar estabelecido pela cláusula não é uma obrigação de resultado, ou seja, não exige o êxito na renegociação. É uma obrigação de meio, de forma que as partes devem se esforçar efetivamente para renegociar a avença, se comportando de forma ativa, séria e de boa-fé. 45 Uma vez que os contratantes se comportem dessa maneira, o dever de renegociar será adimplido. De forma contrária, o inadimplemento de tal dever concretiza-se com o comportamento de má-fé durante as negociações, ou pela recusa injustificada de participar de negociações."* FERRO, Thais Vianna. *Gestão de Riscos Contratuais pela Autonomia Privada*, p.9.

[55] Obrigações que, nos termos dos Princípios da UNIDROIT (artigo 5.1.2), *"decorrem (a) da natureza e do propósito do contrato; e (b) das práticas estabelecidas entre as partes e dos usos; (c) da boa-fé e do negócio jurídico; e (d) da razoabilidade"*. BANDEIRA, Paula G. *Os Contratos Incompletos e a Soft Law*, p.6.

[56] TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade*.

[57] *"Nessa perspectiva colaborativa e solidária, o contrato não disciplina ex ante todas as possíveis superveniências, mas remete o seu conteúdo à renegociação das partes com o propósito de adaptar o programa negocial às mudanças das circunstâncias fáticas verificadas no decorrer do tempo. A doutrina dos contratos relacionais propõe, assim, a obrigação de renegociação das partes com fundamento no princípio de solidariedade. Caso os contratantes atuem de modo oportunista e desleal, caberá a intervenção judicial no contrato, que garantirá a revisão do negócio e, por conseguinte, a sua conservação."* BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1042.

[58] *"Tais dispositivos pressupõem os deveres de boa-fé e solidariedade na execução do contrato, que justificam a obrigação das partes de renegociar o seu conteúdo, com o escopo de gerir as superveniências. Desse modo, os princípios da boa-fé objetiva e de solidariedade social consistem, nos sistemas da civil law, nos fundamentos teóricos e normativos da obrigação de renegociação na*

No contexto do caso concreto apresentado, como poderão as partes renegociar um contrato que teve suas premissas alteradas unilateralmente? Diante da patente situação de impossibilidade de execução do contrato, a contratada inadvertidamente violou importantes deveres laterais do instrumento, como o de informar e o de transparência. Ora, conforme bem se alertou no início deste capítulo, o dever da autora residia apenas em expor as linhas de suas incipientes reflexões sobre o tema – não há respostas assertivas para as perguntas apresentadas.

Em atenção aos valores e princípios que sustentam o ordenamento jurídico, bem como mediante a ponderação razoável dos prejuízos econômicos que advirão do citado cenário pandêmico de todos os segmentos, buscar renegociar as premissas dos contratos desequilibrados em virtude da pandemia soa a esta autora como a medida mais equânime para as partes, não obstante revelar-se como uma alternativa que poderá, com alguma sorte, atender aos anseios econômicos daquele instrumento, além de promover a almejada estabilidade e segurança dos negócios jurídicos. Nesse raciocínio, ainda, é possível depreender, uma vez mais, que a confiança estabelecida no relacionamento entre as partes pode atuar como verdadeiro redutor de contingências, inclusive em casos de lacunas contratuais supervenientes.

## CONCLUSÃO

Espera-se que o leitor, nessa altura, esteja tomado por mais dúvidas do que quando no *status quo ante*, na medida em que o trabalho busca fomentar a reflexão nos profissionais do Direito, instigando-os a rememorar sobre as diversas situações e incertezas que certamente já se viram envolvidos quando da negociação de uma transação econômica.

Tendo em mente que os contratos, como instrumentos jurídicos viabilizadores de negócios econômicos, têm papel fundamental para a estabilização das relações, ao passo que trazem às partes a previsibilidade, encontram seu máximo valor quando atuam como verdadeiro redutor de contingências. Nesse espeque, o advogado, à mercê da probabilidade matemática que permeia as negociações, compreende que o Direito não é um sistema fechado em si mesmo, até mesmo porque, se fosse, poderia cairia no desuso ou, pior, no descrédito. Portanto, recaindo no advogado a figura de agente essencial à instrumentalização de negócios econômicos seguros e previsíveis, o conhecimento e aprofundamento do experto na teoria do *contract design* se revela como *conditio sine qua non* para a saudável perseguição, tanto no *front-end* quanto no *back-end*, da manutenção da eficiência econômica naquela transação.

O presente trabalho convida a todos os profissionais, em especial aos contratualistas, a se aprofundarem nas vantagens que a utilização das corretas ferramentas (como as análises situacionais propostas pela Teoria dos Jogos) e aplicação dos inúmeros mecanismos existentes (como a técnica redacional ou de negociação conforme o caso concreto, por exemplo) podem trazer à parte que estrategicamente os adota.

---

*hipótese de hardship (BARCELLONA, 2003, p. 476).”* BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos,* p.1041.

A relevância acadêmica do presente trabalho consiste, portanto, em apresentar a moderna teoria do *design* contratual e ponderar especialmente sobre a sua aplicação para a estratégica distribuição de riscos para as partes. Não obstante, igualmente à luz da teoria do *contract design*, o trabalho traça inovadoras linhas e reflexões que contribuem para o desenvolvimento do pensamento acadêmico acerca da compreensão da pandemia do COVID-19 pelo universo jurídico contratual, além de esboçar, por meio da análise de um caso concreto, as possíveis alternativas existentes para as partes frente aos impasses advindos de tal lacuna superveniente.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**


ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. **Contract Design.** Fundação Getúlio Vargas. Agosto, 2017.

BANDEIRA, Paula Greco. **As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos.** Dezembro, 2016.

BANDEIRA, Paula Greco. **Os contratos incompletos e a soft law.** Fevereiro, 2015.

BOLIVAR, Analluza Bravo. A teoria do "design" contratual: sua aplicabilidade face às regras de interpretação do contrato no Brasil. **Revista de Direito Empresarial:** *ReDE*, v. 4, n. 18, p. 123-149, Setembro, 2016.

BONA, André. **Equilíbrio de Nash.** Disponível em: https://andrebona.com.br/equilibrio-de-nash-entenda-este-modelo-no-mundo-dos-investimentos/. 2019. Acesso em: 17 mar. 2020.

CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design:* **The Case of Corporate Acquisitions,** The Yale Law Journal, v. 119, p. 848-924, 2010.

CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. **The Effect of Bargaining Power on Contract Design.** Virginia Law Review, v. 98, p. 1665-1743, 2012.

FERRO, Thais Vianna. **Gestão de riscos contratuais pela autonomia privada**, 2015.

PROJURIS. **Teoria dos Jogos no Direito.** Disponível em: https://www.projuris.com.br/teoria-dos-jogos-direito/. Acessado em 17 mar. 2020.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. 1. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Anticipating Litigation in Contract Design**. The Yale Law Journal**, v. 115, p. 814-879, 2006.

_____; _____. **Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design,** Case Western Law Review, v. 56, p. 187-201, 2005.

_____; _____ **Principles of Contract Design.** Yale Law Journal, v. 115, 2006.

SIMÃO, José Fernando. **O Contrato nos tempos da COVID-19**. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio, 2020.

TARTUCE, Flávio. **O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação**. Boa-fé, bom senso e solidariedade. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade. Acesso em: 24 abr. 2020.

TIMM, Luciano Benetti; HILLBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos**.** *In:* **Direito e Economia no Brasil.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

# A POSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL DE VALOR VULTUOSO SOB A ÓTICA FUNCIONAL DO INSTITUTO[1]

**GUILHERME OSMAR FAULIN BELINASSI**

**SUMÁRIO**: Introdução. 1. Do bem de família. 1.1 Um breve histórico sobre o bem de família. 1.2 As duas modalidades de bem de família no direito brasileiro. 1.3 O bem de família legal e a não limitação de seu valor. 1.4 Bem de família legal, a função e a finalidade do instituto. 1.5 Das exceções legalmente previstas para penhora do bem de família legal. 2. O Superior Tribunal de Justiça e o bem de família legal. 2.1 Considerações iniciais. 2.2 Dos enunciados 364 e 486 da Súmula do STJ e seus precedentes. 2.3 Das decisões referentes a bem de família de valor vultuoso. Conclusão. Referências. Bibliográficas.

## Introdução

Neste trabalho será abordado o bem de família *legal*, inserido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 8.009/90, que fixou a impenhorabilidade de determinados bens do devedor, realizando a limitação de expropriação de seu patrimônio.

Todavia, ainda que bem de família *legal* tenha sido inserido no direito pátrio pela lei acima mencionada, o direito comparado demonstra que, um século e meio antes, a primeira legislação que institui esta modalidade de bem de família surgia na República do Texas, por uma necessidade social e econômica.

Partindo deste histórico internacional do bem de família, chega-se a como o Brasil inseriu este instituto em seu ordenamento jurídico, através do Código Civil de 1916, na modalidade de bem de família convencional, e como a legislação pátria evoluiu até a presente data.

Após esta análise, buscar-se-á entender os motivos pelos quais, reiteradamente, doutrina e jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, se debruçam sobre o tema e, especialmente, sobre a impenhorabilidade do bem de família *legal* considerado vultuoso.

Quais os motivos levam esta questão a ser tão debatida e, mesmo após anos de decisões declarando que o alto valor comercial do bem não lhe retira a

[1] RESUMO: O bem de família legal (previsto na Lei nº 8.009/90) é um inquestionável meio de proteção ao patrimônio mínimo, ao mínimo existencial e ao direito à moradia. Todavia, a função do instituto, assim como o Direito enquanto ciência, recebeu inúmeras alterações no decorrer dos séculos, especialmente ampliações quanto a seu conceito e características. A função deste artigo é analisar se o bem de família legal, dentro do ordenamento jurídico, pode possuir uma limitação de valor, permitindo assim a expropriação de parcela excedente, se caracterizado que este é vultuoso.
Palavras-Chave: Bem de família. Vultuoso. Patrimônio mínimo. Funcionalização.
ABSTRACT: The homestad (provided in Law nº 8.009/90) is an unquestionable means of protecting the minimum assets, the existential minimum and the right to housing. However, the role of the institute, as well as Law as a science, has undergone numerous changes over the centuries, especially in terms of its concept and characteristics. The function of this article is to analyze whether the homestead, within the legal system, may have a value limitation, thus allowing the expropriation of a surplus portion, if it is characterized as being expansive.
Keywords: Homestead – Expansive - Minimum assets - Functionalization.

impenhorabilidade, sendo apresentada forte resistência por parte de juristas, que afirmando que é necessária a revisitação do tema pelo Tribunal da Cidadania, ou então pela própria lei, para que a penhora de bem de valor vultuoso seja possível.

## 1 O Bem de Família.

### 1.1 Um breve histórico sobre o bem de família.

A primeira legislação a tratar e proteger o bem de família teve origem no Texas, na época em que este ainda era uma república independente, desvinculado dos Estados Unidos.

Em 26 de janeiro de 1839, foi promulgada a *Homestead exemption act*, que assegurava a todo cidadão ou chefe de família (memorando que nem todo ser humano era considerado cidadão àquela época), independentemente da publicidade do ato ou declaração de vontade, a reserva, até um determinado valor ou quantidade legalmente prevista, de um lote de terra, utensílios domésticos e lavoura, animais de corte, de transporte e leiteiros, para que a família e seus membros, enquanto instituição de grande valor e que merece proteção estatal, tivessem condições de ter uma vida digna[2].

Naquele momento histórico, o contexto social e econômico da população que habitava a República do Texas era a de americanos recém-chegados, oriundos de recente migração ocasionada por grave e profunda crise econômica havida nos anos de 1930 em solo americano – derivada da explosão de bolha do mercado financeiro que forneceu subsídios sem lastro -, onde milhares de pessoas foram expropriadas da integralidade de seus bens materiais[3].

E quando se diz integralidade, refere-se à completa dilapidação de todo e qualquer patrimônio do devedor, vez que não existia nenhuma espécie de limitação acerca do que poderia ou não poderia ser penhorado, reduzindo famílias inteiras a situação de profunda miserabilidade.

E foram estas famílias, quase integralmente, que buscaram no território texano o recomeço de suas vidas.

Justamente como atrativo àquelas pessoas e famílias que sofreram com a crise acima mencionada, e por já ser composta por uma grande maioria de indivíduos que sofreram com a desenfreada perda de bens nos Estados Unidos, a primeira legislação a tratar acerca do bem de família assegurou, através da

[2] Texto da lei: De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de uma família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de *fieri facias* ou de outra execução, emitido de qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo par que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares, todas as ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, 20 porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato são ineficazes perante ele.

[3] Acerca deste contexto social e econômico: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009-90. 5º ed. ver., ampl. e atual. Com o Novo código civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 25-27.

impenhorabilidade de componentes básicos para a sobrevivência e subsistência, a garantia e o desenvolvimento de uma vida digna.

E esta proteção legal do bem de família acabou se espalhando, em grande escala, em território americano, existindo em cada um de seus Estados, leis ou regulamentos específicos acerca do tema, mas com um plano de fundo bem estampado: a proteção de um patrimônio mínimo, que permitisse a subsistência, de forma digna, de uma unidade familiar.

Na lição de Azevedo[4]:

> Homestead significa local do lar (home = lar; stead = local), surgindo em defesa da pequena propriedade. Mostra-nos Pierre Jolliot que a origem e a razão de ser do instituto do homestead se encontra no espírito do povo americano, dentre outras causas, pelo respeito da atividade e da independência individual, pelo sentimento herdado da nação inglesa, de considerar a casa como um verdadeiro castelo sagrado e pela necessidade de estimular, por todos os meios, os esforços do colono ou do imigrante, no sentido de uma maior segurança e proteção em caso de infelicidade.

Já no direito brasileiro, um pouco mais tardiamente, a primeira codificação a tratar sobre o tema foi o Código Civil de 1916.

Todavia, diferentemente da proteção texana, o bem de família não decorria de uma previsão legal que o instituía imediatamente, e que atingia a todos os indivíduos de forma igualitária.

O bem de família brasileiro era tão somente o de natureza convencional, ou seja, partia do indivíduo o ânimo de instaurar, em favor do ente familiar, mediante declaração pública e o preenchimento de requisitos legais, sua instituição em favor da família.

Interessante fato acerca deste bem de família, constante do Código Civil de 1916, é que ele não existia no anteprojeto original do Código, sendo incluído apenas quando de seu trâmite no Senado, em Comissão Especial, em uma fase muito adianta e final de discussões[5].

Esta modalidade de bem de família – denominada *convencional* pela doutrina - até a presente data subsiste em nosso ordenamento jurídico, hoje prevista no Código Civil de 2002, em seus artigos 1.711 e seguintes[6].

Entretanto, assim como ocorria já na vigência do Código Civil de 1916, dificilmente se observa a realização do bem de família na modalidade convencional, em razão de exacerbados custos para sua formalização e a necessidade de preenchimento de requisitos legais para implementação, o que acaba ocasionando a escassez de casos de adoção desta modalidade.

Em contrapartida, a modalidade de bem de família *legal*, instituída em nosso direito pátrio pela Lei nº 8.009/90[7], independe de qualquer ato pretérito ou

[4] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009-90. 5º ed. ver., ampl. e atual. Com o Novo código civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

[5] Acerca do histórico legislativo: AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009-90. 5º ed. ver., ampl. e atual. Com o Novo código civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 88.

[6] BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 11 mar. 2020.

de registro, sendo esta modalidade a de mais comum visualização e que ocasiona maiores controvérsias em nosso sistema.

### 1.2 As duas modalidades de bem de família no direito brasileiro.

Feita esta pequena introdução histórica acerca do tema, observa-se então que é possível dividir o bem de família, em nosso sistema jurídico, em duas modalidades: o bem de família convencional – também denominado voluntário – previsto no Código Civil de 2002, e o bem de família legal – ou involuntário -, previsto na Lei nº 8.009/90.

O bem de família convencional, conforme já mencionado anteriormente, é aquele em que o instituidor, mediante escritura pública ou testamento, destina parte de seu patrimônio para este fim, desde que não ultrapasse um terço de seu patrimônio líquido no momento da instituição.

Suas características, como assinala a doutrina[8], são:

> i) depende de ato voluntário do titular, por escritura pública, testamento ou doação; ii) gera inalienabilidade e impenhorabilidade; iii) refere-se ao bem imóvel onde a família está residindo; iv) tem duração limitada à vida dos instituidores ou até a maioridade civil dos filhos.

E exatamente por conter esses pressupostos e características para sua instituição, mais especificamente a necessidade de não ultrapassar um terço do patrimônio líquido do instituidor, e ser necessário o pagamento de escritura pública, registro em cartório e impostos decorrentes do ato, que faz com que o instituto previsto no Código Civil seja pouco utilizado em nosso cotidiano, reservando-se a pessoas financeiramente mais abastadas.

Por sua vez, o bem de família legal – ou involuntário - é o "imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis da residência, impenhoráveis por determinação legal"[9].

Esta modalidade acaba tendo, como instituidor o próprio Estado, independe de qualquer ciência a terceiro, declaração de vontade ou pagamento de tributo para sua instituição.

O bem de família legal é assim considerado simplesmente por cumprir com os requisitos legais, podendo sua alegação/configuração ocorrer a qualquer momento e face a qualquer pessoa, com exceção das hipóteses legalmente previstas.

Por evidente, desde que a Lei nº 8.009/90 foi promulgada, por conversão da Medida Provisória nº 143/90, e por suas disposições apresentarem limitações a penhora de bens, diversas interpretações e questionamentos (até mesmo acerca da constitucionalidade da lei) acabaram por ser analisadas pela doutrina e pelos tribunais, que acabaram por traçar diversas ampliações ao que pode ser considerado bem de família legal, conforme se analisará mais adiante.

---

[7] BRASIL. Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 11 mar. 2020.

[8] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016. p. 838.

[9] AZEVEDO. Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009-90. 5º ed. ver., ampl. e atual. Com o Novo código civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 167.

**1.3 O bem de família legal e a não limitação de seu valor.**

Se infere da Lei nº 8.009/90, que em nenhum momento de suas disposições, ocorreu a limitação ou fixação ao valor máximo – ou mínimo - do bem de família.

E a questão de limitação de valores sempre foi discutida no cenário jurídico pátrio, desde o Código Civil de 1916. E este problema, como bem salienta a doutrina[10], não se deu apenas no direito nacional:

> Não só pelo exemplo estrangeiro, mas no próprio Direito Brasileiro, do modo como nasceu o instituto do bem de família, era necessária a fixação do seu valor, para que não fosse ele porta aberta a abusos. O bem de família visando a proteção da pequena propriedade, seja urbana, seja rural, surgiu para abrigar a família dos dissabores econômicos, para que ela não se visse privada de tudo o que possuía, sem, pelo menos, remanescer lhe um teto modesto como asilo.

Por diversas vezes tentou-se, no decorrer da legislação nacional, impor limitações de valores ao bem de família.

A primeira destas limitações ocorreu pelo Decreto-Lei nº 3.200/1941, que impossibilitou que o bem de família convencional fosse superior a cem mil cruzeiros. Posteriormente, a Lei nº 2.514/55 estabeleceu o limite máximo do valor do bem de família para um milhão de cruzeiros.

Referidas leis encontraram problemas em razão da desatualização monetária, pois a sempre presente inflação corroía a moeda nacional – o problema de estabilização econômica de nossas moedas é notório, desde sempre -, o que tornava os valores legalmente previstos inócuos para lastrear uma efetiva proteção a família.

E então, tentando suprir este problema, uma nova lei foi promulgada. A Lei nº 5.653/71 estabeleceu que o bem de família não poderia ser instituído em valor superior a 500 (quinhentas) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Contudo, a limitação legalmente prevista teve fim com o advento da Lei nº 6.742/79, ocasionando um novo vácuo quanto ao tema.

Observa-se que todas estas disposições, pelas datas em que referidos textos legais foram promulgados, tratavam acerca do bem de família convencional, aquele até então disciplinado pelo Código Civil de 1916, e sempre encontraram, por parte da doutrina, resistência quanto a fixação de um valor máximo.

A Lei nº 8.009/90, influenciada por esta corrente que não impõe limitação ao valor do bem de família, deixou de disciplinar esta questão.

E a explicação para esta resistência para uma limitação do valor, por parte da doutrina e até mesmo dos tribunais, é explicado por Lustosa[11]:

> Como era de se esperar por força da ideologia liberal e individualista então dominante, marcada pelo dogma da subsunção, a maioria dos autores advogava a tese que atribuía plena liberdade ao proprietário para instituir o prédio de sua

[10] AZEVEDO. Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009-90. 5º ed. Ver., ampl. e atual. Com o Novo código civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 112.

[11] LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. In: Revista Brasileira De Direito Civil. vol. 10. Out-Dez 2016. p. 142.

> residência como bem de família por mais valioso que fosse, observados os requisitos legais. Chegava-se a argumentar que, embora autorizado, o ato de exagero do chefe de família que destinasse valiosa propriedade para seu domicílio seria imprudente, pois, sendo um ato público, a exclusão da propriedade da garantia de terceiros faria diminuir o seu crédito, sofrendo ele, assim, os resultados de sua imprudência.

E tanto a doutrina quanto a jurisprudência, em razão desta não limitação do valor do bem de família legal, acabaram por alinhar-se no sentido de que o bem de família não possui esta limitação.

Ou seja, cumprindo-se os requisitos legais, o imóvel e seus utensílios são impenhoráveis, desde que dentro das especificações legais e excetuadas os casos previstos na própria lei.

Todavia, existem vozes inquietas e dissonantes que reverberaram – e ainda reverberam - quanto a esta questão, especialmente quando se constata que diversos destes bens de família possuem valores que ultrapassam o razoável, tratando-se de bens imóveis de valor exacerbado e que, além de garantir aquilo que a lei busca, acabam por frustrar o recebimento de credores de forma infundada, por entenderem que o instituto não visou jamais proteger um patrimônio exacerbado, mas sim a dignidade da pessoa.

### 1.4 Bem de família legal, a função e a finalidade do instituto.

Não se nega e nem se discute a importância do bem de família legal, e a evolução que a sua instituição, mediante lei, apresentou no direito pátrio.

Ele é, em sua última instância, a mais básica garantia do patrimônio mínimo, incluso no conceito de mínimo existencial, atrelado intimamente à dignidade da pessoa humana.

O conceito de patrimônio mínimo, de acordo com Luiz Edson Fachin[12], é a "garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica" (do devedor), "mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada"[13].

Entretanto, o próprio Luiz Edson Fachin, assevera que o patrimônio mínimo não pode gerar o favorecimento de uma parte em detrimento de outra, pois sua função não é a de favorecer o indivíduo, mas sim de protegê-lo:

> As consequências advindas da proteção inexpurgável ao patrimônio mínimo não conduzem, por via oblíqua, a um estatuto da desigualdade por vantagem exagerada em favor de uma das partes da relação jurídica. [14]Antes, parte da igualdade (em sentido substancial) para enfrentar, no reconhecimento material das desigualdades, o respeito à diferença sem deixar de alavancar mecanismos protetivos dos que são injustamente 'menos iguais'.

Ademais, sua proteção exemplifica o que a despatrimonialização (ou repersonalização) do Direito Civil busca, trazendo maior humanidade ao Direito

[12] No Brasil, o primeiro jurista a tratar sobre o conceito de patrimônio mínimo é o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, possuindo inclusive obra dedicada exclusivamente ao tema.
[13] FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. p. 1.
[14] FACHIN, Luiz Edson, Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. p. 278.

Civil, impondo certos limites ao outrora desenfreado direito de expropriar o devedor, integralmente, de seus bens, reduzindo-o a miserabilidade.

Como ensina Schereiber[15]:

> Fala-se em "despatrimonialização" ou em "repersonalização" do direito civil, com o intuito de evidenciar a necessidade de fazer incidir na disciplina das relações privadas a tutela de interesses existenciais que, por tanto tempo, foram mantidos à margem das preocupações civilistas.

Todavia, a interpretação dada ao bem de família, especialmente quando se suscita a impenhorabilidade do bem de valor vultuoso, parece inflacionada, em razão da sua direta relação com o mínimo existencial, assim como em outros casos em que este instituto é mencionado.

Como assevera Sarmento[16]:

> É preciso cuidado para não inflacionar o mínimo existencial, empregando-o em hipóteses que não tratam das condições materiais básicas para a vida digna – cuidado que teve a Corte Constitucional portuguesa, mas que o Judiciário brasileiro não vem observando.

O objetivo primordial do bem de família é assegurar a residência digna, evitando-se de ser colocado o devedor e a entidade familiar em situações de miséria, extremo risco e degradantes, não condizentes com o mínimo de segurança e a dignidade humana.

E comenta Rafael Garcia Rodrigues[17] acerca da nova fase do Direito Civil:

> [...] não é possível desconsiderar que a Constituição da República de 1988 instaurou nova ordem jurídica no país, realocou valores, instituiu novos princípios, impondo assim o repensar de todo o sistema jurídico. A normativa constitucional, seu conjunto de regras e princípios, passa a incidir diretamente no caso concreto, nas relações intersubjetivas. Desta forma, as categorias e conceitos do direito civil devem ser criticados e reconstruídos, tendo como norte a consecução do projeto constitucional.
>
> Impõe-se a mudança dos paradigmas, a revisão de todas as categorias e conceitos jurídicos, a necessidade de forjar um novo direito civil, já não mais afeto exclusivamente às situações patrimoniais: o indivíduo, o ser humano é necessário afirmar como o centro referencial do ordenamento.

Não se fecha os olhos aos problemas estruturais brasileiros, pois considerável parte da população ainda não possui condições de uma residência digna, arriscando-se em loteamentos irregulares, clandestinos.

As favelas são o maior exemplo desta situação, visto que oriundas de total ausência de políticas públicas por séculos para com os indivíduos menos afortunados por parte do Estado, e que hoje estão incrustadas nas cidades brasileiras, fazendo parte da paisagem e do cotidiano de quem reside em perímetros urbanos.

---

[15] SCHEREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 76.

[16] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 224

[17] RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa do ser humano no Código Civil. In: O código civil na perspectiva civil, constitucional. Tepedino, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 19.

Não se trata de proteger apenas a família, mas sim proteger a humanidade de autodegradação e o flagelo do indivíduo, açoitando-o e reduzindo-o a condição de indigente e condenando-o ao ostracismo e a invisibilidade social.

Tanto o é que, diversos são os julgados e as construções doutrinárias que ampliam o conceito de bem de família para além daqueles parâmetros legais, e que merecem congratulações, justamente por perquirir e proteger o objetivo da lei e princípios constitucionais, que é o respeito ao humano.

As mais flagrantes ampliações, inclusive, foram consolidadas pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua súmula, especialmente nos enunciados 364 e 486, que reverberam a impenhorabilidade do bem que serve de residência para um único indivíduo, por se tratar de bem de família.

> Enunciado n. 364 - O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.
> Enunciado n. 486 - É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

E isso, por si só, demonstra tanto a ampliação do instituto bem de família para além da subsunção a letra fria da lei, seja em razão da ampliação do conceito de família, seja em razão de assegurar, essencialmente, valores constitucionais e que são protegidos pelo sistema jurídico pátrio quando analisado de maneira conjuntural.

A doutrina esclarece:

> Exatamente por conta dessa concepção instrumentalista de família há de se reconhecer a proteção avançada (impenhorabilidade) do imóvel pertencente ao devedor sozinho, o chamado single (solteiro, viúvo ou divorciado, por exemplo). Isso porque, embora não se possa afirmar a existência de família composta por um único componente, certamente, a pessoa single merece proteção, garantido o seu patrimônio mínimo – é o que se reconhece, inclusive, na Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça.[18]

A ampliação, tendo em vista o escopo da lei, coaduna-se com aquilo que almeja a Constituição Federal, especialmente se observados os fundamentos e objetivos estampados em seus artigos 1º e 3º[19], bem como acaba por se coadunar com o Direito Pós-Segunda Guerra, que reformulou a estrutura e do pensamento jurídico, pois aquele sistema fechado, codificado, demonstrou-se aquém das demandas, necessidades e realidades sociais.

Esclarece Maria Celina Bodin de Moraes[20]:

> O sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas

[18] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed. JusPodlvm, 2016. p. 836.
[19] BRASIL. Constituição de Republica Federativo do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2020.
[20] TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. In: Doutrinas Essenciais de Direito Civil. vol. 2, p. 1151 – 1167, Out. 2010.

> funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.

A interdependência e interpenetração do ordenamento jurídico, bem como força vinculante que se passou a dar ao Texto Constitucional, trouxeram à tona um dos grandes pontos da nova sistemática jurídica, a unidade do sistema.

Como bem salienta Schereiber[21]:

> A ordem jurídica brasileira é unitária. Em outras palavras, o direito civil, o direito penal, o direito administrativo não consistem em universos isolados, mas se comunicam permanentemente como partes integrantes e indissociáveis do ordenamento jurídico, irradiando os valores consagrados na Constituição da República.

Então, para entendermos o bem de família legal, temos que entender a função do instituto dentro da unidade e do contexto normativo brasileiro.

A funcionalização do instituto, bem como a funcionalização de vários outros institutos do Direito, especialmente aqueles de origem civil, é uma necessidade premente na atualidade do raciocínio jurídico. Arremata Anderson Schreiber[22] acerca desta questão:

> A função corresponde ao interesse que o ordenamento visa proteger por meio de determinado instituto jurídico e, por essa razão, predetermina, nas palavras do Professor de Messina, a sua estrutura. A sofisticada construção obriga os juristas, e especialmente os civilistas, a se perguntarem: qual o papel que o ordenamento reserva a cada instituto jurídico? Por que a ordem jurídica atual o preserva? Abandona-se, com essas indagações, a postura sonolenta que tomava os institutos jurídicos como colocados à livre disposição do sujeito de direito (mera vontade).

A primeira observação é a estrita conexão do bem de família legal com a garantia do indivíduo a um patrimônio mínimo, este incluso dentro daquilo que passou a ser considerado o mínimo existencial.

A instauração do bem de família legal, em conjunto com as causas de impenhorabilidade de bens previstas no Código de Processo Civil, em seu artigo 833[23], são a mais flagrantes defesas do patrimônio mínimo, posto limitar a expropriação de patrimônio em razão de dívidas, garantindo ao devedor uma vida digna.

Acerca do tema, a doutrina elabora a seguinte argumentação:

> A garantia jurídica do patrimônio mínimo, que corresponde àquele indispensável a uma vida digna do qual a pessoa não pode ser desapossada, revela com toda sua pungência a funcionalização de um instituto eminentemente patrimonial para a realização de valores existenciais.

[21] SCHEREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 45.

[22] SCHEREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 77.

[23] BRASIL. Lei nº 13.015 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 mar. 2020.

> A proteção conferida à moradia pela impenhorabilidade do bem de família do devedor pela Lei 8.009/1990 corresponde a uma das possibilidades, consagrada pelo ordenamento positivo, de manifestação da proteção ao patrimônio mínimo.[24]

E este é um ponto nodal, pois existe um grande equívoco quando da análise do instituto do bem de família, ao se atrelar o instituto, umbilicalmente, única e tão somente, ao direito à moradia, esquecendo-se da função que este desempenha e o que visa garantir.

Sendo assim, deve-se observar que o bem de família legal, essencialmente, deve ser atrelado ao patrimônio mínimo e ao mínimo existencial, decorrendo o direito à moradia garantido ser protegido, mas primordialmente, ser analisado o direito à moradia em razão destes institutos.

Diante destas considerações, se observa que o bem de família legal, criado e regido pela Lei nº 8.009/90, possui a função de proteger o patrimônio mínimo, derivado do mínimo existencial, encontrando em nossa Constituição Federal sua finalidade: assegurar o direito à moradia para preservação da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade mais justa e solidária e a erradicação da pobreza e marginalização, evitando-se a total depredação e degradação financeira ou a possibilidade de que o indivíduo, ou o ente familiar, sucumbam e fiquem à mercê da própria sorte.

### 1.5 Das exceções legalmente previstas para penhora do bem de família legal.

Existem exceções que permitem a penhora do bem de família legal. Atualmente, os artigos 2º, 3º e 4º[25], da Lei nº 8.009/90 tratam desta questão.

Existe relevante e interessante polêmica acerca da constitucionalidade e da justiça acerca da exclusão prevista no artigo 3º, inciso VII, que merece ser citada, mas que não é objeto do presente trabalho[26].

---

[24] CASTRO, Julia Ribeiro de; Souza, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.) Direito civil constitucional. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 150.

[25] Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.
Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.
Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

[26] Acerca do tema, os seguintes artigos científicos: LOUREIRO, Claudia Regina Oliveira Magalhães da Silva. O direito fundamental à moradia como direito humano e a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 111/2019, p. 161 – 177, Jan – Fev. / 2019. E ainda: NETO, João Hora. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. In: Doutrinas Essenciais Família e Sucessões. vol. 5, p. 711 – 745, Ago. 2011.

Contudo, duas das previsões de exclusão, constantes nos artigos 2º e 4º, merecem análise: a possibilidade de penhora de adornos suntuosos e a de bem adquirido de má-fé, se mais valioso, quando sabidamente insolvente o devedor.

Observa-se que a primeira hipótese de exclusão se dá, exatamente, em razão do valor do bem considerado suntuoso, retirando-lhe a proteção legal.

A motivação para esta exclusão resta evidente: um adorno que guarnece a residência, mas que não facilita ou possa ser considerado necessário para a manutenção da residência – tais como são considerados hoje os eletrodomésticos – fogem do escopo da lei e do instituto, já que a manutenção daquele bem, em posse do devedor, enquanto este se esquiva de cumprir com a responsabilidade assumida, mostrasse desarrazoado.

A segunda exclusão, mais complexa de ser analisada, exige que seja adquirido de má-fé um bem de valor maior, por parte do devedor, quando sabidamente insolvente. A má-fé, sabida e notoriamente, nunca foi protegida pelo Direito, desde a época dos romanos[27].

Por esta razão, o devedor que adquire bem imóvel mais caro, mesmo sabendo que não teria condições de adimplir suas dívidas, tem por intenção transformar patrimônio que poderia ser penhorado em patrimônio inatingível, sendo flagrante a sua intenção de valer-se, de forma espúria, da proteção que a Lei nº 8.009/90 lhe confere.

É interessante apontar que, neste último caso, a própria Lei determina que ou o magistrado transfira a impenhorabilidade para o bem anterior, ou anule a venda do bem, deixando o excedente para execução.

Ora: a própria lei, quando se constata a má-fé do devedor, que vendeu bem e adquiriu mais valioso, permite a anulação da venda e que o crédito possa ser saldado pelo valor excedente, demonstrando que a finalidade do instituto não é a manutenção do devedor em um bem vultuoso – e que neste caso, conjuga-se com a sua má-fé – não podendo valer-se o devedor de própria torpeza, em benefício próprio ou de sua família, em detrimento de um crédito existente e que merece ser saldado.

Interessante o posicionamento de Álvaro Villaça Azevedo[28] acerca desta questão, que admite a execução do próprio imóvel, limitando a penhora a quantia referente que ultrapassar o valor do imóvel anterior:

> Todavia, a solução do legislador, neste caso, é complicadíssima, pois não há necessidade de anular a alienação do primitivo bem de família, se o novo é mais valioso, do que o antigo. Basta, isto sim, permitir a execução do novo imóvel, até o valor que ultrapassar o do antigo, restando esse valor antigo impenhorável, ainda que contido no imóvel mais valioso.

Observa-se que referido doutrinador, dentro de sua concepção, assevera que a execução do imóvel, parcial, seria solução possível, o que parece se

[27] Acerca da má-fé, seu histórico e sua atual faceta: DONNINI, Rogério. Boa-fé, mentira e o litigante ímprobo. In Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil. Coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1. p. 125-138.

[28] AZEVEDO. Álvaro Villaça. Bem de família: com comentários à Lei 8.009-90. 5º ed. Ver., ampl. e atual. Com o novo código civil brasileiro. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 202.

coadunar, repise-se, com a função do instituto do bem de família, vez que a garantia do patrimônio mínimo resta intocada.

## 2. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O BEM DE FAMÍLIA LEGAL

### 2.1 Considerações iniciais

Desde a sua criação, pela Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça se debruçou, por algumas vezes, sobre casos que discutiam o bem de família *legal* e sua extensão.

Por evidente, uma das matérias analisadas foi a possibilidade ou impossibilidade de ser penhorado o bem de família vultuoso, se este for o único patrimônio do devedor.

Referente a este tema, o mais emblemático julgamento, até a presente data, foi o do Recurso Especial nº 1.351.571/SP[29], ocorrido em setembro de 2016, em que participaram os Ministros Luis Felipe Salomão, Marco Buzzi, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira, sendo pormenorizado mais adiante o caso concreto.

Se diz o mais emblemático em razão de, neste julgamento, dois dos Ministros, ainda que vencidos, terem proferidos votos que permitiam a penhora de bem de valor vultuoso, ainda que este fosse a morada da família, superando o posicionamento sedimentado pelos precedentes do Tribunal da Cidadania.

Passa-se a análise de algumas destas questões e como a Corte as enfrentou, que inclusive geraram a edição de enunciados[30].

### 2.2 Dos enunciados 364 e 486 da súmula do STJ e seus precedentes.

O Verbete 364, editado em 15 de outubro de 2009 e já mencionado anteriormente, sedimentou o entendimento de que "o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

Serviram de precedentes para a edição desta o julgamento de treze processos que tramitaram, entre os anos de 1995 e 2007, naquela casa de justiça, conforme o próprio Superior Tribunal de Justiça informa em sua revista eletrônica[31], todos com decisões no sentido do que explicitado pelo enunciado.

Observa-se que, em todos estes julgamentos, o Tribunal da Cidadania conferiu a Lei nº 8.009/90, e seu artigo 1º, interpretação ampliativa e teleológica, afastando-se da simples interpretação literal, ou seja, a subsunção do caso a letra fria da lei, já que esta, expressamente, dispõe que o bem de família legal é aquele "do casal, ou da entidade familiar", nada prevendo acerca de pessoas solteiras ou que residam sozinhas, o que ocasionaria a não incidência da regra legal aos casos de solteiros, separados ou viúvos.

---

[29] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.571/SP, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27 de setembro de 2016, DJe 11.11.2016.

[30] Acerca do que é uma Súmula, sua evolução histórica, função e distinção entre Súmula e Súmula Vinculante: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1.395/1.404

[31] Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf >. Acesso em 18 de março de 2020.

A fundamentação para esta ampliação pode ser sintetizada no seguinte trecho, constante da ementa do Recurso Especial nº 182.223/SP[32]:

> [...]
> A Lei n. 8.009/1990, art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responde por suas obrigações patrimoniais.
> [...]
> Data vênia, a Lei n. 8.009/1990 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa.
> Só essa finalidade, data vênia, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal.
> [...]

Por sua vez, também foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça o enunciado 486, fixando o entendimento de que "é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família", servindo para e precedentes para a edição do enunciado, os julgamentos de quatorze processos, entre os anos de 2003 e 2009[33] por aquela casa.

E mais uma vez, assim como no enunciado 364, a Corte realizou a interpretação ampliativa e teleológica a Lei nº 8.009/90, pois o texto legal põe, como requisito necessário para que o imóvel seja considerado bem de família *legal*, sua utilização para residência do devedor.

Observa-se então que o Superior Tribunal de Justiça realizou, quando editou seus enunciados, realizou uma intepretação teleológica da lei, buscando resguardar aquilo que a lei efetivamente visou proteger e conforme o contexto social adequado.

Afastaram-se os termos legais e restritos de casal, família e residência para utilização do instituto para o indivíduo isoladamente considerado e para que este, através do imóvel, conseguisse assegurar sua subsistência, se do ato de explorar sua propriedade obtivesse sua renda.

Como bem salientam Bruno Terra de Moraes e Fabiano Pinto de Magalhães[34]:

> Não é demasiado, pois, afirmar que o instituto jurídico é um produto do seu tempo. A expressão "seu tempo", porém, não se refere, tão somente, à época em que o instituto jurídico foi concebido. Não: enquanto ele estiver vigente, e for aplicável, deverá ser analisado à luz dos princípios e valores vigentes na época da aplicação, de modo que tal instituto deverá estar de acordo com as tendências apontadas pela sociedade, não podendo, portanto, ser incompatível com os valores vigentes.

Assim, no corpo destes enunciados, observa-se a aplicação e a incidência sobre a Lei nº 8.009/90 da Constituição da República de 1988, seus valores e

[32] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 182.223/SP. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 19 de agosto de 1999.
[33] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas486-490.pdf:. Acesso em: 18 mar. 2020.
[34] MORAES, Bruno Terra de Moraes; MAGALHÃES, Fabiano Pinto de Magalhães. Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.) Direito civil constitucional. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 115.

fundamentos, ampliando a proteção legal para situações que, expressamente, a letra fria da lei não dispôs ou não previu, mas que são merecedoras de guarida do instituto, exatamente pela função que este exerce no cenário jurídico e econômico brasileiro.

Todavia, a mesma interpretação não é utilizada quando a Corte analisa o bem de família de valor vultuoso, pois aplica a letra fria da lei – na verdade aplica a omissão da lei acerca da situação – em detrimento da função e de outros valores constitucionais.

**2.3 Das decisões referentes a bem de família de valor vultuoso.**

Conforme pesquisa realizada pela ferramenta disponibilizada pelo sítio digital do próprio Superior Tribunal de Justiça, denominada *pesquisa pronta*[35], o tema "bem de família: imóvel de alto padrão" foi analisado pela Corte quatorze vezes, entre os anos de 2014 e 2019.

Destes quatorze julgados, em apenas dois casos foi afastada a proteção da Lei nº 8.009/90 para imóveis de elevado valor.

Todavia, observa-se que o valor do imóvel, em si, não foi a questão determinante para que a proteção da lei fosse afastada nos casos concretos, mas sim questões colaterais somadas ao valor do imóvel.

O primeiro caso é o Agravo Regimental nos Embargos de Divergência de Recurso Especial nº 1.417.629/SP[36], onde a proteção legal foi afastada em razão de não ter o devedor comprovado que o imóvel – que era um terreno sem edificações e era explorada a atividade de estacionamento de veículos - que a renda advinda da atividade explorada era revertida a subsistência da entidade familiar.

Em trecho da ementa do acórdão, fica evidenciado que a não incidência da proteção da Lei nº 8.009/90 decorreu da não comprovação da destinação da renda, não importando, para os fins deste julgamento, o valor do imóvel:

> [...]
> 2. Os arestos paradigmas declaram a impenhorabilidade de determinados imóveis, atribuindo-lhes a natureza especial, pois, um deles, apesar de valioso, era o único bem da família, sendo por ela habitado e porque, o outro, encontrando-se locado, revertia seus frutos à subsistência da família.
> 3. Desimportante a discussão acerca do valor do bem, porque, não demonstrada a destinação dos frutos do imóvel para a subsistência da família, afasta-se, por si só, a condição especial do bem.
> [...]

Ou seja, no caso acima, o valor do imóvel em si não foi motivo determinante para que a penhora fosse permitida, mas sim o descompasso do caso concreto com o enunciado 486, diante da não comprovação de que a renda do imóvel era destinada a subsistência do indivíduo.

Já na segunda hipótese, o Superior Tribunal de Justiça permitiu, em diversos julgados, a penhora de imóvel de valor vultuoso, mesmo que este seja bem de família, desde que seja permitido o seu desmembramento e a penhora

[35] Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/toc.jsp. Acesso em: 17 mar. 2020.
[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.417.629/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 27/08/2014, DJe 29/09/2014.

recaia sobre a parte do imóvel que não serve para habitação do devedor, resguardando assim, de maneira intocada, à sua moradia[37].

Deve-se observar que, mesmo no caso acima mencionado, o valor do imóvel por si só, não foi o que permitiu a penhora do bem, mas sim a possibilidade de seu desmembramento, somada a garantia intocada da moradia do devedor.

Tanto o é que, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 711.530/SP[38], a Corte não permitiu a penhora de bem em que reside o devedor e que esteja localizado sob duas matrículas imobiliárias diferentes, justamente sob a justificativa de que estar-se-ia violando o direito à moradia deste.

Assim sendo, não existe nenhum precedente no Superior Tribunal de Justiça que permita a penhora de bem de família *legal*, caso este incida sobre a moradia do indivíduo, e que possua valor vultuoso.

Diversos são os julgados que analisam a questão, mas em todos estes a penhora é negada, sob a argumentação de que a lei não utilizou a questão de valor do bem para excluir a proteção legal.

Observe-se abaixo a ementa do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.397.552/SP[39], de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão – que posteriormente, em outro julgado, alterou sua posição -, que sintetiza todos os julgados proferidos pela Corte:

> PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. LEI N. 8009/1990. IMPENHORABILIDADE DE BEM IMÓVEL DE LUXO.
>
> 1. A Lei nº 8.009/90 não estabelece qualquer restrição à garantia do imóvel como bem de família no que toca a seu valor nem prevê regimes jurídicos diversos em relação à impenhorabilidade, descabendo ao intérprete fazer distinção onde a lei não o fez. Precedentes.
>
> 2. Agravo regimental não provido.

E a somatória destes dois fatores - não competência pelo intérprete de fazer distinções onde a lei não faz somado a ausência de previsão legal acerca do bem de valor vultuoso - ocasiona o posicionamento pacífico emanado pelo Tribunal de que não compete a ele, Superior Tribunal de Justiça, decidir sobre a questão.

Todavia, referido posicionamento quase sofreu, em setembro de 2016, uma profunda alteração, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP[40].

Neste caso concreto, o Ministro Luis Felipe Salomão, alterando o seu pensamento e posicionamento acerca do tema, e na condição de Relator do recurso, proferiu um profundo, crítico e analítico pensamento sobre a questão, quebrando com o posicionamento até então uníssono do Superior Tribunal de Justiça.

---

[37] Neste sentido, e citando outros precedentes da Corte: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.456.845/PR. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26 de abril de 2016.

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 711.530/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Julgado em 03 de setembro de 2015. DJe 16/09/2015.

[39] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.397.552/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 20 de novembro de 2014, DJe 27/11/2014.

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.571/SP, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27 de setembro de 2016, DJe 11.11.2016.

No caso em análise, a dívida possuía o valor inicial de, aproximadamente, dezessete mil reais, mas que devidamente atualizada, encontrava-se no valor de setenta mil reais.

Restou demonstrado que o devedor não possuía outros bens, exceto o imóvel em que residia, situado em um condomínio edilício de luxo, que jamais foi avaliado judicialmente, mas que o credor afirmava ter valor comercial entre quatrocentos e setenta mil e um milhão e duzentos mil reais.

O magistrado da 27ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo - primeira instância a apreciar a questão - indeferiu a penhora do bem, sob o fundamento de que o imóvel se tratava de bem de família, protegido pela Lei nº 8.009/90, e que a jurisprudência estava sedimentada quanto a imprestabilidade de discussão acerca do valor vultuoso do bem[41].

Referida decisão foi impugnada pelo credor, mediante o recurso cabível, sendo mantida a decisão anterior pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a mesma fundamentação do juiz de piso.

Diante da nova negativa quanto ao seu pleito, o credor ingressou com o Recurso Especial, perante o Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto, que acabou sendo vencido, o Ministro Luis Felipe Salomão defendeu exatamente a necessidade de se avançar e atualizar a interpretação que está sendo dada a Lei nº 8.009/90 e ao bem de família *legal* de valor vultuoso.

Discorre o Ministro:

> Acerca desta lei da impenhorabilidade, malgrado todas as críticas que recebeu quando de sua promulgação, impossível não reconhecer o louvável papel por ela desempenhado consistente na reconsideração dos valores morais objeto de proteção pelo ordenamento jurídico: antes o patrimônio, agora, a pessoa humana.
>
> É que a legislação protetiva do bem de família não apenas não afrontou a Constituição da República, como, mais que isso, se mostrou em sintonia com princípios caros da Carta Política de 1988, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, o direito à moradia e a igualdade substancial, tratando, em verdade, de dar efetividade a esses princípios.

E continua, em outro trecho de seu voto, agora discorrendo acerca do passado recente e das últimas tentativas legislativas de se impor, no texto legal, um limite ao valor do bem família *legal*, especialmente a tentativa que ocorrera quando da tramitação do anteprojeto do hoje Código de Processo Civil de 2015:

> Nada obstante a emenda não ter sido aprovada, recebeu o apoio de juristas responsáveis pela elaboração do novo diploma, que concordavam com a inclusão da medida no projeto de lei, desde que estabelecidos limites para não atingir o direito

[41] Decisão proferida nos autos nº 0078796-94.2003.8.26.0100: Vistos. Fls. 608/609: De fato há prova documental a demonstrar que o imóvel penhorado, consistente no apartamento n.º 152, Edifício Ipê, integrante do Condomínio Reserva Casa Grande, é destinado à residência da coexecutada Mônica e de sua família (fls. 637/641). Bem por isso, deve ser considerado impenhorável, nos termos do artigo 1º da Lei n.º 8.009/90. De outra parte, não se admitiu a relativização dessa regra, conquanto se afigurasse razoável tal medida face à realidade, haja vista que em recente alteração da legislação processual, tal previsão foi vetada pelo Chefe do Poder Executivo. Ante o exposto, determino a desconstituição do ato de constrição incidente sobre o bem imóvel em questão. Manifeste-se o exequente em termos de prosseguimento. P.I. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX4KXHO0000&processo.foro=100&conversationId=&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=ASSOCIA%C3%87%C3%83O+DOS+PROPRIET%C3%81RIOS+DOS+LOTEAMENTOS++RECANTO+DOS+P%C3%81SSAROS&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar&paginaConsulta=1. Acesso em: 21 mar. 2020.

> à subsistência e à moradia digna. Nas palavras de Fredie Didier Júnior, "tecnicamente, não há impedimentos. O problema, no entanto, é político".
>
> De fato, a afirmação de que a penhorabilidade nos termos propostos pela Emenda 358, tecnicamente era possível, se deve à situação de que a proteção dispensada ao devedor, por meio da impenhorabilidade do bem de família, como insistentemente indicado
>
> nesta proposta de voto, orienta-se pela garantia do mínimo existencial, pela garantia de patrimônio suficiente a uma vida digna, com a disponibilidade do essencial e não do supérfluo, daquilo que excede o padrão médio de vida.

Ao fundamentar o seu voto, o Ministro Salomão se socorre daquilo que a Lei nº 8.009/90 tem por finalidade e por função: assegurar ao devedor a não expropriação de bens suficientes para lhe assegurar o patrimônio mínimo e o mínimo existencial.

Todavia, em posição contrária ao avanço proposto pelo até então relator, o Ministro Marcos Buzzi abriu divergência e acabou sendo seguido pela maioria, que adotou voto no sentido da manutenção das pretéritas decisões da Corte, sob a seguinte fundamentação:

> A variável concernente ao valor do bem, seja perante o mercado imobiliário, o Fisco, ou ainda, com amparo na subjetividade do julgador, não afasta a razão preponderante justificadora da garantia de impenhorabilidade concebida pelo legislador pelo regime da Lei nº 8.009/90, qual seja, proteger a família, garantindo-lhe o patrimônio mínimo para sua residência.
>
> [...]
>
> Somado a uma interpretação restrita das ressalvas ao instituto, há uma tendência de compreensão elastecida acerca da impenhorabilidade do bem de família obrigatório tomando como base a hermenêutica jurídica, que procura extrair a real pretensão do legislador e, em última análise, a própria intenção da sociedade relativamente às regras e exceções aos direitos garantidos.

Ainda que defensável a posição tomada pelo Tribunal neste julgamento, não se coaduna a interpretação por ele dada e mantida com tudo com as razões para as quais a Lei nº 8.009/90 foi editada, e mais do que isso, com as funções do instituto.

De fato, como bem salientou o Ministro em seu voto vencedor, a tendência de se elastecer o conceito de bem de família *legal* é flagrante, especialmente se observarmos as demais decisões do Tribunal da Cidadania que, no confronto da letra fria da lei e a subsunção do caso concreto ao seu preceito, preferiu dar à lei interpretação teleológica e atender a função e finalidade do instituto: a proteção do indivíduo, sozinho ou em unidade familiar, residindo ou não no imóvel, desde que este seja necessário para sua subsistência e lhe assegurar o mínimo patrimonial.

Todavia, assim como a frieza da subsunção do fato a lei foi superado para maior proteção, também já o foi superado para menos, quando foi possível o desmembramento do imóvel em partes capazes de continuar protegendo à moradia do devedor e quitar, total ou parcialmente, seu débito[42].

[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.456.845/PR. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26 de abril de 2016.

Os motivos que levaram a ampliação dos elementos de quem são as pessoas protegidas pela Lei nº 8.009/90, e o que pode ser considerado como bem, foram a preservação e funcionalização do instituto para o contexto social e econômico, e para atender os dispositivos que da Constituição de República de 1988.

Todavia, em nenhum momento, o ordenamento jurídico como um todo, põe a salvo o devedor para que este possa, em razão de um instituto jurídico, ver e ter um patrimônio vultuoso, que ultrapassa em muito a capacidade de atender e assegurar o seu mínimo patrimonial, protegido, em detrimento do direito creditório, que também possui suas regras e conexões com princípios constitucionais e econômicos.

Não foi a intenção da lei, e nem é a intenção do ordenamento jurídico proteger o patrimônio vultuoso, podendo-se dizer que a proteção do bem de família de grande valor possui natureza e interesse eminentemente político, ainda que contrário aos ditames constitucionais.

Tanto o é que Lustosa[43] tece comentário interessante acerca deste julgamento:

> Curioso notar que a leitura do inteiro teor do acórdão do REsp nº 1.351.571/SP deixa claro que os ministros da 4ª Turma entendem ser razoável a estipulação de um limite de valor para a impenhorabilidade do bem de família. A maioria deles, porém, considerou que essa restrição deveria – e somente poderia – estar prevista em lei. Nem mesmo o apelo do Ministro Luis Felipe Salomão, vencido, de que a moderna jurisprudência deve percorrer o caminho que leva à humanização do direito, outorgando ao magistrado "uma tarefa que transcende à automática aplicação da norma, mas, ao revés, que exija o emprego de uma hermenêutica teleológica que há muito superou o dogmatismo literal e impensado", revelou-se suficiente para convencer a maioria dos seus pares.

Da mesma forma que o Tribunal estendeu a intepretação para ampliar o bem de família *legal*, por qual razão não poderia, em consonância com os mesmos preceitos constitucionais e de funcionalização do instituto, restringir ou determinar um limite para o valor do bem?

Se o próprio Tribunal reconhece, quando debate o tema, que é necessária a limitação do valor do bem, por qual motivo não o fazer, diante de um caso concreto, quando se observa que o instituto do bem de família *legal* está sendo utilizado pelo devedor de forma subversiva e contrária ao Direito e a justiça?

Este mesmo Tribunal da Cidadania já realizou, através de sua intervenção, correções necessárias na aplicação e interpretação da Lei nº 8.009/90, inclusive afastando a necessidade legalmente prevista de que o bem deva servir de moradia para o indivíduo, e nesta situação específica, a mesma Corte se diz impotente para corrigir flagrante situação que, assim como outras, fere o instituto e sua função.

A solução encontrada para este caso, infelizmente, acaba por demonstrar uma verdadeira falta de aplicação da razoabilidade enquanto equidade, que na lição de Humberto Ávila[44], "serve de instrumento metodológico para demonstrar

[43] LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. In: Revista Brasileira De Direito Civil. vol. 10, Out-Dez 2016. p. 152.

[44] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 157.

que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça".

Ou ainda como define Pietro Perlingieri[45], a individualização da normativa do caso concreto e superação da técnica da subsunção:

> [...]
>
> Considerar fato e efeito como entidades incomunicáveis, cada uma portadora de uma lógica própria, é a atitude mental típica do formalismo, a qual conduz ao total afastamento do intérprete da realidade, dos êxitos práticos de sua atividade. [...]
>
> O ordenamento vive nos fatos concretos que historicamente o realizam.
>
> Do confronto fato-norma se individua o significado jurídico a ser atribuído àquele fato concreto e o ordenamento assume um significado real, sem perder sua intrínseca função de ordenar. Fato e norma são o objeto do conhecimento do jurista, destinado a proceder do particular ao particular, reduzindo tudo à unidade dos valores jurídicos sobre os quais se fundam a convivência social e a justiça de cada caso.

O antagonismo dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, quando amplia a interpretação legal para proteger mais do que o texto legal expressamente prevê, mas se omite quando a situação concreta ofende a função do instituto, acaba por ocasionar uma espécie de comportamento contraditório por parte da Corte, pois a *ratio essendi* de seus julgados se mostra conflitante.

## CONCLUSÃO

Os contextos históricos, sociais e econômicos demonstram que a primeira lei referente ao bem de família foi criada para garantir, ao indivíduo, condições de viver dignamente, independentemente de problemas financeiros que lhe atinjam, respeitando o patrimônio mínimo e o mínimo existencial.

Todavia, em nenhum momento, a função da lei foi preservar patrimônio vultuoso, mantendo a salvo patrimônio do devedor capaz de quitar suas dívidas e, ainda assim, com o remanescente, atender a função e finalidade do instituto.

Observa-se que aquilo que vem sendo considerado bem de família *legal*, por vezes, fere a função e as razões para as quais este instituto foi criado, pois o bem ao qual se dá guarida seria capaz de adimplir o débito existente – integral ou parcialmente - e ainda assim, com a reserva do valor remanescente, garantir um outro imóvel digno, regular, estruturado, com tamanho e condições de lhe garantir aquilo que a lei tem por finalidade assegurar.

Não existe justificativa plausível para afirmar que a penhora de uma mansão, uma casa em um condomínio de luxo, uma cobertura em condomínio edilício de bairro nobre ou ainda uma fazenda de proporções latifundiárias seja, sob a fundamentação de se tratar de um bem de família legal, pois não são essas a função e a finalidade do instituto.

Respeitar o patrimônio mínimo, ressalvando-o de penhora ou de alienação forçada, assegurando o direito à moradia e a preservação da dignidade da pessoa

[45] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 657.

humana, para a construção de uma sociedade mais justa e solidária e a erradicação da pobreza e marginalização é a sua real finalidade.

Não se defende, bem como não condiz com ordenamento jurídico, a redução do indivíduo a condição de miserabilidade, bem como não lhe seja garantido condições de assegurar uma moradia digna.

Já é tempo de fixar-se um limite máximo para o valor do bem de família. Tanto o é que, conforme Lustosa[46] aponta, tentou-se a fixação legal deste limite, sendo vetada pela Presidência o artigo do Código de Processo Civil que limitaria seu valor:

> Em 2006, o Presidente da República vetou o Projeto de Lei nº 51/06 que pretendia tornar possível a penhora do imóvel de valor superior a 1.000 salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite seria entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade. As razões invocadas para o veto presidencial são recheadas de polêmica, na medida em que foi reconhecida a razoabilidade da proposta, sendo a sua rejeição justificada com base na tradição jurídica brasileira. O mesmo limite de valor chegou a ser proposto, embora sem sucesso, na tramitação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que se transformou no novo Código de Processo Civil.

E o mais interessante é que o próprio veto comenta que a proposta de limitação era razoável[47], mas que por tradição, vetava-se a limitação, o que não confere com a realidade, pois o histórico da legislação nacional fixou, diversas vezes, um teto para o valor máximo do bem família, mas que por razões de má solução legislativa, acabaram sendo suprimidas.

Quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP[48], o Ministro Raul Araújo afirmou que "a releitura proposta pelo Relator importaria aniquilar a proteção do bem de família, na medida em que se estaria saindo de uma situação de parâmetro legal seguro e objetivo para um âmbito de subjetividade e de grande insegurança".

Todavia, como foi exaustivamente demonstrado, a subsunção à frieza da própria letra da Lei nº 8.009/90, para ampliar os conceitos de família e até mesmo para se declarar como bem de família aquele imóvel que não serve de residência do indivíduo ou a entidade familiar – requisito legal expresso – foi superada em outros julgados, justamente para se tutelar aquilo que o bem de família visa proteger, que é o instituto de patrimônio mínimo.

É necessário que, caso não seja fixado um limite máximo para o valor do bem de família expressamente pela lei, que o Judiciário, mediante a mitigação da

---

[46] LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. In Revista Brasileira De Direito Civil - Vol. 10 | Out-Dez 2016. p. 143.

[47] Razões do veto presidencial: [...]Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, 'caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade'. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei no 8.009, de 1990, que 'dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família', no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.571/SP, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27 de setembro de 2016, DJe 11.11.2016.

posição hoje dominante, analisando o caso concreto e, dentro dele, caso constate que o bem imóvel possui valor vultuoso, determine medidas para assegurar tanto o direito ao patrimônio mínimo do devedor e o direito do credor de ter adimplido seu crédito, sem que um extermine o outro.

Como bem descreve Lustosa:[49]

> A opção do legislador pela não estipulação de um teto apenas deslocou para o juiz a missão de identificar, casuisticamente, os parâmetros elementares de uma vida digna, o que se mostra vantajoso, sob esse aspecto, não apenas em razão da necessidade de se levar em conta as peculiaridades de cada caso concreto – especialmente o número de parentes residentes no imóvel –, mas também porque os referidos parâmetros variam no tempo e no espaço. Com efeito, a apreciação judicial permite uma identificação mais justa dos contornos do patrimônio mínimo a ser tutelado em cada caso.
> [...]
> Imperioso resgatar, portanto, as lições de Pietro Perlingieri de que a técnica mecânica da subsunção em rígidos esquemas legislativos se afasta da realidade. Como esclarece o citado autor, a limitação do uso dos critérios lógico-sistemático e teleológico resulta de um equívoco que consiste na substituição da lógica jurídica pela formal, reduzindo a interpretação a uma operação de subsunção logística semelhante às operações aritméticas.

Manter devedores em palacetes, enquanto credores tem obstado o seu direito creditório perpetra uma condição que configura o abuso de direito por parte do devedor, que utiliza o instituto para fins diversos da sua existência e fundamento.

Se existisse uma limitação de valor para o bem de família, o devedor manteria apenas aquele imóvel? Ele teria um imóvel luxuoso de valor comercial ou teria dois imóveis, que somados dariam o mesmo valor, e lhe garantiriam um bom padrão de moradia e de vida, mas que, em razão de suas dívidas, poderia acabar por ter um deles penhorado?

Utilizar o bem de família legal para proteger patrimônio luxuoso não é o escopo do ordenamento jurídico, nem é o fim precípuo da lei, visto que, historicamente, sua intenção sempre foi a de proteger o patrimônio mínimo do devedor e a sua dignidade, mas não ao ponto de, se este possuir bem capaz de assegurar esta finalidade, e ainda assim proteger a função da lei, que o bem visivelmente soberbo fosse declarado impenhorável.

Como bem definiu o Ministro Luiz Felipe Salomão, no voto do Recurso já informado[50]:

> [...]não há como concluir que o deferimento da constrição significará o desrespeito aos fins da lei de bem de família, simplesmente porque eles estarão devidamente resguardados.
> [...]
> Não se pretende a cessação ou ruína do instituto da impenhorabilidade do bem de família, mas sua interpretação condizente com o ordenamento constitucional, já que o instituto deve conviver em paz com outras garantias constitucionais.

[49] LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. In Revista Brasileira De Direito Civil - Vol. 10 | Out-Dez 2016. p. 150/152.
[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.351.571/SP, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27 de setembro de 2016, DJe 11.11.2016.

Como bem salientam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[51]:

> Não é despiciendo encalamistrar, inclusive, que a penhora de bens imóveis de alto valor independe do veto presidencial e, por conseguinte, da ausência de norma legal. É que o fundamento, a ratio essendi, da possibilidade de penhora de imóveis de elevado, valor reside na aplicação direta de princípios constitucionais, em especial a efetivação da dignidade da pessoa humana, da efetividade da atuação jurisdicional e da razoabilidade.
> [...]
> Cuidando especificamente da possibilidade de penhora de bem imóvel de elevado valor, infere-se, com tranquilidade e segurança, que, afastadas as soluções apriorísticas (que, certamente, permitiriam desequilíbrio de valores constitucionais em determinadas hipóteses), o magistrado deverá, em cada caso concreto, ponderar qual dos valores vigentes merece proteção.

Parece que neste tema em específico, a evolução jurídica tão bem metaforizada por Lobo na expressão[52] "sístole-diástole" do Direito, que faz com que seus institutos sejam revisitados e reconfigurados de tempos em tempos, ao menos neste caso, ainda não caminhou para o sentido de impor um limite, que é necessário, ao bem de família legal.

Se está diante, exatamente, daquilo que Pietro Perlingieri[53] considerou como crise do Estado Social de Direito, e que impedem o avanço de tema de forma a compatibilizar a lei aos preceitos constitucionais e os anseios sociais:

> Culturas antiéticas anularam-se reciprocamente. Colocam-se frente a frente, de um lado, interpretações maximalistas da Constituição, na tentativa de dar passos à frente, distantes da letra e do espírito das normas, levando mesmo a pensar que essa configure um Estado <<socialista>>; do outro, posições conservadoras, suspeitosas em relação a uma normativa reformadora, subjulgadas pelo peso da tradição e ligadas a conceitos fruto de análises em legislações precedentes, não mais adequadas às novas exigências das quais o constituinte fizera-se intérprete. As razões são múltiplas: a doutrina, ainda obstinada em elaborar técnicas não mais adequadas; o legislador que, com uma insana legislação especial, nem sempre tem concretizado, coerentemente, os princípios constitucionais; a magistratura que, frequentemente, no seu complexo, não está sabendo oferecer uma elaboração concretizadora dos valores constitucionais, quando subsistem seus pressupostos técnicos.

Não limitar o valor do bem de família significa fechar os olhos aos anseios do sistema jurídico pátrio e distanciar-se da função e finalidade do instituto do bem de família *legal*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.


[51] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016. p. 851/854.
[52] LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 126-127.
[53] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família:** com comentários à Lei 8.009-90. 5º ed. Ver., ampl. e atual. Com o novo código civil brasileiro. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 de mar. 2020.

_____. **Lei nº 13.015 de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. **Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.351.571/SP, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 27 de setembro de 2016, *DJe* 11.11.2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.417.629/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 27/08/2014, *DJe* 29/09/2014.

_____, **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial n. 182.223/SP. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 19 de agosto de 1999.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial nº 1.456.845/PR. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26 de abril de 2016.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.397.552/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Julgado em 20 de novembro de 2014, *DJe* 27/11/2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** STJ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 711.530/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Julgado em 03 de setembro de 2015. *DJe* 16/09/2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial 159.213/ES, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.04.1999, *DJ* 21.06.1999, p. 162.
CASTRO, Julia Ribeiro de; Souza, Thiago Andrade. A dicotomia entre as situações existenciais e as situações patrimoniais. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.) *Direito civil constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016

DONNINI, Rogério. Boa-fé, mentira e o litigante ímprobo. In: **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil.** *Coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2006.

_____. **Direito civil:** sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** famílias. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed JusPodlvm, 2016.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano.** Brasília: Senado Federal, 2006.

LOUREIRO, Claudia Regina Oliveira Magalhães da Silva. O direito fundamental à moradia como direito humano e a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** vol. 111/2019, p. 161 – 177, Jan.-Fev. 2019.

LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. In: **Revista Brasileira De Direito Civil.** vol. 10, Out-Dez 2016.

MORAES, Bruno Terra de Moraes; MAGALHÃES, Fabiano Pinto de Magalhães. Historicidade e relatividade dos institutos e a função promocional do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.) **Direito civil constitucional.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NETO, João Hora. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. In: **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões.** vol. 5, p. 711 – 745, Ago / 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa do ser humano no Código Civil. In: **O código civil na perspectiva civil:** constitucional. Tepedino, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHEREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SÚMULA 364. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf. Acesso em: 18 mar. 2020.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil.** vol. 2, p. 1151-1167, Out. 2010.

# SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR

**FABIANA GUILHERME MACHADO DE OLIVEIRA**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Perfil dogmático do superendividamento. 2. Responsabilidade civil do credor pela concessão abusiva do crédito. 3. Respeito ao mínimo existencial. 4. Projeto de Lei nº 3.515/2015. 5. Políticas públicas. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

O economista Victor Lebow[1], em 1955, pronunciou:

RESUMO: Consequência de uma economia pautada no consumo, exposta a publicidade e propaganda ostensiva, vítimas da democratização do crédito e sujeitos aos fatores externos, surge o consumidor superendividado. O superendividamento deixa de ser um problema pessoal e sai da esfera privada para atingir toda a coletividade visto que não só compromete o patrimônio pessoal (efeito micro) como afeta a economia (efeito macro) e gera exclusão social. O crescente volume de demandas judiciais, evidencia o desafio do Judiciário, de por um lado assegurar ao devedor a preservação de um patrimônio mínimo existencial, e do outro garantir ao credor o efetivo recebimento sem, contudo, deixar de analisar a imputação de sua parcela de responsabilidade. Ser devedor culturalmente ainda é um estigma social, e o superendividamento gera exclusão. É necessário um plano de tratamento e prevenção imediato e eficiente. Com a evolução da diversidade das relações de consumo, as normas vigentes mostram-se ineficientes para a solução dos conflitos. Carecedor de norma específica positivada para o tratamento e prevenção do superendividamento, (tal qual uma lei de recuperação patrimonial destinada a pessoas físicas), o tema é objeto do projeto de lei número 3.515/15. Para o tratamento do superendividamento, além de exigir dos fornecedores de produtos e serviços, em destaque no que tange a concessão de crédito, que o façam em consonância com o estrito cumprimento aos princípios e dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e especiais, é necessário também analisar o comportamento e a responsabilização do credor. A proposta de adoção de medidas de tratamento ao superendividado é desafiadora eis que o superendividamento surge da junção de diversas modalidades contratuais. É necessário desenvolver uma norma destinada ao tratamento dos superendividados, que volte seu olhar não somente a vulnerabilidade presumida do consumidor, mas sim a sua vulnerabilidade como pessoa. A norma deve fundamentar-se no princípio da dignidade da pessoa humana e na boa-fé das relações contratuais, alcançando a reinserção deste individuo ao mercado evitando a exclusão social. Deve ser célere e prática e preferencialmente viabilizada pela via extrajudicial. O endividamento decorre das próprias práticas do mercado ao impulsionar a economia. A norma deve ser efetiva o bastante na preservação do mínimo existencial para proporcionar ao indivíduo reunir condições, ainda que mínimas de gestão autônoma. O superendividamento requer especial análise e estudo na busca por tratamento de aplicação imediata, e de políticas públicas de prevenção. É preciso desenvolver políticas públicas destinadas para a educação financeira ao consumo consciente, e para o capitalismo humanista. Medidas essenciais na busca do desenvolvimento de relações mais equilibradas. Trata-se de um assunto complexo e atual, que já recebeu tratamento em outros países, tal qual Estados Unidos e Europa, e no Brasil ainda carece de especial normatização.
PALAVRAS-CHAVE: Consumidor – Superendividamento - Preservação do Mínimo Existencial - Projeto de Lei 3515/2015 - Prevenção e Tratamento.
ABSTRACT: As a consequence of economy based on consumption, exposed to ostensible publicity and propaganda, victims of democratization of credit, endangered to external factors, rises the over-indebted consumer. Over-indebtedness ceases to be a personal issue and moves from private sphere to reach the total collectivity, once not only it compromises personal assets (micro effect) but also affects economy (macro effect), thus creates social exclusion. The increasing amount of judicial litigation foregrounds the challenges the judiciary have faced. On one hand, it assures the debtors the preservation of an existential minimum, on the other hand it guarantees the creditors are effectively paid, nonetheless they must analyze the share of responsibility which is attributed to them. Being a debtor is still culturally considered social stigma, and over-indebtedness creates exclusion. An immediate and efficient plan of action and prevention is necessary. Due to the

> Nossa economia enormemente produtiva (…) requer que façamos do consumo o nosso modo de vida, que convertamos a compra e o uso de mercadorias em rituais (…) que busquemos a nossa satisfação espiritual ou do nosso ego no consumo (…) nós precisamos de coisas consumidas, destruídas, gastas, substituídas e descartadas numa taxa continuamente crescente.

Nossa sociedade é caracterizada pela obtenção do prazer no consumo, e do reconhecimento pessoal no poderio aquisitivo. Necessitamos do crédito para viver.

Num sistema imediatista, o consumo se estabelece como fonte de felicidade, e necessário para o desenvolvimento do projeto de vida.

Somos constantemente induzidos ao consumo, destreinados para analisar as consequências, seduzidos pela publicidade e propaganda e sujeitos vulneráveis a aquisições a partir de linhas de crédito, ainda que para satisfação das necessidades básicas. É preciso ser feliz a vista mesmo que pagando a prazo!

Nesse sistema, nos é vendida a necessidade do consumo.

Consumo não planejado e desregrado provoca endividamento.

Mas como proceder quando não só a falta de planejamento financeiro é a causa do endividamento?

Para suprir as necessidades básicas pessoais e familiares temos que lidar não só com a insuficiência de recursos financeiros como também com a ocorrência de fatores externos.

Além disso, somos sujeitos a publicidades e propagandas ostensivas de incentivo a aquisição através de ofertas de crédito fácil, rápido e barato, para pagamento a longo prazo.

A consequência: o superendividamento e a exclusão social.

---

diversity of expenditure relations the current rules have shown to be inefficient in order to solve the conflicts which have been created. Lacking specific rule favorable to handle prevention and treatment of over-indebtedness (such as a Judicial Rebound Law meant to natural people), the theme is object of the Bill number 3515/15. Concerning taking care of the over-indebtedness, besides demanding suppliers of products and services, mainly in respect to debt extension, to do it in accordance with the strict compliance with constitutional, sub-constitutional and special mechanism and principles, it is also necessary to analyze the creditors behavior and responsibility. The proposal to take action to treat the over-indebted is challenging, as over-indebtedness rises from the combination of several contractual types. It is mandatory to create a law directed to taking care of the over-indebted, one that not only watches over the consumers presumed vulnerability, but also their vulnerability as people. The rule must be underlain in the principle of human dignity and in the contractual relations bona fide, attaining each individual reintegration to the market, avoiding their social exclusion. It must be agile and practical, moreover preferably facilitated by extrajudicial means. Indebtedness derives from the market practices aimed at boost economy. The rule has to be effective enough to preserve the existential minimum, in order to allow each one to gather conditions of autonomic management, even though minimal. Over-indebtedness requires special analysis and study in the search for liable care and immediate application and public policies to prevention. It is fundamental to develop public policies aimed to financial literacy to conscious consumption, therefore humane capitalism. Essential measures in pursuit of developing more balanced relation. A current and complex matter is dealt with, one which has already been focused on by other countries, such as the United States of America and countries in Europe, while it lacks special standardization in Brazil.
KEY WORDS: Consumer. Over-indebtedness. Preserving the existential minimum. Bill number 3515/15. Prevention and Treatment.

