

**André Guilherme Lemos Jorge  
Guilherme Amorim Campos da Silva  
Renata Mota Maciel  
(Organizadores)**

**VOLUME 3**

# **DIREITO EMPRESARIAL**

**estruturas e regulação**



**Universidade Nove de Julho – UNINOVE**  
Rua Vergueiro, 235/249 – 12º andar  
CEP: 01504-001 – Liberdade – São Paulo, SP – Brasil  
Tel.: (11) 3385-9191 – [editora@uninove.br](mailto:editora@uninove.br)

ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE  
GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA  
RENATA MOTA MACIEL  
(ORGANIZADORES)

**DIREITO EMPRESARIAL:  
Estruturas e Regulação  
Volume 3**

São Paulo  
2020



© 2020 UNINOVE Todos os direitos reservados. A reprodução desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação do *copyright* (Lei nº 9.610/98). Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio, sem a prévia autorização da UNINOVE.

Conselho Editorial: Eduardo Storópoli  
Maria Cristina Barbosa Storópoli  
Nadir da Silva Basilio  
Cristiane dos Santos Monteiro

*Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores*

Capa: Big Time Serviços Editoriais  
Diagramação: Pedro Monte Cavalheiro  
Revisão: Big Time Serviços Editoriais  
Colaboração técnica: Viviani Almeida Curvelo

Catálogo na Publicação (CIP)  
Cristiane dos Santos Monteiro – CRB/8 7474

---

Direito empresarial: estruturas e regulação : volume 3 / André  
Guilherme Lemos Jorge; Guilherme Amorim Campos da Silva;  
Renata Mota Maciel. — São Paulo : Universidade Nove de Julho,  
UNINOVE, 2020.  
432 p.

ISBN: 978-65-990381-4-3 (e-book)

1. Direito empresarial 2. Regulação I. Organizadores II. Título  
CDU 347.7

---

# Sumário

Apresentação | A empresa como ponto de convergência na  
pesquisa em direito .....9  
*JOÃO MAURÍCIO ADEODATO*

## **CAPÍTULO 1**

A hipoteca judicial e o concurso de credores..... 13  
*MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS*  
*CAROLINA MANSUR DE GRANDIS*

## **CAPÍTULO 2**

A mediação empresarial em tempos de pandemia .....27  
*NEWTON DE LUCCA*  
*FLÁVIA PIVA ALMEIDA LEITE*

## **CAPÍTULO 3**

Crimes empresariais: necessária mudança de paradigma investigativo  
e os problemas da responsabilidade penal .....47  
*ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ*  
*HEDLIAN S. CÂNDIDO*

## **CAPÍTULO 4**

A responsabilidade das empresas financeiras transnacionais na  
concessão de crédito a empresas com atividades violadoras  
dos direitos humanos.....69  
*ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE*  
*MARCELO BENACCHIO*

## **CAPÍTULO 5**

Empresas alimentares no brasil como atividade econômica sustentável  
e seu balizamento normativo em face da segurança alimentar ..... 89  
*CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO*  
*RENATA MARQUES FERREIRA*

## **CAPÍTULO 6**

As relações entre o direito concorrencial e o direito societário ..... 109

*GILBERTO BERCOVICI*

## **CAPÍTULO 7**

Transferência de autorização no transporte interestadual de passageiros: do permissivo legal à proibição regulatória ..... 139

*SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR*

*ANTÔNIO PEDRO MACHADO*

## **CAPÍTULO 8**

Sociedade em conta de participação como contrato de investimento coletivo: tutela do consumidor ou do investidor? ..... 155

*RENATA MOTA MACIEL*

*MARCIA HELENA BOSCH*

## **CAPÍTULO 9**

A pesquisa e o desenvolvimento como instrumentos de inovação tecnológica e crescimento..... 181

*GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA*

*GABRIEL BENEDITO ISSAAC CHALITA*

## **CAPÍTULO 10**

O consequencialismo jurídico no Direito econômico ..... 203

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

*ARTHUR BEZERRA DE SOUSA JUNIOR*

## **CAPÍTULO 11**

*Business judgment rule* e erro grosseiro no TCU ..... 221

*FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA*

*SERGIO FREITAS DE ALMEIDA*

## **CAPÍTULO 12**

Investimento anjo como alternativa para o desenvolvimento econômico: uma análise da proteção jurídica dada ao instituto pelo ordenamento brasileiro..... 241

*BRUNO DANTAS*

*GLÁUCIA BERTOCCHI FARIA BERG*

<b>CAPÍTULO 13</b>	
Advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro: notas sobre o dever de comunicação de atividade suspeita .....	265
<i>RODRIGO DE GRANDIS</i>	
<b>CAPÍTULO 14</b>	
Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e o mundo corporativo .....	287
<i>JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA</i>	
<b>CAPITULO 15</b>	
Universidade como empresa ESG .....	333
<i>JOSÉ RENATO NALINI</i>	
<i>JOÃO PEDRO PARO</i>	
<b>CAPÍTULO 16</b>	
Possibilidade de aplicação de multa diária e constrição patrimonial a pessoas físicas ou jurídicas, mesmo na condição de terceiras, no processo penal: o caso das empresas de internet .....	355
<i>MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS</i>	
<b>CAPÍTULO 17</b>	
A intervenção estatal na ordem econômica por meio de ações afirmativas .....	401
<i>LUCIANA DE TOLEDO TEMER LULIA</i>	
Bibliografia sugerida .....	421
Os autores .....	423





# Apresentação

## A empresa como ponto de convergência na pesquisa em direito

*João Maurício Adeodato*

Este livro é mais uma coletânea de estudos que resulta das atividades do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho, cujo Curso de Doutorado inicia suas atividades no ano de 2021, já devidamente autorizado pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior). A área de concentração é o direito empresarial, entendido em suas interdisciplinaridade e abrangência, como elemento catalizador dos diversos problemas inusitados que acompanham a sociedade hipercomplexa de hoje.

Essa grande área se expressa por meio das linhas de pesquisa, as quais se concretizam por meio dos projetos coordenados pelos docentes permanentes. Pensados para agregar pesquisadores docentes e discentes, e evidenciar sua estrutura coletiva, esses projetos constituem os principais esteios das linhas de pesquisa e assim também da área de concentração.

O Programa de Pós-Graduação em Direito procura seguir uma perspectiva holística, sem se reduzir à dogmática empresarial ou a meras aplicações de tecnologias computacionais a esta ou àquela disciplinas. Reconhecidamente uma área em contínua mutação, a dinâmica do direito empresarial é diretamente proporcional às modificações aceleradas por que passa a economia, como analisam diversos dos capítulos do presente livro. A proposta é pioneira na pretensão de analisar criticamente o entrelaçamento entre as estruturas econômicas e jurídicas que impulsionam a empresa e o capitalismo contemporâneos, cuidando também das disfunções e problemas específicos do direito empresarial na periferia desse mesmo capitalismo globalizado, na qual se inclui o Brasil.

A grande quantidade de denominações desse ramo do direito, chamado de empresarial, comercial, mercantil, dos negócios, dá sinal claro das questões persistentes sobre sua autonomia e mesmo da própria identidade, afastando-o há muito da função estratégica de mera proteção dos interesses das empresas. O direito medieval dos comerciantes evoluiu com a revolução burguesa dos atos de comércio para a empresa, que passa a conceito aglutinador fundamental, porém sem estabelecer claramente seu significado prático nem científico. No Brasil, ao revogar a primeira parte do Código Comercial Brasileiro, de 1850, o Código Civil de 2002 constituiu a empresa no objeto da atividade empresarial. Mas essa nova regulação, apesar da atualidade de seus conceitos, resultou de uma importação de conteúdo do Código Civil Italiano, ignorando uma já longa tradição mercantil brasileira.

Daí a importância dos temas deste livro, que vão das já mencionadas interações econômicas e inovações tecnológicas ao problema da proteção dos direitos humanos, da segurança alimentar às novas questões criminais, da proteção do investimento até a regulação do transporte, oferecendo um panorama do que há de mais recente nas discussões doutrinárias e práticas no país.

A pesquisa aprofundada sobre a empresa no século XXI impõe o reconhecimento de sua importância não apenas para os detentores de capital, mas para toda a sociedade, razão pela qual o foco em um direito empresarial voltado ao desenvolvimento dos países é a postura básica, que inaugura uma visão mais internacionalista e ocupada com a diversidade cultural, a educação, o rompimento das assimetrias norte-sul, por meio de relações mais negociadas do que impostas, de discriminação positiva e de respeito à diversidade de identidade e cultura no espaço público. Tudo dirigido ao estudo da empresa como célula social.

De acordo com o planejamento dos professores em torno desse projeto da Universidade Nove de Julho, a estrutura e a função do direito empresarial, ao lado dos problemas e possibilidades de seu controle, perpassam todo a Proposta do Programa. É assim que as duas linhas de pesquisa não

dividem a área de concentração em partes distintas, mas se integram precisamente para constituí-la.

Foram quatro os pilares de apoio nessa construção: 1. Abrangência das linhas de pesquisa, procurando diferenciá-las claramente tanto da área de concentração, no nível mais amplo; 2. quanto dos projetos de pesquisa dos professores, no nível mais restrito, atentando para a relação contém / está contido; 3. interdisciplinaridade como via para a unidade e a integração acadêmica e científica do Programa; e 4. inserção na realidade social, observando as características peculiares da cidade e do Estado de São Paulo, além da evolução característica dos estudos jurídicos no país. Como resultado disso, este livro traz problemas práticos, oriundos de conflitos atuais, e como o direito lhes tem dado tratamento.

Para distinguir as diferentes linhas de pesquisa temáticas, a obra investiga as estruturas do Direito Empresarial, a começar pela empresa vista a partir da ordem econômica. A compreensão dos alicerces constitucionais da ordem econômica, aí entendidos, em especial, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais, é complementada pela investigação da regulação, em seus diversos desdobramentos, tanto relacionados à regulação econômica como à regulação setorial e transnacional.

São também discutidos temas atuais relevantes, como a empresa e a tecnologia, o direito societário e o mercado de capitais, as empresas estatais e os sistemas de insolvência, sem esquecer sugestões pontuais para construção de um novo modelo empresarial, com outros padrões éticos de mais harmonia.

As linhas de pesquisa contêm os projetos de pesquisa, os quais reúnem professores com interesses semelhantes, concretizando o espírito de conjunto que deve caracterizar um grupo de pesquisa. Daí haver aqui vários capítulos com mais de um autor.

Outra linha de investigação dirige-se ao problema do monopólio da jurisdição sobre a empresa contemporânea, pretendido pelo Estado moderno, tendo a universalidade do processo como espinha dorsal, por um lado,

e a internacionalização da empresa e desestatização de diferentes fontes de solução de conflitos, por outro. Abordam-se também as interferências fora do campo tradicional do Estado constitucional, tais como aquelas impostas pelas agências reguladoras, no âmbito dos entes regulados e consumidores, assim como outras ferramentas de autorregulação, sobretudo no âmbito transnacional.

A possibilidade de implementação de outros sistemas de soluções de controvérsias, estatais ou não, mediante instrumentos provenientes da tecnologia, que não tem fronteiras, é outro ponto importante. A questão de um eventual enfraquecimento do Estado, com a pulverização das instâncias decisórias, enfrenta a pretensão de monopólio estatal do direito, que é uma das principais características do direito dogmaticamente organizado. Ela se expressa claramente nos axiomas tradicionais, tais como a plenitude hermética do ordenamento jurídico, sua coerência e a proibição do *non liquet*. Tal monismo clássico, embora questionado já a partir do século XIX, mostra-se, na sociedade internacional atual, claramente inadequado aos novos problemas.

Este rápido resumo dos temas, problematizações e teses que perpassam o presente livro só pretende chamar atenção para a necessidade de uma cuidadosa leitura.

## **CAPÍTULO 1**

# **A hipoteca judicial e o concurso de credores**

*Manoel de Queiroz Pereira Calças*

*Carolina Mansur de Grandis*

### **I Introdução**

A Lei nº 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência, em vigor desde 9 de junho de 2005, ainda traz desafios interpretativos ao Poder Judiciário. Esse é o caso da discussão envolvendo a classificação de crédito do credor detentor do título de hipoteca judiciária, analisado pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo no agravo de instrumento nº 0006303-36.2014.8.26.0100<sup>1</sup>.

No caso concreto, o credor da empresa falida, detentor de hipoteca judiciária sobre imóvel da massa falida, requereu a classificação do seu crédito como garantia real (artigo 83, II, da Lei nº 11.101/2005), o que foi rejeitado em 1ª instância, sendo classificado como quirografário. No julgamento do recurso interposto contra decisão da habilitação de crédito, o Tribunal de Justiça reformou a decisão de primeira instância, reconhecendo a condição de credor com garantia real.

O tema se mostra relevante porque a hipoteca judiciária é instrumento pouco utilizado no direito brasileiro e porque há quem defenda que sequer se trataria de uma verdadeira hipoteca.

---

<sup>1</sup> TJSP, AI nº 0006303-36.2014.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Relator Desembargador Pereira Calças, julgamento em 15.7.2020.

A sua classificação como crédito com garantia real, classe II no processo de recuperação judicial e segunda classe na ordem de pagamento da falência, apenas atrás dos créditos derivados da legislação do trabalho, contudo, pode representar uma vantagem significativa e até mesmo um estímulo à utilização do instituto na prática.

Esse artigo se propõe a analisar a questão, ainda que de forma sucinta, do ponto de vista dogmático. Para isso, o texto está organizado em três partes: em primeiro lugar, abordará a hipoteca judiciária no ordenamento jurídico brasileiro e a sua disciplina ao longo dos anos; no segundo item, será apresentada a classificação dos créditos na Lei nº 11.101/2005 e sua implicação seja como forma de organização de interesses dos credores seja como ordem de pagamento; e, por fim, será abordada especificamente a classificação da hipoteca judiciária no concurso de credores.

## II A hipoteca judiciária no direito brasileiro

O artigo 1.225 do Código Civil classifica a hipoteca como um dos direitos reais do nosso ordenamento, que pode ser definida como *“direito real que o devedor confere ao credor, sobre um bem imóvel de sua propriedade ou de outrem, para que o mesmo responda preferentemente ao credor, pelo resgate da dívida”*<sup>2</sup>.

A hipoteca, assim, é o direito real que recai, em princípio, sobre o imóvel<sup>3</sup> e que, embora a posse não seja entregue pelo devedor ao credor, tal bem passará a assegurar o cumprimento da obrigação.<sup>4</sup>

A constituição desse direito real em garantia exige seu registro perante o Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição em que o imóvel

---

<sup>2</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** – direito das coisas. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5. p. 389.

<sup>3</sup> O art. 1.473 do Código Civil estabelece que a hipoteca também poderá recair sobre navios, aeronaves, estradas de ferro, recursos naturais (nos termos do art. 1.230 do CC), entre outros.

<sup>4</sup> Nesse sentido, o artigo 2.114 do Código Napoleão: *“L’hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés d’une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu’ils passent.”*

está localizado (publicidade)<sup>5</sup> e também especialidade, isto é, “*referência precisa ao imóvel gravado e à dívida garantida*”<sup>6</sup>. A hipoteca, portanto, não deverá abranger todo o patrimônio do devedor, mas apenas tanto quanto seja suficiente para pagamento da dívida a ser garantida.

Na qualidade de espécie direito real, a doutrina reconhece que dois são seus principais efeitos: (i) impõe-se uma situação de preferência àquele credor, que poderá ser oponível aos demais credores do devedor em comum e garantirá que seu pagamento seja realizado antes de qualquer outro; e (ii) o credor passará a deter o direito de seqüela, que permitirá a perseguição do bem dado em garantia, para que o produto de sua alienação seja utilizado para pagamento da dívida garantida.<sup>7</sup>

O sistema jurídico brasileiro compreende três espécies de hipoteca: (i) a convencional, estipulada em razão da livre vontade das partes, com bastante utilização em contratos imobiliários; (ii) a legal, que decorre de lei (disciplinada no artigo 1.489 do Código Civil); e (iii) a judiciária, proveniente do efeito de decisão judicial.

A hipoteca judiciária, tema que especialmente interessa a esse artigo, deriva de condenações judiciais e é mecanismo que permite garantir efetividade no cumprimento das decisões judiciais.<sup>8</sup> A doutrina a reconhece como um efeito secundário da sentença, pois é consequência de seu efeito principal, mas que decorrerá da lei independente de vontade das partes ou da expressa concessão pelo juiz.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Assim exige o artigo 1.227 do Código Civil.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1994. v. 4. p. 259.

<sup>7</sup> Nesse sentido, Darcy Bessone, **Direito das Coisas**, 2. ed. 1996, p. 315-316.

<sup>8</sup> Nesse sentido: Hoff, Luiz Alberto. A hipoteca judiciária e sua importância como instrumento de garantia. **Revista dos Tribunais**. v. 674. 1991.

<sup>9</sup> Nesse sentido: Liebman, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. ed. 1981, Rio de Janeiro Forense, p. 75-76.

O instituto, que existe em nosso ordenamento desde as Ordenações Filipinas<sup>10</sup>, passou por uma série de alterações legislativas<sup>11</sup>, o que provocou intenso e controvertido debate pela doutrina tanto sobre sua natureza jurídica quanto em relação a sua efetiva existência no período compreendido entre 2003 (vigência do novo Código Civil) e 2015 (vigência do novo Código de Processo Civil)<sup>12</sup>.

No que tange à natureza jurídica da hipoteca judiciária, a discussão residia no fato de que a hipoteca judiciária não se tratava efetivamente de uma verdadeira hipoteca<sup>13</sup> e surgiu, principalmente, em razão de a redação contida no artigo 824 do Código Civil de 1916<sup>14</sup>. O referido dispositivo atribuía ao credor exequente detentor da hipoteca judiciária apenas

<sup>10</sup> Nesse sentido, vide: RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** – direito das coisas. 27. ed. São Paulo:Saraiva, 2002. v. 5. p. 408.

<sup>11</sup> A hipoteca judiciária existe no ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Filipinas, passando posteriormente pela Lei 317/1843, que disciplinava hipotecas gerais e, em seguida, pelo art. 3º, § 12 da Lei nº 1.237/1864 e Decreto 169-A/1890. O Código de Civil de 1916 tratou do instituto no artigo 824, mas esse dispositivo não teve equivalente no Código Civil de 2002. A hipoteca judiciária também foi regulada nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 e o atual Código de Processo Civil de 2015.

<sup>12</sup> Sobre o possível desaparecimento da hipoteca judiciária, a questão foi levantada por Alberto Camiña Moreira no texto “A hipoteca judicial e o concurso de credores”, Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/330952/a-hipoteca-judicial-e-o-concurso-de-credores> Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>13</sup> Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, a hipoteca judicial prevista no artigo 824 do Código Civil de 1916 seria uma “*hipoteca anômala, na verdade, porque deixa de reunir os dois efeitos característicos reconhecido apenas um (sequela) sem o outro (preferência).*” (**Instituições de direito civil**. 17. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1994. vol. 4, p. 259). Segundo Orlando Gomes, “*constitui uma excrescência. Transformar uma sentença judicial em título constitutivo de direito real de hipoteca é, realmente, aberrante.*” (**Direitos Reais**. 19ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.p. 419, atualizado por Luiz Edson Fachin) e Silvio Rodrigues “*Surge assim, sobre bens do devedor, um peculiar direito hipotecário, pois que vem privado de uma de suas qualidades elementares, isto é, a preferência.*” (**Direito civil – Direito das coisas**. 27. ed. São Paulo:Saraiva, 2002. v. 5. p. 410) e Teixeira de Freitas ainda a chamava de meia hipoteca, conforme **Enciclopédia Saraiva do Direito**, coord. Prof. Rubens Limongi França, 1977, Saraiva, vol. 41, pp. 247-249). Para além da questão do direito de preferência, Orlando Gomes refutava, pois “*Diversas razões aconselham sua supressão. A principal é que se não justifica a concessão de preferência ao credor que obteve a condenação, contrariando-se a regra de que o patrimônio do devedor é a garantia comum dos credores.*” (**Direitos Reais**. 19. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.p. 419, atualizado por Luiz Edson Fachin).

<sup>14</sup> **Art. 824 do CC 1916**. Compete ao exequente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado; mas, para ser oposto a terceiros, conforme valer, e sem importar preferência, depende de inscrição e especialização.



o direito de seqüela (isto é, perseguir o bem onerado), mas o privava expressamente de uma das características essenciais do instituto – o direito de preferência. Dentro desse contexto, parte da doutrina passou a qualificar a hipoteca judiciária como uma anomalia.

Na esfera processual, por sua vez, o Código de Processo Civil de 1939 não mencionava o alcance e os efeitos da hipoteca judiciária, mas apenas previa que a hipoteca judiciária se constituiria na forma da lei civil<sup>15</sup>. Já o Código de Processo Civil de 1973 adotou uma redação mais elaborada em relação ao dispositivo anterior, não alterou seus efeitos, que continuavam limitados pela redação oferecida no Código Civil de 1916.<sup>16</sup>

O atual Código Civil, que entrou vigor em 11 de janeiro 2003, não manteve a previsão da hipoteca judiciária na esfera do direito material, equivalente ao antigo artigo 824 do Código Civil de 1916, despertando novas dúvidas e incertezas entre os operadores do direito, a partir de então, não mais sobre a natureza jurídica do instituto, mas sobre se a hipoteca judiciária continuava a existir em nosso ordenamento diante de ausência de sua previsão na esfera do direito material.

Essa incerteza perdurou até 2015, quando da promulgação do Código de Processo Civil de 2015. O atual diploma processual, no entanto, diri-

---

<sup>15</sup> Art. 284 do CPC de 1939. Quando, em virtude de sentença, recair sobre os bens do condenado hipoteca judiciária, a respectiva inscrição será ordenada pelo juiz, mediante mandado, na forma da lei civil.

<sup>16</sup> Em sentido oposto, mesmo com a expressa restrição do direito de preferência contida no artigo 824 do Código Civil de 1916, é possível encontrar posicionamento de que a limitação da preferência seria aplicada apenas em relação aos credores com hipotecas e penhoras anteriores: “Quanto à aptidão de gerar preferência, o art. 824 do CC/1916 (LGL\1916\1) parece estabelecer regra no sentido oposto. Todavia, a interpretação mais razoável para o preceito é a que leva em conta aspecto substancial no sistema de concurso de credores, expressamente consagrado no Código de Processo Civil (LGL\1973\5): o mais diligente na afetação de bens do devedor, merece preferência – (art. 612 do CPC (LGL\1973\5)). Por isso, a não-geração de preferência prevista no Código Civil (LGL\2002\400) há de ser limitada aos credores com hipotecas ou penhoras anteriores (cf. Moniz de Aragão, *op. cit.*, p. 180-181). Só parece discutível – com a venia que é devida – sustentar que o marco temporal para a preferência seja o momento da propositura da demanda. Afinal, se a inscrição da hipoteca judiciária é indispensável para que seja oponível perante terceiros (art. 824 do CC/1916 (LGL\1916\1)), é a partir desse instante que se põe a preferência.” (JUSTEN FILHO, Marçal; TALAMINI, Eduardo e MOREIRA, Egon Bockmann. Sobre a hipoteca judiciária. *Revista de Processo* v. 85. 1997).

mindando tal controvérsia reafirmou o instituto<sup>17</sup> e, foi além, ainda, ingresando no campo de direito material da questão.<sup>18</sup>

A redação do artigo 495 do Código de Processo Civil de 2015 trouxe alterações importantes no dispositivo da hipoteca judiciária regulado no artigo 466 do Código de Processo Civil de 1973<sup>19</sup>, outorgando-lhe disciplina mais minuciosa e precisa do que a legislação anterior.

Isso porque, na legislação processual anterior, “*o direito de constituir hipoteca judiciária sobre um determinado imóvel*” era conferido apenas nas hipóteses em que houvesse condenação do devedor ao “*pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou coisa*”. Além disso, a averbação no registro imobiliário exigia prévia determinação judicial.

Na prática, todavia, em razão dessa disciplina, muitas vezes a hipoteca judiciária deixava de ser registrada, porque logo após a sentença condenatória, o devedor interpunha recurso e a autorização judicial deixava de ser requerida e conseqüentemente concedida. Ao iniciar a execução do título judicial, anos depois, o credor frustrava a expectativa de satisfazer seu crédito, pois não localizava mais bens passíveis de penhora, seja porque o patrimônio do devedor já tinha se dilapidado, seja porque já estava totalmente onerado por outros credores.