[1] Disponível em: https://www.gcafh.org/edlab/Lebow.pdf. Acesso em: 02 mar. 2020.

O fenômeno do superendividamento nasce fruto da vulgarização/democratização do crédito, da alta taxa de desemprego e do hiperconsumo. Tudo isso somado aos fatos denominados acidentes da vida.

O crescente aumento de ações imbuídas com objetivo de cobrança ou revisional de contratos, demonstra a busca por soluções através da intervenção Judiciária nas relações privadas.

Intervir e trazer solução para o conjunto de dívidas acumuladas pelo devedor, que em grande maioria compromete a totalidade de seus rendimentos presentes e futuros conduzindo-o a uma exclusão social.

Tal qual a lei de recuperação judicial para as empresas (lei 11.101/05), é necessário apresentar soluções para o superendividamento da pessoa natural.

Desprovido de previsão legal específica, a partir de estudos da necessidade de atualização do código de defesa do consumidor, visando suprir ausência normativa, surge o projeto de lei número 3.515/15 incumbido de propor tratamento e prevenção ao superendividamento.

O projeto não só visa atualizar o código de defesa do consumidor, a lei 8.078/90, regulamentando o tratamento e prevenção de consumidores superendividados, como também, visa ampliar a proteção de vulneráveis, com especial atenção aos idosos, promovendo alteração na lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso.

Trata-se de um tema contemporâneo que requer atenção pois as normas vigentes são insuficientes.

É um problema existente no Brasil e no mundo que dada a sua proporção deixou de ser um problema individual e passou a ser um problema coletivo dado ao seu impacto econômico e social.

O endividamento excessivo repercute na economia familiar e na sociedade, impacta diretamente o modo de vida das pessoas, gera exclusão social e dependentes de programas sociais.

Daniel Bucar, diz que o endividamento crítico patrimonial é uma patologia da contemporaneidade[2].

O superendividamento também reflete na economia do país, pessoas inadimplentes, negativadas, são excluídas do mercado de consumo, perdem o poder de autonomia negocial (pois são vulneráveis a taxas de juros cada vez mais elevadas para obtenção de linha de crédito), são desprovidas de projeção para desenvolvimento do plano de vida e economicamente mais dependentes de programas e projetos sociais.

Segundo Claudia Lima Marques, a prevenção e o tratamento dos superendividados é uma proteção também ao mercado financeiro.

O desafio de propor normas que regulem essa situação já existente, está em propor medidas que tragam solução rápida e desburocratizada aos superendividados sem, contudo, beneficiar aqueles que se endividaram conscientemente com a intenção de não pagar.

[2] BUCAR, Daniel. *Superendividamento:* reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017.

Países como os Estados Unidos e a Europa já adotam medidas de tratamento ao superendividamento, o Brasil ainda não possui normatização.

Fato é que precisamos de prevenção, de tratamento e de políticas públicas voltadas ao tema, para introdução de uma educação financeira voltada para o consumo consciente. É necessário que o olhar do tratamento e prevenção do superendividamento não seja voltado a atribuição de responsabilidade ao indivíduo por sua má gestão financeira sem, contudo, considerar a responsabilidade do fornecedor/credor.

Nessa entoada, certamente desempenha o Judiciário papel fundamental na intervenção e enfrentamento da questão, diante da possibilidade de revisão contratual sob a alegação de superendividamento com consequente responsabilização do credor.

O desafio é evitar a exclusão social e reinserir esse superendividado no mercado.

Sobre a responsabilidade civil dos fornecedores de crédito, a obrigatoriedade da renegociação, revisão dos contratos encontra fundamento no dever de colaboração. Essas revisões não devem ser sucessivas novações sob pena de ferir a função social do contrato.

Atualmente no Brasil quais são as políticas públicas adotadas para o tratamento e prevenção do superendividamento?

Será o projeto de lei 3.515/15[3] suficiente para tratar o tema?

A presente pesquisa é desenvolvida através da análise da produção literária de autores que se dedicaram ao estudo do tema e visa relatar os desafios na busca por alternativas que viabilizem em conjunto, a reabilitação patrimonial do superendividado, e a responsabilidade do credor no tratamento e prevenção do superendividamento.

## 1. Perfil dogmático do superendividamento

O superendividamento está intrinsicamente ligado a cultura no consumo, a publicidade, a vulgarização/democratização da concessão de crédito, e aos fatores externos.

Não é um problema nacional, é uma situação presente em vários países do mundo, sejam eles desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Em decorrência da crescente situação, muitos países viram a necessidade de desenvolver normas destinadas a regular o tema.

De acordo com os estudos de Daniel Bucar, os primeiros registros de tratamento de endividamento remontam do sistema norte-americano e europeu.

Daniel Bucar relata que foi no território norte-americano que os primeiros sinais de endividamento e perdão de dívidas despontaram. Remontam a

[3] O Projeto de Lei nº 3515, de 2015, do Senado Federal, que altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

colonização do velho-oeste por volta de 1789 como incentivo a ocupação de novas terras e a prática de atividades exploratórias. O objetivo, porém, certamente não era nem o tratamento nem a prevenção de endividamento, mas sim o impulsionamento econômico para desenvolvimento de centros.

Em 1898 com a edição do Banckruptcy Act houve a previsão para todo território norte-americano de um modelo de insolvência, com previsão de extinção dos débitos mediante procedimento judicial[4], porem o número de insolventes era irrelevante.

Bucar destaca que até a década de 1950, houve o destaque de um só julgamento pela Suprema Corte, o caso Local Loan Co x Hunt, que reconheceu a constitucionalidade da extinção das dívidas e instituiu o que ficou conhecido como fresh stard americano.

Na segunda metade do século XX, as inovações tecnológicas, a mudança do comportamento social (a saída do campo para a cidade) e a política governamental dirigida ao financiamento para o consumo, elevou o endividamento nos Estados Unidos.

Financiamentos, cartões de crédito, linhas de créditos disponibilizadas por lojas e bancos atreladas a publicidade estruturada, aumentou o risco da oferta do crédito. Em 1978 a Suprema Corte legitimou então a livre escolha de taxas remuneratórias e o crédito ficou caro.

Foi uma forma de atribuir ao consumidor, sob a justificativa da liberdade de contratar, a responsabilidade pela aquisição do crédito e sua gestão. Tal qual o pagamento mínimo da fatura do cartão de crédito que temos hoje, como sendo o mínimo exigido para manutenção da linha de crédito.

Decorrente dessa conduta foram liberados empréstimos e linhas de crédito sem nenhuma precaução de garantias ou análise de possibilidade de pagamento pelo devedor.

Em consequência houve um aumento expressivo de insolventes e o fresh start americano deixa de ser uma ferramenta para extinção de dívidas para ser utilizado como reabilitação patrimonial.

O devedor então poderia optar pela insolvência com a liquidação do patrimônio penhorável e extinção das obrigações ou manter o patrimônio e apresentar um plano de pagamento.

Note que a primeira parte do procedimento americano é similar a previsão legal de insolvência civil prevista no ordenamento jurídico brasileiro no código civil de 1973.

De início os americanos por óbvio optaram por manter o patrimônio e pagar as dívidas gradativamente, porém, essa alternativa não teve muita adesão após serem exigidos requisitos para aprovação desse modelo de plano.

Consequentemente os pedidos de extinção do débito aumentaram e incomodaram os credores. Bucar descreve que a doutrina se posicionava no sentido de defender que o elevado volume de demandas de insolventes era decorrente do

[4] BUCAR, Daniel. *Superendividamento:* reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017.

próprio comportamento dos credores, fruto de concessão abusiva de crédito sem garantia.

Atualmente o bankruptcy code norte-americano apresenta como forma de solução para reabilitação do insolvente, um plano de pagamento, e na impossibilidade comprovada de seu efetivo cumprimento, a extinção dos débitos.

Os estudos de Bucar apontam que esse sistema está pautado em três pilares, quais sejam, a preservação do patrimônio da dignidade, a extinção de obrigações (para reinserção do indivíduo no mercado) e a autonomia negocial do insolvente (através da obrigatoriedade de realização de cursos de educação financeira e intervenção administrativa e Judiciária, ainda que por órgão auxiliares da justiça, com a finalidade de equilibrar as relações devedor x credor).

Em suma o fresh-start norte-americano possui o objetivo de promover a reabilitação do devedor, não estigmatizar o devedor nas relações sociais e assegurar sua chance de retorno ao mercado evitando a exclusão social.

O modelo de sistema norte-americano parte do pressuposto que o superendividamento decorre do próprio modelo econômico, e o superendividado está sujeito aos riscos que fogem de seu controle.

Pesquisas apontam que os norte-americanos amparados pelo fresh-start alteram seu comportamento no mercado, e o sucesso do modelo é atribuído a quebra da estigmatização do devedor. É um sistema pautado na liberação e na liberdade pelo individuo para reingresso rápido no mercado com reeducação financeira obrigatória visando autonomia negocial.

No sistema europeu, em síntese, a Inglaterra e o País de Gales possuem um sistema semelhante ao dos Estados Unidos e desde 1861 já apresentavam um procedimento de insolvência pessoal.

A Dinamarca em 1984 inaugurou um sistema normativo visando a reabilitação do superendividado e aboliu o direito de preferência do concurso de credores.

Essa preocupação com a normatização decorreu do alto nível de endividamento pessoal decorrente da alta taxa de desemprego.

Daniel Bucar[5], relata como a sistemática do superendividamento é analisada em alguns países, vejamos:

A França, a Suécia e a Alemanha, adotaram normativas próprias para tratar da insolvência civil somente na virada da década de 1990, quando do superendividamento decorrente da democratização/vulgarização do crédito e da alta taxa de desemprego.

Na França, Itália e Alemanha, ao devedor é assegurado um montante mínimo para suas despesas pessoais e familiares básicas. Assim como é tutelado pela Constituição Federal brasileira no que tange aos direitos sociais que muito se atrelam ao assegurar um patrimônio mínimo digno.

A Escandinávia e a Finlândia têm como base de sua normatização acerca do tema o forte controle da análise da boa-fé do devedor, flexibilizando a

[5] BUCAR, Daniel. *Superendividamento:* reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017. p 155-166.

possibilidade do pagamento de todos os débitos assumidos através de autocomposição entre credor e devedor; somente no caso de insucesso ocorre a judicialização.

A Alemanha e a Áustria, tem foco no plano em termos econômicos, o devedor somente alcança a extinção das obrigações quando do cumprimento integral do projeto de recuperação. Se após o cumprimento parcial do plano evidenciar a impossibilidade de pagamento de cumprir a integralidade do plano poderá ocorrer a extinção dos débitos. Não há preferência de concurso de credores.

Na Áustria e na Dinamarca são impenhoráveis apenas os bens necessários para um padrão de vida modesto.

França, Bélgica, Luxemburgo, Itália, Portugal e Espanha incentivam os ajustes voluntários entre credor e devedor com suporte administrativo e judiciário, geralmente com longos planos de pagamento com poder discricionário do judiciário para impor o encerramento do processo e a extinção das obrigações.

Em suma os planos abordam a reorganização do endividamento, a extinção parcial dos débitos e a liquidação do acervo responsável.

No sistema Europeu o processo de superendividamento tem início nos órgãos administrativos ou auxiliares da justiça (o que em nosso sistema equivale ao CEJUSC) onde o devedor recebe auxílio técnico e de negociação, e somente em caso de insucesso em negociações extrajudiciais ocorre o acionamento pela via judicial.

No Brasil a matéria de insolvência civil é regulada pelo código civil de 1973, ainda vigente no que tange ao procedimento.

De acordo com os estudos de Clarissa Costa Lima e Rosangela Lunnardelli Cavalazzi, em referência a resolução 39/248 de 09/04/1985 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas ONU, e as leis específicas da Espanha, Portugal, México, Quebec, Alemanha e Estados Unidos, o reconhecimento da necessidade de desenvolver leis que apresentassem mecanismos de proteção a vulnerabilidade do consumidor culminam na tutela descrita na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º inciso XXXII.

Diante da necessidade de normatizar as relações consumeristas no Brasil e de positivar essa proteção efetiva ao consumidor, surge um microssistema, a lei n. 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor.

Com a globalização e o avanço tecnológico cada vez mais presente nas relações contemporâneas, para atender as necessidades pessoais e de mercado, os contratos de consumo tornam-se cada vez mais necessários e complexos.

No entanto, referido código de defesa do consumidor não poderia à época (1990) prever a complexidade e os reflexos das relações de consumo como as vivenciadas hoje.

O superendividamento não foi tratado quando do surgimento do código de defesa do consumidor pois na década de 1990 o acesso ao crédito no Brasil era restrito.

Os reflexos da complexidade instaurada nas relações de consumo são evidenciados no crescente volume de demandas em andamento no judiciário na

busca por soluções dos mais diversos conflitos e no crescente número de pessoas endividadas.

Considerando que o crédito é imprescindível para continuidade das relações contratuais, até mesmo para as aquisições básicas, surge a necessidade de analisar, e estudar soluções de tratamento e prevenção do superendividamento, não só para evitar a exclusão do superendividado como para assegurar seu retorno ao mercado.

Em 2003 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e UFRJ, foram realizadas pesquisas para melhor compreender o superendividamento e auxiliar na regulação, na elaboração de um diagnóstico do superendividamento no Brasil[6].

O que foi observado pelos pesquisadores no perfil do superendividamento brasileiro, foi um oportunismo no ato da concessão do crédito decorrente da falta de informação ao consumidor[7].

Em 2006 houve um importante julgamento sobre a aplicação do código de defesa do consumidor nas relações contratuais dos serviços bancários, financeiros e de crédito[8].

Uma pesquisa com início em 2007 e conclusão em 2009, sob a coordenação da Profª Claudia Lima Marques e Rosangela Lunardelli Cavalazzi, identificou temas sem previsão no microssistema do código de defesa do consumidor dentre eles, o crédito ao consumidor e superendividamento[9].

No ano de 2010 o anteprojeto de Lei de autoria de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima e Karen Bertoncello, foi a primeira produção normativa para o desenvolvimento do tema no Brasil, servindo posteriormente como base na Comissão de Juristas do Senado.

Ainda no ano de 2010 foi criado o observatório do crédito e do superendividamento do consumidor pela UFRGS, para coletar dados e diagnosticar os principais problemas na concessão do crédito na busca por tratamento e prevenção[10].

Em 2012 o Senado Federal organizou uma comissão de juristas imbuídos de atualizar o código de defesa do consumidor. Em relação ao superendividamento resultou o projeto de lei número 283/2012, de autoria do então senador Jose Sarney, que propõe normas de prevenção e promoção de acesso ao crédito

[6] Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa Lima, organizadoras. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,2016. Página 16.

[7] Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa Lima, organizadoras. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,2016. Página 28.

[8] Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa Lima, organizadoras. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,2016. Página 21.

[9] Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa Lima, organizadoras. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,2016. Páginas 22,23,24.

[10] Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa Lima, organizadoras. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,2016. Página 25.

responsável e a atribuição de audiências conciliatórias como forma de combate à exclusão social decorrente de superendividamento.

Atualmente o projeto de lei recebeu na câmara dos deputados o número 3.515/15 e tem como relator o deputado Franco Cartafina (PP-MG). Segue agora para votação.

Então qual é o panorama atual do superendividamento? O que de fato é ser superendividado e quem são (definição de público alvo) os superendividados? A que se atribui de fato o superendividamento da pessoa física? Cartão de crédito? Gastar mais do que se ganha? Contínuos empréstimos e financiamentos fundados em oferta irresponsável de crédito? Vinculação de produtos a sensações ligadas a emoção das pessoas, exploradas pela publicidade e propaganda? O que de fato contribui para o superendividamento?

Segundo Claudia Lima Marques, superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de renda e patrimônio[11].

A conceituação final de superendividamento está prevista no parágrafo 1º do artigo 54 do projeto de lei nº 3.515/15.

> Art. 54-A. Este Capítulo tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa natural e de dispor sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.
> **§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.**
> § 2º As dívidas de que trata o § 1º englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada.
> § 3º Não se aplica o disposto neste Capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé ou sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento.

Os estados do Paraná[12] e São Paulo[13] já aderiram as práticas de abordagem para tratativas do tema.

No estado de São Paulo o programa de apoio ao superendividado – PAS é um trabalho conjunto do Núcleo de Tratamento do Superendividamento da Fundação

[11] Brasil. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

[12] O projeto piloto no estado do Paraná teve início em 2010. O procedimento inicia-se apenas a pedido do consumidor/superendividado, por meio de preenchimento de formulário-padrão, disponível no portal do Tribunal de Justiça do Paraná http://www.tjpr.jus.br/superendividamento, o consumidor precisa comparecer ao posto de atendimento do Projeto para confirmar o formulário, se necessário receber auxílio no seu preenchimento, e receber a data de sua audiência. Serão convidados os credores (dívidas de consumo) indicados pelo consumidor para a audiência conciliatória, presidida por conciliador, onde se buscará alcançar a renegociação das dívidas, preservando-se o mínimo existencial. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/superendividamento. Acesso em: 25 mar. 2020.

[13] Disponível em: < http://www.tjsp.jus.br/Noticias/noticia?codigoNoticia=15912>. Acesso em 25 mar. 2020.

Procon-SP, e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania CEJUSC/SP do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tem como objetivo auxiliar os consumidores superendividados, orientando e promovendo a renegociação de dívidas junto aos credores.

De acordo com o regramento do PAS, o atendimento é destinado a dívidas (vencidas ou a vencer), oriundas de empréstimos, financiamentos, contratos de crédito ao consumo, independentemente do valor. Não se incluem no atendimento do programa as dívidas oriundas de créditos consignados, dívidas contraídas por atividades profissionais, indenizações, pensão alimentícia, dívidas fiscais, dívidas habitacionais (subsidiados ou não) e dívidas com ações judiciais em curso.

Para analisar o panorama do atual cenário nacional, vejamos uma publicação feita em 09/01/2020 por Ana Cristina Campos, repórter no Rio de Janeiro[14].

> O percentual de famílias com dívidas em cartão de crédito, cheque especial, cheque pré-datado, crédito consignado, crédito pessoal, carnê de loja, prestação de carro e prestação da casa aumentou em dezembro de 2019, alcançando 65,6%. É o maior patamar da série histórica da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic), feita pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) desde janeiro de 2010. O resultado divulgado hoje (9) é maior do que os 65,1% observados em novembro de 2019 e superior aos 59,8% registrados em dezembro de 2018. Apontado como o principal tipo de dívida pelas famílias desde a primeira Peic, feita há dez anos, o cartão de crédito atingiu, em dezembro de 2019, seu maior patamar na série histórica: 79,8%. Em segundo lugar, vêm os carnês (15,6%) e, em terceiro, o financiamento de carro (9,9%).

Pesquisas apontam que 63 milhões de pessoas estão inadimplentes, o que equivale a 40% da população adulta, segundo a Confederação Nacional dos Lojistas (CNDL) e o Serviço de Proteção ao Crédito-SPC Brasil[15].

Temos 32 milhões de brasileiros que afirmam que não conseguem pagar suas contas básicas (água, energia elétrica, telefone) sem com isso comprometer a maior parte de seus ganhos. As dívidas com os bancos representam um importe de 53% das pendencias dos inadimplentes.

Toda a situação social e econômica somada a uma oferta indiscriminada de crédito a juros altos e ausência de orientação financeira e de políticas públicas adequadas, culminam em transferir o fenômeno do superendividamento da esfera privada para transcender a esfera coletiva a ponto de tornar-se um problema social, carecedor legislação positivada para o tratamento.

Segundo dados de Serviço de Proteção ao Crédito -SPC Brasil, o universo econômico do varejo, representa 57,11% do Produto Interno Bruto, PIB nacional setor de comércio e serviços[16].

No Brasil a normatização de recuperação é restrita a lei de Recuperação Judicial[17] destinada as pessoas jurídicas, não sendo aplicada para as pessoas físicas.

---

[14] Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/percentual-de-familias-endividadas-chega-656-em-dezembro-diz-cnc. Acesso em: 22 fev. 2020.
[15] Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/indices-economicos.
[16] Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/.pdf.
[17] Lei 11.101/2005.

O que temos em nosso ordenamento jurídico vigente é o tratamento para a figura do insolvente[18].

Então o que difere o instituto da Insolvência Civil prevista nos artigos 759 e 760 do Código de Processo Civil de 1973 (referência do artigo 1052 do CPC/2015) do instituto do Superendividamento no projeto de lei 3.515/15[19]?

De acordo com o conceito do art. 748 CPC/73 a insolvabilidade resta configurada quando o patrimônio do devedor for inferior a suas dívidas.

O instituto da insolvência da pessoa natural prevista no código de processo civil, se mostra ineficiente na prática pois não prevê mecanismos de prevenção para inibir a ocorrência reiterada de endividamento, além de reduzir a condição da pessoa humana, eis que propõe a reunião de bens para alienação e pagamento dos credores, ou seja, reduzindo ainda mais a condição do devedor. Também não prevê obrigatoriedade de revisão contratual para reinserção do devedor ao mercado de consumo.

Portanto, podemos afirmar que o regramento destinado a tratar a insolvência civil no sistema jurídico brasileiro, por certo não evita a exclusão social do superendividado.

No mais, o instituto não se presta a uma reabilitação patrimonial ou a cobrar dos credores uma postura do dever de colaboração, ou a tomada de medidas protetivas dos fornecedores de créditos e serviços quando da concessão.

Daniel Bucar ao tratar do tema afirma que a diferença é que na insolvência civil não é investigada a causa pessoal e social que leva a situação de insolvabilidade.[20]

Então a quem se destina o tratamento previsto no projeto de lei e quais dívidas podem ser reunidas numa ação de superendividamento? Afinal, quem são os superendividados?

A rigor, temos que o projeto de lei nº 3.515/15, nasce para atualização do código de defesa do consumidor para regular dívidas oriundas exclusivamente das relações de consumo.

As pesquisas realizadas pelo observatório de crédito e superendividamento da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), revelou um perfil dominante nas classes C e D com renda média mensal de 1 a 2 salários mínimos, que somam aproximadamente 49,2% da população[21].

O superendividamento é conceituado em duas espécies, quais sejam:

---

[18] Artigo 1.052 CPC/15.

[19] Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3515, de 2015, do Senado Federal, que "altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento", e apensados - Audiência Pública - I - Audiência Pública Tema: Debate sobre o Projeto de Lei nº 3515/2015.

[20] BUCAR, Daniel. *Superendividamento*: reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 105.

[21] Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa Lima, organizadoras. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016. Página 30.

Superendividamento Ativo_ quando a pessoa se endivida voluntariamente induzida pelas estratégias de marketing das empresas fornecedoras de crédito. Esse conceito se subdivide em duas espécies, superendividamento ativo consciente e inconsciente.

No superendividamento ativo consciente o indivíduo contrai dívidas ciente de que não poderá honra-las. Ocorre quando a intenção do devedor desde o início do contrato é de não pagar.

Já no superendividamento inconsciente o indivíduo age impulsivamente e de maneira imprevidente (imprudente), deixa de fiscalizar/controlar seus gastos, não com a intenção de lograr/enganar, mas sim porque foi seduzido pela publicidade e propaganda influenciadora, impulsionado ao consumo.

Neste caso, o devedor chegou ao superendividamento na plena convicção de que poderia honrar com os compromissos.

A falta de informação somada ao desejo de viver acima das suas possibilidades econômicas para obter tudo o que os meios de comunicação de massa tratam como indispensáveis, são fator condutor ao superendividamento.

O Brasil adotou o modelo francês de tratamento do superendividamento. Na França assim como no Brasil é exigida a boa-fé do devedor como requisito essencial para admissibilidade da demanda. Na lei francesa os requisitos a serem considerados para propositura da demanda de superendividamento, além da boa-fé, considera também o número de empréstimos realizados, o montante e destinação da compra, para análise de quais motivos conduziram o endividamento, além de análise de nível intelectual[22].

O projeto de lei 3.515/15 não tutela o superendividamento ativo consciente por ausência de boa-fé; ou seria por presunção de má-fé uma vez que a intenção era de não pagar desde o início?

Outro conceito é do superendividamento passivo onde as dívidas são contraídas em decorrência de fatores externos, chamados de acidentes da vida. Exemplo: desemprego, divórcio, doença, morte na família, acidentes incapacitantes, que exigem do indivíduo a necessidade de um crédito suplementar (empréstimos), decorrente de redução ou supressão da renda.

Se não podemos prever o futuro, precisamos de planejamento. Mas e quanto aos fatores imprevisíveis? Ninguém que casa espera pelo dia do divórcio, ninguém saudável espera por desenvolver/adquirir uma doença, ninguém que sai para passear imagina-se num acidente incapacitante ou com vítimas fatais, ninguém que espera ou tem filhos considera ter de tratar de doenças raras, ninguém de boa-fé espera ficar superendividado sem condições mínimas para continuar a viver. Ninguém espera, mas todos estamos sujeitos.

Todos esses e outros fatores geram vulnerabilidade diante da necessidade do crédito e comprometem contratos já existentes.

O superendividamento além de ser o reflexo dos efeitos do processo de consumo, em muitos casos, é decorrente dos fatores externos.

[22] BUCAR, Daniel. Superendividamento: reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017.

Para elucidar, vejamos abaixo um caso excepcional de endividamento decorrente de fatores externos, envolvendo relação contratual e inadimplemento.

> O mutuário Adolfo Celso Guidi possuía uma dívida habitacional junto à CEF, mas não tinha condições de quitá-la, em razão de ter um filho, que, no último domingo, 15 de novembro, completou 21 anos, mas que tinha expectativa de vida bem menor, por conta de uma doença rara chamada adrenoleucodistrofia (ALD), que causa mutações genéticas que destroem o sistema imunológico... Diante da excepcionalidade do caso, em ação conjunta que envolveu juízes federais, Ministério Público Federal, conciliadores e procuradores da CEF, a 1ª Vara Federal Criminal de Curitiba disponibilizou valores decorrentes de depósito de prestações pecuniárias e suspensão condicional da pena, para quitação do saldo devedor do financiamento habitacional do sr. Adolfo, sendo formalizado acordo na audiência referida, que contou com a presença das Juízas da 1ª Vara Federal Criminal e do Sistema Financeiro de Habitação.[23]

O caso exemplificativo trata-se de um caso excepcional. No entanto, visa descaracterizar o modelo de devedor preconcebido pela sociedade, estigmatizado como sendo sempre um fracassado na gestão de sua economia.

Falta ao direito o olhar para as dívidas de forma sistêmica para coordenar as renegociações com os credores. Há todo um estigma sobre a figura do devedor e como ele mesmo se vê fragilizado e impotente diante da situação.

A lei não se destina a tutelar dividas oriundas de indivíduos que conscientemente gastam mais do que ganham, que contratam e consomem de forma dolosa, em plena ciência de que não pode arcar com as despesas, seja no intuito de viver em um patamar mais elevado do que o seu ganho lhe permite, seja para aquisição de bens e serviços de luxo e supérfluos.

As pesquisas realizadas pelo observatório da universidade federal do Rio Grande do Sul relatam que quando o assunto é tratar a causa determinante do superendividamento, apenas uma pequena parcela declara como causa de superendividamento gastar mais do que ganha[24].

Então de fato onde está o problema?

Reportando ao superendividamento passivo advindo de causas denominadas acidentes da vida ou fatores externos, tais como desemprego, redução de renda, doenças, entre outros, cumpre esclarecer que não são situações controladas pelo devedor, porém não podemos declarar que são situações imprevisíveis, pois todos estamos sujeitos.

Vejamos o caso abaixo para análise da temática:

> [...] ajuíza a presente petição e explica pender o recurso extraordinário de juízo de admissibilidade. Informa ser "juridicamente hipossuficiente e está sob o abrigo da assistência judiciária da DEFENSORIA PUBLICA DO DF, por este motivo reitera o pedido de deferimento dos benefícios da gratuidade de justiça deferida nos autos principais" *Explica que "foi fiadora em contrato de locação de imóvel comercial não adimplido objeto de Ação de Despejo c/c Cobrança" e que sua "situação financeira (...) é de superendividamento, especialmente em razão dos custos assumidos para tratamento de doença grave (Doença de Crohn) que levou ao óbito*

[23] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/meta-2-vara-criminal-de-curitiba-quita-divida-habitacional-de-mutuario-em-situacao-excepcional/. Acesso em: 25 mar. 2020.

[24] Brasil. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. --Brasília: DPDC/SDE, 2010.

> *de sua filha, situação que somada a sua idade avançada (58 anos) e dívidas contraídas na tentativa de salvar a vida da filha, impediram a localização de outro bem senão o único que possui e onde tem estabelecida a sua residência*".[25] (grifo nosso)

Os exemplos expostos demonstram a necessidade de exigir do credor um comportamento além da simples repactuação dos débitos ou prazos.

No Brasil e no mundo a democratização do crédito foi preponderante para o crescimento do superendividamento.

No Brasil, de acordo com os estudos desenvolvidos por Claudia Lima Marques na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, houve um aproveitamento do fornecedor de crédito, decorrente da falta de informação precisa ao consumidor, que culminou em elevar ainda mais a insolvência das pessoas[26].

A oferta e concessão irresponsável do crédito sem exigência de garantias ou sem análise prévia de potencial de pagamento pelo credor acabaram por eclodir em um alto índice de pessoas superendividadas.

No Brasil, a falta de concorrência entre os bancos, agrava ainda mais a situação do consumidor no que tange a estipulação de taxas de juros pois as diferenças de uma instituição para outra não são significativas, ou seja, independente da instituição escolhida as taxas de juros e as cobranças de tarifas são praticamente proporcionais.

Esse fato conduz muitas vezes a busca informal do crédito, o que em hipótese, sugere que o número de endividados pode ser ainda maior.

Diante da vulnerabilidade do superendividado frente a oferta e concessão do crédito, é necessário analisar a extensão dessa responsabilidade do credor para imputar-lhe nos casos de superendividamento o dever de colaboração a fim de possibilitar o adimplemento pelo devedor ou até mesmo a própria extinção da obrigação a depender do caso concreto.

## 2. Responsabilidade civil do credor pela concessão abusiva do crédito

Após a revolução francesa, o objetivo do direito era afastar a intervenção do Estado nas relações privadas e impulsionar o progresso econômico.

A proteção extremada da autonomia da vontade e da liberdade de contratar passou a ser prejudicial com o advento de problemas sociais surgidos principalmente com a Era Industrial.

Surge uma reação a noção de absolutismo dos direitos individuais, refletindo na forma como os juristas passaram a olhar a responsabilidade civil.

[25] Pet 8241/DF Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 19/06/2019 DJe-187 27/08/2019 PUBLIC 28/08/2019. Disponível em: www.stf.jus.br.

[26] Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa Lima, organizadoras. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,2016. Página 28.

Surge na França com o Jurista Saleilles, que preocupado com os graves danos ensejados pelos acidentes de trabalho, lidera um movimento em favor da responsabilidade civil objetiva[27].

Entende-se que a noção de culpa deve ser substituída pelo risco, quem cria um risco deve suportar as consequências garantindo as vítimas uma reparação independente de culpa do responsável.

No código civil brasileiro de 1916 não havia previsão expressa do reconhecimento da responsabilidade objetiva pelo risco, pois prevalecia o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade. Estava previsto no artigo 159 e 160 do CC/1916.

Porém diversas leis especiais passaram a estabelecer casos de responsabilidade objetiva para determinados setores da atividade econômica, dentre elas a lei número 8.078/90, o código de defesa do consumidor, com previsão nos artigos 12 e 14[28].

Para Judith Martins Costa, foi só na década para a virada do século XXI que a jurisprudência no Brasil passou a caminhar no sentido da obrigação do abuso de direito, o que culminou mais tarde no artigo 187 do CC/2002[29].

Pois apesar do Brasil adotar a responsabilidade objetiva, ainda se posiciona com ideia de reparação e não de prevenção.

A tendência da jurisprudência brasileira é gradativa na utilização da cláusula geral de risco do artigo 927 do CC/02[30] em diferentes setores da responsabilidade civil moldada a atender as necessidades sociais em constante transformação.

A responsabilidade objetiva decorrente do risco do empreendimento frente a vulnerabilidade do consumidor, trazia certa resistência das Instituições Bancárias em reconhecer os serviços bancários, financeiros e de crédito como objetos da relação de consumo[31].

---

[27] LEVADA, Cláudio Antônio Soares. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABUSO DE DIREITO Revista dos Tribunais | vol. 661/1990 | p. 37 - 43 | Nov / 1990 Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil | vol. 1 | p. 733 - 744 | Out / 2011 DTR\1990\190.

[28] Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[29] 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.

[30] 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.

[31] Marques, Claudia Lima, Direitos do Consumidor Endividado II: Vulnerabilidade e Inclusão pag. 21

O Superior Tribunal de Justiça na súmula número 297[32] e o Supremo Tribunal Federal na Adin número 2.591[33] (Adin dos Bancos) decidiram que todas as instituições financeiras (bancos e financeiras) estão abrangidas pelo código de defesa do consumidor.

O superendividamento é consequência do próprio mercado de oferta de crédito.

A oferta ostensiva de créditos e a concessão abusiva nas mais diversas modalidades (crédito pessoal, crédito consignado, cartão de crédito, crédito para negativados e crédito para renegociação de dívidas), a superficialidade ou ausência na análise de poder de adimplemento e a não exigência de garantias do devedor, cumuladas com a inobservância do dever de informação, violam os princípios contratuais da boa-fé e função social do contrato.

A comercialização e operacionalização do contrato não viola direito subjetivo do consumidor,[34]mas a forma como é realizada, uma vez revestida de ausência de informação caracteriza clara violação.

O dever de informar, é regra específica que encontra previsão legal no inciso III do artigo 6º do CDC.

É também reafirmada no artigo 54-B do projeto de lei nº 3.5151/15.

> Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre:
> I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;
> II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;
> III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser no mínimo de 2 (dois) dias;
> IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor;
> V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito.
> § 1º As informações referidas no art. 52 e no caput deste artigo devem constar de forma clara e resumida no próprio contrato, na fatura ou em instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor

Então o comportamento do credor não restringe a boa-fé, mas decorre da violação do dever específico de informação.

Atribuir como sendo de responsabilidade única e exclusiva do consumidor a gestão financeira na aquisição do crédito é uma tentativa de isentar a parcela de responsabilidade do credor. A inobservância no dever de informação é prática abusiva com previsão legal no artigo 52 do CDC.

---

[32] Súmula 297 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. (Súmula 297, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/05/2004, DJ 09/09/2004 p. 149).

[33] Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente. Disponível em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia.

[34] Resp n. 1.358.057 STJ Relator Ministro Moura Ribeiro.

Claudia Lima Marques aponta em seus estudos que grande parcela das pessoas sequer possui a cópia do contrato bancário e aponta que a falta de conhecimento dos consumidores é o principal ponto do qual decorre o superendividamento. Há por parte do credor certa obtenção de vantagem decorrente da falta de informação[35].

O Brasil possui 11,3 milhões de analfabetos de acordo dados do IBGE[36].

A atenção que deve ser imposta ao dever de informação do credor é que a informação seja clara e precisa, de forma a ser compreendida pelo consumidor de acordo com seu grau de instrução. Essa observação é bem definida no artigo 54-D do projeto.

> Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou intermediário deve, entre outras condutas:
> I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerando sua idade, saúde, conhecimento e condição social, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;
> II - avaliar a capacidade e as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;
> III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito. Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo, no art. 52 e no art. 54-C poderá acarretar judicialmente a inexigibilidade ou a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

Para Thiago Luiz Santos Sombra[37] o comportamento do credor busca justificativa sob o argumento de que somente adquiriu relevância por força da aproximação com a declaração de vontade das partes, pautada na autonomia contratual.

Além de existir uma estigmatização do devedor há uma tentativa de atribuir a pessoa sua incompetência pela gestão financeira na busca de isentar o mercado da sua responsabilização.

Com enfoque a partir do reconhecimento do abuso de direito e da responsabilidade civil objetiva, (com base na doutrina Francesa) o Código Civil de 2002 adota a teoria do risco como cláusula geral de responsabilidade civil consagrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Trata-se, inicialmente, de uma cláusula geral, contendo, em seu enunciado normativo, conceitos jurídicos indeterminados propositalmente cláusula aberta

---

[35] Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa Lima, organizadoras. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

[36] Disponível em: portal.mec.gov.br. Acesso em: 26 mar. 2020.

[37] Sombra, Thiago Luis Santos. Adimplemento contratual e cooperação do credor. São Paulo: Saraiva, 2011.

para adequação ao caso concreto, para justamente abranger o maior número de casos que se apresentem.

Vejamos o posicionamento do Ministro Sanseverino[38] sobre a definição da responsabilidade objetiva:

> A responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade.

A imposição do princípio da boa-fé objetiva às relações de crédito com consumidores (Art. 4, III do CDC) conduz a um dever de cooperar dos fornecedores para evitar que haja a exclusão social.

Ocorre nas relações de crédito e financiamento ao consumo (art. 52 do CDC), novos deveres de cooperação dos fornecedores de serviços bancários, de crédito e financeiros (Súmulas 297[39] e 283[40] do Superior Tribunal de Justiça-STJ) que impõe um esforço de boa-fé para adaptar estes contratos e preservá-los de modo a evitar o superendividamento dos consumidores de boa-fé.

Nessa entoada, terá direito a revisão/renegociação contratual de crédito ao consumidor que requerer o pleito tão somente na alegação de que as prestações inicialmente assumidas sejam agora excessivamente onerosas sem, contudo, ter qualquer alteração no contexto financeiro do orçamento familiar?

A redação do artigo 478 do código civil trata da onerosidade excessiva para resolução do contrato, no entanto, impõe certos requisitos, tais como, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o caráter superveniente de tais acontecimentos, o agravamento da prestação e a geração de vantagem para outra parte.

Na concessão abusiva do crédito entendo estar presente os fatores externos que figurariam em hipótese, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. E a obtenção de vantagem do credor, decorrente do comportamento abusivo quando busca aproveitar-se, oportunizando a falta de instrução e vulnerabilidade do devedor.

Cristiano de Souza Zanetti ao comentar o artigo 478 diz que a disciplina da onerosidade excessiva não se presta a corrigir desproporção econômica eventualmente presente no contrato[41].

No entanto referido dispositivo presta-se aos contratos que preveem prestação a ambas as partes, compra e venda, troca, locação, prestação de serviços dentre outros[42].

---

[38] REsp 1373788.

[39] Súmula: 297 O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

[40] Súmula: 283 As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

[41] ZANETTI, Cristino de Souza. Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo, Saraiva, São Paulo/SP.

Já o art. 480 do CC/02[43] autoriza a adequação da atual condição financeira do devedor para impulsionar o adimplemento contratual evitando a rescisão e a onerosidade excessiva. Oportunizando o aumento do lapso temporal para cumprimento, e a diminuição do valor das parcelas, tal qual o artigo 47 CDC.

Mas as dívidas não vão cessar, somente serão postergadas se a situação financeira do devedor perdurar.

O artigo 51, inciso IX do CDC, rege ser cláusula abusiva, nula de pleno direito as cláusulas contratuais relativas a produtos e serviços que deixem a critério do fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor.

Partindo da análise do artigo em comento, o superendividado não pode ficar refém de seus débitos *Ad Aeternum* ao credor. A relação obrigacional não deve perpetuar-se no tempo. Por isso a necessidade de uma legislação eficiente para aplicar práticas de tratamento, prevenção e em especial proporcionar a reabilitação patrimonial do superendividado de forma célere.

Os prazos prescricionais no atual sistema normativo brasileiro são relativamente longos, em média de cinco anos.

Thiago Sombra[44] defende que a relação obrigacional não deve se perpetuar no tempo, assim há de se prever um prazo para o superendividado realizar dentro de seu contexto possíveis pagamentos, e após esse lapso temporal extinguir as obrigações ainda que não cumpridas. O comportamento cooperativo é um ônus a ser suportado pelo credor.

No entanto, no projeto de lei o prazo previsto para o plano de pagamento é justamente de cinco anos.

> Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

Então podemos dizer que credor figura como responsável pela parcela de comprometimento da renda do devedor? E qual a consequência sancionatória para conduta omissiva do credor?

Thiago Sombra cita o posicionamento de Fernando Augusto Cunha de Sá[45] que ao tratar da cooperação como ônus do credor defende que sempre que o credor omite injustificadamente a colaboração que de sua parte é necessária para

---

[42] ZANETTI, Cristino de Souza. Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo, Saraiva, São Paulo/SP. Página 776.

[43] Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

[44] Sombra, Thiago Luis Santos. Adimplemento contratual e cooperação do credor. São Paulo: Saraiva,2011.

[45] Sombra, Thiago Luis Santos. Adimplemento contratual e cooperação do credor. São Paulo: Saraiva,2011.

o cumprimento, não é apenas o seu interesse que é deixado de prosseguir, afeta também o direito do devedor em exonerar-se da obrigação.

A partir do momento que o credor é omisso na análise prévia para a concessão do crédito, utiliza-se oportunamente da falta de instrução do consumidor para, de acordo com seu poder negocial obter certa vantagem na aplicação de taxa elevada de juros, o seu comportamento enseja a caracterizar abuso de direito.

Vejamos previsão de sanção proposta no artigo 54-D do projeto de Lei 3.515/15, em caso de inobservância do dever de prestar informação.

> Art. 54-D. Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou intermediário deve, entre outras condutas:
> I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerando sua idade, saúde, conhecimento e condição social, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; II - avaliar a capacidade e as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;
> III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.
> Parágrafo único. O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo, no art. 52 e no art. 54-C **poderá acarretar judicialmente a inexigibilidade ou a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original**, **conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.** (grifo nosso)

Nesse cenário comportamental, iniciado ainda na fase pré-contratual, sujeita posteriormente o credor a restringir a exigência obrigacional dentro das limitações e condições do devedor. Se contrário for, o devedor estará sempre alienado e suscetível de realizar cumulativos empréstimos para saldar as inúmeras, sucessivas e infindáveis dívidas. Ainda que singelamente, na tentativa de equilibrar a relação negocial, é preciso atribuir algum poder de autonomia para o consumidor superendividado.

No aumento do risco da oferta do crédito, o consumidor estará cada vez mais refém (quando da concessão do crédito), a uma elevada taxa de juros, que por certo compromete rendas presentes e futuras.

O contínuo e crescente comprometimento de rendimento do superendividado acaba em desestimular o desempenho do indivíduo, quer seja nos negócios, trabalho ou na vida pessoal.

A vulnerabilidade do consumidor e sua sujeição ao sistema de consumo requer por meios eficientes de solução de conflitos entre credores e devedores, também uma mudança de comportamentos.

As renegociações não devem restringir-se a postergar prazos ou reduzir parcelas. É preciso ir além para se obter êxito se o propósito é evitar a exclusão do superendividado. É necessário um sistema de reabilitação desse indivíduo com previsão de extinção obrigacional que não somente as abarcadas pela prescrição.

O fornecedor que oferta e concede crédito a quem não tem condições de pagar desvia da função social do contrato.

A função social do contrato presume a reciprocidade de adoção de condutas de boa-fé e colaboração.

Como consequência é dever de colaboração do credor minorar os danos oriundos do inadimplemento dos superendividados.

A renegociação figura como obrigação do fornecedor e um direito do consumidor.

Clovis do Couto e Silva[46] ao tratar da obrigação como processo, denomina os deveres laterais ou anexos inerentes ao comportamento colaborativo baseado na boa-fé objetiva. Sendo a boa-fé objetiva como elemento criador de um elo direcionado a interesses cooperativos e como sendo legitima expectativa criada de que, determinado comportamento esperado será praticado. Caso não seja praticado haverá de ser sancionado.

No tema em foco o principal objetivo a ser explorado é o cumprimento do dever de informação que deve ser prestado pelo fornecedor de produtos e serviços ainda na fase pré-contratual, no código de defesa do consumidor desde a oferta. Caraterizada pelo dever de prestar todo o esclarecimento necessário para aquisição consciente de produtos e serviços.

O dever de informação do credor inicia-se na fase da oferta e continua quando da realização ou não de uma triagem, uma análise prévia dos créditos já comprometidos pelo devedor que pretende pela aquisição de novos créditos, e se as parcelas assumidas reúnem condições de serem adimplidas.

Segundo pesquisas realizadas pelo IDEC[47], estudos revelam relação entre a inadimplência e abusos da publicidade[48].

Sobre a publicidade o projeto de lei prevê no artigo 54-C a proibição ao incentivo da aquisição de crédito.

No caso da oferta de crédito, o dever de informação culmina com maior ênfase, haja vista que de acordo com pesquisas realizadas pelo observatório do Crédito e do Superendividamento da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mais de metade dos consumidores não recebem nem a cópia do instrumento contratual.

Para atender as necessidades do consumidor, o contrato, como principal instrumento de obrigações e de aquisições de produtos e de serviços deixa de ser instrumento de realização da autonomia privada e passa a desempenhar uma função social. (Mattietto, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria

[46] Silva, Clovis V. do Couto e. A obrigação como processo. FGV. Edição do Kindle. Originalmente apresentado como tese do autor (livre-docência — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 1964).

[47] Disponível em: https://guiadosbancosresponsaveis.org.br/bancos.

[48] A pesquisa identificou que 40,8% das publicidades de crédito continham asteriscos ou letras pequenas que dificultam a leitura, principalmente nas publicidades impressas e nos cartazes das agências. Em 35,3% desses casos, esse artifício foi usado em anúncios de crédito em consignação (crédito consignado e cartão de crédito consignado), que tem o público idoso como um dos principais alvos.

dos contratos. In: Tepedino, Gustavo (org.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 pag. 179).

Direito a informação e a proteção da informação.

O projeto de Lei 3.515/15 descreve sobre o assunto no artigo 54-C, vejamos:

> "Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não:
> I - fazer referência a crédito "sem juros", "gratuito", "sem acréscimo", com "taxa zero" ou expressão de sentido ou entendimento semelhante;
> II - indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; III - ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo;
> IV - assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive a distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio.

Giovanni Ettore Nanni[49], ao comentar o artigo 400 do CC/02[50] que trata da *mora accipiendi* ou *mora creditoris* bem define o dever de cooperação.

> As partes têm o dever de cooperar a fim de atingir o adimplemento, para o qual concorrem o devedor e o credor. É inserido tanto como elemento dos deveres principais ou deveres secundários da prestação quanto dos deveres laterais, corolário da boa-fé (vide artigo 304 do CC/02). Se o credor deixar de satisfazer o deveres laterais, visto que não interessa diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, mas ao exato processamento da relação obrigacional, não se configura mora ou inadimplemento da prestação nuclear, mas do dever lateral, merecendo tratamento diverso (vide artigo 389 do CC/02). Porém, quando a ausência de cooperação é sentida relativamente aos deveres principais e secundários diz-se, genericamente, que há inadimplemento ou mora.

A prevalência do poderio econômico do credor frente ao tomador de créditos seja através de empréstimos ou financiamentos é fator preponderante para revisão de contratos.

No caso dos consumidores, ao que tange os contratos de concessão de crédito, fatores como idade avançada e condição socioeconômica de vulnerabilidade são características ensejadoras para revisão de contratos.

No caso da oferta de crédito para empréstimos consignados a oferta chega a ser ostensiva, e ao invés da segurança da parte credora em receber o valor ofertado repercutir em uma baixa taxa de juros, não é esse o cenário que se apresenta. Os servidores públicos, aposentados e pensionista viraram alvo para oferta de crédito.

Porem o que temos é um Judiciário carregado de ações das quais o valor cobrado pelo crédito ofertado assemelha-se a um superfaturamento do valor realmente utilizado pelo devedor. A exemplo segue abaixo acórdão proferido no

[49] Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo/Alexandre Dartanhan de Mello Guerra [et al.]; coordenação de Giovanni Ettori Nanni. São Paulo: Saraiva Educação,2018.

[50] Artigo 400 do CC/02 A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Recurso de Apelação nº 1004461-83.2018.8.26.0481, voto nº 32467 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

> Apelação Cível. Ação Revisional. Empréstimos pessoais não consignados. Sentença de Improcedência. Inconformismo do autor. Juros remuneratórios abusivos, no patamar de 22,00% ao mês e 1.050,78% ao ano. Onerosidade excessiva. Aviltamento do princípio da dignidade da pessoa humana. Necessária readequação das taxas pactuadas à média do mercado. Pactuação de sucessivos empréstimos pessoais com o mesmo contratante com cobrança de juros remuneratórios extremamente excessivos. Conduta abusiva. Devolução em dobro dos valores cobrados em excesso da média do mercado. Dano moral configurado. Necessidade punitivo-pedagógica. Recurso provido, com determinação.

O comportamento abusivo do fornecedor na concessão do crédito, somada a falta de informação clara e precisa, contribui com o aumento de pessoas superendividadas.

Cláudia Lima Marques defende o princípio do crédito responsável. Vejamos:

> O fornecedor de crédito que deixa de informar e de verificar a capacidade de reembolso do consumidor, segundo a proposta legislativa, pode sofrer severas sanções, a exemplo da redução dos encargos até a perda dos juros remuneratórios sem prejuízo das perdas e danos. [51]

Os deveres anexos ou laterais do contrato devem ser cumpridos por ambas as partes independente de norma positivada, a exemplo do dever de informação e de colaboração entre credor e devedor, que é prática de comportamento esperado.

O nítido assédio persuasivo aos consumidores e as práticas desempenhadas pelos fornecedores de produtos e serviços, não é replicada no comportamento de assistencialismo posterior a contratação. Os esforços desempenhados para "fechar negócio" são desproporcionais aos empenhados no cumprimento e satisfação da obrigação.

Nesse sentido, o Poder Judiciário figura como regulador das relações havidas entre o superendividado que busca a preservação do mínimo existencial e reinserção no mercado e do credor que deseja o recebimento, mas deve ser responsabilizado. Um confronto contínuo da necessária intervenção estatal nas relações contratuais.

No moderno contexto da concepção das relações obrigacionais onde o devedor detém o maior interesse em se liberar da obrigação, na medida em que sua mora ou inadimplemento implicam na sua exclusão social e nas relações de mercado, além de elevar os custos; para facilitar o adimplemento e evitar a perpetuação do vínculo com o credor, a sanção pela negativa de cooperação não deve restringir-se ao acionamento da via judicial, Thiago Sombra[52] defende que em situações peculiares frente a impossibilidade de cumprimento da prestação pode ocorrer a liberação automática. Trata-se de um direito do devedor ao cumprimento e a liberação, e um ônus do credor ao dever de colaboração.

## 3. Respeito ao mínimo existencial

[51] MARQUES, Claudia Lima, Direitos do Consumidor Endividado II: Vulnerabilidade e inclusão página.
[52] Sombra, Thiago Luis Santos. Adimplemento contratual e cooperação do credor. São Paulo: Saraiva, 2011.

A superação do pacta sunt servanda frente ao princípio da dignidade da pessoa humana é fator predominante no estudo da reabilitação patrimonial do superendividamento.

O respeito ao mínimo existencial conecta-se ao superendividamento na busca pela manutenção do patrimônio mínimo para a reabilitação patrimonial do devedor, visando evitar sua exclusão social.

Dentro do contexto do superendividamento a preservação do mínimo existencial como sendo uma parcela inatingível dos rendimentos do devedor superendividado figura como uma reserva mínima para sua subsistência com dignidade.

De acordo com a pesquisa de orçamento familiar, o POF/IBGE[53] despesas com alimentação, habitação e transporte corresponderam a 72,2% da despesa de consumo média mensal das famílias brasileiras, o que representava 58,4% da despesa total.

Considerando esses números, temos que o valor disponível do indivíduo, sem considerar demais gastos pessoais que vão desde gastos com a saúde e educação, é baixo para aquisições, o que necessariamente condiciona o indivíduo a socorrer-se do crédito com pouca ou nenhuma autonomia negocial.

O atual cenário brasileiro de 11,6 milhões de desempregados[54] (desocupados) também culmina no aumento do superendividamento e requer maior tutela a preservação do mínimo existencial.

Uma parcela significativa da população brasileira vive com salário mínimo, não possui residência própria ou paga financiamento imobiliário por um longo período (de comprometimento da renda), e fica à mercê muitas vezes de empréstimos para suprir as necessidades básicas.

A vulnerabilidade presumida tratada pelo código de defesa do consumidor é característica própria desse microssistema, no entanto o indivíduo que enfrenta a questão do superendividamento transcende da vulnerabilidade de consumidor para a vulnerabilidade como pessoa.

Dentro da preservação do mínimo existencial a situação de amparo ao superendividado não deve ser restrita a repactuação das dívidas, seja em renegociações de valores ou prazos, mas sim focada no compromisso da reinserção deste individuo no mercado evitando a exclusão social.

O que vale mais, a vida ou a liberdade? Nessa questão, levar uma vida sem liberdade é levar uma vida sem propósitos. A vida é feita de escolhas e as pessoas que se encontram na situação de superendividamento muitas vezes por certo não optaram por vivenciar essa situação.

De acordo com o observatório do consumo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apenas uma pequena parcela da população se enquadra no perfil dos que gastam mais do que ganham com supérfluos[55].

[53]Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.
[54] Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php. Acesso em: 20 mar. 2020.

O Estado, através do Poder Judiciário é responsável pelo equilíbrio das relações contratuais e pela preservação do mínimo existencial do devedor.

A Constituição Federal rege ser dever do Estado (em todas as suas esferas) privar pelas relações de consumo e pelo consumidor.

O rol de impenhorabilidade descrita no artigo 833 do código de processo civil já é uma forma de respeito e proteção ao patrimônio mínimo.

Esta norma processual (art. 833 CPC) reforça a previsão constitucional dos direitos sociais elencados no artigo 6º CF/88.

No mais, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento constitucional (art.1º da CF/88).

O Judiciário como regulador é imbuído de analisar a heterogeneidade (rico e pobre, alfabetizados e analfabetos, jovens e idosos, consumidores de bens necessários, consumidores de bens supérfluos, consumidores informados e ignorantes) dos consumidores, considerar a vulnerabilidade presumida e decidir pela solução da lide.

Através da análise processual o Judiciário tem o poder de intervir na autonomia contratual para preservar o mínimo existencial em face do princípio da dignidade humana. Nesse momento transcende a vulnerabilidade do indivíduo como consumidor para o reconhecimento da vulnerabilidade como pessoa.

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor rege em seu inciso V que são direitos básicos do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações proporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Observando o disposto neste artigo poderíamos justificar a alegação de revisão contratual por superendividamento, no entanto fica o judiciário restrito a restaurar o equilíbrio contratual em casos pontuais, não abrangendo uma reabilitação financeira do superendividado, sem alcançar, o objetivo de afastar a exclusão social. Nesse sentido a lei vigente se mostra limitada e insuficiente para atender as necessidades do superendividado.

O superendividado geralmente não deve para um único credor, as dívidas decorrem de diversos contratos, somente renegociar os débitos advindos de relações de consumo não se mostra o suficiente.

O superendividamento decorre da diversidade de contratos e muitos deles para a satisfação de necessidades básicas tais como moradia, alimentação, transporte, água, energia elétrica, prestação de alimentos, débitos tributários (IPVA/IPTU), empréstimos, financiamentos, dentre outros.

Afinal o rendimento da pessoa física advém em grande maioria, de uma única fonte, geralmente o trabalho seja ele formal ou informal.

[55] Brasil. Ministério da Justiça. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Prevenção e tratamento do superendividamento / elaboração de Claudia Lima Marques, Clarissa Costa Lima e Káren Bertoncello. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

A Lei 10.820[56], ao impor o limite de desconto de 30% (trinta por cento) no valor do benefício é medida assecuratória.

> Lei 10.820/03 Art. 7º O art. 115 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:
> Art. 115.
> VI - pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de trinta por cento do valor do benefício.

Trata-se de um afastamento do pacta sunt servanda em detrimento da garantia de um mínimo existencial para dignidade da pessoa humana.

Apesar do respeito a livre contratação privada, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser preservado quando confrontar com o contratual. Aliás os próprios princípios inerentes ao contrato, como a função social do contrato e a boa-fé, são sobrepostos quando confrontados ao pacta sunt servanda.

Cabe ao Estado tutelar os meios e condições para uma vida digna do superendividado.

O Estado deve atender as necessidades sociais e para isso precisa estar amparado por normas positivadas e processualmente organizadas para o fim de propor não só uma solução adequada aos interesses de credores e devedores como também para oferecer o mínimo de segurança jurídica para ambas as partes, através de um procedimento atribuído a todos de forma a atender as mais diversas demandas propostas.

Nesse sentido a previsão no projeto de lei nº 3.515/15 é na seguinte linha:

> Art. 54-E. Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa natural para consignação em folha de pagamento, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal líquida.
> § 1º O descumprimento do disposto neste artigo dá causa imediata à revisão do contrato ou à sua renegociação, hipótese em que o juiz poderá adotar, entre outras, de forma cumulada ou alternada, as seguintes medidas:
> I - dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, de modo a adequá-lo ao disposto no caput deste artigo, sem acréscimo nas obrigações do consumidor;
> II - redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor;
> III - constituição, consolidação ou substituição de garantias.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet[57] (Direitos do Consumidor Endividado II), *"...o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana."*

Vejamos alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a necessidade da limitação dos descontos realizados em folha de pagamento, em virtude ao respeito do mínimo existencial para preservação da dignidade da humana.

[56] Lei 10.820/03 dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências.
[57] Direitos do consumidor endividado II: vulnerabilidade e inclusão/Claudia Lima Marques, Rosangela Lunardelli Cavallazzi, Clarissa Costa de Lima, organizadoras. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2016. (Coleção biblioteca do consumidor)

> Resp n. 1.584.501 - SP[58].
> Empréstimo consignado. Descontos em conta-corrente na qual creditada a remuneração da autora. Limite ao percentual de 30% dos rendimentos líquidos da mutuária. Incidência dos princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção do salário (arts. 1º, III e 7º, X, CF). Preservação do caráter alimentar da verba. Limitação que deve ser observada.
> Cuida-se, na origem, de ação declaratória que foi julgada procedente e confirmada pelo Tribunal a quo para determinar o cancelamento do desconto em folha dos empréstimos contraídos pelo ora agravado com três instituições financeiras, isso porque o valor do referido desconto ultrapassaria 75% (setenta e cinco por cento) da remuneração líquida recebida por este, assim, o superendividamento atentaria contra a dignidade do servidor que estaria impossibilitando-o de arcar com as despesas próprias e de seus familiares.
> AI 742231 / PR - PARANÁ
> AGRAVO DE INSTRUMENTO
> Relator(a): Min. LUIZ FUX
> Julgamento: 18/08/2011
> Publicação DJe-164 DIVULG 25/08/2011 PUBLIC 26/08/2011
> Pedido formulado por servidora pública de cancelamento dos descontos em folha de pagamento das parcelas relativas a empréstimo intermediados por associação de classe.
> Revisão da posição do relator, diante do novo entendimento jurisprudencial majoritário do 2º Grupo Cível, reconhecendo a validade da cláusula de autorização dos descontos direto em folha de pagamento, mas limitando a sua eficácia ao percentual máximo de 30% sobre os vencimentos brutos do servidor, aplicando analogicamente a legislação estadual acerca do tema.
> Preservação do mínimo existencial, evitando que o superendividamento coloque em risco a subsistência do servidor e de sua família, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.
> § 7º O limite previsto no caput não se refere a dívidas do consumidor com cada credor isoladamente considerado, mas abrange o somatório das dívidas com todos os credores.

A limitação de descontos segue como entendimento pacificado nos tribunais, figurando como uma linha, uma marca que sinaliza ao credor até que ponto ele pode ir, e, sinaliza ao devedor o ponto que ele pode comprometer. Sendo o importe de 30% um percentual máximo, aplicado a cada caso.

Como vimos em um dos casos acima expostos não pode ser 30% (trinta por cento) para cada obrigação assumida, sob o risco do comprometimento acima mesmo dos 100% (cem por cento) da renda.

Ressaltando que o projeto de atualização do código de defesa do consumidor não permite a junção de todos os débitos do indivíduo, restringe aos débitos decorrentes da relação de consumo. Então em caso de repactuação das dívidas o limite de trinta por cento pode ser um alto percentual comprometido. Vejamos como fica a redação do projeto de lei nº 3.515/15.

> Art. 6º XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas;
> XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

## 4. Projeto de lei Nº 3.515/2015

[58] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro teor. Acesso em: 23 fev. 2020.

Como já mencionado o projeto de lei nº 3.515/15 nasce da necessidade de atualização do código de defesa do consumidor e visa reforçar a defesa de vulneráveis.

Em especial visa o projeto tratar e prevenir o superendividamento do consumidor, através de procedimentos próprios, destinados a junção de dívidas oriundas da relação de consumo e um plano de renegociação e pagamento. O objetivo principal é evitar a exclusão social do consumidor superendividado e seu retorno ao mercado. Vejamos a ementa[59].

> **Ementa**
> Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.
> O Congresso Nacional decreta: Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:
> Art. 4º . X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.
> Art. 5º VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

Com a aprovação o projeto de lei ocorrerá uma setorização das dívidas de consumo, a tratativa de uma fração do problema dos superendividados, que como mencionado possui dívidas decorrentes das mais diversas modalidades contratuais.

Vejamos a redação dada pelo artigo 104-A do projeto de lei 3.515/15.

> "Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.
> § 1º **Excluem-se do processo de repactuação as dívidas de caráter alimentar, as fiscais, as parafiscais** e as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar o pagamento, **bem como as dívidas oriundas dos contratos de crédito com garantia real, dos financiamentos imobiliários e dos contratos de crédito rural**. (grifo nosso)

Em suma o projeto trata somente dos débitos de consumo. De outro lado, o código civil o instituto do insolvente.

> Art. 104-A § 5º O pedido do consumidor a que se refere o caput deste artigo não importa declaração de insolvência civil e poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de 2 (dois) anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.

Assim, hipoteticamente teríamos para os contratos de consumo a Lei do Superendividamento, para os débitos fiscais a Lei de Execução Fiscal, para os contratos civis o Código Civil e para os débitos trabalhistas a Consolidação das Leis do Trabalho.

Partindo do pressuposto prático temos a mesma pessoa, com inúmeras dívidas, portanto um concurso de credores, que não poderá solucionar seu

[59] Disponível em: https://www.camara.leg.br. Acesso em: 26 mar. 2020.

problema que na verdade se resume a um conjunto de dívidas. Não ao menos reunidos em um único tratamento ou processo judicial. Tal como defende Daniel Bucar, ainda falta o um instituto destinado a reabilitação patrimonial da pessoa humana.

É crível que dado a diferença na natureza jurídica das obrigações, cada débito comporta seu tratamento na atual estruturação do nosso ordenamento jurídico, e a reunião de todos os débitos em uma só ação (processo judicial ou solução extrajudicial) para propor uma solução única fica prejudicada.

Para exemplificar vamos analisar um caso hipotético.

Mulher, solteira, 3 filhos, emprego informal, despesas de aluguel, água, energia elétrica, transporte público, alimentação, vestimenta, medicação, prestação do carro, contrata empregada doméstica (de forma informal, sem registro em CTPS). Adoece, é a única fonte de renda no lar (chefe de família) fica em mora com o pagamento do aluguel (contrato civil), acumula débitos de água e energia elétrica (contrato de prestação de serviços essenciais) sofre ação judicial proposta pela empregada doméstica que não foi registrada nem remunerada corretamente (CLT), deve tributos de IPVA e IPTU (Execução Fiscal). Precisa continuar a viver e suprir a necessidade dos filhos.

Qual medida de solução processual vigente para este caso onde a pessoa física sofre ao mesmo tempo múltiplas cobranças? Como propiciar forma alternativa para evitar a exclusão social e ao mesmo tempo o adimplemento dos contratos no complexo concurso de credores? A resposta para esse cenário, por certo ainda não encontra previsão legal.

A proposta do projeto prevista no artigo 104-B § 4º para os contratos de consumo é:

> O plano judicial compulsório **assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço**, e preverá a liquidação total da dívida em, no máximo, 5 (cinco) anos, sendo a primeira parcela devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo devido em parcelas mensais iguais e sucessivas." (grifo nosso)

Então a vulnerabilidade presumida somente se aplica aos contratos de relação de consumo? Para os demais aplico a insolvência civil? Lembrando que a insolvência civil parte do pressuposto da existência de patrimônio para liquidação.

São inúmeras as ofertas de propostas de negociação de dívidas ofertadas em todo o país, a Febraban[60] tem a semana de negociação com inúmeros canais de atendimento, o SPC[61] além de ofertas cursos para o consumo e aquisições conscientes, possui canal direito com os fornecedores para negociação das dívidas. O consumidor.gov[62] é outra ferramenta a disposição dos consumidores, que possuem acesso a internet.

Parecem inúmeras as ofertas propostas principalmente pelos Bancos para as negociações de dívidas, são feitos feirões, os valores são geralmente inferiores ao valor real devido, no entanto o objetivo principal é a repactuação do débito,

[60] Disponível em: https://portal.febraban.org.br/noticia/3369/pt-br/.
[61] Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/consumidor/recuperacao-credito.
[62] Disponível em: https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1585829354650.

pautado no dever de renegociar, e o objetivo é o recebimento, ainda que inferir. No entanto essas medidas mostram-se ineficientes.

Os meios alternativos propostos por bancos, financeiras, e outros são propostas ao tempo e modo oportunos das instituições, visam tão somente minimizar o impacto econômico, não resolvem a estruturação financeira necessária ao superendividado.

O devedor ao tempo da oferta das negociações propostas pelas instituições, na maioria das vezes já possui a renda comprometida na integralidade, tornando inviável negociações propostas pelas instituições sem que para isso, necessitem endividar-se com outras instituições, familiares, amigos, e meios paralelos para aquisição de crédito imediato para saldar outro.

A oferta de renegociação de dívidas pelas instituições é inoportuna, não resolve efetivamente o problema, partem do pressuposto que a pessoa possui renda disponível.

O que de fato ocorre é que as repactuações acabam por comprometer gastos básicos, então, esse valor será suprimido para o proveito da oferta de negociação, ou, o devedor deixará de pagar uma parcela maior a outro credor para pagar por uma menor. As dívidas continuam.

Apesar da necessidade da aprovação do projeto de lei nº 3.515/2015, de fato o projeto ainda não se apresenta como solução para o superendividamento, é uma alternativa para repactuação das dívidas de consumo de forma estrutural.

> Artigo 104-A § 4º Constarão do plano de pagamento:
> I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento das dívidas;
> II - referência à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso;
> III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes;
> IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem o agravamento de sua situação de superendividamento.

O projeto de lei nº 3.515/15 prevê como alternativa de solução de conflito para o superendividado, audiência de conciliação entre devedores e credores (quase como uma assembleia comparado a recuperação judicial), caso seja ineficiente é proposta a revisional de contratos para repactuação das dívidas.

> "Art. 104-B. Inexitosa a conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório, procedendo à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

O artigo 104-B parágrafo 3º do referido projeto, fala de administrador judicial, quem vai custear o administrador judicial eis que o tratamento é para o superendividado?

> § 3º O juiz poderá nomear administrador, desde que isso não onere as partes, o qual, no prazo de até 30 (trinta) dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento contemplando medidas de temporização ou atenuação dos encargos.

A necessidade de composição de todos os credores dos superendividados figurarem como litisconsortes passivos serve para analisar e reunir todo o montante

devido aos credores e o *quantum* dos rendimentos desse superendividado poderá ser destinado e rateado entre os credores sem, contudo, reduzir-lhe a condição humana para sobrevivência.

Dada a distinção da natureza das dívidas, há impossibilidade de todos os credores figurarem em um concurso de credores.

Os débitos tributários de IPVA e IPTU também não participam dessa reunião de dívidas. Precisa ser revista essa preferência estatal, pois quanto maior perdurar a condição de superendividado mais precisará do assistencialismo, de participação em programas sociais.

Devemos nos ater a real necessidade do superendividado para que a resposta a condição de superendividamento seja positiva e processualmente organizada para os casos que se apresentem.

É necessária uma estruturação não só no acionamento do Judiciário para solução do superendividamento.

Nesse ponto o projeto de lei é assertivo ao prever a iniciativa através dos órgãos auxiliares da justiça como já tem realizado o CEJUSC.

No entanto é preciso desenvolver medidas que sejam além da renegociação das dívidas, e rever a responsabilidade civil do credor para imposição de sanção.

## 5. Políticas Públicas

Thiago Rodovalho[63] ao falar sobre o superendividamento das famílias brasileiras, relata que o comportamento do Estado no impulsionamento da economia através do incentivo ao consumo e da vulgarização/democratização do acesso ao crédito podem ocasionar a longo prazo uma exclusão social gerada pelo próprio sistema, pois quando as famílias não mais reunirem condições de continuar estimuladamente consumindo, teremos recessão e consequente exclusão social.

Em suas palavras, esse cenário trágico tem uma outra vítima, justamente as famílias superendividadas, ou melhor, estimuladas e incentivadas, inclusive no Plano Governamental, como verdadeira política pública, a se endividarem.

Os conflitos apresentados entre credor e devedor devem estar dentro de parâmetros administráveis, tanto para propiciar a satisfação da obrigação e assegurar a economia, como para promover a reabilitação patrimonial do devedor como defende Daniel Bucar. A cooperação entre ambos consiste na capacidade de realização de ações conjuntas em prol do benefício comum[64].

O tratamento do superendividamento é um direito social.

Estudos apontam que no sistema americano de reabilitação patrimonial, as pessoas que recebem orientação e aconselhamentos financeiros, alteram seu comportamento no mercado. E o sucesso do modelo adotado é atribuído a perda da estigmatização do insolvente.

[63] Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/174/169. Acesso em: 20 mar. 2020.

[64] Rua, Maria das Graças. Politicas Publicas/Maria das Graças Rua. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES:UAB,2009.

As políticas públicas consistem em planejamento do Estado e ações por intermédio de agentes públicos na atuação da defesa dos interesses e valores tutelados pelo próprio Estado em especial os elencados pela Constituição Federal.

De acordo com Maria das Graças Rua a administração do conflito pode ser obtida de duas formas, com coerção e política. A coerção consiste na repressão, e a política corresponde a força exercida pelo Estado para fazer valer o direito.

É preciso construir consensos e controlar conflitos.

A adoção de medidas governamentais atribuídas aos Estados e Municípios para que através de seus agentes públicos viabilizem por projetos a prática de formação financeira nas escolas, cursos, palestras, certamente a longo prazo seriam sentidas pela economia.

Nesse sentido o projeto de lei nº 3.515/15 prevê a alteração do código de defesa do consumidor para inserir a seguinte redação:

> Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:
> "Art. 4º IX - fomento de ações visando à educação financeira e ambiental dos consumidores;
> "Art. 104-C. Compete concorrentemente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A, no que couber.
> § 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservando o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis.

O Procon/SP disponibiliza gratuitamente cursos de orientação financeira e de direitos básicos do consumidor, promove atendimento e palestras para estudantes.

Foi elaborado pela Escola de Proteção e Defesa do Consumidor – EPDC da Fundação Procon/SP o Projeto Saber Consumir, desenvolvido com objetivo de levar educação para o consumo às escolas e outras instituições interessadas em trabalhar o tema consumo.

O Projeto Saber Consumir que é ofertado de forma gratuita, consiste na realização de uma capacitação dirigida a multiplicadores, onde visa levar mais informações sobre o contexto do mercado de consumo. O projeto tem como público alvo escolas públicas e privadas dentre outras instituições.

Seguindo o modelo europeu de reabilitação patrimonial estruturado na reeducação do consumidor, é necessária a tomada de medidas através de políticas públicas destinadas ao incentivo do consumo consciente e a capacitação com noções básicas de economia.

Pesquisas indicam que as classes mais afetadas não recebem mais do que 3 (três) salários mínimos e possuem um baixo nível de escolaridade. Não é só a informação que se faz necessária na prevenção do superendividamento, mas sim que a necessidade por uso do crédito não seja tão recorrente ou única forma de continuidade de relacionar-se.

É preciso reestruturação, pois quanto mais necessitamos de crédito, seja através de empréstimos ou financiamentos, mais vulneráveis as altas taxas de juros e encargos estaremos sujeitos. É cada vez mais arriscado conceder crédito a endividados, então é cada vez mais custoso.

A implementação de políticas públicas destinadas ao consumo consciente e a educação financeira é medida urgente que deve ser promovida por todas as esferas Públicas dos Estados e Municípios. Também é necessário o desenvolvimento de parcerias público privadas setoriais, principalmente Bancos.

A longo prazo não é a solução em si, mas a prevenção do número crescente de superendividados.

A doutrina tem avançado suas pesquisas para um olhar a partir do Capitalismo Humanista.

O tema capitalismo humanista idealizado pelo Professor Ricardo Hasson Sayeg (docente em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP) Decorre da análise do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça -STJ [65,] Paulo Dias de Moura Ribeiro, quando nos autos do recurso de apelação com revisão nº 991.06.054960-3 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim posicionou-se:

> VOTO N° 17.019 EMENTA: Embargos à execução hipotecária rejeitados liminarmente (art. 739, II, do CPC).- Inconformismo dos embargantes firme nas teses de que (1) suportaram cerceamento de defesa e (2) os gastos com o tratamento médico de seu filho que faleceu em virtude de leucemia ainda na juventude, foi a causa do inadimplemento — Acolhimento — Descaracterização da mora diante de fato que não pode ser imputado aos embargantes - Aplicação do art. 963, do CC/16 - Exclusão da cobrança de juros moratórios e multa contratual no período de junho/02 a outubro/04 - Sucumbência a cargo do embargado — Matéria preliminar rejeitada - Recurso parcialmente provido, com observação. A grave doença de um filho acometido por leucemia e que em virtude dela faleceu é fato que desconcerta a vida financeira de qualquer família e serve para caracterizar o caso fortuito, permitindo o afastamento da mora dos devedores no período da moléstia.