<sup>17</sup> Sobre a reafirmação do instituto, cite-se Fernando Rodrigues Martins: “Outra modalidade não mais prevista no Código Civil é a hipoteca judiciária, contudo reafirmada no último movimento legislativo processual (CPC, art.495). Trata-se de efeito da sentença civil. Tem por escopo dar concretude à decisão que condenou o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro ou obrigação de fazer ou não fazer convertida em pecúnia, evitando a dilapidação do patrimônio. A decisão produz hipoteca judiciária mesmo que: i) a condenação seja genérica; ii) o vencedor possa propugnar a execução provisória ou já exista arresto; iii) haja recurso com efeito suspensivo. Cabe ao credor inscrever a sentença no cartório de registro de imóveis ou, em caso de urgência, requerê-la ao juiz (CPC, art. 405,§ 2º). Intimado o vencido, o vencedor tornar-se-á credor hipotecário com preferência aos demais (CPC, art. 495,§ 4º)” (**Comentários a Código Civil** – coordenador Giovanni Ettore Nanni, Saraiva: São Paulo, 2019, p. 1.862).

<sup>18</sup> Nesse sentido, Alberto Camiña Moreira: “É curiosa a opção do legislador, que fez questão de derrogar normas do Código Civil, tidas como de natureza processual. Aparentemente, pretendia deixar cada código com sua própria missão, mas acabou por invadir a seara civilista.”, **A hipoteca judicial e o concurso de credores**. Migalhas. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/330952/a-hipoteca-judicial-e-o-concurso-de-credores>, Acesso em 29 ago. 2020.

<sup>19</sup> **Art. 466 do CPC 1973**. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

As alterações apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação à hipoteca judiciária tiveram como objetivo favorecer o resultado útil e eficiente do processo. Assim, as decisões passíveis de constituição da hipoteca judiciária foram ampliadas, englobando não apenas sentenças condenatórias ao pagamento em dinheiro, mas, também, as decisões que determinam a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária, conforme disposições do artigo 495 do novo Código de Processo Civil.

Outra modificação relevante é a desnecessidade de ordem judicial para que seja constituída a hipoteca judiciária, ou seja, no sistema processual vigente, a hipoteca judiciária é efeito automático das sentenças condenatórias. O procedimento para registro se limita à apresentação de cópia da sentença judicial no respectivo cartório de imóveis competente, observando-se as formalidades exigidas pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73).

Por fim, o atual e único dispositivo vigente sobre hipoteca judiciária em nosso ordenamento jurídico, em sentido oposto ao disciplinado pelo artigo 824 do Código Civil de 1916, estabeleceu que o credor detentor da hipoteca judiciária terá o direito de preferência e, portanto, prioridade legal no recebimento do seu crédito em relação aos outros credores do devedor comum, além do sempre reconhecido direito de seqüela.

A atribuição expressa do direito de preferência à hipoteca judiciária pelo artigo 495, § 4º do Código de Processo Civil de 2015, a despeito de tratar de matéria de ordem material e, por isso, da possível extrapolação de competência, parece superar a discussão doutrinária a respeito da sua condição de direito real anômalo.

As três grandes alterações apontadas, somadas a indiscutível vantagem da classificação desse credor como crédito com garantia real em eventual processo de insolvência do devedor, que será abordado a seguir, podem proporcionar o aumento de sua utilização na prática.

### III A classificação dos créditos no concurso de credores e sua importância

A Lei nº 11.101/2005, inspirada em um movimento internacional e em legislações estrangeiras, alterou significativamente o sistema da empresa em crise brasileiro<sup>20</sup>, com destaque para criação da recuperação judicial das empresas e atribuição de papel relevante aos credores na recuperação judicial, extrajudicial e na falência.

Assim, atualmente caberá aos credores do devedor, principalmente, analisar, negociar e votar o plano de recuperação proposto na recuperação judicial ou, na hipótese de falência, avaliar e opinar sobre formas alternativas de alienação do ativo da sociedade falida.

Para o melhor exercício de suas atribuições, os credores passaram a ser organizados em classes, que, com a modernização das legislações concursais pelo mundo, deixou de ser apenas uma forma de estabelecer ordem de pagamento para os créditos, que costuma ocorrer nas hipóteses de falência do devedor, mas passou a ser também técnica de ordenação de credores com interesses homogêneos em busca de uma composição mais adequada entre as partes envolvidas.<sup>21</sup>

Dentro desse contexto é que a análise sobre a classificação do credor detentor de hipoteca judiciária ganha relevância. Isso porque, nos termos do artigo 41 da Lei nº 11.101/2005, na recuperação judicial, os credores são divididos em apenas quatro classes, quais sejam

- (i) trabalhistas;
- (ii) titulares de crédito com garantia real, até o limite do bem gravado;

---

<sup>20</sup> O sistema concursal brasileiro era antes disciplinado pelo Decreto-Lei nº 7661/2005 e previa, entre seus institutos, resumidamente, a concordata e a falência.

<sup>21</sup> Sobre o tema técnicas de organização dos credores em classes e a necessidade de melhor estruturação em nosso sistema, vide: NEDER CERZETTI, Sheila C. As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial, *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. **Direito das empresas em crise: problemas e soluções**. São Paulo, Quartier Latin, 2012, pp. 365-385.

- (iii) titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinado; e, por último,
- (iv) titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte<sup>22</sup>.

O crédito garantido por hipoteca, classificado na classe de credores com garantia real nos processos de recuperação judicial, terá influência direta e significativa na votação do plano de recuperação apresentado que, para a aprovação, dependerá da anuência da maioria simples dos credores presentes e, cumulativamente, mais de 50% do montante dos créditos presentes à assembleia da classe II e III, nos termos do artigo 45 da Lei nº 11.101/2005<sup>23</sup>.

Já no âmbito da falência, o artigo 83 da Lei nº 11.101/2005 divide os credores em classes, que definirão a ordem e preferência de seu pagamento<sup>24</sup>. Nesse sentido, o credor com garantia real, até o limite do bem gravado, é o segundo na ordem de pagamento, perdendo relevância apenas para os créditos derivados da legislação do trabalho até o limite de 150 salários-mínimos.<sup>25</sup>

A grande vantagem de ser classificado como credor com garantia real na falência é, nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho<sup>26</sup>, a “vinculação entre o produto da venda de determinado bem da falida e a satisfação do crédito garantido ou privilegiado”. O autor vai além e afirma que “não há concurso entre credores com garantia real ou privilégio especial, nem entre as classes, nem no interior delas”, sendo que a “preferência da classe

---

<sup>22</sup> Essa última classe não foi incluída na redação original do artigo, mas tão somente em 2014, pela Lei Complementar nº 147.

<sup>23</sup> Nesse aspecto, verifica-se na prática que, em muitas oportunidades, a classe II ou classe dos credores com garantia real tem poucos credores ou nenhum, porque os bancos – historicamente os representantes dessa classe – substituíram a hipoteca por alienação fiduciária em garantia, deixando de se submeter ao concurso de credores, nos termos do artigo 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005.

<sup>24</sup> O princípio do tratamento paritário entre credores está limitado aos credores com título da mesma natureza, isto é, de credores de uma mesma classe.

<sup>25</sup> Além disso, os créditos extraconcursais listados no artigo 84 da Lei nº 11.101/2005, pois os encargos e dívidas da massa falida e surgidos após a recuperação judicial (no caso convertida em falência) por uma questão lógica devem preferir o pagamento a qualquer outro crédito concorrente.

<sup>26</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

dos titulares de garantia real é limitada ao valor de venda da coisa onerada”. Sobre a questão, Francisco Satiro de Souza Júnior diverge ao sustentar que não existe verdadeira vinculação do bem gravado ao crédito, mas apenas a classificação do crédito como preferencial no limite do valor arrecadado com a alienação do bem onerado.<sup>27</sup>

É inegável, de qualquer modo, que tanto na recuperação judicial quanto na falência, o legislador buscou valorizar a posição do credor detentor de garantia real em detrimento de outros créditos, inclusive em relação aos créditos fiscais, na tentativa de estimular os provedores de crédito em geral a investirem na atividade empresarial com maior segurança ao seu recebimento. Assim, o aprofundamento da discussão sobre o enquadramento do credor detentor de hipoteca judiciária ganha relevância e deverá proporcionar novos desafios ao Poder Judiciário.

#### **IV A classificação do credor detentor de hipoteca judiciária na lei nº 11.101/2005**

Ao abordar a classificação do credor detentor de hipoteca judiciária, ainda sob a égide do Decreto-Lei 7.661/45 e do Código Civil de 1916, em que – como já abordado – o credor expressamente não detinha o direito de preferência (mas apenas o de sequência), a doutrina dividia-se sobre a classificação do crédito gravado com hipoteca judiciária como crédito com garantia real no concurso de credores.

Pontes de Miranda, em seu clássico Tratado de Direito Privado<sup>28</sup>, afirma expressamente que, ainda sem o direito de preferência, a hipoteca judiciária tratava-se de direito real em garantia e, portanto, com privilégios no concurso de credores:

hipoteca judiciária – a hipoteca judiciária estabelece direito real desde a data da inscrição e especialização, é de direito real

<sup>27</sup> cf. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de. (org.). **Comentários à Lei de Recuperação de empresa e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 364 e 365.

<sup>28</sup> MIRANDA, Pontes de. (atualizado por Nelson Nery Jr e Luciano de Camargo Pentead). **Tratado de Direito Privado**, Tomo XX, §§ 2.473 e 2.474. Editora RT, São Paulo, 2012, p 261-271.

de garantia que se trata. Não se cria privilégio ou preferência, para o crédito, em relação aos créditos existentes antes da inscrição e da especialização; mas cria-se, com o registro, o direito real. Daí o credor por hipoteca judiciária, no concurso de credores, ter de sofrer as alegações de privilégios.<sup>29</sup>

Trajano de Miranda Valverde, por sua vez, defendia que a ausência de direito de preferência do credor detentor da antiga hipoteca judiciária impossibilitaria sua equiparação à hipoteca convencional e, consequentemente, a classificação desse credor como crédito com garantia real:

Credores hipotecários. Afastada a hipoteca judiciária, que nenhuma preferência dá ao credor, seja legal ou convencional a hipoteca, a condição primordial para a sua eficácia no concurso de credores é que tenha sido regularmente inscrita no registro público competente. Podendo existir mais de uma hipoteca sobre os mesmos bens, a prioridade se regula pela ordem de inscrição no registro público.<sup>30</sup>

Em nosso entendimento, o fato de o direito material (artigo 824 do Código Civil de 1916) ter retirado da hipoteca judiciária um dos efeitos característicos, qual seja, o direito de preferência, não descaracteriza e nunca descaracterizou a sua condição de hipoteca, uma vez que o instituto estava regulado dentro do capítulo XI destinado à hipoteca no Código Civil de 1916.

Nesse aspecto, infirmando a conclusão acima, a regra geral contida no artigo 674 do Código Civil de 1916<sup>31</sup>, primeiro dispositivo dentro do Título III – Dos direitos reais sobre coisa alheia, estabelecia expressamente ser a hipoteca um direito real, sem qualquer discriminação a um dos seus tipos ou ressalva aos seus efeitos.

<sup>29</sup> No mesmo sentido, Walter T. Álvares também reconhecia que além da hipoteca legal e convencional, a hipoteca judiciária também estava abrangida pelo inciso I, do artigo 102 do Decreto-lei 7.661/45 (ÁLVARES, Walter T. **Curso de direito falimentar**. 7. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A, 1979, p. 390).

<sup>30</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1962, Vol. II, p. 172.

<sup>31</sup> Art. 674 do CC 1916. “**São direitos reais**, além da propriedade: I – A emfiteuse. II – As servidões. III – O usufruto. IV – O uso. V – A habitação. VI – As rendas expressamente constituídas sobre imóveis. VII – O penhor. VIII – A anticrise. **IX – A hipoteca.**”

A pacificação da antiga controvérsia doutrinária parece ter ocorrido com a entrada em vigor do Código Civil em 2003, que suprimiu do nosso ordenamento o dispositivo que regulava a hipoteca judiciária no campo do direito material e expressamente retirava o direito de preferência do instituto. De fato, a partir de 2003, hipoteca judiciária passou a ser regida exclusivamente pelo artigo 466 do Código de Processo Civil, que nada disciplinava acerca dos seus efeitos ou eventuais limitações.

Sobre a referida lacuna legislativa ocorrida após 2003 e a extensão dos efeitos da hipoteca judiciária, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira defendem que a despeito de ausência de dispositivo expresso no Código Civil em 2003 sobre hipoteca judiciária, o direito de preferência estaria presente por aplicação da regra geral contida no seu artigo 1.422<sup>32</sup>. Alberto Camiña, por seu turno, questiona a sobrevivência da hipoteca judiciária em nosso ordenamento no período compreendido entre 2003 (entrada em vigor do Código Civil atual) e 2016 (entrada em vigor do Código de Processo Civil atual)<sup>33</sup>.

A doutrina mais recente, ao comentar os artigos sobre classificação de créditos na Lei nº 11.101/2005, contudo, deixou de fazer distinção entre a hipoteca convencional, a legal e a judiciária para fins de classificação, destacando apenas que deveriam ser classificados como credores com garantia real os detentores de créditos garantidos “*por penhor, anticrese e hipoteca, nos termos do art. 1.419 do Código Civil*”<sup>34</sup>.

Fato é que apesar do impasse doutrinário vivido ao longo do último século, a questão, certamente, ficou superada com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que atribuiu expressamente o direito

<sup>32</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodium, 2010, v. 2, p. 374.

<sup>33</sup> MOREIRA, Alberto Camiña. **A hipoteca judicial e o concurso de credores**. Migalhas. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/330952/a-hipoteca-judicial-e-o-concurso-de-credores> Acesso em: 29 ago. 2020.

<sup>34</sup> Nesse sentido, SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2018. p.330. No mesmo sentido, destaca Francisco Satiro de Souza Junior ao comentar o artigo 83 da Lei 11.101/2005: “*De acordo com a definição do Código Civil (art. 1.419), são garantias reais o penhor, a hipoteca e a anticrese.*”(In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (org.). **Comentários à Lei de Recuperação de empresa e falência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 364).



de preferência também ao credor com hipoteca judiciária, tal qual já existia na hipoteca convencional e legal.

De qualquer forma, não resta dúvida que discussão sobre classificação do crédito garantido com hipoteca judiciária, certamente, voltará a ser objeto de exame pelo Poder Judiciário, sobretudo as constituídas anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015.

## **V Considerações finais**

A hipoteca judiciária, muito embora presente em nosso sistema desde as Ordenações Filipinas, é instituto de pouca utilização pelos operadores de direito pátrio. Não se sabe se o seu pouco aproveitamento decorre do fato de ter sido privada, pelo Código Civil de 1916, em vigor até 2003, do direito de preferência ou se das limitações existentes até 2015.

Em 2016, com o advento do novo Código de Processo Civil, a hipoteca judiciária sofreu algumas alterações relevantes, quais sejam, foram ampliadas as sentenças passíveis de constituição de hipoteca judiciária, foi dispensada a necessidade de decisão judicial e, por fim, o detentor do título passou expressamente a ter direito de preferência em relação aos demais credores do devedor em comum, além do sempre reconhecido direito de sequela sobre o bem onerado.

A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo poderá representar incentivo para seu uso pelos credores, que munidos de decisão condenatória, poderão gozar de privilégios em um processo de insolvência do devedor, vez que é inegável a vantagem que tem o credor, para fins de recebimento do seu crédito, ao se enquadrar na ordem do artigo 83, II, tendo apenas a sua frente credores trabalhistas, limitados ao valor de 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos, ou na classe do artigo 41, II, da Lei nº 11.101/2005, com força para aprovação ou rejeição do plano em uma classe que, via de regra, não costuma ser numerosa nos processos de recuperação judicial.

Por outro lado, como muitos devedores, quando ingressam com processo de recuperação judicial ou falência, têm inúmeras demandas judiciais ajuizadas contra eles, poderá se verificar uma onda de registros de senten-

ças condenatórias por credores atraídos pelas vantagens que a lei trouxe ao instituto, recentemente ratificadas pelo Poder Judiciário.

Esse movimento certamente alteraria a correlação de forças, em especial nos processos de recuperação judicial; pode ensejar um maior embate entre os credores detentores de hipoteca judiciária em face aos credores com a hipoteca convencional e novos desafios ao Poder Judiciário.

## CAPÍTULO 2

### **A mediação empresarial em tempos de pandemia<sup>1</sup>**

*Newton De Lucca*

*Flávia Piva Almeida Leite*

O fecundo escritor Honoré de Balzac, autor da extraordinária obra “A Comédia Humana”, que tanto influenciaria uma notável plêiade de romancistas franceses, explicava, em seus pensamentos e máximas, que “*a desgraça cria em determinadas almas um vasto deserto em que ressoa a voz de Deus...*”. Infelizmente, essa voz de Deus não parece ter chegado ao coração do legislador brasileiro, que permanece parcialmente ignaro da tragédia causada pela covid-19...

Essa inesperada crise sanitária – que produziu, e ainda continua a produzir, os mais terríveis efeitos financeiros, econômicos, sociais e políticos no País – está sendo enfrentada pelo Parlamento Nacional com certo grau de pusilanimidade ou, pelo menos, com excessiva tardança. Se andou bem o legislador pátrio – de um lado, e de forma ágil – ao editar o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, que reconheceu o estado de calamidade pública em razão da pandemia causada pela covid-19, assim como ao decretar a Lei nº 14.010, de 10 de junho do corrente ano, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET), no período da referida pandemia, de outro lado, ele tem sido bastante moroso e tímido no que se refere às me-

---

<sup>1</sup> O presente capítulo reproduz, basicamente, as exposições de dois dos autores, participantes do ciclo de seminários promovido pela UNINOVE, durante o mês de agosto de 2020, tendo versado o presente seminário sobre “a mediação empresarial em tempos de pandemia”, realizado na noite do dia 6 agosto, do qual participaram, igualmente, além dos mencionados autores, as professoras Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques e Renata Mota Maciel.

didadas emergenciais que já deveriam ter sido tomadas, há muito tempo, relativamente ao Projeto de Lei nº 1.397, que institui medidas, de caráter transitório, no âmbito da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência dos empresários e das sociedades empresárias.

Custa-me crer que ainda possam existir aqueles que se negam a reconhecer a gravidade do momento vivido pelo Brasil. Mas existem, assim como existem aqueles que lutam para travar o desenvolvimento econômico do País. A esses fanáticos, costumo contrapor esta passagem de Bobbio, que vivo a repetir a meus alunos:

Da observação da irredutibilidade das crenças últimas extraí a maior lição de minha vida. Aprendi a respeitar as ideias alheias, a deter-me diante do segredo de cada consciência, a compreender antes de discutir, a discutir antes de condenar. E porque estou com disposição para as confissões, faço mais uma ainda, talvez supérflua: detesto os fanáticos com todas as minhas forças.<sup>2</sup>

Como se já não bastasse a fragilidade da economia brasileira ao longo de 2019, só sustentada pelos setores de serviços e da agricultura, a terrível crise sanitária deste ano de 2020, com toda a sorte de efeitos negativos, está exigindo extraordinário esforço de juristas e parlamentares para que nova disciplina normativa seja editada, visando à minimização desses efeitos no âmbito da atividade empresarial.

Vieram a lume, então, tanto o Projeto de Lei nº 1.179/2020, que se transformou na referida Lei nº 14.010, quanto, mais especificamente voltado à atividade empresarial, o Projeto de Lei nº 1.397, de 2020, de autoria do Deputado Hugo Leal, instituindo medidas de caráter emergencial mediante alterações, de caráter transitório, de dispositivos da atual Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Tal como constou da própria epígrafe desse Projeto de Lei, as medidas emergenciais por ele instituídas somente terão vigência até 31 de dezembro de 2020, ou enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

---

<sup>2</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *De senectute e altri scritti autobiografici*. Torino: Einaudi, 1996, p. 174.

Apenas aquele Projeto de Lei nº 1.179/2020, inicialmente referido, logrou transformar-se num texto de lei. Já o segundo Projeto de Lei mencionado, o de nº 1.397, de 2020, a despeito de já ter sido devidamente aprovado pela Câmara dos Deputados, ainda permanece pendente de aprovação pelo Senado Federal.

Sejam quais forem os pontos polêmicos desse PL 1.397 – e os há, efetivamente, é ponto absolutamente incontroverso que grande parte das empresas nacionais atravessa período verdadeiramente dramático, com mais de meio milhão delas já tendo fechado melancolicamente suas portas. Dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE indicam que cerca de 70% das empresas que se mantiveram ativas apresentaram dificuldades financeiras, com demissões de empregados na ordem de 35%. Segundo números do Cadastro Geral dos Empregados e Desempregados – CAGED, o Brasil terá perdido mais de um milhão de postos de trabalho formal durante o primeiro semestre de 2020.

É claro que a gravidade da situação econômico-financeira das empresas não ocorre apenas no Brasil, mas também no mundo todo. A diferença reside no fato de que as economias mundiais mais desenvolvidas possuem somas de recursos financeiros muito maiores do que as existentes no País, além de serem dotadas de sistemas de insolvência empresarial que oferecem às empresas devedoras um adequado processo de recuperação judicial.

É certo que o Brasil também possui o instituto da recuperação judicial, previsto nos arts. 47 e seguintes da Lei 11.101, de 2005, mas é sabido que esse sistema não só deixa a desejar a respeito da sua efetividade, com vários de seus dispositivos necessitando de reforma, como o seu número deverá aumentar assustadoramente, devendo variar, segundo estimativas de especialistas, de 2.000 a 5.000 pedidos de recuperação judicial até o fim do presente ano. Tal significa que o Poder Judiciário – que já se encontra, como se sabe, absolutamente sobrecarregado de processos – terá pela frente um desafio praticamente insuperável de absorver, num reduzido lapso temporal, um número ainda maior de novos e complexos feitos...

Daí que, não obstante alguns aspectos controvertidos do PL 1.397 – como, por exemplo, o da chamada *negociação preventiva*, prevista nos arts. 6º e 7º desse PL e sobre a qual falar-se-á em seguida –, é certo que tal negociação terá sido idealizada com o propósito de dar alívio imediato não só às empresas mas igualmente às pessoas naturais e jurídicas que tenham por objeto o exercício de atividade econômica organizada em nome próprio.

Observe-se, antes de tudo, que essa negociação preventiva tem caráter meramente facultativo, sendo, portanto, um procedimento de jurisdição voluntária. Ele deverá ocorrer durante o período máximo e improrrogável de 90 (noventa) dias, conforme estatui o inciso II do art. 6º do PL, a contar da distribuição do pedido, devendo o devedor e seus credores, durante esse período, buscarem, de forma extrajudicial e direta, a renegociação das obrigações, levando em consideração os impactos econômicos e financeiros causados pela pandemia da covid-19.

Trata-se, evidentemente, de uma tentativa de reproduzir, entre nós, algumas experiências já existentes no plano do direito comparado. Em Portugal, por exemplo, desde 20 de maio de 2012, vigora o Processo Especial de Revitalização (PER), que foi regulado no corpo do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE<sup>3</sup>, que consiste num processo especial, com caráter urgente, “que pode ser utilizado por qualquer devedor, e destina-se a permitir àquele que, comprovadamente, se encontre em situação econômica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação estabeleça negociações com os respetivos credores de molde a concluir com este acordo conducente a sua revitalização (art. 17º-A CIRE)”, na precisa lição do professor Miguel Pestana de Vasconcelos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Esse diploma foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 53, de 18 de março 2004, tendo sido alterado por diversas vezes, uma delas pelo Decreto-Lei 16, de 20 de abril de 2012, com entrada em vigor em 20 de maio de 2012, conforme já referido no texto principal. O CIRE foi plasmado à imagem e semelhança da Lei da Insolvência alemã (a *Insolvenzordnung*), sendo a razão de ser desse novo regime explicada pelo professor Miguel Pestana de Vasconcelos, in “O novo regime insolvencial da compra e venda”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, III, 2006, p. 521 e seguintes.

<sup>4</sup> DE LUCCA, Newton; VASCONCELOS, Miguel Pestana de (coord.). **Falência, insolvência e recuperação de empresas, estudos luso-brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 294.

Conforme consta do Parecer proferido em plenário ao PL nº 1.397, de 2020, o Relator Isnaldo Bulhões Junior deixou consignado o que ocorre com o sistema francês:

Assim, de acordo com o PL nº 1397/20, ficaria instituído o procedimento de negociação preventiva apresentado nos arts. 6º ao 8º do projeto de lei em análise, o qual teve como fundamento legislativo o direito comparado, qual seja o exitoso sistema francês de prevenção e antecipação da crise da empresa, surgido em 1985, bem como na recente Diretiva Europeia (EU) nº 1.023/2019. Foi dito, na justificação do PL, que aquele sistema francês vem sendo utilizado com êxito já há alguns anos naquele país, e disporá ‘sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação e renegociação de dívidas’, ressaltando-se que sua criação neste momento, no Brasil, se dá em regime eminentemente transitório, que será válido somente até o fim do reconhecimento do estado de calamidade.