O presente estudo realizado pelo professor Ricardo Sayeg, culminou na obra intitulada de Capitalismo Humanista. Esse voto certamente foi fator predominante na indicação do nome do ministro Moura Ribeiro ao prêmio Nobel[66] da paz como reconhecimento pela luta da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha, é o Capitalismo Consciente. Nos Estados Unidas foi desenvolvido um estudo acadêmico conduzido por Raj Sisodia, Jaf Shereth e David Wolf, com o objetivo de analisar o comportamento de empresas com excelente reputação e fidelidade dos clientes, que se mantem no mercado com certo favoritismo, sem ser apelativa, sem altos aportes financeiros destinados a publicidade e ao marketing.

[65]https://www.migalhas.com.br/quentes/320715/ministro-moura-ribeiro-e-indicado-ao-nobel-da-paz. Acesso em: 18 mar. 2020. "O Capitalismo Humanista – filosofia humanista de direito econômico", escrito em parceria com Wagner Balera, professor de direitos humanos da PUC-SP

[66] Disponível em: https://www.amb.com.br/conselho-de-representantes-apoia-indicacao-do-ministro-moura-ribeiro-ao-nobel-da-paz-2020/.

A prática do Capitalismo Consciente é baseada em quatro princípios: Propósito Maior, Cultura Consciente, Liderança Consciente e Orientação para *Stakeholders*.[67]

A mudança na prática de comportamento de mercado também requer tratamento, ou teremos uma economia em colapso. A reestruturação deve ser sistêmica.

## CONCLUSÃO

Considerando fomentar o equilíbrio e a evolução das relações de consumo conclui-se com a presente pesquisa que a questão do superendividamento vai além da defesa do consumidor.

No entanto, em consequência do público considerado como hipervulnerável dentre os consumidores, ou seja, aqueles em que a vulnerabilidade é agravada em decorrência de suas características pessoais, a exemplo os idosos, as pessoas com deficiências, as crianças e os adolescentes, há de dispor um reconhecimento de necessidade de maior proteção.

É necessário constar que os créditos fáceis e sem qualquer análise de risco vinculados a cartões de crédito e empréstimos consignados constituem boa parte dos superendividados inconscientes que merecem tratamento especial.

O alto índice de desemprego, a necessidade do crédito, as altas taxas de juros, a publicidade e propaganda ostensiva, abusiva, a falta de políticas públicas efetivas para educação financeira e consumo consciente, culminam no superendividamento.

O dever de informação objetiva, realizado pelos fornecedores de produtos e serviços, em especial os fornecedores de crédito, mediante campanha publicitária, devem ser compatíveis com a razoável compreensão, capaz de atingir a heterogeneidade do público a que se destinada.

O indivíduo é carecedor da manutenção das linhas de créditos e empréstimos bancários, para as aquisições básicas de um modo de vida modesto.

Então como enfrentar o tratamento, prevenção e solução do superendividamento sem beneficiar indiretamente ou indevidamente quem se endividou de forma consciente e irresponsável?

A lei deve ter por objetivo alcançar aqueles que de forma inconsciente decorrente das condições sociais e econômicas, acabaram contraindo dívidas além de suas possibilidades.

A problemática está em como enfrentar e solucionar o problema sem beneficiar indevidamente quem se endividou de forma irresponsável. O ideal seria que o enfrentamento e a solução beneficiassem apenas aqueles que, de forma inconsciente pelas próprias condições sociais e financeiras (ou objetivas e subjetivas), acabaram se valendo, em especial, de empréstimos consignados à aposentadoria ou financiamento atraídos pela propaganda indevida de bancos e financeiras.

[67] Disponível em: https://www.ccbrasil.cc/sobre. Acesso em: 20 mar. 2020.

Nesse contexto os créditos fáceis sem qualquer análise previamente realizada, vinculada a oferta de cartões de crédito, empréstimos consignados a aposentados e pensionistas constituem parcela merecedora de tratamento especial e diferenciado.

A Lei 10.820/03 que dispõem sobre as deduções em folha de pagamento é divergente dos contratos de empréstimos pactuados diretamente.

O Ministro Moura Ribeiro em decisão proferida no Resp 1.358.057 relara haver certo embaralhamento entre a limitação do importe de 30% (trinta por cento) defendida pela lei 10.820/03 ao empréstimo consignado com desconto em folha, da limitação que se estende as deduções advindas da realização de diversos empréstimos ou dívidas contraídas de forma espontânea e de certa forma imprudente.

A renegociação exerce um dever fundamental, tal qual o dever de informação, do credor em relação do devedor. Assim como cabe ao devedor não isento de sua parcela de responsabilidade equilibrar a relação dentro de sua real possibilidade (condição social e financeira).

É preciso estabelecer um equilíbrio de interesses entre credor e devedor na preservação pela manutenção contratual. Há de se encontrar harmonia dos interesses envolvidos na relação de consumo.

Sempre que necessário, a repactuação de interesses deve prestigiar a adaptação do sinalagma.

Faz-se necessário a criação de mecanismos de estímulo a real negociação das partes adaptados a cada caso concreto preferencialmente pela via extrajudicial.

Deve haver certa distinção entre aqueles que procuram pelas instituições financeiras e bancos para aquisição de empréstimos destinados a bens supérfluos, dos que se sujeitam há desconto direito em folha de pagamento ou consignado a aposentadoria ou pensão decorrente da necessidade do crédito para aquisições básicas de consumo.

Os financiamentos de veículos e imobiliários, geralmente de longo prazo, comprometem anos de renda. Os parcelamentos são infindáveis para aquisição de produtos e serviços, e mal finaliza um pagamento, ou até mesmo durante, já são necessárias novas aquisições.

É preciso encontrar um ponto de equilíbrio para impor tratamento ao superendividamento com foco na reabilitação patrimonial.

A solução na renegociação das dívidas precisa ser mais efetiva que a repactuação de prazos ou redução de parcelas.

Apesar do superendividamento ser um problema global, já reconhecido e em tratamento em diversos países, nosso ordenamento jurídico pátrio é falho e omisso na questão.

O crescente número de pessoas superendividadas demonstra que nossa legislação vigente já não é mais suficiente.

O projeto de lei nº 3.515/15 é uma alternativa, porem sua aplicação destinada somente aos contratos de consumo ainda será insuficiente.

Conforme defendido por Daniel Bucar, é necessária uma medida de Reabilitação Patrimonial da Pessoa Física, eis que nosso instituo da insolvência civil além de pouco utilizado não se presta a reabilitar o superendividado, nem tão pouco a evitar sua exclusão social.

É necessário o desenvolvimento de uma reabilitação patrimonial com a reunião universal dos credores para a proposta de um plano recuperacional.

Com razão defende Daniel Bucar que apesar da vulnerabilidade presumida do consumidor, quando se trata de superendividamento essa vulnerabilidade transcende ao fato de ser ou não consumidor. É uma vulnerabilidade caracterizada pelo estado crítico patrimonial.

Ser consumidor já não é mais a condicionante da vulnerabilidade ela transcende a vulnerabilidade como pessoa para alçar o patamar da dignidade humana.

Distante da intenção de haver esgotado o assunto, que por sua natureza é amplo e complexo, o objetivo deste trabalho, foi expor o problema do superendividamento e sua necessidade de tratamento e prevenção não só no que tange aos contrato de consumo mas na busca por uma medida de adoção de reabilitação patrimonial, visando evitar a exclusão social e responsabilizar o credor pelo seu comportamento, exigindo deste, além do dever de colaboração, que seja incumbido de práticas para reinserção do indivíduo ao mercado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Revista de Direito do Consumidor.** vol. 3/1992. p. 78 - 87. Jul - Set, 1992. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. vol. 2. p. 415 - 423. Out, 2011DTR,1992,184.

BUCAR, Daniel. Superendividamento: reabilitação patrimonial da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARBI, Carlos Alberto, *A Intervenção Judicial no Contrato em face do Princípio da Integridade da Prestação e da Cláusula Geral da Boa-fé Uma nova visão do adimplemento contratual*.

GUERRA, Alexandre & BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade Civil Bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello [et al.] *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. Coordenação de Giovanni Ettori Nanni*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

https://www.abecs.org.br/

https://www.cnj.jus.br/programa-de-prevencao-e-tratamento-de-superendividados

https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf .Acesso em 22 fev. 2020.

https://idec.org.br

https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-superendividamento.pdf

https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas

http://www.ufrgs.br/ocsc/web/

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Responsabilidade civil por abuso de direito. **Revista dos Tribunais.** vol. 66, 1990. p. 37 – 43. Nov., 1990. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. vol. 1. p. 733 – 744. Out, 2011. DTR,1990,190.

MARQUES, Claudia Lima, CAVALLAZZI Rosângela Lunardelli, LIMA, Clarissa Costa, **Direitos do consumidor endividado** *II: vulnerabilidade e inclusão*. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção biblioteca do direito do consumidor).

MARQUES, Claudia Lima, LIMA, Clarissa Costa e BERTONCELLI, Káren. *Brasil*. **Ministério da Justiça.** *Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor*. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Elaboração de Brasília: DPDC/SDE, 2010.174 p. : il., p&b.1. *Proteção e defesa do consumidor*, Brasil. 2. Dívida (direito civil), Brasil. 3. Devedor, Brasil I. Marques, Claudia Lima II. Lima, Clarissa Costa. III. Bertoncello, Káren. IV. Título.

RUA, Maria das Graças. **Políticas Públicas.** Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB,2009.

SAMPAIO, Marilia de Ávila e Silva. **Justiça e Superendividamento:** *um estudo de caso sobre decisões judiciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOMBRA, Thiago Luis Santos, **Adimplemento Contratual e cooperação do credor.** São Paulo: Saraiva,2011. (Coleção professor Agostinho Alvim; coordenação Renan Lotufo).

**ARBITRAGEM NO DIREITO CONSUMIDOR**

# CONSUMER LAW ARBITRATION

**KEVIN AUGUSTO DURÃO**[11]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Meios de resolução de conflitos. 1.1 arbitragem; 2. Relações de consumo. 3. Formação e interpretação dos contratos. 4. Arbitragem no direito consumidor. 5. Julgados. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

## Introdução

Neste trabalho, será abordado a utilização do método da arbitragem como uma forma alternativa de resolução de conflitos para as relações de consumo, tendo o estudo guiado através de legislações pertinentes ao assunto e conceitos doutrinários articulados como forma complementar do que está previsto no ordenamento jurídico, além de julgados para exemplificar sua aplicação no caso concreto.

[1] RESUMO: O projeto se dirige a explicação das diversas opções que existem de alternativas na resolução das lides, em uma visão geral, destacando suas peculiaridades, requisitos e vantagens, com a finalidade de incentivar seus usos e contribuir para a diminuição da sobrecarga das demandas ao judiciário. O foco do estudo se direciona ao método da arbitragem, trabalhando suas regras em específico e analisando a legislação pertinente ao assunto. Com o embasamento dos institutos apresentados, cuida-se então da área jurídica em que será aplicado o uso da arbitragem, que são as relações de consumo, tratando sobre o surgimento do direito consumidor, no que consiste uma relação de consumo e a elaboração dos termos tratados no referido Código de Defesa do Consumidor a respeito de fornecedor e consumidor, além também de discorrer sobre um dos pontos mais centrais das relações de consumo: a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Posteriormente a introdução ao conteúdo consumerista, busca-se então tratar dos contratos de adesão, que são encontrados na boa parte das relações de consumo, comparando aos outros tipos de contrato. Por fim, encerra-se com a conclusão da indagação feita inicialmente, uma vez que comprova ser compatível o instituto da arbitragem ao direito consumidor, desde que observadas algumas regras em atenção as cláusulas abusivas.
**Palavras-chave:** Forma Alternativa de Resolução de Conflitos – Arbitragem - Direito do Consumidor - Relações de Consumo - Contrato de Adesão.
ABSTRACT: The project aims to explain the various options that exist for alternatives in resolving disputes, in an overview, highlighting their peculiarities, requirements and advantages, in order to encourage their uses and contribute to reducing the burden of demands on the judiciary. The focus of the study is directed to the method of arbitration, working its rules in specific and analyzing the legislation relevant to the subject. With the foundation of the institutes presented, the legal area in which it will be applied the use of arbitration, which are consumer relations, dealing with the historical emergence of consumer law, which consists of a consumer relationship and the elaboration of the terms treated in the referred Consumer Protection Code, regarding supplier and consumer, in addition to discussing one of the most central points of consumer relations: the vulnerability of the consumer to the supplier. Subsequently, the introduction to consumer content, we seek to deal with subscription contracts, which are found in most consumer relations, compared to other types of contract. Subsequently, the introduction to consumer content, we seek to deal with subscription contracts, which are found in most consumer relations, compared to other types of contract. Finally, it concludes with the conclusion of the inquiry made initially, since it proves that the institute of arbitration to the consumer law is compatible, provided that certain rules are observed in view of unfair terms.
Keywords: Alternative form of conflict resolution – Arbitration - Consumer law - Consumer relations - Adhesion contract.
[1] Estudante da Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI.

A justificativa da escolha desse assunto em específico, se baseia em apresentar outras opções para dirimir as lides presentes na sociedade, evitando assim que elas cheguem em demasia ao Poder Judiciário, uma vez que em razão das excessivas demandas judiciais, encontra-se sobrecarregado. Dessa forma, apresentando uma solução com referência ao direito consumidor, tem-se o objetivo de mostrar a importância do uso dessas alternativas, passando a conscientizar os conflitantes em buscar uma harmonização social com mais autonomia das partes e celeridade nos procedimentos, incentivando também a sua utilização em outras áreas do direito.

## 1. Meios de resolução de conflitos

Nos dias atuais, em razão dos constantes conflitos produzidos pelos impasses econômicos, políticos e sociais, encontra-se no âmbito jurídico, um fluxo muito grande de processos envolvendo o Poder Público, produzindo congestionamentos desnecessários de demandas, e fazendo com que a justiça pareça ser ineficaz, demorada e complexa demais aos cidadãos.

Com base nessa crise que se observa no judiciário, foram promovidos esforços em direção a promover soluções para dar maior eficiência ao atendimento da sociedade.

Nesse sentido surge o conceito do Tribunal Multiportas[2][2], que veio à tona com a elaboração da Resolução 125/10 do CNJ, a qual teve grande preocupação ao estabelecer regras que viessem incentivar a autocomposição de litígios e pacificação social, como trata o artigo 4 da respectiva resolução, colaborando também com a criação do CEJUSC – Centros Jurídicos de Solução de Conflitos e Cidadania[3].

> Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Dessa forma, com o tratamento de diversos institutos novos para auxiliar a resolução de conflitos, houve consideráveis diminuições a quantidade de processos nos tribunais, contribuindo assim para evitar a sobrecarga do judiciário.

Além da citada resolução, no ano de 2015 com a elaboração do vigente Código de Processo Civil, também há previsão para adoção de mediação e conciliação como etapas do processo, promovendo sempre que possível a solução consensual de conflitos (artigo 3º, §2º e §3º do CPC).

> 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.

Ainda no mesmo ano de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.140/2015, que passou a tratar sobre a mediação como meio de solução de controvérsias, previsto pelo artigo 1º da referida lei, conceituando seu instituto pelo parágrafo único,

[2] O Tribunal Multiportas é uma instituição criada com a finalidade de direcionar processos dos tribunais para outros meios adequados de resolução de lide, conforme o caso concreto, visando uma maior celeridade nos procedimentos.

[3] A CEJUSC é uma unidade de atendimento que tem o objetivo de implementar as formas alternativas de solução de conflitos, agendando audiências para que as partes cheguem em acordos, e consequentemente sejam proferidas sentenças homologatórias com a vista do Ministério Público.

como sendo uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que é escolhido ou aceito pelas partes, para auxiliar e estimular o desenvolvimento de soluções consensuais para as controvérsias.

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Assim como a mediação, a conciliação também é considerada uma forma autocompositiva[4] de conflitos, em que as partes são orientadas por um terceiro que não possui interesse na discussão e nem detém de poder decisório, visando alcançar o consenso. Esse método também possui outras previsões legais, como por exemplo na CLT, nos artigos 846 e 850, que traz as tentativas do juiz em realizá-la na abertura da audiência ou terminada a instrução, após as razões finais.

> Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.
> Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

A semelhança com os dois institutos mencionados, são a respeito de seus princípios norteadores, sendo eles: a confidencialidade[5], a imparcialidade[6], a voluntariedade[7] e a autonomia[8] das partes. Já as diferenças entre a mediação e conciliação, estão principalmente na sua forma de realização, uma vez que: a mediação tem como foco nas pessoas, perguntas circulares e vários encontros; na conciliação o enfoque é nos fatos, trabalha com sugestões de acordo, e são realizados em encontros breves.

Quanto as considerações a respeito de mediação e conciliação, o autor Petronio Calmon, traz os seguintes comentários:

> A mediação se destina a resolver conflitos em relação continuada e a conflitos que ainda não tenha se tornado manifesto com a apresentação de posições firmadas. Por seu turno, a conciliação possui escopo menos ambicioso, contentando-se em resolver o litígio conforme seus pontos elementares, ou seja, as posições apresentadas pelos envolvidos.
> [...] o conciliador assume posição mais participativa, podendo.

---

[4] Vide p. 6.

[5] O princípio da confidencialidade diz respeito a proteção das informações, documentos e declarações trazidas nas sessões, privando assim pelo sigilo, podendo ser quebrado somente com a deliberação de ambas as partes.

[6] A imparcialidade trata que o intermediário na relação não pode tomar partido de nenhuma das partes, adotando uma conduta isenta, a fim de preservar o equilíbrio de poder entre os mediados, para que assim a negociação flua livremente.

[7] Quanto a voluntariedade, corresponde a ideia de que as soluções não são impostas coercitivamente, pois dependem da manifestação de vontade das partes, podendo inclusive estes recusar, interromper ou suspender as sessões.

[8] O princípio norteador da autonomia da vontade das partes é uma das mais importantes, pois ao estabelecer que a escolha em se submeter ao instituto é totalmente voluntária, ela confere também o poder de determinar as regras do procedimento, a escolha comum dos mediadores, a decisão sobre os assuntos a serem tratados, bem como que o encerramento seja feito mediante um acordo, sem qualquer imposição do intermediário.

> chegar a apresentar fórmulas de autocomposição, ou seja, pode sugerir as partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente com elas a este respeito. Já o mediador jamais interfere nos termos do acordo, devendo abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, procurando não se manifestar sobre as propostas apresentadas pelos envolvidos. O mediador apenas assiste as partes, facilitando sua comunicação, com o objetivo de favorecer a identificação de um acordo de recíproca satisfação.[9]

Os conflitos jurídicos que ensejam as discussões, tratam-se de contraposições de interesses que surgem quando uma parte lesa o direito de outra, ou ainda quando divergem sobre a interpretação de uma norma legal ou convencional.

Sendo assim, existem três formas de solução desses conflitos: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

A autotutela é solução baseada na conduta de que uma das partes impõe sacrifício do interesse da outra, utilizando-se do uso ou ameaça da força, é considerado como fazer justiça com as próprias mãos, havendo o ganho apenas da parte mais forte, sem a presença de um terceiro na relação.

Alguns exemplos de autotutela na legislação brasileira são: uso da força na defesa de posse em caso de turbação[10] ou esbulho[11] (artigo 1.210 do Código Civil); o direito a qualquer do povo em efetuar prisão em flagrante de delito[12] (artigo 301 do Código de Processo Penal); legítima defesa[13], estado de necessidade[14], exercício regular do direito[15] e estrito cumprimento do dever legal[16] (artigo 23, 24 e 25 do Código Penal).

Apesar de haver alguns casos em que permite o indivíduo agir com sua própria força, no Código Penal, pelo artigo 345, há uma tipificação como crime contra a Administração da Justiça apenado com detenção de três meses a um ano ou multa, aos que se façam valer de meios guiados pela força para realizar uma conduta não permitida pela lei, com o objetivo de satisfazer uma pretensão que poderia ser obtida por juízo, e dessa forma o indivíduo passa a se sobrepor a função do Estado.

> Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
> Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
>
> Quanto à autocomposição, trata-se de um ajuste de vontade de partes capazes para solucionar o litígio de forma amigável, desde que envolva um direito disponível. Nessa forma de solução de conflitos, há a representação de três figuras: a desistência, em que uma das partes renuncia o direito, liberando a outra da

[9] CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação - 4ª Edição, Editora Gazeta Jurídica, 2019. p. 110/111.

[10] A turbação consiste no ato de atrapalhar o livre exercício da posse, sem causar a sua perda efetiva, nesse caso o meio jurídico para conter tal ato é o ingresso da ação de manutenção de posse para expulsar o invasor.

[11] O esbulho é a ofensa em que o indivíduo se apodera ilegitimamente da posse de quem tem o direito, cabendo ao possuidor impetrar uma ação de reintegração de posse para a sua recuperação.

[12] A prisão em flagrante que se refere, é aquela que pode ser realizada por qualquer do povo, e para que haja o flagrante delito é necessário que o agente esteja cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido logo após pela autoridade, pelo ofendido ou qualquer pessoa em situação que o faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado com objetos que faça presumir sua autoria, como dispõe o artigo 302 do Código de Processo Penal.

obrigação; a submissão, que consiste na ausência de resistência da pretensão do ofendido, cumprindo assim com a obrigação; e por último a transação, que traz uma concessão recíproca, tendo as duas partes cedido uma parcela de seu direito, com a finalidade de chegarem a um acordo mais favorável a ambos os lados, como prevê o artigo 840 do Código Civil.

> Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Por fim, a respeito da heterocomposição, traz grandes diferenças com as outras formas de solução dos conflitos, uma vez que as partes elegem um terceiro imparcial para decidir a lide.

Há duas modalidades de heterocomposição: a arbitragem como sendo um meio extrajudicial, do terceiro julgador, que fará realizar um acordo entre as partes, regido pela Lei nº 9.307/96; e a jurisdição, que se faz presente um juiz concursado que representa o Estado, julgando com poder coercitivo.

No que toca a comparação entre as soluções de conflito por autocomposição e heterocomposição, o autor Francisco Cahali, diz:

> Nas soluções autocompositivas, embora possa participar um terceiro como facilitador da comunicação (inclusive com propostas de solução, conforme o caso), o resultado final depende exclusivamente da vontade das partes; a aceitação ou a recusa à composição, está no arbítrio do interessado. Já nos métodos heterocompositivos, a resolução do conflito é imposta por um terceiro, com poderes para tanto (magistrado, árbitro, etc.), daí porque falar-se em solução adjudicada; as partes estarão submetidas à decisão preferida pelo terceiro, mesmo se contrária aos seus interesses.[17]

## 1.1 Arbitragem

Como esse método apresenta uma aplicação distinta do o uso da força ou da negociação entre as partes, surge então a presença de um terceiro que tem a função de resolver os embates de interesses dos indivíduos conflitantes.

Com o crescimento de grandes cidades, a técnica foi se aperfeiçoando, e na Grécia por exemplo, foi utilizada através de árbitros públicos que resolviam os conflitos privados da sociedade, sendo estes escolhidos pelas partes que compunham o litígio, e as decisões produzidas eram gravadas nos muros de templos e em outros instrumentos. Ainda na Grécia, houve notícias de arbitragem na Mitologia grega, quando a figura de Zeus, nomeou um árbitro para decidir qual das deusas mereceria o "pomo de ouro da mais bela" (CAHALI, 2018).

---

[13] A legítima defesa encontra-se explicada pelo artigo 25 do Código Penal, como sendo a utilização de meios moderados e necessários para afastar uma agressão injusta ao bem jurídico próprio ou alheio, desde que esta seja atual ou iminente.

[14] Conforme trata o artigo 24 do Código Penal, o estado de necessidade é aquela conduta praticada para salvar um bem próprio ou alheio que se encontra em perigo atual e inevitável. Essa excludente de ilicitude se difere da legítima defesa por: não permitir sua utilização diante um perigo iminente, apresentar embate de dois direitos legítimos e por aceitar a força da natureza como fonte do risco.

[15] O exercício regular do direito é uma faculdade de exercer determinado direito em proteção ao bem jurídico, que *a priori* é considerada crime, porém passa a ser um direito de agir, como é no caso do uso de força para a defesa da posse.

[16] O estrito cumprimento do dever legal é a situação em que o indivíduo para cumprir uma disposição da lei e proteger um bem jurídico em questão, deve se sobrepor a outro bem jurídico tutelado pela norma penal, por exemplo, no caso da busca e apreensão (artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal) e também das interceptações telefônicas (Lei nº 9.296/1996).

Havia também em Roma, alguns traços da arbitragem moderna, pois era oferecida aos cidadãos a liberdade de assinar um compromisso para dirimir conflitos através de um árbitro, e tratar de detalhamentos nos próprios contratos, algo semelhante com o compromisso arbitral que se tem atualmente.

No Brasil, o método veio previsto nas Ordenações Filipinas, Constituição do Império de 1824, Código Comercial de 1850 (arbitragem compulsória para questões comerciais), Código civil de 1916 (homologação judicial de decisões arbitrais) e a Lei 7.244/84 que previa o juízo do árbitro para os juizados especiais.

Em uma esfera internacional, no ano de 1923, havia na Convenção de Genebra a instituição das cláusulas arbitrais. Na Convenção de Nova York em 1958, os países França, Reino Unido, Espanha, Canadá, Grécia e EUA acolheram a utilização do instituto da arbitragem, tendo o Brasil também aderido posteriormente, no ano de 2002.

Atualmente, a vigente Constituição Federal de 1988, no artigo 114, §1º trata da arbitragem como uma alternativa de resolver os conflitos diante a competência trabalhista, uma vez que fora frustrada a negociação coletiva, trazendo assim a possibilidade de se eleger árbitros; assim como também foi tratado em alguns pontos pelo vigente Código de Processo civil de 2015.

> Constituição Federal. Art. 114. [...] § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

Com o reconhecimento da utilidade do instituto, foi promulgada em 23 de setembro de 1996, a Lei nº 9.307 que dispõe propriamente sobre a arbitragem, recebendo posteriormente alterações pela Lei 13.129/2015.

A arbitragem por se tratar de uma forma heterocompositiva[18] de solução de conflitos, tem como características: aplicação nos casos em que houver direitos patrimoniais disponíveis; a presença de um terceiro julgador que recebe poderes através de uma convenção, sem a intervenção do Estado; e a produção de uma decisão que possui eficácia de sentença judicial.

As partes possuem total autonomia para definir seus detalhamentos quanto a escolha do arbitro, o local, os procedimentos e as suas regras, e quando não forem estipuladas cabe ao árbitro ou ao tribunal arbitral disciplina-lo (artigo 21 §1º da lei).

> Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.
> **§ 1º** Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

Para que possa se utilizar deste instrumento, é preciso atender alguns requisitos objetivos e subjetivos.

Entende-se como requisito objetivo: o conteúdo da lide, ou seja, o objeto discutido deve envolver um direito patrimonial disponível; já o elemento subjetivo,

---

[17] CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem - 7ª Edição, Revista dos Tribunais, 2018. p. 45
[18] Vide p. 7.

diz respeito as partes, devendo ser maiores e capazes, para que não haja nenhum vicio na declaração de vontade.

Com base nesses elementos, não poderão ser objeto de arbitragem questões de direito penal, direito de família (exceto partilha de bens), direito ambiental e direito tributário.

Um ponto que vale ressaltar sobre a arbitragem, é que pode haver sua escolha através da chamada Convenção Arbitral, explicada pelo artigo 3º da lei de arbitragem:

> Art. 3. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Dessa forma fica claro que se trata de um procedimento com base na vontade das partes, e assim não haverá arbitragem tácita ou obrigatória.

A cláusula compromissória vem prevista no contrato celebrado entre as partes, e estabelece um compromisso, tendo a função de previamente decidir que os possíveis conflitos serão decididos através da arbitragem, conforme dispõe o artigo 4º da lei.

> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Segundo a síntese do autor Francisco José Cahali:

> A cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela arbitragem. Tem caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém desde então deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário.
> Já o compromisso arbitral é o instrumento firmado pelas partes por meio do qual, diante de um conflito manifesto, já deflagrado entre os envolvidos, faz-se a opção por direcionar ao juízo arbitral a jurisdição para solucionar a questão.[19]

Ainda sobre a cláusula compromissória, é importante saber que ela pode ser uma cláusula cheia, trazendo vários elementos que compõe a arbitragem como a nomeação dos árbitros e foro; ou cláusula vazia, que não estabelece de forma prévia nenhum detalhamento, tão somente que será resolvido por arbitragem.

Conforme expõe o mesmo autor:

> Assim considera-se aquela disposição contratual na qual contenham os elementos previstos no artigo 5º da Lei: indicação de arbitragem institucional, sendo inaugurada a arbitragem segundo as regras da entidade eleita, ou especificação na cláusula da forma como será promovida a instituição da arbitragem, principalmente no que se refere à nomeação de árbitros para que se viabilize a instalação do juízo arbitral. De uma forma mais objetiva: será considerada cheia a cláusula que contempla o quanto necessário para se dar início à arbitragem (artigo 19 da Lei 9.307/1996).
> Também chamada de cláusula em branco, como o próprio nome sugere, a previsão da arbitragem desta forma traz uma lacuna quanto a forma de instauração do procedimento arbitral, que deverá ser suprida por compromisso arbitral quando do surgimento do conflito, celebrado pelas partes diretamente, ou por intermédio do Judiciário.[20]

[19] CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem - 7ª Edição, Revista dos Tribunais, 2018. p. 165/166.

Ao se deparar com situações em que não há acordo prévio, a parte interessada poderá manifestar sua intenção de resolver o conflito por arbitragem, através de algum meio de comunicação, a fim de que se firme um compromisso arbitral, e caso a parte contrária se comprometer e não comparecer, ou ainda recusar-se, será legítima a demanda por meio do Judiciário, segundo o artigo 6º da lei.

> Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.
> Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.

O terceiro imparcial, denominado de árbitro, que será escolhido pelas partes ou pelo órgão quando se tratar de arbitragem institucional, aos termos do artigo 13: poderá ser qualquer pessoa capaz que tenha confiança das partes.

Apesar da lei ter tratado de maneira abrangente, se têm as seguintes considerações: os incapazes pela idade ou condição são inaptos para desempenhar tal função; a atribuição é personalíssima, não podendo ser atribuída a outra pessoa, se não através de substituição do árbitro; não é necessário que o árbitro tenha uma formação jurídica; quanto a confiança de que trata o dispositivo, diz respeito ao seu histórico e conhecimento sobre a área de atuação.

Vale ressaltar que a função de árbitro não é uma profissão, mas sim uma situação, sendo que o nomeado será reconhecido na qualidade de árbitro apenas durante os procedimentos da arbitragem, logo ele é temporário, nasce com a atribuição e desaparece com o encerramento.

Destaca a lei, que para atender o presente princípio da imparcialidade, aplica-se ao árbitro as mesmas regras dos juízes quanto a suspeição e impedimento.

Por força do artigo 17 da lei de arbitragem, os árbitros são equiparados a funcionários públicos, ou seja, podem responder criminalmente pelos seus atos, como por exemplo: quanto aos crimes de concussão, corrupção passiva e prevaricação, previstos respectivamente nos artigos 316[21], 317[22] e 319[23] do Código Penal; ou ainda civilmente quando causado dano as partes, ficando obrigado a repará-lo com base na responsabilidade subjetiva (artigo 18624 e 92725 do CC).

> Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Os princípios que regem a presença do árbitro na lide, estão presentes no

[20] CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem - 7ª Edição, Revista dos Tribunais, 2018. p. 169/173.
[21] Código Penal. Concussão – Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
[22] Código Penal. Corrupção Passiva – Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

artigo 21º §2º da Lei de Arbitragem, sendo eles: o princípio do contraditório[26], da igualdade das partes[27], da imparcialidade do árbitro[28] e de seu livre convencimento[29].

Outro detalhe é a quantidade de árbitros que irão compor a resolução do conflito, sendo sempre em números impares, para que não haja empates, assim como os desembargadores e juízes.

Apesar da maioria dos casos a arbitragem ser feita extrajudicialmente, poderá ocorrer de alguns casos haver cooperação com o Poder Judiciário, como: a instituição da arbitragem em decorrência da cláusula compromissória[30] no contrato; invalidação de uma sentença arbitral; decisão na indicação de árbitro substituto; homologação de sentença estrangeira; e a execução da sentença arbitral no meio judicial.

A comunicação feita entre o poder judiciário e a arbitragem se dá através de carta arbitral, que atenderá o segredo de justiça quanto estipulado pelas partes na arbitragem, segundo o artigo 22-C da 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.

A sentença arbitral consiste num pronunciamento do árbitro que visa encerrar total ou parcialmente a lide, podendo assim ser definitiva quando decide o conflito, ou terminativa quando encerra os procedimentos sem avançar sobre o mérito da questão, reconhecendo que não poderia ser trazido a arbitragem no caso, como por exemplo, quando há um direito patrimonial não disponível ou incapacidade da parte.

O conteúdo presente no artigo 26 da lei, traz consigo os requisitos indispensáveis para a sentença arbitral:

> Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;
> II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

---

[23] Código Penal. Prevaricação – Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

[24] Código Civil. 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.

[25] Código Civil. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

[26] O princípio do contraditório consiste na garantia de que as partes possuem o direito de serem informadas de todos os atos do processo, bem como de se manifestar das razões apresentadas pelo adversário

[27] A igualdade das partes como um princípio, corresponde a ideia de conferir tratamentos iguais as partes e dar as mesmas oportunidades de indicar árbitros, produzir provas e manifestar suas razões, sendo vedado conceder qualquer privilégio.

[28] Quanto a imparcialidade, o árbitro deve se abster dos interesses pessoais a causa e na condução dos atos do processo, sendo sujeitos ao afastamento por meio do pedido de exceção de suspeição e impedimento, assim como ocorre com os juízes.

[29] O livre convencimento trata da liberdade do árbitro em julgar segundo suas próprias convicções diante os fatos, diferentemente do processo jurisdicional em que se está vinculado também a aplicação da lei.

[30] Vide p. 9/10.

> III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
> IV - a data e o lugar em que foi proferida.

A sentença arbitral será proferida dentro do prazo que estipularam as partes, porém se nada convencionarem, o prazo será de seis meses, contados de sua instituição ou da substituição do árbitro, conforme o artigo 23 da referida lei.

> Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

A lei de arbitragem em seu artigo 18, trata que a sentença arbitral proferida, não está sujeita a recurso ou homologação do poder judiciário; porém mesmo não havendo previsão de que possa ocorrer recursos diante uma sentença arbitral, poderá ser utilizado pedidos de esclarecimento, visando uma nova fundamentação, sanando assim eventuais dúvidas, omissões, obscuridades ou contradições, no prazo de 5 dias a contar do recebimento ou a ciência da sentença, pelo que complementa a regra do artigo 30.

> Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.
> Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:
> I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;
> II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Diante da sentença, o seu cumprimento se dará no prazo fixado pelo árbitro; todavia se caso não estabelecido nenhum prazo, deverá ser cumprido de imediato, podendo ainda o árbitro impor multa na hipótese de inadimplemento.

Conforme o caso, a parte interessada poderá pleitear ao judiciário a declaração de nulidade de sentença arbitral no prazo de 90 dias, conforme diz o artigo 33 §1º da lei de arbitragem.

> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.
> § 1o A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

O artigo 32 da lei de arbitragem elenca em seus incisos, as hipóteses em que será considerada nula a sentença arbitral, conforme dispõe:

> Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
> I - for nula a convenção de arbitragem;
> II - emanou de quem não podia ser árbitro;
> III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
> IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
> VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
> VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
> VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

## 2. Relações de consumo

O direito do consumidor brasileiro veio a ser tratado principalmente pela Constituição Federal de 1988, uma vez que antes no Código Comercial de 1850, não abrangia todos os direitos civis necessários ao atendimento dos interesses da sociedade. Assim a conhecida "Constituição Cidadã", passou a estabelecer diversos dos direitos sociais e trabalhistas que até então não esteve presente no ordenamento jurídico. Juntamente com a ampliação dos direitos aos cidadãos, tratou também do direito do consumidor, como sendo um dos princípios da ordem econômica, em seu artigo 170, inciso V e também presente nos direitos individuais e coletivos do artigo 5º, inciso XXXII, disciplinando que o Estado deverá promover a defesa do consumidor.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> [...]
> V - defesa do consumidor;
> 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:
> [...]
> XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Dessa forma em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078 para dispor sobre a proteção dos consumidores.

Para entender o que corresponde uma relação consumerista, é preciso primeiramente destacar sua diferença com os outros tipos de relações como as civis, empresariais e administrativas.

Nas relações civis há uma paridade entre as partes, que de forma particular efetuam acordos, não havendo assim uma vulnerabilidade aparente de um sobre o outro. Quanto as relações empresariais envolvem partes dotadas de conhecimento comercial, estando assim em igualdade. Há ainda as relações administrativas, as quais uma das partes corresponde a Administração Pública, e como representante do Estado age conforme o interesse coletivo, podendo se sobrepor a outra parte, como por exemplo, na forma de uma rescisão unilateral (artigo 78, inciso XII e 79 da Lei nº 8.666/1993).

Sendo assim, a relação de consumo trata-se de uma forma diferente de envolvimento entre as partes, havendo a presença de prestação de serviço ou venda de produtos, e desigualdade quanto ao acesso às informações, a prática contratual e a situação fática, e pode-se concluir que muitas vezes o consumidor se vê em vulnerabilidade em relação ao fornecedor, uma vez que não detém de todos os conhecimentos, podendo assim ser enganado.

Para se constatar que há presente uma relação de consumo, basta analisar se as partes que compõem a relação se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor, e se o objeto a ser tratado corresponde a produtos e serviços.

O referido código teve a preocupação de logo no segundo artigo conceituar o que corresponde um consumidor:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Com base no conceito dado pela lei, o termo destinatário final entende ser aquele que utiliza o produto ou serviço para si, porém a doutrina diverge neste ponto, ao questionar que o usuário do produto ou serviço que vincula sua funcionalidade ou ainda que traz um auxílio para o fim de gerar outro produto ou serviço, seria considerado ou não consumidor, surgindo assim, as Teorias Finalistas e Maximalistas.

Para os autores que adotam a teoria finalista tem-se o entendimento de que a utilização do produto ou serviço está vinculada tão somente com a sua necessidade pessoal, não podendo gerar um sistema de produção e reutilização do que foi contratado.

Conforme dito pelos autores Antônio Herman V. Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa e Claudia Lima Marques:

> O destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física [...]
> [...] não basta que seja destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escrito ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu[31]

Assim como trata Leonardo de Medeiros Garcia:

> O destinatário final é o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), é aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, já que está transformando e utilizando o bem para oferece-lo, por sua vez, ao cliente, consumidor do produto ou serviço[32]

Já diferentemente da teoria finalista, a maximalista estabelece uma visão mais ampla do que compreende o consumidor, ou seja, não é analisado o destino que o contratante dá ao produto ou serviço, sendo este classificado como consumidor da mesma forma.

É o que também explica os autores anteriormente mencionados:

> A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.
> Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para reutilizar e a destrói[33].

Apesar de haver uma divergência doutrinária, a teoria finalista é considerada majoritária e consolidada na jurisprudência, pois ao analisarmos que pela teoria maximalista qualquer pessoa que contrata é considerada como consumidor, carregando consigo toda proteção devida, pode muitas vezes estarem

---

[31] BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco. Manual de Direito do Consumidor - 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2010. p. 84/85.
[32] GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor Comentado - 12ª Edição, Editora JusPODIVM, 2016. p. 28.
[33] BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco. Manual de Direito do Consumidor - 3ª Edição, Revista dos Tribunais, 2010. p. 85.

em uma situação de igualdade ou até mesmo em vantagem com relação ao fornecedor, o que iria de encontro com a própria natureza das relações de consumo.

Vale ressaltar que há outras formas de consumidor previsto no próprio dispositivo, conforme o artigo 17 estabelece: há uma equiparação a consumidor todas as vítimas do evento causado pelo produto ou serviço; assim como as pessoas determináveis ou não, expostas as práticas comerciais (artigo 29, CDC).

> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.
> Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Definido o conceito de consumidor, é preciso compreender no que consiste um fornecedor numa relação de consumo.

Segundo o artigo 3º do CDC:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Acrescenta ainda no parágrafo único do artigo 7º do mesmo dispositivo:

> Art. 7. [...] Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Ainda quanto a figura do fornecedor, é necessário definir os termos "produtos e serviços", a fim de não trazer dúvidas aos intérpretes. O dispositivo consumerista passa a defini-los pelo artigo 3º, nos §1º e §2º, respectivamente, como dispõe:

> Art. 3. [...]
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A política nacional das relações de consumo é tratada pelo artigo 4º do CDC, com a sua importância, vem demonstrar e justificar o motivo da necessidade de proteção ao consumidor, uma vez que corresponde a dignidade, saúde e segurança no momento da contratação com o fornecedor, bem como a garantia de que haja uma transparência e harmonia nas relações.

Dentre os demais incisos, o inciso I se destaca por reconhecer que há presente uma vulnerabilidade do consumidor, que a doutrina complementa com suas diversas modalidades: vulnerabilidade jurídica[34], vulnerabilidade fática[35] e vulnerabilidade informacional[36].

[34] A vulnerabilidade jurídica corresponde ao desconhecimento das leis, da linguagem técnica e dos contratos.
[35] A vulnerabilidade fática estabelece que há uma distância física entre as partes, pois nem todas as relações são pessoais
[36] A vulnerabilidade informacional trata que o fornecedor detém de mais informações sobre o produto ou serviço, e tem o dever de presta-las ao consumidor.

## 3. Formação e interpretação dos contratos

Quanto a formação dos contratos, existem três formas: contratos paritários, contratos de adesão e contratos-tipo.

Os contratos paritários, segundo Carlos Alberto Gonçalves (2019), consistem naqueles em que as partes discutem livremente suas condições, elaborando as cláusulas contratuais, pois se encontram em situação de paridade.

Ainda pela síntese do autor, nos contratos de adesão não permitem tal liberdade para discutir os termos do contrato, devido a desigualdade que se faz presente entre os contratantes, sendo que uma delas impõe o conteúdo do contrato à outra, tendo este que aderir ao modelo de contrato previamente estabelecido, não podendo ser modificadas, por exemplo: os contratos de seguro, contratos de consórcio, contratos de transporte, contratos de serviços públicos

Por fim a doutrina também trata de uma outra espécie de contrato que se aproxima muito dos contratos de adesão, os chamados contratos-tipo, que possuem a característica de serem apresentadas previamente por uma das partes, cabendo a outra aderir, porém nessa relação não há necessariamente uma desigualdade entre os contratantes, e permite discussões sobre algumas cláusulas, tem-se como exemplo: os contratos de mútuo bancário e os contratos de telefonia.

Com o direcionamento do estudo aos contratos em direito civil, no que diz respeito as formas de interpretação que possui o objetivo de alcançar o conteúdo da declaração de vontade, há regras de que o comportamento dos contratantes deve prevalecer a cima de qualquer dúvida, porém quando se tratar de contratos assimétricos que se faz presente uma situação de desequilíbrio entre as partes, é importante que a interpretação se faça em benefício ao ponto de vista da parte mais vulnerável na relação.

Em análise aos artigos 423 e 424 do Código Civil, estabelecem que ao se deparar com contratos de adesão, havendo presente uma cláusula contraditória ou que apresente ambiguidade, deverá esta ser interpretada a favor do aderente, e serão nulas as cláusulas que renunciam de forma antecipada o direito resultante da obrigação.

> Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.
> Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Assim como trata o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, traz consigo no artigo 47 a regra de que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

> Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

No dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, há expressamente no artigo 54, um conceito do que consiste em um contrato de adesão para as relações de consumo:

> Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

De forma complementar ao caput do artigo 54, traz em seu §3º que nos contratos em que o seu conteúdo é estabelecido de forma unilateral, deverão ser redigidos em termos claros e com escrita legível, tendo uma fonte com tamanho não inferior a 12, para que permita a fácil compreensão do consumidor e não passe por despercebido nenhuma informação que muitas vezes pode ser crucial para a tomada de decisão ao contratar.

> Art. 54. [...] § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

## 4. Arbitragem no direito consumidor

Como a arbitragem corresponde há um método de resolução dos conflitos, com uma maior agilidade na composição de acordos, e as relações de consumo tratam muitas vezes de direitos patrimoniais disponíveis, é uma alternativa a se destacar, pois além de conferir celeridade aos procedimentos, confere as partes a possibilidade de discutir os termos de forma autônoma, e também de poder escolher o árbitro julgador da melhor forma possível, podendo este ser especializado na matéria discutida, dando maior segurança aos envolvidos.

Com isso, para a utilização do instituto da arbitragem no direito do consumidor, há que se superar algumas regras expressas contidas no próprio dispositivo.

No artigo 51 do CDC, é disposto dezesseis incisos sobre as cláusulas contratuais consideradas abusivas no fornecimento de produtos e serviços, e dentre eles, o inciso VII trata especificamente sobre a arbitragem, conforme dispõe:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

Ou seja, é tido como abusiva a cláusula que estabeleça a utilização da arbitragem de forma com que o consumidor não expresse sua manifestação de vontade pela realização.

Além da previsão legal do Código de Defesa do Consumidor, no dispositivo da Lei de Arbitragem nº 9.307/96, é possível encontrar outra disciplina aplicável as relações de consumo, ao se tratar de cláusula compromissória nos contratos de adesão, como dispõe o artigo 4º §2º:

> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
> § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Sabendo que a sua aplicação deve se fazer em conjunto com a regra contida no artigo 54 §3º do Código de Defesa do Consumidor, quando se tratar de relação de consumo, conclui-se que os termos das cláusulas nos contratos de adesão, devem ser redigidas de forma clara e com uma fonte de tamanho 12.

Sendo assim, a utilização da arbitragem para dirimir os conflitos presentes entre os consumidores e fornecedores, deve se fazer de forma bem explicada, para

que o consumidor entenda do que se trata, e assim manifeste por escrito através de uma assinatura o seu interesse pelos termos do compromisso arbitral.

Dessa forma, entende possível a aplicação da arbitragem nas relações de consumo, desde que respeitada eventuais regras,

Com base nessa premissa, os autores Ada Pellegrini Grinover, José Geraldo Brito Filomeno e Daniel Roberto Fink, discorrem a seguir:

> O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão por que o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação a *contrario sensu* da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem.
> Existem vários dispositivos no Código dos quais exsurge clara a regra sistêmica de que as deliberações referentes a relação jurídica de consumo não podem ser tomadas unilateralmente por qualquer das partes. Portanto no sistema do Código, configura-se como abusiva, por também ofender o escopo deste inc. VII, a cláusula que deixar a critério exclusivo e unilateral do fornecedor não somente a escolha entre jurisdição estatal e jurisdição arbitral, como também a escolha do árbitro. A opção pela solução do litígio no juízo arbitral, bem como a escolha da pessoa do árbitro, é questão que deve ser deliberada equitativa e equilibradamente pelas partes, sem que haja preeminência de uma sobre a outra.[37]

Conforme mencionado pelos autores, destaca-se tamanha importância do instituto da arbitragem e sua possível aplicação na área consumerista, desde que não seja feita de forma compulsória, dependendo da ratificação por escrito do consumidor no contrato de adesão.

Diante toda a discussão feita, no próximo capítulo será exposto julgados sobre o tema tratado com a finalidade de trazer aplicações concretas das regras contidas no uso da arbitragem no direito do consumidor.

## 5. Julgados

No decorrer da pesquisa foi analisada toda a parte teórica para conclusão quanto à aplicabilidade da arbitragem no direito consumidor, o qual teve início com as formas alternativas de resolução das lides, dando maior enfoque no instituto da arbitragem; a seguir adentrou-se no campo das relações de consumo; seguida da formação e interpretação dos contratos, onde teve destaque aos contratos de adesão que compõem grande parte das discussões consumeristas. Por fim, tem-se o tratamento propriamente dito do método de arbitragem no direito consumidor, discutindo suas principais vantagens e regras a serem observadas.

Neste capítulo, a preocupação vai ser mostrar aos leitores a parte prática da discussão feita, trazendo à tona três julgados produzidos pelo Tribunal de Justiça, que trabalha com o núcleo do projeto em questão.

Os casos apresentados possuem a situação semelhante em que no contrato firmado entre consumidor e fornecedor, se tem presente uma cláusula arbitral, porém ela foi imposta pelo fornecedor, ou seja, não houve aceitação expressa do consumidor no sentido de autorizar a aplicação do instituto, sendo que esta é uma regra fundamental para que haja a convenção de arbitragem neste meio, como bem trata o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem.

---

[37] GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. Código de Defesa do Consumidor Comentado - 10ª Edição, Editora Forense, 2011. p. 590/591.

Assim, segue as ementas dos julgados do Tribunal de Justiça de Goiás, que foram objeto do estudo:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESTITUIÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO § 2º DO ART. 4º DA LEI Nº 9.307/96 (LEI DE ARBITRAGEM). INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 13.786/2018. RESCISÃO CONTRATUAL DEVIDA. MULTA PENAL COMPENSATÓRIA. JUROS DE MORA. TRÂNSITO EM JULGADO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. I - Diante do art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, o § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem não prevalece na hipótese dos autos, vez que emerge nítida a nulidade da cláusula compromissória estipulada no Contrato, diante de sua compulsoriedade. Desta forma, o reconhecimento de nulidade não implica em julgamento extra petita. II - A Lei nº 13.786/18 (Lei do Distrato) não é aplicável aos contratos de compromisso de compra e venda celebrado antes da vigência desta norma legal. Precedentes do STJ. III - Afigura-se razoável a retenção da multa penal compensatória em 15% (quinze por cento) do montante pago, suficiente à reparação dos prejuízos sofridos pela vendedora com o inadimplemento do pacto. IV - Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, oriundo do julgamento do REsp nº 1.599.511/SP, é válida a cláusula contratual que transfere à promitente compradora a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Na espécie, não há informação em destaque e em separado do valor da comissão de corretagem ou a transferência da obrigação para a consumidora. Assim, não se há falar em pagamento a esse título. V - O termo a quo dos juros de mora sobre a restituição é a partir do trânsito em julgado da decisão. VI - Vencedora a apelada em seus pedidos, deve arcar a apelante integralmente com o ônus de sucumbência, estes aplicados sobre o valor da condenação, nos moldes do art. 85, § 2º, do CPC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.[38]

O material apresentado é de uma apelação cível frente a um contrato de compromisso de compra e venda, em que se pretende a restituição de importâncias pagas, havendo presente em seus termos, uma cláusula de arbitragem.

A convenção arbitral no caso, teve reconhecida sua nulidade por ser considerada compulsória, uma vez que o consumidor não autorizou por escrito o uso do instituto, com base no artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, artigo 4º §2º da lei de arbitragem e súmula 45 TJ-GO.

Em continuidade as considerações do recurso, conclui que a lei do distrato não se faz aplicável nos contratos de compra e venda celebrados antes da vigência desta lei, e entende ainda cabível a retenção da multa penal compensatória em 15% dos valores pagos, como forma de reparar os prejuízos à vendedora pelo inadimplemento contratual.

Segue a ementa de outro caso semelhante:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. COMPETÊNCIA DA CORTE DE ARBITRAGEM. AFASTADA. CONTRATO DE ADESÃO. SÚMULA 45/TJGO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Nos contratos de adesão que envolvam relações de

[38] BRASIL. TJ-GO. Apelação Cível nº 02513545420168090051 da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Desembargador Leobino Valente Chaves. Julgamento em: 17/02/2020. Disponível em: https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/812529012/apelacao-cpc-25135454201680900 51?ref=serp. Acesso em: 04 de agosto de 2020.

> consumo, devem ser respeitados os requisitos definidos na Lei nº 9.307/96 e os direitos e garantias previstos no Código de Defesa do Consumidor, de modo que só haverá de se falar em eficácia da cláusula compromissória arbitral prevista em contrato de adesão se o consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto, confirmando a intenção da eleição. 2. Imperiosa a aplicação do enunciado da
> Súmula 45 desta Corte de Justiça que preceitua que em se tratando de relação de consumo, inafastável a aplicação do art. 51, VII, do CDC, que considera nula de pleno direito, cláusula que determina a utilização compulsória de arbitragem, ainda que porventura satisfeitos os requisitos do art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96, presumindo-se recusada a arbitragem pelo consumidor, quando proposta ação perante o Poder Judiciário, convalidando-se a cláusula compromissória apenas quando a iniciativa da arbitragem é do próprio consumidor. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.[39]

Conforme narra a ementa do acórdão, a apelação cível se faz diante uma ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por dano moral, a qual previa cláusula arbitral.

Porém essa cláusula veio a ser afastada pela súmula 45 do TJ-GO, pois não houve tomada de iniciativa ou concordância por parte do consumidor, visto que num contrato de adesão que estabelece tal convenção, deve ser manifestado por escrito no contrato, conforme prevê o §2º do artigo 4º da lei de arbitragem, caso contrário ele será compulsório, portanto, abusivo, segundo o CDC no artigo 51, inciso VII.

Por fim, segue a ementa do último caso analisado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS E NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. SÚMULA 45 DESTE TRIBUNAL. JUÍZO COMPETENTE. 1. Em se tratado de relação de consumo, inafastável a aplicação do artigo 51, inciso VII, do CDC, que considera nula de pleno direito cláusula que determina a utilização compulsória de arbitragem, ainda que porventura satisfeitos os requisitos do artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, presumindo-se recusada a arbitragem pela consumidora, quando proposta ação perante o Poder Judiciário, convalidando-se a cláusula compromissória apenas quando a iniciativa da arbitragem é da própria consumidora, o que não ocorreu na hipótese presente. 2. Atestada a nulidade de pleno direito, por compulsoriedade, da cláusula que fixou a Corte de Conciliação e Arbitragem para solucionar os conflitos advindos da avença celebrada entre as partes, impõe-se reconhecer a competência da Justiça Estatal. RECURSO PROVIDO.[40]

Nesse caso em discussão, se trata de uma apelação cível, em que há presente uma ação de rescisão contratual cumulado com restituição de valores pagos, no qual havia expresso em cláusula, a convenção de arbitragem.

Essa cláusula foi imposta de forma com que o consumidor não manifestou sua vontade, portanto, compulsória.

---

[39] BRASIL. TJ-GO. Apelação Cível nº 05802615820198090051 da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Desembargador Carlos Escher. Julgamento realizado em: dia 27 de julho de 2020. Disponível em: https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/884411641/apelacao-cpc 580261582019809005 1?ref=serp. Acesso em: 04 de agosto de 2020.

[40] BRASIL. TJ-GO. Apelação Cível nº 00794087720178090051 da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Desembargador Gerson Santana Cintra. Julgamento em: 15/06/2020. Disponível em: https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861634429/apelacao-cpc 794087720178090051?ref=serp. Acesso em: 04 de agosto de 2020.

Diante da compulsoriedade da convenção de arbitragem, sua consequência é a nulidade, uma vez que é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor na forma de cláusula abusiva pelo artigo 51, inciso VII; assim como o §2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) estabelece a regra aos contratos de adesão, de que a iniciativa ou concordância do aderente deve ser feito por escrito.

A conclusão encontra-se também na súmula 45 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Encerrada a síntese dos julgados, é observada muitas situações recorrentes nas relações de consumo, onde o fornecedor tenta impor a cláusula de arbitragem através dos contratos de adesão, sem respeitar a manifestação expressa do consumidor, que deve ser feito no próprio documento, através de uma assinatura; e sabe-se através do Código de Defesa do Consumidor e também da Lei de Arbitragem, que quando constatada a imposição de tal cláusula, ela é considerada abusiva, portanto, nula.

Como já estudado, a arbitragem é um instituto que deve ser feito de maneira consensual, não sendo possível sua obrigatoriedade, assim se faz necessário que as partes demonstrem interesse para sua realização, e quando se trata de contrato de adesão, apesar dele ser imposto pelo fornecedor, a cláusula que toca ao assunto da arbitragem, permite liberdade ao aderente em discuti-la, podendo ele: optar de maneira preventiva pelo uso do instituto; resolver qualquer conflito por meio judicial; ou ainda utilizar de outros meios de resolução da lide, conforme foi mencionado no primeiro capítulo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do trabalho se deu a partir da finalidade de incentivar o uso dos métodos alternativos para resolução das lides, de modo a colaborar com a diminuição da sobrecarga ao judiciário, visto que se encontra com muitas demandas que poderiam ser resolvidas de maneira mais simples e célere, atendendo melhor as expectativas dos envolvidos.

No primeiro capítulo do projeto, a preocupação foi de expor várias opções que o cidadão tem ao seu dispor para dirimir os conflitos constantes que possam surgir na sociedade, tratando assim de nomear e especificar cada uma. Sendo também de suma importância entender como se deu o surgimento desses métodos, no decorrer da história.

Após destrinchar sobre os institutos existentes, passa-se então a trabalhar de forma principal com a arbitragem, sendo que este é o meio que possui mais proximidade com o judiciário, visto que se produz uma sentença arbitral com o mesmo valor de uma sentença judicial, e há presente a figura do árbitro como algo semelhante ao juiz. Com isso, o estudo se faz dissecando as diversas regras em torno do instituto da arbitragem, tais como: análise dos requisitos necessários para que possa haver sua realização; preceitos importantes sobre a cláusula compromissória e convenção arbitral; disposições sobre as obrigações, vedações e responsabilizações dos árbitros; cooperação do Poder Judiciário com o método da arbitragem; e as diretrizes sobre a sentença arbitral, quanto aos seus requisitos, prazos e nulidades.

Posteriormente as bases do instituto da arbitragem, o estudo se direciona a entender no que consiste as relações de consumo, pois esta é a fonte de aplicação

que o projeto busca refletir, se o meio jurídico do direito consumidor seria ou não compatível com o método. Antes de analisar tal indagação feita, se fez necessário diferenciar a relação de consumo com as demais de direito, para que não haja dúvidas de que possa ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor no caso em questão, e por consequência ser dada toda a proteção garantida frente a vulnerabilidade do consumidor. Dessa forma, as disposições sobre o consumidor e o fornecedor do referido código é algo pertinente no estudo, assim como as teorias doutrinárias que trazem importantes considerações a respeito.

No capítulo três, ao tratar da formação e interpretação dos contratos, tem-se como objetivo explicar o que representa um contrato de adesão, diferenciando-o dos contratos paritários e contratos-tipo, sendo que este tipo específico de contrato está muito presente nas relações consumeristas, tendo como base os ensinamentos do grande autor Carlos Alberto Gonçalves. Outro assunto abordado no capítulo, é quanto a interpretação dos contratos à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, entra-se no tema principal do projeto, que é propriamente o uso do instituto da arbitragem no direito consumidor, visto que é uma técnica vantajosa para essa área devido sua celeridade e liberdade de tratamento das partes, e por versar muitas vezes sobre direito disponível é plenamente possível sua utilização, porém cumpre ressaltar que há certas regras a serem seguidas. Segundo com o desenvolver da explicação, são redigidas disposições para que evite o uso da arbitragem de forma compulsória nas cláusulas de arbitragem inseridas nos contratos, tendo estas que serem expressamente manifestadas pelo aderente no ato de assinatura, caso contrário será considerado abusiva, e por consequência nula a cláusula, conhecimento este extraído dos artigos do Código de Defesa do Consumidor, da lei de arbitragem e também da síntese doutrinária de alguns autores.

Finalizada toda a parte didática do tema, o projeto se encerra com um item dedicado a análise de três casos trazidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que possuem entre si a semelhança de que foi afastada a cláusula de arbitragem nos contratos regidos pela relação de consumo, uma vez que não foram expressamente aceitas pelo aderente, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Arbitragem e no enunciado da Súmula 54 do TJ-GO. O objetivo ao trazer esses julgados foi para demonstrar que a arbitragem é um recurso muito útil para se resolver as lides, porém deve ser feito de maneira em que ambas as partes devam exprimir sua vontade, pois é da própria natureza do instituto.

Dessa forma, conclui que a compatibilidade da arbitragem nas relações de consumo fica condicionada: a concordância expressa do aderente à cláusula inserida no contrato na forma de assinatura, a capacidade civil das partes, e que o direito discutido seja patrimonial disponível.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Rosco. **Manual de Direito do Consumidor.** 3. ed. Revista dos Tribunais, 2010.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem.** 7. ed. Revista dos Tribunais, 2018.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** 4. ed. Editora Gazeta Jurídica, 2019.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado 12.** ed. Editora JusPODIVM, 2016.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro, Contratos e Atos Unilaterais.** *16. ed.* Editora Saraiva, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor Comentado.** 10 ed. Editora Forense, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 7. ed. Revista dos Tribunais, 2018.

# RELAÇÕES DE TRABALHO NAS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS[1] [2]

**NICOLE BIANCA MODESTO FERREIRA** [3]
**JOÃO BATISTA MARTINS CÉSAR**[4]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 História do Direito do Trabalho. 1.1 História geral do Direito do Trabalho. 1.2 História do Direito do Trabalho no Brasil. 2 Do Direito do Trabalho. 2.1 Do contrato de trabalho. 2.2 Características das relações de emprego. 2.3 Características do trabalho voluntário. 3 Das instituições religiosas. 3.1 Das igrejas e o ordenamento jurídico. 3.2 Relações de trabalho nas instituições religiosas. 4 Julgados. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

## Introdução

[1] Resumo: Este artigo científico trata sobre as relações de trabalho nas instituições religiosas. Especificamente, o trabalho exercido pelos ministros de fé nas instituições religiosas e qual é a relação trabalhista entre os religiosos e suas instituições. Traz a seguinte problemática: qual é a relação de trabalho exercido pelos ministros de culto dentro das instituições religiosas, qual a sua regulamentação e, qual o entendimento jurisprudencial sobre o assunto? Afinal o Judiciário não pode se abster de julgar uma ação e o Brasil é um Estado Laico, dessa forma havendo a separação entre Estado e Igreja. Por ocorrer a separação o Estado deve interferir o mínimo possível nas relações das organizações religiosas e vice-versa. Este artigo tem o objetivo de entender qual é a relação exercida entre os ministros de fé e as entidades religiosas, se há a caracterização de vínculo empregatício nessas relações e qual o entendimento do Judiciário sobre a matéria. A metodologia utilizada é o hipotético-dedutivo e as técnicas de análise usadas são: pesquisa bibliográfica, legislação e jurisprudência. O entendimento sobre o vínculo das organizações religiosas e seu ministro não é pacífico, a percepção majoritária é de que não cabe vínculo empregatício, mas há a exceção de quando ocorre o desvirtuamento das finalidades religiosas, sendo necessário estar presente os requisitos para a existência de relação de emprego.
Palavras-chave: Ministros de fé - Vínculo empregatício - Relação de emprego - Instituições religiosas.
A**bstract**: This scientific article deals with working relationships in religious institutions. Specifically, the work performed by ministers of faith in religious institutions and what is the labor relationship between religious and their institutions. It brings the following problem: what is the working relationship exercised by ministers of worship within religious institutions, what is their regulation and, what is the jurisprudential understanding on the subject? After all, the judiciary cannot refrain from judging an action and Brazil is a Secular State, thus having the separation between state and church. Because separation occurs, the State must interfere as little as possible in the relations of religious organizations and vice versa. This article aims to understand the relationship exercised between ministers of faith and religious entities, whether there is the characterization of employment in these relationships and what the understanding of the Judiciary on the matter is. The methodology used is the hypothetical-deductive and the analysis techniques used are: bibliographical research, legislation and jurisprudence. The understanding about the bond of religious organizations and their minister is not peaceful, the majority perception is that there is no employment relationship, but there is the exception of when the distortion of religious purposes occurs, and it is necessary to be present the requirements for the existence of employment relationship.
Keywords: Ministers of faith – Employment - Employment relationship - Religious institutions.
[2] Este artigo foi elaborado pela aluna Nicole Bianca Modesto Ferreira como trabalho de conclusão do curso de direito, que contou com a orientação e colaboração do professor João Batista Martins César.
[3] Graduanda da Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI-Sorocaba. Trabalho de conclusão de Curso.
[4] Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas, presidente do Comitê de Erradicação do Trabalho Infantil do TRT-15 e gestor nacional do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem da Justiça do Trabalho (TST-CSJT), mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, especialista pelo Instituto Europeu de Relações Industriais (Sevilha-Espanha) e professor na Faculdade de Direito de Sorocaba.

Este trabalho científico tratará da prestação de serviço nas instituições religiosas, especialmente em relação ao vínculo do religioso (sacerdotes, padres, pastores, crentes, entre outros) e as organizações às quais pertencem, buscando determinar qual a categoria da relação de trabalho.

A busca será feita para entender a atividade exercida pelo religioso e qual seria o vínculo jurídico: celetista, trabalho voluntário ou outra classe e se há uma regulamentação específica para o ofício dos ministros de fé, que determina características que devem estar presentes ou objetivos a serem seguidos.

O presente trabalho científico utilizará a metodologia hipotético-dedutivo e usará as técnicas de pesquisa: bibliográfica, legislação, informação estatística e estudo de julgados a partir de 2018 até julho de 2020.

A análise começará com uma breve passagem histórica do Direito Trabalhista, no Brasil e no Mundo, para entender os atos e as decisões tomadas no passado que influenciaram as relações de trabalho e compreender o Direito Laboral nos dias atuais.

Posteriormente, será feita a análise do Direito Trabalhista, examinar-se-á o contrato de trabalho, as características da relação de emprego e do trabalho voluntário, pois, ao conhecer quais são os seus requisitos, entender-se-á quais as diferenças entre cada uma das relações e assim compreender qual o vínculo exercido pelos ministros de fé.

Em seguida, serão estudadas as instituições religiosas e o seu ordenamento jurídico. As entidades religiosas têm uma importância muito grande na vida da sociedade. O Brasil, sendo um Estado laico, teve, com o passar dos anos, um aumento de criação de estabelecimentos religiosos, por este motivo, é importante saber como se dá às relações de trabalho, pois, com a separação entre o Estado e a Igreja, a interferência do governo nas organizações religiosas deve ser a menor possível.

Por fim, será feito um exame dos julgados, de 2018 até julho de 2020, para entender a aplicação da doutrina no caso concreto, qual é o entendimento dos Tribunais sobre o assunto, já que o judiciário não pode se abster de julgar qualquer que seja a ação, mesmo que envolva uma entidade religiosa, dessa forma será necessário compreender quais são os entendimentos da jurisprudência sobre a matéria.

Por fim, serão respondidas as questões: qual é a atividade exercida pelos religiosos e se enquadram como empregados? Se há uma regulamentação específica para o trabalho dos religiosos, que determina características que devem estar presentes ou objetivos a serem seguidos?

## 1. História do direito do trabalho

Ao estudar as relações de trabalho é necessário, primeiramente entender a história do Direito Trabalhista. É preciso analisar o desenvolvimento do direito do trabalho no tempo, para que seja possível compreender integralmente as relações profissionais, verificar suas origens, evoluções, os aspectos políticos e econômicos que o influenciaram.

Para se entender as situações e acontecimentos atuais é necessário compreender os eventos passados, como foram resolvidos os problemas e como

influenciaram o Direito do Trabalho. Então, somente depois, é possível entender o presente.

### 1.1 História geral do direito do trabalho

Na Antiguidade (período que se estendeu desde 4000 a.C. até a queda do Império Romano em torno de 400 d.C.) e no início da Idade Média, que se deu no século V, o trabalho era tratado como uma forma de punição. Na Antiguidade o trabalho era tido como uma atividade não digna por isso nas guerras os povos que perdiam viravam escravos dos vencedores. Essa escravidão era tratada como justa, pois, como tinham perdido as batalhas, não eram dignos de serem livres, esses se tornavam escravos muitas vezes por todo o período que vivessem ou até que deixassem de ter essa condição.

Nessa época muitas pessoas se tornavam escravos por terem uma dívida que não tinham condições de pagar, esse período era indefinido e se encerrava com o pagamento do débito.

A escravidão foi a primeira forma de trabalho, sendo que o escravo era considerado como um objeto (*Lex Aquilia* — 284 a.C., Roma) e não uma pessoa, não tinham nenhum direito e eram considerados uma propriedade dos senhores (*dominus*).

A escravidão não existiu apenas na Antiguidade, mas também na Idade Média e na Moderna. Nas palavras de Segadas Vianna:

> Nos tempos medievais a escravidão também existiu e os senhores feudais faziam grande número de prisioneiros, especialmente entre os 'bárbaros' e 'infiéis', mandando vendê-los como escravos nos mercados de onde seguiriam para o Oriente Próximo.
> [...]
> Mesmo na Idade Moderna (1453 – Queda de Constantinopla) a escravidão continuou e tomou incremento com o descobrimento da América. Os espanhóis escravizaram os indígenas das terras descobertas e os portugueses não só aqueles, como também faziam incursões na costa africana, conquistando escravos para trazer para as terras do Novo Continente. Ingleses, franceses e holandeses, por outro lado, através de companhias e piratas, faziam, para suas colônias, o tráfico de escravos. [5]

No período do feudalismo, adotado pela Europa entre os séculos X e XIII, surgiu a servidão. Nesse segundo momento, havia os senhores feudais que eram donos de terras que davam proteção aos seus servos, estes não eram livres e tinham que prestar serviço na propriedade dos amos.

Nessa época os feudos eram as terras dos senhores feudais, eram divididas em "lotes" entre os servos que em troca prestavam serviços e juravam obediência. Os colaboradores eram obrigados a entregar parte de sua produção aos senhores como pagamento pelo uso das terras e pela proteção recebida.

Nesse período a Igreja Católica já influenciava as decisões do Estado desde a Idade Média, mas muito antes, na própria Bíblia, havia referência sobre o trabalho. Para tal, o serviço era considerado castigo: "Adão teve de trabalhar para comer em razão de ter comido o fruto proibido (Gênesis, 3)".

No terceiro momento surgiram as corporações de ofício. No início só existiam dois graus, que eram os mestres e aprendizes. Surgiu no século XIV um

[5] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19 ed. São Paulo: LTr., 2002. p. 28.

terceiro grau que foi chamado de companheiros. Os mestres eram os proprietários das oficinas, os companheiros eram pessoas que recebiam salário dos chefes e os aprendizes eram jovens, com tenra idade, que obtinham os ensinamentos do ofício dos mentores. Esses ensinamentos eram pagos pela sua família.

Nessa fase da história os aprendizes ficavam a cargo dos mestres e podiam receber castigos corporais. Os aprendizes somente passavam à categoria de companheiro se superassem as dificuldades e completassem o ensinamento. Para os companheiros passarem à categoria de mestre era necessário prestar uma prova chamada obra-mestra, para isso precisavam pagar uma taxa.

Posteriormente com o acontecimento da Revolução Francesa de 1789, foi reconhecido o primeiro dos direitos, sendo este o direito do trabalho e as corporações de ofício foram abolidas.

Em 17 de março de 1791, França, foi criado o Decreto D'Allarde, no qual, segundo Sérgio Martins Pinto:

> (...) determinou que a partir de 1º de abril do referido ano seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou o exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, sendo, contudo, ela obrigada a munir-se previamente de uma patente, a pagar taxas exigíveis, e a sujeitar-se aos regulamentos de polícia aplicáveis (art. 7°).[6]

Em 1791 foi estabelecido, também, a Lei Le Chapelier, que proibiu o restabelecimento das corporações de ofício, França.

Em outro momento ocorreu a Revolução Industrial, Inglaterra, no século XVIII, foi uma transformação e evolução social, econômica e técnica. Sendo uma grande mudança na forma de produção industrial, levou a Inglaterra a um novo patamar, onde o feudalismo não era mais o suficiente.

Nessa época houve um grande desenvolvimento populacional em toda a Europa e com a descoberta de outros continentes, os países europeus entraram em uma nova etapa do Direito Trabalhista, agora ao invés de existir o trabalho, surgiu o emprego. Com todas as novas descobertas feitas, houve uma transformação natural da economia dos países europeus, além disso, houve o aumento das cidades em consequência ao crescimento das migrações do campo para os centros urbanos em busca de empregos nas indústrias.

Em 1802, foi criada a Lei de Peel, Inglaterra, disciplinando o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos e que eram entregues às fábricas. Limitou a jornada de trabalho e excluiu os intervalos para refeições. Também limitou o horário de início e de encerramento do serviço. Deveriam ser respeitadas às normas que disciplinavam a higiene e a educação das crianças.

Por volta do Século XIX a igreja passou a se preocupar com o trabalho subordinado:

> D. Rendu, Bispo de Annec, enviou um texto ao rei da Sardenha, em 15 de novembro de 1845, denominado *Memorial sobre a questão operária*, afirmando que "a legislação moderna não faz nada pelo operário. Na verdade, protege sua vida enquanto homem; mas o desconhece como trabalhador; nada faz por seu futuro, nem por sua alimentação, nem por seu processo moral". O trabalho dignifica

[6] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 48.

> pessoalmente o homem, merecendo valoração. Tem a doutrina social um sentido humanista.[7]

O Papa Leão XIII, também se preocupou com o trabalho, em 1891, com a Encíclica *Rerum Novarum* traçou regras para que houvesse intervenção estatal nas relações entre os trabalhadores e os empregadores. Na Encíclica tratou sobre as causas do conflito entre os operários e os patrões e sendo o dever da igreja ajudar a encontrar uma solução para tais conflitos. Também tratou sobre a propriedade particular ser um Direito Natural e aqueles que não tinham terras contribuíam com o trabalho. O Estado através da lei deveria proibir as greves e determinar quais as obrigações dos empregados e os patrões.

Com isso o liberalismo ganhou forças, trazendo uma liberdade de contratar, além de valorizar a autonomia entre as partes. Com o tempo e com desenvolvimento do direito das indústrias e as necessidades humanas, foi necessário que ocorresse uma maior regulamentação dessas relações para que os trabalhadores tivessem uma vida mais digna.

O Direito do Trabalho surgiu para limitar os abusos causados pelos empregadores aos seus empregados, com o fim da Primeira Guerra Mundial, apareceu o constitucionalismo social[8]. O México foi o primeiro país a introduzir na sua Constituição, normas regulamentárias do Direito Trabalhista. A Alemanha foi o segundo país a introduzir normas de Direito do Trabalho na Constituição (Weimar/1917). A partir de então, muitos países introduziram em suas Constituições normas sobre as relações trabalhistas.