O que nesses dois países – aos quais, segundo consta, poderiam ser acrescentados os Estados Unidos da América, a Itália<sup>5</sup>, a Espanha, a Alemanha, o Reino Unido e Singapura – foi identificado é que tanto a concessão do chamado *stay period*, isto é, aquele período durante o qual ocorre a suspensão das execuções contra a empresa devedora, quanto o *DIP Financing*, vale dizer, o modo alternativo de obtenção de recursos financeiros por parte da empresa devedora, devem ser obtidos em momento oportuno e adrede ao pedido de recuperação judicial.

Dir-se-á, talvez, que a nossa Lei 11.101/2005<sup>6</sup> também possui um mecanismo semelhante ao *DIP Financing*, já que, ao dispor no art. 67, que “os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com for-

---

<sup>5</sup> Promovendo significativa reforma da legislação falimentar italiana, foi publicado, no dia 15 de fevereiro deste ano de 2020, o Código da Crise da Empresa e da Insolvência (Decreto Legislativo nº 14, de 12 de janeiro de 2019). Essa nova disciplina normativa deverá estar totalmente em vigor no próximo dia 15 de agosto de 2020.

<sup>6</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm).

*necedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei”*, estaria sendo estimulada a concessão de novos créditos às empresas recuperandas em razão da sua extraconcursalidade na hipótese da quebra superveniente.

Se é certo, de um lado, que o investidor passa a ter certa prioridade no recebimento de seus créditos, relativamente aos credores de dívidas anteriores à recuperação, já que serão considerados extraconcursais, também é indubitável que a redação do art. 84 da Lei 11.101 torna tal prioridade absolutamente incerta, pois vários outros créditos extraconcursais – que poderão ser vultosos – terão mais prioridade ainda. Veja-se, a propósito, o teor do art. 84:

Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

A despeito de a legislação estadunidense ter inspirado sobremaneira a nossa Lei 11.101, podendo-se mesmo dizer que o famoso *Chapter 11* terá sido – pelo menos no que concerne, especificamente, ao instituto da



recuperação judicial – o principal marco teórico referencial para a reforma do sistema falimentar brasileiro, buscando uma difícil, mas possível, conciliação de dois modelos que privilegiavam ora credores, ora, devedores,<sup>7</sup> uma breve comparação entre as duas mencionadas legislações será suficiente para evidenciar a eficácia maior da legislação estadunidense, bastando comparar, exemplificativamente, nossos retro transcritos arts. 67 e 84 com as disposições constantes do título 11, capítulo 3, subcapítulo IV, seção 364. A simples possibilidade de ser outorgada ao credor disposto a financiar a recuperação uma *super-prioridade* (*super-priority*), estimulando-o a investir recursos financeiros na empresa a ser recuperada, por si só, é suficiente para concluir que a legislação estadunidense é muito mais efetiva do que a brasileira na proteção do credor investidor.

Do que foi exposto – ainda que de maneira pálida e canhestra – parece possível concluir-se que existe uma espécie de *paradoxo* da nossa recuperação judicial em tempos de pandemia, tal como se expressou o juiz e professor Daniel Carnio Costa:

A recuperação judicial é um mecanismo eficaz para ajudar as empresas a superar a crise, mas o aumento de casos de recuperação empresarial poderá colapsar o funcionamento da Justiça, fazendo com que os processos judiciais, inclusive os de recuperação empresarial, não tenham andamento célere e eficaz.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Pode-se dizer, igualmente, que essa opção feita pelo legislador brasileiro de 2005 terá sido uma autêntica tentativa, ainda que não de todo exitosa, de retirar da nossa legislação o tal *dualismo pendular* a que se referiu, com toda razão, num passado já distante – mais precisamente, na década de setenta da centúria passada –, o professor Fábio Konder Comparato, *In Verbis*: “O mínimo que se pode dizer nessa matéria é que o dualismo no qual se encerrou o nosso Direito Falimentar – proteger o interesse pessoal do devedor ou o interesse dos credores – não é de molde a propiciar soluções harmoniosas no plano geral da economia. O legislador parece desconhecer totalmente a realidade da empresa, como centro de múltiplos interesses – do empresário, dos empregados, dos sócios capitalistas, dos credores, do fisco, da região, do mercado em geral – desvinculando-se da pessoa do empresário.”

<sup>8</sup> Cf. COSTA, Daniel Carnio. O paradoxo da recuperação judicial em tempos de pandemia. **Migalhas**, 4 ago. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/331582/o-paradoxo-da-recuperacao-judicial-em-tempos-de-pandemia.%20acesso>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Um pouco mais adiante, a professora Flávia Piva Almeida Leite irá mostrar, entre outras coisas, o esforço dramático que o Poder Judiciário vem fazendo para dar conta da pletora de processos, tendo um índice de produtividade reconhecido como um dos mais altos do mundo. Não obstante tal circunstância, porém, parece haver um consenso no sentido de que, com o inevitável aumento do número de feitos, especialmente no tocante às recuperações judiciais que serão requeridas em razão das desastrosas consequências econômico-financeiras causadas pela pandemia, o funcionamento da Justiça brasileira poderá ficar seriamente comprometido. Nesse sentido, também existe certo consenso de que, tanto para os especialistas atuantes na área de reestruturação empresarial, quanto para os operadores do Direito, de maneira geral, tornou-se absolutamente imperiosa a necessidade de serem utilizados os métodos alternativos de soluções de conflitos entre credores e devedores, com o propósito de ser evitado o colapso do sistema judiciário.

Seja-me permitido abrir um parêntese, a propósito, para mostrar o quanto uma reforma da legislação existente, em matéria falimentar e recuperacional, pode ser extremamente delicada e muito mais complicada do que pode parecer, à primeira vista. É que, se pensarmos apenas numa reforma de caráter circunstancial, em razão da pandemia da covid-19, é claro que diminuir a carga do Poder Judiciário deve despontar na linha de frente das preocupações existentes. Nenhuma solução que venha a sobre-carregá-lo, ainda mais do que já se encontra, poderá ser recebida com simpatia. Por outro lado, se a ideia é pensarmos numa reforma de caráter estrutural, impõe-se uma alteração do art. 1º da Lei 11.101/2005, para que os destinatários de suas disposições sejam necessariamente alargados, para que não apenas o empresário e a sociedade empresária estejam nesse artigo contemplados, mas também os agentes econômicos de maneira geral.

Reproduzo, então, ligeiro comentário que tive a oportunidade de fazer anteriormente, tentando mostrar um ponto que me parece altamente positivo do PL 1.397, mas que poderá trazer, por outro lado, uma sobrecarga ainda maior ao Poder Judiciário. Ei-lo:

Outro ponto bastante significativo do PL 1.397 é, sem dúvida, o alargamento considerável do âmbito da proteção normativa, com a adoção do conceito de agente econômico, passando a ser destinatários dela, não apenas as sociedades empresárias, mas todas as pessoas jurídicas de direito privado, o produtor rural e o profissional autônomo que exerça regularmente suas atividades<sup>9</sup>.

É nesse sentido que o art. 1º do Projeto de Lei estabelece: “Art. 1º Esta Lei institui medidas de caráter emergencial destinadas a prevenir a crise econômico-financeira de agentes econômicos e altera, em caráter transitório, o regime jurídico da Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, de que trata a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.”

Compare-se, por um momento, a redação desse dispositivo com a do atual art. 1º da Lei 11.101/2005: “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.

Percebe-se, portanto, que a legislação projetada pretende superar o caráter reducionista da atual, limitadora da sua aplicação à figura do empresário e da sociedade empresária, restrição que remonta até mesmo antes do Código Imperial de 1850. Essa nova noção de agente econômico tem como propósito albergar não apenas a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (como estatui o art. 966 do Código Civil de 2002), mas toda atividade econômica que constitua um bem jurídico relevante, tal como o é a geração de empregos e a função social, que pode e deve ser exercida por toda e qualquer atividade econômica, seja ela empresarial ou não.

Como bem assinalou o Professor Sérgio Campinho:

O sistema restritivo adotado não mais se justifica, pois deixa à margem da disciplina da Lei n. 11.101/2005 inúmeros agentes econômicos. A teoria da empresa não mais responde, adequadamente, aos anseios atuais do direito da insolvência,

<sup>9</sup> MIGALHAS. Entrevista: Prof. Dr. Newton De Lucca. 7 de julho de 2020. German Report. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/german-report/330304/entrevista--prof--dr--newton-de-lucca>. Acesso em: 27 nov. 2020.

o qual se constitui em instrumento de controle da economia, devendo excluir do mercado os agentes econômicos inviáveis e preservar os viáveis. O objetivo da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial deve ser o da preservação da atividade econômica e não apenas daquela que se caracteriza como atividade empresária. O regime da insolvência civil se mostra como um sistema deficiente para cuidar da insolvência daqueles não qualificados como empresários e que desempenham atividade econômica, notadamente no que se refere à intitulada concordata civil (art. 783 do Código de Processo Civil de 1973, mantido em vigor por força do disposto no art. 1.052 do Código de Processo Civil de 2015), na qual se identifica manifesta impropriedade dos meios para a consecução do fim esperado: a preservação da atividade econômica. Os agentes econômicos não enquadrados juridicamente como empresários, como as sociedades simples e certas associações que realizam atividade econômica, por exemplo, igualmente são responsáveis pela geração direta e indireta de empregos, de tributos e de bens ou serviços para o mercado, promovendo uma efetiva função social da atividade econômica. Desse modo, urge que se amplie o conceito da sujeição ao regime da Lei n. 11.101/2005 para o agente econômico, não mais ficando limitado àqueles que se enquadrem juridicamente como empresários.’

Abstenho-me de discutir, neste momento, as possíveis consequências desse necessário alargamento conceitual. Quantos milhões de agentes econômicos, de um momento para outro, poderão estar abrangidos pelo âmbito da lei, trazendo sobrecarga ainda maior ao Poder Judiciário? Seja como for, tal modificação – de caráter estrutural e não meramente circunstancial – já era defendida por boa parte da doutrina nacional, na qual, muito singelamente, permito-me incluir...

Volvo, agora, ao retro aludido *paradoxo* a que fiz referência, anteriormente, e que não deixa de ter certa semelhança ao que acabo de expor. Enfim, quais poderiam ser as possíveis respostas para neutralizá-lo ou, pelo menos, minimizá-lo? Diz-nos, a propósito, o já citado autor Daniel Carnio Costa:

A primeira resposta correta é o estímulo à negociação extrajudicial como meio alternativo à jurisdição estatal. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça aprovou recentemente uma Recomendação para que os Tribunais de Justiça instalem CEJUSCs empresariais que servirão como palco para que negociações prévias aconteçam, evitando-se o ajuizamento de ações complexas, como as ações de recuperação de empresas.

Vale destacar que o CNJ chama a atenção para a necessidade de estruturação adequada dos CEJUSCs empresariais. O ato normativo destaca a necessidade de capacitação específica em matéria empresarial e remuneração adequada dos mediadores/conciliadores, bem como a possibilidade de utilização de câmaras privadas de negociação e mediação devidamente cadastradas pelos Tribunais<sup>10</sup>.

Adverte, com a devida e recomendável prudência, esse mesmo magistrado:

Entretanto, apenas a criação dos CEJUSCs empresariais pode não ser suficiente para o enfrentamento dessa crise, considerando a falta de estímulos para que os agentes de mercado cheguem a um acordo voluntário. Segundo dados revelados pela 5a edição da pesquisa do Sebrae<sup>2</sup> o número de empresas que possuem dívidas em atraso e sem solução cresceu de 33% (na 2a edição) para 40% (na 5a edição). Por outro lado, apenas 18% das empresas que buscaram financiamento bancário tiveram êxito. Ainda segundo o Sebrae, apenas 12% das micros e pequenas empresas conseguiram renegociar suas dívidas.<sup>11</sup>

Razão assiste, com efeito, ao citado professor. Ninguém poderá pôr em dúvida que uma das saídas para a inevitável crise que se instalou, entre nós, será a progressiva utilização dos mecanismos de natureza pré-processual, a fim de que não se afogue ainda mais o Poder Judiciário. Nesse senti-

---

<sup>10</sup> COSTA, Daniel Carnio. O paradoxo da recuperação judicial em tempos de pandemia. **Migalhas**, 4 ago. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/331582/o-paradoxo-da-recuperacao-judicial-em-tempos-de-pandemia.%20acesso>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>11</sup> COSTA, Daniel Carnio. O paradoxo da recuperação judicial em tempos de pandemia. **Migalhas**, 4 ago. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/331582/o-paradoxo-da-recuperacao-judicial-em-tempos-de-pandemia.%20acesso>. Acesso em: 10 ago. 2020.

do, a criação dos CEJUSCs – Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania empresariais, nos Tribunais de Justiça de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Espírito Santo, parece ser promissora.

Tal modelo permite superar, a meu ver, a intensa controvérsia existente a respeito do instituto da *negociação preventiva*, previsto nos arts. 6º e 7º do PL 1.397/2020, a respeito dos quais permito-me reproduzir as seguintes considerações já feitas por mim recentemente<sup>12</sup>:

“Passemos à chamada negociação preventiva, prevista nos arts. 6º e 7º do PL, de caráter evidentemente facultativo, também idealizada com o propósito de dar um alívio imediato não só às empresas, mas igualmente às pessoas naturais e jurídicas que tenham por objeto o exercício de atividade econômica organizada em nome próprio. Ela deverá ocorrer durante o período máximo e improrrogável de 90 (noventa) dias, conforme estatui o inciso II do art. 6º do PL, a contar da distribuição do pedido, devendo o devedor e seus credores, durante esse período, buscar, de forma extrajudicial e direta, a renegociação das obrigações, levando em consideração os impactos econômicos e financeiros causados pela pandemia de Covid-19.

Não se desconhece o teor de algumas críticas formuladas a esse modelo da negociação preventiva,<sup>13</sup> calcadas, sobretudo, na necessária intervenção do Poder Judiciário, que já se acha, como se sabe, absolutamente sobrecarregado de processos. Pondera-se, então, o seguinte: se se pretende, efetivamente, desafogar o Poder Judiciário da enorme sobrecarga de trabalho que já pesa sobre seus ombros, faz algum sentido que se exija sua presença prévia numa negociação de caráter extrajudicial?... Indo-se, ainda, um pouco além, será que a

---

<sup>12</sup> Cf. A Covid-19 e a Absoluta Necessidade de Medidas Emergenciais, *in Estudos Jurídicos: Constitucional e Empresarial*, São Carlos: RiMa Editora, 2020, pp. 294/395.

<sup>13</sup> A mediação – que será mais adiante analisada pela professora Flávia Piva Almeida Leite – é um instituto que, presentemente, já se acha previsto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, mas ainda se encontra em estágio muito embrionário e de âmbito restrito aos particulares. É de esperar-se que, mais dia, menos dia, venha a ganhar muito mais terreno entre nós. Não se desconhece que a mediação, intentada no âmbito da atividade empresarial, parece revestir-se de complexidade muito maior do que aquela existente apenas entre particulares. Seja como for, porém, não deixa de ser uma tentativa a ser fortemente estimulada.

formação profissional de um magistrado – voltada para fazê-lo imparcial, independente, íntegro, idôneo etc. – guarda alguma conexão para que ele seja apto a autorizar uma negociação de caráter privado?

Tal questão parece ser, efetivamente, uma espécie de nó górdio a ser desatado. É que, de um lado, o estímulo à negociação e à mediação é medida absolutamente impostergável, sendo certo que vários países do mundo têm se esforçado na busca de incentivos aos procedimentos de pré-insolvência e de negociação, estimulando os credores à celebração de acordos com o devedor, sendo benéfico todo e qualquer esforço tendente à utilização dos institutos da mediação e da conciliação, seja como método eficaz de solução de controvérsias, seja, principalmente, para que tal método se torne um sucedâneo pré-processual da propositura de novas ações judiciais. Também é certo, por outro lado, ainda não ter medrado, entre nós, um ‘caldo de cultura’ amplamente favorável à celebração de acordos... E, além disso, se já existe um fundado temor no sentido de que o Poder Judiciário não se acha preparado para receber os milhares de pedidos de Recuperação Judicial que nele irão provavelmente desaguar, não seria desarrazoado fazer com que ele tenha presença necessária na negociação preventiva, ainda que seja apenas para verificar se houve, efetivamente, a queda de 30% do faturamento do devedor, comparado com a média do último trimestre correspondente de atividade no exercício anterior, de conformidade com o § 2º do art. 6º do PL em tela? Acresce argumentar, neste sentido, que algumas projeções estimam – talvez um tanto exageradamente – que mais de cinco mil pedidos de recuperações judiciais deverão ocorrer até o fim deste ano de 2020... Se esse Poder já se acha absolutamente sobrecarregado de processos, será razoável que ele deva intervir numa negociação de caráter privado, causando-lhe uma sobrecarga ainda maior?”

Assim – e voltando à discussão sobre o modelo instaurado pelos CEJUSCs, linhas atrás iniciada –, penso que se estará, sem sobrecarregar ainda mais o Poder Judiciário, dando um passo importante para que os conflitos entre credores e devedores possam ser resolvidos, se não de-

finitivamente, sem o ajuizamento de medidas, pelo menos para que esses últimos fiquem protegidos por uma ordem judicial de *stay* e pela possibilidade de acesso ao financiamento *Dip Financing*, durante o desenrolar de uma negociação coletiva prévia, antes do ajuizamento de um pedido de recuperação. Passo a palavra à professora Flávia Piva Almeida Leite para sua exposição sobre o tema do presente seminário.

“O tema do presente seminário é verdadeiramente desafiador, pois só os ignaros da dramática situação do nosso Poder Judiciário podem desdenhar da crise sanitária instaurada pela covid-19, cujos efeitos deletérios não somente já se fazem sentir no presente, como deverão acentuar-se ainda mais no decorrer dos próximos meses. Nunca os métodos alternativos de resolução de conflitos – a conciliação, a mediação e a arbitragem – pareceram tão necessários e impostergáveis como agora, em que a multiplicação dos conflitos entre credores e devedores deverá assumir proporções assustadoras. Assim, sem embargo da eficácia indubitável dos aludidos métodos alternativos de solução de situações conflituosa, a mediação desponta como poderoso adminículo para as recuperações no âmbito empresarial.

Nesse sentido, a mediação deve ser concebida como uma forma de ajudar o Poder Judiciário na resolução dos problemas, sem necessidade da sua intervenção, direta ou indireta. É de lembrar-se, a propósito, que uma solução encontrada pelas partes em conflito, apenas pela via consensual – e não coercitivamente imposta pela Justiça –, tende a ser muito mais efetiva, fazendo lembrar aquele velho rifão popular, segundo o qual ‘*mais vale um mau acordo que uma boa demanda*’. Recorde-se, aliás, a título de mera curiosidade histórica, que a Constituição do Império brasileiro, de 25 de março de 1824, no art. 161, assim dispunha: ‘*Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.*’



O atual Código de Processo Civil (**Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**<sup>14</sup>) possui vários dispositivos que dão especial realce aos métodos de solução consensual, estando, entre eles, a mediação. Diz o art. 3º, exemplificativamente:

Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Além de tais disposições, pode-se verificar, igualmente, a constante do art. 139<sup>15</sup>, segundo a qual

‘O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

.....

V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;’

E, por derradeiro, merecem destaque os arts. 165 a 175 do mesmo código, relativos aos Conciliadores e Mediadores Judiciais, tudo isso a demonstrar que, *in illo tempore* até os dias atuais, a preocupação do instituto da mediação sempre esteve presente na mente do legislador pátrio.

Enganam-se, evidentemente, aqueles que, influenciados pela superficialidade cosmética da nossa mídia tradicional, julgam

<sup>14</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

<sup>15</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)

que o Poder Judiciário brasileiro é moroso, pachorrento e adjetivado com palavras de igual jaez. Nada disso.

Segundo o relatório ‘Justiça em Números’<sup>16</sup>, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019, apurou-se o maior IPM – Índice de Produtividade dos Magistrados – de toda a série histórica de mensuração do índice, iniciada em 2009. É dizer, em 2018, os magistrados brasileiros apresentaram sua melhor produtividade nos últimos dez anos. Durante o ano de 2018, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 28,1 milhões de processos e foram baixados 31,9 milhões, ou seja, 13,7% a mais que os casos novos.

Não obstante o progressivo aumento da produtividade dos magistrados, se não forem tomadas providências alternativas, a crescente expansão do número de litígios acarretará verdadeiro colapso do sistema judiciário.

A situação se agrava e se agravará ainda mais com o aumento dos conflitos ocasionados pela crise econômica deflagrada pela pandemia da covid-19 que, fatalmente, acabarão encaaminhados ao Poder Judiciário.

A população mundial foi surpreendida no início de 2020 pela covid-19, doença nomeada pela OMS, provocada por um novo vírus (Sars-Cov-2) que, após registrar, no início de dezembro de 2019, os primeiros casos de pneumonia por agente desconhecido, na cidade de Wuhan, China, disseminou-se rapidamente. Em 11/03/2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considerou a covid-19 como pandemia.

No Brasil, o Ministério da Saúde (MS), por intermédio da Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020, declarou ‘Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional’ (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV) e, em 20/3/2020, ‘estado de transmissão comunitária

---

<sup>16</sup> [https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)

do coronavírus em todo território nacional’. A Lei nº 13.979 foi promulgada em 6/0/2020, dispondo sobre as ‘medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.’ (BRASIL, 2020)

Entre as principais medidas de prevenção ao contágio do novo vírus, há destaque para o distanciamento social, com a restrição à circulação de pessoas e para a suspensão parcial de algumas atividades empresariais, notadamente pelo fechamento do comércio.

Essas medidas restritivas estão ocasionando enormes prejuízos às atividades empresariais e implicarão aumento excepcional do volume de demandas judiciais.

Segundo estudo recente da Serasa Experian, que foi publicado no portal G1<sup>17</sup>, no dia 10/05, só no mês de abril de 2020, foram distribuídos 120 (cento e vinte) pedidos de recuperação judicial no Brasil, representando alta de 46,3% em relação ao mês anterior. Desses pedidos, 53 (cinquenta e três) foram feitos por micros e pequenas empresas, 44 (quarenta e quatro) por médias empresas e 23 (vinte e três) por empresas de grande porte. No mesmo mês de abril de 2020 foram requeridas 75 falências, número que representa aumento de 25% (vinte e cinco por cento) em comparação ao mês de março de 2020. Dos pedidos de falência, 39 foram de micros e pequenas empresas, 20 de médias e 16 de grandes empresas. A crise é mais grave no setor de serviços, o mais impactado pelos efeitos da pandemia, de acordo com o estudo. Nesse segmento, pelo que se apurou, foram solicitadas 44 recuperações judiciais em março e 92 em abril. Um expressivo aumento, comparado aos 56 pedidos de recuperação judicial no mês de abril de 2019. Cabe ressaltar que esses dados não levaram em conta as atividades

---

<sup>17</sup> <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/19/pedidos-de-recuperacao-judicial-e-falencia-crescem-no-pais-e-atingem-mais-as-pequenas-empresas.ghtml>

empresárias que simplesmente cessaram suas atividades ou que participaram de acordos extrajudiciais.

Acredita-se que esses números aumentarão expressivamente nos próximos meses a ponto de superar os números de 2016, ano em que foram realizados 1.863 (mil oitocentos e sessenta e três) pedidos de recuperação judicial no Brasil. Esse aumento de demandas é esperado principalmente pela crescente onda de inadimplemento das obrigações.

Segundo apontam Irini Tsouroutsoglou e Antonio Evangelista de Souza Netto, em seu artigo intitulado ‘*Utilização de procedimentos autocompositivos pré-processuais para resolução de disputas empresariais decorrentes dos efeitos da pandemia do covid-19*’<sup>18</sup>, a Serasa elaborou um estudo no qual constatou que, até o mês de março de 2020, pelo menos 6,2 milhões de empresários tinham dívidas ou compromissos financeiros atrasados. Apurou-se, também, que, desde o início das medidas de isolamento no Brasil, apenas 14% das micros e pequenas empresas conseguiram acesso ao crédito. O estudo também indica que em março de 2020 o Brasil teria cerca de 17 milhões de micros e pequenos empresários, entre os quais 7 milhões, ou 38% (trinta e oito por cento) buscaram, de alguma maneira, acesso a créditos. Desses micros e pequenos empresários que buscaram crédito, conforme aponta o estudo, 58% (cinquenta e oito por cento) tiveram os pedidos rejeitados e 28% (vinte e oito por cento) ainda não obtiveram respostas. Além disso, o estudo do Sebrae aponta que 44% das pequenas atividades empresariais que dependiam de atendimento presencial deixaram de operar.

---

<sup>18</sup> <https://www.migalhas.com.br/depeso/327556/utilizacao-de-procedimentos-autocompositivos-pre-processuais-para-resolucao-de-disputas-empresariais-decorrentes-dos-efeitos-da-pandemia-do-covid-19>.

A situação é preocupante pois muitos empresários irão bater às portas do Poder Judiciário para tentar dirimir as controvérsias surgidas por causa da pandemia da covid-19.

O Poder Judiciário, sensível a essa situação, determinou uma série de medidas para contorná-la: o CNJ, mediante a edição da Resolução n. 313/20, determinou o regime de plantão extraordinário, com suspensão do trabalho presencial e dos prazos processuais, sem prejuízo da tramitação de processos de urgência. O mesmo órgão, por meio da Recomendação 63/20, recomendou que os magistrados dediquem especial atenção aos processos de recuperação empresarial e falência, pois estes necessitam de tratamento prioritário, considerando os impactos advindos da covid 19. De todas as providências, uma das mais eficazes para conter o extraordinário volume de demandas judiciais que irão assoberbar a Justiça é a ampliação de espaços de negociação destinados à superação pré-processual de controvérsias.

O tempo é um elemento econômico muito importante no atual cenário, pois muitos negócios não comportam uma solução alongada e sem previsibilidade. Por isso, buscando uma solução eficiente e à luz da moderna doutrina contratual, que exige cooperação e boa-fé das partes no cumprimento dos contratos, a negociação é muitas vezes a principal porta de saída para os conflitos contratuais.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.140/2015 – Lei de Mediação –, regulamentou-se o procedimento como novo paradigma de justiça. E, para reforçar a ideia, não é de se estranhar o fato de que o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, exaustivamente, ratificou e reiterou essa tendência de diversas maneiras acompanhando tal estruturação no sentido de estimular a prática. O artigo 3º, §2º, do Código de Processo Civil, também sinaliza que o Estado deve promover, sempre

que possível, a solução consensual dos conflitos, tal como já foi anotado.

Afinal, como vimos pelos dados anteriormente apontados, teremos enorme quantidade de demandas que terão de ser resolvidas rapidamente, tanto que, recentemente, o Tribunal de Justiça do Paraná, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tomaram iniciativas para a criação de centros judiciários especialmente destinados à promoção e à realização de negociações e mediações pré-processuais de demandas provocadas pela crise sanitária da covid-19.

A Lei de Mediação prevê que a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo. Assim, não temos dúvida de que, diante da crise ocasionada no campo empresarial pela covid-19, a mediação ganhará um novo e significativo espaço no âmbito empresarial, porque é certo que ela irá se apresentar como vantajosa alternativa ao processo contencioso. E, para que isso ocorra, é necessário que o custo do método alternativo seja, efetivamente, menor do que o custo da despesa judiciária.”

Encerrando as presentes considerações, ratificamos que essas iniciativas e a da criação dos CEJUSCs empresariais, promovendo sensível aproximação entre o setor público e o setor privado, deverão frutificar admiravelmente, minimizando os graves efeitos econômicos, financeiros e sociais provocados pela covid-19. Pelo menos, é a expectativa esperançosa que temos... E a esperança — essa espécie de “último medicamento que sobra para os desgraçados”, no dizer superior de Shakespeare — é para que os “sábios de plantão”, que tanto gostam de atacar o Poder Judiciário, possam tirar, ao menos, por algum tempo, um “cochilo de Homero”.

## CAPÍTULO 3

# **Crimes empresariais: necessária mudança de paradigma investigativo e os problemas da responsabilidade penal**

*Rogério Schietti Cruz*

*Hedlian S. Cândido*

### **1 Considerações iniciais**

Os crimes empresariais inserem-se no chamado direito penal econômico, cujo objeto é a delimitação de condutas desviantes cometidas no âmbito da atividade empresarial ou comercial e que visa à proteção da ordem econômica, compreendida como a regulamentação jurídica da produção, da distribuição e do consumo de bens e serviços.

A natureza fragmentária dos delitos possíveis de serem cometidos no âmbito dessa atividade – que vão desde condutas previstas no Código Penal, como estelionato, duplicata simulada, contrabando, descaminho, até as inúmeras leis especiais que tipificam os crimes de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, contra as relações de consumo, contra o sistema financeiro nacional, falimentares etc. – acaba por se traduzir em grande complexidade de persecução penal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo Tiago Martins: “Ilícitos que objetivam produtos e proveitos para seus agentes existem desde o momento em que foi editada a primeira lei. No último século, todavia, à medida que as sociedades industriais foram desenvolvendo mecanismos cada vez mais sofisticados de comercialização internacional de produtos e serviços, floresceram os ilícitos que utilizam as estruturas econômicas empresariais e os caminhos do sistema financeiro, em ascendente sofisticação dos meios utilizados por organizações criminosas e, posteriormente, por grupos terroristas. Os ilícitos advindos desse processo passam por complexas operações de lavagem de dinheiro e dificultam sobremaneira a atuação dos Estados na investigação das condutas dos envolvidos e na recuperação dos ativos confiscáveis. Tal criminalidade altamente organizada é, com toda a

Tal realidade, amparada na multifacetada forma de exercer a atividade empresarial, termina influenciando nos diversos segmentos da dogmática penal e processual penal, entre os quais se destacariam dois: 1) *a necessária mudança de paradigmas investigativos tradicionais*; e 2) *a correta delimitação da responsabilidade penal*<sup>2</sup>.

Em ambas as hipóteses, não há como desprezar ou desconsiderar os objetivos fundamentais, previstos no art. 3º da Carta Magna<sup>3</sup>, os quais constituem verdadeiros princípios que instituem programas e vinculam os Poderes Públicos. Há uma dinamicidade estatal na busca pela afirmação e pela funcionalidade da dignidade humana, que compreende o emprego dos meios necessários para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República, entre os quais se insere o de garantir o desenvolvimento nacional.

Evidentemente, os vetores que norteiam esses objetivos não representam (e nem podem representar) obstáculo para a repressão e o combate à criminalidade econômico-empresarial, sobretudo porque os delitos cometidos nessa seara resvalam na ideia de livre concorrência, que é também de matiz constitucional e compõe o regime jurídico da atividade empresarial.

---

evidência, dotada de um caráter volátil, favorecida pela crescente e imparável incoerência financeira e comercial entre países, entidades e pessoas físicas. Criminosos se valem de instantâneos meios de comunicação e tecnologias avançadas, em conjunto com a modernização do sistema financeiro internacional, para a rápida movimentação de lucros em diversas praças financeiras instantaneamente após comando adotado em terminais computacionais que existem aos milhões em qualquer lugar do globo” (MARTINS, Tiago Misael de Jesus. *Investigação financeira*. In: *Criminal*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Crimes fiscais, delitos econômicos e financeiros**. Brasília: MPF, 2018. p. 12).

<sup>2</sup> “Um dos maiores desafios contemporâneos para o enfrentamento dos crimes praticados no âmbito da atuação empresarial se encontra na delimitação de critérios para imputação da responsabilidade penal dos membros da empresa” (COELHO, Cecília Choeri da Silva. *Responsabilidade individual nos crimes de empresa*. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (coord.). **Inovações no direito penal econômico**: prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília: ESMPU, 2018. p. 35).

<sup>3</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – **garantir o desenvolvimento nacional**; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



De um lado, a investigação criminal deve ser eficiente, isto é, ser apta a trazer a lume suficiente material reconstrutivo da prática do crime, que demonstre interesse estatal no esclarecimento dos fatos, que dê suporte à imputação penal justa e, sobretudo, que evite acusação injusta; de outro lado, somente podem ser consideradas eficiente a investigação e justa a imputação que observem não só os direitos fundamentais mas também as diretrizes gerais e o próprio objetivo fundamental da República de construção de uma sociedade que efetivamente seja justa.

Bem por isso que a complexidade desses delitos, aliada ao uso de maneiras sofisticadas de desvio do controle estatal por agentes criminosos, impõe, em um cenário de garantias constitucionais, desafio estratégico aos órgãos responsáveis pela persecução penal, notadamente a polícia investigativa e o Ministério Público, no que diz respeito às melhores formas investigativas e à correta atribuição da responsabilidade penal.

## 2 Necessária mudança de paradigma investigativo

não há como perder de vista que o surgimento de práticas delituosas especializadas e cada vez mais sofisticadas, no âmbito da atividade empresarial, exige mudança de paradigma na visão clássica de investigação. Com efeito,

[...] as dificuldades encontradas na investigação criminal correspondem as peculiares características do delito, sem uma vítima pontual, jamais praticado por um único agente, de difícil visualização, por força de uma atuação opaca e resistente a qualquer observação despreziosa, que não é fruto de uma programação artesanal, mas antes de um projeto racionalmente elaborado <sup>4</sup>

O Superior Tribunal de Justiça chegou a afirmar que a obtenção de indícios mínimos que denotem a prática de crime, em uma investigação,

---

<sup>4</sup> LEMOS JÚNIOR, Arthur. **Roteiro para investigação criminal no crime de lavagem de dinheiro**. Ministério Público do Estado de São Paulo, 2007, p. 1. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/gaeco/Apoio/Roteiro\\_Lavagem.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/gaeco/Apoio/Roteiro_Lavagem.pdf). Acesso em: 15 ago. 2020.

“não pode se desatrelar das novas formas criminosas surgidas com o desenvolvimento tecnológico e o aprofundamento internacional de integração econômica”<sup>5</sup>. Aliás, como adverte Paulo Augusto Moreira Lima,

[...] a análise do *modus operandi* destes ‘novos delitos’ é suficiente a demonstrar que raramente virão à tona por confissão, prova testemunhal ou flagrante. Se os julgadores se contentarem apenas com esse tipo de prova, assistiremos a uma saraivada sem fim de absolvições, pois a experiência demonstra que nos casos pertinentes à macrocriminalidade impera forte código de silêncio na instrução criminal<sup>6</sup>.

De fato, os crimes que compõem a chamada criminalidade corporativa

passa[m] a ser cada vez mais um segmento terceirizado do mercado de serviços ilegais, proporcionada por especialistas, indivíduos e empresas, não só hábeis em elaborar complexas técnicas de escamoteação da origem ilícita de ativos mais habilitados a fornecer sofisticada assessoria na análise e gerenciamento de riscos e no estabelecimento de retaguarda jurídica para implementação de tais operações<sup>7</sup>.

É necessário, portanto, que haja modificação na forma e nos métodos de investigação, que não se podem circunscrever exclusivamente às clássicas diretivas procedimentais processuais. Em casos de crimes empresariais, geralmente de alta complexidade, impõe que os investigadores detenham experiência multidisciplinar e suas atuações, no âmbito da persecução penal, sejam coordenadas com os diversos órgãos de controle administrativo existentes.

No particular, mostra-se virtuosa – e tem-se verificado uma tendência nesse sentido – a adoção, pela própria empresa, de procedimentos e rotinas de prevenção de delitos, com a valorização dos deveres de integridade, de ética e de harmonia com as leis, em um sistema de *criminal compliance*, isto é, de contínua avaliação das condutas praticadas nas ati-

<sup>5</sup> HC n. 349.945/PE, Rel. para acórdão Ministro Rogério Schietti, DJe 2/2/2017.

<sup>6</sup> LIMA, Paulo Augusto Moreira. A prova diabólica no processo penal. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coord). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 126.

<sup>7</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004. p. 13.

vidades desenvolvidas por empresas, com o objetivo de mitigar eventuais infrações penais, em uma cultura de conformidade com o direito (Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção).

Exemplificativamente, é possível elencar alguns dos crimes mais comuns cometidos no ambiente empresarial (tanto os perpetrados por meio da empresa como aqueles ocorridos dentro da empresa). Entre eles, destacar-se-iam os praticados contra a ordem tributária, os delitos de corrupção e os de lavagem de dinheiro. A investigação desses delitos requer alta especialização dos órgãos de persecução penal e atuação conjunta de diversos órgãos de controle e regulação administrativos (Receita Federal, Bacen, CVM, Coaf etc.).

Deveras, em relação ao crimes tributários – os quais, além dos prejuízos para a materialização das finalidades firmadas pelo poder constituinte acarretam, de modo direto, violação de princípios centrais da ordem econômica, notadamente o princípio da livre concorrência, claramente violado a partir do momento em que o indivíduo que arca com suas obrigações tributárias não consegue competir no mercado com aquele que deliberadamente não o faz – importa considerar que a investigação, na maior parte dos delitos, somente é possível após a atuação da Receita Federal.

Essa particularidade perpassa pela própria estrutura legislativa e jurisprudencial, que tornou a persecução penal nos delitos tributários, em certa medida, dependente da atuação da Receita Federal, visto que a deflagração do inquérito policial ou do próprio processo penal está sujeita ao exaurimento da via administrativa, com a constituição do crédito tributário<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> “Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário (“an debeatur”) e determinado o respectivo valor (“quantum debeatur”), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal. – A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico” (Pet n. 3.593 QO/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 2/3/2007).

Não menos relevante é o fato de que o STF, em julgamento proferido em repercussão geral, firmou o entendimento de que é possível o “compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário”<sup>9</sup>, situação que, além de fortalecer a atuação conjunta dos órgãos de persecução penal com os administrativos de controle, acabou por auxiliar eventuais investigações de crimes correlatos ou conexos cometidos com os tributários.

É interessante destacar, ainda, os delitos de corrupção, também muito comuns quando interesses empresariais se imbricam com os do setor público. Qualquer estudo que intente tratar do fenômeno da corrupção, logo de imediato, deve suplantiar a ambiguidade semântica do termo ante a realidade de um país como o Brasil, onde não se costuma fazer clara distinção dos limites entre o interesse público e os interesses privados.

Entretanto, em comum aos diversos conceitos que lhe possam ser atribuídos está a ideia de que a corrupção não é um fenômeno isolado, localizado ou mesmo regionalizado, mas universal, que caminha com a humanidade desde a sua gênese. Segundo Humberto Medeiros<sup>10</sup>, a corrupção é um mal sem imunidade, inerente à natureza humana, decorrente da sociedade, do Direito e do Estado.

Assinala Manoel Gonçalves que “esta persistência e essa universalidade demonstram claramente que a corrupção tem, como se diria familiarmente, a vida dura. E, quem sabe, ‘corpo fechado’: as medidas de repressão se revelam impotentes para eliminá-la, as preventivas, incapazes de evitá-la”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Tema 990 – RE 1055941 RG / SP, *Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno*, DJe 30/4/2018.

<sup>10</sup> MEDEIROS, Humberto J. de. O papel do Ministério Público no combate à corrupção. In: ALBUQUERQUE, Mário P.; MEDEIROS, Humberto J. de; BARBOZA, Márcia N. **O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no combate à corrupção**. Brasília: Ministério Público Federal, 2006, p. 53-82.

<sup>11</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>. Acesso em: 10 jan. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v185.1991.44482>.

Nessa perspectiva, em quaisquer dos mais variados significados, não é uma característica que ocupa espaço somente em determinada camada social específica, tampouco em regiões ou em países periféricos, mas, ao contrário, abrange a universalidade da sociedade nos mais variados setores, sobretudo no âmbito empresarial, e funciona como importante vetor do empobrecimento<sup>12</sup>.

Na feliz concepção de Luiz Eduardo Soares<sup>13</sup>, a corrupção, em sua essência, é a sedução ou a tentativa de sedução para envolver terceiro(s) na busca dolosa e solidária de uma vantagem mútua, contornando as respectivas normas e obrigações morais próprias da esfera específica em que opera: o campo financeiro, político, policial ou judiciário.

Fato é que a nocividade da corrupção, aliada ao reconhecimento de que sua prática não encontra limitações fronteiriças, levou diversos países a buscar um regime jurídico internacional que pudesse enfrentar essa realidade. Por isso, ainda na década de 90, diversos organismos internacionais se manifestaram, entre os quais a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), que publicou, em 1994, as Recomendações sobre Propinas em Negócios Internacionais.

Em 1996, foi assinada a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Ciac), adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), que objetiva a prevenção, a detenção, a punição e a erradicação da ação corrupta ou corruptora. Uma das inovações promovidas pela Ciac foi definir a corrupção como a oferta a um funcionário público, ou a solicitação, de qualquer valor monetário, presente, favor, promessa ou vantagem, em troca de ação ou omissão no exercício de suas funções, além de

<sup>12</sup> “A partir da década de 1990, desenvolveu-se na comunidade internacional o consenso de que o avanço da corrupção contribui para o aumento da pobreza, além de causar impacto negativo nas relações comerciais. Com a priorização do combate à corrupção na agenda internacional e com a certeza de que sociedades justas e democráticas não podem desenvolver-se com o avanço dessa prática, diversos acordos multilaterais passaram a ser celebrados. Assim, governantes de todo o mundo se mobilizaram no intuito de desenvolver instrumentos internacionais que abrangessem a prevenção, a criminalização, a cooperação internacional e a recuperação de ativos” (Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-onu/arquivos/cartilha-onu-2016.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

<sup>13</sup> SOARES, Luiz Eduardo. Crime organizado. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* (org.). **Corrupção: ensaios e críticas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 405-420.

estabelecer mecanismos de cooperação entre os Estados signatários. A referida Convenção abrange os lados ativo e passivo do delito, incluindo desde a corrupção puramente doméstica até sua dimensão internacional, mas dirige-se exclusivamente à corrupção no exercício das funções públicas.

Em 2003, foi assinada pelo Brasil a Convenção sobre Corrupção da ONU, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687/2006, que se constitui no mais abrangente tratado internacional sobre prevenção e combate à corrupção. Esse acordo trata de quatro temas principais: a prevenção, a criminalização dos atos de corrupção, a cooperação internacional e a recuperação de ativos. No que se refere à prevenção, foram previstas medidas como criação de agências anticorrupção, maior transparência no setor público, participação da sociedade, criação de códigos de conduta para funcionários públicos e regras para a contratação pública e gestão da Fazenda Pública<sup>14</sup>.

Todo esse esforço conjunto, em alguma medida, auxiliou no avanço das técnicas investigativas relacionadas aos crimes de corrupção. Segundo Francis Beck:

As diversas operações deflagradas nos últimos anos pela Polícia Federal, em relação aos delitos de colarinho branco, são exemplos de como as investigações avançaram, especialmente mediante o aperfeiçoamento técnico da instituição (seja em relação aos seus agentes, seja em relação aos recursos tecnológicos, com especial destaque ao moderno sistema de interceptações telefônicas e telemáticas) e o *know-how* conquistado ao longo dos últimos anos<sup>15</sup>.

Mas, a corrupção atrai outro relevante fenômeno delitivo como consequência da necessidade de aproveitamento daquilo que se auferiu com a

<sup>14</sup> BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Convenção da ONU. De que maneira a Convenção ajuda a prevenir e combater a corrupção?** 22 de julho de 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-onu>. Acesso em: 27 nov. 2020.

<sup>15</sup> BECK, Francis Rafael. **A criminalidade de colarinho branco e a necessária investigação contemporânea a partir do Brasil: uma (re)leitura do discurso da impunidade quanto aos delitos do “andar de cima”**. Tese de doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013, p. 266.

sua prática: a lavagem de dinheiro. Segundo pesquisa do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), a lavagem representa 46,5% de todos os inquéritos abertos, decorrente da prática do crime de corrupção. A União é a principal vítima, lesada em 74% dos casos. A Previdência, o sistema financeiro e a Receita Federal representam 2% cada<sup>16</sup>. Deveras, índices tão expressivos revelam que um dos grandes desafios dos envolvidos em corrupção é encontrar a melhor maneira de usufruir da vantagem auferida ou do produto do crime sem, contudo, despertar a atenção dos órgãos de investigação e de controle.

Entra em cena, juntamente com esses importantes mecanismos de cooperação internacional, a chamada Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), que foi concebida em 2003 e representou o reconhecimento da importância de combater, de forma articulada, a lavagem de dinheiro e a corrupção, bem como da necessidade de cumprir os compromissos internacionais assumidos pelo País nessa matéria.

Não há como desconsiderar que o crime de lavagem de dinheiro suscita inúmeros debates e diversas controvérsias não só no âmbito acadêmico, mas, sobretudo no jurisprudencial, os quais vão desde o bem jurídico tutelado até o modelo de adequação do tipo subjetivo. Em uma definição cunhada pelo Coaf, o referido delito é o processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal.

Vale dizer, trata-se de

um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo

---

<sup>16</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo e Associação Brasileira de Jurimetria. **Relatório analítico propositivo**. Justiça pesquisa. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/02/levantamento-CNJ-justica-pesquisa.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente<sup>17</sup>.

Esse conceito não se distingue daquele previsto pela Lei n. 9.613/98, que rege a matéria, nem das definições propostas por legisladores, órgãos e agências internacionais e pela literatura especializada, a par das controvérsias existentes sobre o tema.

Assim, a partir da percepção de autoridades do mundo todo acerca da inutilidade dos mecanismos tradicionais de combate à criminalidade, que não ofereciam respostas eficientes à crescente atuação das mais especializadas formas de delitos corporativos, sobretudo quando há o envolvimento de organizações criminosas, concluiu-se que a melhor estratégia para combatê-las seria com o uso de métodos mais inteligentes e eficazes de repressão, como o *follow the Money*, isto é, com a neutralização do capital que alimenta essas sofisticadas estruturas criminosas.

Atualmente, o *Financial Action Task Force* (FATF – global) e o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI – sul-americano), do qual o Brasil é membro, são responsáveis por formular recomendações à prevenção e à repressão ao crime de lavagem e ao financiamento do terrorismo por meio de confisco dos valores obtidos com a prática delitiva.

Com a edição da Lei 12.683/2012, que contou com a participação nos debates de diversos órgãos de controle e fiscalização, como o Banco Central e a Receita Federal, foram ampliadas as infrações antecedentes (agora pode ser qualquer crime). Além disso, o dispositivo legal prevê a possibilidade de delação premiada a qualquer tempo, dispõe sobre a alienação antecipada dos bens apreendidos oriundos da lavagem e possibilita o afastamento cautelar do servidor público indiciado pela prática de crimes.

Vale destacar, ainda, a chamada ação controlada, cujo objetivo é permitir que sejam identificados outros criminosos ou outros crimes que dificilmente seriam descobertos caso a ordem de prisão ou de medidas

---

<sup>17</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>. Acesso em: 21 dez. 2019.



acautelatórias fossem cumpridas. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o instituto da ação controlada foi idealizado para a postergação de prisão em flagrante, cuja disciplina “visa a proteger o próprio trabalho investigativo, afastando eventual crime de prevaricação ou infração administrativa por parte do agente policial que aguarda, observa e monitora a atuação dos suspeitos e não realiza a prisão em flagrante assim que toma conhecimento acerca da ocorrência do delito”<sup>18</sup>.

Destaca-se, ainda, como importante instrumento de auxílio às investigações, a colaboração premiada<sup>19</sup>, termo utilizado indistintamente pelo STJ também como delação premiada – que não se confunde com colaboração à Justiça, pois o delator, espécie de colaborador, confessa o seu envolvimento na prática criminosa e indica outros envolvidos, o que não ocorre na colaboração à Justiça, em que o acusado pode assumir a culpa pelo delito sem indicar outras pessoas<sup>20</sup>.

Tal cooperação é muito importante para a persecução penal de alguns crimes empresariais, notadamente quando há o envolvimento de organizações criminosas, em que é comum a destruição de provas e ameaças a testemunhas, especialmente os de lavagem de capitais, que têm

<sup>18</sup> REsp 1655072/MT, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 20/2/2018).

<sup>19</sup> A colaboração premiada é “[...] uma tendência mundial e objetiva suprir os anseios da sociedade relativamente ao aperfeiçoamento do Direito, no sentido de conferir melhores condições (técnicas e materiais) aos juízes, membros do Ministério Público e integrantes da polícia judiciária no exercício das respectivas atividades de persecução penal” (LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno *et al.* **Garantismo penal integral**: questões processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 286).