Com o Tratado de Versalhes, em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, surgiu o consenso entre as nações de que a fome, a carestia e a miséria foram as principais causas que levaram ao conflito bélico, daí a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi incumbida de proteger as relações trabalhistas no âmbito mundial, publicando convenções, recomendações e indicações de como proteger os trabalhadores.

Essa preocupação continuou e, posteriormente, foram publicadas novas encíclicas: *Quadragesimo Anno*, em 1931, e *Divini Redemptoris*, em 1937, do Papa Pio XI; *Mater et Magistra*, em 1961, do Papa João XXIII; *Populorum Progressio*, em 1967, do Papa Paulo VI; *Laborem Exercens*, de 1981 (nessa encíclica foi declarado que o trabalho é para o homem e não o homem para o trabalho)[9], e *Solicitudo Rei Solialis*, de 1987, do Papa João Paulo II. Apesar das encíclicas não obrigarem nenhum cumprimento, serviram de fundamento para que houvesse reformas legislativas sobre as matérias trabalhistas e a evolução do Direito do Trabalho em muitos países.

---

[7] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 52.

[8] O constitucionalismo social é a introdução de preceitos fundamentais ao interesse social, a defesa das pessoas e as garantias e direitos do ser humano.

[9] Papa João Paulo II. *Carta Encíclica Laborem Exercens. Vaticano*. Itália, 1981. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paulii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html. Acesso em: 1 nov. 2019. - "somente o homem tem capacidade para o trabalho e somente o homem o realiza preenchendo ao mesmo tempo com ele a sua existência sobre a terra. Assim, o trabalho comporta em si uma marca particular do homem e da humanidade, a marca de uma pessoa que opera numa comunidade de pessoas; e uma tal marca determina a qualificação interior do mesmo trabalho e, em certo sentido, constitui a sua própria natureza.".

1.2 História do Direito do Trabalho no Brasil

O Brasil foi uma colônia de Portugal até 1822, a sua primeira Constituição, em 1824, tratou apenas de abolir as corporações de ofícios, continuando a existir a escravidão até 1888, quando foi publicada a Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel. Entre 1824 e 1888, foram publicadas leis que tinham o intuito de diminuir a escravidão, como: a Lei do Ventre Livre de 1871[10]; e a Lei dos Sexagenários de 1885[11].

Em 1891 houve uma nova Constituição, nela ocorreu a introdução de normas com essência trabalhista. Foi reconhecida a liberdade de associação, sendo uma norma genérica, permitiu a participação de todas as pessoas.

Após a criação da OIT, em 1919, incentivou-se a elaboração das normas trabalhistas em todos os países, inclusive no Brasil, onde existiam muitos imigrantes, que iniciaram os movimentos operários, promovendo várias greves, inclusive a grande greve geral de 1917, procurando obter melhores salários e condições de trabalho.

Getúlio Vargas, ao assumir o poder em 1930, adotou uma política laboral, o Poder Executivo começou a expedir Decretos que regulamentavam diversas questões trabalhistas, o objetivo era o controle das inúmeras manifestações dos trabalhadores que estavam a surgir com o intuito de reivindicar melhores condições de trabalho.

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição, no seu corpo foi tratado de matérias como salário mínimo, jornada de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e dos menores, férias, repouso semanal, entre outros.

Em 1937 ocorreu a intervenção de Estado, golpe dado por Getúlio Vargas. Nesse momento foi instituído a proibição de greves, assim como o sindicato único e foi criado o imposto sindical. A estrutura sindical foi inspirada na *Carta del Lavoro* italiana, de 1927.

Convocou-se uma comissão para elaborar uma legislação trabalhista, foi nomeada como Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Essa comissão composta por 5 pessoas: "Luiz Augusto Rego Monteiro, Oscar Saraiva (que posteriormente passou a fazer parte da comissão da Previdência Social), José Segadas Viana, Dorval Lacerda e Arnaldo Lopes Süssekind"[12], a sua proposta foi concluída em março de 1943.

O principal objetivo da CLT nos seus cerca de 920 artigos, foi reunir as diversas leis esparsas sobre matéria trabalhista que existiam na época. Essa Consolidação não foi uma cópia da *Carta del Lavoro*, mas sim o desenvolvimento de um Direito relativamente novo no Brasil.

A criação da CLT foi uma forma encontrada pelo governo de Getúlio Vargas de aquietar a população que não estava contente com as mudanças feitas pelo próprio governo como o sindicato único e o imposto sindical, além da possibilidade de o Estado interferir no sindicado quando lhe conviesse.

[10] Essa lei determinou que os filhos de escravos nasceriam livres.
[11] Essa lei, também conhecida como Lei Saraiva-Cotegipe, libertou os escravos com mais de 60 anos.
[12] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 57.

A Constituição de 1946 rompeu com o corporativismo criado pela Constituição anterior, trazendo novos direitos aos trabalhadores, como: artigo 157, VI — repouso semanal remunerado; artigo 158 — direito de greve; artigo 157, XII — estabilidade; mantendo os direitos que estavam presente na constituição anterior.

De 1947 a 1967 surgiram diversas normas esparsas, que instituíram novos direitos na legislação ordinária brasileira. Essas leis tratavam dos mais diversificados assuntos, trazendo uma melhor regulamentação quando necessário, tais como: Lei n. 3.207/57 que tratava do trabalho dos empregados vendedores e varejistas; Lei n. 605/49 tratou do repouso semanal remunerado; Lei n. 4.266/63 falava sobre o salário-família; Lei n. 4.090/62 criou o 13º salário; Lei n. 5.107/1966 trouxe o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); entre outras.

A Constituição da República de 1988 (CR88) representou um significativo marco na melhoria da condição social dos trabalhadores brasileiros, já no seu artigo 1º estabeleceu os fundamentos da República Federativa do Brasil, entre os quais se destacam os incisos III (dignidade humana) e o inciso IV (valores sociais do trabalho).

Desde 1967 até 2017 algumas outras leis foram criadas, sendo estas: Lei n. 8.036/90 – Lei do FGTS, que substituiu a Lei n. 5.107/1966; Lei n. 5.889/73 que trata sobre o trabalho rural; Lei n. 6.019/74 que regulamenta o trabalho temporário; a Lei n. 13.467/2017 modificou a CLT, a Lei n. 6.019/74, a Lei n. 8.036/90 e a Lei n. 8.212/91. Essa alteração teve o intuito que se enquadrar as novas relações trabalhistas.

## 2. Do Direito do Trabalho

O Direito Trabalhista é o ramo do Direito que disciplina as relações de trabalho e as situações daí decorrentes. O Direito Laboral, como visto anteriormente, tem uma longa história no mundo e no Brasil, que tem uma grande importância para a compreensão do momento atual.

É importante entender o conceito do Direito Trabalhista, às relações de emprego, e o que é um trabalho voluntário, como se manifesta no mundo e quais as principais diferenças entre o trabalho voluntário e o emprego.

### 2.1 Do contrato de trabalho

Esclareça-se que relação de trabalho é gênero do qual a relação de emprego é uma espécie.

Pode haver relação de trabalho sem que haja relação de emprego, já que está apenas será reconhecida quando estiverem presentes todos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT.

O contrato de trabalho, nada mais é que um pacto entre o empregado e o empregador. Esse pacto pode ser tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego, como é estabelecido no artigo 442 da CLT.

O contrato de trabalho é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga a prestar trabalho, não eventual, a uma pessoa física ou jurídica (empregador), mediante salário, ao qual fica juridicamente subordinado.

Representa um acordo para exercer uma atividade e não um resultado, pois, o intuito é a prestação de um serviço contínuo, devendo ser remunerado. [13]

As características do contrato de trabalho são encontradas em três aspectos: o patrimonial, o pessoal e o misto.

O aspecto patrimonial fica evidente ao entender que o objetivo do trabalho é obter fins econômicos, pois, o empregado labora para receber um salário – valor pecuniário – em troca do serviço prestado.

No aspecto pessoal é o fato de que a pessoa que está prestando o trabalho tem uma personalidade, o trabalhador não pode ser considerado como uma simples mercadoria, devendo ter uma fidelidade recíproca na relação. O fato de o serviço não ser mais tido como mercadoria é um dos princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho e está presente na criação da OIT.

No aspecto misto estão presentes tanto o aspecto patrimonial quanto o pessoal. Segundo Sérgio Martins Pinto:

> Há uma combinação indissolúvel desses dois elementos. Ela é pessoal, pois compreende determinada e específica pessoa que é o empregado. É também uma relação que diz respeito a duas pessoas: empregado e empregador. Ao mesmo tempo, é patrimonial, pois o empregado trabalha para receber salário. O empregador também tem direito de receber a prestação de serviços para pagar o salário.
> [...]
> A obrigação principal do no contrato de trabalho é: prestar serviços (empregado), pagar salário (empregador). São obrigações acessórias fornecer EPI[14], emitir Comunicação de Acidente do Trabalho, anotar a CTPS do empregado, proporcionar meio ambiente saudável.[15]

No contrato de trabalho deve haver cinco requisitos: continuidade, subordinação, pessoalidade, onerosidade e alteridade.

O trabalho prestado pelo empregado deve ser com continuidade, ou seja, precisa se prolongar no tempo, não podendo se exaurir com uma única prestação, devendo ter um trato sucessivo entre as partes.

Sendo o empregado um trabalhador subordinado ao empregador, se não houver essa sujeição, não há como dizer que existe uma relação de trabalho, pois, para que haja subordinação, deve haver uma dependência do funcionário ao patrão. O operário exerce a atividade, mas é o empregador que corre os riscos da atividade econômica.

O contrato de trabalho deve ser *intuitu personae*, ou seja, realizado com pessoalidade. Essa relação é pessoal, não podendo o empregado ser substituído por outra pessoa, além disso, o trabalhador só pode ser pessoa física, pois, não há a possibilidade de um contrato de trabalho em que o subordinado seja uma pessoa jurídica, sendo uma criação do direito.

A prestação de serviço é onerosa, ou seja, o empregado recebe um salário em troca do trabalho concedido ao empregador, sendo a prestação de serviços um dever do trabalhador e o empregador tem o encargo de pagar os salários. “Aqueles

[13] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 161.
[14] EPI é uma sigla para equipamento de proteção individual, sendo qualquer meio ou dispositivo de segurança, utilizado por pessoas contra possíveis riscos à saúde ou a segurança durante o exercício de uma atividade.
[15] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 174 e 175.

religiosos que levam seu lenitivo aos pacientes de um hospital não são empregados da Igreja, porque os serviços por eles prestados são gratuitos."[16]

A alteridade é quando o empregado presta serviços por conta alheia e não por conta própria, como mostra o artigo 6º, parágrafo único da CLT ao falar "controle e supervisão do trabalho alheio". Dessa forma, o trabalhador não corre riscos, podendo até mesmo participar dos lucros da emprega, mas nunca dos prejuízos.

Pode ter outros requisitos, não essenciais, no contrato de trabalho, como, por exemplo, certo grau de escolaridade (ensino médio, ensino superior). Não pode faltar um dos requisitos apresentados, a falta de um dos quesitos essenciais descaracteriza o contrato como de trabalho.

## 2.2 Características das relações de emprego

Como já dito anteriormente, relações de trabalho é gênero, enquanto a relação de emprego é uma espécie. Sendo assim, pode ser dito que "a relação de trabalho é um vínculo jurídico genérico pelo qual uma pessoa presta serviços a outrem."[17]

A CLT traz em seus artigos 2º e 3º as características das relações de emprego:

> 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.
> […]
> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.[18]

Desses dois artigos da CLT é possível tirar todas as características da relação de emprego, é necessário ter pessoalidade, não eventualidade ou ter continuação, subordinação e onerosidade. Se faltar um dos requisitos anteriores não será caracterizado como vínculo empregatício, mas como relação de trabalho.

O contrato de emprego é pessoal em relação ao empregado. Ou seja, o empregado foi contratado em razão das suas qualificações e qualidades. Dessa forma é admitido para prestar o serviço pessoalmente não podendo ser substituído por outra pessoa qualquer.

A expressão "não eventual" a que se refere no artigo 3º da CLT deve ser interpretada no sentido de que não seja uma necessidade esporádica, isto é, se a necessidade daquele serviço para a empresa é a longo prazo. Exemplo seria o caso de um encanador que vai consertar um vazamento de água. Após a promulgação da Lei 13.467/2017, pode ser feita a análise da prestação de serviço de forma contínua (exemplo: garçom que trabalha de segunda a sábado em tempo integral para o restaurante) ou de forma intermitente (exemplo: garçom contratado apenas

[16] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 176.
[17] ROMAR, Carla Teresa Martins; LENZA, Pedro (Coord.). *Direito do trabalho esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 129.
[18] BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452/43, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 2 nov. 2019.

para trabalhar aos sábados e domingos), porém, em ambos os casos, estaremos diante de um empregado (artigo 443, § 3º, CLT).

A subordinação significa que o empregador tem poder de comando em face do empregado, que tem o dever de obediência, podendo o patrão dirigir, fiscalizar a prestação de serviços e punir o trabalhador. Dessa forma, nas palavras de Vólia Bomfim Cassar "a subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador, inerentes ao contrato ou à função, desde que legais e não abusivas."[19]

Por fim, onerosidade significa, que o empregador recebe a prestação de um serviço do empregado que em troca de fornecimento da mão-de-obra obtém uma remuneração que no contrato de emprego corresponde a um salário em pecúnia.

Desse modo, é correto dizer que a relação de emprego é uma espécie de relação de trabalho, que trata do vínculo entre empregado e empregador, que tem como principal característica a prestação de serviços, sendo esse fornecimento de forma pessoal, não eventual e subordinado, com o recebimento de um salário mensal em pagamento por essa prestação.

## 2.3 Características do trabalho voluntário

No Brasil o trabalho voluntário existe há muito tempo, tal serviço já era prestado na Casa de Misericórdia da vila de Santos, em 1543. É uma atividade utilizada para causas benevolentes.

O trabalho voluntário, que já foi e ainda é utilizado pelas igrejas e em serviços filantrópicos. Apesar de ser usado por muitos anos, ele só foi regulado em 1998 com a Lei n. 9.608 (18.02.98). Essa lei tem como base a solidariedade entre as pessoas, tem o intuito de ajudar a comunidade sem a intenção de algo em troca.

Conforme o artigo 1º da referida lei:

> Art. 1º Considera-se serviço voluntário, para os fins desta Lei, a atividade não remunerada prestada por pessoa física a entidade pública de qualquer natureza ou a instituição privada de fins não lucrativos que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência à pessoa.

O trabalho voluntário deve ser prestado por pessoa física, não podendo de nenhuma forma ser fornecido por pessoa jurídica, pois, é importante a intenção daquele que presta o serviço, o caráter pessoal, e o propósito de praticar uma caridade sem a espera de receber uma remuneração em troca. Além disso, está restrito às atividades cívicas, culturais, educacionais, científicas, recreativas ou de assistência à pessoa.

Assim pode ser retirada a característica da onerosidade, significa que a pessoa física presta um trabalho e não recebe remuneração ou salário em troca, sendo uma prestação de serviço gratuito.

Outra característica definida pelo referido artigo é causa que se destina, a finalidade da prestação. O trabalho voluntário deve ser voltado para a caridade, ser social ou filantrópico, ou seja, altruístico.

[19] CASSAR, Vólia Bomfim. *Resumo de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 50.

O tomador de serviço deve ser uma entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada sem fins lucrativos que tenha como objetivo uma das causas anteriores.

Essas características mostram que o trabalho voluntário não gera vínculo empregatício, mas deve respeitar todos os requisitos, se estas forem modificadas, pode haver a transmutação para uma relação de emprego.

## 3.Das instituições religiosas

### 3.1 Das igrejas e o ordenamento jurídico

A Constituição da República de 1988 (CR88) traz no artigo 5º, inciso VI, o seguinte "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". Ou seja, é inviolável a liberdade religiosa, não sendo permitido a interferência do Estado nos locais reservados para a pregação dos ensinamentos religiosos e nos assuntos espirituais.

O artigo acima referido, traz, além da liberdade religiosa, a confirmação de que o Brasil é um Estado Laico, garantindo a separação entre o Estado e a Igreja. Contudo, mesmo com a liberdade de crença sendo inviolável e a garantia do Estado Laico, o Judiciário não pode se omitir de julgar as ações que envolvam as organizações religiosas.

As organizações religiosas são consideradas pelo artigo 44, inciso IX, do Código Civil de 2002 (CC) pessoas jurídicas de direito privado, ainda, no seu § 1º determina que "são livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento".

Com isso, por mais que as entidades religiosas tenham autonomia com relação ao Estado, ainda devem respeitar princípios básicos da CR88 e do CC além de normas esparsas no ordenamento jurídico, como o artigo 9º, inciso IV, alínea "b", do Código Tributário Nacional (CTN) assim como o artigo 150, inciso IV, alínea "b", da CR88, veda a cobrança de impostos dos templos de qualquer culto.

Para Aliomar Baleeiro:

> O "templo de qualquer culto" não é apenas a materialidade do edifício, que estaria sujeito tão só ao imposto predial do Município, se não existisse a franquia inserta na Lei Máxima. Um edifício só é templo se o completam as instalações ou pertenças adequadas àquele fim, ou se o utilizam efetivamente no culto ou prática religiosa.
> [...]
> O templo não deve ser apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência especial, do pároco ou pastor, pertencente à comunidade religiosa, desde que não empregados em fins econômicos. Pontes de Miranda, entretanto, sustentou interpretação restritiva (Pontes de Miranda, Comentários, cit., vol. 1.º, p. 510).[20]

Assim, a liberdade religiosa não está circunscrita ao espaço físico do templo, da igreja, porém, as entidades devem respeitar a legislação do país, como qualquer outra pessoa física ou jurídica.

[20] MIRANDA, Pontes de, apud BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*: CTN comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 143.

### 3.2 Relações de trabalho nas instituições religiosas

No mundo, a cada dia que se passa, novas instituições religiosas são abertas, com o número crescente de templos[21] e a grande variedade de direitos conferidos aos trabalhadores, traz mais interesse dos ministros de fé em serem regidos pela CLT.

Para Oliveira e Romão:

> Os Ministros de confissão religiosa são aqueles que realizam liturgias, celebrações, cultos e ritos; dirigem e administram comunidades; formam pessoas segundo preceitos religiosos das diferentes tradições; orientam pessoas; realizam ação social junto à comunidade; pesquisam a doutrina religiosa; transmitem ensinamentos religiosos; praticam vida contemplativa e meditativa; preservam a tradição, e, para isso é essencial o exercício contínuo de competências pessoas específicas.[22]

Apesar de a Igreja e às pessoas que se dedicam a sua missão, terem cunho religioso e o sacerdócio ser uma devoção e em tese não ser um emprego. Os Ministros de confissão religiosa abdicam da vida materialista por escolha própria, ao fazerem seus votos, e prometem se dedicar a uma existência de fé e trabalho espiritual, propagando as palavras e ensinamentos de Deus.

Segundo Sérgio Pinto Martins:

> O religioso é uma espécie de integrante da instituição, de acordo com a organização hierárquica da Igreja. Existe subordinação à hierarquia da Igreja. Essa subordinação seria eclesiástica.
> Alguns regimentos de Igrejas preveem a ascensão do religioso para o posto superior. O religioso deve cumprir ordens de superiores, como bispos, determinações religiosas e filosóficas.[23]

Se a Igreja deixa que o religioso escolha livremente o tema dos sermões, podendo estes ter algumas diretrizes do que pode ou não ser falado, além de alterar o horário do culto, significa que não há subordinação. Se a este for permitido ser substituído por outra pessoa, não há o que se falar em pessoalidade.

No entanto, se o ministro de fé tiver que cumprir alguma meta ou arrecadação, ele está sujeito a uma espécie de subordinação, podendo ser caracterizado como relação de emprego. Em regra, o trabalho do religioso é permanente, sendo essa uma característica do vínculo empregatício, os outros requisitos devem estar presentes para tal enquadramento.

Apesar das entidades religiosas receberem donativos para a continuidade de suas atividades, de modo geral, não tem fins lucrativos. Os valores recebidos, geralmente, são carreados ao custeio da própria instituição.

Contudo, se uma instituição religiosa tem meta de arrecadação, seus religiosos estão vinculados a essas metas e a horário fixo de trabalho e são subordinados, estarão presentes os requisitos da relação de emprego, quais sejam: pessoa física, subordinação, onerosidade, pessoalidade e não eventualidade, hipótese na qual o vínculo empregatício deverá ser reconhecido.

---

[21] O IBGE em fez pesquisas em 2010 e 2016, no qual, ocorreu um aumento de 200 unidades locais das fundações privadas e associações sem fins lucrativos religiosos no Brasil.

[22] ROMÃO, Valdo; OLIVEIRA, Aristeu de. *Manual do terceiro setor e instituições religiosas*: trabalhista, previdenciária, contábil e fiscal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

[23] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018. p. 342.

Ressalte-se, o religioso não tem como objetivo receber pelo serviço que presta, este trabalha de forma espontânea, pois, tem como fim divulgar os ensinamentos de Deus, sendo sua profissão, a sua fé, não tem um contrato trabalhista, um vínculo empregatício com a Igreja.

A Lei n. 9.608/98 que regulariza o trabalho voluntário, determina que não deve haver remuneração pelo serviço prestado. Permite que haja, em alguns casos, uma espécie de pagamento para ajuda de custos dos crentes, para que possam se manter dignamente.

De outra parte, dispõe o artigo 22, § 13, da Lei n. 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social):

> Não se considera como remuneração direta ou indireta, para os efeitos desta Lei, os valores despendidos pelas entidades religiosas e instituições de ensino vocacional com ministro de confissão religiosa, membros de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa em face do seu mister religioso ou para sua subsistência desde que fornecidos em condições que independam da natureza e da quantidade do trabalho executado.

No subitem 3.1 foi dito que a CR88 garantiu a liberdade religiosa e confirmou a laicidade do Estado, o ordenamento jurídico não regulamentou o exercício do trabalho de fé, desse modo, tanto na doutrina como na jurisprudência há divergência quanto a prática das atividades do religioso.

Na doutrina o entendimento majoritário é de que não deve haver reconhecimento de vínculo empregatício entre as entidades religiosas e os ministros de fé. Ana Amélia Mascarenhas Camargos defende que os religiosos trabalham em busca de uma elevação espiritual e abrindo mão do mundo materialista, praticando um trabalho voluntário, nesse sentido:

> [...] em princípio, quando o religioso desenvolve profissão evangélica à comunidade religiosa à qual pertence, está excluído do ordenamento jurídico-trabalhista protetivo, pois a relação existente é causada pelo cumprimento de seu voto de fé perante ordem religiosa, ainda que a função exercida seja de caráter administrativo.
> A doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem ao entendimento de que o trabalho desenvolvido pelo religioso é baseado na presunção da gratuidade, mesmo se prestado em favor de terceiros externos à comunidade religiosa. Entende-se que a pessoa, ao ingressar na igreja, se obriga perante o ente religioso a realizar serviços de várias naturezas de forma gratuita. Em outros termos, não importa a espécie do trabalho realizado, nem se o tomador é ente religioso ou um terceiro externo à igreja; o que descaracteriza o contrato de emprego é a condição especial na qual a pessoa prometeu servir, de corpo e alma, à sua congregação com votos de fé.[24]

Apesar da maioria da doutrina negar o vínculo empregatício, o assunto não foi pacificado pela jurisprudência, havendo vários processos procurando o reconhecimento da relação de emprego dos ministros de fé com as organizações religiosas a que pertencem. O serviço prestado pelo religioso pode ser caracterizado como emprego, desde que comprovada a subordinação, continuidade, onerosidade e pessoalidade (artigo 2º, da CLT), pois se sabe que o contrato de trabalho é um contrato realidade, no qual prevalece a realidade sobre a forma.

[24] CARMAGOS, Ana Amélia Mascarenhas. INSTITUTOS DE DIREITO DO TRABALHO APLICADOS NA SUSTENTABILIDADE DO TERCEIRO SETOR. São Paulo, 2005. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7149. Acesso em: 20 Mar. 2020. p. 82.

Em muitas instituições religiosas ainda há um complicador, pois os religiosos acabam usufruindo de diversos benefícios para manter a si e suas famílias, com o recebimento de valores fixados em salários mínimos, pagamento de previdência etc. Assim, em cada caso, para a verificação do vínculo empregatício, deverão ser analisados os requisitos da relação de emprego, notadamente o elemento subordinação e o eventual desvio de finalidade da entidade.

**4. Julgados**

No âmbito jurídico, é necessário analisar, não somente a doutrina, mas a jurisprudência que trata a matéria. Assim, buscou-se analisar julgados sobre o vínculo empregatício nas entidades religiosas no período compreendido entre janeiro de 2018 a julho de 2020.

Nesses casos, analisou-se, principalmente, se na relação entre as instituições religiosas e seus ministros de fé estavam presentes á os requisitos do artigo 3º da CLT: pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade. Nesse sentido, segue ementa que recusou o vínculo empregatício:

> RECURSO ORDINÁRIO. PASTOR EVANGÉLICO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA. Não estando presentes todos os elementos fático-jurídicos caracterizadores do liame empregatício, sobretudo a subordinação e a onerosidade, impõe-se reconhecer a natureza voluntária do trabalho prestado pelo reclamante (art. 1º da Lei n.º 9.608/1998), com ânimo e causa benevolentes, assim considerados em seu aspecto subjetivo (vocação pessoal religiosa) e objetivo (pregação do evangelho). Irretocável, pois, a sentença de origem ao não reconhecer o vínculo empregatício entre o reclamante e a reclamada, e, por conseguinte, julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial. Recurso ordinário a que se nega provimento. (Recurso Ordinário nº 0000721-16.2018.5.13.0007, TRT13, 2ª Turma, Relator: Desembargador Edvaldo de Andrade, julgamento em 26.03.2019.

No mesmo sentido:

> VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PASTOR EVANGÉLICO. AUXILIAR ADMINISTRATIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. A prestação de serviços eclesiásticos à entidade religiosa revela hipótese de sacerdócio incompatível com a vinculação empregatícia, nos termos da mais atualizada jurisprudência do c. TST, inclusive em relação aos trabalhos de cunho administrativo decorrentes do ministério, por inexistir subordinação jurídica e intenção onerosa. Inexistentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT. Recurso ordinário conhecido e improvido. Recurso Ordinário nº 0000194-09.2017.5.07.0026, TRT7, 3ª Turma, Relator: Desembargador José Antônio Parente da Silva, julgamento em 28.06.2018.

Em sentido contrário, segue ementa de acórdão que manteve o reconhecimento de vínculo empregatício entre pastor de igreja e a entidade religiosa:

> VÍNCULO DE EMPREGO CONFIGURADO. PASTOR DE IGREJA. REEXAME DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 126 DO TST. DECISÃO DENEGATÓRIA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 255, INCISO III, ALÍNEAS "A" E "B", DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.
> Na decisão agravada, destacou-se que o Regional, ao reconhecer o vínculo de emprego, alicerçou nas seguintes premissas fáticas: o trabalho prestado pelo autor (de março de 2000 a junho de 2014) não detinha caráter eventual; presente o requisito da onerosidade, pois a ré reconheceu que "o valor era destinado a assegurar a sua subsistência e de sua família com a finalidade de propiciar maior disponibilidade na dedicação à difusão e fortalecimento da crença divina"; havia pessoalidade e subordinação, na medida em que o reclamante foi "transferido diversas vezes durante a relação jurídica, assumiu a direção estadual da igreja em Mato Grosso do Sul e exerceu a função de apresentador de programa de televisão

> promovido pela Igreja", mas mesmo como administrador regional, "deveria prestar contas à instituição que representava"; a "relação jurídica entre as partes não se limitava à identidade de crença religiosa e o trabalho prestado pelo autor não foi meramente voluntário ou simplesmente altruístico"; a "atividade de "pastor evangélico" (e não foi essa a única função exercida) foi abraçada por ele não apenas como missão, mas também como profissão, pois era dela que tirava o sustento familiar, auferindo da Igreja remuneração, que, inclusive, permitia a ele se dedicar integralmente aos objetivos da Igreja, sem exercer qualquer outra atividade econômica". O Regional também consignou que "dizer que o autor, por mais de 14 anos, prestou tais serviços movido, exclusivamente, pela fé e para cumprir uma missão divina não se coaduna com a prova dos autos, pois a atividade foi desenvolvida de forma onerosa e era dela que o autor tirava o sustento familiar". Nesse contexto, foi negado provimento ao agravo de instrumento interposto pela ré, em face da inviabilidade de "afastar a conclusão do Tribunal Regional, visto que não reconhecer o vínculo de emprego pretendido importaria em reexame da valoração do acervo probatório feita pelas esferas ordinárias, não permitido a esta instância recursal de natureza extraordinária, na forma da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho". Como a parte não desconstitui os fundamentos da decisão monocrática, fundamentada na citada súmula nº 126 do TST, não merece provimento o agravo. Agravo desprovido.[25] "grifo no original"

A 11ª Câmara do TRT-15 teve oportunidade de analisar reclamação trabalhista de um ex-pastor que pleiteava verbas decorrentes de um vínculo de emprego e indenização por danos morais por ter sido obrigado a se submeter a vasectomia "para professar a fé cristã". Nos autos, ficou comprovado que havia cumprimento de jornada de trabalho de segunda a sexta-feira, das 7h às 23h, e, aos domingos e feriados, quando realizava reuniões das 7h às 20h, sempre com uma hora de intervalo. O relator do acórdão, desembargador Antonio Francisco Montanagna, salientou que o reclamante não fez prova de que foi obrigado a fazer vasectomia, rejeitando o pedido de danos morais, contudo, manteve a decisão de primeiro grau que reconheceu a existência do vínculo empregatício. (Processo 0000648-57.2011.5.15.0064)[26]

Nas defesas das entidades religiosas, normalmente, argumenta-se que a atividade exercida pelo ministro de fé é a difusão da palavra de Deus à comunidade, sendo considerado um trabalho voluntário, pois, não procura o lucro, o que busca é a recompensa espiritual. A relação entre o membro eclesiástico e a instituição religiosa seria de cunho vocacional.

Nesse sentido:

> VÍNCULO DE EMPREGO. PASTOR DE IGREJA. NÃO CONFIGURADO. O exercício da atividade de pastor tem como finalidade precípua a difusão da fé e da doutrina evangélica à comunidade, sendo considerado, por sua própria natureza, um trabalho voluntário, sobretudo quando prestado nos moldes da Lei 9.608/98. Nessa hipótese, não se cogita, via de regra, de vínculo de emprego, porquanto a relação havida entre o membro eclesiástico e a instituição religiosa não é revestida de subordinação jurídica, mas sim de cunho vocacional e voluntário, salvo se for comprovado que, na prática, isso foi desnaturado.[27]

[25] BRASIL. TST. Embargos Declaratórios em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 24548-67.2015.5.24.0003, da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Julgamento em 12 fev. 2020. Brasília, 06 mar. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/. Acesso em: 10 jul. 2020.

[26] Confira: https://trt15.jus.br/noticia/2019/igreja-universal-e-condenada-pagar-r-5-mil-por-danos-morais-ex-pastor-0. Acesso em: 20 set. 2020.

[27] BRASIL. TRT. Recurso Ordinário nº 0020413-40.2018.5.04.0851, da 4ª Turma do Tribunal Regional doTrabalho da 4ª Região. Relator: Desembargador João Paulo Lucena. Julgamento em 29 abr. 2020.

No mesmo sentido:

> INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. PASTOR EVANGÉLICO. MOTIVAÇÃO ESPIRITUAL. Na relação, igreja x pastor, inexiste exploração da força do trabalho do pastor, bem como o objetivo lucrativo da instituição. Na missão de fé há recompensa espiritual. A prestação de contas dos valores arrecadados e das despesas da igreja, pelo pastor, não configura a subordinação jurídica para reconhecimento de vínculo de emprego, pois é natural que, sendo ele a figura superior na filial da igreja em que pregava, fosse ele também que repassasse as receitas e despesas para uma instância superior, responsável por gerir os recursos da instituição religiosa. Ademais, no presente caso, o autor firmou contrato de prestação de serviços voluntário em favor da entidade religiosa e há confissão do autor, em depoimento pessoal, de que desempenhava a atividade por vocação.[28]
>
> INSTITUIÇÃO RELIGIOSA. PASTOR EVANGÉLICO. ATIVIDADES DESEMPENHADAS POR CONVICÇÃO RELIGIOSA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO INEXISTENTE. As atividades de pastor evangélico e administrador da igreja decorrentes exclusivamente de convicção religiosa são destinadas à propagação da fé e à assistência espiritual/religiosa em favor da comunidade atendida pela igreja, e não em proveito da pessoa jurídica da reclamada, de sorte que aquele que se propõe a executá-las o faz de forma voluntária. Na presente hipótese, na relação estabelecida entre as partes não estão presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, sendo certo que a retribuição financeira pelas atividades desempenhadas não tem o condão de descaracterizar a relação de cunho religioso, uma vez que não restou comprovado o desvio de finalidade da instituição religiosa. Saliente-se que a legislação previdenciária não considera como empregado "o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa". Inteligência do artigo 11, inciso V, alínea c, da Lei n.º 8.213/91. Recurso ordinário do reclamante a que se nega provimento.[29]

Todavia, quando a parte alega o desvirtuamento das finalidades espirituais da instituição religiosa, deve ser feita a análise das provas apresentadas no processo, pois, se de fato ocorreu o desvio do objetivo da entidade, não se estará diante de trabalho voluntário prestado pelo religioso, mas sim em desvio de finalidade, com o consequente reconhecimento do vínculo empregatício. Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 13.467/2017. VÍNCULO DE EMPREGO. FUNÇÃO SACERDOTAL. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. TRANSCENDÊNCIA. 1. O processamento do recurso de revista na vigência da Lei 13.467/2017 exige que a causa ofereça transcendência com relação aos reflexões gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a qual deve ser analisada de ofício e previamente pelo Relator (artigos 896-A, da CLT, 246 e 247 do RITST). 2. A discussão nos autos se refere à possibilidade de reconhecimento do contrato de emprego entre o Reclamante Pastor e a Igreja Reclamada. 3. O sacerdócio não é um emprego, mas dom e vocação a serviço da fé, razão pela qual a pessoalidade na realização do trabalho, a habitualidade do seu exercício, o respeito aos dogmas e hierarquia da igreja e o recebimento de remuneração, por si só não autorizam sua caracterização como empregado. 4. O sacerdote possui despesas básicas e indispensáveis de todo o ser humano, tem obrigação de colaborar para o sustento da sua família. Mesmo nos

Porto Alegre, 07 de maio 2020. Disponível em:https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/5wYjbrvQbIrg4hTxFQCkqw?. Acesso em: 10 jul. 2020.

[28] BRASIL. TRT. Recurso Ordinário nº 0000173-89.2019.5.17.0121, da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Relator: Desembargador Gerson Fernando Da Sylveira Novais. Julgamentoem 05fev.2020. Espirito Santo, 17 fev. 2020. Disponível em: https://pje.trt17.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000173-89.2019.5.17.0121. Acesso em: 7 jul. 2020.

[29] BRASIL. TRT. Recurso Ordinário nº 0010828-80.2018.5.15.0099, 5ª Câmara da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Relator: Desembargadora Ana Paula Pellegrina Lockmann. Julgamentoem 17fev.2020.Campinas, 28 fev. 2020. Disponível em: https://trt15.jus.br/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia. Acesso em: 8 Jul. 2020.

> casos das religiões que exigem voto de pobreza para a função sacerdotal, isso não significa miséria e privação. Por esse motivo, a remuneração dos sacerdotes, por si só, não faz emergir o elemento da onerosidade e a hierarquia das funções religiosas não se confunde com subordinação jurídica. 5. **Contudo, há possibilidade de reconhecimento do contrato de emprego quando evidenciado o desvirtuamento das funções sacerdotais.** 6. No julgamento do recurso de revista não é possível o reexame da prova dos autos, ainda que os depoimentos tenham sido transcritos no voto (E-ED-RR-1007-13.2011.5.09.0892, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 14/04/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016). **7. O quadro fático delimitado pelo Tribunal Regional é de que o Autor era remunerado pela atividade desempenhada, não se limitava à pregação do evangelho ou à transmissão de orientação espiritual, era submetido a " metas de arrecadação de receitas " e que em sua atividade de Pastor ele não se limitava a " a difundir a ideologia religiosa para a comunidade, mas, além, realizava angariação de valores para Igreja com viés de obtenção de lucro ". Por esses motivos concluiu que " diante do desvio de finalidade da atividade religiosa exercido pelo demandante, de rigor o reconhecimento do vínculo de emprego, devendo a ré ser reconhecida como empregadora nos termos do art. 2º, §1º da CLT ". 8. Diante da delimitação do Tribunal Regional, o reconhecimento do vínculo de emprego nos moldes da CLT não apresenta transcendência política, econômica ou jurídica. 9. Agravo de instrumento a que se nega provimento em razão da inexistência de transcendência.**[30] "grifo do autor"

Analisando-se os julgados, percebe-se que a matéria não é pacífica, porém, prevalece o entendimento da inexistência de vínculo empregatício entre o ministro de fé e a instituição religiosa, sendo em menor número as decisões que reconhecem a relação de emprego. Nesses casos, o principal motivo para o acolhimento da pretensão do trabalhador é o desvirtuamento da finalidade da entidade religiosa.

Esses números também levam a inferir que, na esmagadora maioria das instituições religiosas do país, prevalece o objetivo de levar a palavra de Deus aos seus simpatizantes. Todavia, nos casos em que a entidade desvia de sua finalidade, e há prova nos autos nesse sentido, a Justiça do Trabalho deve reconhecer o vínculo empregatício e acolher as verbas dele decorrentes, pois, como dito, o contrato de trabalho é um contrato realidade e, ainda que a relação de emprego esteja travestida de uma relação religiosa, ao fim e ao cabo, deve prevalecer a substância do contrato.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos tempos atuais, em que as mudanças na sociedade e no mundo jurídico estão mais perceptíveis e rápidas, cresce a insegurança jurídica e o medo com eventuais passivos trabalhistas.

Os ministros de fé que buscam por meio da igreja propagar a sua crença e os ensinamentos espirituais, ao procurarem o judiciário, querem obter proteção jurídica com o reconhecimento do vínculo empregatício, bem como garantias trabalhistas em face de suas entidades religiosas.

No Brasil, a separação entre Igreja e Estado, em 1891, trouxe o entendimento de que um deveria não deveria interferir no outro. Apesar de a

[30] BRASIL. TST. TST-AIRR-1259-32.2016.5.12.0027, 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Julgamentoem 14 nov. 2018. Brasília, 23 nov. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/#b0df59ac7ba76a665f19029aa9cc8795. Acesso em: 7 Jul. 2020. (grifo do autor)

Constituição da República tratar da liberdade religiosa e o Código Civil prever que as instituições religiosas são pessoas jurídicas de direito privado, o mundo jurídico procurou não interferir nas relações de fé, contudo as entidades religiosas devem cumprir a legislação do país, como qualquer outra associação.

As organizações religiosas, por meio de suas doutrinas e ensinamentos buscam a elevação espiritual, pregam sobre a fé de um mundo que não é visível aos olhos mundanos. Tratam do foro mais íntimo do ser humano, não devendo, dessa forma, ser regulado pelo mundo jurídico.

A profissão de fé, diferentemente das outras profissões, não se interessa pelo lucro, a elevação mundana e a materialidade, mas sim, a ascensão espiritual, procura o crescimento íntimo abdicando dos prazerem mundanos e materialistas, para obter uma satisfação pessoal dedicando sua vida à vocação de propagar as palavras de Deus e assim ajudar as pessoas em busca de um bem maior.

Apesar disso, são garantias e direitos fundamentos o livre acesso à justiça e a proteção dos direitos das pessoas. Dessa forma, se um direito é violado, é evidente que o Estado, por meio do Poder Judiciário, deve intervir para que a irregularidade cesse e as lesões sejam reparadas.

O Judiciário não pode deixar de julgar uma ação, qualquer que seja o motivo, ao ser provocado, deve entregar a tutela jurisdicional, ou seja, dizer o direito, independentemente da matéria tratada e dos integrantes do polo da demanda, mesmo se tratando de questões religiosas.

Percebe-se que a doutrina defende a inexistência de relação de emprego nos casos dos trabalhos dos religiosos para as suas respectivas entidades, contudo, o Poder Judiciário, quando existente a prova do desvio de finalidade dos objetivos sociais, reconhece a existência do vínculo empregatício, já que o contrato de trabalho é um contrato realidade, prevalecendo a substância sobre a forma como foi pactuado.

Nota-se que predominam decisões contrárias ao reconhecimento do vínculo de emprego, o que pode levar a inferir que a maioria das entidades religiosas, de fato, dedicam-se a levar a palavra de Deus aos seus simpatizantes/seguidores. Assim, a ligação existente entre os seus representantes e as instituições representadas não seria de uma relação de emprego, mas de trabalho voluntário, por haver uma natureza de credo e cunho espiritual, diferentemente do vínculo empregatício que visa o sucesso profissional e lucro.

Contudo, repita-se, ocorrendo o desvirtuamento das finalidades da igreja na propagação dos ensinamentos de Deus, da disseminação da fé e elevação espiritual, nada impede que seja reconhecido a relação de emprego entre as entidades religiosas e seus ministros de culto, mas, ressalte-se, nos autos, deve haver a prova dos elementos necessários para a configuração do contrato empregatício.

Por fim, fica claro que a separação entre Igreja e Estado não isenta o Judiciário da apreciação das demandas decorrentes da relação de trabalho entre os ministros da fé e as suas entidades, ressaltando-se que, em cada caso, será necessária a aferição da existência dos elementos da relação de emprego e, havendo prova desta, prevalecerá o princípio da primazia da realidade, garantindo-se ao obreiro os seus direitos trabalhistas, ainda que a atividade religiosa tenha servido como anteparo para a não incidência das normas trabalhistas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BALDISSERI, Lorenzo (Coord.); MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). **Acordo Brasil-Santa Sé Comentado.** São Paulo: LTr, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro:** CTN comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito do trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018.

BRASIL. Constituição. **República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 2 nov. 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. **Acordo entre a República Federativa do Brasil e a santa-sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em: 19 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. **Lei Orgânica da Seguridade Social.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 1 nov. 2019.

BRASIL. TRT. 2ª Turma. **Recurso Ordinário nº 0000721-16.2018.5.13.0007, da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.** Relator: Desembargador Edvaldo de Andrade. Julgamento em 26 mar. 2019. João Pessoa, 02 abr. 2019. Disponível em: https://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/#/consulta. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. TRT. **Recurso Ordinário nº 0000173-89.2019.5.17.0121, da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região.** Relator: Desembargador Gerson Fernando Da Sylveira Novais. Julgamento em 05 fev. 2020. Espirito Santo, 17 fev. 2020. Disponível em: https://pje.trt17.jus.br/consultaprocessual/detalheprocesso/0000173-89.2019.5.17.0121. Acesso em: 7 jul. 2020.

BRASIL. TRT. Recurso Ordinário nº 0000194-09.2017.5.07.0026, da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Relator: Desembargador José Antônio Parente da Silva. Julgamento em 28 jun. 2018. Fortaleza, 11 jul. 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.trt7.jus.br/xmlui/handle/bdtrt7/1269471. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **TRT. Recurso Ordinário nº 0010828-80.2018.5.15.0099, 5ª Câmara da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Relator: Desembargadora Ana Paula Pellegrina Lockmann. Julgamento em 17 fev. 2020. Campinas, 28 fev. 2020. Disponível em: https://trt15.jus.br/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia. Acesso em: 8 jul. 2020.

BRASIL. TRT. **Recurso Ordinário nº 0020413-40.2018.5.04.0851, da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.** Relator: Desembargador João Paulo Lucena. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/5wYjbrvQbIrg4hTxFQCkqw?. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. TST. **Embargos Declaratórios em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 24548-67.2015.5.24.0003, da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.** Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Julgamento em 12 fev. 2020. Brasília, 06 mar. 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. ***TST. TST-AIRR-1259-32.2016.5.12.0027, 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho***. Julgamento em 14 nov. 2018. Brasília, 23 nov. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.tst.jus.br/#b0df59ac7ba76a665f19029aa9cc8795. Acesso em: 7 jul. 2020.

CARMAGOS, Ana Amélia Mascarenhas. **Institutos de Direito do Trabalho Aplicados na Sustentabilidade do Terceiro Setor.** São Paulo, 2005. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7149. Acesso em: 20 mar. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

CASSAR, Vólia Bonfim (Coord.). *CLT Organizada* - **Consolidação das leis do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Método, 2018.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 34. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 41. ed. São Paulo: LTr, 2018.

Papa João Paulo II. **Carta Encíclica Laborem Exercens.** Vaticano. Itália, 1981.

Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paulii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html. Acesso em: 1 nov. 2019.

PESQUISA de Entidades de Assistência Social Privadas sem Fins Lucrativos PEAS. *IBGE* - **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: http://www.ibge.org.br. Acesso em: 24 mai. 2020.

ROMAR, Carla Teresa Martins; LENZA, Pedro (Coord.). **Direito do Trabalho Esquematizado.** 5. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2018.

ROMÃO, Valdo; OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual do Terceiro Setor e Instituições Religiosas:** Trabalhista, Previdenciária, Contábil e Fiscal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. **Instituições de direito do trabalho.** 19. ed., atual. por SÜSSEKIND, Arnaldo; e TEIXEIRA FILHO, João de Lima. São Paulo: LTr, v. 2, 2000.

ZAINAGHI, Domingos Sálvio (Coord.); MACHADO, Costa (Org.). **CLT interpretada:** artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 8. ed. São Paulo: Manole, 2017.

# A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA INDÚSTRIA BRASILEIRA DA MODA[1]

**LARISSA MOREIRA DE MELLO[2]**
**JOÃO BATISTA MARTINS CÉSAR[3]**

**SUMÁRIO**: 1. A história do trabalho escravo no Brasil. 1.1 A abolição da escravidão no Brasil. 1.2 O trabalho escravo no Brasil que persiste nos dias de hoje. 1.2.1 Trabalho forçado. 1.2.2 Trabalho degradante. 1.2.3 Jornadas exaustivas. 2. A

RESUMO: O presente artigo aborda a problemática do trabalho análogo ao de escravo contemporâneo no Brasil, mais especificamente na indústria da moda, através da história, de fatores sociais, econômicos e jurídicos. Será investigado como as práticas escravagistas contribuem para a não transparência e a clandestinidade das relações de trabalho nesse setor. Além disso, outro fator contribuinte é a vulnerabilidade do trabalhador, dificultando ainda mais o devido conhecimento destas práticas em território nacional. Demonstrar-se-á que as áreas com maior índice de trabalho escravo encontram-se, principalmente, em áreas rurais, mas sem deixar de lado as grandes cidades. Sabe-se que o setor têxtil e a indústria da moda movem-se pela alta lucratividade, de modo que a imigração forçada e a terceirização são meios propulsores dessa prática. A legislação brasileira e a política de combate ao trabalho escravo são referências ao mundo no combate à essa prática, efetivamente, as medidas adotadas pelos órgãos de fiscalização Secretária do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal e da Justiça do Trabalho, juntos, já resgataram mais de 25.000 trabalhadores vítimas de escravidão. Essas ações precisam ir além de tão somente garantir os direitos trabalhistas, mas também assegurar os direitos humanos dos trabalhadores e a efetiva punição dos novos escravagistas. Entretanto, ainda há uma certa dificuldade na atuação de erradicação desta atividade, tanto nacionalmente quanto internacionalmente. Trata-se de mostrar que a problemática ainda persiste nos dias de hoje e quais seriam as soluções possíveis para um combate efetivo desse flagelo contemporâneo, notadamente na indústria brasileira de moda.
Palavras-chave: Trabalho escravo - Setor Têxtil - Direito do Trabalho - Direitos Humanos - Medidas de erradicação.
ABSTRACT: This article investigates the problem of work analogous to contemporary slave labor in Brazil, more specifically in the fashion industry, through history, social, economic and legal factors. It will be investigated how slavery practices contribute to the intransparence and clandestinity of relationships. In addition, another contributing factor is the vulnerability of the worker, making it even more difficult to properly understand these practices in the national territory. It is shown that the areas with the highest rate of slave labor are found mainly in rural areas, but without leaving aside large cities. It knows whether the textile sector and the fashion industry are sectors driven by high profitability, so that forced and outsourced criminals are the driving force behind this practice. In view of Brazilian legislation, as a world reference in combating slave labor and as measures of several inspection bodies (MPT), the Federal Police and the Labor Court, which together have already rescued more than 25,000 slavery jobs, these measures need go beyond guaranteeing only labor rights, but also guaranteeing the human rights of workers and the effective punishment of the employer. However, there is still a difficulty in carrying out eradication activities, both nationally and internationally. It is about showing that a problem still persists today and what are the possible solutions for an effective fight with respect to contemporary slave labor, more specifically in the Brazilian fashion industry.
Keywords: Slave Labor - Textile Sector - Labor Laws - Human Rights - Means of Eradication.

[1] Este artigo foi elaborado pela aluna Larissa Moreira de Mello como trabalho de conclusão do curso de direito, que contou com a orientação e colaboração do professor João Batista Martins César.

[2] Graduanda da Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI-Sorocaba. Trabalho de conclusão de Curso.

[3] Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas, presidente do Comitê de Erradicação do Trabalho Infantil do TRT-15 e gestor nacional do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem da Justiça do Trabalho (TST-CSJT), mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, especialista pelo Instituto Europeu de Relações Industriais (Sevilha-Espanha) e professor na Faculdade de Direito de Sorocaba.

moda: evolução histórica. 2.1 A indústria têxtil brasileira e o fast fashion. 2.2 Estudo de caso. 2.2.1 Caso Zara. 2.2.2 Caso C&A. 2.2.3 Caso Hering e Riachuelo. 3. Luz no fim do túnel: direitos trabalhistas. 3.1 Princípios do direito do trabalho. 3.1.1 Princípio da dignidade humana. 3.1.2 Princípio da proteção. 3.1.3 Princípio da intangibilidade salarial. 3.1.4 Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. 4. O combate do trabalho escravo contemporâneo. 4.1 Compromisso nacional. 4.2 Compromisso das marcas. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

**Introdução**

Há 7 anos, em 2013, ocorreu um grande acidente na indústria têxtil, que marcou o mundo da moda para sempre: o desabamento do prédio Rana Plaza, em Bangladesh, deixando mais de mil trabalhadores mortos e aproximadamente 2.500 feridos. "Fábrica de Suor", como era conhecido, usava além de mão de obra forçada e barata, também condições insalubres e inseguras para ambiente de trabalho. Um ano antes, em 2012, um incêndio destruiu uma fábrica de roupas na capital de Daca, também em Bangladesh, com mais de 100 (cem) vítimas fatais.

Bangladesh, juntamente com o Vietnam, é um dos lugares mais baratos para a indústria têxtil, na confecção de roupas, e estão entre os países que mais exportam artigos de vestuário "*Ready Made Garment Industry*" (RMG, como é conhecido em inglês), que poderia ser facilmente traduzido como roupas prontas com produções massivas, em português.

Entretanto, leis trabalhistas que favorecem o trabalhador, condições precárias de trabalho e mão-de-obra análoga à de escravo também são encontradas no Brasil. Este tipo de violação à dignidade humana não é um problema tão somente encontrado em países asiáticos. Logo, o presente estudo tem como objeto analisar o trabalho análogo ao de escravo dentro da indústria brasileira da moda, tendo como enfoque o trabalho efetivo de proteções e punições impostas pelo Ministério Público do Trabalho para aqueles empregadores que, eventualmente, venham a praticar tal crime.

De início, vale ressaltar que esta é uma pesquisa de relevante valor e papel social, uma vez que se estima que 40 milhões de pessoas do mundo foram vítimas da escravidão moderna em 2016, sendo que 71% (setenta e um por cento) destas pessoas são mulheres, incluindo crianças do sexo feminino, baseado em dados do *site* da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

De acordo com a ONU (2016, p. 1), "o trabalho escravo é uma grave violação dos direitos humanos que tem levado milhões de seres humanos a serem explorados e submetidos a condições desumanas, causando o enriquecimento ilícito de outras". A Constituição da República, em seu artigo 5º, *caput*, afirma que é garantia fundamental a liberdade do ser humano. No mesmo artigo, em seu inciso III, indica que ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante. Já em seu artigo 243, permite que seja destinada à reforma agrária, toda propriedade rural e urbana em que seja localizada a exploração do trabalho escravo na forma da lei.

Também em âmbito nacional, o Código Penal criminaliza o ato de reduzir alguém à condição análoga à de escravo, com pena de reclusão, previsto no art. 149 do aludido Código.

Embora passados mais de 130 anos da promulgação da Lei Áurea, sancionada pela Princesa Isabel, e que colocou um fim à escravidão no Brasil, podemos ainda visualizar as cicatrizes deixadas de quando os interesses do capital desenfreado, visando somente ao lucro, se sobrepõe ao da dignidade humana. Nos dias de hoje, é possível encontrar a chamada escravidão moderna, um conceito diferente da escravidão que ocorreu entre os séculos XVI e XIX, e que inclui pessoas que ficaram presas a um contratante por dívida contraída ou mantidas como trabalhadores domésticos para "pagar" por um serviço, por exemplo.

O problema apresentado será a questão dos tomadores de serviços que seguem impunes, e como este tipo de transgressão perdura até os dias de hoje. Nesta seara, o estudo procurará identificar na legislação existente os meios de atuar no combate a esse crime, que afronta os direitos trabalhistas.

A hipótese levantada é que com a aplicação da legislação de forma eficiente, será possível que todos os trabalhadores tenham seus direitos assegurados, com base nos princípios do direito do trabalho, protegendo a igualdade jurídica entre os contratantes, de forma que o empregador não tenha vantagens ilícitas sobre o trabalhador, respeitando a sua dignidade enquanto ser humano.

O tipo de pesquisa será hipotético-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e entrevistas. A partir disso, a finalidade da pesquisa será fazer uma análise dos dispositivos legais de que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro para averiguar se este é suficiente para coibir essa prática e, se são ou não satisfatórios na garantia de uma vida digna aos trabalhadores.

Os tipos de dados serão opinativos, conceituais e teóricos.

Os dados serão coletados por meio de fontes primárias (observações) e secundárias (literatura, doutrinas, jurisprudência, legislação, revistas, sites e artigos científicos).

A proposta desse trabalho se justifica pela possibilidade de identificar se a legislação brasileira é eficiente ou não no combate ao trabalho escravo moderno na sociedade atual, com enfoque na indústria têxtil.

Os trabalhos se voltam principalmente para os seguintes aspectos:

a) análise da legislação e doutrina já existente;
b) estudo acerca das condições de risco em que se encontram as pessoas em situação de vulnerabilidade, decorrente de práticas do crime de trabalho análogo ao escravo.

O objetivo deste trabalho será demonstrar a importância deste tema para estudos e melhoria da legislação, uma vez que o trabalho forçado deve ser combatido de forma eficiente, assegurando os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana a nível nacional.

Este trabalho foi estruturado em 4 itens, no primeiro, será apresentado como o trabalho escravo chegou ao Brasil e como ocorreu a sua evolução histórica até a sua abolição, com a Lei Áurea. Também será abordado o conceito da escravidão moderna e contemporânea na sociedade e porque este é um problema que perdura até os dias de hoje. Nos subitens, serão conceituados os tipos de trabalhos escravos contemporâneo encontrados no Brasil.

No item 2, uma vez analisado o panorama da escravidão contemporânea, será demostrado que a moda é componente integrante na sociedade. Por meio da moda, segundo João Braga (2008), é possível compreender e estudar a historicidade do homem. Na construção da nossa civilização sempre houve o percurso da moda, entretanto, ela ocupa um lugar central principalmente no século XIX, com a ascensão do capitalismo. Para isso, o modelo produtivo de maior sucesso que encontram para atender a todos é o chamado "*fast fashion*" (CIETTA, 2012, p. 33). Grandes cadeias de "*fast fashion*" tornam-se mundialmente conhecidas e tomam os mercados, impondo novas maneiras de vender e consumir, e vem alimentando o ciclo de superexploração do costureiro imigrante latino-americano em âmbito nacional.

O item 3 traz os princípios do direito do trabalho e como eles agem na proteção do trabalhador, parte vulnerável nas relações de trabalho.

No item 4, serão abordadas as ações de combate ao trabalho escravo contemporâneo, uma vez que o Brasil tem demonstrado uma importante liderança nesta luta global, com reconhecimento internacional. Uma das medidas feitas pelo governo é a conhecida 'Lista Suja', uma base de dados criada pelo governo em novembro de 2003, que expõe casos em que houve resgate de pessoas em condições consideradas análogas à escravidão. Além disso, outras medidas foram tomadas pelo MPT, como ações sociais e seminários que levam à população informações e maneiras de combater os trabalhos forçados na sociedade atual.

A seguir, será desenvolvido o tema da história do trabalho escravo no Brasil.

## 1. A história do trabalho escravo no Brasil

Nas lições de Caio Prado Junior, nos últimos anos do século XV o litoral brasileiro começou a ser frequentado pelos navegantes portugueses e espanhóis, que faziam suas viagens a caminho das Índias, com a proposta de expansão marítima e em razão dos interesses mercantilistas dos governos europeus.

Mesmo com a relevante descoberta de uma nova terra, na ótica desses navegantes-mercadores, a "*Terra da Vera Cruz*"[4] não teve suma importância em um primeiro momento. Isso porque, no começo, a prioridade dessas expansões marítimas era, principalmente, econômica, ou seja, a atividade lucrativa da época era o comércio de especiarias da Índia.

Entretanto, uma vez descoberta essa nova terra, fora identificada uma árvore que dispunha de um material corante, de cor vermelha, empregado na tintura e também muito semelhante a outra espécie vegetal que se extraia das Índias, podendo, como consequência suprir a demanda dessas especiarias, que até então só eram encontradas no outro continente.

Até quase meados do século XVI, os portugueses traficavam ativamente essa árvore de forma rudimentar. Para a extração do "*pau brasil*", os europeus se valiam da mão de obra indígena, e, como recompensa, lhes era dado alguns

[4] Pero Vaz de Caminha, em sua famosa carta, usa a expressão Terra da Vera Cruz, para se referir ao Brasil: "Neste dia, a horas de véspera, houvemos vista de terra! Primeiramente dum grande monte, mui alto e redondo; e doutras serras mais baixas ao sul dele; e de terra chã, com grandes arvoredos: ao monte alto o capitão pôs nome – o Monte Pascoal e à terra – a Terra da Vera Cruz.". *A Carta de Pero Vaz de Caminha*, Porto Seguro: Pero Vaz de Caminha, 1500.

objetos, tais como miçangas, tecidos e peças de roupas, e, mais raramente, canivetes, facas e outros objetos de ínfimo valor. Segundo Prado (JUNIOR, Caio Prado, 1945, p. 26): "*indiretamente, a exploração do pau-brasil deu origem a alguns estabelecimentos coloniais*".

É nessa época em que se começa a escravização dos índios. Segundo José Murilo de Carvalho:

> A escravização de índios foi praticada no início do período colonial, mas foi proibida pelas leis e teve a oposição decididas dos jesuítas. Os índios brasileiros foram rapidamente dizimados. Calcula-se que havia na época da descoberta cerca de 4 milhões de índios. Em 1823 restava menos de 1 milhão. (CARVALHO, José Murilo, 2015, p.26)

Mais tarde, na segunda metade do século XVI, serão criadas as doze "*capitanias hereditárias*" - de teor puramente mercantil - grandes extensões de terras que foram divididas aos titulares, também chamado de capitães-donatários, gozando de regalias e poderes soberanos sobre elas. Já se conhecia bastante do Brasil, e, já sabiam que o clima úmido era altamente favorável para a produção da cana-de-açúcar. Quanto à mão-de-obra, contava-se com escravos - indígenas e africanos. Com esta base, iniciou-se a ocupação e a colonização do Brasil.

Assim, desde os primórdios, as relações sociais criadas no Brasil têm como cerne o latifúndio e a escravidão - que eram, de fato, pilares da ordem escravocrata. O Brasil colonial teve seu arcabouço na monocultura açucareira, mas também nas lavouras tradicionais de algodão e café, resultando em uma sociedade patriarcal, escravagista e agrária. Nesse sentido, de acordo com Gilberto Freyre (1933):

> A cana-de-açúcar começou a ser cultivada igualmente em São Vicente e em Pernambuco, estendendo-se depois à Bahia e ao Maranhão a sua cultura, que onde logrou êxito […] trouxe em conseqüência uma sociedade e um gênero de vida de tendências mais ou menos aristocráticas e escravocratas. (FREYRE, Gilberto, Casa Grande e Senzala, pdf, 1933, p. 46)

Como a demanda pelo açúcar e café era grande e lucrativa, e pedia uma produção intensiva, as grandes propriedades monoculturais desencadearam, inicialmente, a expansão do regime escravo no Brasil colônia - a escravidão, nas palavras de Caio Prado Junior, constituía a mola mestra da vida do país[5].

Percebe-se, prontamente, que para a existência dos engenhos, como decorrência das próprias condições latifundiárias, a exploração e procura de mão-de-obra braçal e escrava, haviam de estar juntas. Estes seriam interdependentes. Nas palavras de Maria Sylvia de Carvalho (1969):

> Ao se apontar a presença simultânea dessas duas modalidades de produzir, no latifúndio, é preciso não perder de vista que, no contexto brasileiro, elas ganham identidade: uma não existe sem a outra. A produção e o consumo diretos encontram sua razão de ser na atividade mercantil, como meio que se definiu juntamente com a extensão das terras apropriadas, as técnicas rudimentares, a escravaria. (CARVALHO, Maria Sylvia de, Homens Livres na Ordem Escravocrata, 1969, p. 11).

[5] JUNIOR, Caio Prado. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Ed. Brasiliense. 143. 1ª edição 1945.

Seguindo, os ensinamentos do historiador José Murilo de Carvalho[6]: "a escravidão penetrava em todas as classes, em todos os lugares e em todos os desvãos da sociedade [...]". Os escravos estavam presentes em todas as atividades da sociedade colonial. Ainda que estivessem concentrados nas áreas rurais, dos latifúndios, também era possível encontrar escravos nas cidades. Desde tarefas domésticas, para os senhores e senhoras de engenho, até para o Estado, funcionários públicos e padres.

De suma importância econômica para o país da época, a prática do trabalho escravo começa então a ser difundida. No começo era apenas no Nordeste. Já no final do século XVII e XVIII, com a descoberta do ouro, o trabalho escravo passa a ser utilizado nos estados de Minas Gerais, Goiás e Mato Grosso. No século XIX, com o café substituindo o ouro, o estado de São Paulo e o do Rio de Janeiro passam a demandar por escravos no interior.

Somente após a guerra contra o Paraguai, que teve seu fim em 1870, a escravidão foi colocada como uma questão a ser combatida. Até então, tivemos algumas tentativas de tratados para abolição do tráfico de escravos. Foi a exemplo da Inglaterra, e do tratado antitráfico de 1827, que em 1831 foi votada uma lei que cuidava do tráfico de navio negreiro como pirataria, que na prática, não surtiu efeitos.

Os escravos foram traficados da África, de forma contínua, até 1850, uma vez que em 4 de setembro de 1850 foi promulgada a Lei Eusébio de Queiroz[7], que proibiu essa prática. Conforme José Murilo destaca:

> Calcula-se que até 1822 tenham sido introduzidos na colônia cerca de 3 milhões de escravos. Na época da independência, numa população de cerca de 5 milhões, incluindo uns 800 mil índios, havia mais de 1 milhão de escravos. (CARVALHO, José Murilo, 2015, p. 26)

Nesse mesmo sentido, Darcy Ribeiro ensina:

> Avaliamos em 6 milhões o número de negros introduzidos no Brasil como escravos até 1850, quando da abolição do tráfico; em 5 milhões o número mínimo de índios com que as fronteiras da civilização brasileira se foram defrontando, sucessivamente, no mesmo período; e em 5 milhões, no máximo o número de europeus vindos do Brasil antes de 1859 (RIBEIRO, Darcy, 2015, p. 172)

Em 1845, foi promulgada a Lei Bill Arden[8], em que a Inglaterra proibia o tráfico de escravos africanos, e então volta a intimidar o Brasil, desta vez usando a força da lei e da sua marinha. Só assim o governo brasileiro decidiu pôr fim ao tráfico de maneira concreta. Depois desse marco, somente após a guerra contra o Paraguai, em 1870, que manter escravos passa a ser constrangimento para o país.

---

[6] CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p.26.

[7] Lei nº 581, elaborada pelo político brasileiro Eusébio de Queiroz Coutinho Matoso da Câmara (1812-1868), durante do Segundo Reinado. <Disponivel em: https://www.todamateria.com.br/lei-eusebio-de-queiros/>Acesso em: 27 de março de 2020.

[8] O Bill Aberdeen foi uma lei inglesa aprovada em 1845, que concedia direitos à Marinha Real britânica de atuar de maneira rígida contra o tráfico negreiro, que trazia milhares de africanos para o Brasil anualmente. Essa medida drástica foi tomada pela Inglaterra por conta da falta de iniciativas do governo brasileiro em pôr fim ao tráfico de escravos.

Começa-se, então, uma corrida a abolição da escravidão. Em 1871, por iniciativa do imperador[9] e apoio da imprensa - mas com muita resistência dos fazendeiros - é promulgada a primeira lei abolicionista - a Lei do Ventre Livre, ou, Lei Rio Branco (Lei nº 2040 de 28 de setembro de 1871). Nas palavras de Darcy Ribeiro:

> Depois da primeira lei abolicionista [...] que liberta o filho da negra escrava -, nas áreas de maior concentração da escravaria, os fazendeiros mandavam abandonar, nas estradas e nas vilas próximas, as crias de suas negras, que já não sendo coisas suas, não se sentiam mais na obrigação de alimentar (RIBEIRO, Darcy, 2015, p.175).

Vê-se, portanto, uma das maiores atrocidades da história do país, já que a vida de um filho de escravo nada valia.

### 1.1 A abolição da escravidão no Brasil

Sérgio Buarque de Holanda[10], no ano de 1936, escreveria que "1888 representa um marco divisório entre duas épocas". É fato que desde o final do século XIX, vão nascendo os movimentos abolicionistas, que exigiam o fim do tráfico e do trabalho escravo. Entretanto, somente em 1888, no dia 13 de maio, com a promulgação da Lei nº 3.353 que coloca, definitivamente o fim da escravidão - tornando-se o Brasil um dos únicos países do Ocidente a tolerá-la, portanto, era necessário dar fim a esse sistema.

A Lei Áurea[11], como foi denominada, sancionada pela Princesa Isabel, possuía dois artigos, e, além de pôr fim à escravidão em um país majoritariamente escravocrata por mais de três áreaéculos[12], não havia previsão de indenização aos senhores, nem tampouco previa alguma maneira de reparação aos ex-escravos. Veja-se:

BRAZIL LIVRE

1888 — TREZE DE MAIO — 1888

EXTINCÇÃO DA ESCRAVIDÃO

LEI N. 3353 DE 13 DE MAIO DE 1888

DECLARA EXTINCTA A ESCRAVIDÃO NO BRAZIL

A Princeza Imperial Regente em nome de Sua Magestade o Imperador o Sr. D. Pedro II: Faz saber a todos os subditos do Imperio, que a Assembléa Geral decretou e Ella sanccionou a lei seguinte:

Art. 1.° E' declarada extincta desde a data d'esta lei a escravidão no Brazil.

Art. 2.° Revogam-se as disposições em contrario.

Manda portanto a todas as auctoridades a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente como n'ella se contém.

O secretario de Estado dos Negocios da Agricultura e interino dos Negocios Estrangeiros, bacharel Rodrigo Augusto da Silva a faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro, em 13 de Maio de 1888, sexagesimo setimo da Independencia e do Imperio.

PRINCEZA IMPERIAL REGENTE.

[9] Dom Pedro II (ou Pedro II do Brasil) foi o segundo e último Imperador do Brasil. Ele subiu ao trono aos 15 anos de idade (com o golpe da maioridade) em 1840 e esteve à frente do país até 1889, quando se instala a República. (COSTA, Marcos, A História do Brasil para Quem tem Pressa. Rio de Janeiro: Valentina, 2016, p. 75).

[10] HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, São Paulo: Editora José Olympio. 1936, p.73.

[11] A palavra "áurea", atribuída à lei que pôs fim à escravidão no Brasil, é uma palavra que significa "ouro", ao referir-se ao novo período "iluminado" que surgia no país. <Disponível em: https://www.todamateria.com.br/lei-aurea/> Acesso em: 24 de abril de 2020

[12] O Brasil foi um dos últimos países a abolir a escravidão, tendo explorado os escravos por mais de trezentos anos.

Edição do Jornal "Gazeta de Notícias", Rio de Janeiro, 13 de maio de 1888.

Como resultado, houve uma grande polarização na sociedade brasileira. De um lado, aqueles que defendiam a Monarquia e comemoravam a conquista que havia sido ao sancionar a Lei Áurea. De outro, os latifundiários e a elite escravocrata - e alguns militares - irritados com essa decisão, que retiram seu suporte ao Imperador. Sendo assim, passam a defender os republicanos[13], e em um ano e sete meses depois, a monarquia é derrubada. Todos da Família Imperial foram expulsos do Brasil.

Instituída a República, Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto criam o chamado "Governo Provisório", em que o foco do poder - que antes era centrado na Monarquia e na figura de seu Imperador - passa para os estados: na figura dos governadores e para os grupos de política locais. No entanto, o país que surge do golpe republicano não se altera em quase nada do Brasil no período Monárquico.

Tudo isso reflete em como os ex-escravos foram tratados logo após a abolição. Não houve políticas públicas que os inseriram na sociedade, e, mesmo com um novo regime, não houve interesse em promover a cidadania entre a população escrava. Nas palavras de José Murilo de Carvalho:

> No Brasil, aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos. Passada a euforia da libertação, muitos ex-escravos regressaram a suas fazendas, ou a fazendas vizinhas, para retomar o trabalho por baixo salário. (CARVALHO, José Murilo. p. 57)

Tampouco houve preocupação em legislar, ainda que minimamente, para disciplinar as relações capital x trabalho, já que não haveria mais mão de obra escrava. Essa legislação somente adveio muitos anos depois, por muita luta dos trabalhadores, ainda assim para a mão de obra urbana, já que os trabalhadores rurais ficaram décadas sem uma legislação protetora, mais um reflexo do longo período escravocrata vivenciado pelo país.

Ainda nas lições de Murilo de Carvalho, mesmo após anos da abolição, os descendentes de escravos ainda moravam nas fazendas, apesar de, aparentemente, ter uma vida um pouco melhor do que a de seus antepassados. Aqueles que se arriscaram nas grandes cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, tiveram seus empregos ocupados pelos imigrantes italianos, que o governo trazia para o país.

Sendo assim:

> As consequências da escravidão não atingiram apenas os negros. [...] A escravidão afetou tanto o escravo como o senhor. Se o escravo não desenvolvia a consciência de seus direitos civis, o senhor tampouco o fazia. [...] A libertação dos escravos não trouxe consigo a igualdade efetiva. Essa igualdade era afirmada nas leis, mas negada na prática." (CARVALHO, José Murilo. p. 58).

Nesse sentido, ainda hoje, o que se encontra na sociedade, apesar de diversas leis, é que os privilégios de poucos coincidem com o desrespeito e prejuízo de muitos, ainda hoje não se valoriza a mão de obra assalariada e há um pensamento de quem contrata trabalhador neste país está fazendo um favor para o

[13] O Movimento Republicano nasce em 1871, exatamente porque a elite escravocrata e latifundiária passa a sentir que seu poder político e econômico estava declinando. (COSTA, Marcos. A História do Brasil Para Quem Tem Pressa. Rio de Janeiro: Valentina, 2016. p. 88).

contratado, e não se vê que o empregador sempre fica com a mais valia do fruto do trabalho humano, aliás, essa cultura poderá ser constatada no tópico seguinte.

### 1.2 O trabalho escravo no Brasil que persiste nos dias de hoje

Mesmo depois de mais de um século da Lei Áurea, no entanto, nem o Brasil - nem o mundo - podem dizer que estão livres do trabalho escravo. Claramente, já não se encontra mais o modelo adotado no período colonial, em que a escravidão era apoiada e disseminada pelo próprio Estado. Mas nos dias de hoje, ainda é possível, principalmente na agropecuária, produção de cana-de-açúcar, indústria têxtil e construção civil, encontrar o que se chama de "trabalho escravo contemporâneo" ou, mais especificamente, "trabalho em condições análogas à escravidão".

Segundo o professor Luciano Martinez:

> [...] É fundamental dizer que o conceito de "trabalho escravo" engloba as distintas figuras do trabalho "forçado", "indecente" e "degradante" e que, em rigor, "escravo" é um qualificativo dado ao trabalho, e não ao trabalhador. (MARTINEZ, Luciano. p. 103. 2020)

É de ressaltar que, conforme a ONU[14], "O trabalho escravo na economia privada gera, a cada ano, US$ 150 bilhões de lucros obtidos de forma ilegal", e que os grupos mais afetados por essa atividade são os migrantes, afrodescendentes e os povos indígenas.

#### 1.2.1 Escravidão por dívidas

A servidão por dívidas é uma das formas mais usuais de reduzir o trabalhador à condição análoga de escravo na sociedade brasileira atual, em que sua origem se dá desde a antiguidade, e seu início, no país, adveio antes mesmo da abolição da escravidão. Caio Prado Júnior diz que este tipo de trabalho escravo tem como início na exploração de borracha, onde os seringalistas[15] se aproveitam da região semideserta e com escassa mão de obra, levando ao endividamento do empregado e a sua obrigação de continuar trabalhando até o pagamento da integralidade da dívida.

Segundo, Prado (1945, p. 238):

> [...] As dívidas começam logo ao ser contratado: ele adquire a crédito os instrumentos que utilizará, e que embora muito rudimentares (o machado, a faca, as tigelas onde recolhe a goma), estão acima de suas posses, em regra nulas. Freqüentemente estará ainda devendo as despesas de passagem desde sua terra nativa até o seringal. Estas dívidas iniciais nunca se saldarão porque sempre haverá meios de fazer as despesas do trabalhador ultrapassarem seus magros salários. Gêneros caros (somente o proprietário pode fornecê-los porque os centros urbanos estão longe) [...]E quando isto ainda não basta, um hábil jogo de contas que a ignorância do seringueiro analfabeto não pode perceber, completará a manobra. Enquanto deve, o trabalhador não pode abandonar seu patrão credor; existe entre

14 Cf. https://history.uol.com.br/microsite/raizes/news/quantos-escravos-trabalham-para-voce#:~:text=Lucro%20ilegal,lucros%20obtidos%20de%20forma%20ilegal.%22. Acesso em: 24 set. 2020.