<sup>20</sup> Na visão do STJ: “O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime” (HC 90.962/SP); “[...] A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas [...]” (RHC 69.988/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 7/11/2016).

por objetivo justamente ocultar outros delitos, assim como os de corrupção, realizados às ocultas e com pactos de silêncio.<sup>21</sup>

### 3 Problemas na imputação da responsabilidade penal

A Constituição Federal legitima a tutela penal diante de condutas consideradas mais reprováveis à ordem econômica. Em contrapartida, também resguarda direitos e garantias fundamentais, que servem como limites à construção da dogmática penal e impedem, v.g., a responsabilidade pessoal e a imputação penal sem culpabilidade.

Quando se pensa em responsabilidade penal, não raro, abre-se espaço para debates sobre inúmeros aspectos ainda tormentosos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobretudo quando se pretende delimitar, sob o prisma dos institutos gerais da dogmática, a atuação prática dos órgãos de persecução penal e de apreciação judicial da imputação penal, excluída, deste breve estudo, a análise da responsabilidade penal de pessoa jurídica<sup>22</sup>.

Um dos grandes problemas que orbitam esse campo passa, na grande maioria dos casos, pelas dificuldades relativas à determinação e à consequente atribuição da responsabilidade penal em relação àqueles que, de um modo ou de outro, tenham concorrido para a prática de um crime empresarial. Isso ocorre porque, em grande parte dos casos, esses delitos são perpetrados no âmbito de uma pessoa jurídica, em que a descentralização e a distribuição de funções dificultam a imputação de pessoas físicas que efetivamente concorreram para a prática do crime (em regra, dirigentes, funcionários ou prepostos da empresa)<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> TEIXEIRA, I. G. A “Lavagem” de capitais e a delação premiada. **Migalhas**, 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/250857/a-lavagem-de-capitais-e-a-delacao-premiada>. Acesso em: 27 nov. 2020.

<sup>22</sup> Sobre o tema, contudo, sugere-se a seguinte leitura: ESTELLITA, Heloisa. **Levando a Sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Brasil**. Revista de Estudos Criminais, Ano XVIII, n. 75, Porto Alegre, 2019. p. 59-79.

<sup>23</sup> As condutas previstas nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990 podem ser praticadas por pessoa natural sem que sejam empreendedores ou sócios de empresas. Assim, é suficiente a prática, por pessoa física, da supressão ou da redução de tributo mediante a prestação de declaração falsa

É justamente esse último aspecto que denota a extrema relevância de individualizar a responsabilidade penal subjetiva. Para que se possa atribuir determinado resultado típico a certa pessoa é preciso que seja demonstrada a sua efetiva participação no crime<sup>24</sup>, o que exige também a presença do elemento subjetivo do tipo penal. Noutros termos, significa dizer que, uma vez afastado o dolo ou a culpa em sentido estrito, a conduta passa a ser um irrelevante penal.

A autoria do delito pode ser individual, quando o autor realiza pessoalmente todas as características do tipo legal, ou pode ser mediata, quando ele utiliza outra pessoa como instrumento, como, ainda, pode ser coletiva (ou coautoria), se vários autores realizam em comum o tipo de injusto<sup>25</sup>.

Necessário, outrossim, que se considerem, para a atribuição de responsabilidade penal a seus autores, diversas especificidades que envolvem os delitos decorrentes de atividades empresariais.

Exemplificativamente, poderíamos citar algumas hipóteses mais comuns na crônica judiciária: a) conduta praticada diretamente pelo único administrador, na condição de gestor de fato da sociedade empresária; b) conduta praticada diretamente pelos sócios administradores, na condição de gestores de fato, mediante divisão de papéis; c) conduta praticada por meio da sociedade empresária, porém, a mando de administrador, na condição de gestor de fato; d) conduta delituosa praticada por pessoa física que atua sob a orientação de diretor ou gerente de setor, sem o conhecimento ou ordem do sócio que exerce, de fato, o poder de gestão da empresa.

É impositivo, antes de mais nada, avaliar a própria tipicidade da conduta, de tal sorte que se possa divisar quais ações são ou não são relevan-

---

às autoridades fazendárias (art. 1º, I da Lei n. 8.137/1990), ou, ainda, mediante a falsificação ou a alteração de nota fiscal relativa à operação tributável (art. 1º, III, da Lei n. 8.137/1990), considerando a exigência estabelecida no art. 1º, *caput* e § 1º, *b*, da Lei n. 8.846/1994, relativa à emissão de nota fiscal.

<sup>24</sup> Segundo Toledo, “sob o ângulo visual da imputabilidade, tomado este termo no sentido de atribuíbilidade, só se podem reconduzir ao homem, por meio de algum nexo de causalidade, fatos de cuja produção tenha ele participado com um mínimo de voluntariedade” (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 107).

<sup>25</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017. p. 343.

tes para o direito penal. Além dos elementos objetivos ou normativos que compõem a estrutura típica, deve a conduta ser guiada pelo dolo, que se caracteriza, como assinala de maneira precisa Juarez Tavares, pela “consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico”<sup>26</sup>. A sua relação com o resultado corresponde “à necessidade de se proceder a uma medida da intensidade de ingresso do agente na zona do ilícito”<sup>27</sup>.

Em outras palavras, para se determinar a responsabilidade penal dos sócios ou dos administradores, há que se verificar, concretamente, a conduta do indivíduo e sua influência no desencadeamento do fenômeno delitivo. É necessário lançar mão da delimitação da autoria e de suas respectivas formas (autoria direta, coautoria e autoria mediata).

Não há como deixar de reconhecer que um dos temas mais controvertidos da ciência penal é a delimitação da autoria (e da participação) nos delitos em que há o concurso de pessoas<sup>28</sup>, evento comum nos chamados crimes societários ou nos delitos unissubjetivos de concurso eventual. Tal circunstância acaba por se refletir na imputação e na amplitude dessa imputação que recai sobre o agente indicado logo no início da persecução penal *in judicio*, com a denúncia ofertada pelo Ministério Público.

Apesar de o Código Penal prever que todo aquele que concorre para o crime é considerado autor (art. 29, *caput*), ainda que a sua participação seja de menor importância (art. 29, § 1º), há situações nas quais o intérprete lança mão do domínio do fato, de modo a presumir e demarcar a autoria. Apenas para que se possa pontuar a discussão sobre esse tema, em alguns casos examinados pelos Tribunais Superiores (STJ e STF), pode-se observar o emprego das expressões “domínio do fato” ou “domínio final do fato”, em referência à delimitação da autoria ou mesmo para afastá-

<sup>26</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 249.

<sup>27</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos., op. cit, p. 249.

<sup>28</sup> Como regra geral, o concurso de pessoas depende de cinco requisitos: pluralidade de agentes culpáveis; relevância causal das condutas para a produção do resultado; vínculo subjetivo; unidade da infração penal para todos os agentes e existência de fato punível (MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 496).

-la<sup>29</sup>. Também é comum, no âmbito do exame de aptidão da denúncia, o reconhecimento de que a simples administração (ou gestão) da empresa seria suficiente para estabelecer o nexo de causalidade entre a prática do crime e aquele que ocupa a posição de gestão<sup>30</sup>.

Mas, o que seria o “domínio do fato” ou “domínio final do fato”? Será que somente a posição do indivíduo como administrador ou gestor (de fato ou previsto no contrato social da empresa) seria suficiente para que se pudesse atribuir-lhe a responsabilidade penal pela prática de crime? A resposta a essas perguntas não é tarefa fácil e a pretensão deste estudo é apenas chamar a atenção do leitor para o problema, de modo a contribuir, em alguma medida, para maior reflexão sobre o assunto.

De início, observa-se que há algumas linhas diretivas que permitem pontuar, com alguma segurança, a existência de certo equívoco na utilização tanto das expressões retrorreferidas, que indicam as teorias às quais se vinculam, quanto no uso da posição ocupada pelo agente como fator determinante para delimitação da autoria, sobretudo porque é exigido, em qualquer caso, que o agente seja culpável, isso é, dotado de culpabilida-

<sup>29</sup> Vide, v.g., AgRg no RHC n. 103.206/PR, 6ª T, DJe 25/6/2019 (no STJ): “Não há falar em responsabilidade objetiva, tendo em vista que os recorrentes não foram denunciados apenas por serem sócios da empresa, constando da denúncia que, na condição de administradores, detinham o poder de gerência, o que lhes davam domínio final do fato delituoso”. E HC n. 127.397/BA, 2ª T, DJe 2/8/2017 (no STF): “A teoria do domínio do fato poderia validamente lastrear a imputação contra o paciente, desde que a denúncia apontasse indícios convergentes no sentido de que ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados”.

<sup>30</sup> Como exemplos, os recentes arestos do STJ: “Quando se trata de pequena empresa, com *quórum* mínimo de agentes na gestão, há de se admitir como presente a justa causa por suficientes indícios de autoria na admissão de que colaboraram eles pouco para o crime através da pessoa jurídica – a definição da culpa provada cabendo à ação penal” (RHC n. 119.048/DF, 7/2/2020); “Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ‘não sendo o caso de grande pessoa jurídica, onde variados agentes poderiam praticar a conduta criminosa em favor da empresa, mas sim de pessoa jurídica de pequeno porte, onde as decisões são unificadas no gestor e vem o crime da pessoa jurídica em seu favor, pode então admitir-se o nexo causal entre o resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal, por culpa subjetiva, de seu gestor’ (RHC n. 71.019/PA [...] DJe 26/8/2016)’ (AgRg no AgRg no HC n. 388.874/PA, DJe 2/4/2019).

de; afinal, a responsabilidade penal é pessoal (depende da atuação do sujeito) e subjetiva (depende de culpa)<sup>31</sup>.

Em relação ao domínio do fato, há interessantes produções doutrinárias que chamam atenção para os problemas que orbitam essa teoria<sup>32</sup>. O principal deles pode ser identificado logo em sua gênese – na ausência de uma construção teórico-dogmática coerente e passível de ser utilizada em harmonia com o nosso ordenamento jurídico, mormente na atuação jurisdicional diante de casos concretos. Utilizar-se da teoria do domínio do fato pressupõe do intérprete a manutenção da coerência sistêmica.

Nessa ordem de ideias, Luis Greco e Alaor Leite afirmam que “a expressão domínio do fato foi usada, pela primeira vez, por Hegler no ano de 1915, mas ainda não possuía a conotação que se lhe empresta atualmente, estando mais atrelada aos fundamentos da culpabilidade”<sup>33</sup>. Contudo, foi com Welzel, em 1939, que surgiu uma teoria do domínio do fato como critério de delimitação de autoria e que dependeria de dois pressupostos: (a) os pessoais, que decorrem da estrutura do tipo, e o (b) fático, ligado ao domínio final do fato (o autor seria o senhor da decisão e da execução de sua vontade final). O domínio do fato, em sua concepção, portanto, compunha as espécies de autoria ou coautoria (direta, mediata).

Todavia, é com Roxin, sem dúvida, que a teoria do domínio do fato ganhou “sua expressão mais acabada”<sup>34</sup>. Longe de ser um aprimoramento ou um aperfeiçoamento da teoria de Welzel, ela significou uma construção nova, com implicações teóricas e práticas distintas. Enquanto para Welzel a teoria do domínio do fato seria um pressuposto (requisito) material para determinação da autoria, para Roxin consistiria em um critério para deli-

<sup>31</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1978, p. 628.

<sup>32</sup> Sobre o tema, sugere-se a leitura dos seguintes estudos nacionais: GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>33</sup> GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial/Pons, 2014. p. 21.

<sup>34</sup> GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial/Pons, 2014. p. 20.

mitação do papel do agente na prática delitiva (como autor ou partícipe). Ela representou, assim, uma forma de distinguir autor de partícipe e não fundamentou responsabilidade penal onde ela não existe, mas apenas distinguiu o papel desempenhado por cada agente no delito.

É bom rememorar que a teoria do domínio do fato de Roxin surgiu em um contexto sociopolítico específico (de nacional socialismo) na Alemanha e se destinava a subsidiar a diferenciação existente entre autor e partícipe naquele ordenamento, com implicações práticas na jurisprudência, porquanto a participação ou a cumplicidade eram punidas com pena atenuada. Roxin desenvolveu uma teoria em que o domínio do fato se manifestava de três maneiras, sem a pretensão de universalidade sobre todos os casos: (a) domínio da ação, nas hipóteses em que o agente realiza, por sua própria pessoa, todos os elementos estruturais do crime (autoria imediata); (b) domínio da vontade, na qual um terceiro funciona como instrumento do crime (autoria mediata); e (c) domínio funcional do fato, que trata da ação coordenada, com divisão de tarefas, por pelo menos mais uma pessoa<sup>35</sup>.

Ao tratar especificamente do domínio da vontade, Roxin distinguiu três hipóteses: (1) por coação exercida sobre terceiro, (2) por indução a erro de terceiro e (3) por um aparato organizado de poder. Esta última hipótese trata daquele que

servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada, dissociada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados<sup>36</sup>.

Mas, para Roxin, esse não seria o único critério de fundamentação e distinção da autoria e da participação. Existiriam outros delitos que não seriam influenciados pela teoria do domínio do fato, como naqueles em que há violação de dever (delitos próprios). Então, *v. g.*, no crime de pecu-

<sup>35</sup> ALMEIDA, André Vinícios de. **Erro e concurso de pessoas no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 64.

<sup>36</sup> GRECO, Luís *et al.* *op. cit.*, p. 28.

lato, não seria estabelecida a autoria pela teoria do domínio do fato, mas por violação de dever. Além desses, os delitos culposos, omissivos (próprios e impróprios), também não seriam abrangidos pela teoria do domínio do fato.

Observa-se, portanto, que a referida teoria opera em um plano de abstração e funciona como uma *ratio*, a qual é insuficiente, por si mesmo e se conceitualmente considerada, para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É insuficiente e equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado aos fatos, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo (comprovação da existência de plano delituoso comum ou contribuição relevante para a ocorrência do fato criminoso). Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de participação no delito, se não existir, no plano fático-probatório, alguma circunstância que vincule a pessoa à prática delitiva<sup>37</sup>. O mesmo equívoco ocorre quando se considera o domínio do fato para imputar a responsabilidade penal nas hipóteses em que o gestor determina que alguém, *v. g.*, o contador, sem que atue com erro ou estado de não culpabilidade, faça a manipulação dos dados contábeis com a finalidade de sonegar tributo. Haverá, em tal hipótese, mera coautoria delitiva, descabendo a invocação da teoria do domínio do fato.

Com efeito, sob o ponto de vista de Welzel acerca do domínio final do fato na autoria mediata, faltaria o domínio pleno sobre o fato integral, visto que a conduta do contador depende de sua aquiescência (ele é livre) e dos seus conhecimentos técnicos que possibilitam a sonegação (sua conduta se agrega à vontade do gestor). De igual forma, também não haverá o domínio do fato de que trata Roxin, o qual pressupõe aparato organizado de poder, este concebido à margem da lei, *v. g.*, máfia, ditaduras ou

---

<sup>37</sup> CANAL CIENCIAS CRIMINAIS. **STJ estabelece novos contornos sobre a teoria do domínio do fato**. Jurisprudências. Notícias. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/stj-estabelece-novos-contornos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato/>. Acesso em: 27 nov. 2020.



grupos terroristas, o que não ocorre em uma empresa, muito embora haja organização hierarquizada.

Por isso, é possível constatar que a teoria do domínio do fato, seja sob a concepção de Welzel, seja sob a de Roxin, não permite, apenas pela posição na empresa, que se faça acusação pela prática de qualquer crime societário, porquanto a imputação deve ser acompanhada da devida descrição, no plano fático, do nexo de causalidade<sup>38</sup> entre a conduta e o resultado delituoso<sup>39</sup>.

No particular, em interessante precedente do STF, da lavra do Ministro Edson Fachin, ficou assentado que “a teoria do domínio do fato não tem lugar para colmatar a falta de substrato probatório da autoria delitiva”<sup>40</sup>. Outro caso que também merece destaque é o examinado, no STJ, pelo Ministro Sebastião Reis: “a denúncia considerou os recorrentes responsáveis apenas em razão dos cargos ocupados, como sócios-proprietários e administradores, com domínio do fato, mas sem indicar com precisão como eles teriam contribuído para o delito”<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Segundo Claus Roxin, “a categoria central do injusto penal não é, pois, a causação do resultado ou a finalidade da ação humana [...] senão a realização de um risco não permitido. A causalidade é só uma condição necessária, mas não suficiente, do injusto penal” (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 41).

<sup>39</sup> Assinala Santiago Mir Puig que a “autoria pressupõe, pois, que o delito seja imputável ao sujeito como seu, pressupõe uma ‘relação de pertinência’. Esta pertinência corresponde, em primeiro lugar, ao executor material individual a quem se pode imputar o delito’: quando é o único causador a quem é imputável o tipo (não há indutores nem nenhum outro causador do fato), porque não existe possibilidade de se atribuir a outrem aquela pertinência; e quando existem outros causadores não executores que desempenham um papel prévio menos próximo e decisivo (como indutor), porque dependem de que o primeiro execute ou não um ato que permanece em suas mãos a título próprio. É certo que a pertinência da causação típica também corresponde, em segundo lugar, ao ‘autor mediato’ que utiliza o instrumento que se encontra sob seu total controle” (PUIG, Santiago Mir **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 339).

<sup>40</sup> AP n. 987/MG, DJe 8/3/2019.

<sup>41</sup> RHC n. 113.447/RN, DJe 3/10/2019. Nesse sentido, ainda, outro interessante precedente: “Como é cediço, a mera atribuição de uma qualidade não é forma adequada para se conferir determinada prática delitiva a quem quer que seja. Caso contrário, abre-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.” (AgRg no RHC n. 76.581/PE, DJe 1º/8/2017).

A par da existência dos referidos precedentes, fato é que a jurisprudência dos Tribunais Superiores ainda é hesitante ao examinar casos nos quais se pleiteia o reconhecimento da inépcia da denúncia pela inexistência de descrição mínima da conduta dos acusados e do nexo de causalidade com o resultado delituoso. Ora se afirma que devem ser indicados na denúncia, relativamente ao acontecimento no plano fático, a autoria e o nexo de causalidade, ora se contenta com presunções extraídas a partir do domínio do fato.

## 4 Conclusão

A natureza multifacetária da atividade empresarial contribui, sob o aspecto negativo, para as mais variadas formas de cometimento de crimes, que vão desde delitos previstos no Código Penal até a realização de crimes previstos em leis especiais.

Tal realidade influenciou e ainda influencia diversos segmentos da dogmática penal e processual penal, dois dos quais foram destacados neste breve estudo: 1) a necessária mudança de paradigmas investigativos tradicionais e 2) a correta delimitação da responsabilidade penal.

Sublinhou-se a necessidade de modificação da forma e dos métodos de investigação, que não mais podem se circunscrever exclusivamente às clássicas diretivas procedimentais do Código de Processo Penal. Ao contrário, demandam a existência de experiência multidisciplinar e atuação coordenada dos diversos órgãos de controle, o que vem sendo feito atualmente, seja por meio de modificações legislativas, seja por intermédio de construções jurisprudenciais.

Além disso, a imputação feita pelo titular da ação penal deve conter a descrição de todos os elementos mínimos estruturais do crime e as circunstâncias que o singularizem – aí incluído o nexo de causalidade –, de sorte a possibilitar ao denunciado exercer sua autodefesa e a defesa técnica.

No particular, a teoria do domínio do fato, em qualquer de suas vertentes doutrinárias (ainda pouco sistematizadas e harmonizadas com o ordenamento jurídico), não serve, de per si, como fator suficiente à res-

ponsabilização penal, seja por incongruência teórico-dogmática, seja por não fornecer os substratos essenciais do concurso de pessoas exigidos pela legislação penal brasileira.

A utilização das expressões “domínio do fato”, “domínio final” ou “domínio funcional do fato” na denúncia ou em qualquer decisão judicial, verificável pelo simples exame terminológico, deve servir de alerta para a possibilidade de se incorrer em uma responsabilização objetiva, sobretudo quando não houver sido descrito ou comprovado, no plano intermediário das provas, nexos de causalidade da conduta e resultado.



## CAPÍTULO 4

# A responsabilidade das empresas financeiras transnacionais na concessão de crédito a empresas com atividades violadoras dos direitos humanos

*André Guilherme Lemos Jorge*

*Marcelo Benacchio*

**Resumo:** O capítulo analisa a atuação das empresas financeiras transnacionais no mercado global. Examina aspectos da globalização, soberania e a regulação da atividade empresarial transnacional pelos direitos humanos. Investiga e discorre sobre pilares fundamentais e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Ao final apresenta reflexão acerca da responsabilidade das empresas financeiras transnacionais pela reparação das violações dos direitos humanos provocados pela empresa financiada a partir do emprego dos recursos econômicos obtidos em suas atividades empresárias.

**Palavras-chave:** Empresa Transnacional. Financiamento. Direitos Humanos.

### Introdução

Este estudo pretende estabelecer critérios para aferição do comportamento das empresas financeiras transnacionais em um mercado capitalista global.

O funcionamento da economia mundial depende do investimento realizado pelas empresas para o exercício de suas atividades na consecução de seus objetivos, notadamente, a realização do lucro na consecução dos interesses dos titulares da atividade empresarial e acionistas, conforme a estrutura jurídica eleita.

O desenvolvimento humano está diretamente ligado ao bom funcionamento do mercado e, por consequência, das empresas nacionais e, sobretudo, das transnacionais.

As empresas transnacionais, por atuarem em vários países, demonstraram, desde o final do século passado, as dificuldades das soberanias de cada Estado na sua regulação repercutindo em conflitos entre os interesses individuais dessas empresas frente aos sociais quanto aos países e humanos em relação a todas as pessoas.

As empresas financeiras transnacionais, por efetuarem a captação e distribuição de recursos econômicos em grau mundial, são figuras centrais no aspecto do destino final desses investimentos, apesar de não ligadas diretamente à produção e distribuição de bens e serviços não financeiros.

Não tem sido incomum a violação de direitos humanos pelas empresas transnacionais que recebem financiamento gerando grave externalidade negativa a ser evitada e, em última instância, reparada.

A presente pesquisa indaga a responsabilidade das empresas financeiras transnacionais perante as vítimas das violações de direitos humanos realizadas pelas empresas que receberam financiamento para o exercício de atividades empresariais que redundaram em atos contrários à condição humana.

Os aspectos internos dos contratos de financiamento e a corte que examinará a reparação das lesões de direitos humanos não serão tratados neste estudo, mas somente as consequências negativas geradas por esses financiamentos a terceiros a partir de atos praticados pelas empresas que receberam os recursos econômicos e a responsabilização das empresas financeiras transnacionais.

A investigação segue no estabelecimento do padrão de comportamento enquanto marco legal das empresas financeiras transnacionais na concessão do crédito empresarial.

Diante disso, fazemos a seguinte indagação: como deve atuar a empresa financeira transnacional para impedir a violação de direitos humanos com os recursos concedidos em seus contratos de mútuos às empresas?

Para tanto este estudo trata da atividade das empresas financeiras transnacionais no mercado globalizado, passa ao exame dos direitos humanos como vetores da atividade empresarial, segue pela análise dos princípios orientadores sobre empresas e direitos do Conselho de Direitos Humanos da ONU e refere o marco legal para as empresas financeiras na concessão de crédito na parcela da pesquisa.

Ao final é apresentada a conclusão acerca do padrão de comportamento estabelecido pela ordem jurídica para atuação das empresas financeiras.

O método utilizado é hipotético-dedutivo por meio de pesquisa documental e bibliográfica.

## **A atividade das empresas financeiras transnacionais no mercado**

Ainda que não seja novidade histórica<sup>1-2</sup>, a globalização envolve a intensificação dos processos econômicos, sociais, culturais e políticos entre os países em razão das facilidades de locomoção e das tecnologias de informação e comunicação entre as pessoas.

Este estudo tem por objeto o aspecto econômico da globalização que permitiu a formação de um mercado capitalista mundial gerando aspectos positivos, como a facilidade de acesso a bens e serviços às pessoas, e negativos, como a pobreza e a exclusão social.

---

<sup>1</sup> AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 67.

<sup>2</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 50.

A globalização econômica determinou a formação de um mercado mundial provocando, praticamente, o desaparecimento dos “países puros”, havendo cada vez mais regiões que se integraram ao sistema capitalista gerando um processo de repartição da riqueza, soberania, poder e liberdade de comércio<sup>3</sup>.

As empresas transnacionais conduzem o processo de globalização econômica na busca do lucro desde a diminuição de seus custos de produção com insumos, trabalhadores e impostos.

São interessantes as proposições de Joseph E. Stiglitz<sup>4</sup> acerca da orientação do processo de globalização para a obtenção de bons resultados, como segue:

Com as grandes empresas no centro da globalização, elas podem ser acusadas de muitos de seus males, bem como receber crédito por muitos de seus sucessos. Assim como a questão não é se a globalização em si mesma é boa ou ruim, mas como podemos reformá-la para que funcione melhor, a questão em relação às empresas deveria ser: o que pode ser feito para minimizar seus danos e maximizar sua contribuição para a sociedade?

Nessa ordem de ideias, há necessidade de se estabelecer um padrão de comportamento a ser seguido no mercado global pelas empresas transnacionais, cuja atividade ocorre em vários Estados em conformidade a uma única orientação emanada de sua matriz ou controladora.

Nos últimos anos tem havido a intensificação de estudos e pesquisas para ordenação do mercado internacional frente a dificuldade basilar do encontro de uma ordem legal para tanto.

Ao mesmo tempo houve o crescimento exponencial dos poderes das empresas transnacionais frente às ordens normativas internas dos vários Estados nos quais exercem suas atividades econômicas.

---

<sup>3</sup> BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós, 2008, p. 186.

<sup>4</sup> STIGLITZ, Joseph E. *Globalização como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 304.



A competição dos países em desenvolvimento pela busca de investimentos das empresas transnacionais tem gerado o efeito negativo do “mercado de direitos” no sentido da diminuição e flexibilização máxima da legislação ambiental e trabalhista internas com igual repercussão no aumento dos lucros das empresas transnacionais.

De acordo com Natalino Irti<sup>5</sup>, o mercado é um *locus artificialis*, portanto, passível de ser regrado pela ordem normativa jurídica.

Esse ordenamento legal do mercado ocorre tanto no plano nacional como internacional por meio das ordens normativas internas e os tratados internacionais, destarte, a atuação das empresas nas esferas nacionais e transnacionais sempre encontrará uma ordem normativa voltada à estruturação e funções do mercado.

As empresas financeiras transnacionais possuem especial relevância no mercado por possibilitarem a atividade econômica das empresas por meio da captação e distribuição de recursos econômicos privados.

As instituições financeiras transnacionais realizam sua eficiência a partir da correta distribuição de recursos às atividades empresariais financiadas, portanto, não é incomum a concessão de um crédito para produção, e outro para aquisição dos bens produzidos por outra empresa.

Essas empresas financeiras são detentoras de uma posição única, permitindo coletar, estudar e receber informações acerca das empresas e suas atividades, cabendo exigir-lhes uma atuação responsável guiada pela “diligência profissional, boa-fé e lealdade – *bonus argentarius*, dado ao enorme número de informações econômicas que têm a sua disposição”<sup>6</sup>.

Essas empresas são fonte de informação, situando-se num local privilegiado para observação das empresas financiadas e suas atividades, assim, por tais condições e também por possuírem poderes de controle do

---

<sup>5</sup> IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 2004, p. 11.

<sup>6</sup> BENACCHIO, Marcelo. Concessão abusiva de crédito pelos bancos enquanto atividade de risco na perspectiva da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (org.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 366-367.

fluxo privado de capitais, tornam-se as responsáveis ideais do ponto de vista jurídico e econômico<sup>7</sup>.

As empresas financeiras transnacionais podem provocar diversas crises nas ordens econômicas nacionais e internacionais acaso atuem centradas apenas no lucro e nos próprios interesses sem preocupação com o desenvolvimento humano e o conjunto da sociedade.

Hans Küng<sup>8</sup> comenta essa questão nos seguintes termos:

Los global players transnacionales en el sector financiero amenazan frecuentemente la autonomía nacional. A menudo parecen más influyentes que los propios gobiernos nacionales: los ejecutivos de los bancos de inversión y los especuladores de divisas (traders o inversores cortoplacistas) aseguran ser agentes perfectamente racionales y funcionan a la vez como grandes egoístas y como reparadores sociales del mercado financiero. Pero actúan bajo control casi exclusivo del mercado y son corresponsables de peligrosas “neurosis bursátiles” y turbulencias monetarias, que a duras penas logran controlar los bancos centrales en su condición de guardianes del sistema monetario internacional.

A importância social e econômica da atividade financeira implica na agregação de valores importantes a todas as pessoas que devem ser considerados na atuação das empresas transnacionais desse setor, notadamente, pela transcendência de seus atos ligados à atividade bancária.

A responsável pela concessão de recursos econômicos acompanha o mercado mundial e tem conhecimento das atividades empresariais transnacionais que serão realizadas com os financiamentos concedidos.

Amartya Sen<sup>9</sup>, apesar de não excluir a motivação das pessoas na consecução do autointeresse, destaca o importante papel dos valores sociais na realização de um valor de justiça:

Mas um senso de justiça está entre as considerações que podem motivar as pessoas – e com frequência isso ocorre.

<sup>7</sup> ROUTIER, Richard. **Obligations et responsabilités du banquier**. Paris: Dalloz, 2005, p. 21.

<sup>8</sup> KÜNG, Hans. **Una economía decente em la era de la globalización**. Madrid: Trotta, 2019, p. 20.

<sup>9</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 297.

Os valores sociais podem desempenhar – e têm desempenhado – um papel importante no êxito de várias formas de organização social, incluindo o mecanismo de mercado, a política democrática, os direitos civis e políticos elementares, a provisão de bens públicos básicos e instituições para a ação e o protesto públicos. [...]

Mas as idéias básicas de justiça não são estranhas a seres sociais, que se preocupam com seus próprios interesses, mas que também têm capacidade de pensar em membros da família, vizinhos, concidadãos e outras pessoas do mundo.

Assim as empresas financeiras transnacionais não podem atuar no mercado global sem preocupação com a sociedade e as pessoas, pelo contrário, devem considerar esses valores enquanto limites de sua atuação.

Essas empresas têm papel fundamental no mercado global em razão de seu papel central no sentido do relacionamento com várias empresas e as informações que organiza e dispõe com total condição de conhecer a utilização desses recursos em situações que afetem e violem os direitos humanos.

## **Os direitos humanos enquanto vetores para o exercício das atividades das empresas transnacionais**

Os direitos humanos foram reconhecidos ao longo da história como forma de proteção da condição humana frente ao poder arbitrário, não foi uma concessão e sim uma conquista dos seres humanos.

Os direitos humanos “*são um construído, uma invenção ligada à organização da comunidade política*” como apontado por Celso Lafer<sup>10</sup> a partir do pensamento de Hannah Arendt.

Acerca do elemento histórico na formação e construção dos direitos humanos, Flavia Piovesan<sup>11</sup> afirma:

---

<sup>10</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 134.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 111-112.

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.

A natureza dos direitos humanos permite sua evolução para abarcar novas necessidades de proteção em razão da mutação das condições sociais e as novas situações passíveis de sua violação.

Norberto Bobbio<sup>12</sup> tratou do aspecto da necessidade da atualização e evolução dos direitos humanos:

Quero dizer, com isso, que a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixa-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias.

A globalização econômica enfraqueceu substancialmente o exercício da soberania pelos Estados; assim, conforme José Eduardo Faria<sup>13</sup> – “muitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios”.

O poder outrora titulado pelo Estado e concebido pelas noções de nação e território passa a ser relativizado por um novo ator – a empresa transnacional que não deseja se submeter ao direito estatal pretendendo um regramento próprio a partir da celebração de contratos voltados à construção de uma *lex mercatoria* adequada ao atendimento de seus interesses.

A *lex mercatoria* protege os contratos e investimentos das empresas transnacionais por meio de normas, convênios, acordos e tratados, configurando, por fim, um novo direito corporativo global pelo qual as empresas transnacionais garantem seus direitos sem a existência de um sistema

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

<sup>13</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

de contrapesos com aptidão à proteção dos impactos econômicos, sociais, laborais e ambientais ocasionados<sup>14</sup>.

As empresas transnacionais passam a ser um ator não estatal no âmbito do direito internacional, interagindo com governos de vários Estados, resultando em um poder de fato *quase político* articulado como um poder instrumental, estrutural e persuasivo<sup>15</sup>.

O poder instrumental se manifesta na capacidade de influenciar as finalidades da decisão política e a da atividade regulatória.

O poder estrutural consiste em um aspecto passivo no sentido de influenciar o ingresso das decisões políticas e noutro aspecto ativo relativo à produção normativa como ocorre com a autorregulamentação.

O poder persuasivo é o poder de influenciar o processo político dando forma a normas e ideias.

Esses poderes privados exercidos pelas empresas transnacionais determinaram o aparecimento de um novo centro de poder a ser controlado pelos direitos humanos, como ocorrera com os entes estatais no passado quando do estabelecimento dos direitos humanos.

Os poderes exercidos pelas empresas transnacionais podem provocar diversas violações dos direitos dos humanos e, diante disso, devem ser contidos.

A ideia dos direitos humanos é a melhor forma para criação de obrigações e deveres às empresas transnacionais para proteção dos seres humanos.

Cabe a aplicação dos direitos humanos para estabelecer os paradigmas de comportamento das empresas transnacionais, especialmente para impedir violações à condição humana no aspecto imanente (*ratio*) ou transcendente (*fides*) da dignidade humana.

Esse aspecto é tratado de modo preciso por Thana C. de Campos e Camila Perruso<sup>16</sup> nos seguintes termos:

<sup>14</sup> ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. **Contra la lex mercatoria**. Barcelona: Icaria, 2015, p. 18.

<sup>15</sup> PARIOTTI, Elena. **I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione**. Milano: Cedam, 2013, p. 140.

<sup>16</sup> CAMPOS, Thana C. de; PERRUSO, Camila. Considerações acerca do estatuto jurídico das empresas transnacionais no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN,

Portanto, embora a responsabilidade internacional esteja tradicionalmente atrelada à construção teórica da personalidade jurídica do Estado, pragmaticamente, no entanto, o legítimo centro da responsabilidade em direito internacional dos direitos humanos deve recair, de fato, sobre os agentes capazes de exercer direitos e, sobretudo, realizar obrigações. A capacidade das empresas transnacionais de reivindicar direitos e cumprir obrigações no plano internacional é claramente revelada na prática, pelas suas diversas manifestações de poder e influência no mundo globalizado. Se o fim maior dos direitos humanos deve ser a preservação da dignidade humana, há fortes razões morais (das quais se derivam argumentos filosóficos, políticos e jurídicos) para se advogar a responsabilidade internacional das empresas transnacionais com relação aos direitos humanos em sua esfera de influência, independentemente de constituírem um sujeito de direito internacional em sua acepção clássica.

Nessa perspectiva, as normas jurídicas<sup>17</sup> com melhor aptidão para o regimento das atividades das empresas transnacionais são os direitos humanos em conformidade com a sua previsão em declarações e tratados internacionais.

Os direitos humanos são vetores conformadores do comportamento das empresas transnacionais pela verificação de suas obrigações e deveres guiados pelo fio condutor da dignidade humana.

A atividade econômica transnacional equilibrada com os valores humanistas permitirá o atendimento aos interesses do mercado capitalista pelo fio condutor da realização (não violação) dos direitos humanos.

Esse pensamento também é um dos fundamentos do capitalismo humanista; a respeito asseveram Ricardo Sayeg e Wagner Balera<sup>18</sup>:

Incumbe ao capitalismo promover a concretização multidimensional dos direitos humanos na primeira, segunda e terceira dimensões adensadas entre si, abrangente a ponto de

---

Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo. **Empresas e direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 132.

<sup>17</sup> CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 34.

<sup>18</sup> SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011, p. 183.

alcançar positivamente toda a perspectiva global de demandas, nas quais se inserem as economias: dar resposta, simultânea e concreta, quanto à correção ou, se possível, a compensação de externalidades negativas, estas também em todas as suas dimensões. Tal é a via do capitalismo humanista, focado no adensamento de direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões apto a albergar todas as demais dimensões que o tempo e a história revelarem, com vistas à satisfação geral da dignidade humana e planetária.

O instrumento jurídico com melhor aptidão para ordenar o mercado internacional e, por conseguinte, os comportamentos vetados (ilícitos) e autorizados (lícitos) são as normas jurídicas de direitos humanos.

Observado esse regramento, as empresas transnacionais passariam de potenciais violadoras para atores internacionais comprometidos com a proteção, promoção e efetivação dos direitos humanos.

## **Os princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos aprovados pelo conselho de direitos humanos da ONU**

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) não consta nenhuma menção expressa às empresas; a responsabilidade em respeitar e fazer respeitar os direitos humanos foi fixada como obrigação dos Estados.

No último quarto do século XX começam as preocupações com o poder das empresas e direitos humanos, que sofreram forte aceleração no século XXI em virtude da globalização econômica e as novas relações internacionais.

Dentre algumas ações é relevante destacar as seguintes: em 1973 a Comissão das Nações Unidas estabelece o Código de Conduta das Nações Unidas para empresas transnacionais; em 1976 são criadas as Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para Empreendimentos Multinacionais; em 1977 a Organização Internacional do Trabalho adotou a Declaração Tripartida de Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social.

Nas décadas de 1980 e 1990 há o crescimento das empresas transnacionais, bem como das denúncias da sociedade civil acerca das violações de direitos humanos no aspecto ambiental e das condições de trabalho. Nos anos 2000 há intensificação das discussões acerca da responsabilidade social empresarial<sup>19</sup>.

Com a finalidade de solucionar as questões relativas à violação de direitos humanos pelas empresas transnacionais, após os trabalhos de John Gerard Ruggie, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH) aprovou em 6 de julho de 2011 os denominados Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos são compostos por trinta e um princípios destinados aos Estados e Empresas. Além disso, há três pilares fundamentais, a saber: “proteger, respeitar e reparar”.

Comentando esses pilares, John Gerard Ruggie<sup>20</sup> afirma:

1. o dever do Estado de proteger contra abusos cometidos contra os direitos humanos por terceiros, incluindo empresas, por meio de políticas, regulamentação e julgamentos apropriados;
2. a responsabilidade independente das empresas de respeitar os direitos humanos, o que significa realizar processos de auditoria (due diligence) para evitar a violação dos direitos humanos de outros e abordar os impactos negativos com os quais as empresas estão envolvidas;
3. a necessidade de maior acesso das vítimas à reparação efetiva por meio de ações judiciais e extrajudiciais.

Resumindo de maneira direta: os Estados proteger; as companhias devem respeitar; e aqueles que foram prejudicados devem ser indenizados.

---

<sup>19</sup> PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo. **Empresas e direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 91-92.

<sup>20</sup> RUGGIE, John Gerard. **Quando as empresas não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. São Paulo: Planeta, 2014, p. 23.



Um dos coautores<sup>21</sup> desse estudo tratou dessa questão nos seguintes termos:

Os pilares fundamentais dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos estabelece a obrigação dos Estados em “proteger, respeitar e reparar” os direitos humanos no espaço de suas soberanias.

A compreensão envolve a eficácia horizontal dos direitos humanos entre particulares competindo ao Estado a obrigação de proteção dos direitos das pessoas e comunidades por quanto a eventuais violações praticadas pelas empresas.

*A segunda vertente encerra o dever das empresas em respeitar os direitos humanos reconhecidos no plano nacional e internacional.* Assim, as empresas devem adotar medidas efetivas em sua estrutura organizacional para prevenir e impedir violação dos direitos humanos com suas atividades.

A obrigação de reparar trata do acesso a meios estatais e não estatais que permitam a reparação integral de violações ocorridas.

Esses princípios se completam e entrelaçam de molde a proporcionar a efetividade dos direitos humanos enquanto meios de regulação das atividades das empresas no mercado interno e externo. (grifo nosso).

Os Estados, na realização do dever de proteger os direitos humanos por violações praticadas por terceiros, incluídas as empresas, devem adotar medidas para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos cometidos por meio de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BENACCHIO, Marcelo. Empresa e direitos humanos. In: JORGE, André Guilherme Lemos; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; DE LUCCA, Newton; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MACIEL, Renata Mota. (org.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: UNINOVE, 2019, p. 27.

<sup>22</sup> O Princípio 01, estabelece: Os Estados devem proteger contra violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive empresas. Para tanto, devem adotar as medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos por meio de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça.

As empresas, no cumprimento do dever de *respeitar* os direitos humanos, devem se abster de violar direitos invioláveis das pessoas e responder pelos aspectos negativos decorrentes de suas práticas, bem como atuar com a devida diligência para evitar afetar direitos humanos de terceiros<sup>23</sup>.

Com relação às vítimas, os Estados e as empresas devem efetivar o princípio de *remediar*; desde a melhora das vias de reparação no caso de violação dos direitos humanos na via judicial e extrajudicial, possibilitando o acesso a mecanismos de reparação das violações de direitos humanos<sup>24</sup>.

Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos são um primeiro e importante passo para coibir violações e efetivar a proteção e reparação das violações de direitos humanos pelas empresas transnacionais que merecem ser ampliados e atualizados em conformidade às necessidades dos seres humanos na efetivação de seus direitos decorrentes da condição humana.

## **O marco de responsabilização das empresas financeiras transnacionais na concessão de crédito à atividades violadoras dos direitos humanos**

Estabelecido o regramento jurídico das empresas transnacionais por meio das declarações e tratados de direitos humanos, resta examinar em qual hipótese haverá responsabilidade da empresa financeira transnacional na concessão de crédito à empresa que, ao utilizar os recursos financeiros, violou e lesou direitos humanos.

---

<sup>23</sup> O Princípio 11, estabelece: As empresas devem respeitar os direitos humanos. Isso significa que devem se abster de infringir os direitos humanos de terceiros e enfrentar os impactos negativos sobre os direitos humanos nos quais tenham algum envolvimento.

<sup>24</sup> O Princípio 11, estabelece: Como parte de seu dever de proteção contra violações de direitos humanos relacionadas com atividades empresariais, os Estados devem tomar medidas apropriadas para garantir, pelas vias judiciais, administrativas, legislativas ou de outro meios que correspondam, que quando se produzam esse tipo de abusos em seu território e/ou jurisdição os afetados possam acessar mecanismos de reparação eficazes.

A atividade bancária e financeira na seara transnacional é de fundamental importância em virtude das decisões de investimento e incentivo de atividades econômicas.

Como temos afirmado no curso deste estudo, é fundamental ao desenvolvimento humano o adequado funcionamento do mercado capitalista por gerar riqueza às pessoas e às nações.

Portanto, não se defende a inibição da concessão de recursos financeiros às empresas, mas sim a responsabilidade do emprestador em situações específicas.

A presente pesquisa não envolve os casos de violação de direitos humanos pela empresa financeira transnacional em relação a seus empregados e colaboradores e tampouco seus clientes.

Imagine-se a hipótese na qual a empresa financiada, sabidamente, utiliza trabalho infantil, degrada o meio ambiente ou não respeita o patamar mínimo dos direitos trabalhistas de seus funcionários.

A concessão de mais recursos para essa empresa transnacional que desrespeita e agride os direitos humanos repercutirá na ampliação dessas lesões com causalidade direta e imediata com os recursos financeiros entregues.

As empresas financeiras transnacionais, ao concretizar e efetivar os pilares fundamentais de proteger, respeitar e reparar os direitos humanos, nos termos dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, deverá observar e fiscalizar a forma de utilização dos recursos concedidos por meio de contratos de mútuo.

A posição das empresas financeiras transnacionais possibilita-lhes obter uma série de informações no mercado e, especialmente, da empresa que receberá o crédito; é sua atividade econômica a análise da capacidade do financiado e o modo de emprego dos recursos.

Além da verificação da capacidade econômica de pagamento da financiada, realizando o lucro da financiadora, é dever desta o acurado exame acerca do emprego dos valores em atividades que não redundem em ofensas e violações aos direitos humanos.

Jorge Urbaneja Cillán<sup>25</sup> comenta essa questão da seguinte forma:

[...] el banco puede causar impactos negativos en los derechos humanos a través de sus relaciones comerciales, esto es, existe una vinculación directa entre um banco y um impacto negativo, a través de sus operaciones, servicios o productos. Em estos supuestos, que son los más habituales, el banco no es el causante directo de las violaciones de los derechos humanos, pero puede contribuir a ello a través de la financiación de proyectos que tengan efectos adversos em los derechos humanos.

Nessa linha, caberá a responsabilização da empresa financeira transnacional pelos danos causados aos direitos humanos de terceiros desde o emprego dos recursos pela empresa recebedora dos valores econômicos.

Noutra quadra, salientamos que o modelo de comportamento da empresa financeira não pode envolver excessiva rigidez, abarcando todas as situações em que haja lesão a direitos humanos pela empresa financiada.

Um paradigma com um grau tão excessivo redundaria na inibição da atividade com aspectos negativos a toda a sociedade.

Nessa linha, o que se exige é uma avaliação a partir das informações e possibilidades disponíveis ao tempo da entrega dos valores.

O coautor<sup>26</sup>, em estudo acerca da concessão abusiva de crédito pelos bancos, tratou dos elementos de aferição para verificação de ato contrário aos deveres a serem observados antes da concessão do empréstimo, os quais têm aplicação a esta investigação, como segue:

A ordem econômica moderna pressupõe um novo tipo de banqueiro, o qual deve lutar contra qualquer situação em manifesta contradição com as necessidades da vida econômica, diante disso, ao mesmo tempo que o banco é o ator principal no

---

<sup>25</sup> URBANEJA CILLÁN, Jorge. Empresas financieras y derechos humanos: la aplicación de los principios rectores sobre empresas y derechos humanos a la atividade bancaria. *In*: LIESA, Carlos R. Fernández; DÍAZ, Eugenia López-Jacoiste. **Empresas y derechos humanos**. Navarra: Aranzi, 2018, p. 219.

<sup>26</sup> BENACCHIO, Marcelo. Concessão abusiva de crédito pelos bancos enquanto atividade de risco na perspectiva da responsabilidade civil. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. (org.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 367.

gerenciamento privado do dinheiro no corpo social, também é o responsável ideal do ponto de vista jurídico e econômico .

A esta altura compete traçar os elementos necessários à caracterização do financiamento abusivo enquanto fato ilícito com aptidão à incidência da responsabilidade civil.

Para tanto é necessário apuro técnico, pena do engessamento do sistema financeiro em decorrência de uma responsabilidade civil integral do banco, verdadeira securitização, de todo equivocado, pois a concessão de crédito é atividade não só fundamental como necessária ao desenvolvimento social.

Como é comum em qualquer atividade empresarial haverá sempre um risco, lícito, na operação efetuada pelo banco na concessão do crédito, entretanto, o risco para ser conforme ao permitido pelo Direito deve ser razoável, donde excluído o risco ilegítimo que poderia ser evitado por melhor apreciação pelo banco da situação econômica existente do lado do financiado.

Diante disso, no caso em que o banco avalia correta e positivamente os riscos econômicos, a atuação da empresa, sua solidez e a possibilidade concreta de vencer seus desafios, faz o empréstimo por adequado e, mesmo assim, vem aquela a quebrar, lesando credores, por óbvio, não haverá responsabilidade civil do banco perante os credores do financiado.

O comportamento exigido com relação às empresas financeiras transnacionais é seu compromisso com a diligência devida no momento de efetuar empréstimos a empresas no sentido de certificar, dentro das possibilidades concretas existentes, a não utilização dos recursos em atividades empresariais violadoras dos direitos humanos.

Isso nada mais é senão o compromisso das empresas financeiras transnacionais com o respeito, proteção e reparação de lesões que a atividade bancária possa ocasionar aos direitos humanos.

## Conclusão

Em decorrência da globalização econômica, as empresas transnacionais tornaram-se atores centrais no cenário internacional exercendo suas atividades no espaço da soberania de vários Estados.

As empresas financeiras transnacionais possuem destacado papel ante a centralidade e importância de suas atividades no mercado global.

As decisões acerca dos investimentos e empréstimos são previamente tomadas por essas transnacionais, daí sua relevância e poder decisório.

Há dificuldades em se estabelecer qual o marco jurídico para atuação das empresas transnacionais em virtude de sua atividade ocorrer no espaço de várias soberanias que não possuem poder para regulamentação.

Os direitos humanos foram construídos e idealizados como um meio de proteção ao poder arbitrário e injusto. É o modo mais eficiente de proteção da dignidade e condição humana.

As empresas transnacionais são um novo sujeito privado nas relações internacionais dotadas de enorme poder, cuja utilização apenas para objetivos individuais, no sentido da acumulação de riqueza, repercute na violação de direitos humanos.

Assim, os direitos humanos são a ideia mais adequada e efetiva para regulação do mercado globalizado, especialmente, para guiar os comportamentos permitidos e vetados às empresas transnacionais.

Os direitos humanos são normas jurídicas que definem a estrutura e as finalidades do mercado econômico internacional.

Aprofundando esse paradigma, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH) aprovou em 2011 os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, compostos por trinta e um princípios destinados aos Estados e empresas.