15 Donos da propriedade de exploração. JUNIOR, Caio Prado. História Econômica do Brasil. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1945. p. 237.

> os proprietários um compromisso sagrado de não aceitarem a seu serviço empregados com dívidas para com outro e não saldadas.

No Brasil, atualmente, ainda é observada, principalmente nas áreas rurais e de pouco acesso, a submissão do trabalhador por dívidas. Em dezembro de 2003, por meio da Lei n. 10.803, foi aprovada uma alteração no Código Penal, e em seu artigo 149, definindo-se o delito de reduzir alguém à condição análoga à de escravo:

> Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
> I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
> II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
> § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:
> I - contra criança ou adolescente;
> II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Conforme o site "Repórter Brasil"[16], este tipo de trabalho escravo por meio de dívidas teve seu início no ciclo da borracha, escravizando principalmente aos indígenas que, ao se submeterem as dívidas, receberiam o "status" de civilizados perante os patrões.

Essa realidade, todavia, segue fazendo milhares de vítimas ano após ano. Segundo dados do Radar da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia[17]:

> O meio rural continua concentrando o maior número de registros, com 87% dos casos: produção de carvão vegetal (121); cultivo de café (106); criação de bovinos para corte (95); comércio varejista (79); cultivo de milho (67). O trabalho escravo urbano também fez 120 vítimas, a maior parte na confecção de roupas (35). Também houve registros na construção civil (18), em serviços domésticos (14), construção de rodovias (12) e serviços ambulantes (11). (Melo, Karine. Brasil teve mais de mil pessoas resgatadas do trabalho escravo em 2019.)

Em 2014, segundo o site "Repórter Brasil", no estado do Amazonas, na cidade de Barcelos, a 405 quilômetros de Manaus, uma ação de resgate realizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT 11ª Região), contra a empresa Irajá Fibras Naturais da Amazônia, constatou o trabalho escravo de treze trabalhadores, visto que o sócio da empresa, Sr. Luiz Cláudio Morais Rocha, mantinha essas pessoas trabalhando na atividade da extração de piaçava[18], em condições degradantes e com jornadas exaustivas.[19]

---

[16] Repórter Brasil ONG. Servidão Por Dívida. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/servidao-por-divida/> Acesso em 27 de abril de 2020, 15:43.

[17] Agência Brasil. Brasil teve mais de mil pessoas resgatadas do trabalho escravo em 2019. Disponível em:https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-01/brasil-teve-mais-de-mil-pessoas-resgatadas-do-trabalho-escravo-em. Acesso em: 27 abr. 2020. 17h12min.

[18] Piaçava é uma fibra natural, muito usada em vassouras, herdada da cultura indígena tupinambá.

[19] MPT ajuíza ação civil pública contra empresário pela prática de trabalho escravo no valor de R$ 5 milhões. Disponível em: <http://www.prt11.mpt.mp.br/procuradorias/prt-manaus/101-mpt-ajuiza-

Ainda segundo a matéria, mesmo com seus direitos violados, alguns trabalhadores, que se encontram nessa condição de servidão por dívidas, encaravam tudo isso com naturalidade, pois não se viam em situação de trabalho escravo - mesmo contraindo dívidas com o empregador – tendo que carregar mais de 60 quilos nas costas todos os dias.

Isolados na floresta, em condições sub-humanas, e sem o devido conhecimento de seus direitos, esses trabalhadores continuam sendo presas fáceis para os donos das grandes fazendas, que prosseguem explorando essas pessoas, em trabalhos análogos ao de escravo, expondo muitas vidas em risco e trabalho degradante.

### 1.2.2 Trabalho forçado

Segundo a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em seu artigo 2º:

> Art. 2 — 1. Para os fins da presente convenção, a expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. (Convenção nº29 OIT, 1930, p.1).

Além disso, como mencionado acima, o trabalho forçado também está previsto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, e, conforme as lições de Guilherme de Souza Nucci, são trabalhos com jornadas exaustivas, em que o empregado exerce a atividade laborativa de modo compulsório, sem voluntariedade, e ainda existe a coerção do empregador para que exista a produção pretendida.

Ainda segundo Nucci:

> "Cumpre ressaltar que até mesmo aos condenados veda, a legislação brasileira, a imposição da pena de trabalhos forçados (art. 5.º, XLVII, c, CF), motivo pelo qual é inconcebível que qualquer pessoa seja submetida a essa forma de trabalho." (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal - Parte Especial, Vol 2, 3ª edição).

Percebe-se, assim, a existência de Convenção internacional proibindo o trabalho escravo, bem como normas na legislação pátria para coibir essa ilicitude que ainda persiste em pleno Século XXI.

### 1.2.3 Trabalho degradante

Degradação, segundo o dicionário online Michaelis[20] pode significar: "Ação ou efeito de degradar(-se); degradamento", "Deterioração moral; depravação" e "Condenação ao exílio, banimento, desterro".

O trabalho degradante é evidenciado quando o trabalhador é obrigado a realizar suas atividades laborais sem condições mínimas de higiene e segurança em seu ambiente de trabalho, tendo sua saúde, tanto física quanto mental, prejudicada. São negados os direitos básicos ao trabalhador, que é reduzido à condição de coisa.

---

acao-civil-publica-contra-empresario-pela-pratica-de-trabalho-escravo-no-valor-de-r-5-milhoes> Acesso em 27 abr. 2020. 16h05min.

[20] Diponível em: http://michaelis.uol.com.br/busca?id=90xO. Acesso em 03 ago. 2020. 10h20min.

Segundo Luciana Francisco Pereira[21] o trabalho degradante "relaciona-se com o próprio trabalho escravo *stricto sensu*. Pressupõe, portanto, a falta explícita de liberdade."

Não obstante, o professor Guilherme Nucci explica que:

> [...] é preciso que o trabalhador seja submetido a um cenário humilhante de trabalho, mais compatível a um escravo do que a um ser humano livre e digno. Logo, apesar de se tratar de tipo aberto, dependente, pois, da interpretação do juiz, o bom senso está a indicar o caminho a ser percorrido, inclusive se valendo o magistrado da legislação trabalhista, que preserva as condições mínimas apropriadas do trabalho humano.

Logo, é possível perceber que a definição de "trabalho degradante", todavia, não é tão simples, e pode gerar diversas interpretações.

Veja-se as ementas abaixo:

> PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima "a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva" ou "a condições degradantes de trabalho", condutas alternativas previstas no tipo penal. A "escravidão moderna" é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa "reduzir alguém a condição análoga à de escravo". Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais. (STF - Inq 3412, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 09-11-2012 PUBLIC 12-11-2012 RTJ VOL-00224-01 PP-00284).
>
> "A configuração do trabalho em condições análogas a de escravo, apesar de o tipo penal localizar-se no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal, prescinde da coação física, constituindo um crime contra a organização do trabalho" (RE 398041/PA, Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008, EMENT VOL-02346-09 PP-02007).
>
> RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PORQUE NÃO CONFIGURADA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DOS TRABALHADORES OU RETENÇÃO POR VIGILÂNCIA OU MEDIANTE APOSSAMENTO DE DOCUMENTOS PESSOAIS. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA E CONTEÚDO VARIADO. SUBMISSÃO A CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTES. DELITO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO RESTABELECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o delito de submissão à condição análoga à de escravo se configura independentemente de restrição à liberdade dos trabalhadores ou retenção no local de trabalho por vigilância ou apossamento de seus documentos,

[21] Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-59/a-escravidao-contemporanea-e-os-principios-do-direito-do-trabalho/. Acesso em 26 abr. 2020. 17h40min.

> como crime de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, a teor do art. 149 do CP, a demonstração de submissão a trabalhos forçados, a jornadas exaustivas ou a condições degradantes. Precedentes. 2. Devidamente fundamentada a condenação pela prática do referido delito em razão das condições degradantes de trabalho e de habitação a que as vítimas eram submetidas, consubstanciadas no não fornecimento de água potável, no não oferecimento, aos trabalhadores, de serviços de privada por meio de fossas adequadas ou outro processo similar, de habitação adequada, sendo-lhes fornecido alojamento em barracos cobertos de palha e lona, sustentados por frágeis caibros de madeira branca, no meio da mata, sem qualquer proteção lateral, com exposição a riscos, não há falar em absolvição. 3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, determinando que o Tribunal de origem prossiga no exame do recurso de apelação defensivo. (STJ - REsp 1843150/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 02/06/2020).

Assim, as condições degradantes de trabalho e de habitação, o não fornecimento de água potável, o não oferecimento, aos trabalhadores, de serviços de privada por meio de fossas adequadas ou outro processo similar, de habitação adequada (fornecimento de alojamento em barracos cobertos de palha e lona, sem qualquer proteção lateral), com exposição a riscos, pode configurar o trabalho degradante em condições análogas à de escravo.

### 1.2.4 Jornadas exaustivas

O artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República, prevê que a duração do trabalho normal não deve ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. De acordo com a CLT, é permitida a jornada de trabalho de oito horas, com prorrogação de 2 (duas) horas em casos especiais. Quando essa jornada é desrespeitada, causando prejuízos à saúde, e até danos existenciais [22] ao trabalhador, pode ser configurada a jornada exaustiva ou, até mesmo, o trabalho em condições análogas à de escravo. [23]

Nas lições de Guilherme Nucci[24]: "É o período de trabalho diário que foge às regras da legislação trabalhista, exaurindo o trabalhador, independentemente de pagamento de horas extras ou qualquer outro tipo de compensação".

Em sua explicação, Nucci esclarece que a jornada exaustiva pode ser procurada pelo próprio trabalhador, a fim de melhorar sua remuneração ou para conseguir alguma vantagem, como, por exemplo, uma promoção. Entretanto, para que seja caracterizado o crime do art. 149 é preciso que o empregador submeta e exija que o empregado se submeta a essa situação.

## 2. A moda: evolução histórica

A história mostra que, desde as primeiras civilizações, o tecido aparece como forma de cobrir ou revelar o corpo. Muito além de somente proteger do frio, o vestuário vai ser recebido como um adereço, um deleitante sexual. Pode-se dizer

[22] Pode haver dano existencial quando a jornada exaustiva priva o trabalhador de momentos de lazer e de convívio com a família.

[23] Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/-/jornada-danos-causados-ao-trabalhador-que-possui-jornada-exaustiva-de-trabalho. Acesso em 5 maio 2020. 17h33min.

[24] NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal*, v. 2: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530982973. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530982973. Acesso em: 6 ago. 2020.

que as joias e as vestimentas estão como os elementos mais arcaicos da civilização. Entretanto, diferente de algumas joias que possuem durabilidade eterna e, assim, podem ser passadas de geração para geração, para a conservação dos tecidos, já se encontra uma certa dificuldade.

Vê-se, então, que o tecido sempre teve grande importância para o homem. Mas é na Era Medieval, no decorrer dos Séculos XV e XVI, que surge a moda. A roupa nessa época servia como identificação da classe do indivíduo na sociedade: de um lado a elite, o clero, ostentando o luxo; do outro, aqueles que não possuíam acesso a ela, a chamada "moda de rua": representada pelos camponeses, pelos guerreiros, cavaleiros e sacerdotes. A moda exprimia as divisões entre os grupos de poder. Com a criação dos burgos, no final da Idade Média, e o aprimoramento das técnicas artesanais, surgem melhores tecidos e a moda passa a ser objeto de competição social.

Segundo Émile Durkheim, a moda é um fato social, afinal:

> Trata-se de fenômenos que extrapolam o âmbito dos indivíduos e de suas consciências particulares. [...] Nascemos no interior de um mundo já constituído, bem definido, com uma estrutura própria. (DURKHEIM, Émile. MUSSE, Ricardo. 2011)

E a finalidade vai alterando, conforme a sociedade muda, e o tempo passa, apesar de sempre impositivo. Mas é tão somente com a Revolução Industrial e com a Revolução Francesa, que a moda se torna um assunto para todos, e já não engloba exclusivamente a Corte. Nesse século, ela torna-se parte de um consumo amplificado e fortalecido, fazendo parte de uma cultura do consumo. A ascensão do capitalismo traz o consumo como passatempo, e é visto como melhoria de vida.

As lojas passam a ter espaços personalizados; surgem as vitrines, e também os negócios voltados à moda. As indústrias têxteis ganham força. Propagandas passam a reger essa indústria, e com essa mudança comportamental da sociedade, entram em jogo as roupas prontas e semiprontas, que passam a tomar lugar dos trajes feitos à mão[25].

## 2.1 A indústria têxtil brasileira e o fast fashion

A indústria têxtil e de vestuário do Brasil são reconhecidas por serem as principais do país e as mais completas mundialmente, uma vez que vai desde a fabricação de fibras até a costura e a comercialização do produto final. De acordo com o site da Apex-Brasil[26], a moda brasileira tem se destacado o país para o mundo. O Brasil movimenta, atualmente, mais de US$ 90 bilhões em faturamento.

> O setor têxtil e de confecção brasileiro tem grande destaque no cenário mundial, não apenas por seu profissionalismo, diversidade e tecnologia, mas também pelas dimensões de seu parque têxtil: é a sexta maior indústria do mundo, o segundo maior produtor de denim e o terceiro de malhas. O país é um dos poucos que contam com uma cadeia têxtil e de confecção totalmente integrada, que corresponde a 5,7% do PIB da indústria de transformação e emprega 1,6 milhão de pessoas, dados de 2013, sendo o segundo maior gerador de empregos da indústria da transformação do Brasil. O setor têxtil e de confecção inclui empresas desde a produção de matérias-primas (fibras naturais e químicas), passando pelas tecelagens

[25] BRANDÃO, A. Uma história de roupas e de moda para a história da arte. MODOS. *Revista de História da Arte*. Campinas, v. 1, n.1, p.40-55, jan. 2017. Disponível em: http://www.publionline.iar.unicamp.br/index.php/mod/article/view/728.

[26] Disponivel em: http://www.apexbrasil.com.br/moda. Acesso em 06 ago. 2020, 10h50min.

> e até o produto final (vestuário e cama, mesa e banho). (Portal Apex-Brasil. Disponível em: <http://www.apexbrasil.com.br/moda> Acesso em: 06 de agosto de 2020).

Essa ascensão do setor têxtil, se dá principalmente com a chegada do modelo "*fast fashion*":

> Apesar da pressão dos importados, o setor ganhou novo empurrão nos últimos anos com a introdução do modelo fast-fashion no país, a partir da chegada de marcas mundiais em nosso varejo: em vez de fábricas voltadas para uma produção bifásica entre coleções de verão e inverno, organizaram-se cadeias de suprimento em que as peças passaram a ser produzidas a partir de múltiplas referências – como os circuitos internacionais de moda, os símbolos da cultura pop e os megaeventos esportivos. Segundo esse modelo, as roupas devem ser fabricadas com agilidade, para todos os gêneros e idades, em grande quantidade e com preços acessíveis à classe média. Atualmente, estima-se que cerca de 20% da indústria têxtil brasileira operem segundo essa lógica. (BRASIL, Repórter, p.3 Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/08/Fast-Fashion_VFinal.pdf>Acesso em maio de 2020).

Dentre as principais marcas brasileiras que operam com este modelo, pode-se citar a Renner, Riachuelo e Marisa. Internacionalmente, as mais conhecidas são a ZARA, H&M e C&A. Todas essas marcas pensam em dar aos clientes roupas da moda, com preços atraentes e em um ritmo acelerado - aumentando assim, a frequência da compra.

Essa proposta traz consigo a ideia de democratizar a moda, trazendo para a classe média mais opções de roupas, conforme as tendências de Paris, Milão e Nova Iorque. Além disso, tudo acontece de maneira rápida. Desde a produção das roupas que dependendo da loja pode ter reposições a cada semana - até mesmo no oferecimento dos serviços.

> Nessa proposta, o consumidor não entra mais num estabelecimento e aguarda que opções sejam apresentadas por um vendedor no balcão; ele caminha entre araras com todas as peças expostas, e pode montar "looks" segundo suas próprias preferências. (BRASIL, Repórter. p.4)

Entretanto, há um outro lado dessa intensa cadeia produtiva e que não é nada glamuroso: por ser uma produção barata e estar em giro constante, demanda trabalhos em condições precárias, contratações ilegais, trabalho infantil, jornadas exaustivas e salários aviltantes.

A grife espanhola "ZARA" se tornou case conhecido por ter se utilizado desta mão-de-obra escrava. Em 2011, a marca foi responsabilizada pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo[27], uma vez que descumpriu o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado com o Ministério Público do Trabalho da 2ª Região – SP, que impunha o cumprimento da legislação trabalhista em toda a cadeia produtiva, impedindo o trabalho escravo[28].

[27] Zara é responsabilizada por trabalho escravo e pode entrar na "lista suja" Fonte: Economia IG. Disponivel em: https://economia.ig.com.br/2017-11-14/zara-trabalho-escravo.html. Acesso 05 ago. 2020.

[28] JURIDICO, Âmbito. Disponível em: https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/187736466/zara-e-autuada-por-nao-cumprir-acordo-para-acabar-com-trabalho-escravo. Acesso em: 06 ago. 2020.

Na época, a empresa alegou desconhecer as irregularidades, culpando as oficinas de costura, uma vez que não são seus trabalhadores diretos. Infelizmente, a ZARA não é a única marca envolvida com infrações deste tipo. Marcas como Pernambucanas, M. Officer, C&A, Le Lis Blanc, e várias outras também foram flagradas, nos últimos anos, violando os direitos fundamentais de seus trabalhadores[29].

## 2.2 Estudo de caso

### 2.2.1 Caso Zara

Como dito anteriormente, a universalização da moda fez com que a cadeia produtiva tivesse novos rumos e, nem sempre beneficiando o trabalhador. Não foi diferente com a marca internacional Zara.

Em 2011, a marca se envolveu em escândalo mundial, em que foram encontrados, em oficinas de costura clandestinas, trabalhadores imigrantes, com condições degradantes, jornadas exaustivas e trabalho forçado, inclusive mão de obra infantil.

Segundo o Repórter Brasil[30], essa não foi a primeira e nem a segunda vez em que a marca espanhola se envolveu com casos em que equipes de fiscalização trabalhistas flagraram trabalhadores em situações análogas à de escravo. Foram flagradas no total, três oficinas de costura, fornecedoras da marca na cidade de São Paulo, sendo os trabalhadores aliciados na Bolívia e no Peru em condições análogas à de escravos, envolvendo, ainda, a exploração de trabalho infantil.

Conforme a ONG Repórter Brasil, que acompanhou a fiscalização:

> Um grupo de trabalhadores costurava uma calça jeans da Coleção Primavera-Verão da Zara. Cada trabalhador fazia uma parte da peça e o valor de, em média, R$ 1,80, era dividido pelo grupo todo, composto por sete pessoas. O dono da oficina afirmou que trabalha há cinco anos com a intermediária Rhodes e que aproximadamente 70% da sua produção é destinada à empresa[31]

Ainda segundo a ONG Repórter Brasil, as oficinas de costura inspecionadas não respeitavam nenhuma norma referente à saúde e segurança do trabalho, e eram estabelecidas em residências que mantinham as janelas constantemente fechadas, tornando impossível que alguém de fora visualizasse o que acontecia em seu interior.

Esses trabalhadores foram aliciados em seus países de origem - Peru e Bolívia, e, além de trabalharem em condições degradantes, eram coagidos a pagar todas as despesas com o transporte para o Brasil, com alimentação e moradia, e a remuneração que recebiam não era suficiente para arcar com os valores das dívidas contraídas.

---

[29] Fast-fashion e os direitos do trabalhador. Fonte: Repórter Brasil. Disponvel em: https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/08/Fast-Fashion_VFinal.pdf. Acesso em: maio 2020.

[30] Roupas da Zara são fabricadas com mão de obra escrava. Bianca Pyl e Maurício Hashizume. 16 de agosto de 2011. Dipsonível em: https://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-sao-fabricadas-com-mao-de-obra-escrava/.

[31] Disponível em: http://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-são-fabricadas-com-mao-deobra-escrava/. Acesso em: 06 ago. 2020.

A empresa Zara foi considerada pela Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE/SP) como sendo a responsável por aqueles trabalhadores em condições de trabalho análogo ao de escravo, uma vez que detinha grande parte da produção fabricada nos locais.

Em acórdão de lavra do desembargador do Trabalho, Ricardo Artur Costa Trigueiros, foi consignado que seria impossível que a Zara não soubesse o que acontecia nas oficinas de costura: "A cadeia produtiva da Zara empregou a Aha como entreposta, no esforço de evitar seu flagrante envolvimento com mão-de-obra em condições análogas às de escravo".[32] Para o desembargador, a marca pretendia obter produto de qualidade, com custos baixíssimos, que só poderiam ser obtidos por meio de produção ilegal, ou seja, com o desrespeito aos direitos dos trabalhadores.

Como resposta a este fato tão grave, o MPT propôs um TAC, obrigando a empresa a promover condições de trabalho salubre e dignas em suas fornecedoras, e também a realização de investimentos sociais, para que as políticas de erradicação ao trabalho escravo fossem fortalecidas. Em 2017, após alguns descumprimentos da proposta, foi elaborado um novo TAC que previa uma multa de 5 milhões de reais. O valor, segundo a Procuradoria do Trabalho, era para ser revertido em projetos sociais.[33]

### 2.2.2 Caso C&A

Em 2014, o TST condenou a marca C&A por descumprir normas trabalhistas, e por entender que seus funcionários trabalhavam em regime de semiescravidão. O processo teve início em 2012, quando foram constatadas, pela Procuradoria Regional do Trabalho da 18ª Região, algumas irregularidades[34].

De acordo com a ação, a empresa além de obrigar seus empregados a trabalhar em feriados, sem autorização em convenções coletivas, também não homologava rescisões nos sindicatos dos trabalhadores. Além disso, a rede de lojas não permitia intervalo para repouso e alimentação, estendia a jornada de trabalho para além do limite legal, não pagava horas extras, no mês seguinte a prestação dos serviços, e não concedia os intervalos previstos em lei.

Por conta desse caso, o Ministério Público do Trabalho acionou a empresa para que pagasse indenização de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), sendo que o valor deveria ser revertido para o Fundo de Amparo ao Trabalhador. Além da obrigação do cumprimento da legislação trabalhista, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) por trabalhador prejudicado.

### 2.2.3 Caso Hering e Riachuelo

No Rio Grande do Norte, na região do Seridó, as marcas aproveitaram a região semiárida para instalar suas oficinas de costura terceirizadas - as chamadas

[32] Disponíivel em: http://www.justificando.com/2017/11/17/tribunal-regional-do-trabalho-de-sp-responsabiliza-zara-por-trabalho-escravo/. Acesso em: 05 ago. 2020.
[33] Disponível em: https://veja.abril.com.br/economia/zara-pagara-r-5-mi-em-acordo-contra-trabalho-escravo/.
[34] Resende, Paula. Disponível em: http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/05/c-e-condenada-pagar-r-100-mil-por-trabalho-escravo-em-lojas-de-go.html.

“facções”. Essa migração ocorreu pelo fato de São Paulo, Capital, já ter sido palco de vários flagrantes de trabalho análogo ao de escravo e também em razão da mão de obra mais barata.

Por meio do programa “Pró Sertão”, o governo estadual incentivava a chegada de oficinas de costura terceirizadas, e capacitava a mão de obra local para operar máquinas de costura, além de facilitar o financiamento de empresários interessados em se instalar na região. Para Flávio Rocha, o CEO da Riachuelo, é um programa extremamente revolucionário, vez que gerava empregos em lugares que antes não existia nenhuma atividade produtiva.

A população local, que convivia com a miserabilidade e a sofria com a seca, entendia que a chegada dessas oficinas seria uma oportunidade para melhorar as condições de vida.

Assim, o medo de que essas oficinas terceirizadas fossem fechadas, impedia as denúncias de trabalho precário.

Entretanto, segundo o juiz Alexandre Érico Alves da Silva, que coordena o Programa Trabalho Seguro do Tribunal Regional do Trabalho no Rio Grande do Norte, a Justiça do Trabalho local recebeu entre 30% a 40% de ações sobre doenças laborais. A maioria delas do setor têxtil. Há relatos dos próprios trabalhadores denunciando as oficinas, que em maior parte estão instaladas em ambientes inapropriados, não possuem de recursos financeiros para investir em medidas de segurança, exigindo jornadas extensas das costureiras que ali trabalham.[35]

Dessa forma, a criação de empregos “formais” não pode servir de pretexto para violação de direitos fundamentais dos trabalhadores, com postos de trabalho precários que adoecem, mutilam e matam. Sendo necessária uma fiscalização rigorosa.

## 3. Luz no fim do túnel: direitos trabalhistas

O trabalho, desde sempre foi visto como um importante fato social. Entretanto, desde os primórdios, é relacionado a ideia do trabalho com dor e sofrimento. Conforme mostra o Professor Luciano Martinez[36], a própria Bíblia, em seu capítulo Gênesis, pune Adão por sua desobediência: como punição teria que trabalhar para se sustentar.

> Do suor do teu rosto comerás o teu pão, até que tornes à terra, porque dela foste tomado; porquanto és pó, e ao pó tornarás… (SAGRADA, Bíblia. Gênesis 3:19)

Com o advento da Revolução Industrial e do movimento operário, houve uma ressignificação da palavra “trabalho”, que, com o tempo, passa a ser tratada com respeitabilidade, possibilitando a regulamentação do direito do trabalho – um dos primeiros direitos sociais que emergem na sociedade.

[35] CAMPOS, André. Hering e Riachuelo terceirizam parte da produção para oficinas do sertão. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2015/12/roupas-da-hering-e-riachuelo-vem-de-oficinas-terceirizadas-no-sertao/.

[36] MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788553610129. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553610129.

Obviamente, no mundo, e também no Brasil, os direitos dos trabalhadores foram conquistados com muita luta, suor, sangue e barricadas. Devendo ser mencionada a grande greve geral de 1917, no Brasil, na qual milhares de trabalhadores cruzaram os braços em razão da grande carestia por que passavam, tendo, ao final, suas reivindicações atendidas. A partir desse momento, a classe trabalhadora passou a ser mais respeitada.

No Brasil, uma das primeiras medidas do governo de Getúlio Vargas foi a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.[37] Além disso, também trouxe outros avanços no tocante aos direitos dos trabalhadores, como a consolidação da legislação trabalhista, sistematizada na CLT - Consolidação das Leis de Trabalho, implementada em 1943, e que é o principal meio de proteção e garantia dos direitos trabalhistas, regulando as relações entre o empregado e empregador.

### 3.1 Princípios do direito do trabalho

Os princípios que regem o direito do trabalho, uma vez positivado, segundo Martinez, "protegem o trabalhador contra suas próprias fraquezas"[38]. Há ainda, relações jurídicas em que há desigualdade entre as partes, sendo necessário ao Estado a criação de medidas que protejam a parte mais vulnerável da relação.

Uma das principais funções dos princípios é nortear o legislador para que proponha leis que estejam em concordância com esses princípios. Também auxilia magistrados e aplicadores do direito no momento de julgar processos trabalhistas. Além disso, os princípios também possuem função integrativa, preenchendo lacunas, caso a situação não esteja prevista em lei.[39]

As garantias mínimas de proteção ao trabalhador estão previstas na própria Constituição da República, notadamente em seu artigo 7º.

Partindo dessa ideia, serão analisados, a seguir, os seguintes princípios: princípio da dignidade humana, princípio da proteção, princípio da intangibilidade salarial, princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

#### 3.1.1 Princípio da dignidade humana

Dos princípios fundamentais positivados na Constituição da República de 1988, intrínseco a todo ser humano, em seu art. 1º, inciso III, tem-se o princípio da dignidade humana:

---

[37] A criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, em 26 de novembro de 1930, foi uma das primeiras iniciativas do governo revolucionário implantado no Brasil no dia 3 daquele mesmo mês sob a chefia de Getúlio Vargas. Até então, no Brasil, as questões relativas ao mundo do trabalho eram tratadas pelo Ministério da Agricultura, sendo na realidade praticamente ignoradas pelo governo. Disponível em: https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/MinisterioTrabalho. Acesso em 27 abr. 2020. 20h19min.

[38] MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788553610129. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553610129.

[39] TUROLLA, Rodolfo. *Seis princípios do direito do trabalho*. Disponivel em: https://www.politize.com.br/principios-do-direito-do-trabalho/.

> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Constituição da República, 1988).

Segundo os professores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

> Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio para a satisfação de algum interesse imediato. (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2019)

Falando-se em dignidade da pessoa humana, deve-se ter em mente que toda pessoa precisa ser considerada sempre como um fim em si mesma, nunca como um meio para a obtenção do lucro. Dessa forma, nenhum ser humano deve ser coisificado ou instrumentalizado como meio para o lucro fácil, conforme já defendia o pensador Immanuel Kant.[40]

### 3.1.2 Princípio da proteção

Trata-se de um dos mais fundamentais princípios do direito do trabalho e refere-se à proteção que deve ser conferida ao trabalhador, que se encontra em uma posição vulnerável na relação capital x trabalho, ou seja, é a parte hipossuficiente desse contrato.

Visa, portanto, a equivalência contratual, sem que haja o prejuízo de nenhuma das partes. Garante assim, a proteção do trabalhador.

Como visto, o Direito do Trabalho nasce para regular as relações trabalhistas; para compensar a desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador. Assim, para compensar a assimetria da relação de trabalho, confere-se uma proteção jurídica à parte mais fraca, o trabalhador.

O princípio da proteção ao trabalhador deve servir de alicerce para a criação e a aplicação das normas de direito do trabalho. A proteção do direito do trabalho destina-se à pessoa humana (artigo 1º, III, da CR88).

É sempre bom ter em mente que o direito do trabalho surgiu para proteger o trabalhador, visando o equilíbrio na relação capital e o trabalho, gerando direitos e obrigações entre empregados e empregadores (cf. o artigo 9º e 444 da CLT).

### 3.1.3 Princípio da intangibilidade salarial

[40] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. 70. ed. Lisboa: 2007, p. 67/68.

Previsto no artigo 462 da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), o princípio da intangibilidade salarial visa assegurar ao trabalhador a integridade de seu salário, proibindo que o empregador faça descontos salariais que não seja os previstos em lei.

Entretanto, a jurisprudência suavizou o rigor do dispositivo mencionado, sendo admitido outros descontos, desde que previamente acordado com o empregado. Veja-se:

> Súmula 342 do TST. DESCONTOS SALARIAIS. ART. 162, CLT. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no artigo 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

Assim, a intangibilidade salarial é a regra, admitindo-se a exceção dos descontos previamente negociados com o trabalhador.

### 3.1.4 Princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Também chamado de princípio da irrenunciabilidade de direitos e baseia-se na norma protetiva que o trabalhador não pode renunciar de seus direitos trabalhistas, sendo nulo todo e qualquer ato que venha a ser contra essa disposição.

Está previsto no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e é de redação seguinte: "Serão nulos, de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."

Dessa forma, o trabalhador não pode renunciar aos direitos conferidos pela legislação trabalhista, este princípio dá concretude, no âmbito da relação de emprego, a natureza impositiva das normas laborais, reduzindo o campo para a negociação pelas partes.[41]

Assim, não se deve esquecer que os princípios são verdades fundantes de um determinado ramo científico. No caso do direito do trabalho, os princípios têm fundamental importância para a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, por isso, os diversos atores do Sistema da Justiça do Trabalho devem ter sempre em mente a dignidade da pessoa humana, a intangibilidade salarial, a proteção do trabalhador e a indisponibilidade dos direitos trabalhistas,

[41] ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO DE CÁLCULO DO VALE-REFEIÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE CONTRATUAL LESIVA. 1. O princípio da *inalterabilidade contratual lesiva*, incorporado ao ordenamento jurídico no artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, enuncia a nulidade da cláusula *contratual* por meio da qual se estabelece uma situação jurídica mais gravosa ao emprego, em relação à condição *contratual* anteriormente prevista. 2. No caso dos autos, cessada a vigência da norma coletiva por meio da qual se institui o pagamento do vale-refeição, a reclamada, espontaneamente, passou a conceder à reclamante a referida prestação, por mais de dois anos (de maio de 1999 a setembro de 2001), nas mesmas condições fixadas na norma autônoma. Após tal período, adotou critério que trouxe prejuízos à reclamante, importando em inequívoca alteração **contratual lesiva**. 3. Recurso de Revista conhecido e provido. *TST - RR 1371004620055040014*. Data de publicação: 21/08/2015.

todos relegados quando o ser humano é exposto ao trabalho em condições análogas à de escravo.

## 4. O combate do trabalho escravo contemporâneo

Como foi visto anteriormente, o trabalho escravo viola os direitos humanos, e leva milhares de pessoas a serem exploradas em condições degradantes. Ademais, contribui para o crescimento da desigualdade social e econômica da sociedade.

Desde 1930, por meio da Organização Internacional do Trabalho, esse debate vem sendo travado pelos países signatários da Convenção n. 29, que assumiram o compromisso de "abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível.

Já em 1948, com o ideal comum de atingir todos os povos e nações, a ONU proibiu a escravidão (art. 4º) com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

> Artigo IV. Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas. (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Em 1957, com a Convenção n, 105 da Organização Internacional do Trabalho, que é complementar a de nº 29, ratificou-se o compromisso de erradicar o trabalho escravo.

O Brasil assumiu o compromisso de erradicar o trabalho escravo quando ratificou as convenções da OIT e vários outros pactos internacionais: (Convenção sobre a Escravatura (Genebra, 1926), da Liga das Nações - aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66/1965 e promulgada pelo Decreto n. 58.563/1966; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças - artigo 3º).

Percebe-se, portanto, que esses tratados internacionais impõem obrigações ao Brasil, que deve adotar as medidas adequadas para combater o trabalho escravo, sob pena de sofrer sanções internacionais.

### 4.1 Compromisso nacional

Este compromisso se manifesta na própria Constituição da República, que se encontra em seus arts. 5º, 6º e 7º e incisos, art. 109-VI; art. 144, art. 227, caput. No art. 5º afirma que é garantia fundamental a liberdade do ser humano. No mesmo artigo, em seu inciso III, indica que ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante. Já em seu artigo 243, permite que seja destinada à reforma agrária, toda propriedade rural e urbana em que seja localizada a exploração do trabalho escravo na forma da lei.

Em âmbito de Direito Penal, como já foi visto no capítulo 1.2.1 deste artigo; tem-se o art. 149 do Código Penal, que prevê a criminalização do trabalho escravo e estabelece pena de 2 a 8 anos para quem o pratica.

O Brasil adotou diversas medidas visando a erradicação do trabalho forçado, inclusive com reconhecimento por parte da ONU como boas práticas para

o combate dessa chaga social. Dentre elas, pode-se identificar a criação da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae), por meio de decreto presidencial, que atua em conjunto com o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, e que lançaram em 2003 o primeiro plano nacional para a erradicação do trabalho escravo, tendo quase 70% dos seus 75 objetivos total ou parcialmente atingidos, segundo avaliação da OIT cinco anos depois.[42]

Em 2008, o governo lança o 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, e este documento possui 66 propostas divididas ações gerais. É o caso do programa da ONG Repórter Brasil: Escravo nem Pensar[43], que capacita professores e lideranças populares; da implementação de atendimentos do Sistema Nacional de Emprego (Sine) nas regiões em que há mais aliciamento de trabalho forçado; Na luta contra a impunidade, na ação 29, o documento propõe a alteração do artigo 149 do Código Penal, aumentando a pena mínima de reclusão de dois para quatro anos para o crime de sujeitar trabalhador à condição análoga à de escravo.

Em 2004, há a implementação de uma importante arma no combate do trabalho escravo, denominada Lista Suja[44]. É feito o cadastro de empregadores e proprietários flagrados utilizando mão de obra análoga à de escrava, e esta medida visa impedir que aqueles empresários e proprietários cadastrados na Lista Suja recebam financiamento de instituições pública ou privada. Uma vez lançado o nome no cadastro, estas pessoas ou empresas serão monitoradas pelo MTE por pelo menos dois anos. Ao final desse tempo, se não houver reincidência, e o empresário ou produtor cumprir com suas obrigações, ele sairá da Lista Suja.

A última publicação[45] atualizada dos Empregadores autuados por manterem trabalhadores em condições análogas à de escravidão saiu em outubro de 2019, de incumbência da Secretaria do Trabalho e Previdência, conectada ao Ministério da Economia, e conta com 190 empregadores, distribuídos em 13 estados do país.

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 509, reconheceu a constitucionalidade da lista suja, vez que os autos de infração expedidos por auditores do trabalho são públicos. Portanto, divulgar os resultados de políticas de fiscalização, após regular processo administrativo, confere publicidade às decisões definitivas. Com esse argumento, rejeitou o pedido da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc) para que fosse declarada a inconstitucionalidade da chamada "lista suja" do trabalho escravo – na qual constam os nomes dos empregadores que submeteram trabalhadores a condição análoga à de escravo.[46]

---

[42] Diposnivel em: https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/combate-ao-trabalho-escravo/planos-brasileiros-de-erradicacao.aspx.

[43] Disponível em: http://escravonempensar.org.br.

[44] Disponível em: https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/lista-suja.aspx.

[45] Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/noticias/cadastro_de_empregadores_2019_10_3.pdf>

[46] Cf. https://www.conjur.com.br/2020-set-15/stf-considera-constitucional-lista-suja-trabalho-escravo. Acesso em: 24 set. 2020.

Há várias outras listas que mostram empresas que se comprometeram a não adquirir produtos de empresas e marcas que tenham atividades envolvidas com o trabalho forçado, como por exemplo a Petrobras[47].

Em um balanço geral, apura-se que o Brasil teve muitos avanços no que diz respeito à fiscalização e capacitação daqueles que combatem o trabalho escravo. Por outro lado, não teve tantos avanços no que se refere às medidas para diminuir a impunidade daqueles que praticam tal ato, tampouco avanço na reforma agrária das regiões fornecedoras de mão de obra escrava, ou na inserção do trabalhador na sociedade, oportunizando postos de trabalho dignos.

### 4.2 Compromisso das marcas

Do desabamento em Bangladesh, em 2013, surge um movimento em busca da transparência das marcas do setor de vestuários chamado "*Fashion Revolution*". No Brasil, este movimento atua desde 2014, conscientizando os consumidores por meio da Semana *Fashion Revolution,* que traz debates, aulas, exibições de filmes e tudo que promova um pensamento crítico e promova a mudança de mentalidade das pessoas com relação a moda.

Essa campanha instiga o comprador a se perguntar de onde veio a roupa que ele usa, através da #QuemFezMinhasRoupas?, e, dessa forma, automaticamente cria um fio condutor que fará com que o consumidor pense sobre todo a cadeia produtiva de uma roupa, ou seja, desde o agricultor de algodão que deu origem ao tecido, até chegar na costureira.

Outra medida,feita pelo Repórter Brasil foi a criação do aplicativo "Moda Livre", e com ele é possível encontrar informações sobre as marcas flagradas explorando trabalho escravo e quais as medidas adotadas por elas para evitar este crime entre seus varejistas, alertando sobre este assunto tão importante de uma maneira informal, mas ainda assim conseguindo atender toda a população.

A Associação Brasileira do Varejo Têxtil (Abvtex) também possui um programa de certificação para combater o trabalho análogo ao de escravo e o trabalho infantil, além de buscar estimular práticas ambientais sustentáveis dentro da indústria varejista. Desde 2010 já fizeram mais de 36 mil auditorias e possuem uma lista com os fornecedores aprovados nesse programa.[48]

No que tange às marcas pequenas, a empresa nacional Lab77, sediada na Barra da Tijuca no Rio de Janeiro, é uma loja com o conceito de moda sustentável, com produtos exclusivos e personalizados, e priorizam o uso de matéria-prima natural ou reciclada, produzidas no Brasil, ao invés de importar, sem ter controle da cadeia de produção. No total, trabalham na matriz 15 funcionários, sendo 4 costureiras. Em entrevista com um dos sócios da marca, Sérgio Faria explicou a importância da transparência com o consumidor que está cada vez mais interessado em saber de onde vem suas roupas e se as empresas e marcas que consome atendem as necessidades ambientais e sociais, dignificando o trabalho e o ser humano.

[47] Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2007/07/petrobras-suspende-compra-de-empresa-flagrada-com-escravos/.
[48] Disponível em: https://abvtex.techsocial.com.br/storage/lista-empresas.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

Além do selo Abtex, eles contam também com o selo da *Better Cotton Initiative* (BCI) - uma organização sem fins lucrativos, com sede na Suíça, que atua para a melhoria da produção e no cultivo mundial de algodão, tendo como garantia que no processo não exista mão de obra escrava. Para aderir ao sistema BCI, e adquirir o certificado, os proprietários precisam cumprir algumas metas, como por exemplo, minimizar os impactos prejudiciais das práticas de proteção ao cultivo de algodão, utilizar a água de maneira eficiente, promover relações justas de trabalho, entre outras.

No que toca à promoção de relações justas de trabalho, dentre os critérios mínimos, se encontra a proibição do trabalho infantil, conforme a Convenção 138 da OIT; e também a exigência de que nenhuma mão-de-obra seja compulsória ou forçada, incluindo mão-de-obra traficada ou escrava para pagamento de dívidas.

Constata-se, assim, que além das normas internacionais, também já há um movimento de consumidores conscientes que procuram adquirir produtos com o selo da não utilização de trabalho degradante.

Além disso, foram criadas associações preocupadas em auditar a cadeia produtiva das marcas, possibilitando que esses novos consumidores possam aferir a lisura do processo produtivo da marca.

Por fim, percebe-se que as marcas começam a se preocupar com o cumprimento da legislação trabalhista em toda a sua cadeia produtiva, com o receio dos prejuízos que poderão ter, caso seja constatado trabalho em condições análogas à de escravo em qualquer ponto do seu sistema de produção.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho escravo contemporâneo não se apresenta da mesma forma como acontecia na sociedade escravocrata, ou seja, não ocorre por meio de correntes, cadeados, chicote, escravo negro e vivendo em senzalas, conforme aconteceu no passado. Deve ser visto como o trabalho forçado ou em condições degradantes – sempre que não é respeitada a dignidade da pessoa humana na visão kantiana, ou seja, o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo, nunca como mercadoria ou meio para a otimização dos lucros em desrespeito à figura do trabalhador .

Apesar de o trabalho escravo contemporâneo não poder ser visto como nos Séculos XVI, XVII, XVIII e XIX (escravo negro, correntes e senzalas), diga-se que, em muitos casos, quando os trabalhadores estão em barracos de lonas plásticas e sem acesso à comida e à água potável, infelizmente, nesses aspectos, estão em piores condições que os antigos escravos, já que estes tinham o valor da mercadoria, poderiam ser vendidos, enquanto os atuais são descartados quando não são mais úteis para os novos escravocratas.

O trabalho escravo assombra e assola o Brasil desde os primórdios de sua existência, provocando consequências jurídicas, sociais e econômicas no país, que perduram até os dias de hoje.

No mundo industrial, a sociedade adotou o trabalho como um dever, e, sob uma ótica utilitarista, baseado em uma competitividade desumana. Desde cedo o trabalho é ensinado como uma “obrigação opressora”. Além da questão histórica, essa visão negativa do trabalho, muitas vezes, é um aliado para que seres humanos

se submetam ao trabalho escravo. Ademais, adicionado o fator da desigualdade social no país, a vulnerabilidade do trabalhador, o desconhecimento da lei e o sucateamento do serviço de fiscalização do trabalho, não é difícil encontrar trabalhadores em condições análogas à de escravo.

Não é raro encontrar situações em que há a exploração e o abuso da mão de obra no Brasil. É comum os casos de trabalhadores que são submetidos a trabalhos degradantes, exaustivos, insalubres e precários, principalmente em zonas rurais do país.

É bem verdade que esse cenário não aparece somente nas áreas rurais. O número de flagrantes de empresas escravizando seus funcionários em zonas urbanas é cada vez maior, notadamente no setor têxtil. O caso da marca Zara chamou a atenção por conta da realidade de suas oficinas, várias clandestinas, e da precariedade das condições de trabalho de suas costureiras, que até então eram desconhecidas e ignoradas, já que se trata de uma marca de prestígio internacional.

Os operadores do direito do Sistema da Justiça do Trabalho não devem esquecer que os princípios são verdades fundantes de um determinado ramo científico, e, no caso do direito do trabalho, têm fundamental importância para a efetivação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, jamais se esquecendo da preservação da dignidade da pessoa humana, da intangibilidade salarial, da proteção do trabalhador e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, todos ignorados quando o ser humano é exposto ao trabalho em condições análogas à de escravo.

Dada a importância do assunto, torna-se extremamente necessária a verificação da Secretaria do Trabalho e Previdência, por meio de ações fiscais intensivas e permanentes, coordenadas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, com relação ao cumprimento da legislação trabalhista por parte das empresas em toda a sua cadeia produtiva, visando eliminar totalmente o trabalho escravo e o análogo ao de escravo, em que os trabalhadores se sujeitam a trabalhos degradantes, e libertá-los da condição de escravos, proporcionando-lhes trabalho digno.

Reconheça-se, conforme previsto no artigo 127 da Constituição da República, que o Ministério Público do Trabalho, como instituição permanente, e essencial à função jurisdicional do Estado, vem fazendo a sua parte em defesa da ordem jurídica, exigindo o cumprimento das leis trabalhistas e observância dos direitos sociais e individuais dos trabalhadores.

Não obstante, o Brasil deve agir junto com parceiros internacionais como a Organização Internacional do Trabalho, a Organização das Nações Unidas e firmar cooperações internacionais, intensificando o combate efetivo ao trabalho escravo no Brasil, e continuar como referência internacional no combate a essa chaga social.

Apesar da Secretaria do Trabalho e Previdência ter um papel importante nas ações para erradicação do trabalho análogo ao de escravo, o setor empresarial, em razão de sua responsabilidade social, e o consumidor final também devem ter o compromisso de erradicar esse problema.

À medida na qual se tem mais informações, principalmente com o acesso à internet, a sociedade começa a reflexionar e ponderar, buscando compreender como suas roupas são produzidas e manufaturadas. Logo, o consumidor passa a rejeitar produtos provenientes de uma cadeia que se utiliza de mão de obra escrava, e procura alternativas a este tipo de produção.

As empresas, por outro lado, têm o dever de arcar com suas responsabilidades sociais, buscando relações éticas e transparentes com o seu público. É preciso que se auto fiscalizem no que toca ao combate da mão de obra escrava em toda a sua cadeia produtiva, trazendo cada vez mais transparência de seu sistema produtivo aos seus consumidores e promovendo o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária. Mesmo que isso implique abdicar dos preços mais baixos, pois não podem promover o dumping social.

Com a era digital e a ascensão da internet, a informação é cada vez mais disseminada. Isso deve propiciar uma ação conjunta e efetiva dos órgãos do Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e consumidores, inclusive com os órgãos internacionais, para erradicar o trabalho escravo, que não pode ser aceito sob nenhuma justificativa, propiciando-se o trabalho digno a todos os cidadãos, construindo-se uma sociedade mais evoluída e igualitária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ABVTEX. **Sobre o Programa.** Disponível em: https://www.abvtex.org.br/sobre-o-programa/.

ALBUQUERQUE, Lorena Carneiro Vaz de Carvalho: **O princípio da irrenunciabilidade de direitos insculpido no artigo 9º da CLT e seus desdobramentos.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/41909/o-principio-da-irrenunciabilidade-de-direitos-insculpido-no-artigo-9-da-clt-e-seus-desdobramentos.

BRANDÃO, A. Uma história de roupas e de moda para a história da arte. Modos. **Revista de História da Arte**. Campinas, v. 1, n.1, p.40-55, jan. 2017. Disponível em: http://www.publionline. iar.unicamp.br/index.php/mod/article/view/728.

BRASIL. **BBC.** Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/ultimas_noticias/2012/11/121125_bagla_fir_rp.shtml.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Decreto Lei Nº 5.452: promulgada em 1 de maio de 1943.

CAMPOS, André. **Roupas da Hering e Riachuelo Vem de Oficinas Terceirizadas no Sertão.** Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2015/12/roupas-da-hering-e-riachuelo-vem-de-oficinas-terceirizadas-no-sertao/.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** *o longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, Maria Sylvia de. **Homens livres na ordem escravocrata.** Editora UNESP. 1969. Disponível em: http://www.uel.br/projetos/lenpes/pages/arquivos/Curso%20LENPES-PIBID/Palestra%20Claudinei%20Introd%20livro%20Maria%20Sylvia. PDF.

COSTA, Marcos. **A história do Brasil para quem tem pressa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Valentina, 2016.

DURKHEIM, Émile. **Fato social e divisão do trabalho:** apresentação e comentários Ricardo Musse. 1. ed. São Paulo: Editora Ática, 2011.

ECODEBATE. **Nova lista suja do trabalho escravo traz 190 pessoas físicas e jurídicas. 2019.** Disponível em: https://www.ecodebate.com.br/2019/10/08/nova-lista-suja-do-trabalho-escravo-traz-190-pessoas-fisicas-e-juridicas/?fbclid=IwAR16GO9h6S8rIhtcYhMDBa5eQncHGblAlStSQzwwuhBACnHEjvN02gNSqGQ.

ESTADÃO. **Sobreviventes de desabamento de complexo têxtil em Bangladesh temem novos desastres.** Disponível em: https://internacional.estadao.com.br/noticias/nytiw,sobreviventes-de-desabamento-de-complexo-textil-em-bangladesh-temem-novos-desastres,70002314337.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed. rev. São Paulo. Editora Global, 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/229314/mod_resource/content/1/Gilberto%20Freyre%20-%20Casa-Grande%20e%20Senzala.pdf.

GOV.BR. Ministério do Trabalho. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo.** Disponível em: https://www.gov.br/trabalho/pt-br/assuntos/fiscalizacao/combate-ao-trabalho-escravo.

JUNIOR, Caio Prado. **História econômica do Brasil.** 1. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1945.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho:** *relacões individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro Digital. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788553610129.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva Educação, 2019. (Série IDP).

MPF. **Legislação Trabalho escravo.** Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/trabalho-escravo/pg

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal,** v. 2: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro Digital. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530982973.

ONU. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** art. IV. 1948. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf.

ONU. **Trabalho Escravo.** Brasília. 2016. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf.

PAÍS, El. **Governo barra outra vez a divulgação da 'lista suja' do trabalho escravo no Brasil.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/10/politica/1489170825_204287.html.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil.** 3. ed. São Paulo. Editora Global. 2015. TST. *Decisão Liminar Trabalho Escravo*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/trabalho-escravo-tst.pdf.

SILVA, Alexandre Antônio Bruno da; SILVEIRA, Whenry Hawlysson Araújo. **Análise do trabalho escravo nas grandes magazines:** *uma leitura moderna acerca do novo modo de exploração*. Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.223-257, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22n1p223. ISSN: 2178-8189.

TST. Jornada: **Danos causados ao trabalhador que possui jornada exaustiva de trabalho.** Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/-/jornada-danos-causados-ao-trabalhador-que-possui-jornada-exaustiva-de-trabalho.

# FUNÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO EM TEMPOS DE COVID-19

**BEATRIZ CAROLINA RODOLFO DA MATA MONTEIRO**
**CAMILA CAVALCANTI DE ATAIDE**
**KARINA CAVALCANTI DE ATAIDE**[1]

**SUMÁRIO:** Introdução. Funções do Direito do Trabalho. 1. Função Tutelar do Direito do Trabalho no contexto socioeconômico fragilizado pela Covid-19. 2. Primazia da Função Econômica do Direito do Trabalho na crise COVID-19. 3. Função Social do Direito do Trabalho e a proteção da dignidade humana dos trabalhadores. 4. Função Conservadora do Direito do Trabalho. 5. Função Coordenadora do Direito do Trabalho e sua eficácia em tempos de crise causada pela saúde. Proposições Conclusivas. Referências Bibliográficas.

## Introdução

O Direito do Trabalho evoluiu mundialmente, tendo como marco histórico a Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII. A substituição de produtos manufaturados por produções em larga escala, resultaram em novas formas de trabalho. O capitalismo, então predominante, despertou em algumas sociedades a necessidade de criar normas que regulassem a relação entre o capital e o trabalho. Nesse sentido ensina Maurício Godinho Delgado:

> *"O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa. A existência de tal ramo especializado do Direito supõe a presença de elementos socioeconômicos, políticos e culturais que somente despontaram, de forma significativa e conjugada, com o advento e evolução capitalistas."*[2]

Quando do surgimento da Revolução Industrial, não havia sistema de normas trabalhistas que protegesse a classe dos operários e esse era um fator que favorecia a exploração da mão de obra, com jornadas de trabalho extenuantes e outras situações com condições de extrema precariedade.[3]

Com a evolução da sociedade, surgem as primeiras normas do Direito do Trabalho visando estabelecer um mínimo de equilíbrio entre os interesses econômicos e sociais. Os *valores sociais do trabalho* devem ser tão prestigiados

RESUMO: O Direito do Trabalho está sendo alvo de grandes transformações e vem sofrendo constantes mudanças e adaptações frente às transformações que ocorrem no mundo das relações sociais e econômicas ao longo da História. Neste artigo, analisaremos as funções do Direito do Trabalho e a sua efetividade, com a crise causada pelo novo Coronavírus (COVID-19).
Palavras-chave: Funções – Trabalhador – Dignidade – Proteção - COVID-19.
ABSTRACT: Labor Law is undergoing major transformations and has undergone constant changes and adaptations in view of the transformations that have occured in the word of social and economic relations throughout history. In this article, we will analyze the functions of Labor Law and its effectiveness with the crisis caused by the new Coronavirus (COVID-19).
Key words: Functions – Worker – Dignity – Protection - COVID-19.

[1] Estudantes graduandos do terceiro ano do Curso de Direito e participantes do Grupo de Estudos e de Iniciação Científica de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI.

[2] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

[3] "O Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Grã-Bretanha; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia. DELGADO, Maurício Godinho, Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

como os *valores da livre iniciativa*, pois são os alicerces para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e na qual o direito do trabalho tem por função estabelecer patamares mínimos civilizatórios. Como bem assinala Sérgio Pinto Martins:

> *"A melhoria das condições de trabalho e sociais do trabalhador vai ser feita por meio da legislação que, antes de tudo, tem por objetivo proteger o trabalhador, que é considerado o polo mais fraco da relação com seu patrão. Este é normalmente mais forte economicamente, suportando os riscos de sua atividade econômica. No Direito do Trabalho a lei estabelece um mínimo, mas as partes podem convencionar direitos superiores a esse mínimo. As medidas protetoras a serem observadas são previstas na própria legislação, quando limita a jornada de trabalho, assegura férias ao trabalhador depois de certo tempo, possibilita intervalos nas jornadas de trabalho, prevê um salário que é considerado o mínimo que o operário pode receber etc."*[4]

Verifica-se, portanto, que o Direito do Trabalho tem relevantes funções para a sociedade, extraídas de momentos marcantes da história. As funções assim se classificam: a) função tutelar; b) função econômica; c) função social; d) função conservadora; e e) função coordenadora.

## 1. Função Tutelar do Direito do Trabalho no contexto socioeconômico fragilizado pela COVID-19

A função tutelar do Direito do Trabalho surge no período da Revolução Industrial e tem como base a proteção do trabalhador, tido como hipossuficiente na relação jurídica estabelecida entre o tomador e o prestador dos serviços[5]. Ademais, o Direito Tutelar do Trabalho não só pretende proteger direitos e garantias fundamentais do empregado, mas, também, fiscalizar se estão sendo respeitados. O ilustre autor Sergio Pinto Marins ensina que o "Direito Tutelar do Trabalho é o segmento do Direito do trabalho que trata das regras de proteção ao empregado quanto a sua saúde, ao ambiente e às condições físicas de trabalho, assim como da fiscalização, a ser exercida sobre o empregador desses mesmos direitos."[6]

Na Inglaterra, em meados do século XVIII, houve uma grande migração da mão de obra do campo para os centros urbanos em busca de melhores condições de vida, resultando numa expressiva formação do proletariado. Ocorre que o excesso de mão de obra facilitou abusos por parte dos industriais, que passaram a explorar a força de trabalho.[7]

Em pleno século XXI, e em tempos de COVID-19, verifica-se a efetividade da função tutelar do Direito do Trabalho, na relação capital e trabalho?

---

[4] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. Saraiva. 2018.

[5] MARTINS, Sérgio Pinto. O Direito do trabalho tem realmente uma característica protecionista em seu conjunto. Alguns tópicos realçam-se mais ainda que outros. É o que ocorre com a proteção destinada ao menor, à mulher, às férias. Não há dúvida de que nesse segmento o intervencionismo estatal é maior, pois é interesse do Estado dar proteção ao trabalhador e que este efetivamente venha a desfrutar dessa proteção, por ser a parte mais fraca da relação do contrato de trabalho.

[6] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. Saraiva. 2018.

[7] "Daí nasce uma causa jurídica, pois os trabalhadores começaram a reunir-se, a associar-se, para reivindicar melhores condições de trabalho e de salários, diminuição das jornadas excessivas (os trabalhadores prestavam serviços por 12, 14 ou 16 horas diárias) e contra a exploração de menores e mulheres. Substituía-se o trabalho adulto pelo das mulheres e menores, que trabalhavam mais horas, percebendo salários inferiores. A partir desse momento, surge uma liberdade na contratação das condições de trabalho. O Estado, por sua vez, deixa de ser abstencionista, para se tornar intervencionista, interferindo nas relações de trabalho." MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 34. ed. Saraiva. 2018. Eis aí o surgimento da função tutelar do Direito do Trabalho.

Mesmo diante do arcabouço jurídico vigente, novas normas foram criadas para a proteção, como as Medidas Provisórias 927 e 936. A MedProv 936, hoje convertida na Lei n.14.020/20, tem por objetivo garantir o emprego e as atividades empresariais, além de reduzir problemas sociais impactadas na saúde pública.

A MP 936 causou controvérsia entre juristas, tendo sido objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.363, que questionava, dentre outros, o dispositivo que autorizava a redução de jornada e salário (art. 3º, II) mediante acordo individual por escrito firmado entre empregado e empregador. O Ministro Edson Fachin ao proferir seu voto sustentou que:

> *"Mesmo que as razões históricas do presente sejam aptas a justificar restrições impostas pela medida provisória com a intenção de encontrar solução que contemple a proteção ao emprego, a partir disso nasce a possibilidade de negar-se direitos fundamentais que estão garantidos pela Constituição. A eventual flexibilização dos direitos dos trabalhadores exige por parte do legislador que observe as salvaguardas constitucionais expressamente estabelecidas pelo constituinte de 88."*[8]

Entretanto, a decisão final do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de considerar constitucional a Medida Provisória atacada.

Mesmo diante das tentativas de preservar o emprego e a renda dos trabalhadores, a taxa de desemprego no Brasil, no segundo trimestre de 2020, atingiu a casa dos 11.8%, com 12,8 milhões de desempregados, segundo dados oficiais apontados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).[9]

## 2. Primazia da Função Econômica do Direito do Trabalho na crise COVID-19.

A função econômica do Direito do Trabalho encontra fundamento nos valores econômicos, os quais são considerados determinantes para a garantia dos direitos e vantagens da classe trabalhadora. A força de trabalho seria retribuída na forma de salário, paga pelo empregador, conforme previsão expressa contida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): "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". (g.n.)[10]

Neste contexto, vale reproduzir os ensinamentos do ilustre e saudoso Amauri Mascaro Nascimento: "O direito do trabalho visa a realização de valores econômicos, de modo que toda e qualquer vantagem atribuída ao trabalhador deve ser meticulosamente precedida de um suporte econômico, sem o qual nada lhe poderá ser atribuído".[11]

É sabido que a sociedade brasileira já vinha sofrendo grave crise econômica e que ora se agrava com a crise da saúde, pois, somente neste período de pandemia, mais de três milhões de trabalhadores perderam seus empregos.[12] A MP

[8] VITAL, Danilo. Acordo individual trabalhista na crise não depende de sindicato, diz STF. ConJur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/acordo-trabalhista-crise-nao-depende-sindicato-stf. Acesso em: 23 set. 2020.

[9] IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Desemprego. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php. Acesso em: 29 set. 2020.

[10] BRASIL. DECRETO-LEI N° 5.452, DE 1° DE MAIO DE 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ, maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

[11] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

[12] AGÊNCIA DE NOTÍCIAS. Devido à pandemia, pelo menos 3 milhões de pessoas ficam sem trabalho no país. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-

936/2020 previu a redução proporcional da jornada de trabalho e de salários, além de instituir, em seu artigo 1°, o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, que, segundo informações do secretário Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia "é pago aos trabalhadores formais que estão com o contrato suspenso ou com a jornada de trabalho reduzida e já rendeu aproximadamente 12 milhões de acordos feitos por todo o Brasil."[13]

Em análises feitas por José Pastore, sociólogo e especialista em relações do trabalho, as Medidas Provisórias 927 e 936 contribuíram para a manutenção de vários postos de trabalho. Vejamos:

> *"No conjunto, elas estão ajudando a manter cerca de 30% dos empregos formais graças à simplificação de regras para a concessão de férias antecipadas ou coletivas, extensão do banco de horas, redução da jornada e de salário, suspensão do contrato de trabalho, antecipação do abono salarial e complementação parcial das perdas dos trabalhadores. Cerca de 10 milhões de empregos foram poupados."*[14]

O Estado tem apresentado alternativas para minimizar os efeitos da crise, ora criando normas jurídicas para manutenção do emprego e das empresas, ora criando programas de auxílio emergencial aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais, autônomos e desempregados e outros.

Sobre o valor do auxílio fornecido pelo governo, José Dari Krein, doutor em Economia Social e do Trabalho, avalia que "o rendimento médio dos informais, pela PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) de dezembro, é de R$ 1,5 mil, e dos por conta própria R$ 1,7 mil. Ou seja, a ajuda que o governo está oferecendo é um terço do rendimento anterior dos trabalhadores por conta própria, que são mais de 24 milhões de pessoas.*"*[15]

A crise econômica está se agravando e isso parece ser incontestável, conforme relatório expedido pelo ministério da economia, que informa que há um déficit primário no Governo Federal no valor de 861 bilhões de reais.[16]

Em tempos de Covid-19, a função econômica do Direito do Trabalho tem sido a principal responsável para alcançar o equilíbrio na relação capital e trabalho?

Muitos dirão que a função econômica do Direito do Trabalho tem contribuído para a manutenção do emprego e renda dos trabalhadores; outros, no entanto, criticam as medidas adotadas pelo governo, e de algumas decisões do Poder Judiciário, pois, evidente a perda, parcial ou total, do poder aquisitivo dos trabalhadores e do elevado número de desempregados.

## 3. Função social do direito do trabalho e a proteção da dignidade humana dos trabalhadores.

noticias/noticias/28613-em-quatro-meses-de-pandemia-3-milhoes-de-pessoas-ficam-sem-trabalho-no-pais. Acesso em: 23 set. 2020.

[13] LIVE JR. Veja a entrevista completa com o secretário especial da Previdência Bruno Bianco Leal. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IzMOsgwWo7Y. Acesso em: 23 set. 2020.

[14] PASTORE, José. *Trabalho:* o que vem pela frente, por José Pastore. Disponível em: http://portaldaautopeca.com.br/trabalho-o-que-vem-pela-frente-por-jose-pastore/. Acesso em: 23 set. 2020.

[15] http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/esta-na-hora-de-organizar-a-economia-para-coloca-la-a-servico-da-vida-das. Acesso em: 23 set. 2020.

[16] RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DE RECEITAS E DESPESAS PRIMÁRIAS. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/relatorios-de-avaliacao-fiscal/2020/relatorio_e_anexo.pdf. Acesso em 23 set. 2020.

Conforme vimos anteriormente, o Direito do Trabalho encontra raízes na história e na evolução da sociedade, buscando sempre dar efetividade aos valores sociais do trabalho. A função social do Direito do Trabalho tem por fundamento assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana e, segundo ensinamentos de Cesarino Jr., "se destinaria à proteção dos hipossuficientes, abrangendo não só questões do Direito do Trabalho, mas também de Direito coletivo, assistencial e previdenciário. O Direito é social em razão da prevalência do coletivo sob o individual, como apregoado na Revolução Francesa."[17]

A título de ilustração, citamos o filme "Tempos Modernos", com fortes influências da automação no sistema de produção da época (sistema fordista), que retrata a questão social envolvendo a exploração da força de trabalho. A dignidade do trabalhador estava relegada para segundo plano, e a obtenção do lucro passou a ser questão prioritária na relação capital e trabalho.

Em tempos de pandemia, principalmente, deve-se evitar abusos cometidos por empregadores que demitem seus empregados, como no caso de um famoso restaurante e que gerou muita repercussão na mídia em geral.[18]

## 4. Função conservadora do direito do trabalho

No período da história em que o Direito do Trabalho se mostrava com viés conservador, era tido "como instrumento de opressão do Estado em prol da classe dominante (burguesia) como forma de impedir ou dificultar os movimentos operários."[19]

Segundo ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento "as leis trabalhistas não teriam outra função senão a de aparentar a disciplina da liberdade; na verdade, a de restringir a autonomia privada coletiva e impedir as iniciativas, que, embora legítimas, possam significar de algum modo a manifestação de um poder de organização e de reivindicação dos trabalhadores."[20]

Diferentemente da função conservadora, o Direito do Trabalho contemporâneo ganha novos ares e a Carta Constitucional de 1988 valoriza a autonomia privada coletiva com o reconhecimento das entidades sindicais e dos instrumentos normativos como os acordos e as convenções coletivas de trabalho, questões sociais típicas da função coordenadora e que veremos a seguir.

## 5. Função coordenadora do direito do trabalho e sua eficácia em tempos de crise causada pela saúde

A função coordenadora do Direito do Trabalho visa estabelecer o equilíbrio entre o capital e o trabalho. Nesse contexto, a Constituição brasileira de 1988, valoriza a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho, a

[17] In MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 34. ed. Saraiva. 2018.
[18] DIÁRIO DO RIO. *Fogo de chão demite 690 e manda a conta para Governadores pagarem*. Disponível em: https://diariodorio.com/fogo-de-chao-demite-690-e-manda-a-conta-para-governadores-pagarem/. Acesso em: 23 set. 2020.
[19] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
[20] In NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

livre iniciativa (art. 1º, IV), além dos direitos individuais (arts. 6º e 7º) e coletivos (arts. 8º e 9º).[21]

Podemos citar, neste contexto, a Norma Regulamentadora 6 (NR6), que trata do equipamento de proteção individual (EPI) e que a empresa está obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias: a) sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho; b) enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; e c) para atender a situações de emergência.[22]*í*

A Lei n. 13.979/2020 prevê que os estabelecimentos em funcionamento durante a pandemia da Covid-19 estão obrigados a fornecer gratuitamente a seus funcionários e colaboradores máscaras de proteção individual, ainda que de fabricação artesanal, sem prejuízo de outros equipamentos de proteção individual estabelecidos pelas normas de segurança e saúde do trabalho.

Assim, a função coordenadora do Direito do Trabalho visa estabelecer padrões de equilíbrio na relação de emprego, haja vista os princípios gerais da atividade econômica, preconizados no art. 170 da Constituição da República: "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."

Com os direitos mínimos assegurados durante pandemia, o Direito do Trabalho teve que moldar-se às novas circunstâncias, protegendo os direitos do trabalhador e do empregador. Deve-se levar em conta que nessa relação jurídica, é o empregador que assume os riscos da atividade e que também sofre as consequências de crises econômicas, como, por exemplo, a que ocorreu em 2009, quando o Direito do Trabalho precisou flexibilizar direitos constitucionais. A crise que estamos em 2020 é de natureza sanitária, mais uma vez tais direitos estão sendo relativizados. Citamos, como exemplo, o caso da Gol Linhas Aéreas que reduziu as horas trabalhadas, os salários benefícios de seus funcionários, mas pode rever tais medidas conforme evolução da Covid-19.[23]

Manter as empresas em funcionamento é muito importante, pois, ao mesmo tempo que atende o seu fim social, obtém o lucro pretendido. Nesse sentido, oportunas as palavras de Ludwig Von Mises: "A motivação para o lucro da atividade empresarial é precisamente o que dá sentido e significado, orientação e direção à economia de mercado baseada na propriedade privada dos meios de produção. Eliminar a motivação pelo lucro equivale a transformar a economia de mercado numa completa desordem."[24]

## PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

[21] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

[22] NORMAS REGULAMENTADORAS. NR-6. Equipamento de proteção individual (206.000-0/10). Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_6.html. Acesso em: 25 set. 2020.

[23] EL PAÍS. Escalada do coronavírus no Brasil põe demissões e recessão à vista. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2020-03-21/escalda-do-coronavirus-no-brasil-poe-demissoes-e-recessao-a-vista.html> Acesso em: 23 set. 2020

[24] In RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. Vol. Único. 10 ed. Gen. 2020.

Das análises feitas, ainda que superficialmente, verifica-se que em tempos de Covid-19, o Direito do Trabalho tem colocado em prática suas funções, conforme circunstâncias demandas pelos fatos sociais e econômicos.

A "Era Covid-19" está afetando a economia mundial e causando fortes impactos na estrutura e na efetividade das normas trabalhistas e esse movimento nos motivou a estudar sobre as funções tutelar, econômica, social, conservadora e coordenadora do Direito do Trabalho, todas reconhecidas pela doutrina nacional e internacional.

Num cenário em que é a pandemia que está ditando as regras e o curso das atividades socioeconômicas, relativizando direitos assegurados na legislação constitucional e infraconstitucional, qual seria a atual função do Direito do Trabalho em tempos da COVID-19?

A função conciliadora do Direito do Trabalho, principalmente no campo processual, se materializa nas atividades desenvolvidas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) da Justiça do Trabalho. Na cidade de Sorocaba, somente no ano de 2016, foram realizadas 1.936 audiências, com um total de 36,16% de acordos; em 2019, foram 4.956 audiências, com 39,07% de acordos. Em meio à pandemia, tem ampliado o número de audiências no Cejusc, sendo que somente entre os meses de abril e agosto de 2020, foram realizadas 1.000 audiências telepresenciais, com a realização de 500 acordos.

Ademais, é entendimento nos tribunais do Trabalho que "os procedimentos de conciliação e mediação são parte intrínseca da Justiça do Trabalho. Durante a pandemia atual, decorrente do coronavírus, eles têm se mostrado uma forma de solução consensual rápida e efetiva para diversos conflitos entre empregados e patrões."[25]

Como estudantes da Faculdade de Direito de Sorocaba-FADI, tivemos o privilégio de participar, como convidadas, das audiências de conciliação presididas pelo ilustre Juiz do Trabalho e Presidente do CEJUSC/Sorocaba, Dr. Paulo Eduardo Belotti, tendo como Mediadora a Sra. Analuci Stachewski, e foi nesse ambiente que aprendemos e compreendemos que a conciliação é fundamental para incentivar e concretizar a paz social.

Devemos destacar que a solução extraprocessual dos conflitos individuais de trabalho demandará a formação de uma nova cultura de paz social. Segundo Sócrates, não podemos brigar com o velho, e sim, construir o novo.

Trazemos para reflexão final deste estudo, a proposição de que os impactos da Covid-19, se não criou, valorizou a *função conciliadora* do Direito do Trabalho e que certamente será a maior protagonista no sentido de preservar direitos da relação capital e trabalho e de fazer justiça com efetividade e eficácia.

> *"Juiz nenhum, sentença alguma jamais será mais justa do que a concórdia obtida em uma audiência de conciliação. Pois, quando as partes se perdoam, a vitória obtida supera os limites do processo. Alcança os portões da própria alma*". (*Pablo Stolze)*

[25] JUSTIÇA DO TRABALHO. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Especial: acordos trabalhistas durante a pandemia. Disponível em: http://www.tst.jus.br/-/especial-acordos-trabalhistas-durante-a-pandemia. Acesso em: 23 set. 2020.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **Devido à pandemia, pelo menos três milhões de pessoas ficam sem trabalho no país.** Disponível em https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28613-em-quatro-meses-de-pandemia-3-milhoes-de-pessoas-ficam-sem-trabalho-no-pais. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **DECRETO-LEI N° 5.452, DE 1° DE MAIO DE 1943**. **Consolidação da Leis do Trabalho.** Rio de Janeiro, RJ, maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 01 out. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIÁRIO DO RIO. **Fogo de chão demite 690 e manda a conta para Governadores pagarem.** Disponível em: https://diariodorio.com/fogo-de-chao-demite-690-e-manda-a-conta-para-governadores-pagarem/ Acesso em: 23 set. 2020.

EL PAÍS. **Escalada do coronavírus no Brasil põe demissões e recessão à vista.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/economia/2020-03-21/escalda-do-coronavirus-no-brasil-poe-demissoes-e-recessao-a-vista.html Acesso em: 23 set. 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desemprego.** Disponível em: https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php Acesso em: 23 set. 2020.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Tribunal Superior do Trabalho. Especial: *acordos trabalhistas durante a pandemia*. Disponível em: http://www.tst.jus.br/-/especial-acordos-trabalhistas-durante-a-pandemia Acesso em: 23 set. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

LIVE JR. **Veja a entrevista completa com o secretário especial da Previdência Bruno Bianco Leal.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IzMOsgwWo7Y Acesso em: 23 set. 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 34. ed. Saraiva. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho.** 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

Normas regulamentadoras. **NR-6**- Equipamento de proteção individual (206.000-0/10). Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_6.html Acesso em: 25 set. 2020.

PASTORE, José. **Trabalho:** o que vem pela frente, por José Pastore. Disponível em: http://portaldaautopeca.com.br/trabalho-o-que-vem-pela-frente-por-jose-pastore/ Acesso em: 23 set. 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial.** Vol. Único. 10. ed. Gen. 2020. *Relatório de avaliação de receitas e despesas primárias*. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais dconteudo/publicacoes/relatorios/relatorios-de-avaliacao-fiscal/2020/relatorio_e_anexo.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

VITAL, Danilo. **Acordo individual trabalhista na crise não depende de sindicato, diz STF.** ConJur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/acordo-trabalhista-crise-nao-depende-sindicato-stf Acesso em: 23 set. 2020.