Esses princípios se comunicam e se efetivam por meio de três pilares fundamentais: “proteger, respeitar e reparar”.

Os Estados, as empresas e a sociedade passam a ter o compromisso político basilar de proteção, efetividade e reparação das eventuais lesões dos direitos humanos pelas empresas.

As instituições financeiras transnacionais travam relações jurídicas no mercado internacional globalizado com várias empresas, tomando decisões que incentivam determinadas atividades em detrimento de outras.

As empresas financeiras transnacionais, na conformidade de sua atuação profissional, estão na posição perfeita para o conhecimento das condições do mercado capitalista global, bem como das atividades das empresas financiadas, especialmente quanto ao emprego dos recursos a serem emprestados ou investidos.

Desse modo, compete-lhes verificar, em conformidade ao dever de diligência frente aos direitos humanos, a forma de utilização dos recursos pelas financiadoras.

Devem negar a concessão de financiamentos a empresas cujas atividades venham a violar os direitos humanos; porquanto, têm dever de analisar as atividades econômicas que vão incentivar por meio de empréstimos e investimentos.

Acaso as empresas financeiras transnacionais falhem em seu dever de diligência de bom prestador, causando indiretamente a violação de direitos humanos desde a atuação das empresas financiadas com o emprego dos recursos obtidos, haverá o dever daquelas na reparação das lesões aos direitos humanos por serem os sujeitos mais adequados do ponto de vista legal e econômico para tanto.





## **CAPÍTULO 5**

# **EMPRESAS ALIMENTARES NO BRASIL COMO ATIVIDADE ECONÔMICA SUSTENTÁVEL E SEU BALIZAMENTO NORMATIVO EM FACE DA SEGURANÇA ALIMENTAR**

*Celso Antonio Pacheco Fiorillo*

*Renata Marques Ferreira*

### **Introdução**

Conforme advertência da FAO<sup>1,2</sup>, “cinco anos depois que o mundo se comprometeu a acabar com a fome, a insegurança alimentar e todas as formas de desnutrição, ainda estamos fora do caminho para alcançar esse objetivo até 2030. Os dados nos dizem que o mundo não está progredindo em direção à meta 2.1 dos ODS, de garantir acesso a alimentos seguros, alimentos nutritivos e suficientes para todas as pessoas durante todo o ano, nem para a meta 2.2, de erradicar todas as formas de desnutrição”.

Com efeito.

A estimativa mais recente para 2019 mostra que antes da pandemia do COVID-19, quase 690 milhões de pessoas, ou 8,9% da população global,

---

<sup>1</sup> FAO, IFAD, UNICEF, WFP and WHO. 2020. The State of Food Security and Nutrition in the World 2020. Transforming food systems for affordable healthy diets. Rome, FAO.

<sup>2</sup> Tendo como objetivo alcançar a segurança alimentar de todos e garantir que as pessoas tenham acesso regular a alimentos de alta qualidade suficientes para levar uma vida ativa e saudável e contando com mais de 194 estados membros, a Organização para Agricultura e Alimentação (FAO) é uma agência especializada das Nações Unidas que lidera os esforços internacionais para derrotar a fome.

estavam subnutridas, estimativa baseada em novos dados sobre população, suprimento de alimentos e, mais importante, novos dados de pesquisas domiciliares que permitiram a revisão da desigualdade no consumo de alimentos em 13 países, incluindo a China, conforme indicado no relatório 2020 – “O estado da segurança alimentar e da nutrição no mundo 2020” – da FAO.

Destarte, “o mundo não está no caminho de alcançar a Fome Zero, mesmo sem os efeitos negativos que o COVID-19 provavelmente terá na fome. Projeções preliminares baseadas nas mais recentes perspectivas econômicas globais disponíveis, também apresentadas neste relatório, sugerem que a pandemia do COVID-19 pode adicionar 83 a 132 milhões de pessoas adicionais às fileiras dos desnutridos em 2020”, sendo certo que “além da fome, um número crescente de pessoas teve que reduzir a quantidade e a qualidade dos alimentos que consome. Dois bilhões de pessoas, ou 25,9% da população global, experimentaram fome ou não tiveram acesso regular a alimentos nutritivos e suficientes em 2019. Essa situação pode se deteriorar se não agirmos imediatamente e com ousadia”.

Destarte, essas tendências na insegurança alimentar contribuem para aumentar o risco de desnutrição infantil, “pois a insegurança alimentar afeta a qualidade da dieta, incluindo a qualidade da dieta de crianças e mulheres, e a saúde das pessoas de diferentes maneiras. Portanto, por mais doloroso que seja aceitar, não surpreende que o ônus da desnutrição infantil continue sendo uma ameaça em todo o mundo”.

Percebemos, por via de consequência, que “o mundo não está no caminho certo para atingir as metas nutricionais globais, incluindo aquelas sobre nanismo, desperdício e excesso de peso até 2030. Além disso, a obesidade adulta está aumentando em todas as regiões. As projeções para 2030, mesmo sem considerar uma possível recessão global, servem como um aviso adicional de que o nível atual de esforço não chega nem perto o suficiente para acabar com a desnutrição na próxima década”.

Destarte, todos os países do mundo reconhecem a necessidade de adaptar seus sistemas normativos econômicos no sentido de assegurar a dignidade da pessoa humana dentro de um ambiente sustentável e que, de maneira geral, melhore a qualidade nutricional dos alimentos produzidos e disponí-

veis no mercado, apoiem a comercialização de alimentos diversificados e nutritivos e forneçam educação e informações para promover a mudança de comportamento individual e social para dietas saudáveis conforme estabelecido com as principais recomendações da Década de Ação das Nações Unidas sobre Nutrição, 2016-2025.

Daí a necessidade de apontar de que forma as empresas alimentares que atuam no Brasil tem seu balizamento normativo bem definido para que possam desenvolver suas atividades de forma lícita e sustentável visando garantir a segurança alimentar.

Vejamos.

## **1 Empresas alimentares (indústria alimentícia) como atividade econômica em face do sistema constitucional em vigor**

Entendida juridicamente no âmbito do “exercício profissional da atividade econômica organizada”, na lição fundamental de Bulgarelli<sup>3</sup>, e tendo como finalidade transformar os recursos de origem animal, vegetal e mineral (bens ambientais) em alimentos, **as empresas alimentares<sup>4</sup> (indústria alimentícia)<sup>5</sup>** caracterizam-se no superior plano normativo constitucional

<sup>3</sup> Em sua clássica obra “A Teoria Jurídica da Empresa”, esclarecia Bulgarelli, “o conceito descritivo, analítico de empresa, a saber: “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.

Vide BULGARELLI, Waldirio. *In: A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

<sup>4</sup> A lei **4.504/64** (Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências), ao regular os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola **define Empresa Rural**, a saber :

Art. 4º Para os efeitos desta Lei definem-se:

VI – “**Empresa Rural**” é o **empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico** ...Vetado... da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. **Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias;**”

<sup>5</sup> No ano de 2017, conforme dados apontados pelo ranking empresarial realizado pelo Jornal O Estado de São Paulo (<http://publicacoes.estadao.com.br/empresasmais2018/>), “enquanto o

como uma atividade econômica<sup>6</sup> submetendo-se, pois, fundamentalmente, ao balizamento normativo estabelecido por nossa Lei Maior em face de referido enquadramento jurídico<sup>7</sup>.

---

incremento do PIB foi de 1%, em termos reais a produção física da indústria da alimentação aumentou 1,25% e a evolução das vendas foi de 1,3%, sendo que a geração de alimentos, que representa 81% da produção na indústria da alimentação, atingiu R\$ 520,5 bilhões, com expansão nominal de 4,7% tendo a indústria de bebidas “alcançado o patamar de R\$ 121,9 bilhões, avanço nominal de 4,2%”. No quesito exportação de alimentos, “o País se destaca em vários pontos. Em volume, é o segundo maior exportador mundial de alimentos processados. É o primeiro produtor e exportador mundial de suco de laranja. É o primeiro produtor e exportador mundial de açúcar; primeiro produtor e segundo exportador mundial de carne bovina; segundo exportador mundial de bombons e doces; segundo exportador mundial de café solúvel; segundo produtor mundial e primeiro exportador de carne de aves; e quarto produtor mundial e segundo exportador de óleo de soja”.

<sup>6</sup> A respeito da empresa como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens” vide BULGARELLI, Waldírio. *In: A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

<sup>7</sup> Entendida no **plano econômico** como “**organização destinada à produção e/ou comercialização de bens e serviços, tendo como objetivo o lucro**”, na lição de Paulo Sandroni, a empresa, no plano normativo infraconstitucional brasileiro, teria sua gênese histórica observada no Decreto 737 de 1850 sendo prevista já naquela oportunidade no plano da mercancia (“Art. 19. Considera-se mercancia: § 3º As empresas de fabricas; de comissões ; de depositos ; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectáculos públicos”). Aliás, como teve oportunidade de anotar Sylvio Marcondes em sua obra *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual de 1956*, “a falta de uma definição legal dessas empresas haveria de acarretar a busca doutrinária do seu conceito pelos comercialistas brasileiros como ocorrera na França e na Itália”.

Destarte, definida no âmbito da **lei 4137/62**(Art. 6º **Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos**) bem como na **lei 8212/91**(Organização da Seguridade Social) como “**firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional**” (Art.15, I) e prevista em face de seu porte econômico na Lei Complementar 123/06(Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00); e II – no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00) a empresa mereceu por parte do Código Civil de 2002 considerável destaque em face da notável participação de Sylvio Marcondes chamado a integrar a comissão de notáveis juristas, chefiada por Miguel Reale, sendo responsável pelo direito de empresa no projeto do Código Civil aprovado, décadas depois, como o nosso atual Código Civil (Código Comercial de 1850, em sua parte geral, foi revogado pelo Código Civil -lei 10.406/02)

Com efeito.

Ao<sup>8</sup> assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (parágrafo único do art. 170 da CF), nossa Constituição Federal efetivamente destacou de forma importante a necessidade de se interpretar no plano normativo o significado de referido conceito de atividade em face de seus evidentes reflexos em toda a ordem econômica constitucional, particularmente em decorrência do direcionamento estabelecido pelos próprios princípios gerais da atividade econômica (TÍTULO VII – Da Ordem Econômica e Financeira – CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA).

Destarte, não se trata de pura e simplesmente compreender a atividade em face tão somente da economia, a saber, dentro do termo economia, lembrando Antonio Dias Leite, como o “quadro físico e institucional dentro do qual se realizam as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade, bem como sua evolução no tempo”, mas de compreender de que forma “as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade”, inclusive evidentemente os alimentos, tem seu balizamento fixado pela Constituição Federal.

Trata-se, pois, de verificar o que significa atividade no contexto econômico normativo constitucional lembrando, de forma evidentemente menos ampla, dentro de análise doutrinária jurídica e em contexto infraconstitucional, ser a atividade “conceito básico de direito comercial, fenômeno essencialmente

---

Todavia embora o **Código de 2002** discipline o balizamento normativo do direito empresarial (o regramento da atividade empresarial está contido no Livro II do referido Código, sob o nome de “Direito de Empresa”, tratando da caracterização do empresário, das sociedades empresárias, das sociedades simples e de outros aspectos inerentes à atividade empresaria)l **não estabelece uma definição legal de empresa.**

De qualquer forma, ainda que existam vários significados jurídicos atribuídos à empresa, se constata de forma clara e inequívoca que, “a empresa encontra seus balizamentos normativos adstritos fundamentalmente a uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços na ordem jurídica do capitalismo absorvida por nossa Lei Maior.”

<sup>8</sup> FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Responsabilidade das empresas que prestam serviços a terceiros em face da saúde ambiental/do meio ambiente do trabalho. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 54, p. 213 241, mar. 2019. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3308>>. Acesso em: 26 nov. 2020. <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i54.3308>.

humano (Bonfante, *Lezioni di storia del commercio*). E hoje se pode afirmar que é conceito básico de direito empresarial. A empresa se realiza pela atividade, como o sujeito se realiza por seus atos. Tanto o ato quanto a atividade se exteriorizam por meio de negócios jurídicos, de tal sorte que se afirma que o contrato é o núcleo básico da atividade empresarial (BULGARELLI, *Contratos mercantis*, p. 25)<sup>9</sup>.

Todavia, atribuindo ao termo posição juridicamente superior, a Constituição Federal passou a entender a partir de 1988 ser a atividade no plano normativo econômico descrito na Lei Maior conceito bem mais amplo abarcando não só as comerciais e empresariais – inclusive evidentemente aquelas ligadas às empresas alimentares – mas também e particularmente indicando a atividade em face da defesa do meio ambiente (Art.170,VI da CF), o que significa compreender a matéria ora desenvolvida em face do conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural<sup>10</sup>, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

De fato.

Conforme já tivemos oportunidade de aduzir em nossas obras<sup>11</sup>, entendida como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação”<sup>12</sup> em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”)<sup>13</sup>, o termo atividade também pode ser perfeitamente ex-

<sup>9</sup> Vide “**Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão** (Técnica e ciência de proporção)”, tese de livre-docência, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

<sup>10</sup> Nele incluído o Meio Ambiente Digital. Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Marco Civil da Internet e o Meio Ambiente Digital na Sociedade da Informação**. São Paulo: Saraiva, 2015; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2014; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes no Meio Ambiente Digital em face da Sociedade da Informação**. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

<sup>11</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed., rev., ampl., e atualizada São Paulo: Saraiva, 2019; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Paulo; MORITA, Dione Mari. **Licenciamento Ambiental**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2019; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques **O agronegócio em face do direito ambiental constitucional brasileiro: as empresas rurais sustentáveis** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, dentre outras.

<sup>12</sup> Dicionário Houaiss fls.215.

<sup>13</sup> Dicionário Houaiss fls.215.

plicado no âmbito da economia (atividade econômica) como a faculdade de empreender coisas, o que facilita evidentemente seu entendimento no contexto da ordem econômica constitucional com evidentes reflexos no direito ambiental constitucional, ou seja, a livre iniciativa passa a atuar em absoluta sintonia com os princípios fundamentais do direito ambiental constitucional.

Assim, conforme inclusive já definido pelo Supremo Tribunal Federal

é certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’.

Não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.<sup>14</sup>

Destarte, no plano superior constitucional em vigor (princípio fundamental), a livre iniciativa (Art. 1º, IV da CF) como “princípio do liberalismo econômico que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado” implicando em “total garantia da propriedade priva-

---

<sup>14</sup> ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, j. 3-11-2005, P, DJ de 2-6-2006.

da, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros”, conforme explicação de Paulo Sandroni<sup>15</sup> deixa de ser observada em face de sua interpretação inicial e passa a ser admitida nos dias de hoje em contexto de evidente equilíbrio<sup>16</sup>.

Trata-se de se verificar que a ordem econômica estabelecida no plano normativo constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios indicados nos incisos do Art.170 sendo certo que dentre os referidos princípios, está exatamente o da defesa do meio ambiente (Art.170, VI da CF), cujo conteúdo constitucional está descrito no Art.225 da CF, inclusive median-

<sup>15</sup> Vide SANDRONI, Paulo *In: Dicionário de Economia do Século XXI*. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Record, 2005. p. 492.

<sup>16</sup> Daí o Plenário do STF, no julgamento da AC 1.657- MC, Relator p/o acórdão o Ministro Cezar Peluso, entender que “o princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas como social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.”

Todavia não podemos nos olvidar que o PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA, mais que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do Art.170, é PRINCÍPIO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL indicado explicitamente no Art.1º, IV como fundamento da República Federativa do Brasil...

Vide ARE 1104226 AgR / SP – SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator: Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 27/04/2018 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OFENSA REFLEXA. PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA. ART. 170 DA CF. CLÁUSULA GERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) entende ser inviável a apreciação em recurso extraordinário de alegada violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que se violação houvesse seria meramente indireta ou reflexa. Precedentes. 2. O princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, mas social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada. 3. Inaplicável o art. 85, §11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios. 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/2015.



te tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental (Art.225, parágrafo 1º, IV) dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.<sup>17</sup>

Adotando referida visão doutrinária, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de fixar a adequada interpretação da matéria conforme decidiu na conhecida ADI 3540, cuja ementa, por sua evidente importância para o tema ora analisado, merece ser transcrita, a saber<sup>18</sup>:

**A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente.** A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que **a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.** Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. [ADI

<sup>17</sup> Conforme já tivemos oportunidade de aduzir anteriormente, a defesa do consumidor, princípio igualmente relevante no âmbito da tutela jurídica dos alimentos, não está sendo tratada na presente obra (Art.170,V). Cabe todavia observar, ainda que muito superficialmente, que as atividades econômicas vinculadas à produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos destinados à alimentação se submetem ao que determina a lei 8078/90 (relações de consumo).

<sup>18</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Tutela jurídica dos bens culturais em face da economia criativa e o estudo prévio de impacto ambiental. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 3, n. 48, p. 243 – 270, set. 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2180>. Acesso em: 03 dez. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v3i48.2180>.

3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]. (grifo nosso).

Destarte, ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica <sup>19</sup> – nela incluída as atividades desenvolvidas pelas empresas alimentares –, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo à defesa do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional na forma de suas respectivas tutelas jurídicas constitucionais.

Assim, nossa Carta Magna entendeu ser adequado estabelecer de forma explícita no plano da tutela jurídica constitucional a expressão “atividade” vinculada ao regime jurídico dos bens ambientais (Art. 225, § 1º, IV e parágrafo 3º), o que nos possibilita afirmar também ser a atividade um conceito fundamental relacionado ao direito ambiental constitucional brasileiro vinculando as atividades econômicas relacionadas à transformação dos recursos de origem animal, vegetal e mineral em alimentos ao superior balizamento ambiental constitucional em vigor. <sup>20</sup>

Senão vejamos.

## **2 As empresas alimentares (indústria alimentícia) em face das atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e o estudo prévio de impacto ambiental (art. 225, Parágrafo 1º, iv)**

Instrumento normativo originário do ordenamento jurídico americano, tomado de empréstimo por outros países, como a Alemanha, a França e, por evidência, o Brasil, de gênese e natureza jurídica constitucional e visando assegurar efetividade na tutela jurídica constitucional dos bens ambientais, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como instrumento

<sup>19</sup> FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Responsabilidade das empresas que prestam serviços a terceiros em face da saúde ambiental/do meio ambiente do trabalho. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 54, p. 213-241, mar. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i54.3308>. Acesso em: 26 nov. 2020.

<sup>20</sup> Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2019.

preventivo estrutural, passou a ser exigido pela Lei Maior de 1988 na forma do que determina o Art.225, § 1º, IV, a saber<sup>21</sup>:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade<sup>22</sup> potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Assim, para assegurar a efetividade da tutela jurídica dos bens ambientais em face das varias relações jurídicas ambientais disciplinadas em nossa Carta Magna (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/ Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural), entendeu por bem nossa Constituição Federal determinar obrigatória incumbência ao Poder Público no sentido de exigir do mesmo, na forma da lei, para atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o referido estudo de impacto que deve ser sempre e necessariamente prévio e público.

Destarte, em nosso País, as diferentes atividades previstas em nosso ordenamento jurídico que potencialmente (suscetível de existir ou acon-

---

<sup>21</sup> FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M. Atividades econômicas sustentáveis e função social da empresa em face do direito ambiental constitucional brasileiro. **Revista Jurídico Luso Brasileira**, ano 5, n. 2, 2019. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_1143\\_1170.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1143_1170.pdf). Acesso em: 26 nov. 2020.

<sup>22</sup> No âmbito das relações de consumo(Art.170,V da CF) cabe aduzir, ainda que de forma superficial vez que não é objetivo da presente obra tratar das relações de consumo, que a lei 8078/90 define em seu Art. 3º **fornecedor** como “ toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que **desenvolvem atividade(grifo nosso)** de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

tecer<sup>23</sup>) possam causar significativa degradação do meio ambiente, a saber, atividades que possam causar “alteração adversa das características do meio ambiente” (Art.3º, II da lei 6938/81) necessitam apresentar referido estudo no sentido de obedecer aos princípios e normas constitucionais anteriormente indicadas.

As indústrias alimentícias (empresas alimentares), portanto, em princípio, devem observar o referido comando constitucional.

Claro está que a referida alteração adversa, para restar cabalmente caracterizada, dependerá de cada caso concreto, a saber, dependerá da real situação a ser examinada (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural), assim como deverá ser devidamente avaliada em decorrência de conhecimento técnico especializado, verdadeiro trabalho elaborado por perito conforme clássica lição de Chiovenda, a saber, “pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que lhes dêem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos técnicos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta”<sup>24</sup>.

Assim, atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente geram a exigência constitucional de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará a necessária publicidade <sup>25</sup>, sendo certo que a partir do RE 627.189 o Poder Público, em face da incumbência que lhe foi determinado pelo art. 225, § 1º, IV, deverá analisar os riscos, avaliar os custos das medidas de prevenção e, ao final, executar

<sup>23</sup> Vide a palavra “potencial” In **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. fls.1532.

<sup>24</sup> Vide CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil** – v. III. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 143.

<sup>25</sup> FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M. Atividades econômicas sustentáveis e função social da empresa em face do direito ambiental constitucional brasileiro. **Revista Jurídico Luso Brasileira**, ano 5, n. 2, 2019. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_1143\\_1170.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1143_1170.pdf). Acesso em: 26 nov. 2020.

as ações necessárias, as quais serão decorrentes de “decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais”, como procedimento de gestão de riscos obrigatório nas atividades econômicas vinculadas ao meio ambiente natural/recursos naturais<sup>26</sup>.

### **3 As empresas alimentares (indústria alimentícia) em face das atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitando os infratores a sanções penais e a sanções administrativas, bem como obrigação de reparar os danos causados (art. 225, Parágrafo 3º)**

O § 3º, do Art.225 da Constituição Federal estabelece que as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Quais são as atividades consideradas juridicamente lesivas ao meio ambiente?

---

<sup>26</sup> A respeito do tema o Art.3º do Regulamento (CE) n.º 178/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002, que determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios, definiu:

9. “risco”, uma função da probabilidade de um efeito nocivo para a saúde e da gravidade desse efeito, como consequência de um perigo;

10. “análise dos riscos”, um processo constituído por três componentes interligadas: avaliação, gestão e comunicação dos riscos;

11. “avaliação dos riscos”, um processo de base científica constituído por quatro etapas: identificação do perigo, caracterização do perigo, avaliação da exposição e caracterização do risco;

12. “gestão dos riscos”, o processo, diferente da avaliação dos riscos, que consiste em ponderar alternativas políticas, em consulta com as partes interessadas, tendo em conta a avaliação dos riscos e outros factores legítimos e, se necessário, seleccionar opções apropriadas de prevenção e controlo;

13. “comunicação dos riscos”, o intercâmbio interactivo, durante todo o processo de análise dos riscos, de informações e pareceres relativos a perigos e riscos, factores relacionados com riscos e percepção do risco, entre avaliadores e gestores dos riscos, consumidores, empresas do sector alimentar e do sector dos alimentos para animais, a comunidade universitária e outras partes interessadas, incluindo a explicação dos resultados da avaliação dos riscos e da base das decisões de gestão dos riscos.

São as chamadas atividades poluidoras, vale dizer, aquelas alterações adversas das características do meio ambiente (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) resultantes de atividades que direta ou indiretamente afetem no plano constitucional os bens ambientais e no plano infraconstitucional: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (Art.30,inciso III letras “a”, ”b”, ”c”, ”d” e “e” da lei 6938/81).

Destarte, o conceito constitucional de poluidor, a saber, o conceito de infrator no plano do direito ambiental constitucional, pessoas físicas ou jurídicas conforme explicitamente indicado no Art.225, parágrafo 3º da Constituição Federal, está estruturalmente ligado ao termo atividade conforme didaticamente indicado no presente trabalho.

Atividades poluidoras, ou seja, consideradas lesivas ao meio ambiente, sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às seguintes consequências:

### **a) atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitando os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais**

Além das características antes mencionadas, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever a punição não apenas da pessoa física, mas também da pessoa jurídica (de direito público ou privado), como opção de política criminal no que Ullrich Beck<sup>27</sup> denominou sociedade do ris-

---

<sup>27</sup> Ocorreram mudanças na sociedade, bem como sobre o modo de reflexão a respeito dos riscos e consequências do desenvolvimento social e tecnológico que levaram ao chamado direito penal do risco. Isso acarretou na compreensão de um direito penal que passa a antecipar o dano e até o perigo concreto.

co” estabelecendo a teoria criminal ambiental em face de “culpabilidade pautada num conceito moderno de responsabilidade social”<sup>28</sup>

O direito criminal ambiental apresenta sanções penais aplicáveis especificamente aos tipos de condutas perpetradas. Referidas sanções são estabelecidas conforme o texto constitucional e aplicadas de acordo com a natureza do agente, em atendimento ao princípio da individualização da pena. Por esse princípio deverá existir estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, visando atingir as finalidades das penas, quais sejam: prevenção (sobretudo) e repressão.