# O CONTRATO DE TRABALHO DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA ADEQUADA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS LABORAIS

**GIOVANA DE OLIVEIRA SOAVE**
**GUILHERME ARAÚJO TOLEDO**
**KARINE MARQUES VALLE MAZA**[1]

**SUMÁRIO**: Introdução. 1. Princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho. 2. Contrato de trabalho e sujeitos da relação de emprego. 3. A autocomposição como forma de solução dos conflitos na relação de trabalho. 4. Preponderância dos acordos individuais em tempos de Covid-19. 5. Acordo extrajudicial. 6. Extinção do contrato de trabalho como última "ratio". 7. Formas de extinção do pacto Laboral. 7.1 Aplicação na pandemia do COVID-19. 7.1.1 Onerosidade excessiva e rompimento da base objetiva do contrato. 8. Direitos das partes em uma pandemia. Comentários às Medidas Provisórias. Proposições Conclusivas. Referências Bibliográficas.

## Introdução

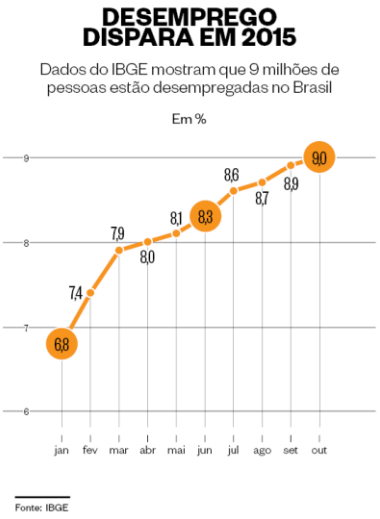
No sistema jurídico brasileiro, a principal norma que regula as relações de trabalho e de emprego é o Decreto-Lei 5.442, de 1º de maio de 1943, que instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, desde então, vem sendo objeto de inúmeras alterações.

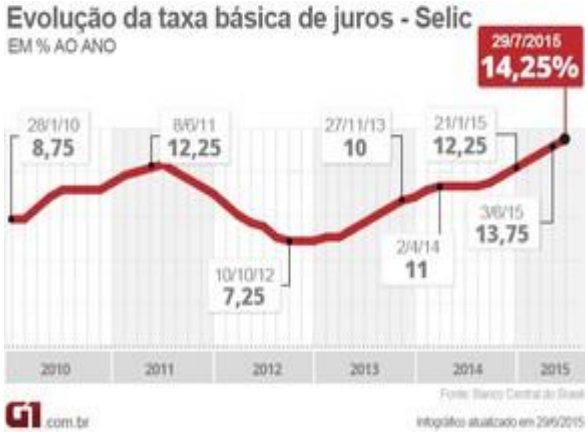
A modificação mais recente ocorreu no ano de 2017, com a entrada em vigor da Lei nº 13.467, denominada "Reforma Trabalhista", que alterou substancialmente a CLT tendo como finalidade a adequação da legislação às novas espécies de relações laborais contemporâneas, bem como a solução da questão do desemprego massivo.

A crise provocada pelo Novo Coronavírus (COVID-19), por seu turno, afetou patentemente o mundo das relações trabalhistas, principalmente no que concerne aos contratos de trabalho com vínculo de empregatício. No Brasil, antes mesmo da pandemia, já se tinha consideráveis níveis de desemprego e uma elevada recessão.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo apresentar as diversas formas de extinção do contrato de trabalho, por iniciativa do empregador, do empregado ou, por comum acordo, além dos direitos das partes em relação aos contratos individuais de trabalho no contexto da pandemia do COVID-19, e a autocomposição como melhor forma de resolver os conflitos trabalhistas.
Palavras-chave: Covid-19 - Valor social do trabalho - Contrato de trabalho – Autocomposição - Extinção do contrato.
ABSTRACT: The purpose of this paper is to present the several forms of termination of the work contract, on the initiative of the employer, the employee or, by common agreement, in addition to the rights of the parties in relation to individual employment/work contracts in the context of COVID-19 pandemic, and self-composition as the best way to resolve labor conflicts
Keywords: Covid-19 - Social Value of Work - Work Contract - Self-composition - Termination of the contract.
[1] Estudante graduandos do terceiro ano do Curso de Direito e participantes do Grupo de Estudos e de Iniciação Científica de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI.

Neste período, a taxa básica de juros atingiu seu patamar histórico[2], chegando ao impressionante nível de 14,25%.[3]




As taxas de desemprego elevaram-se exponencialmente com a crise e atingiram o patamar de 27,6%[4], segundo levantamento do IBGE, divulgado em setembro do corrente ano.

Uma enorme gama de empresas veio à falência ou entrou em regime de recuperação judicial, ante a ausência de liquidez para solver suas obrigações de diversas naturezas. O maior impacto incidiu sobre as empresas de pequeno e médio porte, que não possuem caixa ou reserva de emergência, dependendo de sua receita corrente para o adimplemento de débitos e garantia de uma razoável margem de lucro. Não obstante, companhias de grande porte igualmente foram atingidas, podendo-se citar, à guisa de exemplo, as do setor aéreo, como a LATAM e AVIANCA.

A ausência de legislação ensejou a edição das Medidas Provisórias (MedProv) 927 e 936, que tiveram por objetivo, concomitantemente, a preservação das relações laborais e da empresa, tendo-se em vista que a "quebra" em massa afeta o ciclo econômico como um todo, de modo que a falência acarreta a perda de mais empregos, afetando, destarte, a cadeia de consumo.

Questões importantes foram trazidas com a MedProv 927, tais como: o teletrabalho (arts. 4º), antecipação de férias individuais (arts. 6º a 10), concessão de férias coletivas (arts. 11 e 12), aproveitamento e antecipação de feriados (art. 13 e §§), banco de horas (art. 14), suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho (arts. 15 a 17), direcionamento do trabalhador para qualificação (art. 18) e o diferimento do recolhimento do FGTS (arts. 20 a 25).

A Medida Provisória 936 que, por seu turno, *"Instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública*

[2] http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/07/na-7-alta-seguida-juro-sobe-para-1425-ao-ano-maior-nivel-desde-2006.html.
[3] https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/01/de-um-ano-para-outro-desemprego-cresce-38-no-trimestre.html.
[4] UOL: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/09/desemprego-aumentou-276-em-quatro-meses-de-pandemia-diz-ibge.shtml.

reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e deu outras providências', foi questionada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 6363), tendo-se em vista que, de acordo com o art. 7º da CF, a redução de salários e jornadas só era permitida por meio de acordos ou convenções coletivas.

Assim dispõe a Constituição:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> VI - Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

A MedProv foi discutida perante o Supremo Tribunal Federal, a respeito da possibilidade de celebração do acordo individual entre empregado e empregador, como prevê em seu art. 7º:

> Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos:
> II - Pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos;

Em um primeiro momento, aparentou contrariar frontalmente a lei maior. Todavia, a Suprema Corte asseverou que, no momento excepcionalmente vivenciado, é de maior valia a real preservação dos empregos e da empresa. Entendeu-se que, ao se autorizar a celebração direta do ajuste, tornar-se-ia mais viável a manutenção da relação, tendo-se em vista a possibilidade de ser ajustada às peculiaridades que lhe são inerentes, tanto no que toca à empresa, como no que concerne aos empregados. Outrossim, o ajuste direto denota maior rapidez e eficiência, se comparado, por exemplo, a um acordo coletivo, no qual há intervenção sindical e considerável burocracia.

A pandemia do novo coronavírus revolucionou a sociedade como um todo e, trouxe novos modelos de negócios, reconfigurando várias atividades, tais como: a telemedicina, aulas virtuais, audiências remotas e, principalmente, a adoção do sistema de "home office", no qual se faz necessária a adaptação por parte dos empregados e, se não dispuserem dos meios para o desenvolvimento da atividade, terão estes de ser fornecidos pelo empregador.

## 1. Princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho

Os Princípios da Livre Iniciativa e do Valor Social do Trabalho estão expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, incisos III, IV, *in verbis:*

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> (...)
> III - A dignidade da pessoa humana;
> IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

O princípio da livre iniciativa serve precipuamente de base para a economia, em que o Estado impulsiona e estimula as relações mercantis. Diz

respeito à liberdade de exercício da atividade econômica, trabalho, ofício ou profissão, além da liberdade de contratar e dos contraentes, no exercício do princípio da autonomia da vontade. Porém, este princípio não é absoluto, pois encontra limites na supremacia da ordem pública, que consiste na predominância do interesse público sempre que algo contrariar a lei, a moral e os bons costumes.

O Valor Social do Trabalho tem íntima ligação com o Princípio da Dignidade da pessoa humana, que serve de inspiração para todo o ordenamento jurídico. Cada trabalhador possui garantias mínimas no trabalho, inderrogáveis pela vontade das partes, como, por exemplo, o salário mínimo. São expressamente vedados trabalhos forçados, desumanos, insalubres e, que coloquem em risco à vida e a saúde do trabalhador. Assim, o trabalho deve ter um valor social no sentido de agregar à sociedade e à vida do próprio trabalhador.

O Direito do Trabalho e do Emprego é de interesse público, por isso, interessa à toda coletividade, seja ao empregador, ao trabalhador e ao Estado. Por isso, denota-se a importância de tais princípios. É válido ressaltar que, cada pessoa, quando nasce, adquire todos os direitos naturais inerentes à condição de ser humano, e que devem ser respeitados. Por isso, as normas que regem o Direito do Trabalho impõem limites ao exercício da atividade laboral, de tal forma que o trabalhador não seja reduzido à condição de objeto. O pactuado entre empregado e empregador estará limitado pelo legislador, considerada a desigualdade existente na relação, como será abordado a posteriori.

Enquanto na livre iniciativa, como regra geral, há ampla liberdade para o desenvolvimento da atividade econômica, consistente em um absenteísmo estatal, o valor social do trabalho concerne às ações positivas do Estado, intervencionismo contratual, de modo a não permitir abusos pela parte economicamente superior.

Na hipótese de conflito ou dúvida na aplicação de um ou de outro princípio, deve-se fazer uma ponderação para verificar qual deve prevalecer, de modo que, diferentemente das regras, a aplicação de um não importa a exclusão do outro.

## 2. Contrato de trabalho e sujeitos da relação de emprego

Primeiramente, tem-se que o contrato é a manifestação de vontade, na qual ambas as partes confluem seus interesses, da maneira que melhor lhes adeque, para a produção de efeitos jurídicos legalmente reconhecidos. Nos dizeres de Clóvis Beviláqua[5]:

> "é o acordo de vontades, com o objetivo de criar, modificar, resguardar ou extinguir direitos".

O contrato de trabalho, por sua vez, está previsto no art. 442 da CLT. Segundo Maurício Godinho[6], assim se define:

> "o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonificado a uma prestação pessoal, não-eventual, subordinada e onerosa de serviços. Dessa forma, presentes os requisitos da não habitualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação, estará caracterizada a relação de emprego, subordinada, por seu turno, às normas de ordem pública constantes da Consolidação das Leis do Trabalho."

[5] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. 1. Editora Saraiva, São Paulo, 2020. 17ª edição.
[6] GODINHO, Maurício Delgado. Curso de Direito do Trabalho, LTR, São Paulo 2017, 18ª edição.

Quando se trata do pacto laboral, deve-se ter em mente que o objeto da avença consiste em uma relação díspar, na qual uma das partes encontra-se em situação de vulnerabilidade.

Destarte, faz-se necessária a existência de uma sistemática legislativa própria, de cunho garantista, de modo a gerar o equilíbrio da relação e eventuais abusos por parte do empregador. Tais normas, dada sua natureza, são de ordem pública, inderrogáveis pela vontade dos contraentes e verdadeiras *"balizas"* ao princípio da autonomia da vontade.

**3. A autocomposição como forma de solução dos conflitos na relação de trabalho**

A autocomposição é o meio através do qual as partes de uma relação jurídica analisam, administram e solucionam o conflito de forma consensual, sem que haja a intervenção de um terceiro no processo de pacificação da controvérsia em questão.

É incontestável que um conflito resolvido pelos próprios envolvidos produz maiores efeitos do que o submetido à decisão proferida por um terceiro. Costuma-se dizer que tal solução finda o processo, mas não o conflito em si. Mauro Cappelletti e Bryant Garth[7] expõem de forma esclarecedora os benefícios da solução realizada pelas partes de uma relação conflitosa:

> "Existem vantagens obtidas tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação (...) ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e reestruturado um relacionamento complexo e prolongado".

São modalidades do método autocompositivo a renúncia, a aceitação e a transação.

A *renúncia* é caracterizada pela abdicação de um direito em favor da parte confrontante, enquanto a *aceitação* é o reconhecimento do direito alheio e não oposição a ele. Vale ressaltar que o Princípio da Indisponibilidade dos direitos trabalhistas, em regra, não permite essas modalidades como solução a ser acordada, pois protege o trabalhador, parte hipossuficiente da relação, como elucida o Artigo 9º da CLT:

> 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.

A *transação*, por sua vez, ocorre no momento em que os conflitantes realizam concessões mútuas, o que permite a formalização de um acordo que corresponda ao interesse das partes. Dessa forma, todos os conflitos individuais podem ser submetidos à conciliação e mediação, mas nem todos os direitos podem ser negociados.

A autocomposição, na esfera dos conflitos coletivos de trabalho, resulta em Acordos Coletivos ou Convenções Coletivas, destinados a regulamentar, por até

[7] CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

dois anos, os contratos individuais de trabalho, como dispõe o art. 614 §3º da CLT. Os dispositivos normativos também preveem e respaldam o uso do método autocompositivo nos conflitos individuais, conforme prevê a Lei 9.958 de 2000, que criou as Comissões de Conciliação Prévia – uma faculdade aos conflitantes, como decidiu o STF no ano de 2009 – nas quais o conflito é discutido antes do ingresso no judiciário, e possuem atribuição para conciliar conflitos individuais de trabalho, como afirma:

> Art. 625-A: As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

Com o intento de possibilitar a conciliação e mediação para dirimir os conflitos trabalhistas, tanto judicial quanto extrajudicialmente, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho elaborou a Recomendação CSJT.GVP N° 01/2020 que *"Recomenda a adoção de diretrizes excepcionais para o emprego de instrumentos de mediação e conciliação de conflitos individuais e coletivos em fase processual e fase pré-processual por meios eletrônicos e videoconferência no contexto da vigência da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19)",* e permite a efetivação da justiça por meio da solução autocompositiva e consensual.

No mesmo sentido, ao visar resguardar o vínculo trabalhista, sem prejuízo das partes que o compõem, a Medida Provisória 927 regulamentou o uso do método autocompositivo entre empregado e empregador, como expõe em seu Art. 2º, *in verbis*:

> (...) o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.

## 4. Preponderância dos acordos individuais em tempos de Covid-19.

A Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo de Trabalho ganharam maior destaque com o advento da reforma trabalhista, conferindo às partes a prerrogativa de negociarem sobre a jornada de trabalho, observados os limites previstos na Constituição Federal. Assim prevê a redação contida no art. 611-A, caput e alínea i, da CLT:

> A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre.
> i - Pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

A Medida Provisória 936, convertida na Lei 14.020/20, dispõe:

> (...)
> Art. 12: As medidas de que trata o art. 3º desta lei serão implementadas por meio de acordo individual escrito ou de negociação coletiva aos empregados.

Frise-se que, no caso concreto, os acordos individuais – válidos e correspondentes às normas cogentes que garantem a proteção do trabalhador – tornar-se-ão a melhor forma de atender adequadamente o interesse e a necessidade das partes conflitantes.

Cite-se, à guisa de exemplo e comparação, uma multinacional de porte global e, uma empresa de pequeno porte. Havendo norma de caráter genérico, ambas teriam tratamento identicamente formal, não se levando em conta suas

condições singulares. No caso, fica patente que o legislador concretiza o princípio da isonomia material com tal norma.

Pode-se afirmar que, ao tratar-se de uma relação díspar, na qual uma das partes encontra-se em situação de vulnerabilidade, não pode haver abusos por parte do empregador, de modo a até mesmo aniquilar os direitos e a dignidade do empregado. Sem embargo, o próprio ordenamento jurídico possui mecanismos para corrigir tais distorções, de modo que, qualquer lesão ou ameaça de lesão está sujeita à apreciação jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV), de modo que, havendo acordos desarrazoados, certamente serão reajustados ou, até mesmo declarados nulos. Tal instituto permitirá que o acordo individual, devidamente analisado pelo magistrado e homologado por este, seja a inovação que falta nas relações trabalhistas.

No entanto, e a fim de dar efetividade ao princípio protetor e evitar abusos durante a negociação, o § 4º, do art. 12, da Lei 14.020/20 deixou expresso a obrigatoriedade de comunicar-se aos sindicatos o acordo realizado, única e exclusivamente para averiguar a adequação a este dispositivo legal e fiscalizar se contém vícios de consentimento, e caso não houvesse manifestação deste, o acordo individual seria válido e legítimo.

> § 4º Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Lei, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato da categoria profissional, no prazo de até 10 (dez) dias corridos, contado da data de sua celebração.

Denota-se a preocupação do legislador, em tempos de pandemia, preservar os direitos dos trabalhadores, declarando nulos os atos abusivos praticados pelo empregador, conforme o art. 9º, da CLT, *in verbis:*

> 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.

Toda a sistemática trabalhista, principalmente as emergenciais, tem como principal objetivo evitar a extinção dos contratos de trabalho, como veremos a seguir.

## 5. Acordo Extrajudicial

Em situações não excepcionais, os acordos realizados extrajudicialmente, no bojo da autocomposição entre empregado e empregador, podem ser homologados na Justiça do Trabalho, como prevê:

> Artigo 652, f, CLT: Compete às Varas do Trabalho: f - decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Tal possibilidade segue em consonância com a jurisdição voluntária – que promove a desjudicialização dos conflitos individuais - e a celeridade processual, que desburocratiza o alcance da efetivação do direito.

Os artigos 855-B até 855-E da CLT, instituem os ritos necessários para a homologação do acordo firmado entre as partes. O Art. 855-A, expõe que o processo iniciar-se-á com petição conjunta, representação obrigatória das partes por advogado, vedação da representação conjunta das partes por patrono único e a possibilidade de o trabalhador ser representado pelo advogado do sindicato da categoria a que pertence. No transcorrer do artigo supracitado, encontram-se

vedações sobre o objeto a ser transacionado, cuja finalidade é preservar a hipossuficiência do trabalhador durante a composição de um acordo.

O termo acordado vincula apenas as partes, e o magistrado, por sua vez, não está submetido a homologar o pactuado, devendo, sem embargo, fundamentar a decisão da recusa parcial ou total da homologação, sob pena de ofensa ao art. 93, IX, CF/88, art. 489, CPC e art. 832 CLT, e da sentença que rejeitar a homologação caberá recurso ordinário. O acordo homologado em juízo terá efeito de título executivo judicial, o que possibilita o ingresso de ação de execução para suprir eventual inadimplemento.

## 6. Extinção do contrato de trabalho como última "ratio"

A extinção do pacto laboral consiste no fim do vínculo empregatício, na "morte" do contrato. Enseja, por seu turno, o dever de indenizar uma série de verbas ao empregado, a depender da forma como ocorre e a razão que a embasa. Na melhor doutrina, expõe Sérgio Pinto Martins[8]: "É a terminação do vínculo de emprego, com a extinção das obrigações para ambos os contraentes". Destarte, não estará mais o empregado adstrito à prestação dos serviços, nem o empregador ao pagamento dos salários.

Sendo o contrato por *prazo determinado,* qualquer das partes que o "rompa" sem justo motivo incorre no dever de indenizar o outro contraente. Todavia, na relação trabalhista, a regra consiste na pactuação *sem prazo determinado,* que tendem a perdurar no tempo. Serão estes o objeto de estudo do presente tópico.

## 7. Formas de Extinção do Pacto Laboral

Pode o contrato de trabalho ser unilateralmente extinto pelo empregador, através da *resilição (denúncia)*, com ou sem justa causa. Igualmente, pode sê-lo pelo empregado, podendo ser pelo pedido de *demissão, na rescisão indireta ou por aposentadoria.* Como também pelo *distrato,* ou seja, pela vontade de ambas as partes de findar o vínculo contratual.

Sendo extinto o contrato por iniciativa do empregador, somente se terá justa causa se ocorrerem algumas das situações taxativamente elencadas no art. 482 da CLT. Tem-se, como hipóteses, o ato de insubordinação, a embriaguez habitual ou em serviço e a violação do segredo de empresa. Nas palavras de Sérgio Pinto Martins[9], a justa causa consiste no "*procedimento incorreto do empregado, que dá enseja à ruptura do vínculo de emprego*".

Na hipótese de extinção por iniciativa do empregado, também pode ser com ou sem justa causa do empregador. Igualmente, a justa causa do patrão está exaustivamente prevista no art. 483 da CLT. Como exemplos, tem-se o não cumprimento de obrigações contratuais, o tratamento com rigor excessivo e quando colocar o empregado em situação de perigo manifesto de mal considerável.

No distrato, ambas as partes decidem conjuntamente extinguir o contrato e a relação empregatícia. Assim, os próprios contraentes estabelecem como será a forma e a consequência do rompimento do vínculo.

[8] MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 36. ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2020.
[9] MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 36. ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2020.

Pode, todavia, ocorrer a resolução do contrato pelo advento de *caso fortuito ou força maior*, ou seja, em decorrência do evento incerto e imprevisível que torna inviável a continuidade do pacto e da relação laboral. Sem embargo, ainda que não seja fato imputável ao empregador, terá de indenizar o empregado nas mesmas verbas como se o houvesse demitido sem justa causa, ressalvada a multa sobre o fundo de garantia, que será de 20%.

Tal regra mostra-se patentemente em dissonância da equidade, visto que, por um lado, protege-se demasiadamente uma das partes e, por outro, incorre o empregador no dever de indenizar, por fato a ele não imputável.

## 7.1 Aplicação na pandemia do COVID-19

### 7.1.1 Onerosidade Excessiva e Rompimento da Base Objetiva do Contrato.

Não obstante a imprevisão da incidência de tais institutos na relação trabalhista, interessante mencioná-los e, ao mesmo tempo cogitar sua futura aplicação no campo laboral, tendo-se em vista a situação gerada pela crise pandêmica e seus efeitos econômicos catastróficos.

Ambas as teorias se assemelham, diferenciando-se apenas pela presença de alguns requisitos, a mais ou a menos. A primeira, para o Código Civil (CC, art. 478 a 480), a segunda, para o Código de Defesa do Consumidor (CDC, art. 4º, inc. III, art. 6º, inc. V). Nos contratos cíveis, a onerosidade excessiva enseja a resolução da avença ou a modificação do contrato, enquanto na relação consumerista, tem-se a revisão, de modo a reequilibrar a relação.

O cerne, todavia, consiste na mudança das circunstâncias fáticas, decorrente de um evento futuro e imprevisível, de modo a tornar demasiadamente onerosa a prestação de uma das partes. Em outras palavras, pode-se dizer que a conjuntura fática que levou ambas as partes a contratar não mais existe, cláusula rebus sic stantibus o que gera um grande desequilíbrio na relação contratual.

Cite-se, como exemplo, determinado contrato que preveja como índice de reajuste a variação do petróleo e, um mês depois, ocorra conflito no oriente médio, elevando sobremaneira o preço da commodity.

No que toca aos contratos trabalhistas, a despeito do risco inerente à atividade empresarial, pode-se pensar na incidência da teoria da imprevisão, em relação à prestação do empregador. É certo que, principalmente no auge da crise pandêmica e, também posteriormente, com a paralisação total e a lenta retomada, a diminuição dos lucros foi patente, de modo que muitos empregadores não possuíam condições mínimas para custear as despesas do estabelecimento, incluindo-se os salários.

Pode-se, excepcionalmente, neste caso, pensar em eventual redução de salários, como forma de, simultaneamente, preservar empregos e a empresa propriamente dita, tendo em vista primordialmente sua função social. Verificado o contrato de trabalho e as maneiras pelas quais se extingue, cumpre analisar as medidas legislativas e administrativas, implementadas durante a crise pandêmica, cujo escopo principal foi evitar o fim da relação "jus trabalhista". Para tanto, foram editadas as Medidas Provisórias 927 e 936 que, a primeira já caducada e a última convertida na Lei 14.020/20 foram de grande relevo, tendo-se em vista sua aplicação no auge da crise, bem como os efeitos práticos que surtiram e eventuais alterações futuras na legislação do trabalho.

## 8. Direito das partes em uma pandemia e Comentários as Medidas Provisórias

### *Medida Provisória 927 – 22.03.2020*

Adotou medidas e autorizou o implemento de alterações no contrato de trabalho, bem como no que concerne ao seu modo de execução, com a finalidade de permitir que cada empresa adequasse a prestação de serviços às suas peculiaridades momentâneas.

a) Equiparação da Crise Pandêmica à força maior, para fins do art. 501 da CLT (art. 1º, p.u)

Primeiramente, assevera a norma trabalhista:

> Art. 501 – Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

É válido ressaltar que, como já mencionado, tal norma não possui grande relevo, observando-se que, permanece o empregador com vários encargos, simultaneamente à situação de crise de liquidez, o que, por seu turno, acaba por acarretar em falência. Consequentemente, tem-se a perda de mais empregos, reduzindo-se, igualmente, o consumo.

Sendo assim, é patente que, ao se auxiliar o empregador, não se estará apenas preservando a empresa, mas, sim, uma enorme gama de empregos, em ciclos.

b) Preponderância dos Acordos individuais sobre demais instrumentos normativos, ressalvadas as garantias e disposições constitucionais.

O acordo individual celebrado entre empregado e empregador prevalecerá tanto sobre a lei como sobre os acordos e negociações coletivas. Acertada, em nosso juízo, a medida do legislador.

c) Possibilidade de Implemento do Teletrabalho

Cuida-se de outra medida inovadora e inteligente do legislador, ampliativa do "jus variandi" do empregador, decorrente do poder de direção. É a permissão para a alteração unilateral do modo de execução da prestação de serviços, da forma presencial para a remota.

A medida permite, igualmente, que cada empregador adeque o serviço às peculiaridades de sua empresa, no caso concreto. Não faz jus à razão que, em meio a uma crise pandêmica, uma atividade que possa ser desenvolvida inteiramente de modo remoto, como a análise de balanços patrimoniais, o seja presencialmente, e coloque em risco a saúde dos empregados, de suas famílias e de todos com quem convive.

d) Concessão Antecipada de Férias

Tendo-se em vista a drástica redução da demanda e, até mesmo a determinação do Poder público para o fechamento de todos os estabelecimentos que não se enquadrassem como serviços essenciais, mostra-se adequada a medida constante dos artigos 6º a 10 da MedProv.

Sem embargo, observando-se a redução abrupta dos lucros e a crise de liquidez, tem-se eficácia duvidosa, de modo que a única "benesse" concedida pelo

legislador foi a possibilidade de adiamento do pagamento do terço constitucional, que deverá ocorrer juntamente ao décimo terceiro salário. O valor das férias, propriamente ditas, deverá ser pago até o 5º dia útil do mês subsequente à sua fruição.

É necessário salientar que as férias poderão ser concedidas, individual ou coletivamente, ainda que não tenha ocorrido o decurso do período aquisitivo do empregado, devendo ser respeitado, no primeiro caso, prazo mínimo de 5 dias e, no segundo, 30 dias.

e) Criação de Regime Especial de Banco de Horas em Favor do Empregador

Por meio de tal medida, foi autorizado ao empregador a interrupção das atividades, sem, contudo, que se deixe de efetuar o integral pagamento dos salários.

Desta forma, cria-se banco de horas "ao reverso", em favor do empregador, de modo que, com o retorno das atividades, deve o empregado estender sua jornada, por até 2 horas, respeitado o limite máximo diário de 10 horas, para compensar o período que percebeu a remuneração, mas não prestou os serviços.

Tal medida, apesar de interessante quando analisada sob à ótica da real necessidade de paralisação, até mesmo por determinação imposto pelo Poder Executivo, bem como pela considerável queda da demanda e impossibilidade de aglomeração de pessoas, tem pontos que colocam em dúvida sua real eficácia, bem como pode, futuramente, acarretar incertezas e instabilidade jurídica.

Primeiramente, deve-se observar que, com a paralisação das atividades, somente as empresas de elevado porte que possuem caixa ou reserva de emergência terão condições de, na prática, implementar tal medida. Um pequeno comerciante do gênero vestuário, por exemplo, não terá condições de fazê-lo.

Outrossim, a Medida Provisória não dispõe acerca da consequência jurídica do pedido de demissão anterior à compensação. Neste caso, se não houver indenização ao empregador, por parte do empregado, ter-se-á clara situação de enriquecimento sem causa, vedada e repudiada pelo direito.

### *Medida Provisória 936 – 01.04.2020 – Atual Lei 14.020/20*

Tal medida implementou uma sistemática voltada à preservação do emprego e da renda, visando-se a evitar, sempre que possível, a extinção das avenças laborais. Deste modo, criou-se um benefício emergencial a ser custeado pela União a trabalhadores, em determinadas condições, bem como autorizou modificações nas relações contratuais para salvaguardá-las da crise econômica.

a) Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda

Trata-se da medida mais oportuna e eficaz adotada pelo legislador, que de modo simultâneo, assegurou ao empregado o mínimo para a garantia de suas necessidades e de sua família, e desonerou o empregador em uma época de grave crise econômica e ausência de liquidez.

O benefício emergencial é um auxílio pecuniário governamental, custeado com recursos da União, ao qual têm direito os trabalhadores que tem seu contrato suspenso ou sua jornada e salários proporcionalmente reduzidos.

Deste modo, para receber a prestação, deve o empregado celebrar o ajuste por escrito com o empregador, que tenha por objeto a suspensão do contrato ou a redução da jornada-salário. Posteriormente, é dever do tomador de serviços *comunicar ao Ministério da Economia acerca da celebração do acordo,* sob pena de este ficar sem efeito e ter de pagar a remuneração em sua integralidade ao trabalhador.

Devidamente feita a comunicação, será feito o pagamento da primeira parcela em até 30 dias, contados da celebração do acordo e, não do efetivo "aviso" ao Ministério.

Do exposto, percebe-se clara iniciativa do Poder público sob três vertentes: *a) preservação da empresa e, consequentemente, de sua função social; b) preservação efetiva do emprego; c) preservação da remuneração do empregado.*

Deste modo, a medida demonstra-se extremamente equilibrada e em consonância com a equidade, pois, como já exposto, trata-se de uma cadeia, de modo que, o prejuízo dos empresários afeta diretamente os trabalhadores e indiretamente a cadeia de consumo.

b) Suspensão Temporária do Contrato de Trabalho

O termo "suspensão" concerne à paralisação da produção de efeitos, ou seja, o contrato não gera, enquanto suspenso, obrigações para as partes, que ficam desincumbidas de prestar o serviço e, igualmente, pagar os salários.

c) Redução Proporcional das Jornadas de Trabalho e dos Salários.

Esta medida, por sua vez, permitiu que se mantivesse o equilíbrio-econômico financeiro das atividades do empregador, uma vez que, havendo redução da demanda, não se faz necessárias jornadas longas como de costume. Reduzida a jornada, reduz-se o salário, proporcionalmente, trazendo o *equilíbrio econômico financeiro do contrato.*

Todavia, a própria Medida Provisória estabeleceu "balizas percentuais" para as reduções, quais seja: 25%; 50%; 75%. Para reduções diversas, faz-se necessária norma de caráter coletivo.

Igualmente, cumpre salientar que, a despeito da ampliação da autonomia da vontade no campo trabalhista, qualquer violação ou abuso sujeita-se à apreciação jurisdicional, tendo-se em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inc. XXXV).

Revogado o decreto que estabelece o estado de calamidade pública, deve-se retornar ao patamar anterior. Todavia, tal situação não ocorre "*ipso iure*", fazendo-se necessária comunicação, por escrito, do empregador, com antecedência mínima de 48 horas.

## PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

A crise pandêmica, ocasionada pelo Novo Coronavírus (Covid-19), evidencia a necessidade de adequação legislativa às alterações ocasionadas no contexto social, uma vez que muitos dispositivos, como salientado, demonstraram-se insuficientes ou desarrazoados para a solução dos conflitos, tendo-se em vista os excessivos encargos que recaem sobre pequenos empresários e a considerável burocracia existente para contratações.

Porém, tais modificações devem estar consubstanciadas aos preceitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico, ao considerar a necessidade da existência de uma sistemática própria dedicada à proteção do trabalhador, pois, como já mencionado, cuida-se de parte hipossuficiente da relação "*jus laboral*". A equidade é princípio norteador da aplicação do Direito, de tal sorte que não é dado nem ao legislador, nem ao magistrado no caso concreto, aniquilar direitos de qualquer das partes em prol da outra, ao utilizar como argumento a existência de potencial vulnerabilidade ou desigualdade, mas deve garantir o equilíbrio social ao possibilitar a manutenção dos vínculos e não somente a extinção desses.

Por isso, pode-se dizer que as Medidas Provisórias editadas pelo Presidente da República têm uma importância imensurável no contexto da pandemia, pois criou um sistema legislativo novo, e trouxe soluções reais e práticas ao cenário atual. A última vez que algo semelhante ocorreu foi na 2ª Grande Guerra, e que para caracterização de caso fortuito ou força maior faz-se necessária a ocorrência de um evento futuro, incerto e imprevisível, de modo a tornar inviável o cumprimento do contrato, ou alterar drasticamente sua base objetiva.

Não havia jurisprudência para auxiliar na solução dos conflitos oriundos dessa crise, o cenário propiciou a elaboração de precedentes para um momento vindouro em que ocorra um fato análogo. Apesar de seu caráter transitório, elas podem ser mantidas no ordenamento, como de fato o foi, quando a MedProv 936 foi convertida na Lei 14.020/2020. Desse modo, demonstra-se maior viabilidade de solução de conflitos laborais e, com isso, a manutenção de empregos e da renda.

A possibilidade da realização de acordos individuais, e a prevalência desses aos outros dispositivos normativos, é a melhor forma de atender adequadamente ao interesse e a necessidade das partes de uma relação que está em potencial conflito. Além disso, é notória a necessidade do Poder Público respaldar as relações jurídicas, para a manutenção da ordem econômica e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, cumpre mencionar que, a despeito das críticas tecidas por determinados setores da sociedade, da mesma maneira que sem empregados não há emprego, a recíproca é verdadeira, de modo que os donos dos meios de capital, ou seja, a iniciativa privada, é a grande responsável por fazer rodar a "grande máquina" da economia. Sem embargo, muitas vezes, é vista como a "grande vilã" do sistema. Faz-se necessária profunda reflexão, de modo a não haver inversão de valores que leve a corrosão do sistema em si mesmo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.**

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.**

_____. Decreto-lei 5452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho.**

_____. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. **Reforma Trabalhista.** Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

_____. **Lei 14.020, de 7 de julho de 2020**.

_____. **Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020**.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho.** 14. ed. Editora Jus Podivm. 2020.

GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. ed. São Paulo: LTR, 2017.
_____; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LOURENCINI, José Eduardo. **Medidas provisórias no âmbito do direito do trabalho em tempos de Covid-19.** jus.com.br (acesso em setembro de 2020).

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** 35. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis.** 5. ed. São Paulo: Método, 2008.

# COMBATE AO DESEMPREGO EM ÉPOCA DE PANDEMIA: PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 14.020/2020, SOBRE OS DECRETO Nº 13.442/2020, Nº 13.470/2020 E SOBRE A PORTARIA SEPTME Nº 16.655/2020

**INGRID ELISE SCARAMUCCI FERNANDES**[1]

**SUMÁRIO:** Considerações Iniciais. 1. A Lei 14.020, de 06 de julho de 2020. 1.1 A redução proporcional da jornada de trabalho e do salário. 1.2 A suspensão temporária do contrato de trabalho. 1.3 As disposições comuns às medidas de manutenção do emprego. 1.4 A necessidade de Acordo Coletivo de Trabalho ou Acordo Individual para implementação das medidas de proteção ao trabalho. 1.5 Outras medidas trazidas pela Lei nº 14.020/2020. 2. O Decreto nº 10.422, de 13 de julho de 2020; 3. O Decreto nº 10.470, de 24 de agosto de 2020. 4. A Portaria nº 16.655, de 14 de julho de 2020, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia. Conclusão. Referências Bibliográficas

## Considerações Iniciais

Em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública, em razão da pandemia de Covid-19, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos do Decreto Legislativo nº 6/2020. Deste então, tem-se vivido momentos de instabilidade econômica, social e de saúde no Brasil, razão pela qual foram adotadas diversas medidas para fim de proteger a economia e a saúde da população.

Em abril, foi editada a MedProv nº 936/2020 (*MedProv* 936), que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda, como forma de proteger as relações de emprego frente à pandemia. A MedProv 936, em conjunto com outras medidas, dentre as quais cabe citar as Medidas Provisórias nº 927, 928, 944 e 945, além das Leis nº 13.979/2020 e nº 13.982/2020, tem por objetivo criar regras que possam coibir o quadro de dispensa de empregados em massa, principalmente em razão do necessário fechamento dos estabelecimentos, trazendo certo equilíbrio, permitindo que as empresas cumpram as determinações sanitárias necessárias para o enfrentamento da pandemia, de modo a reduzir os

Resumo: A pandemia do novo coronavírus conduziu à necessidade da decretação de estado de calamidade no Brasil. Com isso, os governantes se viram obrigados a limitar o acesso da população às ruas, bem como determinar o fechamento de diversos estabelecimentos, para que se possa diminuir a circulação de pessoas e, consequentemente, do vírus. Essas medidas afetaram em muito as relações de trabalho, uma vez que muitos estabelecimentos tiveram que cerrar portas e, com isso, passaram a enfrentar dificuldades para a manutenção dos contratos com seus empregados. O Governo Federal, primeiramente por Medidas Provisórias, com destaque para a nº 936 e, posteriormente, pela promulgação da Lei 14.020/2020, buscou criar mecanismos de combate ao quadro progressivo de dispensas. O presente trabalho busca, em poucas linhas, pontuar as principais novidades trazidas pela Lei 14.020/2020, bem como em outros diplomas legais que visam a preservação dos postos de trabalho durante a pandemia do novo coronavírus e do estado de calamidade atual.

Palavras chave: Pandemia – Coronavírus – Emprego – Renda - Desemprego.

[1] Advogada. Especialista em Direito e Relações do Trabalho pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Assistente de Coordenação Pedagógica em Cursos de Especialização da Escola Superior da Advocacia (ESA São Paulo). Professora convidada de cursos de Especialização da Escola Superior da Advocacia (ESA/São Paulo).

seus impactos na perda de renda e no poder de compra de grande parcela da população brasileira.

As medidas previstas na MedProv 936 foram a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário e/ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, com o pagamento de Benefício de Preservação do Emprego e da Renda (BEPER, depois chamado de BEM), reduzindo-se, assim, a agressão ao poder de compra dos trabalhadores, sem prejudicar demasiadamente as empresas.

Apesar das medidas já tomadas para enfrentamento da crise econômica, a necessidade de fechamento de diversos estabelecimentos em todo o país gerou um aumento do desemprego no Brasil. Enquanto no último trimestre de 2019 o desemprego atingia 11 milhões de brasileiros, o trimestre de março, abril e maio de 2020 teve como resultado 12,9 milhões de desempregados, segundo o IBGE[2].

Não se pode dizer, com certeza, que as medidas anteriores foram improdutivas, apesar do grande número de desempregados, porém, as previsões pertinentes ao Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda consistiriam em passo concreto de extrema relevância para um enfrentamento mais efetivo e atento ao necessário respeito à dignidade dos trabalhadores brasileiros.

Relevante, pois, o trazido pela *MedProv* 936, convertida, depois, na Lei nº 14.020/2020, sobre a qual serão traçados os breves comentários que integram este artigo.

## 1. A Lei 14.020, de 06 de julho de 2020

Conforme narrado acima, a Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (PEMER), além de dispor sobre outras medidas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública.

O Ministério da Economia publicou balanço das conquistas da MedProv 936 e o que se espera com a Lei nº 14.020/2020:

> Publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 14.020, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, que dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, A nova lei, sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro, é originária da Medida Provisória 936, editada pelo governo no começo de abril, com o objetivo de preservar até 8,5 milhões de empregos, beneficiando cerca de 24,5 milhões trabalhadores com carteira assinada. Outra meta da *MedProv* foi a de tornar viáveis atividades econômicas e reduzir os impactos sociais da pandemia. O programa prevê a concessão do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda aos trabalhadores que tiverem jornada reduzida ou contrato suspenso e, ainda, auxílio emergencial para trabalhadores intermitentes com contrato de trabalho formalizado, nos termos da medida provisória. A nova lei deve contribuir

[2] Vide estudos do IBGE em https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 18 jul. 2020.

> para a redução dos efeitos econômicos e sociais causados pela pandemia da Covid-19 no Brasil.[3]

O objetivo da Lei é o mesmo que já foi previsto na MedProv 936: "*I - preservar o emprego e a renda; II - garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e III - reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública."*

Nas palavras de Zavanella, Maistro Junior e De Migueli (2020, p. 4), o programa *"busca concretizar medidas tendentes à preservação do emprego e da renda"*. Continuam, em seus comentários à *MedProv* 936:

> Logo, busca preservar não propriamente o valor integral do salário do trabalhador, mas a renda (no sentido de uma renda que exista e que, a partir do necessário respeito à manutenção de um quadro de trabalho decente, na trilha do inafastável respeito à dignidade da pessoa humana trabalhadora e da manutenção do acesso a recursos que permitam a conquista do mínimo existencial - artigos 1º, III e 6º da CF , perdida que seria caso fosse dispensado, em ligação lógica direta e imediata com o outro propósito, qual seja, o da preservação do próprio emprego.

No mesmo sentido, Bomfim, Dellegrave Neto, Martins e Pinheiro (2020, p. 5) trazem:

> A norma institui um programa de preservação do emprego e renda para assegurar a continuidade das atividades laborais e empresariais com preservação de emprego e renda e redução do impacto social decorrente da calamidade. Esse dispositivo demonstra a relação direta entre o caráter econômico e social, não sendo possível sua desvinculação, uma vez que o Direito do Trabalho, fruto do modo capitalista, decorre da força de trabalho em prol da riqueza acumulada inserida na sociedade.

Resta claro que a preocupação principal que pautou a iniciativa do Executivo com a *MedProv* 936 foi conquistar meios de garantir condições mínimas para o custeio de vida dos trabalhadores no Brasil, de início pela via da preservação do próprio emprego e, na medida do possível, da renda. Assim, pode-se preservar, minimamente, condições suficientes para, reduzindo-se os impactos negativos no poder de compra, garantir-se o mínimo para a subsistência pessoal e familiar dos trabalhadores.

De rigor a referida preocupação, em especial neste momento histórico no qual já existe a latente preocupação com a saúde, sendo nefasto imaginar que, durante a maior crise sanitária da atualidade, além das preocupações inerentes aos riscos de contaminação com o novo coronavírus, os trabalhadores, frente à perda dos empregos, fossem lançados ao desesperador quadro de impossibilidade de custear as despesas básicas de sobrevivência pessoal e de sua família, com moradia e alimentação, inclusive.

Verifica-se que as medidas adotadas pelo Poder Executivo, para fim de preservar os empregos, foram as mesmas já adotadas na MedProv 936, ou seja, a possibilidade de redução proporcional da jornada de trabalho e salário e a suspensão temporária do contrato de trabalho, assegurando-se, nas duas hipóteses, o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

Manteve-se, também, a vedação de utilização deste programa aos entes públicos.

[3]Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/covid-19/timeline/julho/7-de-julho-de-2020. Acesso em 18 jul. 2020.

Abriu-se a possibilidade de monitoramento pelo Ministério da Economia, possibilitando, inclusive, a edição de normas complementares e necessárias à execução do programa. Em consulta realizada em 18/07/2020[4], apontava-se para a preservação de 13.585.652 postos de trabalho através de acordos firmados entre empregados e empregadores, nas modalidades que serão melhor analisadas adiante.

Conforme já dito anteriormente, buscou-se viabilizar a preservação do emprego pela diminuição provisória dos custos aos empregadores, pela via da redução proporcional da jornada de trabalho e do salário, ou, até mesmo, pela suspensão temporária do contrato de trabalho, sendo certo que, nos dois casos, haverá o pagamento de BEPER, desafogando os custos da empresa com a folha de pagamento e, de outro lado, preservando minimamente o poder de compra do empregado.

A norma prevê que o benefício deve ser pago enquanto durar a redução de jornada ou a suspensão do contrato de trabalho, sendo a primeira parcela creditada em até 30 dias contados da celebração do acordo, desde que informado pela empresa ao Ministério da Economia no prazo de 10 dias após sua assinatura. Caso a empresa não observe o prazo de 10 dias para a comunicação ao Ministério da Economia, deverá arcar integralmente com o pagamento da remuneração, sem qualquer redução, até que ultime a referida comunicação, a partir do que o benefício passará a ser devido, sendo paga a primeira parcela em até 30 dias.

A provisão de valores para fim de pagamento do BEPER é operacionalizada e paga pelo Ministério da Economia, tendo-se por base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, sendo certo que, no caso de redução de jornada de trabalho, o benefício será devido no exato percentual da redução, enquanto na hipótese de suspensão temporária do contrato de trabalho o valor mensal será equivalente a 100% do valor do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, em regra (a exceção será abordada adiante, no item 1.2).

No que diz respeito ao indexador utilizado para fim de pagamento do BEPER, importante destacar as lições trazidas por Zavanella, Maistro Junior e De Migueli (2020, 10-12):

> O novo benefício não impacta o programa do seguro desemprego, desde que o empregado atenda aos requisitos indicados na lei específica. É importante esclarecer que, para o recebimento do benefício emergencial de preservação de emprego e renda, não há qualquer carência exigida na legislação, ou seja, independente do número de meses do contrato de emprego, o empregado fará jus ao benefício. Diferentemente do que ocorre no caso do seguro desemprego, que exige uma carência mínima para a concessão do benefício, conforme previsto no art. 3º da Lei 7.998/1990.
>
> [...], poderia o empregado receber o seguro desemprego, pois o período de suspensão contaria como carência para o seguro desemprego, com base no disposto no parágrafo ao cima, ao mencionar que o recebimento do benefício emergencial *"não impede a concessão e não altera o valor do seguro-desemprego a que o empregado vier a ter direito",* e tal conclusão se baseia na interpretação teológica da norma, uma vez que a intenção da *MedProv* é proteger o trabalhador em uma situação de calamidade pública.

No mesmo sentido, entendem que, mesmo que o período no qual o empregado se encontra recebendo o BEPER não se conte como carência para fim de

[4] Disponível em https://servicos.mte.gov.br/bem/. Acesso em 18 jul. 2020.

recebimento do seguro-desemprego no futuro, o fato de ter garantia de emprego pelo igual período da concessão do benefício não gerará prejuízos, uma vez que *os* meses de suspensão que não forem considerados como carência, serão compensados na estabilidade (2020, p. 11).

Importante salientar que, apesar da Lei n° 14.020/2020 ter muitas semelhanças com os dispositivos trazidos pela *MedProv* 936, não se podem confundir os benefícios concedidos sob a vigência da *MedProv* com os que serão prestados a partir da vigência da Lei nº 14.020/2020, uma vez que estes não devem coexistir. Esse entendimento é trazido na própria lei, bem como destacado por Souza, Aragão e Carneiro (2020):

> Deve-se ressaltar, no entanto, que a lei traz regra específica no que importa à aplicação de suas regras frente aos acordos celebrados anteriormente a ela, isto é, acordos realizados durante a vigência da *MedProv* 936.
> Assim, essas regras somente se aplicam aos novos acordos, pois a Lei 14.020 estabelece que os acordos de redução de jornada e de salário e de suspensão do contrato, tanto os individuais como os definidos por meio de instrumentos coletivos de trabalho, realizados sob as regras da *MedProv* 936, regem-se pelas disposições da MP.
> Deve-se destacar, contudo, a definição da lei de que, a partir da vigência de instrumento coletivo firmado segundo as novas regras, essas condições prevalecerão sobre as do acordo individual firmado anteriormente, naquilo que conflitarem.

Ultrapassadas as considerações iniciais sobre o BEPER e a Lei 14.020/2020, passa-se a análise de cada uma das medidas por ela instituídas.

### 1.1 A redução proporcional da jornada de trabalho e do salário

A primeira medida de proteção ao emprego é a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, sendo que sua concretização se dá mediante acordo (que poderá ser individual ou coletivo, conforme será melhor demonstrado adiante), devendo ser observada, como requisito, a preservação do valor do salário-hora de trabalho, sendo certo que, quando se puder pactuar a redução por meio de acordo individual, este deve ser enviado ao empregado com antecedência mínima de dois dias corridos, para seu exame, prévio à *aceitação*.

A legislação possibilita a redução em três percentuais: 25%, 50% e 70%, prevendo que, ao término do estado de calamidade, da data estabelecida para o termo de encerramento do período de redução ou da data da comunicação do empregador ao empregado antecipando o fim do período de redução, tanto a jornada de trabalho quanto o salário deverão ser reestabelecidos nos valores anteriores, no prazo de 2 dias corridos.

Quanto ao questionamento sobre a legalidade da redução salarial, frente ao artigo 7º, VI, da CF, esclarecem Zavanella, Maistro Junior e De Migueli (2020, 10-17):

> Nisso, muitos têm sustentado vislumbrar o respeito à regra do artigo 7º, VI, da irredutibilidade salarial: considerando o salário-hora, de fato, não há redução de valor. Observe-se, contudo, que resta consolidado que qualquer alteração do contrato de trabalho prejudicial ao empregado é nula, mesmo que este com aquela consinta, *ex vi* do que se encontra no artigo 468 da CLT. Assim, a redução da jornada, ao impactar no valor do salário totalizado ao final do mês, exibe-se como inegável meio de redução da capacidade de consumo e, com isso, de precarização das condições sociais dos empregados, acarretando retrocesso social inadmitido pela

> parte final do *caput* do artigo 7º da CF, e, antes, pela base principiológica do Direito do Trabalho. Por isso, em *condições de normalidade*, não seria admissível.
> Ocorre que o *estado de necessidade* reinante no atual momento justifica a aceitação excepcional da medida, já que há de se buscar, na aplicação da lei (que, antes, exige sua interpretação no mesmo sentido), o atendimento às exigências do bem comum e os seus fins sociais (LINDB, artigo 5º). Sendo assim, reconhecendo-se que o empregador sofreu os impactos dos reflexos da crise de saúde internacional na economia, com perdas e geração de quadro de dificuldade de manutenção da atividade, a exigir redução de custos sem outra alternativa senão a diminuição da folha de pagamento, restará caracterizado o atendimento às exigências do bem comum e a finalidade das regras protetivas trabalhistas no ato de preservação do emprego com o mínimo impacto possível sobre a renda do trabalhador.

Importante ressaltar que quando a redução da jornada e salário for menor do que 25%, não haverá pagamento do BEPER, nos termos do estipulado no artigo 11, § 2º, I, desta Lei.

Em sentido contrário, Jorge Luiz Souto Maior (2020) entende que as medidas de redução da jornada introduzidas pela MedProv 936 e copiadas na Lei nº 14.020/2020 não preservam o salário do empregado:

> O benefício oferecido pelo governo não preserva o valor integral do salário recebido pelo(a) trabalhador(a).
> Ora, o valor do seguro-desemprego, que é adotado como parâmetro do benefício criado, é proporcional à média dos últimos três salários e sempre com redução. Para quem recebeu a média de até R$ 1.599,61, o benefício será de 80% desse valor, ou seja, o(a) trabalhador(a) sofrerá uma redução de 20% em sua renda, enquanto o empregador terá um auxílio de 100% do custo do trabalho.
> Se a média salarial for de R$ 1.599,62 a R$ 2.666,29, a redução será ainda maior, pois o benefício será 50% da média, acrescido da importância de R$ 1.279,69.
> E se a média for superior a R$ 2.666,29, o valor do benefício será de R$ 1.813,03.
> Para cumprir sua obrigação, o governo deveria pagar a integralidade dos salários. Tanto no caso de redução de salário com diminuição proporcional da jornada de trabalho, quanto no de suspensão do contrato de trabalho, o benefício concedido pelo governo não será suficiente para manter a totalidade da renda do trabalhador.
> E vale perceber que quando a redução for inferior a 25% o governo não pagará benefício algum ao trabalhador (§ 2º, I, do art. 11).

Entende-se que, em que pese o ideal aponte para a preservação integral do salário dos empregados que aderirem ao Programa, a garantia do poder de compra dos empregados estará mantida, mesmo que em percentual menor, uma vez que continuarão a receber pelo trabalho prestado, compartilhando-se da posição de Maistro Junior, Zavanella e De Migueli.

Também cabe frisar que, caso a redução da jornada seja feita em percentual diferente aos previstos no artigo 7º, o pagamento do BEPER obedecerá apenas aos percentuais de 25%, 50% ou 70%, não variando conforme a redução da jornada.

A redução poderá ocorrer de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho da empresa, sendo certo que o prazo de vigência da redução é de 90 dias, podendo ser prorrogado por prazo determinado a ser editado pelo Poder Executivo. Adiante, ver-se-á que foi editado o Decreto nº 10.422/2020 que prorrogou esse prazo para 120 dias.

É possibilitado ao empregado complementar a contribuição previdenciária, como facultativa, o que observará as alíquotas previstas no artigo 20 desta Lei.

Esta medida, como já narrado acima, tem grande importância, uma vez que, considerando a necessidade de limitação imposta às empresas quanto ao seu funcionamento, para fim de diminuir a circulação de pessoas, reduzir a jornada de trabalho e consequentemente o salário se mostra uma solução interessante para preservar o trabalho e, mesmo assim, diminuir os gastos da empresa que não está produzindo normalmente.

Apesar dos valores de pagamento do BEPER serem fixos, bem como limitados ao valor do seguro-desemprego, o que poderá diminuir consideravelmente o ganho dos empregados durante o tempo em que durar a medida, é uma ferramenta muito útil durante a pandemia, uma vez que preservará postos de trabalho, garantindo, assim, que menor parcela da população seja atingida pela crise econômica que já se instala no país.

### 1.2 A suspensão temporária do contrato de trabalho

A segunda medida de proteção ao emprego é a suspensão temporária do contrato de trabalho. Esta medida pode ocorrer pelo prazo de 60 dias, fracionável por dois períodos de até 30 dias e, da mesma forma que a medida anterior, poderá ser prorrogado por prazo determinado em ato do Poder Executivo. Do mesmo modo que ocorreu com a redução da jornada, o Decreto nº 10.422/2020 prorrogou esses prazos para 120 dias, conforme será melhor demonstrado adiante.

Conforme já informado acima, o valor do BEPER em caso de suspensão temporária será de 100% do valor do seguro-desemprego que o empregado teria direito em caso de dispensa sem justa causa.

Importante ressaltar que, para as empresas que tiveram receita bruta superior a R$ 4.800.000,00 no ano-calendário de 2019, estas deverão arcar com 30% do valor do salário do empregado, a título de ajuda compensatória, durante o período da suspensão, com direito do empregado ao recebimento do BEPER no valor equivalente a 70% do valor do seguro-desemprego a que teria direito.

Durante a suspensão temporária, o empregado manterá seus benefícios concedidos pelo empregador, dentre eles cita-se, a título de exemplo, o vale alimentação e o convênio médico. Outros benefícios, como o vale refeição e o vale transporte, não serão necessariamente pagos, uma vez que atrelados ao trabalho realizado e, considerando a suspensão do contrato de trabalho, não serão obrigatórios.

O empregado poderá contribuir para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de facultativo, também respeitando as alíquotas definidas no artigo 20 desta Lei.

Caso o empregado, no curso da suspensão, venha a prestar atividades laborais, mesmo que de forma parcial, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou à distância, restará descaracterizada a suspensão do contrato de trabalho, estando o empregador sujeito ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos referentes a todo o período, bem como demais penalidades previstas na legislação e na convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Esta segunda medida também se mostra muito importante, uma vez que possibilita ao empregador suspender o contrato de trabalho, deixando de pagar salários, apenas mantendo os benefícios concedidos, desonerando a folha de

pagamento, mas mantendo aquele empregado em seus registros, com consequente manutenção do posto de trabalho, sem que o empregado seja muito prejudicado, uma vez que continuará, minimamente, recebendo os valores pertinentes ao BEPER para a sua manutenção.

### 1.3 As disposições comuns às medidas de manutenção do emprego

Continuando a análise legislativa, tem-se as disposições que são aplicáveis as duas medidas de proteção ao emprego e a renda.

Prevê o artigo 9º, da Lei nº 14.020/2020 que o BEPER poderá ser cumulado com pagamento, pelo empregador, de ajuda compensatória mensal, para fim de se manter o poder de compra dos empregados, quando houver a redução proporcional da jornada de trabalho e salário ou a suspensão do contrato de trabalho de forma temporária.

Esta ajuda compensatória terá valor definido em negociação coletiva ou acordo individual, com natureza indenizatória, de modo que não integrará a base de cálculo do imposto sobre a renda retido na fonte ou da declaração de ajuste anual do imposto sobre a renda da pessoa física do emprego, assim como não será considerada na base de cálculo dos depósitos do FGTS.

Tanto nos casos de redução proporcional de jornada e salário, quanto de suspensão temporária do contrato de emprego, é reconhecida a garantia provisória no emprego durante o período acordado em que estiver com jornada reduzida ou com o contrato de trabalho suspenso, bem como, após o reestabelecimento da jornada e salário normais, ou do encerramento da suspensão, por período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão.

Entende-se que a garantia provisória de emprego é uma das medidas mais importantes da Lei. Ao se garantir que aquele que foi inserido em programa de proteção ao emprego, tendo muitas das vezes, reduções em seu ganho, terá, ao menos, garantido que seu emprego será mantido após o término das medidas, gerando um benefício frente às reduções impostas pelo programa.

No caso das empregadas gestantes, a garantia de emprego contará após o término da garantia prevista no ADCT, artigo 10, II, *b*. Esta disposição se mostra coerente, considerando que a legislação infraconstitucional não pode limitar direitos e garantias constitucionais.

Sobre o direito das gestantes, Bomfim, Dellegrave Neto, Martins e Pinheiros (2020) trazem o seguinte:

> Estabelece que o pagamento do benefício do auxílio maternidade vai desconsiderar as reduções da suspensão /redução, eliminando a discussão sobre a possível inconstitucionalidade de aplicação da medida às gestantes por possível redução do benefício previdenciário que permitiria interpretação de mal ferimento ao art. 7º, XVIII, da CF/88.A única possível discussão que se poderá gerar em relação à gestante é a alegação de que haveria inconstitucionalidade na aplicação de redução de salário ou suspensão contratual por acordo individual em virtude de não se tratar apenas da análise da necessidade de negociação coletiva (isso já foi superado pelo STF na ADI 6363), havendo no caso uma garantia adicional, que é a estabilidade constitucional ao emprego, que poderia ser lido como direito à prestação e contraprestação na quantidade pactuada em contrato de trabalho. Essa não é a posição dos presentes autores, mas fica o registro da argumentação que pode ser levantada em homenagem à dialética.

Vê-se, assim, que foi conferida proteção especial às gestantes, com o objetivo de se proteger os direitos do nascituro.

Caso o contrato de trabalho seja rescindido no período da garantia provisória prevista no artigo 10 da Lei nº 14.020/2020, além do pagamento das verbas rescisórias previstas em lei, deverá pagar indenização de 50% do salário a que o trabalhador teria direito no período de garantia, quando houver redução da jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 25% e inferior a 50%. A indenização é aumentada para 75% no caso de redução superior a 50% e inferior a 70%. Caso a redução de salário e jornada seja superior a 70%, ou no caso de suspensão temporária do contrato de trabalho a indenização será de 100% do salário a que o trabalhador teria direito no período de garantia.

Esta imposição de multa indenizatória é muito importante, para fim de que sejam coibidas dispensas arbitrárias após o período de duração do programa de combate ao desemprego.

Aos aposentados, o artigo 12, § 2º, da Lei nº 14.020/2020 traz a determinação de que, para que possam ter sua jornada e salário reduzidos, ou se houver a suspensão temporária do contrato de trabalho, a empresa deverá pagar ajuda compensatória mensal que não poderá ser inferior ao valor do BEPER que o empregado teria direito caso não fosse aposentado, uma vez que os aposentados já recebem benefício previdenciário, não sendo possível a cumulação de aposentadoria com o BEPER.

Importante ressaltar que a redução proporcional de jornada e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho não poderão prejudicar o exercício e funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais previstas na Lei nº 7.783/1989 e na Lei nº 13.979/2020.

Caso o empregador queira utilizar os dois mecanismos de proteção de emprego (suspensão temporária do contrato de trabalho e a redução da jornada e do salário), deverá respeitar o prazo máximo de 90 dias, observado, ademais, o prazo máximo de 60 dias para o período de suspensão. Ou seja, caso opte por utilizar as duas medidas, um mesmo empregado poderá, no máximo, ter seu contrato suspenso por 60 dias, com mais 30 dias de redução de jornada proporcionalmente à redução do salário, por exemplo, sem prejuízo de outras combinações que respeitem os referidos prazos (máximo de 90 dias para as medidas, combinadas ou não, sendo limitado a 90 dias o período de possível redução de jornada e salário e a 60 dias o de suspensão do contrato de trabalho).

Nesse sentido, valem explicações de Zavanella, Maistro Junior e De Migueli (2020, p. 50) sobre a possibilidade de utilizar-se as medidas conjuntamente:

> Questão interessante seria a da necessidade, ou não, das medidas serem adotadas de modo sucessivo, ou seja, se, adotada uma medida, inicia-se a contagem de noventa dias, de modo que a outra deverá ocorrer de modo sequencial, sem qualquer hiato, ou se, até o final do estado de calamidade, previsto, no momento, para perdurar até 31 de dezembro de 2020, na forma do Decreto Legislativo nº 6/2020, artigo 1º, podem ser *fracionada*. Parece que a melhor solução apontada para a possibilidade de fracionamento, de modo que as partes podem acordar, por exemplo, trinta dias de suspensão do contrato seguida de utilização de medidas outras previstas na *MedProv* 927 compatíveis por mais algum período, seguidas de nova suspensão do contrato por mais trinta dias e, por fim, redução da jornada com proporcional redução salarial provisória por mais trinta dias, desde que tudo ocorra

> dentro do período acobertado pelo decreto de estado de calamidade pública, ou seja, até o final do ano corrente (de 2020).

Parece que a questão foi pacificada com a promulgação do Decreto nº 10.422/2020, uma vez que seu artigo 4º, traz expressamente a possibilidade de que a suspensão do contrato de trabalho e a redução proporcional de jornada e de salário podem ser realizadas em períodos *sucessivos ou intercalados*, pacificando o que já haviam previsto os autores acima referidos.

O prazo referente à acumulação das duas medidas também foi elastecido através do Decreto nº 10.422/2020, passando a ser possível a utilização dos mecanismos de proteção ao trabalho por até 120 dias (acréscimo de 30 dias), computando-se os períodos já utilizados antes da publicação do Decreto para fim de cálculo do período total.

Em suma, estas são as principais disposições comuns aplicáveis às medidas de proteção ao emprego.

### 1.4 A necessidade de Acordo Coletivo de Trabalho ou Acordo Individual para implementação das medidas de proteção ao trabalho

Para que qualquer uma das medidas previstas na Lei nº 14.020/2020 possa ser implementada, deverá ser firmado acordo com o empregado.

O artigo 12 dispõe que é possível que o acordo seja firmado de modo individual e escrito ou através de negociação coletiva (Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo) para empregados que tenham salário igual ou inferior a R$ 2.090,00, caso o empregador tenha auferido no ano-calendário 2019 receita bruta superior a R$ 4.800.000,00.

Para empresas que auferiram receita bruta igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 no ano-calendário 2019, poderá ser firmado por acordo individual apenas para empregados que tenham salário igual ou inferior a R$ 3.135,00.

Ademais, a possibilidade de acordo individual também é possível para os empregados que possuam diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social - atualmente em R$ 6.101,06 (em 18/07/2020), ou seja, para aqueles empregados que recebam mais de R$ 12.202,12.

Aos demais trabalhadores somente será possível participar do programa de manutenção do emprego através de Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho, salvo nas reduções de jornada e salário inferiores a 25% ou quando a redução da jornada não impactar em diminuição do valor total recebido mensalmente pelo empregado, incluindo o valor do BEPER.

O artigo 12 visa pacificar a celeuma que foi instaurada durante a vigência da *MedProv* 936, uma vez que foi necessária a pacificação da questão pelo STF, na ADI 6363, colocando-se a necessidade da participação dos Sindicatos para que se firmassem os acordos para redução proporcional da jornada e do salário, bem como para a suspensão do contrato de trabalho *ex vi* do disposto, dentre outros, nos artigos 7º, VI e 8º, VI, da Constituição Federal.

Importante também ressaltar que é admitida a celebração de tais acordos de forma eletrônica, em razão da pandemia, evitando-se, assim, o contato pessoal.

No mesmo sentido, estendeu-se para a celebração, convocação, deliberação, decisão, formalização e publicação das Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos, de forma geral aos meios eletrônicos, sendo que seus prazos ficarão reduzidos a metade, conforme previsto no artigo 17, incisos II e III, da Lei nº 14.020/2020.

### 1.5 Outras medidas trazidas pela Lei 14.020/2020

Além das disposições quanto ao BEPER, a suspensão temporária do contrato de trabalho e a redução da jornada e do salário, a Lei nº 14.020/2020 ainda traz outras disposições que também buscam a proteção do emprego. Dentre elas, destacam-se as mais importantes.

A suspensão do contrato de trabalho para fim de curso ou programa de qualificação profissional previsto no artigo 476-A, da CLT poderá ser oferecida exclusivamente na modalidade não presencial e terá duração mínima de um mês e máxima de 3 (três) meses.

O empregado que possua contrato de trabalho intermitente terá direito ao benefício emergencial mensal no valor de R$ 600,00, pelo período de três meses, com as prorrogações, sendo certo que, caso tenha mais de um contrato intermitente, não haverá direito à concessão de mais de um benefício emergencial.

A empregada gestante, inclusive a doméstica, poderá participar do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, sendo certo que, com o início do benefício de salário-maternidade, deverá efetuar imediata comunicação ao Ministério da Economia, alterando-se o recebimento do BEPER para o salário-maternidade, considerando-se a remuneração integral ou o último salário de contribuição antes da aplicação das medidas de proteção ao emprego.

O empregador e o empregado poderão, de comum acordo, optar pelo cancelamento do aviso prévio em curso. Tal medida se mostra importante, pois, preservará por mais tempo o emprego daquele que estava em iminente hipótese de desemprego, podendo ser colocado em suspensão temporária do contrato de trabalho ou a redução proporcional.

Por fim, a Lei prevê a garantia de que, caso o empregado possua empréstimos, financiamentos, cartões de crédito ou arrendamento mercantil com desconto em folha de pagamento ou na remuneração disponível, a opção de repactuação destes casos seja incluída no Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Caso o empregado inserido no programa seja dispensado após 31 de dezembro de 2020, terá direito à novação das operações para um contrato de empréstimo pessoal com o mesmo saldo devedor anterior e as mesmas condições de taxas de juros, encargos remuneratórios e garantias originalmente pactuadas, com acréscimo de uma carência de 120 (cento e vinte) dias.

Importante ressaltar que o presente trabalho não esgota a análise da Lei nº 14.020/2020, limitando-se a tecer breves comentários sobre as principais ferramentas de manutenção do emprego e da renda.

## 2. O Decreto nº 10.422, de 13 de julho de 2020

Conforme já mencionado anteriormente, o Decreto nº 10.422/2020 prorrogou os prazos para celebração de acordos de redução proporcional de jornada e de salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho.

Este ato do Poder Executivo foi publicado apenas 7 dias após a promulgação da Lei 14.020/2020. Sabe-se que o procedimento legislativo em regra é mais moroso do que o executivo, o que pode justificar a expedição deste ato tão próximo da promulgação da Lei.

Considerando o momento atual, verifica-se que o número de casos no país continua a crescer, em dados do Ministério da Saúde, em 19/07/2020, o número de casos confirmados no país é de 4.544.629, sendo que os novos casos somam 16.389[5]. Desta forma, não há dúvidas de que é necessário fortalecer as medidas de enfrentamento ao novo coronavírus e, consequentemente, as medidas de proteção ao trabalho durante o estado de calamidade no país, razão pela qual não está descartada a possibilidade de edição de novos atos que prorroguem, ainda mais, o programa de proteção ao emprego e a renda.

A outra medida trazida pelo Decreto nº 10.422/2020 foi a inclusão de uma parcela adicional, de um mês, ao benefício emergencial de R$ 600,00 pago aos empregados que possuam contrato de trabalho intermitente, somando um total de 4 parcelas, face as 3 previstas no artigo 18 da Lei nº 14.020/2020.

## 3. O Decreto nº 10.470, de 24 de agosto de 2020

Mais recentemente foi editado o Decreto nº 10.470/2020 que elasteceu ainda mais os prazos do Programa criado pela Lei nº 14.020/2020.

Atualmente tanto a redução proporcional do salário e da jornada, quanto a suspensão temporária do contrato de trabalho pode ser prorrogada por mais 60 dias, gerando um total de 180 dias de redução e/ou suspensão até o final do ano de 2020.

No mesmo sentido, prorrogou-se o Benefício Emergencial pago aos desempregados, bem como aos trabalhadores em regime intermitente, mantendo-se o valor das parcelas de R$ 600,00, em mais duas parcelas, a serem acrescidas às quatro já concedidas anteriormente, totalizando seis parcelas do Benefício Emergencial.

Como já dito acima, a situação do país justifica a prorrogação deste benefício. Atualmente o país já está há mais de 6 meses com medidas restritivas de circulação de pessoas, para fim de evitar, ou, no mínimo, diminuir o contágio pelo novo coronavírus, sendo importante também proteger os empregados que estão sujeitos a contratos de trabalho intermitente.

## 4. A Portaria 16.655, de 14 de julho de 2020, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia

A última medida que é objeto do presente estudo sobre as medidas de combate ao desemprego frente à pandemia do novo coronavírus é a Portaria 16.655/2020 editada pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia.

[5] Informações extraídas do site https://covid.saude.gov.br/. Acesso em 20 set. 2020.

A Portaria 389, de 19 de Junho de 1992, do Ministério do Trabalho, fixa o entendimento de que a recontratação no período de 90 dias após a rescisão do contrato de trabalho sem justa causa é presumidamente fraudulenta, uma vez que seria realizada apenas para fim de soerguimento de valores depositados na conta vinculada ao FGTS.

Atualmente já existem diversos programas de fomento à economia que possibilitam a liberação de valores depositados na conta do FGTS, mesmo com o contrato de trabalho em vigor, entretanto, a norma prevista na Portaria 389 continua vigente.

No atual momento de calamidade pública, foi editada a Portaria 16.655/2020 que afasta a presunção de fraude na recontratação de empregado em período inferior a noventa dias subsequentes à data da rescisão contratual, caso esta ocorra durante o estado de calamidade pública, desde que se mantenham os mesmos termos do contrato rescindido.

Esta Portaria é de suma importância para tentar preservar postos de trabalho. Desta forma, uma empresa que se viu obrigada a diminuir o quadro de empregados em razão da calamidade pública, pode optar por recontratar as mesmas pessoas, sem gerar uma continuidade nos vínculos de emprego. Salienta-se que devem ser mantidas as mesmas condições de trabalho anteriormente existentes, como forma de impedir a precarização das relações de emprego, com novos contratos prejudiciais ao empregado.

Todavia, a Portaria prevê que é possível a alteração das cláusulas contratuais do novo vínculo empregatício firmado antes de 90 dias caso haja tal previsão em instrumento decorrente de negociação coletiva. Desta forma, surge mais uma possibilidade de se beneficiar o posto de trabalho face aos eventuais direitos trabalhistas inerentes ao contrato anterior, como forma de, minimamente, garantir o sustento e a renda.

Frise-se que, com o fim do período de estado de calamidade, o contrato poderá ser incrementado, para que se retornem os benefícios anteriores, uma vez que não há vedação legal às alterações benéficas ao trabalhador.

Portanto, esta medida também é importante para a manutenção do emprego, buscando-se reduzir custos e beneficiar o empregado que tenha perdido seu posto de trabalho em razão da pandemia do novo coronavírus.

## CONCLUSÃO

Verifica-se que o estado de calamidade pública em razão da pandemia no novo coronavírus afetou diretamente a economia e, consequentemente, os contratos de trabalho dos brasileiros.

É preciso adotar mecanismos que impeçam, mesmo que minimante, o quadro de desemprego no país, que já era alto, considerados os padrões mundiais.

As medidas adotadas no Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda são de suma importância para tentar conter o avanço das dispensas em massa, uma vez que o empregador terá instrumentos para suspender o contrato de trabalho de forma temporária, ou, ainda, reduzir os salários e a jornada de trabalho, desonerando a folha de pagamento e, tendo a possibilidade de manter os postos de trabalho, bem como as empresas em si.

Desta forma, o Programa não apenas privilegia os empregados, mas também as empresas que atualmente estão passando por grande recessão.

Cabe ao Estado o fomento da economia em momentos de tensão, sendo certo que o Programa Emergencial é um desses instrumentos, sendo muito importante na atual situação.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**


BOMFIM CASSAR, Vólia; DELLEGRAVE NETO, José Affons; MARTINS, Rafael Lara e; PINHEIRO, Iuri. *LEI 14.020/2020 Comparada e Comentada* Disponível em: https://www.sincovaga.com.br/lei-14-020-2020-comparada-e-comentada/. Acesso em 14 set. 2020.

BRASIL. IBGE. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=serieshistoricas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=desemprego. Acesso em: 18 jul. 2020.

_____. *Ministério da Economia. Disponível em*: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/covid-19/timeline/julho/7-de-julho-de-2020. Acesso em: 18 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. *Coronavírus* Brasil. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em 20 set. 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *MedProv 936: do pandemônio à razão?* Disponível em https://www.jorgesoutomaior.com/blog/mp-936-do-pandemonio-a-razao. Acesso em: 20 set. 2020.

SOUZA, Sylvia Lorena T.; ARAGÃO, Camila Jardim e; CARNEIRO, Pablo Rolim, *As novidades da Lei 14.020 em relação à MedProv 936***.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-07/cni-novidades-lei-14020-relacao-mp-936. Acesso em: 20 set. 2020.

ZAVANELLA, Fabiano; MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos e de; MIGUELI, Priscilla Milena Simonato. *Primeiras linhas sobre a MedProv 936/2020 e o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo***.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

# A CONTAMINAÇÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV E O DIREITO PENAL BRASILEIRO
# THE HIV VIRUS CONTAMINATION AND BRAZILIAN CRIMINAL LAW

**ALEXANDRE JOSEPH BUDEMBERG FILHO** [1]

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Origem, conceito e esclarecimento acerca do vírus HIV. 1.1 Etiologia. 2.2 A Epidemia no mundo. 1.2.1 A Epidemia no Brasil. 1.3 Transmissão. 1.4 Direito penal brasileiro e seus elementos. 1.4.1 Criminalização da transmissão do HIV. 1.5 Análise acerca da tipificação diante de circunstâncias fáticas diferentes acerca da contaminação dolosa do vírus HIV. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## Introdução

As primeiras constatações da ocorrência da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) datam de 1981, nos Estados Unidos. Atualmente, está síndrome já

RESUMO: A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) caracteriza-se por uma manifestação clínica avançada da infecção pelo *Human Imunodeficient Virus* (HIV), ocasionando uma imunossupressão progressiva, resultando em infecções oportunistas, que são condições definidoras da enfermidade na presença da infecção pelo HIV. No Brasil não há lei especifica para punir a transmissão dolosa do HIV, contudo, há doutrina e jurisprudência acerca do tipo penal adequado à conduta, o que causa grande instabilidade jurídica em relação da possibilidade punitiva do agente transmissor do HIV. Os objetivos deste trabalho são esclarecer as hipóteses quanto ao tipo penal da conduta; analisar o fato dentro da seara do direito penal no Brasil e desenvolver argumentos acerca do dolo e demais elementos sobre a contaminação do vírus HIV. O procedimento técnico utilizado neste artigo é a revisão bibliográfica, e a metodologia é a pesquisa qualitativa. Concluiu-se, portanto, que no Direito Penal para se criminalizar uma conduta deve-se analisar o dolo, e, considerando este fator, observa-se que não se pode afirmar com clareza se um agente tem o intuito de matar visando a transmissão do HIV. Conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal a transmissão ciente do vírus HIV, gerador da Aids, conforma lesão corporal grave, delito previsto no artigo 129, parágrafo 2, do Código Penal (CP), em caso de não haver contágio. Havendo o contágio, o crime é mais grave, em conformidade com as circunstâncias pode ser homicídio consumado ou tentado, ou ainda lesão corporal de natureza grave.
Palavras-chave: Vírus HIV - Contaminação dolosa - Direito Penal Brasileiro.
ABSTRACT: The Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) is characterized by an advanced clinical manifestation of infection by the Human Immunodeficient Virus (HIV), causing a progressive immunosuppression, resulting in opportunistic infections, which are defining conditions of the disease in the presence of HIV infection. In Brazil, there is no specific law to punish the intentional transmission of HIV, however, there is doctrine and jurisprudence about the penal type appropriate to the conduct, which causes great legal instability regarding the punitive possibility of the HIV transmitting agent. The objectives of this work are to clarify the hypotheses regarding the penal type of conduct; analyze the fact within the field of criminal law in Brazil and develop arguments about fraud and other elements about the contamination of the HIV virus. The technical procedure used in this article is the bibliographic review, and the methodology is qualitative research. It was concluded, therefore, that in Criminal Law to criminalize a conduct, it is necessary to analyze the deceit, and considering this factor, it is observed that it cannot be clearly stated whether an agent intends to kill aiming at the transmission HIV. According to a recent understanding of the Federal Supreme Court, the conscious transmission of the HIV virus, which generates AIDS, constitutes a serious bodily injury, a crime provided for in Article 129, paragraph 2, of the Penal Code (CP), in case there is no contagion. If there is contagion, the crime is more serious, in accordance with the circumstances it may be a consummated or attempted homicide, or even a personal injury of a serious nature.
Keywords: HIV virus - Willful contamination - Brazilian Criminal Law.
[1]Aluno do curso de Direito, da Faculdade de Direito de Sorocaba.

foi descrita em diversos países, enquadrando-se como uma das epidemias de maior gravidade dos últimos anos.

Pesquisas realizadas na França e nos Estados Unidos levaram a identificação, em 1983, de um retrovírus até então desconhecido, que passou a ser designado pela sigla HTLV III (Vírus Linfo trópico da Célula T Humana), então conhecido atualmente como o Vírus da Imunodeficiência Humana, agente etiológico da AIDS.

A contaminação pelo *Human Imunodeficient Virus* (HIV) ou Vírus da Imunodeficiência Humana ainda é um tema considerado tabu para muitos. Mas diante do avanço nos tratamentos, que proporciona uma vida usual aos portadores, muitos têm deixado de lado os métodos de prevenção e os casos continuam a crescer.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida caracteriza-se por acentuada deficiência do sistema imunológico mediado por células, resultante da ação cito lítica específica daquele vírus sobre as células T auxiliadoras. A transmissão vertical deste vírus trata-se de uma ocorrência observada, não sendo, no entanto, possível determinar se o HIV é transmitido ao zigoto de um o ovócito ou esperma infectado, se o zigoto é infectado por vírus presente nas células da mucosa uterina, ou, no caso dos animais placentários, se pelo sangue. Não há uma população considerada grupo de risco, havendo, porém, estilos de vida convencionados como de maior risco, como homens que fazem sexo com homens (HSH) e heterossexuais com frequente exposição sexual com riscos de transmissão, hemofílicos, profissionais do sexo e usuários de drogas, especialmente as injetáveis.

A AIDS se converteu na grande epidemia do século XX, e a projeção a futuro sobre a expansão desta doença se transforma num considerável ônus para os sobrecarregados sistemas assistenciais da maioria dos países afetados. Muitos fatores se encontram afetados pelo impacto da AIDS. Este impacto não se limita com exclusividade às estatísticas sanitárias. Propõem ademais, um grave problema econômico dado o alto custo que implica a assistência aos portadores do vírus.

Por sua vez, a AIDS tem uma repercussão social, e modificou condutas e hábitos. As más condições de vida, as dificuldades para conseguir um acesso fluido aos sistemas de saúde e as carências educativas de grande parte da população, favorecem o crescimento incessante da epidemia.

A transmissão dolosa do vírus da imunodeficiência humana (HIV) configura qual crime no Direito Penal Brasileiro? Homicídio simples, homicídio qualificado, lesão corporal gravíssima ou crime de perigo de contágio de moléstia grave? Quais são as consequências jurídicas, tanto para quem comete o ato dolosamente, quanto para quem comete o ato sem o dolo? Admite-se a tentativa mesmo que o contágio não tenha se consumado?

O que tem prevalecido perante os tribunais, segundo Cunha (2018, p. 89), é o consenso que a transmissão intencional do HIV caracteriza os delitos dispostos no Código Penal Brasileiro no artigo 131, perigo de contágio de moléstia grave, tentado ou consumado; e no artigo 129, § 2º, inciso II, lesão corporal qualificada pela transmissão de enfermidade incurável) ou, nos casos em que a vítima já é debilitada, art. 121, tentado ou consumado, onde a tipificação dependerá da circunstância fática.

Trata-se de um tema recorrente na atualidade que desperta dúvidas e interesse quanto à correta tipificação penal da conduta dolosa de transmitir o vírus. Destarte, as consequências jurídicas, uma vez dependendo das circunstâncias fáticas, contém uma sanção mais grave ou adequada no ponto de vista de quem assimila juridicamente.

Outrossim, é essencial a ponderação sobre a aplicabilidade de mais tipos penais, tanto os mais rigorosos, quantos os mais graves, sendo necessário analisar o dolo, a conduta, o efeito, o nexo causal e a tipicidade de todo o fato produzido, podendo tratar melhor acerca da tipificação apropriada do crime, além de outros pontos a serem levantados, como exemplo a fatalidade do HIV, a admissibilidade de tentativa, a culpabilidade do agente e elementos acerca de todo o contexto aqui levantado.

O objetivo deste trabalho será esclarecer as hipóteses quanto ao tipo penal da conduta; analisar o fato dentro do direito penal brasileiro e desenvolver argumentos acerca do dolo e demais elementos sobre a contaminação do HIV e os objetivos específicos serão analisar elementos anteriores, posteriores e essenciais acerca da conduta de contaminar outrem dolosamente com o vírus HIV, demostrar como se enquadra no direito penal brasileiro e destacar os argumentos quanto às hipóteses de dolo do agente, tipo penal, conduta, resultado, consumação, tentativa e culpabilidade do agente que pratica a conduta, bem como explanar quais seriam as tipificações penais adequadas diante das circunstâncias fáticas e suas consequências dentro no ordenamento jurídico.

Acerca da metodologia, conjunto de métodos e técnicas utilizadas para produzir o conhecimento a partir da definição dos seus propósitos, abordagens, cenários, sujeitos e objetos, procedimentos e instrumentos de análise, utilizou-se neste artigo a pesquisa exploratória e descritiva, onde a pesquisa exploratória visou construir a bagagem de um referencial teórico concreto para elucidar os temas e subtemas envolvidos na questão central do trabalho (LAKATOS; MARCONI, 2003). Já a pesquisa descritiva foi utilizada para obter uma análise do objeto de estudo, observando dados qualitativos para investigar, de forma profunda, a opinião de um dado público com relação a um produto, bem ou serviço.

O procedimento técnico utilizado neste artigo foi a revisão bibliográfica, que consiste em um apanhado de documentos – livros, artigos, jurisprudência, doutrina e legislação, que permitiu identificar os dados utilizados para a elaboração do trabalho. O desenvolvimento do trabalho estruturou-se em introdução; revisão bibliográfica da origem, conceitos e demais esclarecimentos acerca do vírus da imunodeficiência humana; a situação epidemiológica no mundo e no Brasil; partindo, então, para o tema central do artigo, a explanação acerca da criminalização da transmissão do HIV e sua tipificação no ordenamento brasileiro. Os resultados não serão baseados em dados numéricos, mas em depoimentos e informações dos pesquisados.

## 1. Origem, conceito e esclarecimento acerca do vírus HIV

Apesar da incerteza da origem do HIV, desde 1999, há comprovações científicas, através de testes genéticos, da semelhança do HIV com a família dos retrovírus relacionada a primatas não humanos, os macacos-verdes (*Cercopithecus aethiops*) da África Subsaariana (local onde ocorreram as primeiras manifestações clínicas da doença) que são portadores do SIV (Vírus da Imunodeficiência Símia), que, de acordo com teorias científicas, teria sofrido mutações resultando em um vírus extremamente agressivo ao organismo humano: o HIV. A provável forma de transmissão do SIV ao homem ocorreu através da ingestão de sangue de animais sacrificados em rituais religiosos.

O registro mais antigo de infecção pelo HIV, 1959, consta de uma amostra sanguínea de um homem africano da etnia bantu, que viveu em Leopol Dville, hoje

Kinshasa, no Congo, publicado apenas em 19986. Outros registros foram encontrados no período compreendido entre 1977-1978, nos Estados Unidos, no Haiti e na África Central e em 1980 no Brasil (São Paulo), apenas descobertos e definidos como AIDS em 1982.

Entretanto, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida somente foi descrita em 1981 devido à aglomeração de casos de sarcoma de Kaposi e de pneumonia por *Pneunocistis carinii* em pacientes homossexuais masculinos procedentes de grandes cidades norte-americanas como Nova York, Los Angeles e Califórnia, de causa desconhecida.

Por volta de 1982, as vias de transmissão da infecção (contato sexual, uso de drogas e exposição a sangue e derivados) já eram sabidamente conhecidas. Em 1984, o cientista Luc Montagnier (Instituto Pasteur, Paris) disputou a descoberta do HIV com o médico americano Robert Gallo (Instituto Nacional do Câncer, Estados Unidos da América). Em 23 de abril do mesmo ano, Robert Gallo vence a disputa, designando o vírus da AIDS de HTLV-III, denominação substituída por HIV, posteriormente, em 1985, quando o primeiro teste anti-HIV se encontra disponível para realização de diagnóstico da infecção. No ano de 1986, um outro tipo do HIV, denominado HIV-2, foi isolado de pacientes soropositivos na África Ocidental.

Marques e Mansur (2016), salienta que o HIV infecta, principalmente, as células que apresentam a molécula CD4 em sua superfície, os linfócitos CD4 (T4 ou T helper) e os macrófagos. A molécula CD4 age como receptor do vírus, mediando a invasão celular. É também essencial para que a infecção ocorra a presença das moléculas CCR5, CXCR4 e CCR2 (receptores de quimiocinas) presentes na superfície das células (identificadas em 1996).

Segundo Coura (2015), clinicamente, as síndromes causadas pela infecção pelo HIV são geralmente explicadas por um dos três mecanismos conhecidos: Imunodeficiência: - a imunodeficiência é um resultado direto dos efeitos do HIV sobre as células do sistema imune. As infecções e neoplasias estão presentes, como em outros estados de imunodeficiência congênita ou adquirida; Autoimunidade: a autoimunidade pode ocorrer como resultado da disfunção da imunidade celular ou dos linfócitos B. Exemplos de ambos os mecanismos são a infiltração linfocítica de órgãos e a fabricação de auto anticorpos. Esses fenômenos podem ser as únicas manifestações clinicas da doença ou podem coexistir com imunodeficiência óbvia e Disfunção Neurológica.

De acordo com Marques e Mansur (2016), conhecer as especificidades do vírus quanto a sua tipologia celular, bem como conhecer suas armas, é fundamental para compreender os fenômenos patológicos que advêm no transcurso da doença e a terapêutica antirretroviral. As células-alvo do vírus, os linfócitos TCD4, são fundamentais na resposta imunológica global. Elas comandam e modulam toda a atividade de ataque do sistema de defesa a um agente invasor. A infecção dessas células leva a uma série de defeitos imunológicos, como diminuição e morte das células T4 e diminuição da função das células T8, macrófagos e células B. Por fim, o organismo humano não consegue mais se defender eficientemente contra vírus, fungos e bactérias, podendo desenvolver infecções oportunistas e neoplasmas tumores benignos ou malignos.

Com o surgimento dos antirretrovirais, novas perspectivas foram delineadas para a erradicação da doença. O AZT (Zidovudina), um inibidor da transcriptase reversa, foi a primeira droga lançada no mercado, em 1987. Seguem-se, então, o Videx, ddI (Didanosina), em 1991; logo após, em 1995, Zerti®, d4T (Estavudina) e Epivir, 3TC (Lamivudina), também inibidores da transcriptase reversa.

Hodiernamente, o tratamento da AIDS recorre ao uso da terapia combinada, que se traduz pela associação de duas ou mais drogas da mesma classe farmacológica ou de classes farmacológicas diferentes. Para tanto, encontram-se disponíveis no mercado oito tipos de inibidores da enzima transcriptase reversa, classificados em nucleosídeos, não nucleosídeos e nucleotídeos, assim como cinco tipos de inibidores de protease.

Segundo a Fiocruz (Fundação Instituto Oswaldo Cruz), em junho/2007 iniciou-se a segunda fase de estudos da vacina terapêutica da AIDS. A primeira etapa do projeto teve resultado apresentado em 2004, reduzindo em até 80% a presença do HIV em brasileiros infectados, além de reduzir a resistência à terapia antirretroviral em alguns indivíduos, promovendo uma nova alternativa de tratamento, principalmente aos pacientes hiper-resistentes.

## 1.1 Etiologia

"Os vírus da imunodeficiência humana, HIV-1 e HIV-2, pertencem à família Retroviridae, na subfamília dos lentivírus e se manifestam por infecção persistente, a despeito da resposta imune do hospedeiro" (COURA, 2015, p. 23). Possuem forma esférica e tamanho aproximado da ordem de 100nm (nanômetros) de diâmetro, com um núcleo viral constituído de duas fitas de RNA (Ácido Ribonucléico) e proteínas estruturais estabilizadas por um capsídeo protéico, circundado por um envelope externo de glicoproteínas em uma membrana lipídica.

Assim como o HIV-1, o HIV-2 infecta seletivamente as células TCD4, causando imunodeficiência profunda e AIDS indistinguível da ocasionada pelo HIV-1, sendo, em geral, menos virulento que o HIV-1, pois provoca doença após período de tempo mais prolongado.

O HIV é bastante lábil no meio externo, sendo inativado por uma abundância de agentes físicos, como o calor, como também de agentes químicos, a citar o hipoclorito de sódio, o glutaraldeído, entre outros.

## 1.2 A Epidemia no mundo

Segundo o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), no período de 1997 a 1998, aproximadamente 31 milhões de pessoas eram portadoras do vírus da imunodeficiência humana no mundo, na seguinte proporção: 300.000 no Caribe, acima de 800.000 nos Estados Unidos da América, 500.000 na Europa Ocidental, 150.000 na Europa Oriental, 440.000 na China, 1,3 milhões na América Latina, 200.000 na África do Norte, 21 milhões na África Subsaariana (cerca de 70% do total de casos de HIV no mundo) e 6 milhões a 6,5 milhões somente no sudeste asiático, principalmente em países como a Índia, a Tailândia, entre outros. No Brasil, a depender da região geográfica considerada, em média 0,5% a 1% da população encontrava-se infectada.

Concomitantemente ao rápido crescimento nas regiões de maiores densidades populacionais (Ásia e Leste Europeu), a epidemia adquiriu estabilidade em países como o Brasil e os Estados Unidos da América, com mudança de dinâmica: mais predominante em heterossexuais e com distribuição equivalente entre os sexos, favorecendo a transmissão perinatal. Logo, por volta de 1997, com o advento do uso dos antirretrovirais, a epidemia iniciou declínio, apresentando taxa de letalidade 50% inferior à taxa de letalidade em 1993.

De acordo com o UNAIDS, em 2005, 40,3 milhões de pessoas estavam infectadas pelo HIV no mundo, apresentando substancial aumento do número de casos de infecção entre as mulheres, devido, principalmente, a transmissão heterossexual.

A exceção do Caribe, apesar das reduzidas taxas de infecção pelo HIV em certos países, o número total de indivíduos infectados pelo HIV, no mundo, ainda foi crescente em 2005, contando com 5 milhões de casos novos, superando o ano de 2003 em cerca de 2,8 milhões de casos. Os aumentos mais acentuados foram encontrados na Europa Oriental, na Ásia Central e na Ásia Oriental, com destaque para a África Subsaariana, que permaneceu a mais afetada em termos globais.

Dados de UNAIDS, novembro de 2016, afirmaram que cerca de 37,2 milhões de adultos e 2,3 milhões de crianças encontravam-se infectados pelo HIV. Noventa por cento das crianças recentemente infectadas deveram-se à transmissão vertical ou à amamentação; destas, 19% ocorreram na África Subsaariana. De janeiro a novembro de 2006, 4,3 milhões de indivíduos foram infectados pelo HIV e 2,9 milhões de óbitos foram contabilizados, apesar do uso da terapia antiretroviral (MARQUES; MANSUR, 2016).

A maioria dos indivíduos infectados pelo HIV (95% da população mundial infectada), pertence aos países em desenvolvimento. Nos países desenvolvidos, a taxa de prevalência dos indivíduos infectados pelo HIV continua a aumentar, devido ao acesso difundido da terapia antirretroviral nesses países, prolongando a expectativa de vida desses indivíduos e aumentando a proporção de transmissão do HIV.

Ao final de 2016, a África Subsaaariana foi a região do mundo mais afetada pela epidemia da AIDS, contabilizando cerca de 2,1 milhões de óbitos. A situação mundial da infecção pelo HIV, nessa época, distribuiu-se da seguinte forma: 270.000 indivíduos infectados na Europa Oriental e na Ásia Central, 940.000 na Rússia, 8,5 milhões na Ásia, 5,7 milhões na Índia, 650.000 na China, 58.000 na Tailândia, 460.000 no Oriente Médio e na África do Norte e aproximadamente 2 milhões na América Latina e no Caribe (MARQUES; MANSUR, 2016).

Ainda segundo a UNAIDS até o final de 2018 37,9 milhões de pessoas vivam com HIV em todo o mundo, totalizando 74,9 milhões contaminados desde o início da epidemia.

### 1.2.1 A epidemia no Brasil

No Brasil, a propagação da infecção pelo HIV, de inicialmente restrita a alguns círculos cosmopolitas das metrópoles nacionais e marcadamente masculina, atualmente enquadra-se nos processos de heterossexualização, feminização, interiorização e pauperização. Além destas tendências, é notório o aumento da sobrevida dos pacientes devido aos avanços tecnológicos e científicos na etiopatogenia da AIDS, permitindo novas intervenções diagnósticas, profiláticas e terapêuticas (COURA, 2015).

Em 1980, quando do início da epidemia no país, os homens homossexuais e bissexuais constituíam o segmento da população mais atingido. Atualmente, o fenômeno da heterossexualização é a característica mais importante da dinâmica epidemiológica nacional, com expressão relevante em todas as regiões, sendo o responsável pelo crescimento substancial de casos em mulheres.

A feminização da epidemia retrata-se pelo aumento progressivo do número de casos da infecção entre as mulheres. Ao surgir da epidemia, a proporção de casos entre os sexos era de 26 homens para cada 10 mulheres e nos últimos três anos, 15 homens para cada 10 mulheres. Na faixa etária de 13 a 19 anos, foi constatada relação de 10 homens para cada 18 mulheres.

Ao final da década de 80, evidenciou-se a disseminação da epidemia do eixo Rio de Janeiro – São Paulo para as demais metrópoles regionais brasileiras (municípios de médio e pequeno porte do país), com dinâmicas regionais e populacionais distintas. Enfim, o processo de empobrecimento, no Brasil, é definido pelo aumento da proporção de casos da infecção pelo HIV nos indivíduos de baixa escolaridade.

Dos primórdios da epidemia no país, 1980, a junho de 2016, no Brasil, o número de casos notificados, até então, alcançou um total de 433.067, perfazendo a razão entre os sexos de 15 homens para cada 10 mulheres. Entre 2007-2016, a taxa de incidência da epidemia na faixa etária acima dos 50 anos de idade revelou-se aumentada: de 50-59 anos, a relação entre os sexos masculino/feminino, respectivamente, passou de 18,2/6,0 para 29,8/17,3; da mesma forma, desde os 60 anos, a relação aumentou de 5,9/1,7 para 8,8/4,6 (COURA, 2015).

Segundo o banco de dados do Banco de Dados do Sistema Único de Saúde (DATASUS), foram notificados 5847 casos de infecção pelo HIV no país, estando a maioria desses concentrados no estado de São Paulo (1524 casos notificados), ao passo que a minoria se encontrava no estado do Acre (11 casos notificados). A relação entre os sexos (homem/mulher) foi de 3659/2188, predominando a raça branca (2894 casos notificados) em relação à raça não branca (preta, amarela, parda e indígena), com 2385 casos notificados; 568 indivíduos foram classificados de raça ignorada. Ainda, a idade predominante foi de 37 anos (238 casos notificados) e a via heterossexual (3531 casos notificados) foi o modo de transmissão mais encontrado (PEREIRA, 2014).

De modo específico, no estado do Maranhão, ainda de acordo com o DATASUS, 256 casos foram notificados até então, com 79 casos notificados no período referido, cuja relação entre os sexos homem/mulher foi de 149/107, com predominância da raça não branca (68 casos notificados) em relação à raça branca (23 casos notificados); houve 165 casos de raça ignorada. A idade mais acometida foi a de 30 anos (PEREIRA, 2014).

Os dados mais recentes do Boletim Epidemiológico HIV/Aids do ano de 2019, desenvolvido pelo Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis, da Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde (DCCI/SVS/MS), informam que em 2018 foram notificados 43.941 casos de infecção pelo HIV no território brasileiro, sendo 5.084 (11,6%) na região Norte, 10.808 (24,6%) casos na região Nordeste, 16.586 (37,7%) na região Sudeste, 7.838 (17,8%) na região Sul e 3.625 (8,2%) na região Centro-Oeste, onde a maioria dos casos de infecção pelo HIV encontra-se na faixa de 20 a 34 anos, na população negra (49,7%) e predomínio de casos em homens (PEREIRA et al,. 2019).

### 1.3 Transmissão

Comumente, a infecção pelo HIV decorre da transferência de fluidos corporais de um indivíduo infectado para um não infectado, sendo caracterizada

por um decréscimo progressivo do número de células TCD4, acompanhado da ativação das células TCD8 (Linfócitos T com Grupamento de Diferenciação 8), responsáveis pela eliminação das células infectadas, assim como pela soroconversão, e concomitante a um acréscimo da carga viral.

Dentre os fatores que podem influenciar a replicação viral, desde o início da infecção, encontram-se a aptidão do vírus infectante, alguns fatores genéticos e a resposta imune do hospedeiro. O início da infecção, em 40%-70% dos pacientes, é acompanhado de uma síndrome mononucleose símile, aproximadamente duas semanas após o contágio, cujos sinais e sintomas típicos incluem febre, adenomegalia, faringite, exantema transitório e meningite asséptica, além de mialgias e artralgias, leucopenia, trombocitopenia, náuseas, diarreia, cefaleia e encefalopatia, devido à rápida disseminação e localização virais, preferencialmente nos tecidos linfoides, através da ligação do HIV aos receptores CD4 de linfócitos T auxiliares e outras células mononucleares (MARQUES; MANSUR, 2016).

Esses sintomas são acompanhados por viremia plasmática significativa, ou seja, a presença do vírus no sangue, sendo um estudo para medir o progresso de uma doença viral, com títulos máximos atingindo 107 vírions/ml (vírions por mililitros), ocasião em que ocorre também nível elevado do antígeno p24 (proteína de 24 kilodaltons) do HIV-1 circulante. Em geral, tais pacientes tornam-se antigenêmicos para p24 nos poucos dias ou semanas que precedem a soroconversão. A replicação viral é controlada apenas parcialmente nos meses ou anos que se seguem à infecção e à soroconversão, pois mesmo durante os estágios clínicos quiescentes, segue-se uma replicação viral substancial, acarretando progressiva destruição das células TCD4 (COURA, 2015).

A resposta imune do hospedeiro controla inicialmente a infecção pelo HIV, resolvendo os sintomas de fase aguda. Devido à natureza não específica desses sintomas, o diagnóstico da infecção torna-se prejudicado, pois os sintomas, principalmente na fase inicial, são dificilmente reconhecidos como sinais da infecção pelo HIV (COURA, 2015).

O HIV foi demonstrado no líquido seminal tanto no interior de células mononucleares infectadas como em estado livre, parecendo se concentrar no líquido seminal, em particular nos casos em que há aumento da quantidade de linfócitos e leucócitos no sêmen, como nas afecções genitais inflamatórias como uretrite e epididimite, afecções estreitamente relacionadas com outras Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs). O vírus também foi demonstrado em esfregaços cervicais e no líquido vaginal. Há uma forte associação da transmissão do HIV com o intercurso anal receptivo, provavelmente pelo fato de apenas uma fina e frágil mucosa retal separar o sêmen depositado das células potencialmente susceptíveis na mucosa e embaixo dela e do traumatismo associado ao coito anal, ainda complementa dizendo que o organismo viral elevado no sêmen, dentro de linfócitos e no estado livre de células, penetrando no corpo do receptor através de escoriações na mucosa retal. A transmissão viral ocorre de duas maneiras: (1) inoculação direta nos vasos sanguíneos rompidos por traumatismo e (2) dentro das células de Langerhans no interior da mucosa (PEREIRA, 2014).

> Uma vez agravada a imunodepressão, o portador da infecção pelo HIV apresenta infecções oportunistas (IO), causadas por microrganismos não considerados usualmente patogênicos, ou seja, não capazes de desencadear doença em pessoas

> com sistema imune normal. No entanto, microrganismos normalmente patogênicos também podem, eventualmente, ser causadores de IO. Porém, nessa situação, as infecções necessariamente assumem um caráter de maior gravidade ou agressividade, para serem consideradas oportunistas (DELMANTO, 2016, p. 45).

Até que a vacinação seja uma realidade, a prevenção da infecção pelo HIV dependerá de precauções efetivas com relação à prática sexual e ao uso de drogas intravenosas, de exames de produtos derivados sangue e do controle de infecções. Os médicos responsáveis pelos cuidados primários devem, rotineiramente, obter uma história sexual e uma avaliação dos fatores de risco de seus pacientes, além de realizar os testes de HIV quando necessário e fornecer um aconselhamento pré e pós-teste. O aconselhamento pré-teste deve incluir uma revisão dos fatores de risco para a infecção pelo HIV, uma discussão sobre o sexo seguro e sobre o significado de um teste positivo. O aconselhamento pós-teste deve incluir uma revisão da importância da prática do sexo seguro (MARQUES; MANSUR, 2016).

Recomenda-se testagem voluntária generalizada de indivíduos que tenham praticado ou estejam praticando comportamentos de alto risco, junto com aconselhamento dos indivíduos infectados. As informações obtidas com esse tipo de abordagem devem servir como base para programas de modificação do comportamento, tanto para os indivíduos infectados que desconheçam seu estado quanto ao HIV e que podem infectar outros, como para aqueles não infectados que estejam praticando comportamento de alto risco. A prática de sexo seguro é a forma mais eficaz para indivíduos não infectados sexualmente ativos evitarem contrair a infecção pelo HIV e para os indivíduos infectados evitarem disseminá-la. A abstinência sexual é o único modo absolutamente seguro de evitar a transmissão sexual do HIV.

As pessoas com teste positivo devem obter informações sobre os serviços de saúde clínica e mental disponíveis, assim como orientação para os parceiros sexuais ou que compartilhem seringas. É dever do médico aconselhar os pacientes HIV negativos a evitar a exposição ao vírus. Esses pacientes devem ser aconselhados a não entrar em contato com secreções corporais, a menos que suas relações sejam mutuamente monogâmicas, com pessoas soronegativas para o HIV e que não tenham tido relações sexuais sem proteção por pelo menos seis meses anteriores ou em qualquer após o resultado negativo do teste (PEREIRA, 2014).

Coura (2015), afirma que somente os preservativos de látex, lubrificados com substância solúvel em água devem ser utilizados. Embora o espermaticida monoxinol-9 mate o HIV, não deve ser recomendado como ingrediente de lubrificantes devido à possibilidade de causar úlceras genitais que podem facilitar a transmissão do HIV.

Pereira (2014), complementam dizendo que os preservativos de látex devem ser usados durante a relação vaginal ou anal. Os preservativos sem látex estão disponíveis para pessoas com alergia ao látex. Um preservativo deve ser usado com o contato oral com o pênis, e diques dentários (um pedaço de látex usado por dentista para isolar um dente para tratamento) devem ser empregados para o contato oral com a vagina ou reto. Quanto aos resultados esperados relacionados ao uso do preservativo, lembra que os preservativos não são 100% eficazes na prevenção da transmissão do HIV, havendo uma taxa de insucesso de cerca de 10% para preservativos utilizados como contraceptivos.

A maioria das falhas dos preservativos ocorre pela ruptura ou pelo uso inadequado, como não utilizar o preservativo durante todo o período do intercurso. Jamais se deve utilizar gel à base de vaselina para a lubrificação do preservativo, já que eles aumentam a probabilidade de ruptura. O beijo é considerado seguro, embora haja uma possibilidade teórica de transmissão do vírus pela saliva. A baixa concentração de vírus na saliva das pessoas infectadas, assim como a presença de proteínas inibitórias do HIV na saliva, reduz qualquer risco de transmissão pelo beijo.

Os usuários de drogas intravenosas devem ser orientados a nunca compartilharem o uso de agulhas ou qualquer outro acessório. Quando não houver disponibilidade de agulhas estéreis, deve-se usar água oxigenada, que parece inativar o HIV, para limpar as agulhas (MARQUES; MANSUR, 2016).

O modo mais eficaz de prevenir a transmissão da infecção pelo HIV entre usuários de drogas injetáveis é o de suspender o uso de drogas injetáveis. Infelizmente, isso é muito difícil, a menos que o indivíduo entre para um programa de tratamento.

O HIV e a AIDS não têm cura, somente tratamento. A boa aderência à terapia antirretroviral traz enormes benefícios para o indivíduo, como acréscimo da disposição, da energia e do apetite, aumento da expectativa de vida e o não desenvolvimento de doenças oportunistas. O Brasil oferece, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), o tratamento por antirretrovirais de forma gratuita, determinado na Lei 9.313/1996, sempre com acompanhamento médico, no tratamento, o HIV não é abolido do corpo, mas sim contido, para que não se prolifere e evolua para AIDS (BRASIL, 2019).

> A AIDS não pode ser considerada, rigorosamente, moléstia venérea. A sua transmissão pode se dar de inúmeras formas, tanto por pessoas contaminadas quanto não contaminadas; além da via sexual, pela própria gravidez, pelo uso de material cirúrgico e odontológico contaminados, pelo emprego de seringas usadas, por transfusão sanguínea, pelo ato de efetuar tatuagem ou acupuntura com agulhas infectadas, por agressões com objetos cortantes ou perfurantes contaminados, etc. (DELMANTO, 2016, p. 11).

Quando se trata de agente contaminado (único que pode ser sujeito ativo do delito do art. 131) e que atuou com o intuito de transmitir a doença responde por dolo de dano, direto e não eventual, existirá a incidência deste art. 131, e não do art. 130 (perigo de contágio venéreo). Tendo a transmissão da doença, o agente contaminado não ocorrerá no crime do art. 131, mas em outros tipos penais como: lesão corporal gravíssima, lesão corporal seguida de morte, homicídio doloso, tentado ou consumado. Essas tipificações estarão sujeitas da existência ou não de *animus necandi*, a ser determinado em cada caso concreto (GRECO, 2019).

A comprovação, que sempre é difícil, do dolo do sujeito, pode indicar se é o delito de lesões corporais ou o de homicídio o aplicável. Quanto ao eventual e tardio evento morte, tem autores que percebem que esse resultado é imprevisível e foge por completo ao controle do autor, o que o torna impunível.

> Muito antes do aparecimento da Aids, sustentava que é de presumir-se o *animus necandi*, toda vez que o resultado morte é consequência normal da moléstia transmitida. Ressalte-se que, em qualquer caso, o eventual consentimento do ofendido em assumir o risco é indiferente, por serem a vida e a saúde bens indisponíveis (HUNGRIA, 2016, p. 413).

Quando se de agente contaminado que, atuando com culpa, realizou a transmissão da Aids, também não se configurará este art. 131, mas, sim, lesão corporal culposa de acordo com o art. 129, §6°, ou homicídio culposo conforme o art. 121, §3°. Na suposição de agente não contaminado e existindo a concretização da transmissão da Aids, terá que se distinguir se o agente agiu com culpa ou dolo, bem como, se foi com dolo, se houve *animus necandi*, para então averiguar se a tipificação será a de lesão corporal gravíssima, lesão corporal seguida de morte ou homicídio doloso, consumado ou tentado (MIRABETE; FABRINI, 2019).

Coura (2015), ainda complementam dizendo que as pessoas HIV positivas ou que usam drogas injetáveis devem ser instruídas a não doar sangue ou compartilhar os equipamentos da droga com outros. Cada vez mais, programas de trocas de agulha estão disponíveis para possibilitar que usuários de drogas injetáveis obtenham equipamento estéril para a droga a custo zero.

### 1.4 Direito penal brasileiro e seus elementos

A questão ora enfocada encaixa-se na Parte Especial do Código Penal, Título I - Dos crimes contra a pessoa, Capítulo I Dos crimes contra a vida, Capítulo III Da periclitação da vida e da saúde; e Título VI Dos crimes contra a dignidade sexual, Capítulo VII Disposições gerais. Direcionando ao assunto da periclitação da vida e da saúde, pode-se visualizá-lo, mais detalhadamente dentro dos crimes de perigo individual, que são uma das espécies de crime de perigo, e que atingem determinadas pessoas, não no sentido de uma classe específica, mas sim, por seus efeitos não se espalharem tão bruscamente à toda a comunidade, como é o caso, por exemplo, dos crimes que afetam a incolumidade pública, mas por ter o resultado mais voltado às partes envolvidas no caso concreto (JESUS, 2015).

Para que os crimes de perigo se configurem, basta a criação de uma possibilidade de dano à vida ou à saúde de outrem. Conforme a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7-12- 1940), em seu ponto n. 43, do panorama material, reputam-se consumados ou perfeitos desde que a ação ou omissão cria uma situação objetiva de possibilidade de dano à vida ou à saúde de outrem. Não se faz urgente o dano efetivo para que o crime de perigo se consuma. Faz-se necessário, portanto, a simples exposição a perigo de dano. O dano efetivo pode ser uma condição de maior punibilidade, mas não condiciona o momento consumativo do crime. Um outro ponto que merece destaque é que não interessa o consentimento da vítima, porque aqui diante de bens indisponíveis que são tutelados pela norma penal. É irrelevante que saiba ou possa saber da contaminação do autor e, a despeito, empreste seu consentimento à prática sexual, ainda que seja alertada pelo próprio autor. Isso porque a objetividade jurídica tutelada é de interesse público, supra individual (HUNGRIA, 2016).

A questão a respeito da AIDS é bem controversa, sendo que alguns dizem que doença sexualmente transmissível seria gênero da qual doença venérea seria espécie, e assim sendo, a AIDS, em si, por sua natureza, se enquadraria como DST, porque pode ser adquirida não só pela via sexual (que é o que a palavra venérea enseja, para os que entendem desta forma), mas também por outros meios. Já, o dicionário médico Conteúdos em computadores de mão para a área médica (PDAMED) expressa que doença venérea é a maneira antiga de se dizer doença sexualmente transmissível, confundindo os dois termos.

Para Greco (2019), a AIDS não se encaixaria na hipótese do artigo 130, CP, porque como já foi dito, a doença supracitada, a rigor não trata de moléstia venérea. Defende-se também que não se enquadra no tipo previsto no artigo 131, CP, porque conforme assevera é considerada ainda doença letal. Se fosse apenas uma enfermidade grave, estaria condizente com o que o artigo em tela apresenta, mas no caso em questão, aquele que intencionalmente propagar o vírus da AIDS, via relação sexual ou outra admissível, deve ser responsabilizado por tentativa de homicídio ou homicídio consumado, em concordância com o resultado atingido, considerando-se a letalidade culminada.

Havendo, então a efetiva transmissão da doença, o agente contaminado não incidirá no crime do artigo 131, CP, mas em outros tipos penais: lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2, II, CP), lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3, CP), homicídio doloso, tentado ou consumado (art. 121, caput, CP). Tais tipificações dependerão da existência ou não da intenção de matar que deverá ser apurada em cada caso concreto, e que verificará se é caso de lesão corporal ou de homicídio (DELMANTO, 2016).

A Lei 12.015/2009 trouxe uma alteração no artigo 234-A, IV do CP, majorando a pena nos casos em que o estupro transmita à vítima doença sexualmente transmissível (as doenças venéreas, como as que se encaixam no artigo 130, CP, são espécies das DST's (doenças sexualmente transmissíveis). Então, nem toda DST é, necessariamente, doença venérea) de que o agente sabe ou deveria saber ser portador, sendo o incremento da ordem de um sexto até a metade. Esta causa de aumento da pena se configura só e tão somente nos casos em que a vítima acaba por contaminada com a DST. Se o autor adquirir a DST durante o estupro, a ele não será imputado o aumento, porque se o estuprador vier a se contaminar de doença sexualmente transmissível em crime por ele próprio praticado, isso já lhe recairá como uma espécie de pena natural, o que tornará a consequência penal até mesmo irrazoável.

Se a AIDS, que é doença letal, não obstante os avanços em seu tratamento for transmitida dolosamente a alguém, o agente atua com *animus necandi*, ou seja, a pessoa age com intenção de matar. Se o estuprador transmite a AIDS dolosamente à vítima, seu ilícito deve ser enquadrado não apenas em um caso de estupro com aumento de pena (artigo 234-A, IV,CP), mas é caso de crime de estupro e de tentativa de homicídio em concurso formal impróprio (artigo 70, 2ª parte, CP, as penas dão-se, todavia, cumulativamente, se a ação ou negligência é culposa e os delitos concorrentes procedem de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo antecedente), explicação: a lesão se dá a dois bens jurídicos: vida e dignidade sexual; o agente deliberadamente e com desígnios autônomos atinge bens jurídicos diversos, devendo responder pelos crimes respectivos com a regra da acumulação material. Aqui, seria inviável a aplicação da figura do aumento junto com a da tentativa, porque ensejaria o *bis in idem*. E no caso de a vítima ser acometida de resultado mais gravoso, que é a morte, propriamente dita, estar-se-á diante de homicídio consumado, conforme disposto no artigo 121, CP (NUCCI, 2019).

O quadro 1 abrange hipóteses ordinárias e extraordinárias e fala acerca do dolo direto, dolo eventual e da forma culposa de contaminação com vírus da imunodeficiência humana:

**Quadro 1**

| |
|---|
| Se o indivíduo sabe que contém o vírus e o propaga de propósito (dolo direto). Ainda, cumpre ressaltar:<br><br>Julgando caso análogo, a 5ª Turma do STJ decidiu que a transmissão consciente da síndrome da imunodeficiência adquirida (vírus HIV) caracteriza lesão corporal de natureza gravíssima, enquadrando-se a enfermidade perfeitamente no conceito de doença incurável, previsto no artigo 129, §2°, II, do CP. O fato de a vítima ainda não ter manifestado sintomas não exclui o delito, pois é notório que a doença requer constante tratamento com remédios específicos para aumentar a expectativa de vida, mas não para cura (HC 160.982/DF). (CUNHA, 2018, p. 50/51) |
| Se o indivíduo sabe que é portador do vírus, mas não quer o resultado, ou seja, propagar (dolo eventual – ele não quer o resultado, mas assume o risco).<br><br>Cunha (2018), ressalta que se o indivíduo sabe que tem o vírus, mas usa preservativo (não assume o risco), mas acabou transmitindo o vírus, deve responder por lesão corporal culposa, ou homicídio culposo, no caso de morte decorrente da doença. |
| Se o indivíduo não sabe que tem o vírus e contagia outra pessoa, é considerada como transmissão culposa, respondendo o agente pelo crime de lesão corporal culposa ou por homicídio culposo. |
| Se o indivíduo pressupõe que tem o vírus, quer transmitir, mas na realidade não tem, há a figura do crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado. |
| Se o agente não é contaminado, mas contamina outrem dolosamente por outra forma de contaminação, tomando-se como exemplo, por meio de aplicação de seringa contendo o vírus, responde por homicídio doloso se o evento morte se consumar, ou tentativa de homicídio se não se consumar. |

**Fonte:** Cunha (2018)

### 1.4.1 Criminalização da transmissão do HIV

Atualmente 60 países possuem legislação que visam a criminalização da transmissão do HV e/ou exposição do HIV, alguns destes inclusive possuem legislação especifica quanto a prática desta conduta, existem ainda países que possuem leis que punem a transmissão por meio das relações sexuais sem a informação da sorologia positiva ou ainda leis que punem o ato de fazer sexo sem informar /ao parceiro (a) sua condição HIV positivo.

Foi realizado um estudo de Pessoas que vivem com HIV/Aids, uma pesquisa sobre a criminalização da transmissão do HIV na Europa e Ásia Central, e apontou que dos 41 países que responderam pesquisa, 36 afirmaram que a real ou potencial inoculação do HIV pode constituir uma ofensa penal, bem como 14 países possuem leis específicas para punir a transmissão ou exposição ao HIV. Áustria, Suécia possuem os maiores índices de processo em razão da transmissão do HIV conhecidos, com mais de 30 acusações. Também foram reportados casos de criminalização na Dinamarca, Finlândia, Holanda, Noruega, Azerbaijão, Cipria,

República Tcheca, Estônia, França, Geórgia, Alemanha, Hungria, Itália, Lativia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Reino Unido (MASSON, 2015).

A criminalização da transmissão do HIV ocorre de várias formas, com punição inclusive em casos em que a conduta no intencional e ainda que a transmissão não se efetive. Na Europa e Ásia Central, a exposição ao HIV punível na Armênia, Moldovia, Holanda, Noruega, Polônia, Rússia, Azerbaijão, Dinamarca, França, Geórgia, Alemanha, Islândia, Liechtenstein, Eslováquia, Sucia e Ucrânia. A Noruega não faz distinção entre a transmissão e a exposição. Na Rússia a exposição remete a uma pena de restrição de liberdade de três anos, enquanto para a transmissão a pena de 5 anos. No Egito, ser soropositivo é um fato que corrobora para a acusação do indivíduo como criminoso. Na África, desde 2005 há uma série de leis que criminalizam a transmissão do HIV. Guiné-Bissau, Benim, Guiné, Mali, Níger, Togo e Serra Leoa possuem leis específicas e países como Malawia, Madagáscar, Angola, República Democrática do Congo, Tanzânia e Uganda contam com projetos de lei para tal finalidade (MIRABETE; FABRINI, 2019).

Os tipos penais para a criminalização da transmissão do HIV podem ser enquadrados em três categorias Transmissão de doença contagiosa, de doença sexualmente transmissível, causando danos à saúde. Agressão ou Lesões corporais (grave, gravíssima), que tem sido o entendimento atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, homicídio e envenenamento. O HIV também colocado como agravante para outros crimes.

Na África, o modelo legal utilizado impõe o dever da pessoa soropositiva em revelar sua sorologia ao cônjuge ou ao parceiro sexual regular no período máximo de seis semanas, bem como também impõe a obrigatoriedade do teste durante o período pré-natal, depois de uma violão ou para resolver um conflito matrimonial, prevendo ainda como crime a transmissão proposital do HIV através de qualquer meio de uma pessoa com conhecimento prévio do seu estatuto sorológico para o HIV/Aids, o que inclui via sexual, partilha de seringas e transmissão me-filho. Em Serra Leoa h uma Lei específica que pune a me que expõe o filho transmissão do HIV. H casos, como por exemplo nas Bermudas, no qual uma pessoa soropositiva foi condenada a dez anos de prisão por ter exposto a namorada ao HIV ao manter reles sexuais sem proteção, mesmo ela não tendo sido infectada (JESUS, 2015).

Uma pesquisa na Europa e Ásia Central, apontou que 90 dos processos de criminalização da transmissão do HIV diziam respeito a relações sexuais consensuais. Na África, as leis que criminalizam a conduta do HIV foram propagadas e taxadas como protetoras dos direitos das mulheres, posto que 61 delas estão infectadas e possuem poucos direitos legais ou humanos em vários países africanos. Em alguns países da Europa e Ásia Central as penas impostas aos condenados podem ser de 10 anos de prisão ou mais. Há ainda registros de punição com trabalhos fora dos padrões, como por exemplo isolamento e multa.

### 1.5 Análise acerca da tipificação diante de circunstâncias fáticas diferentes acerca da contaminação dolosa do vírus HIV

O Brasil não possui lei específica para criminalizar a transmissão do HIV ou sua exposição, com base nisso vários tipos penais dispostos em nosso Código Penal têm sido evocados, não havendo um consenso entre os tribunais, causando assim uma instabilidade jurídica.

Há processos em que se culminou pela sentença do acusado pelo crime de perigo de contágio venéreo, segundo o artigo 130 do Código penal Art. 130 - Exibir algum, através de relações sexuais ou cada ato libertino, o contágio de doença venérea, de que conhece ou deve saber que está infectado. Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Portanto, quanto ao art. 130 do CP, comenta Telles (2014), que AIDS a síndrome da imunodeficiência contraída na doença venérea, pois ela possui outras formas de contagio que não são as vias sexuais. Assim, caso o portador do vírus mesmo considerado fatal pela medicina da AIDS tenha relação sexual com algum, decidido a disseminar o mal, pode ser responsabilizado por tentativa de homicídio ou homicídio realizado, de acordo com o caso.

Evocando a ilustre Haga (2015), quanto a AIDS, parece claro que não se trata de moléstia venérea, tal como exigido pelo tipo do art. 130, CP, muito embora o contágio possa ocorrer também através de relações sexuais ou afins. A prática de qualquer ato capaz de disseminar AIDS a alguém pode de acordo com a intenção do agente responder por crime previsto no art. 131, CP, ou mesmo homicídio.

O artigo 131 do Código Penal diz que praticar, com a finalidade de propagar a outra doença grave de que está infectado ação conveniente de causar o contágio Pena - recluso, de um a quatro anos, e multa. O tipo penal supracitado não exige a efetiva transmissão da doença, mas tão somente a exposição.

O tipo penal que tem sido utilizado, inclusive no entendimento do STF, o disposto no artigo 129 do Código Penal, crime de lesões corporais, que considerado gravíssimo se resulta em enfermidade incurável (parágrafo 2, inciso II). Conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal a transmissão ciente do vírus da imunodeficiência humana, gerador da Aids, conforma lesão corporal grave, delito previsto no artigo 129, parágrafo 2, do Código Penal (CP).

Há dolo eventual de homicídio no comportamento do agente que comete o coito ou doa sangue quando sabe ou suspeita ser o portador do vírus da Síndrome de Deficiência imunológica adquirida (AIDS), ocasionando a morte do companheiro sexual ou do receptor. Nada evita que o agente ambicione a morte da vítima em consequência da contaminação, revelando-se então a tentativa de homicídio (MIRABETE; FABRINI, 2019).

O Dolo Eventual ocorre quando embora o agente não queira diretamente o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo, embora não queira produzi-lo, não se importa com sua ocorrência ou não. Na dúvida entre a ocorrência do crime culposo (culpa consciente) ou doloso (dolo eventual), deve-se preferir sempre o culposo, visto que, além do Princípio Geral do Direito Penal in dubio pro reo, adotada no Brasil a Teoria Volitiva e a Teoria do Assentimento, e não a da representação (MASSON, 2015).

Um caso muito comentado não foi mantido a condenação por tentativa de homicídio, foi o que o réu, munido de uma seringa hipodérmica, enterrou a agulha na perna da criança no segundo, com violência capaz de provocar até equimose no seio da vítima, beijou-a de maneira agressiva e perfeitamente capaz de produzir a transmissão de saliva ou substância hematide infectada. Anos depois da manutenção da condenação, este mesmo processo foi submetido a uma revisão criminal e o mesmo tribunal que o condenou, entendeu incabível anos depois a tentativa de homicídio, com um voto vencido e reformou a sentença reconhecendo a posição do ministério da Saúde de que AIDS não mata e sim diminui a expectativa

de vida. Para o Tribunal mesmo que se admita o repasse viral corpo a corpo, com o desenvolver futuro de um quadro doentio que pode se prolongar anos a fio, isso não significa tirar ou tentar tirar a vida alheia. Quando muito, representaria uma diminuição da natural expectativa de vida, ou um encurtamento dela ao longo da existência humana, no compatível com *avoluntas ad necem* (vontade de matar) (HUNGRIA, 2016).

## CONCLUSÃO

O HIV é um retrovírus que não possui cura, mas o Brasil tem tratamento gratuito pelo SUS. O HIV não mata e pode vir, com seu tratamento, a jamais apresentar sintomas ao seu portador, o Brasil é um dos países mais bem-conceituados na luta contra a AIDS e ao HIV.

Criminalizar a transmissão de uma doença que está em fase de estudos em busca da cura o que alguns projetos de lei em tramitação visam, contudo, pareceres técnico-científicos devem ser apreciados. A transmissão do HIV não é uma questão de criminalização, mas de saúde pública, visando a prevenção e maior conhecimento da população acerca do tema. Todo o indivíduo brasileiro possui o direito constitucional da privacidade e inviolabilidade, por esse motivo uma lei que vise a obrigação de informar suas condições sorológicas vai de encontro com a Constituição Federal de 1988.

No Direito Penal para se criminalizar uma conduta deve-se analisar o dolo, e tendo em vista este fator é correto afirmar que não se pode afirmar com clareza se um agente tem o intuito de matar visando a transmissão do HIV, em relação ao agente ter o intuito de matar transmitindo AIDS, mas não estar contaminado, ainda que tenha tal intuito estará diante de um crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado, por que motivo o art. 121 do Código Penal não é o ideal a ser aplicado. Conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal a transmissão ciente do vírus HIV, gerador da Aids, conforma lesão corporal grave, delito previsto no artigo 129, parágrafo 2, do Código Penal (CP), em caso de não haver contágio, se houver contágio o crime é mais grave, de acordo com as circunstâncias pode ser homicídio consumado ou tentado, lesão corporal de natureza grave. Se a transmissão for de forma culposa onde o agente não sabe que tem AIDS, responde por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, de acordo com a situação.

No caso de dolo eventual, o agente não quer diretamente praticar o delito, porém, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito. Entende ser extremamente provável que o resultado danoso ocorra, mas age de forma indiferente quanto a isso, assumindo o risco de sua produção.

Com base nos recentes estudos e apontamentos sobre a doença e os efeitos da criminalização da transmissão do HIV no mundo, é correto afirmar que países que criminalizam a transmissão possuem maior taxa de mortalidade devido a doença AIDS por consequência do vírus HIV, ao passo que, a população com medo de punições estatais não faz o teste anti-HIV como também não segue o tratamento adequadamente.

Ao longo da jornada na produção deste Trabalho de Concluso de Curso muitos apontamentos foram surgindo acercado tema, principalmente aos princípios

constitucionais que seriam confrontados com leis criminalizadoras da transmissão do HIV. E nesse contexto não se pode dizer que toda a pessoa soropositiva transmite o HIV com intuito de matar, lesar, ou até mesmo para fins de transmitir doença venérea, bem como o simples fato da condição sorológica do agente por si só não uma sentença de morte e tampouco um crime. Ser soropositivo não significa ser um criminoso, mas sim uma condição de saúde, cujo tratamento para controle tem avançado no setor de pesquisa. Todos os pontos são esclarecedores no que tange a doença como nos elementos para criminalizar uma conduta e sua abordagem possui como objetivo principal o esclarecimento do tipo penal ideal para a criminalização da conduta ou ainda se está se faz necessária.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**


BRASIL. Ministério da Saúde. **Tratamento para o HIV.** Disponível em: < http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv/tratamento-para-o-hiv >. Acesso em: 14 jan. 2020.

COURA, J. R. **Doenças Infecciosas e Parasitárias.** 4. ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2015.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal:** parte geral. Salvador: Jus PODIVM, 2018.

DELMANTO, C. **Código Penal Comentado.** 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

GRECO, R. **Curso de direito penal:** parte geral. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

HAGA, S. C. H. **Transmissão da AIDS e sua tipicidade no código penal brasileiro.2015, 55 f.** Monografia. Universidade de campinas, Campinas, 2015.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

JESUS, D. **Direito penal:** parte geral. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, A.; MANSUR, H. **História Natural da Infecção pelo HIV**. *Cad. Saúde Pública*, v. 34, n.5, p.5-14, 2016.

MASSON, C. *R.* **Direito penal esquematizado:** parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRABETE, J. F.; FABRINI, R. N. **Manual de direito penal.** 34. ed. São Paulo: Atlas. 2019.

NUCCI, G. S. **Código de processo penal comentado.** São Paulo: Forense, 2019.

PEREIRA, Gerson Fernando Mendes. **Epidemiologia:** teoria e prática. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

PEREIRA, Gerson Fernando Mendes; CUNHA, Alessandro Ricardo Caruso da; PINTO, Flavia Kelli Alvarenga; TANIGUCHI, Luciana Fetter Bertolucci; RIBEIRO, Rachel Abrahão; COELHO, Ronaldo de Almeida. **Boletim Epidemiológico HIV/Aids.** 2019. Brasília: Secretaria de Vigilância em Saúde, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 98.712/RJ.** Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.12.2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc98712MA.pdf. Acesso em: 14 jan. 2020.

TELLES, N. M. **Direito penal:** parte especial. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

# CABIMENTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DO *PLEA BARGAIN*

FITTING IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM OF THE PLEA BARGAIN

**JOSÉ EDUARDO CAPUTO SPIM**[1]

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. PLEA BARGAIN. 2. Breve explanação sobre o "custo Brasil". 3. PLEA BARGAIN no Direito Comparado; 3.1 EUA. 3.2 Inglaterra e país de Gales. 3.3 Itália. 4. Proposta do PLEA BARGAIN no Brasil. 4.1 O artigo 395-A, do Código de Processo Penal. 4.2 Críticas ao PLEA BARGAIN. 4.3 Vantagens do PLEA BARGAIN. 5. Comparativo com institutos aparentemente conexos. 5.1 Transação Penal. 5.2 Suspensão condicional do processo. 5.3 Acordo de colaboração

RESUMO: O *Plea Bargain* é um instituto proveniente do sistema jurídico anglo-saxão, isto é, o *Common Law*, que foi proposto pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro como forma de diminuição do chamado "Custo Brasil". O tema é extremamente atual no Brasil, visto que ainda está no início da tramitação legislativa no Congresso Nacional. Há muito que se discutir sobre o tema, porém uma preocupação inicial é se o *Plea Bargain* cabe no sistema jurídico nacional, se não fere princípios constitucionais ou, ainda, se não é tão próximo de institutos já existentes que uma melhor solução seria modernizar o que já está consagrado no Direito brasileiro. Assim, indaga-se se o sistema denominado *Plea Bargain*, com os requisitos e procedimentos propostos pelo ex-Ministro Sérgio Moro, é cabível no sistema jurídico-penal brasileiro. O problema comporta algumas hipóteses. Inicialmente, acerca do cabimento do instituto da maneira exata como foi proposta pelo ex-Ministro. Num segundo momento, pela rejeição do instituto por ferir a lei processual, ou, ainda, a Constituição Federal. Por fim, pode haver rejeição parcial do instituto pelo sistema jurídico brasileiro, não aceitando partes do projeto apresentado por Sergio Moro. O presente artigo tem como objetivos verificar se o referido instituto é cabível no sistema jurídico-penal brasileiro, caracterizar o *Plea Bargain*, demonstrar como funciona o instituto em países em que o *Plea Bargain* já vigora e diferenciar o *Plea Bargain* de institutos já existentes no ordenamento pátrio, como a transação penal. Conclui que é compatível com a legislação brasileira, por não ferir o princípio da inafastabilidade da jurisdição. A metodologia utilizada neste artigo científico é o hipotético-dedutivo, utilizando-se de pesquisa documental e bibliográfica para se chegar à conclusão.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal - Plea Bargain - Acordo, Ministério Público - Ministério da Justiça e Segurança Pública.

**ABSTRACT:** Plea Bargain is an institute from the Anglo-Saxon legal system, the Common Law, which was proposed by the Brazilian ex-Minister of Justice and Public Security Sergio Moro to reduce the so-called "Brazil Cost". The topic is extremely current in Brazil, as it is still at the beginning of the legislative process in the National Congress. Much will be discussed on the topic in the coming years. There is much to be discussed on the subject, but an initial concern is whether the Plea Bargain fits into the national legal system, does not comes across any constitutional principles or is not so close to existing institutes that a better solution would be modernize what is already established in Brazilian law. Thus, one wonders if the Plea Bargain, with the requirements and procedures proposed by the ex-Minister Sergio Moro, is applicable in the Brazilian criminal justice system. The problem has some hypotheses. A first hypothesis is that the institute fits exactly as proposed by the Minister. A second hypothesis is the rejection of the institute for violating the procedural law, or even the Brazilian Federal Constitution. Finally, there may be partial rejection of the institute by the Brazilian legal system, not accepting parts of the project presented by Sergio Moro. The purpose of this article is to verify if this institute is appropriate in the Brazilian criminal justice system, to characterize the Plea Bargain, to demonstrate how the institute works in countries that already adopt the Plea Bargain and to differentiate Plea Bargain from institutes already in the homeland order, such as the criminal transaction. It is concluded that it is compatible with Brazilian law, as it does not apply the principle of non-obviation of judiciary jurisdiction. The methodology used in this scientific article is the hypothetical-deductive, using documentary and bibliographic research to reach the conclusion.

**Keywords:** Criminal Procedural Law, Plea Bargain, Agreement, Public Ministry,
Ministry of Justice and Public Security.

[1] Bacharelando da Faculdade de Direito de Sorocaba – FADI. Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo – PJ de Votorantim.

premiada. 5.4 Acordo de não persecução penal – ANPP. Conclusão. Referências Bibliográficas.

**Introdução**

No presente trabalho será abordado o cabimento no Brasil de um instituto jurídico baseado no *Common Law*, denominado *Plea Bargain*, muito comum no sistema jurídico anglo-saxão.

No Brasil, o instituto foi proposto pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro como forma de diminuição do chamado "Custo Brasil", vez que, se aprovado pelo Congresso Nacional, ajudaria a diminuir o tempo que um processo leva desde a denúncia até o trânsito em julgado, cortando assim gastos que tornam o Direito muito custoso no Brasil.

O tema é extremamente atual no Brasil, visto que traz um assunto muito importante no Brasil atual: o corte de gastos. Muito será discutido sobre o tema nos próximos anos.

Há muito que se discutir sobre o tema, porém uma preocupação inicial é se o instituto *Plea Bargain* cabe ou não no sistema jurídico nacional, se não fere princípios constitucionais ou, ainda, se não é tão próximo de institutos já existentes que uma melhor solução seria modernizar o que já está consagrado no Direito brasileiro. Assim, indaga-se se o sistema denominado *Plea Bargain*, com os requisitos e procedimentos propostos pelo ex-Ministro Sérgio Moro, é cabível no sistema jurídico-penal brasileiro.

O problema comporta algumas hipóteses. Uma primeira hipótese é do cabimento do instituto da maneira exata como foi proposta pelo ex-Ministro. Uma segunda hipótese é pela rejeição do instituto por ferir a lei processual, ou, ainda, a Constituição Federal. Por fim, pode haver rejeição parcial do instituto pelo sistema jurídico brasileiro, não aceitando partes do projeto apresentado por Sergio Moro.

Neste artigo científico será verificado se o referido instituto é cabível no sistema jurídico-penal brasileiro, e, também, caracterizará o *Plea Bargain*, demonstrará como funciona o instituto nos Estados Unidos, país em que o *Plea Bargain* é mais utilizado e diferenciará o *Plea Bargain* de institutos já existentes no ordenamento pátrio, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a delação premiada.

No artigo utilizar-se-á a metodologia hipotético-dedutiva, utilizando-se de pesquisa documental e bibliográfica para se chegar à conclusão.

Para tanto, o artigo será dividido em 5 (cinco) itens que explanarão sobre o *Plea Bargain*.

Cumpre esclarecer que, embora, em decisão recente, o Grupo de Trabalho do Congresso Nacional, que analisa o Pacote Anticrime proposto pelo ex-Ministro Sergio Moro, tenha excluído de apreciação futura pelas casas do Parlamento brasileiro o instituto que aqui será estudado, em nada comprometerá o desenvolvimento da pesquisa, já que a proposta é pública e neste artigo verifica-se somente se o tema se adequa ao regrado pelo sistema jurídico brasileiro.

**1. PLEA BARGAIN**

O *Plea Bargain* embora tenho sido recentemente introduzido para os brasileiros, é, na verdade, um instituto bastante consagrado em outros países, sobretudo nos EUA.

Para Aaron Larson:

> "O *Plea Bargain* é um acordo firmado entre um promotor e um réu, nos termos do qual o réu concorda em entrar em uma declaração de culpa em troca de concessões do promotor. O *Plea Bargain* pode incluir condições que o réu deve cumprir para ter direito a uma acusação ou sentença reduzida."[2] (2018).

*Plea Bargain* ou *Plea Barganing*, como também é conhecido, é um instituto originário e predominantemente utilizado em países que adotam o sistema do *Commom Law*.

É assim chamado, pois, permite o acordo e a negociação, entre o acusado de um crime e o Ministério Público, numa espécie de "barganha" pela pena que será aplicada ao réu, ao declarar-se culpado, sem necessidade de instruir o processo. É, assim, a possibilidade de o autor de um crime negociar com o Estado, qual pena lhe será cabível se ele se declarar culpado, corroborando com a demora de conseguir as provas, realizar audiências e sentenciar o acusado.

Numa tradução literal, *Plea Bargain* significa apelo, barganha. O que se levarmos em consideração seu significado jurídico, a literalidade traz uma boa base do que o instituto trata.

Luiz Flávio Gomes sugere que no Brasil o instituto seja renomeado para "Pedido de Acordo" ou "Acordo para a aplicação imediata da pena" (2019, p. 6), adequando-se o termo ao idioma local e, desnaturando uma possível sensação de que o Brasil estaria meramente importando o *Plea Bargain* dos EUA.

Conforme acima mencionado, o *Plea Bargain* originou-se e é mais comum em países com o sistema de *Common Law*, em que o direito desenvolvesse com decisões judiciais e diretrizes de órgãos especializados, criados com essa função.

Há países que adotam o sistema de *Civil Law,* em que o direito é posto por meio de atos legislativos, que possuem o *Plea Bargain,* porém sua implementação é bastante dificultada, pois o sistema jurídico é mais engessado e, historicamente, confissões realizadas por acusados de delitos já são consideradas na aplicação da pena pelo magistrado togado, não cabendo ao Promotor de Justiça avaliar a confissão, podendo, somente, utilizá-la como meio de prova acusatória.

## 2. Breve explanação sobre o "Custo Brasil"

O chamado "Custo Brasil" é o termo utilizado para informar o excesso de burocracia em nosso país, indicando e acentuando as falhas estruturais, burocráticas e econômicas históricas com que o país sofre desde o seu descobrimento.

A implementação do *Plea Bargain* no Brasil, cabendo ou não em nosso sistema jurídico, seria um modo de desafogar o Poder Judiciário de muitas lides penais que se estendem por anos, desde a denúncia até o transito em julgado da

[2] "A plea bargain is an agreement entered into between a prosecutor and a defendant, pursuant to which the defendant agrees to enter into a guilty plea in exchange for concessions from the prosecutor. A plea bargain may include other conditions that the defendant must satisfy in order to be eligible for a reduced charge or sentence."

sentença, sendo que, se o *Plea Bargain* fosse instituído muitos desses processos acabariam logo depois da denúncia oferecida pelo *parquet*, poupando gastos enormes do Poder Judiciário com a mantença do processo, movimentando promotores, juízes, testemunhas, e, se o réu ou o Ministério Público recorrerem da sentença, movimenta, ainda, procuradores de justiça, desembargadores, ministros de estado e todos os servidores públicos relacionados com esses cargos.

Além disso, o *Plea Bargain* cumpriria o princípio constitucional da celeridade processual, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, visto que, ao reduzir o número de atos no processo, o tempo entre o oferecimento da denúncia e o cumprimento da pena também reduzem, tornando o processo menos custoso e menos burocrático.

## 3. *Plea bargain* no direito comparado

Em diversos sistemas jurídicos pelo mundo encontramos versões de justiça criminal negociada entre o órgão acusador e o infrator da lei penal. São exemplos, não muito conhecidos, Austrália, Rússia, Chile e Alemanha. Os mais conhecidos, porém, são EUA, Inglaterra e Itália, assim, como forma de exemplificação e para permitir uma comparação com o proposto no Brasil, o estudo volta-se ao *Plea Bargain* nesses países.

### 3.1. EUA

O mais conhecido, talvez devido a diversas representações em filmes e séries de televisão, é o *Plea Bargain* nos EUA.

Uma das primeiras vezes que o instituto apareceu nos EUA foi no julgamento das Bruxas de Salem, em 1692, quando as bruxas acusadas eram informadas de que viveriam se confessassem, mas seriam executadas se não o fizessem. Naquela ocasião, os julgadores queriam encorajar confissões e, na tentativa de descobrir mais bruxas, queriam que as bruxas que confessassem, testemunhassem contra os outros. Declarar-se culpado (*to plea guilty*) salvou muitas mulheres de serem executadas.

Porém, foi somente em 1971, durante o julgamento *Santobello v. New York*, que a Suprema Corte dos EUA decidiu que o *Plea Bargain* não era ilegal, dizendo que o instituto "não é apenas uma parte essencial do processo, mas uma parte altamente desejável por muitas razões."[3]

Hoje, nos EUA, o *Plea Bargain* conta com basicamente 3 (três) formas: *charge bargaining, count bargaining* e *sentence bargaining*.

Na primeira, *charge bargaining*, ou negociação de acusação, o réu faz um acordo com o promotor responsável pelo caso, no qual este permite que o acusado se declare culpado por uma acusação menor, com a desistência da acusação original desde que o tribunal aceite a confissão de culpa do réu.

A segunda, *count bargaining*, ou negociação de quantidade de infrações, ocorre quando o réu é acusado de mais de um crime e o promotor concorda em desistir de uma ou mais infrações em troca das acusações de culpado do réu pela ofensa ou ofensas remanescentes.

[3] "[…] not only an essential part of the process but a highly desirable part for many reasons."

Por fim, a *sentence barganing*, ou barganha de sentença, envolve um acordo entre a defesa e o promotor em que o réu receberá uma sentença específica em troca de uma declaração de culpa, ou então, o Ministério Público pode concordar em tomar uma posição específica na sentença, como recomendar que um réu receba uma sentença com uma pena previamente acordada ou que um réu seja sentenciado a liberdade condicional em vez de prisão.

Se o réu quebrar o acordo feito com o órgão acusador, o promotor designado para o caso retira o acordo unilateralmente e processa o acusado pelos crimes e penas a que originalmente teria lhe sido imputado.

Nos EUA há a possibilidade de revisão judicial do acordo, porém ela é limitada. Dependendo dos termos da negociação, um julgador, colegiado ou não, pode concluir que o acordo não serve ao interesse da justiça e recusar-se a aceitá-lo.

Porém, se o órgão julgador determinar que a negociação não é do interesse da justiça, o acusado terá a opção de prosseguir com o julgamento, sem o acordo com o Ministério Público, ou o promotor e a defesa podem tentar negociar um novo acordo que o juiz considere aceitável.

O sistema americano, embora amplamente aceito pelo Poder Judiciário Estadunidense, ainda recebe muitas críticas. Uma delas remonta ao caso acima exposto, do julgamento das Bruxas de Salem, em que os magistrados acabaram por forçar a confissão de pessoas que, hoje, sabe-se não poderiam ser culpadas de um fato que se quer existe. Levantando-se, assim, uma dúvida de que muitos réus que se declaram culpados, na realidade, não o são e apenas assim declararam-se para permanecer o menor tempo possível encarcerados.

Há, ainda, outras críticas, como, por exemplo, de que o Ministério Público aproveita-se de sua aparente superioridade para praticar excesso de acusação (acusação mais grave do que as provas autorizam, ou inclusão a denúncia de fatos que não tem relação com as provas colhidas) ou blefar (quando a acusação diz ao investigado que possui mais provas do que realmente tem).

Mesmo com críticas bastante pertinentes, o acordo também traz vantagens como economia de custos, tanto para o Estado quanto para o acusado, que terá menos gastos com seu advogado, o fato de o réu não precisar preocupar-se com a quantidade de pena que será sentenciado, vez que a sabe de antemão, em sua negociação com o Ministério Público e, ainda, diminui a carga de trabalho das cortes de julgamento.

### 3.2. Inglaterra e País de Gales

O *Sentencing Counsil*[4], ou Conselho de Condenação, estabeleceu, em 2017, uma orientação/diretriz definitiva às cortes de justiça da Inglaterra e do País de Gales acerca do procedimento que deve ser adotado quando um acusado declara-se culpado em procedimentos anteriores ao julgamento, devendo o *Crown Prosecutor*[5] aceitar que o réu faça a declaração.

[4] O *Sentencing Counsil* é responsável por estabelecer orientações procedimentais para as cortes de justiça da Inglaterra e do País de Gales.
[5] Promotor de Justiça.

A orientação do *Sentencing Counsil* exige que o desconto concedido à pena do acusado seja determinado pelo momento processual em que foi realizada a confissão dos delitos por ele praticado. Estabelecem, assim, que quanto antes a declaração de culpa for apresentada, maior será o desconto da sentença, respeitando, contudo, um desconto máximo de 1/3 (um terço), quando apresentado nas fases iniciais do processo. Sendo que, se apresentado no primeiro dia de julgamento a pena deve ser reduzida entre 1/4 (um quarto) e 1/10 (um décimo) e, se apresentada durante o julgamento, a confissão de culpa pode até não ser considerada. O desconto na pena pode envolver a alteração do tipo de punição, como a substituição de uma sentença de prisão por serviço comunitário.

O Código dos Promotores[6] estabelece que, no caso de o acusado querer declarar-se culpado de alguma, mas não todas as acusações ou querer se declarar culpado de uma acusação diferente, possivelmente menos séria, porque está admitindo apenas parte do crime, os promotores somente podem aceitar a alegação do réu se, cumulativamente: a corte for capaz de proferir uma sentença que corresponda à seriedade da ofensa, principalmente quando houver características agravante; permite que a corte emita uma *confiscation order,* espécie de reparação mandatória pelos danos causados, quando o réu se beneficiou economicamente da conduta criminal e; a confissão fornece ao tribunal poderes adequados para impor outras ordens acessórias, tendo em mente que elas podem ser feitas com algumas ofensas, mas não com outras.

Por fim, o referido Código estabelece que, se o réu indicar que se declarará culpado em relação à um crime, mas depois recusar-se a admitir essa ofensa perante o tribunal, os promotores de justiça devem explicar ao advogado de defesa e ao tribunal que a acusação dessa ofensa pode estar sujeita a uma análise mais aprofundada, em consulta aos órgãos de investigação, sempre que possível.

### 3.3. Itália

Os países acima estudados apresentam o sistema de *Commom Law*.

*C*omo exemplo de um país que possui em seu sistema interno o *Plea Bargain*, porém, no sistema de *Civil Law,* temos a Itália.

O Codice di procedura penale[7] italiano, em seus artigos 444 a 448, prevê que o acusado e o promotor público podem solicitar ao juiz que aplique uma sanção substituta, uma penalidade monetária (multa) ou uma condenação privativa de liberdade reduzida em até 1/3 (um terço), quando, levando em consideração as circunstâncias e a diminuição referida, a pena privativa de liberdade não exceda 5 (cinco) anos, desde que o acusado não seja reincidente e que reembolse o proveito do crime, se for o caso.

Prevê, ainda, que se a pena imposta não exceder dois anos de reclusão isoladamente ou em conjunto com uma penalidade monetária, o réu fica isento do pagamento das custas do processo e da aplicação de sanções acessórias e medidas de segurança, exceto confisco.

Estabelece, por fim, que o acordo pode ser realizado antes ou depois da denúncia, até a data da audiência de instrução.

[6] The Code for Crown Prosecutors
[7] Código de Processo Penal

Assim, o *patteggiamento sulla pena*, como é chamado, é uma negociação entre acusado e Ministério Público que não permite negociação sobre a imputação criminosa, mas, somente em relação à pena a ser aplicada. Demonstra-se bastante restrito, tendo um limite de redução da pena de até 1/3 (um terço) e que a pena, após a diminuição, não supere 5 (cinco) anos.

## 4. PROPOSTA DO *PLEA BARGAIN* NO BRASIL

No dia 19 de fevereiro de 2019, o Governo Federal, mais especificamente, o Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP encaminhou ao Congresso Nacional o Pacote Anticrime: um conjunto de alterações na legislação brasileira que visa tornar mais efetivo o combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção.

A medida do MJSP é composta por dois projetos de lei e um projeto de lei complementar, propondo alterações em 14 leis, como Código Penal - CP, Código de Processo Penal - CPP, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos e Código Eleitoral, entre outras.

Segundo o ex-Ministro Sergio Moro, então titular da pasta, "os projetos adequam a legislação à realidade atual, dando mais agilidade no cumprimento das penas, tornando o Estado mais eficiente e diminuindo a sensação de impunidade." (MJSP, 20192).

Dentre as propostas estão medidas para assegurar o cumprimento da condenação após julgamento em segunda instância, medidas que modificam aspectos da legítima defesa e medidas que introduzem soluções negociadas no CPP, isto é, o *Plea Bargain*.

### 4.1 O artigo 395-A, do Código de Processo Penal

Com a proposta do MJSP, seria introduzido no Código de Processo Penal, o artigo 395-A, possibilitando que, uma vez cumpridos os requisitos do § 1º do dispositivo legal, o *parquet* ou o querelante, em caso de queixa-crime, propusesse um acordo evitando que o acusado percorresse todo procedimento penal, desde que cumpridas as condições estabelecidas por seu denunciante.

Foi proposta a institucionalização do *Plea Bargain* no CPP, nos seguintes termos:

> Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.
> § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput:
> I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;
> II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e
> III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.
> § 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.
> § 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.
> § 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

> § 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.
> § 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.
> § 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.
> § 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.
> § 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.
> § 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.
> § 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal. (MJSP, 20193, p. 7)

Verifica-se, pois, que o *Plea Bargain*, com redação dada pelo Projeto de Lei apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, prevê que uma vez recebida a denúncia e antes da fase de instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, acompanhado de seu advogado, podem realizar um acordo extraprocessual, estabelecendo as penas que o réu irá cumprir, desde que, confesse o delito, que as penas propostas estejam dentro dos limites legais e que as partes desistam das provas que pretendiam produzir e renunciem do direito à recursos.

O acordo celebrado fica sujeito ao crivo do magistrado, a quem cabe homologar o pactuado pelas partes.

Na sugestão de penas ao juiz, as partes podem propor penas com diminuição de até metade da que o réu poderia ser sentenciado se o processo corresse até o fim da instrução ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou, ainda, promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos desde que sejam respeitados a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

Além dos requisitos até então mencionados, do acordo deverá constar também: a pena de multa, se houver; a destinação dos produtos ou proveitos do crime praticado; e, o valor mínimo para a reparação dos danos sofridos pela vítima.

Importante salientar que o § 5º resguarda o direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível se não concordar com o valor fixado na sentença de homologação do acordo.

O acordo não será homologado antes de uma audiência para verificar a voluntariedade do acusado. O Ministério Público não participará da audiência.

O Juiz não é obrigado a homologar o acordo, isto porque o § 7º possibilita a não homologação desde que o magistrado perceba que os termos são ilegais ou que são desproporcionais à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. Nota-se, portanto, que a homologação do acordo é um ato discricionário do juiz, sobretudo quando utilizar como fundamentação a última parte do mencionado parágrafo. No caso de

não haver a homologação o acordo será desentranhado do processo e fica proibida qualquer menção a seus termos e condições.

Contudo, uma vez homologado, o acordo é considerado uma sentença condenatória, com todos os seus efeitos, inclusive o da reincidência.

A proposta em estudo, ainda prevê que se o réu for reincidente, parte de sua pena deverá ocorrer em regime fechado, devendo constar do acordo. Ressalvada uma reincidência causada por um crime "insignificante".

Por fim, o derradeiro parágrafo exige que a celebração do acordo tenha concordância de todas as partes, não podendo, qualquer delas pleitear o suprimento judicial do consentimento da outra parte, estabelecendo que a celebração do acordo, também é um ato discricionário do Ministério Público e do querelante, que poderão deixar de celebrá-lo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.

## 4.2 Críticas ao *Plea Bargain*

No entendimento de Adib Abdouni, o Plea Bargain:

> se mostra incompatível com o nosso sistema jurídico processual penal, haja vista que um dos pilares da Constituição Federal está fincado exatamente na inafastabilidade da jurisdição, prevista no seu artigo 5.º., inciso XXXV, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (ESTADÃO, 2019)

Aury Lopes Junior (2019) também apresenta diversas críticas à implementação do *Plea Bargain* no Brasil. Dentre elas, estão: violação da relação entre gravidade do fato e a pena aplicada; adoção da negociação antes da instrução representa uma supervalorização daquilo que foi produzido de forma unilateral, inquisitorial, sigilosa, sem contraditório e defesa, no inquérito policial, retirando do direito de audiência e de produção de provas perante um juiz imparcial; e, ainda, diz ser ilusória a "voluntariedade" do acusado ao negociar, na medida em que coagido pela ameaça de penas altíssimas, por excesso de acusação (overcharging) e, principalmente pela ameaça da prisão cautelar, que será utilizada como instrumento de coação para obtenção de confissões e forçar a negociação.

A "voluntariedade" ilusória do acusado também é criticada por João Ozorio de Melo (2019) que, ao apontar desvantagens do *Plea Bargain,* menciona o "enorme risco para inocentes" e o "custo da inocência":

> *Enorme risco para inocentes*: indiscutivelmente, a grande desvantagem do plea bargain é o mal que pode causar a réus inocentes. Se o réu sabe que é inocente e acredita na absolvição, corre o risco de ser condenado e receber uma pena maior do que a razoável. Ele pode ser penalizado por não fazer o acordo.
> Em outras palavras, não há complacência para o réu inocente. Há para o criminoso confesso. E ao contrário do criminoso, que obtém propostas de redução de acusações, o promotor tende a relacionar todas as acusações que estão a seu dispor. Pode incluir até a acusação de que o réu (inocente) não mostrou qualquer remorso. Como pode um réu mostrar remorso por um crime que não cometeu?
> *Custo da inocência*: não é raro que réus inocentes aceitem fazer o acordo por medo. Se forem a julgamento, poderão pegar uma pena dura, em vez de uma leve. O sentimento de que o resultado de um julgamento pode ser muito pior do que o do plea bargain é uma espécie de "custo da inocência", segundo a Associação Europeia de Direito e Economia.
> Estudos mostraram que, nos EUA, 56% dos réus inocentes aceitam o acordo de plea bargaining para não serem afastados por muito tempo de suas famílias e da

> sociedade em geral. A "penalidade por julgamento" foi inventada para estimular criminosos a fazer o acordo. Mas, ironicamente, penaliza os inocentes.
> Porém, os réus que fazem o acordo terão uma condenação com a "ficha" suja. Perderão alguns de seus direitos e terão dificuldades para arranjar emprego. Nos EUA, os empregadores têm acesso fácil aos antecedentes criminais de candidatos a emprego.

Diante dessas críticas, nota-se que há uma grande preocupação por parte de diversos juristas com o princípio da inafastabilidade da jurisdição e com a voluntariedade do acordo, indagando se a relação mais direta que seria estabelecida entre o Ministério Público e o acusado, não acabaria por ferir a Constituição Federal que exige que a lei não exclua a apreciação de contendas pelo Poder Judiciário e garante a ampla defesa.

Luiz Flavio Gomes (2019, p. 17) explica que "é inadmissível qualquer tipo de pressão psicológica para que o imputado faça o acordo". Diz, ainda, que a vontade de se livrar do processo por parte da acusação não constitui motivo para qualquer tipo de coação, sendo que, caso ocorra, constitui-se em um vício que pode impedir a homologação do acordo ou até mesmo anulá-lo.

### 4.3 Vantagens do *Plea Bargain*

Para Gomes, o *Plea Bargain* traz vários benefícios para a Justiça, como: confissão do crime, rapidez na solução do problema, eventual delação de outras pessoas, revelações sobre o delito, indicação de provas, ou de meios para obtê-la, recuperação do produto do crime etc.). Além disso:

> A sociedade também ganha porque se diminui o custo da Justiça e a resposta ao crime acontece de forma rápida. O imputado como autor do crime tem também ganhos relevantes: diminuição da pena, eventualmente pode haver perdão judicial, rapidez na solução do seu processo, reafirmação da ética da responsabilidade, eventual proteção contra uma delinquência organizada etc. Outro benefício mútuo reside na redução do risco recíproco, posto que o réu se não faz acordo corre o risco de sofrer uma pena muito mais grave, enquanto a acusação corre o risco de haver uma absolvição que geraria a impunidade de um delito. (Gomes, 2019, p. 65-66)

Contrariando o entendimento de Adib Abdouni, acima indicado, Gomes (2019, p. 80) sustenta, que:

> O argumento[8] não é impeditivo do instituto, visto que sem o controle jurisdicional jamais poderá haver acordo penal, que é composto de uma fase extrajudicial (a negociação) e outra jurisdicional (como vimos acima ao juiz estão reservadas relevantíssimas funções na Justiça criminal negociada). É impossível no Brasil prosperar a tese de que o acordo dispensaria o controle jurisdicional. Sem esse controle o acordo não teria validade jurídica.

João Ozorio de Melo (2019), além de indicar algumas desvantagens do *Plea Bargain*, conforme acima mencionado, também demonstra algumas vantagens do instituto, tais como: eliminação de julgamentos, tramitação rápida, economia de recursos, mais sucesso com menos trabalho, esvaziamento das prisões, bom negócio para réus culpados, dentre outras. Vejamos sua explanação sobre duas delas:

> *Eliminação de julgamentos*: indiscutivelmente, a grande vantagem do *plea bargain* é o esvaziamento dos fóruns criminais e dos tribunais superiores. A percentagem de processos criminais que terminam em "pizza" jurídica — ou em acordo — depende da fonte de informação e do entusiasmo dos defensores do sistema. Uns dizem que 90%, outros que 95%, e outros que 98% dos casos são encerrados com o acordo. Por

[8] De que o Plea Bargain é inconstitucional devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

> outro viés, diz-se que apenas 10% ou 5% ou 2% dos casos criminais vão a julgamento nos EUA. A proporção 95%/5% é a mais popular.
> *Caso encerrado*: assim que as partes chegam a um acordo e ele é aprovado pelo juiz, o caso está encerrado. Se o réu já está preso porque não pôde pagar a fiança, pode ser condenado ao tempo cumprido ou ter a sentença suspensa. O acordo também alivia a tensão causada pela incerteza de um desfecho ruim no julgamento, principalmente quando não se tem ideia do que pode acontecer. Isso permite ao réu lidar com a consequência de seu crime imediatamente, em vez de se preocupar com isso durante meses.

Verifica-se, assim, que para os juristas favoráveis à adoção do *Plea Bargain* no Brasil, a principal vantagem do instituto é a celeridade processual, provocando cortes de gastos e ajudando a desafogar o Poder Judiciário.

## 5. Comparativo com institutos aparentemente conexos

Uma hipótese para implementação do *Plea Bargain* ao sistema jurídico brasileiro seria a readequação de algum instituto já em vigência para suportar o acordo proposto pelo MJSP.

No ordenamento pátrio há alguns institutos que preveem algum tipo de acordo entre as partes do processo penal, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal.

Com isso, pergunta-se: Algum desses institutos suporta, em seu regramento, o *Plea Bargain?*

Pois, vejamos:

### 5.1 Transação Penal

Na lição de Fernando Capez (2018), a transação penal é um acordo celebrado entre o Promotor de Justiça e o autor do fato, pelo qual o membro do *parquet* propõe ao investigado uma pena alternativa (diversa da privativa de liberdade), dispensando-se a instauração do processo. Sendo assim, o membro do Ministério Público, uma vez preenchidos os pressupostos legas, tem a faculdade de deixar de oferecer a denúncia e propor um acordo penal com o acusado, recebendo da doutrina o nome de discricionariedade regrada.

Tal acordo somente pode ser proposto quando o procedimento penal adotado for o sumaríssimo previsto no artigo 394, § 1º, inciso III, do Código de Processo Penal e regulamentado pela Lei n. 9.099/95 e tratar-se de crime de ação penal pública (condicionada a representação ou incondicionada).

A Transação Penal encontra-se regrada no artigo 76, da Lei n. 9.099/95:

> 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.
> § 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 objeto do presente estudo, o *Plea Bargain*, assemelha-se em diversos pontos com a transação penal, vez que ambos tratam de um acordo entre o órgão acusador e o autor de um fato delituoso para aplicação imediata da pena.

Porém, a transação penal é bastante limitada pela legislação, sobretudo pelo § 2º, do artigo 76, da Lei n. 9.099/95 e podendo apenas ser aplicada em alguns delitos específicos, com competência absoluta do Juizado Especial Criminal, o que torna impossível sua adequação para tornar-se o *Plea Bargain*, por este ser muito mais amplo.

Além disso, há outras distinções importantes: a transação penal é proposta antes da denúncia e não pressupõe confissão do investigado; já o *Plea Bargain* é proposto após a denúncia e depende de confissão circunstanciada da prática da infração penal.

Assim, nota-se que a transformação da transação penal em *Plea Bargain* desvirtuaria por completo o instituto vigente.

### 5.2 Suspensão Condicional do Processo

Conforme assenta Capez (2018), a suspensão condicional do processo, ou *sursis* processual, como é chamado pela doutrina, é um instituto despenalizador, previsto na Lei n. 9.099/95, criado como alternativa à pena privativa de liberdade, em que o processo é suspenso por determinado período de tempo e mediante certas condições estabelecidas na lei. Uma vez decorrido o período sem que o denunciado tenha dado causa à revogação da benesse, o processo é extinto, sem sentença, fazendo com que o réu não se torne reincidente.

O benefício pode ser proposto somente pelo *parquet*, para denunciados que não estejam sendo processados ou tenham sido condenados por outro crime, ou seja, primário, e, desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Os crimes que comportam o instituto são aqueles cuja pena mínima cominado é igual ou inferior a 01 (um) ano, contemplados ou não pelo rito sumaríssimo de que trata a Lei dos Juizados Especiais.

A Suspensão Condicional do Processo encontra-se prevista no artigo 89, da Lei n. 9.099/95:

> 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 (art. 77 do Código Penal).
> § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:
> I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
> II - proibição de frequentar determinados lugares;
> III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
> IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.
> § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.
> § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.
> § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.
> § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.
> § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.
> § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Da leitura do artigo 89, da Lei n. 9.099/95, nota-se que o *sursis* processual e o *Plea Bargain*, embora em um primeiro momento pareçam similares, são bastante diversos.

Isto porque a suspensão condicional do processo não se trata de um acordo entre acusação e defesa em busca de uma pena reduzida ou diferente, mas sim uma imposição do membro do Ministério Público para que, com autorização judicial, o processo fique suspenso pelo período de 02 (dois) a 04 (quatro) anos e, ao final, cumpridas as condições determinadas no momento do oferecimento da denúncia, o processo e a punibilidade do agente são extintos e o denunciado não carrega em seus antecedentes criminais consequências da prática delituosa, como, por exemplo, a reincidência.

Observa-se, assim, que a suspensão condicional do processo em poucos pontos se assemelha ao *Plea Bargain,* não sendo possível a institucionalização deste com a simples modificação daquele, já que, assim como ocorreria com a transação penal, o instituto ficaria desvirtuado.

### 5.3 Acordo de Colaboração Premiada

O acordo de colaboração premiada, também conhecido como delação premiada, é uma espécie de contrato bilateral entre a Polícia Judiciária ou o Ministério Público e o investigado, com o objetivo de obter provas sobre organizações criminosas ou atividades delituosas. Consiste, assim, em um meio de obtenção de provas para a acusação para desmantelar uma organização criminosa.

Os acordantes podem propor ao juiz que o investigado/colaborador receba: perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou substituição desta por restritiva de direitos, desde que sua colaboração com a investigação resulte em uma ou mais situações elencadas nos incisos do artigo 4º da Lei n. 12.850/13.

O instituto está previsto nos artigos 3º-A a 7º, da Lei n. 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas):

> Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.
> Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.
> [...]
> § 5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos.
> [...]
> Art. 3-C
> [...]
> § 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.
> [...]
> 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:
> I - 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.
> [...]
> Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:
> I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
> II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
> III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
> IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
> V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.
> [...]

Da comparação com o *Plea Bargain,* verifica-se pontos bastante semelhantes com o acordo de colaboração premiada, sobretudo na possibilidade de redução de pena para o acusado.

Mesmo com isso, os institutos não são compatíveis entre si a ponto de permitir uma união entre eles, isto porque o acordo de colaboração premiada tem como premissa a obtenção de informações de acusados para o desvendamento de crimes e o *Plea Bargain* versa apenas sobre a pena do acusado, sem que haja necessidade que indique comparsas de suas ações, bastando, sua confissão.

Nesse sentido, a resposta à pergunta número 17 da seção de "Perguntas e Respostas sobre o Pacote Anticrime" do site do MJSP:

> 17) O *plea bargain*, referendado pelo Pacote, é o equivalente à delação premiada no Brasil?
> R: Ambos, de fato, possuem semelhanças em seus objetivos, referentes ao processo de negociação, a partir do qual, o acusado por um crime pode obter a redução da pena. Contudo, diferem-se na aplicabilidade. Enquanto a delação tem como premissa a obtenção de informações de acusados para o desvendamento de crimes, o *plea bargain*
> acontece entre réu e Ministério Público, em relação a própria pena. No Brasil, o instituto da colaboração premiada foi instituído em 2013, pela Lei 12.850. O *plea bargain*, por sua vez, foi contemplado pelo Pacote Anticrime, com inspiração na justiça norte-americana, que o utiliza desde a década de 1960, com avanço no combate ao crime organizado. (...) (MJSP, 20191)

## 5.4 Acordo de Não Persecução Penal - ANPP

O último instituto aparentemente conexo de nossa legislação e também o mais recente a ingressar à ordem jurídica brasileira é o ANPP, que foi proposto no Pacote Anticrime, o mesmo que propôs o *Plea Bargain,* porém, não foi retirado de tramitação e foi aprovado pelo Congresso Nacional, passando a integrar o CPP.

Tal instituto consiste em um acordo entre o Ministério Público e o investigado por infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, desde que confesso e não reincidente.

O referido acordo é oferecido antes da denúncia, que somente será oferecida se o investigado descumprir uma das condições acordadas pelas partes.

Por sua vez, o cumprimento das condições implica em extinção da punibilidade e manutenção da primariedade do sujeito.

O ANPP encontra-se previsto no artigo 28-A, do CPP:

> 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;
> 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 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.
> [...]
> § 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.

Nota-se que, embora o *Plea Bargain* e o ANPP tratem de acordos entre o *Parquet* e o infrator confesso, são bastante distintos, vez que o ANPP não negocia a pena do sujeito passivo, mas condições que visam a reprovação e prevenção do crime para que o investigado não seja processado e sofra as consequências de uma futura sentença condenatória. Já no *Plea Bargain,* a negociação é feita sobre a quantidade de pena que o réu irá incorrer se confessar o delito que praticou e cumprir outras condições.

Assim, o ANPP também não demonstra compatibilidade com o *Plea Bargain*. Os momentos de propositura e o objeto da negociação são distintos: no primeiro, o acordo é proposto antes da denúncia com relação a condição para não oferecer a denúncia, iniciando a persecução penal; no segundo, o acordo é proposto após o recebimento da denúncia com relação a pena que será imposta em sentença penal condenatória.

## CONCLUSÃO

O *Plea Bargain* é um instituto originado no *Common Law* norte-americano que possibilita ao Ministério Público propor um acordo para um réu, para que a pena a ser cumprida por ele seja menor, em troca de sua confissão. Garantindo, assim, um processo mais célere e menos custoso às partes, reduzindo o denominado "Custo Brasil", ou seja, a burocracia excessiva do país.

Encontra-se exemplos do instituto em diversos ordenamentos jurídico pelo mundo, sendo que o mais antigo e mais conhecido é o dos EUA, base de todas as legislações sobre o tema. Por ter origem no *Common Law,* o *Plea Bargain* é mais comum em países que adotam esse tipo de sistema jurídico, porém, há exemplos de países que adotam o *Civil Law*, que possuem algum tipo de *Plea Bargain,* como é o caso da Itália, que estabelece limites objetivos para o acordo.

No Brasil, o *Plea Bargain* foi proposto no "Pacote Anticrime", do então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro. A proposta previa a inclusão do artigo 395-A ao CPP, porém foi retirado de tramitação pelo Congresso Nacional.

O *Plea Bargain*, no Brasil, a exemplo do que ocorre na Itália, teria limites objetivos ao acordo, como redução máxima de metade da pena que poderia ser imposta ao réu se continuasse com o processo até o final, passando pela instrução. Além disso, trouxe uma série de requisitos que deveriam ser preenchidos pelo réu para que fizesse jus ao acordo, como confissão e desistência de produzir provas.

Juristas debruçam-se sobre o tema e indicam uma série de vantagens e desvantagens do *Plea Bargain,* sendo que a principal vantagem indicada seria a rapidez na solução do processo e a principal desvantagem é a desconfiança na voluntariedade do réu ao aceitar o acordo.

Há no Brasil diversos institutos que preveem algum tipo de negociação entre o Ministério Público e o investigado, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, o acordo de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, porém, conforme visto, nenhum deles é amplo o suficiente ou produzem o mesmo tipo de acordo que o *Plea Bargain* permitiria. Porém, essa série de institutos demonstra que a legislação brasileira permite acordos na seara penal.

Conclui-se, assim, que o Plea Bargain, com os devidos ajustes à realidade brasileira, é compatível com a legislação brasileira, uma vez que não fere a inafastabilidade da jurisdição, visto que o acordo celebrado será homologado (ou não) por um juiz togado e fiscalizado pelas autoridades competentes, contendo regra expressa nesse sentido (§ 6º e seguintes do texto da proposta). Havendo, ainda, que considerar a contribuição do instituto para a celeridade processual, reduzindo o tempo entre o oferecimento da denúncia e o início do cumprimento da pena.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BRASIL. **Código de Processo Penal.** *Decreto-lei n. 3.689/41.* Código de Processo Penal. Brasília, 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **Lei das Organizações Criminosas.** Lei n. 12.850/13**.** 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. Brasília, 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** Lei n. 9.099/95. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 20 abr.2020.

CAPEZ, Fernando. Dos processos em espécie: Procedimento Sumaríssimo. In: CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. Cap. 20.6, p. 602-635.

ESTADÃO. **'Plea bargain' de Moro é incompatível com legislação penal, dizem advogados.** São Paulo, 08 jan. 2019. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/plea-bargain-de-moro-e-incompativel-com-legislacao-penal-dizem-advogados/. Acesso em: 25 abr. 2020.

Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. **Manual – Colaboração Premiada.** ENCCLA. Brasília, janeiro de 2014. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view. Acesso em: 22 abr. 2020.

FACULDADE DE DIREITO DE SOROCABA. **Manual de Metodologia de Pesquisa em Direito para Elaboração do Projeto de Pesquisa, do Artigo Científico e da Monografia Jurídica.** Sorocaba, 2019. Disponível em: https://www.fadi.br/portal/Arquivos/Documentos/0055998437b9a1abe857951787270f4c.pdf. Acesso em: 21 set. 2019

GOMES, Luiz Flávio. **Moro sugere Plea Bargain no Brasil.** *Que é isso? É possível? Seria uma revolução?* Luiz Flávio Gomes**,** 24 de janeiro de 2019. Disponível em: https://www.professorluizflaviogomes.com.br/e-book-moro-sugere-plea-bargain-no-brasil-que-e-isso-e-possivel-seria-uma-revolucao/. Acesso em: 21 set. 2019.

JUNIOR, Aury Lopes. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime":** remédio ou veneno? Consultor Jurídico. 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno. Acesso em: 21 abr. 2020.

LARSON, Aaron. **How Do Plea Bargains Work.** Expert Law. 8 de maio de 2018. Disponível em: https://www.expertlaw.com/library/criminal/plea_bargains.html. Acesso em: 21 set. 2019.

MARQUES, Murilo Medeiros. **Os perigos da plea bargain no Brasil.** Canal Ciências Criminais, 31 de outubro de 2016. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargain/. Acesso em: 21 set. 2019.

MELO, João Ozorio de. **Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA.** Consultor Jurídico**.** 15 de janeiro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua. Acesso em: 21 set. 2019.

MEYER, Jon'a F. **Plea bargaining.** Enciclopaedia Britannica. 30 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.britannica.com/topic/plea-bargaining. Acesso em: 22 set. 2019.

MJSP - Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Pacote Anticrime:** A lei deve estar acima da impunidade. Brasília, 2019. Disponível em:

https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1/anticrime#plea. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. **Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional.** Brasília, 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63. Acesso em: 26. out. 2019.

_____. **Projeto de Lei.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63/pl-mjsp-medidas-contra-corrupcao-crime-organizado.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo. **Aspectos gerais do acordo de colaboração premiada.** Migalhas. 14 de junho de 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/304382/aspectos-gerais-do-acordo-de-colaboracao-premiada. Acesso em: 22 abr. 2020.

Sentencing Counseil. *Reduction in* **Sentence for a Guilty plea:** Definitive Guideline. Janeiro de 2017. Disponível em: https://web.archive.org/web/20180508084712/https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Reduction-in-Sentence-for-Guilty-plea-Definitive-Guide_FINAL_WEB.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

TERRINONI, Andrea. **Applicazione della pena su richiesta delle parti:**
Codice di procedura penale, Libro VI, Titolo II. 24 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.altalex.com/documents/news/2013/12/19/applicazione-della-pena-su-richiesta-delle-parti. Acesso em: 20 abr.2020.

The Crown Prosecution Service. **The Code for Crown Prosecutors:** Accepting Guilty Pleas. Londres, 26 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors#section9. Acesso em: 20 abr. 2020.

TURNER, Jenia Iontcheva. **Plea Bargaining and International Criminal Justice.** Plea Bargaining at the National Level. The University of the Pacific Law Review. Volume 48. 2017. Disponível em: https://www.mcgeorge.edu/Documents/Publications/turner_TUOPLR472.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020

# APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO AOS CRIMES CONTRA TRANSEXUAIS[1]

**VANESSA CRISTINE DOMINGUES**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Princípio da dignidade humana e princípio da igualdade, garantidos pela Constituição Federal. 3. LEI N.13.104 de 9 de março de 2015. 4. Conceito biológico e psicológico de mulher e condição de gênero. 5. Crimes cometidos contra transexuais. 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo principal analisar a possibilidade da aplicação da qualificadora do feminicídio aos crimes cometidos contra transexuais. Para tanto, faz-se necessário o estudo dos aspectos que sustentam os princípios fundamentais à condição humana, como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e a igualdade, fundamentais e constitucionalmente garantidos a partir de 1988, a finalidade do homem, de autodeterminar sua conduta, a natureza impessoal, formatando a sua existência e o meio que o circunda, e a construção e reconstrução da identidade humana na sociedade. O princípio da igualdade e o direito à identidade pessoal em contextualização humana. O reconhecimento da identidade pessoal e o direito de ter sua personalidade protegida.

Analisaremos os principais aspectos da lei 13.104/15, que ficou popularmente conhecida como a Lei do Feminicídio, alterando o Código Penal, prevendo o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, com sua respeitável inclusão no rol dos crimes hediondos. As valiosas alterações que a lei trouxe virtude de reiterados casos de violências e agressões contra a mulher. A tipificação alterada e premeditada de "razões da condição de sexo

[1] RESUMO: O presente artigo visa analisar a aplicação aos crimes contra transexuais da qualificadora do feminicídio, incluída através da Lei nº 13.104 de 9 de março de 2015 na parte especial do Código Penal, verificando a possibilidade de os transexuais figurar como vítima, sujeito passivo, seja em razão de violência doméstica e familiar, por menosprezo ou discriminação à sua condição de gênero, seja quando vítima de homicídio ou tentativa de homicídio. Para tanto, serão estudados inicialmente princípios fundamentais inerentes à vida humana, bem como aspectos gerais da Lei 13.104 de 9 de março de 2015, que incluiu no Código Penal a qualificadora do delito de feminicídio como crime cometido contra a mulher, tipificando o feminicídio como homicídio qualificado, incluindo-o no rol dos crimes hediondos. Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, legislação brasileira e obras que versam a respeito do tema ora estudado.

Palavras-chave: Feminicídio – Transexualidade - Violência contra mulher - Proteção igualitária.

ABSTRACT: This article aims to analyze the application to crimes against transsexuals of the qualifier of feminicide, included through Law n. º 13,104 of March 9, 2015 in the special part of the Penal Code, verifying the possibility of transsexuals appearing as a victim, a taxable person, whether in reason domestic and family violence, for contempt or discrimination against their gender condition, whether when victim of homicide or attempted homicide. To this end, fundamental principles inherent to human life will be studied initially, as well as general aspects of Law 13.104 of 9 March 2015, which included in the Penal Code the qualifier of the crime of femicide as a crime committed against women, characterizing femicide as homicide. qualified, including him in the list of heinous crimes. The bibliographic referential methodology was adopted in the research, using books, articles, Brazilian legislation and works that deal with the theme studied here.

Keywords: Femicide – Transsexuality - Violence against women - Equal protection.

feminino", em menosprezo ou discriminação à condição de mulher. O sujeito ativo e o sujeito passivo do crime de feminicídio.

Tendo em vista um número crescente de homicídios cometidos contra o gênero mulher, é de fundamental importância identificar quando é possível aplicar a qualificadora que objetiva minimizar o cometimento dessa modalidade criminosa.

Em seguida, veremos os principais conceitos para compreendermos a definição e o entendimento para o gênero mulher, com critérios de natureza biológica e psicológica, bem como o critério jurídico civil, este trazendo questões como a independência entre as Instâncias cíveis e penais ao ponto de beneficiar o réu, respeitando assim o princípio da proibição da analogia in malam partem, e de forma não exauriente, mas a possibilitar a interpretação e o entendimento da atual doutrina, legislação e jurisprudência.

Ainda, o presente artigo tem por escopo analisar os assassinatos cometidos contra transexuais mesmo diante das dificuldades para o registro correto dessas ocorrências. A expectativa de vida do transexual e o perfil médio da vítima transexual. Os reflexos deixados pelas atrocidades cometidas e a sensação de impunidade que permanece, tanto para o lado da vítima, e a motivação que ela ocasiona aos autores.

## 2. Princípio da dignidade humana e princípio da igualdade, garantidos pela Constituição Federal

A Constituição Federal brasileira de 1988, seguindo o exemplo das Constituições portuguesa (1976) e espanhola (1978), já menciona em seu 1º artigo, entre outros fundamentos da República, o princípio da *dignidade da pessoa humana*:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> [...]
> III – a dignidade da pessoa humana.

Assim, constituindo a finalidade no homem e sua dignidade, tal princípio se tornou um valor-guia, fazendo releituras em diversos setores do direito. O princípio da dignidade humana faz presente uma abordagem mais humana e solidária nas relações jurídicas, frequentemente aplicada em inúmeros casos concretos. Sua invocação não se faz presente somente no meio jurídico, mas também nas decisões administrativas, nos debates parlamentares, nas justificativas de projetos de lei e assim por diante.[2]

De acordo com a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, caput:

> 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 a propriedade.

O constituinte reconheceu tanto o princípio da igualdade, quanto o princípio da dignidade de pessoa humana como qualidade intrínseca ao ser humano, merecedor de consideração e respeito advindo das pessoas, da comunidade, como também do Estado. Sendo e servindo assim como uma proteção

[2] Anderson Schreiber. *Direitos da personalidade*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014. p. 7.

inerente ao ser humano, para garantir sua existência em condições mínimas e uma vida plena em amplos sentidos.

A dignidade humana não corresponde, portanto, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, isto sim, "uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano", sendo frequentemente apresentada como "o valor próprio que identifica o ser humano como tal".[3]

Seu conceito pode ser formulado nos seguintes termos: a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural.[4]

Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa "sempre como um fim e nunca como um meio".

A forma que se constrói a identidade humana na sociedade e até que ponto ela pode ser conceituada e interculturalmente válida, nos fornece uma moldura orientadora, mas não rígida.

De acordo com Peter Häberle:

> O processo de formação de identidade parece ser alcançado no âmbito de uma liberdade enquadrada em uma determinada moldura. Essa moldura é também a "superestrutura" jurídica da sociedade. Por meio dela o princípio da dignidade humana transmite ao indivíduo determinadas "concepções normativas a respeito da pessoa", que, por sua vez, são impregnadas pela cultura de onde surgiram.

Consiste então o fato de que "cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda".[5]

No sentido de possibilitar o reconhecimento do desrespeito e da violação da dignidade humana, quando e em quais circunstâncias acontecem, é preciso desprendimentos dos termos gerais, levando-se em consideração o caso concreto e a cultural presente na sociedade, determinando diferentes concepções e concretizações da dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana é ao mesmo tempo um princípio constitucional supremo e um direito fundamental. Com isso, não trata de uma ideia abstrata de humanidade, mas diretamente com homens e mulheres reais.

Nessa acepção é que se revela contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto, sabendo-se que a própria percepção, do que é ou não essencial ao ser humano, varia conforme a cultura e história de cada povo, e as concepções de vida de cada indivíduo.

---

[3] Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 38-39.

[4] Anderson Schreiber, op. cit., p. 8.

[5] DÜRIG, Günter apud SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 55.

Desprendendo também da dignidade humana, o princípio da igualdade e o direito à identidade pessoal se entrelaçam para uma contextualização humana. A igualdade não permite privilégios nem distinções, numa tentativa de trazer pessoas vulneráveis para o tratamento isonômico, indo além de simplesmente dar tratamento uniforme apenas formalmente, mas buscando uma igualdade real. Para tal fim, o princípio da igualdade necessita ser interpretado perante a realidade humana, cultural e social.

De acordo com Nery Júnior:

> Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Já a identidade pessoal, considerada uma espécie aos direitos da personalidade, possui duas facetas: uma genética, estática e imutável, e outra social, dinâmica e mutável. Assim, a cada indivíduo da sociedade é reconhecido o direito de ter sua personalidade protegida, considerando sua exclusividade genética e social.

## 3. LEI nº 13.104 DE 9 de março de 2015

A lei 13.104/15 ficou popularmente conhecida como a Lei do Feminicídio, alterando o Código Penal, prevendo o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, com sua respeitável inclusão no rol dos crimes hediondos.

Feminicídio é o homicídio doloso cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. O legislador não foi feliz na redação do tipo penal. No lugar de "razões da condição de sexo feminino" deveria ter utilizado a expressão "razões de gênero", seguindo o exemplo bem-sucedido da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha[6].

O feminicídio foi incluído no art. 121, § 2.º, inciso VI, do Código Penal. Cuida-se de figura qualificada do homicídio doloso, de competência do Tribunal do Júri e expressamente rotulado como crime hediondo, a teor da regra contida no art. 1.º, inciso I, da Lei 8.072/1990.[7]

A Lei n.º 13.104/2015 acrescentou um sexto inciso ao rol do § 2º, artigo 121, uma norma penal explicativa:

> § 2.º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
> I – violência doméstica e familiar;
> II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Portanto, somente nessas duas hipóteses é que o homicídio doloso pode configurar o feminicídio.

Após imprescindível alteração, as agressões contra a mulher pelo simples fato de ser mulher passaram a ser qualificadoras do crime de homicídio praticado contra a mulher, aumentando assim significativamente a pena do agressor, uma vez que os homicídios qualificados possuem penas que variam de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, e as penas dos crimes de homicídios simples variam de 6 (seis) a 12 (doze) anos.

[6] Masson Cleber, Direito Penal 2: Parte Especial (arts. 121 a 212), Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, p. 73.
[7] Id.

Tal alteração se fez necessária em virtude de inúmeros casos de violência (física e/ou psicológica) e agressões contra a mulher, que acabam, quando não devidamente cessadas, resultando em morte.

Enquanto era um Projeto de Lei 8.305/2014, que culminou na Lei 13.104/2015, adotava a terminologia "razões de gênero", mas esta foi substituída para "razões da condição de sexo feminino", em decorrência de manobras políticas da bancada "conservadora" do Congresso Nacional, com a finalidade de excluir os transexuais da tutela do feminicídio.[8]

Somente o reconhecimento da violência doméstica ou familiar contra a mulher não é suficiente para a configuração do feminicídio. O inciso I do § 2.º-A deve ser interpretado em sintonia com o inciso VI do §2.º, ambos do art. 121 do Código Penal. Em outras palavras, o feminicídio reclama que a motivação do homicídio tenha sido as "razões da condição do sexo feminino", e daí resulte a violência doméstica ou familiar.[9]

De acordo com dois exemplos citados por Masson:

> a) Durante uma conversa na cama, antes de dormir, o marido mata a esposa simplesmente por não concordar com a recusa desta à relação sexual naquela noite, sob a alegação de dores na região vaginal. Está caracterizado o feminicídio: há violência doméstica e familiar, e o crime foi baseado em razões da condição do sexo feminino, pois o agente não se conformou com a íntima opção da vítima enquanto mulher.
> b) O irmão mata a irmã, dentro de casa, para ficar com a totalidade da herança dos pais. Embora nítida a violência doméstica e familiar, não há falar em feminicídio, pois estão ausentes as "razões da condição do sexo feminino". É indiscutível o homicídio qualificado, mas pelo motivo torpe (ganância, ambição desmedida, cupidez). Aliás, tamanha a sua cobiça, certamente o agente mataria, se tivesse, outro irmão. Não foi o sexo da sua irmã que motivou o homicídio, e sim a busca desenfreada pela riqueza.

Portanto, as "razões de condição do sexo feminino" se contentam com o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A pessoa que mata a mulher nela enxerga um ser inferior, possuidor de menos direitos. Um aluno de uma prestigiada universidade que mata sua colega de sala, por ela estar prestes de concluir o curso com as melhores notas da turma, comete o crime de homicídio por não aceitar ser superado por uma mulher.

Geralmente o sujeito ativo desse crime é o homem, mas nada impede que seja também uma mulher, desde que o delito seja cometido por razões de condições de sexo feminino. Uma mulher que mata a sua namorada em uma discussão, por considerar que esta última não tinha o direito de desejar o rompimento do relacionamento amoroso, também comete feminicídio.

Já o sujeito passivo, por seu turno, deve ser uma mulher, independentemente da sua idade (criança, adolescente, adulta ou idosa) e da sua orientação sexual. Nunca poderá ser homem, pois o tipo penal fala expressamente em "sexo feminino".

E aqui surge uma interessante questão. O transexual pode ser vítima de feminicídio?

[8] Id.
[9] Masson Cleber, op. cit., p. 74.

## 4. Conceito biológico e psicológico de mulher e condição de gênero

Os termos "sexo feminino" e "gênero feminino" frequentemente trazem dúvidas, sendo necessário esclarecer minimamente tais definições.

Entre os possíveis conceitos existentes para a apropriada definição da palavra mulher, encontramos situações que exemplificam e auxiliam o estudo. Francisco Dirceu Barros discorreu a temática em um de seus artigos, problematizando as situações a seguir:

Ao nos depararmos com possíveis casos concretos exemplificados

> **Problematização** I: Tício fez um procedimento cirúrgico denominado neocolpovulvoplastia alterando genitália masculina para feminina, ato contínuo, Tício, através de uma ação judicial, muda seu nome para Tícia e, consequentemente, todos seus documentos são alterados. Posteriormente, em uma discussão motivada pela opção sexual de Tícia, Seprônio disparou 5 (cinco) tiros, assassinando-a.
>
> **Pergunta-se:** Seprônio será denunciado por homicídio com a qualificadora do **inciso** VI (*Se o homicídio é cometido: VI – contra a mulher por razões de gênero)?*
>
> **Problematização** II: Tícia, entendendo que psicologicamente é do sexo masculino, interpõe ação judicial e, muda seu nome para Tício, consequentemente, todos seus documentos são alterados. Posteriormente, em uma discussão motivada pela opção sexual de Tício, Seprônio disparou 5 (cinco) tiros, assassinando-o.
>
> **Pergunta-se:** considerando que a vítima é biologicamente mulher, mas foi registrada como Tício, Seprônio será denunciado por homicídio com a qualificadora do inciso VI (*Se o homicídio é cometido: VI – contra a mulher por razões de gênero)?*
>
> **Problematização III:** Tício tem dois (2) órgãos genitais, um feminino e outro masculino. O órgão genital biologicamente prevalente é o masculino. Certo dia, em uma discussão motivada pela opção sexual de Tício, Seprônio disparou 5 (cinco) tiros, assassinando-o.
>
> **Pergunta-se:** considerando que a vítima também tem um órgão genital feminino, Seprônio será denunciado por homicídio com a qualificadora do inciso VI (*Se o homicídio é cometido: VI – contra a mulher por razões de gênero)?"*

Por Francisco Dirceu Barros, percebemos a necessidade de especificarmos critérios para a definição de mulher, necessários para a aplicação da qualificadora prevista no artigo 121, §2º, VI:

> **Critério de natureza psicológica**: "Inicialmente, podemos apontar um critério de natureza psicológica, ou seja, embora alguém seja do sexo masculino, psicologicamente, acredita pertencer ao sexo feminino, ou vice versa, vale dizer, mesmo tendo nascido mulher, acredita, psicologicamente, ser do sexo masculino, a exemplo do que ocorre com os transexuais. [...]"
>
> **Critério de natureza biológica: "**identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica. Neste caso, como a neocolpovulvoplastia altera a estética, mas não a concepção genética, não seria possível aqui a aplicação da qualificadora do feminicídio."

Em relação ao critério jurídico cível, nos deparamos com a explicação de Rogério Greco:

> **Critério jurídico cível**: "o <u>único</u> critério que nos traduz, com a segurança necessária exigida pelo direito, e em especial o direito penal, é o critério que podemos denominar de jurídico. Assim, somente <u>aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio</u>."

Divergindo de Rogério Greco, a visão de Francisco Dirceu Barros:

> **Critério jurídico cível**: "o critério jurídico cível, *data venia*, não pode ser aplicado, pois as Instâncias cíveis e penais são independentes; assim, a mudança jurídica no cível representaria algo que seria usado em prejuízo do réu, afrontando o princípio da proibição da analogia *in malam partem, o* corolário da legalidade proíbe a adequação típica "por semelhança" entre fatos."

Para Cleber Masson, o sujeito passivo do feminicídio deve ser uma mulher, independentemente da sua idade (criança, adolescente, adulta ou idosa) e da sua orientação sexual. Nunca poderá ser homem, pois o tipo penal fala expressamente em "sexo feminino". A transexualidade não se confunde com a homossexualidade, que é a atração sexual por pessoa do mesmo sexo. A transexualidade, por seu turno, é classificada pela Organização Mundial de Saúde como uma espécie de transtorno de identidade de gênero, na qual o indivíduo tem o desejo de viver e de ser aceito como do sexo oposto ao do seu nascimento. Nos dias atuais, é comum a transgenitalização, ou seja, a cirurgia de redesignação sexual. Nesse terreno duas situações podem ocorrer.

A "neocolpovulvoplastia", consistente na alteração do órgão sexual masculino para o feminino, com a construção de uma neovagina (vaginoplastina). Nessa hipótese, não há falar em feminicídio na morte do transexual, pois a vítima biologicamente não ostenta o sexo feminino, tanto que jamais poderá reproduzir-se, pela ausência dos órgãos internos. Essa situação é mantida ainda que a pessoa tenha sido beneficiada pela alteração do registro civil (mudança de nome). Com efeito, um entendimento diverso seria prejudicial ao agente, constituindo-se em inquestionável analogia in malam partem, repudiada pelo moderno Direito Penal.[10]

Contudo, também pode ocorrer de uma mulher ser submetida a cirurgia para readequação ao sexo masculino. Nesse caso, se essa pessoa for vítima de homicídio, e o crime for praticado por razões de condição de sexo feminino, será cabível a qualificadora prevista no art. 121, § 2.º, inc. VI, do Código Penal. Em síntese, admite-se o feminicídio, pois biologicamente a vítima continua ostentando o sexo feminino.[11]

## 5. Crimes cometidos contra transexuais

Em 2019 o Brasil registrou 124 assassinatos de transexuais. Esse total manteve o país como líder mundial no ranking de assassinatos de pessoas transexuais, mesmo diante de possíveis dificuldades para registrar ocorrências, como negação do uso do nome social das vítimas ou, ainda, o apagamento da identidade de gênero, impedindo assim a notificação de casos.

Segundo o dossiê "Assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019", feito pela ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) em parceria com o IBTE (Instituto Brasileiro Trans de Educação), uma pessoa transexual é morta a cada 48 horas, a expectativa de vida do transexual é de 35 anos e o perfil médio da vítima transexual é jovem, negra e periférica: 59,2% delas têm entre 15 a 29 anos. De forma inédita, foram registrados assassinatos de três jovens de 15 anos. Até 2018, a vítima mais jovem tinha 17 anos. Uma dessas vítimas, além de espancada até a morte, foi enforcada e encontrada com marcas de violência sexual. Em relação à cor, 82% dos casos registrados aconteceram com

[10] Masson Cleber, op. cit., p. 75.
[11] Masson Cleber, op. cit., p. 76.

pessoas pretas e pardas. Dentre todas as mortes, a maioria absoluta (97,7%) é de mulheres transexuais. Segundo o documento, ao menos 67% dos casos foram contra trabalhadoras sexuais. O relatório pontua que essas "são as mais expostas à violência direta e vivenciam o estigma que os processos de marginalização impõem a essas profissionais".

A Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) realizou um levantamento que apontou o Brasil como o país que mais mata por transfobia no mundo. Essas atitudes de preconceito, aversão e/ou discriminação contra transexuais, transgêneros ou travestis levam ao resultado morte. Dos 314 casos registrados em 74 países entre 1º de outubro de 2018 e 30 de setembro de 2019, 132 ocorreram aqui. "O Brasil, infelizmente, é o país que mais mata pessoas trans no mundo, com índices muitos mais altos do que os países que o seguem. São mortes violentas, cruéis, que muitas vezes sequer chegam a ser notificadas aos órgãos públicos ou, quando chegam, não observam a verdadeira identidade de gênero das vítimas", relata a coordenadora do Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (Nudversis), Letícia Oliveira Furtado.

Do total de mortes registradas por transfobia, mais de 60% dos casos foram de mulheres trans ou travestis. E, entre as mortes cruéis, estão os casos de "transfeminicídios", termo criado pela socióloga Berenice Bento, pesquisadora do assunto há mais de 20 anos, defende que especificar o termo transfeminicídio é necessário, tanto para diferenciar o crime de um feminicídio, apesar de os dois terem, em sua raiz, o ódio contra o sexo feminino e o desprezo pela condição de ser mulher, tanto para visualizar a vulnerabilidade existente em cada tipo. "Nos casos contra as mulheres, a agressão acontece em casa, pelo companheiro ou ex-companheiro, e o caso acaba com o autor preso e processado. Em contrapartida, as mulheres trans são assassinadas na rua, por desconhecidos, em crimes bárbaros que, em 90% dos casos, não chegam à Justiça", manifesta Berenice, professora do departamento de sociologia da Universidade de Brasília (UNB).

No mesmo ano do dossiê, a Justiça do Distrito Federal, de maneira inédita, determinou uma pessoa transexual no pólo passivo de um crime de tentativa de feminicídio, com o caso da vítima agredida em uma lanchonete, em Taguatinga, em 2018. A 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TDJFT) rejeitou recurso e manteve como tentativa de feminicídio um crime cometido contra uma mulher transexual. A decisão foi unânime. Ao analisar o caso, o desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior entendeu que "a imputação do feminicídio se deveu ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher trans da ofendida". A decisão foi tomada no caso da estudante Jéssica Oliveira, vítima de tentativa de homicídio em abril de 2018. Como o crime foi registrado por câmeras de segurança, a comoção social foi pontual ao caso. O vídeo registrou como ela foi agredida por quatro pessoas, com socos, pontapés, cadeiras e uma pedra, dentro de uma lanchonete, em Taguatinga.

No registro do caso, a Delegada Gláucia Cristina, indiciou os criminosos por tentativa de feminicídio. Foi o primeiro caso envolvendo uma transexual a ser tipificado dessa forma no DF. O Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT) também denunciou os acusados pelo crime de tentativa de feminicídio e a acusação foi aceita pela Justiça. A defesa dos agressores recorreu da decisão, sob a alegação de que não poderiam ser acusados do crime de tentativa de feminicídio, usando

como tese de defesa o critério biológico, visto que a vítima não era "biologicamente do sexo feminino". O MP, por sua vez, manteve a denúncia, sob o argumento que se tratava de "crime praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino, em menosprezo e discriminação à condição de mulher".

O desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior não deixou de registrar o entendimento da dupla vulnerabilidade que se encontram os transexuais: "não se pode deixar de considerar a situação de dupla vulnerabilidade a que as pessoas transgêneros femininas, grupo ao qual pertence a ofendida, são expostas. Por um lado, em virtude da discriminação existente em relação ao gênero feminino, e de outro, pelo preconceito de parte da sociedade ao buscarem o reconhecimento de sua identidade de gênero."

Verônica Oliveira foi mais uma vítima em Santa Maria, Rio Grande do Sul. Antes dela, em setembro e na mesma cidade, duas transexuais também foram brutalmente assassinadas.

Com apenas 40 anos, dias depois de ter sido coroada madrinha da Parada Alternativa LGBTI, Verônica foi morta enquanto estava com outras trabalhadoras sexuais em Santa Maria, RS. Na madrugada de 12 de dezembro de 2019, um suposto cliente a chamou pelo nome, ela se recusou a atendê-lo e ele a esfaqueou no abdômen. O fato foi resultado de uma divergência em relação ao valor que seria pago ao programa. Segundo o delegado responsável do caso, Gabriel Zanella, a vítima era líder do grupo das trabalhadoras sexuais, foi chamada pelo indivíduo, que desejava a realização de programa sexual com alguma integrante desse grupo. Como ninguém concordou com o valor ofertado, iniciou-se uma discussão com xingamentos mútuos, com envolvimento principal do assassino e da vítima. Em determinado momento, o assassino se dirigiu até o interior do automóvel, e no banco do motorista, tentou esconder uma arma branca (faca). Logo após, mudou o comportamento, cessando os xingamentos que proferiu ao grupo e principalmente, à vítima. Na saída do local, já no automóvel, desferiu um golpe com uma faca no abdome da vítima, que estava parada na rua. Ela chegou a ser atendida no hospital da cidade, passou por cirurgia, mas não resistiu aos ferimentos e morreu na mesma data do ataque.

O assassino, Amauri Mendes Vieira, de apenas 28 anos, possuía antecedentes criminais e confessou o crime, alegando legítima defesa e ter se desfeito da arma do crime. Ele se apresentou voluntariamente na delegacia, já com um advogado e após prestar depoimento, foi encaminhado à Penitenciária de Santa Maria.

Verônica era mulher transexual e empresária de um alojamento que abrigava mulheres trans há mais de dez anos. Sabendo da vulnerabilidade que sua condição sofria, ela resolveu criar o "Alojamento da Verônica", que a fez ficar conhecida como "Mãe loira", devido ao fato de amparar muitas transexuais, vindas de vários locais do país. Tanto o velório como o enterro foram rodeados de homenagens, em retribuição ao papel social que desenvolvia.

Assim como ocorreu com a Verônica, 28% dos casos notificados até 2019 foram cometidos com facas. As mortes por armas de fogo são responsáveis por 43% dos casos. Oito em cada dez mortes que foram enquadradas como assassinatos apresentavam "requinte de crueldade", ou seja, uso excessivo de violência. A

crueldade denota o ódio nos casos, denunciando a transfobia presente neste tipo de crime.

As ferramentas utilizadas para os crimes também recebem influência do local do assassinato. Acesso difícil, privado ou com pouca iluminação ou circulação de pessoas, a chance de crueldade é maior. Já em situações em que as vias sejam iluminadas, movimentadas ou públicas, os homicídios ocorrem de forma mais rápida.

Gisberta nasceu em São Paulo, gostava muito de dançar e sempre pegava emprestadas as roupas da irmã. Aos 14 anos declarou para os pais que "ia ser mulher". Aos 18 anos, com medo da violência contra transexuais na capital paulista e almejando realizar o sonho de ser uma cantora e atriz profissional, mudou-se para a França. Alguns anos depois, para o Porto, no Norte de Portugal.

A aventura ao sair de São Paulo não trouxe o efeito e a proteção que a imigrante tanto almejava. Os shows de transformismo não eram suficientes para sua sobrevivência, restando o caminho da prostituição, o uso de drogas e a consequente contaminação com o HIV. O seu prontuário médico registrava também tuberculose pulmonar, pneumonia, candidíase laríngea, astenia, anorexia, febres, anemias, dificuldades respiratórias e mialgias.

Aos 45 anos, durante três dias, entre 20 e 22 de fevereiro de 2006, Gisberta foi agredida a pedradas, pauladas e chutes, sexualmente torturada com o uso de pedaços de madeira e teve seu corpo queimado com cigarros. Foi atirada ao fosso do prédio em que morava, cheio de água. Quando foi atirada estava inconsciente, mas ainda viva. Morreu afogada. Os autores eram 14 jovens, com idade entre os 12 e os 16 anos.

Os jovens inicialmente se direcionavam ao edifício para grafitar os muros, pois se tratava de um prédio abandonado. Ali, Gisberta morava em uma barraca improvisada. A princípio, eram apenas três meninos, que retornavam com frequência ao local, demonstrando ama generosa intenção de ajuda. Levavam comida e até chegaram a cozinhar no local, após se sensibilizarem com aos problemas de saúde e a vulnerabilidade apresentada.

Ao comentarem com mais colegas da escola, totalizando 14 jovens, a curiosidade em ver um homem que "tinha mamas" e "parecia mesmo uma mulher" surgiu entre os rapazes. Após esses comentários, os jovens diariamente se direcionavam ao prédio para agredir a imigrante brasileira, chegando a ação até ser denominada, entre eles de "dar porrada na Gi."

A ação de "dar porrada" resultou em dias de tortura. No dia 22 de fevereiro de 2006, de maneira equivocada, o grupo constatou que Gisberta estaria morta, decidindo em consenso, jogá-la no poço existente no prédio, pois o lugar seria perfeito para ocultar o corpo. Três dos garotos empurraram o corpo da vítima para o interior do poço, sem imaginar que a transexual ainda estava viva.

Vítor Santos tinha 16 anos na época e era o mais velho do grupo. O único jovem que era imputável. Foi condenado pela prática do crime de omissão de auxílio, em oito meses de prisão. Os colegas afirmaram em seus depoimentos que Vítor não agrediu Gisberta, apenas assistiu aos fatos.

Em primeira fase, os demais adolescentes foram declarados responsáveis pela prática em coautoria de um crime de homicídio qualificado, na forma tentada

e a título de dolo eventual. A autópsia realizada apurou afogamento como causa de morte. Sendo assim, onze adolescentes praticaram crime de ofensa corporal qualificada, com medida decretada de internamento em Centro Educativo, entre 11 e 13 meses. Dois praticaram crime de omissão de auxílio, com medida tutelar de acompanhamento educativo por 12 meses.

A certeza da impunidade era tão previsível aos agressores e assassinos, que a iniciativa em filmar e publicar tortura e assassinato foi realizada com total tranquilidade, demonstrando tamanha crueldade e indiferença dos adolescentes. Se a identidade de gênero de Gisberta não diferisse da sua biológica, o crime seria cometido da mesma forma? E, caso a pena de um crime cometido contra um transexual fosse mais grave, os adolescentes de Portugal agiriam da mesma? A brincadeira teria brutal resultado?

O juiz do caso classificou que o assassinato foi 'uma brincadeira de mau gosto de crianças que fugiu ao controle', determinando que quem a matou foi a água, e não as pessoas que a atiraram lá.

Em setembro de 2007, apenas um ano e meio após o assassinato, todos os menores já estavam livres.

A indignação e frustração com o resultado do julgamento de Gisberta foi tamanha, que mobilizou os movimentos em defesa da igualdade de gênero em Portugal. Leis de proteção a homens e mulheres trans foram aprovadas e situações burocráticas foram facilitadas, como para a mudança do nome e gênero nos documentos, bastando um parecer médico.

Em 2011, a Lei de Identidade de Género tornou desnecessário recorrer a um tribunal para conseguir a alteração do nome e sexo. Para tal alteração, os cidadãos portugueses transgéneros precisam apenas ter 18 anos completos e apresentar um diagnóstico de perturbação de identidade de género/ disforia de género.

"O assassinato da Gisberta estabeleceu um antes e um depois em Portugal. Mudou a maneira como a sociedade olhava para as mulheres trans, mudou o modo como a imprensa cobria os transexuais, estimulou a criação de leis que tratassem da igualdade de gênero", afirma o ativista português Sérgio Vitorino, do movimento social Panteras Rosa.

"Portugal transformou-se num dos países mais avançados do mundo no tratamento à igualdade de gênero. As leis criadas nos últimos 10 anos possibilitaram que um número grande de homens e mulheres trans conseguissem se integrar à sociedade", explica Nuno Pinto, investigador do ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa e diretor da Associação Lusa Ilga (Intervenção Lésbica, Gay, Bissexual e Transgênero).

Imigrante ilegal, transexual, prostituta, sem-teto e soropositiva, Gisberta transformou-se em símbolo da discriminação múltipla de uma maneira trágica e cruel. Seu assassinato impactou a sociedade portuguesa. Trouxe o falar da transfobia, mudou o olhar para as questões da igualdade de gênero. Abriu o caminho da inclusão e dos direitos aos homossexuais e transgêneros.

A história virou peça de teatro, documentário e a canção Balada de Gisberta, composta pelo português Pedro Abrunhosa e interpretada por Maria Bethânia.

A transfobia é um gênero de preconceito e de discriminação, semelhante ao racismo e sexismo, que pode ser manifestada como repulsa emocional, medo, violência, raiva ou desconforto, sentidos ou expressos em relação a pessoas transexual.

Além do aumento do risco de violência e outras ameaças, o estresse criado pela transfobia pode ocasionar diversas consequências, como o alto índice de evasão escolar, devido à falta de aceitação dos colegas. Os que permanecem na escola, enfrentam grandes obstáculos para o bom aproveitamento da educação que lhe é oferecida. Assim, também se apresenta a dificuldade para inserção do transexual no mercado de trabalho formal, especialmente, em cargos que exigem maior qualificação e experiência.

A baixa escolaridade decorrente desse contexto soma-se aos estigmas e à vulnerabilidade social dessa população, tendo como resultado o uso excessivo de drogas ilícitas, originária de emoções negativas, o abandono precoce do lar (expulsão de casa, frequente em menores de idade), prostituição, doenças e elevada taxa de suicídio.

Mas, diferentemente de Gisberta, que a maioria dos brasileiros desconhece, o caso da travesti Dandara dos Santos gerou repercussão internacional, após o compartilhamento nas redes sociais. O crime foi cometido em 15 de fevereiro de 2017, no Bairro de Bom Jardim, em Fortaleza, Ceará. Nos vídeos, Dandara aparece sendo brutalmente espancada, e logo após, executada a tiros. Os vídeos foram gravados pelos próprios agressores, levando-os a júri popular.

O Promotor de Justiça do caso, Marcus Renan Palácio afirmou: “O vídeo é chocante e os acusados acreditavam tanto na impunidade que praticaram esse crime horrível e ainda tiveram a ousadia de filmar o crime, mas foram frustrados, pois foi o vídeo que gerou essa dedicação toda. As provas constantes dos autos são amplas e suficientemente abundantes e incontestes sobre a autoria e a materialidade do delito”. O primeiro vídeo mostra Dandara sozinha, já machucada e sangrando. Ela está sentada em uma área cimentada do calçamento e com uma camisa amarela na mão, que usava para limpar o sangue do rosto e do corpo. É possível ouvir outras pessoas incitando os agressores por mais espancamento, mesmo Dandara pedindo para não apanhar mais. O segundo vídeo mostra Dandara sendo torturada por três homens por não conseguir subir em um carrinho de mão, devido ao estado grave em que se encontrava. Ela recebia chutes e tapas na cabeça, foi também agredida com uma sandália na cabeça e um grande pedaço de madeira, constantemente recebendo insultos. Ao fim da gravação, cinco homens colocam Dandara no carrinho de mão e a levam para outro local. Posteriormente, ela recebeu dois tiros e uma forte pedrada na cabeça, falecendo por traumatismo craniano.

O relatório do inquérito da Polícia Civil do Ceará afirmou que o crime teve participação de 12 pessoas, sendo oito adultos e quatro adolescentes. A mãe de Dandara, Arlete Silveira, informou que sua filha foi vítima de uma falsa acusação, de que teria praticado roubos e furtos, repercutida entre os moradores, num tumulto, em que determinada pessoa gritou "pega ladrão", motivando assim as agressões e as humilhações que decorreu na morte de sua filha.

Os assassinos foram condenados por homicídio triplamente qualificado - motivo torpe, meio cruel e uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima. A sentença do caso Dandara foi a primeira na Justiça brasileira em que um juiz registrou motivo torpe, nominalmente citado como transfobia, como qualificante de um homicídio.

Na época dos fatos, Dandara tinha apenas 42 anos. Sua trajetória não difere dos demais casos relatados. Nasceu em Fortaleza e o completar 18, se autodeterminou transexual. Antes disso, se declarava homossexual. Aos 25, foi morar em São Paulo e sem sucesso no mercado de trabalho tradicional, passou a viver da prostituição. Em 2008, retornou à Fortaleza, momento em que descobriu ser portadora de HIV. Nos últimos momentos de vida, morou no Conjunto Habitacional de Ceará, vendendo roupas e acessórios. Era estimada pelos vizinhos, conhecidos e amigos.

O livro "O casulo de Dandara" foi publicado em setembro de 2019 e escrito por Vitória Holanda, inspetora da Polícia Civil, uma das responsáveis pela investigação do assassinato e amiga de infância de Dandara. Em uma de suas entrevistas de lançamento pontuou "escrever sobre Dandara e sua vida talvez não convença algumas pessoas as quais acham que ser travesti é uma doença, que é falta de vergonha ou simplesmente pelo fato de acreditarem que meninos vestem azul e meninas vestem rosa. Entretanto, é uma forma de mostrar que ser travesti na vida dela não foi uma escolha de criança influenciada na escola ou na mídia. Ela nasceu Dandara."

O lançamento foi na XIII Bienal Internacional do Livro do Ceará, em Fortaleza e Vitória, que afirma ter convivido com Dandara desde a infância e ter acompanhado todas as fases de sua vida, mencionou "sempre tive certeza que o livro ia ser um sucesso. Estou falando da vida de um ser humano que estudava, brincava, tinha amigos, projetos, sonhos. Era uma pessoa, tinha vida, merecia dignidade" e escreveu e publicou o livro com a intenção "que as pessoas enxerguem que as pessoas LGBTs são, acima de tudo, pessoa."

Na data 14 de dezembro de 2019, dia em que a Dandara completaria 45 anos, o maranhense Rubem Robierb, artista plástico e fotógrafo, homenageou a travesti com uma escultura em forma de asas de uma borboleta, colocada na praça de Tribeca, sul da ilha de Manhattan, nos Estados Unidos. A obra recebe o nome de "Máquina de sonhos: Dandara". Na descrição da obra, de forma cravada na borboleta, Rubem declarou "Eu nomeei esta escultura de Dandara, uma mulher trans morta pela violência, uma pessoa que, assim como muitas outras da comunidade LGBTQ, sonhava em ser tratada com dignidade e respeito."

A escultura ficou em Nova York até maio desse ano. Está exposta permanentemente em Miami, Flórida. Em entrevista, na inauguração, o artista maranhense mencionou "hoje você faria 45 anos de idade. Poucas pessoas no mundo possuem o poder de despertar empatia aonde quer que vão. Hoje, eu entendo que você é uma delas. Eu pensei que estaria corrigindo uma injustiça dando seu nome a essa escultura, mas você serviu um propósito maior que a própria arte. Seu espírito desperta empatia em todas as pessoas que passam por ela. Você toca tantas vidas em tantas maneiras. Desde Vitória Holanda, que cresceu com você e ajudou a colocar os seus assassinos na cadeia e escreveu um livro sobre você, até eu, que vivo tão longe e nunca te conheci. Estamos nos certificando de que você nunca será esquecida. Feliz aniversário, Dandara!"

Rubem Robierb ressaltou que a obra foi recebida com emoção por amigos e familiares, que agradeceram, pois de certa forma, a escultura realizou o desejo de Dandara, de um dia ser famosa.

Em 13 de setembro de 2017, foi instituído o Dia Estadual de Combate à Transfobia no Estado do Ceará, tendo o dia 15 de fevereiro, data do crime, como data escolhida em homenagem à Dandara.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se a Constituição de 88 trouxe o marco dos direitos fundamentais, ficando sua incumbência em preservação e garantia, à sociedade restaria o encargo para achar mecanismos necessários a fim de manter atualizados tais direitos, a ponto de não os perder em sua essência, mas efetivamente aplicá-los.

Ao reconhecer, tanto o princípio da igualdade, quanto o princípio da dignidade da pessoa humana como qualidades intrínsecas ao ser humano, o constituinte disponibilizou a carta de adequação, demonstrando assim que o caminho do formal para o material não ofenderá seus princípios fundamentais.

Assim, cada indivíduo terá garantido seu direito da personalidade, também inerente ao ser humano, tendo sua identidade como forma de individualização da pessoa humana.

Logo, uma sociedade não deixará impunes atitudes que ofendam o sujeito de direitos, analisando e levando em consideração o caso concreto, a cultura, os critérios, como também a própria percepção de cada ser humano, suas concepções individuais, coletivas, e que tudo isso varia conforme a cultura e história local e o tempo.

Uma sociedade que mata uma mulher a cada duas horas, demonstra a necessidade de utilizarmos a carta de adequação. A lei 13.104 foi criada com o intuito de proteger a mulher. Ao incluir o crime de feminicídio no rol de crimes hediondos, contando também com o aumento de pena e, consequentemente, dificultando a progressão de regime, a medida abrangeu o agressor típico – companheiro e ex-companheiro. Atingiu até o agressor gratuito, que sem vínculo, seja por motivo de preconceito ou puro ódio, faz como vítima uma mulher.

A realidade mostra que a maior parte dos crimes praticados contra a mulher ocorre no ambiente doméstico por companheiros e ex-companheiros das vítimas. Antes da lei 13.104/15 o agressor não era punido proporcionalmente a sua crueldade, e tal sensação de impunidade, consequentemente aumentava a incidência e reincidência desses casos, sendo claro o objetivo da presente lei em evitar, coibir e diminuir a violência contra a mulher pelo simples fato do seu gênero.

Embora somente a pessoa do sexo feminino possa figurar como vítima do delito, a qualificadora do feminicídio é constitucional, sem falar em ofensa ao princípio da igualdade, assegurado pelo art. 5.º, caput, da Constituição Federal.

A isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. A discriminação que ocorre é objetiva e positiva: traduz a necessidade de maior proteção para mulher aumentando a pena para os crimes cometidos contra a mulher por razões de gênero, principalmente onde reinam o desrespeito e o machismo. O objetivo claro é a

igualdade em sentido material, pois a igualdade formal existente não foi suficiente para fazer cessar a violência contra a mulher.

Ao criar a figura do feminicídio, o legislador seguiu uma tendência mundial e estabeleceu uma ação afirmativa em prol das mulheres, historicamente submetidas ao domínio e à imposição dos homens, daí decorrendo abusos, sofrimentos e humilhações das mais variadas espécies. A realidade é que milhares de mulheres são tratadas como objetos masculinos em um mundo pontuado pela crueldade.

Com os transexuais a situação se agrava em proporção dupla, ocorrendo tanto a vulnerabilidade com a discriminação em razão ao gênero feminino, como ocorre com a mulher biologicamente feminina, quanto ao preconceito recebido da sociedade ao demonstrarem sua identidade de gênero feminina.

Se, em atenção ao princípio da intervenção mínima, houve a necessidade de tipificação do feminicídio, é presente a intervenção mínima para diminuir os crimes cometidos contra os transexuais, sendo apropriada uma análise com critérios objetivos para, se for o caso, a aplicação da qualificadora do feminicídio ocorrer, sendo que a aplicação subjetiva acaba provocando injustiças, ocorrendo penas mais rígidas somente em casos de grande comoção pública, ou à mercê da interpretação da Polícia Civil de cada local.

Seja com o critério psicológico, sendo do sexo masculino, psicologicamente, acredita pertencer ao sexo feminino, respeitando assim os princípios fundamentais, mas quando somente ele presente, dificulta e não é o critério suficiente para a caracterização da vítima transexual no pólo passivo.

Seja pelo critério biológico, mulher em sua concepção genética ou cromossômica, não adiantando o transexual ter realizado uma neocolpovulvoplastia, que só altera a estética, ausente o requisito para a qualificadora.

Seja com o critério jurídico cível, que seria na visão de alguns, o único com segurança jurídica, podendo caracterizar a vítima transexual como sujeito passivo da qualificadora de feminicídio, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) onde figure, expressamente, o seu sexo feminino, e na visão de outros, presente aqui, uma afronta ao princípio da proibição da analogia in malam partem, pois as Instâncias cíveis e penais são independentes, e tal aplicação seria em prejuízo do réu.

Um possível padrão e facilitador seria a união de critérios. Presente primordialmente, mas não como o único determinante do gênero sexual da vítima, seria o critério cível, em conjunto hora com o critério biológico, hora com o critério psicológico, ou sendo o caso, presente os três.

Exigir somente o critério cível fere o princípio da proibição da analogia in malam partem, abrindo assim, tese de defesa favorável ao autor do crime.

Diante de inúmeros e crescentes casos de crimes cometidos contra os transexuais, se faz necessário e urgente um meio que possibilite evitar, impedir, ou somente e infelizmente, diminuir tal modalidade criminosa, sendo a aplicação da qualificadora do feminicídio uma maneira possível para amenizar esse índice de crueldade que só aumenta a cada dia.

Qualquer pessoa, independentemente do sexo, deve ter o direito de viver a própria vida, e de um dia, quando chegar a hora, morrer a própria morte, sem prazo de validade, sem rótulo, sem plateia.

A conquista que a lei 13.104 promoveu só demonstra a fragilidade que a mulher se encontra, e ainda mais grave, é a fragilidade do transexual, que mesmo em tempos modernos, se depara com a violência gratuita contra sua existência, e uma tentativa exaustiva de se encaixar, em lugares, famílias, trabalhos e leis.

A finalidade, até aqui, foi lançar luz sobre uma realidade que tem sido historicamente invisibilizada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia:** *As implicações legais do conceito de mulher para os fins penais***.** Disponível em: https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais> Acesso em 10 de abril de 2020.

BBC NEWS-BRASIL. **A brasileira que virou símbolo LGBT e cujo assassinato levou a novas leis em Portugal.** Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160218_brasileira_lgbt_portugal_mf. Acesso em: 01 jun. 2020.

BBC NEWS-BRASIL. **Um ano depois, acusados de linchar e matar travesti Dandara vão a julgamento.** Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43648715. Acesso em: 08 jun. 2020.

COSTA, Daniel. Transexualismo e a mudança do prenome: uma interpretação constitucional**. Revista Síntese Direito de Família.** Porto Alegre, RS, v. 15, n. 82, p. 46-53, fev./mar. 2014.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito penal.** v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

**Feminicídio também abrange mulheres transexuais, decide Justiça do DF.** Disponível em: https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/08/09/feminicidio-tambem-abrange-mulheres-transexuais-decide-justica-do-df.ghtml. Acesso em: 29 maio 2020.

GISBERTA, 10 anos depois*:* a diva transexual que acabou no fundo do poço. Disponível em: https://observador.pt/especiais/gisberta-10-anos-diva-homofobia-atirou-fundo-do-poco/#title-1**.** Acesso em**:** 04 jun**.** 2020.

**Líder do movimento LGBT+ de Santa Maria morre após ser esfaqueada.** Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/12/lider-do-movimento-lgbt-de-santa-maria-morre-apos-ser-esfaqueada-ck42qko1x04wf01rz1ac7d2ne.html. Acesso em: 31 maio 2020.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado:** parte especial (arts. 121 a 212). 11. ed., São Paulo, SP: Gen, Método, 2017. v. 3. 786 p., Brochura, 23 cm.

MOREIRA, Rodrigo Pereira**. Direito ao esquecimento e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa transexual.** *Revista de Direito Privado*, São Paulo, SP, v. 16, n. 64, p. 81-102, out./dez. 2015.

RABELO, César Leandro de Almeida. O direito transexual de alterar o prenome, o gênero e exercer sua autodeterminação. **Revista Síntese Direito de Família,** Porto Alegre, RS, v. 15, n. 82, p. 09-45. fev./mar. 2014.

ROCHA, Débora Costa de Castro. **Conceito jurídico de mulher para a caracterização do feminicídio perante a Lei 13.104/2015.** Disponível em: //jus.com.br/artigos/61834/conceito-juridico-de-mulher-para-a-caracterizacao-do-feminicidio-perante-a-lei-13-104-2015. Acesso em: 14 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.38-39.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Atlas, 2014. p. 7-10.

**Travesti Dandara dos Santos é homenageada com escultura em Nova York.** Disponível em: https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2019/12/27/travesti-dandara-dos-santos-e-homenageada-com-escultura-em-nova-york.html. Acesso em: 12 jun. 2020.

UOL**. Dossiê "Assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019".** Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/01/29/dossie-de-violencia-contra-pessoas-trans-em-2019.htm. Acesso em: 20 maio 2020.