Assim, as infrações penais ambientais e suas respectivas sanções visam assegurar o direito ao meio ambiente em sentido amplo, isto é, o direito à vida em todas as suas manifestações”.

Daí restar bem caracterizado no plano superior constitucional de que maneira as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais.

## **b) Atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitando os infratores a sanções administrativas**

O § 3º do art. 225 da Constituição Federal informa que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções administrativas.

Sanções administrativas<sup>29</sup> são penalidades impostas por órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais<sup>30</sup> (União, Estados,

---

Vide BECK, Ulrich *In: Sociedade de Risco-Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

<sup>28</sup> Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco *In: Crimes Ambientais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>29</sup> Vide FIORILLO, Celso Antonio Pacheco *In: Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>30</sup> O pluralismo político, a partir do que estabelecem os fundamentos da Constituição Federal (art. 1º, IV), orienta em nosso sistema constitucional a “conduta” dos entes estatais. Embora os partidos políticos estejam formalmente relacionados no plano jurídico com o princípio da soberania popular (arts. 14 e 17 da Carta Magna), existindo em princípio para atender aos anseios do povo, visam na realidade o PODER. Os entes estatais, por via de consequência, estão claramente “contaminados” pelas orientações dos partidos/pessoas que dirigem o Estado Democrático de

Municípios e mesmo Distrito Federal), nos limites de competências estabelecidas em lei, com o objetivo de impor regras de conduta àqueles que também estão ligados à Administração no âmbito do Estado Democrático de Direito. As sanções administrativas, conforme orientação de doutrina tradicionalmente vinculada ao denominado “direito público”<sup>31</sup>, estão ligadas ao denominado poder de polícia<sup>32-33</sup> enquanto atividade da Administração

---

Direito de forma passageira (União, Estados, Municípios e mesmo Distrito Federal) com finalidades nem sempre coincidentes com o chamado “bem comum”. Daí a necessidade de nossa Carta Magna orientar a defesa dos bens ambientais, inclusive diante do Estado quando este atua como poluidor. *Vide* os temas pluralismo político e poderes da União no âmbito da Constituição Federal *Princípios do processo ambiental*, de Celso Antonio Pacheco Fiorillo. Saraiva, 2004, *passim*. *Vide* o tema Estado poluidor na obra *Estado poluidor*, de Sergio Luis Mendonça Alves, Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

<sup>31</sup> Conforme já ensinava José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, “*O Direito Público, jus publicum, quod ad statum reipublicae spectat, tem por dominio todas as relações do cidadão para com o Estado*, relações de interesse geral, e que por isso mesmo não pertencem à ordem privada. Ele organiza as condições do bem-ser comum; seu norte é o *salus publica suprema lex*; atende e protege especialmente o interesse coletivo, *bene esse civitatis*, e por amor dele despreza o interesse individual nos casos em que lhe é subordinado, pois que fora desses casos deve respeitá-lo como um direito reconhecido e independente” (grifos nossos). *Vide* Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império, *In*: BUENO, José Antonio Pimenta. *Marquês de São Vicente*, organização e introdução de Eduardo Kugelmas, São Paulo: Ed. 34, 2002.

<sup>32</sup> Explica o Ministro Carlos Velloso que “o poder de polícia está conceituado no art. 78 do CTN” (Ação Direta de Inconstitucionalidade-Medida Liminar 2.586-4; Requerente: Confederação Nacional da Indústria; Requerido: Presidente da República – Congresso Nacional; Publicação: 1º-8-2003). Embora o conceito esteja vinculado a tributo, previsto no art. 145, II, da Carta Magna (taxas), vem sendo utilizado em subsistemas jurídicos os mais variados no âmbito de nossa legislação em vigor.

<sup>33</sup> *Polícia*, para Sergio Bova, “é uma função do Estado que se concretiza numa instituição de administração positiva e visa a pôr em ação as limitações que a lei impõe à liberdade dos indivíduos e dos grupos para salvaguarda e manutenção da ordem pública, em suas várias manifestações: da segurança das pessoas à segurança da propriedade, da tranquilidade dos agregados humanos à proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais”. Interessante indicar que o termo *polícia* teve no decorrer dos séculos um primeiro significado, como explica o docente da Universidade de Turim, diretamente etimológico de conjunto das instituições necessárias ao funcionamento e à conservação da cidade-Estado, passando o termo a indicar, na Idade Média, a boa ordem da sociedade civil, da competência das autoridades políticas do Estado, em contraposição à boa ordem moral, do cuidado exclusivo da autoridade religiosa. Na Idade Moderna o significado de Polícia chegou a compreender toda a atividade da Administração Pública, identificando-se com o denominado ESTADO DE POLÍCIA, com que se designava um ordenamento em que toda a função administrativa era indicada com o termo “polícia”. Esse termo voltou a ter um significado mais restrito quando, no início do século XIX, passou a identificar-se como a atividade tendente a assegurar a defesa da comunidade de perigos internos, perigos que, conforme destaca Bova, “estavam representados nas ações e situações contrárias à ordem pública e segurança pública”. A defesa da ordem pública “se



Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público vinculado à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou mesmo respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.<sup>34</sup>

Cabe, todavia, destacar que, em se tratando da tutela jurídica de bens ambientais<sup>35</sup> e observando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o poder de polícia não estaria vinculado a interesse público e sim a *interesse difuso*. Daí o poder de polícia em matéria ambiental estar ligado, por via de consequência, a atividades da Administração Pública destinadas a regular prática de atos ou mesmo fatos em razão da defesa de bens de uso comum do povo reputados constitucionalmente essenciais à sadia qualidade de vida (art. 225 da CF)”

---

exprimiam na repressão de todas aquelas manifestações que pudessem desembocar numa mudança das relações político-econômicas entre as classes sociais, enquanto a segurança pública compreendia a salvaguarda da integridade física da população, nos bens e nas pessoas, contra os inimigos naturais e sociais”. Conclui o mestre que, “na sociedade atual, caracterizada por uma evidente diferenciação de classes, a defesa dos bens da população, que poderia parecer uma atividade destinada à proteção de todo o agregado humano, se reduz à tutela das classes possuidoras de bens que precisam de defesa”, sendo na verdade a segurança pública “uma atividade orientada a consolidar a ordem pública e, conseqüentemente, o estado das relações de força entre classes e grupos sociais”. *Vide* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília/Gráfica Editora Hamburg, 1986.

<sup>34</sup> O termo *Estado de Polícia* adquiriu seu significado técnico no campo historiográfico como ensina Pierangelo Schiera. Trata-se de uma expressão “criada pela historiografia para indicar um bem preciso e circunstanciado fenômeno histórico”. A expressão, segundo o professor da Universidade de Trento, “remonta mais precisamente àqueles historiadores constitucionais alemães da metade do século XIX que, movidos por um compromisso liberal-burguês, correspondente ao ideal constitucional do ‘Estado de direito’, entenderam contrapor a este, como fase antitética ou ao menos anterior ao desenvolvimento histórico das formas estatais, precisamente o Estado de polícia”. Vale destacar que a própria origem do termo, como ensina Schiera, “já sugere a intenção pejorativa com que foi inventado e usado por longo tempo”, referindo-se “evidentemente à parte aposta do termo, ou seja, a polícia, que, na classificação das formas de vida estatal implícita no uso historiográfico, conforme antes indicado, devia contrapor-se ao direito como dimensão não só mais limitada e circunstanciada, mas também degenerativa em relação a ele”. *Vide*, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, passim.

<sup>35</sup> No que se refere aos bens ambientais, *vide* Celso Antonio Pacheco Fiorillo *In: Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2020

Assim, a Constituição Federal entendeu por bem autorizar os órgãos antes mencionados, observados evidentemente todos os parâmetros previstos no conteúdo da Carta Magna<sup>36e37</sup> e analisados sistematicamente com particular destaque para a cláusula do *due process* (art. 5º, LIV e LV), a impor sanções as mais variadas (advertência, multas, apreensão de bens, destruição ou mesmo inutilização de produtos, suspensão de venda e fabricação de produtos, embargo ou mesmo demolição de obras, embargo ou mesmo suspensão parcial ou total de atividades e ainda restritiva de direitos) destinadas a resguardar os bens ambientais vinculados ao uso comum do povo.

Dessarte, fica claramente indicado na lei Maior que as atividades consideradas lesivas aos bens ambientais sujeitam efetivamente e em princípio os infratores (pessoas físicas e jurídicas) não só a sanções penais conforme já aduzido anteriormente, mas também a sanções derivadas da denominada responsabilidade administrativa.

### **c) Atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitando os infratores à obrigação de reparar os danos causados**

Ao verificar o conteúdo do art. 225, § 3º, da Constituição Federal podemos efetivamente observar a existência de uma tríplice responsabilidade do poluidor em face de atividades consideradas lesivas ao meio ambiente (tanto pessoa física como jurídica): a sanção penal, por conta da chamada responsabilidade penal (ou responsabilidade criminal), a sanção

<sup>36</sup> O chamado “poder discricionário”, verdadeiro fetiche vinculado ao Poder Público (discricionariedade administrativa é a possibilidade que tem o Poder Público de praticar ou deixar de praticar determinado ato conforme entenda esse ato conveniente ou inconveniente para a administração, conforme lição de José Cretella Júnior), vem sendo devidamente mitigado em sistemas constitucionais atrelados a Estados Democráticos de Direito e evidentemente no âmbito da tutela jurídica da vida em todas as suas formas. Daí importante acórdão, de que foi relator o Ministro Néri da Silveira, que impõe limites ao poder discricionário, destacando na oportunidade que “os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e moralidade, também devem atender aos princípios da justiça” (RE 173.820-1. Recurso Extraordinário. Mandado de Segurança. *Informativo STF* 44.1996).

<sup>37</sup> Adverte Celso Fiorillo que “em matéria vinculada à tutela jurídica da vida em todas as suas formas, a chamada escolha do administrador sempre deverá obedecer aos princípios do direito ambiental analisados em face dos princípios fundamentais da Carta Magna”. Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo *In: Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2020.

administrativa, em decorrência da denominada responsabilidade administrativa, e ainda a sanção que, como adverte Celso Fiorillo, “didaticamente poderíamos denominar civil, em razão da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente”<sup>38</sup>.

Tratar de responsabilidade civil no âmbito do direito ambiental constitucional significa enfrentar o tema dentro da denominada teoria da responsabilidade civil sendo certo que dentro da teoria da responsabilidade civil, não há como falar em dever de indenizar sem a ocorrência do dano”<sup>39</sup>

Dessa feita, na lição do referido autor, “o termo *dano* constitui um dos alicerces essenciais da responsabilidade civil, de modo que se faz imprescindível conceituá-lo”.

Primeiramente é importante ressaltar que inexistente, a nosso ver, relação indissociável entre a responsabilidade civil e o ato ilícito, de forma que haverá dano mesmo que este não derive de um ato ilícito. Observemos a seguinte situação: suponhamos que uma determinada empresa X emita efluentes dentro do padrão ambiental estabelecido pelo órgão competente. Admitindo que a fauna ictiológica seja contaminada pela referida descarga de dejetos, há, indiscutivelmente, apesar de a empresa ter agido licitamente, o dever de indenizar, pois, em face da responsabilidade objetiva, verifica-se apenas o dano (contaminação da biota) com o nexo de causalidade (oriundo da atividade da empresa), para que daí decorra o dever de indenizar.

Dessa forma, o conceito que se coaduna com o aqui exposto é o de que dano é a lesão a um bem jurídico.

Ocorrendo lesão a um bem ambiental, resultante de *atividade* praticada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que direta ou indiretamente seja responsável pelo dano, não só há a caracterização deste como a identificação do poluidor, aquele que terá o dever de indenizá-lo<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo In: **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2020.

<sup>39</sup> Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo In: **Curso de direito ambiental brasileiro**. Saraiva, 2020.

<sup>40</sup> Vide Celso Antonio Pacheco Fiorillo In: **Curso de direito ambiental brasileiro**. Saraiva, 2020.



## **CAPÍTULO 6**

# **AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO CONCORRENCIAL E O DIREITO SOCIETÁRIO**

*Gilberto Bercovici*

### **1 Objetivos gerais do direito concorrencial**

Ao consagrar a livre concorrência como princípio da ordem econômica constitucional (artigo 170, IV), a Constituição de 1988 atribuiu a titularidade da defesa da concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico à coletividade, não às empresas, conforme, inclusive, explicita o artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. A concorrência é um meio, um instrumento de política econômica, não um objetivo da ordem econômica constitucional<sup>1</sup>. A liberdade de concorrência influi diretamente na organização dos agentes econômicos. De forma bastante ampla, pode-se dizer que o direito antitruste busca prevenir e impedir quaisquer formas de comportamento anticompetitivo no mercado. Embora as regras do direito antitruste sejam enunciadas majoritariamente como proibições, seu objetivo é estabelecer condições favoráveis de competição e proteger os interesses dos consumidores. Por isto, o direito antitruste insere-se dentro do direito econômico, que busca, entre outras tarefas, disciplinar juridicamente a atividade

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 208-214.

econômica, voltando-se, essencialmente, para a preservação do mercado, controlando o comportamento dos poderes econômicos<sup>2-3</sup>.

Em comum<sup>4</sup>, os diferentes sistemas de proteção à concorrência estipulam regras para que as empresas se abstenham de comportamentos que possam se caracterizar como condutas colusivas mediante cooperação com atuais ou potenciais competidores. Com esta finalidade, acordos horizontais entre empresas independentes que determinem política de preços, divisão de mercado ou quaisquer outros ajustes que impliquem em cooperação abusiva entre concorrentes são usualmente proibidas. Outros tipos de acordos, como aqueles estabelecidos entre empresas que atuam em níveis distintos em um dado mercado – como se dá entre fornecedor e distribuidor – também podem configurar condutas anticompetitivas.

Uma empresa que detenha uma posição dominante em um mercado específico pode agir abusivamente e afetar negativamente as condições de competitividade usufruídas pelos demais concorrentes, seja impedindo ou restringindo a atuação de concorrentes atuais ou futuros. Esta hipótese também é tratada pelas legislações concorrenciais com o objetivo de corrigir distorções geradas por comportamentos abusivos dos agentes econômicos dominantes.

Por fim, há de se considerar o campo de incidência particular do direito antitruste sobre as operações de concentração empresarial. Fusões ou aquisições de participações acionárias podem resultar em empresas ou grupos de empresas mais eficientes e melhorias na estrutura do mercado, o que decerto tende a acarretar um maior benefício para os consumidores. Porém, há concentrações que podem apresentar efeitos anticompetitivos, por pretenderem reduzir ou eliminar a competição no mercado, criando

<sup>2</sup> BERCOVICI, G. OS princípios estruturantes e o papel do Estado. *In*: CARDOSO JUNIOR, J. C. **A Constituição brasileira de 1988 revisitada**: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social. Brasília, DF: Ipea, 2009. v. 1. p. 269. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8402/1/A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988%20revisitada\\_volume%201.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8402/1/A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988%20revisitada_volume%201.pdf). Acesso em: 02 dez. 2020.

<sup>3</sup> cf. Gérard FARJAT, *Pour un Droit Économique*, Paris, PUF, 2004, pp. 180-199. (tradução nossa).

<sup>4</sup> Para uma análise da convergência internacional de políticas antitruste, cf. Maher M. DABBAH, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 2003.

ou fortalecendo uma posição econômica dominante que não decorre do incremento do desempenho interno da empresa.

A legislação antitruste, como instrumento de política econômica, persegue objetivos de natureza econômica, social ou política. Em uma perspectiva comparativa<sup>5</sup>, podemos dizer que, para vários autores, nos Estados Unidos, o propósito dominante do direito antitruste é fomentar a eficiência dos agentes econômicos e maximizar o bem-estar dos consumidores<sup>6</sup>, ou seja, impedir o estabelecimento de monopólios privados que possam gerar danos aos demais produtores e consumidores, colocando em risco a própria sociedade democrática. Por sua vez, na Europa<sup>7</sup>, o direito antitruste é visto especialmente como um instrumento para promover a integração dos mercados europeus.

Dentre o vasto campo de atuação da legislação concorrencial delimitai, portanto, regras especificamente dirigidas à identificação de operações societárias que devem ser submetidas à análise das autoridades responsáveis à implementação de políticas de defesa da concorrência, bem como à avaliação de sua conveniência para a preservação de condições pró-competitivas entre os concorrentes um mercado concorrencialmente relevante.

## 2 O controle de concentrações

O controle das estruturas organizativas do poder no mercado é uma das principais tarefas a que se propõe a legislação concorrencial. São objeto desta análise as formas tradicionais de exercício do poder no mercado, denominadas tecnicamente no direito norte-americano como trustes e cartéis, e que correspondem em nossa prática às noções de concentração e cooperação empresariais. *Grosso modo*, pode-se definir a primeira como

<sup>5</sup> Para uma introdução geral ao direito concorrencial comparado: *Competition Policy in the OECD Countries*, Paris, OECD, 1986 e C. DOERN & S. WILKS, *Comparative Competition Policy*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1996.

<sup>6</sup> Robert H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, Free Press, 1993. Vide especialmente o capítulo 4: “*Business Behaviour and the Consumer Interest: Some Rudiments of Theory*”, pp. 90 e ss.

<sup>7</sup> Ernst-Joachim MESTMÄCKER & Heike SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, C. H. Beck, 2004, pp. 94 e ss.

a integração operacional e decisória de dois ou mais agentes econômicos, especialmente por meio de alguma mudança estrutural societária e a segunda, como a coordenação de certos comportamentos mercadológicos, usualmente por contratos de colaboração, mantida a independência empresarial das partes.

Embora a forma do negócio jurídico não seja essencial para configurar uma ou outra forma de aumento de poder econômico de um ou mais agentes no mercado<sup>8</sup>, a “concentração” presta-se a situações em que todas ou algumas partes envolvidas na operação perdem sua autonomia empresarial ou constituem nova sociedade ou grupo econômico em que há compartilhamento do poder de controle, mediante fusão, incorporação ou, ainda, aquisição de participação acionária em outra empresa. Como elemento essencial, a concentração empresarial relevante ao direito antitruste resulta em uma unificação – ou ao menos em uma possibilidade efetiva de influência – das instâncias decisórias dos agentes econômicos até então independentes.

Como já afirmado acima, as concentrações não são, *per se*, lesivas à competição. Há justificativas baseadas na racionalidade econômica que nos permitem afastar a ilicitude da operação do ponto de vista concorrencial<sup>9</sup>. São os casos em que há um ganho de eficiência considerado pró-

<sup>8</sup> Calixto SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3. ed, São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 267 e ss.

<sup>9</sup> Keith N. HYLTON. *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge/ New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 310 e ss. Hylton enumera algumas razões econômicas e gerenciais para a concentração de agentes econômicos: “*Why do firms merge? A few prominent reasons are as follows. One, and perhaps the oldest explanation, is that firms merge in order to take advantage of economies of scale or scope (or “synergy”). An equally ancient theory is that firms merge in order to gain monopoly power. A third reason is to enter a new market, by purchasing a business as a going concern rather than acquiring assets or building equipment and structures from the ground up. A fourth is that firms merge in order to create an internal capital market; because a firm (it is argued) can more easily cross-subsidize risky portions of its operations and lower the cost of capital through the creation of an internal market for finance. A fifth reason is to take advantage of tax law; for example, one firm has losses that can offset the taxable income of another in a way that reduces the joint tax bill by an amount that exceeds the transaction costs of the merger. A sixth reason is diversification. Of course, investors can diversify on their own, but if the firm diversifies it provides some protection to the firm-specific human capital of managers, and to the extent the bankruptcy process reduces society’s wealth, this type of merger may be desirable. Managerial goals make up another broad*



-competitivo, capaz de se sobrepor ao poder de mercado resultante da concentração<sup>10</sup>. Há igualmente outro escopo de análise em que se permite verificar a admissibilidade da operação e que diz respeito à estrutura de poder desenhada pelas partes envolvidas no negócio, qual seja, capaz de preservar a independência gerencial dos agentes econômicos em posição econômica dominante no que tange à tomada de decisões que interessem ao direito concorrencial.

O controle dos atos de concentração compete às autoridades de defesa da concorrência. O exame dos casos concretos consiste basicamente em duas inquirições: primeiro, se a concentração ameaça a competição no mercado relevante; segundo, se há alguma forma deste risco ser eliminado. As autoridades concorrenciais dispõem de três remédios para a correção dos riscos provenientes da concentração: (i) proibir o ato de concentração, em alguns casos, a única solução possível; (ii) impor uma medida estrutural, comumente a desconstituição do negócio, ou parte deste; (iii) aplicar medidas de natureza comportamental, que, ao invés de impor limitações ao direito de propriedade, estabelecem a forma como estes direitos serão exercidos.

Alguns princípios gerais para a apreciação dos atos de concentração empresarial podem ser colacionados, com base na proposta elaborada pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em inglês: *Organisation for Economic Cooperation and Development – OECD*)<sup>11</sup>. Para a OCDE, as medidas restritivas ou impeditivas à concentração devem ser impostas apenas se houver efetivo

---

*category of reasons. One view sees these goals as pernicious in effect: managers seek the higher salaries, greater prestige, and perquisites that accompany leadership roles in large corporations. The larger the firm, the greater the pay and benefits generally. An alternative managerial goal that causes firms to acquire others is to displace incompetent management (liberating owners), or to free competent management from incompetent owners (liberating managers). Yet another theory is that mergers allow managers to transfer rents from various fixed claimants, such as debt holders and employees, to the shareholders. As this brief survey suggests, mergers occur for good and bad reasons. In some cases there will be efficiency gains, in others not.”*

<sup>10</sup> Dennis C. MUELLER. Efficiency versus Market Power through Mergers In: Manfred NEUMANN & Jürgen WEIGAND (org.), *The International Handbook of Competition*, Cheltenham, Elgar, 2004, pp. 65-87.

<sup>11</sup> Merger Remedies, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, v. 7, n. 2, 2005.

risco à manutenção da competição no mercado relevante. Tais medidas devem ser a forma menos restritiva de eliminar os riscos concorrenciais derivados da concentração, de maneira a não afetar a atuação dos agentes econômicos e das autoridades governamentais em situações futuras. Além disto, estas medidas devem se reportar primariamente a distorções verificáveis na competição do mercado, e não a temas de planejamento industrial ou objetivos não relacionados à concorrência. Finalmente, para a OCDE, a flexibilidade e a criatividade são determinantes para a configuração de medidas eficientes, a fim de se evitar a adoção de medidas estruturais (desfazimento do negócio) demasiadamente onerosas às partes e excessivas do ponto de vista concorrencial. É desejável, portanto, que as autoridades de defesa da concorrência busquem alternativas às usuais medidas estruturais, substituindo-as ou aplicando-as em conjunto com medidas de ordem comportamental.

### **3 As relações entre o direito societário e o direito concorrencial**

Como destaquei anteriormente, o elemento-chave do ato de concentração reside na alteração significativa do exercício do poder de controle decorrente da nova configuração empresarial dos agentes econômicos, que passam a agir a partir de um único centro decisório. Uma perspectiva importante para o aprimoramento dos remédios concorrenciais no controle dos atos de concentração consiste na aplicação de medidas de cunho organizacional, isto é, próprias do direito societário, e que sejam igualmente eficazes para impedir condutas anticoncorrenciais. Trata-se assim, de propor uma abordagem fundada nas relações possíveis entre o direito societário e o direito concorrencial.

À primeira vista, o direito societário e o direito concorrencial servem a propósitos distintos: de um lado, a estrutura de interesses estritamente internos à companhia e, de outro, a proteção da competição e dos consumidores em um mercado relevante. De fato, se não é o caso de se asseverar a impossibilidade de conciliação destes campos jurídicos, ao menos o ponto de partida deve ser a suposta neutralidade do direito

societário face ao direito concorrencial<sup>12</sup>. No entanto, reconhecer a repercussão dos atos societários para além da companhia ou do grupo é inescapável<sup>13</sup>. Cabe, aqui, relativizar esta pretensa neutralidade do direito societário e verificar quais os reflexos que as estruturas descritas pelo direito societário produzem sobre a ordem concorrencial.

A análise dos atos de concentração, assim, deve levar em consideração soluções organizacionais, ou seja, próprias do direito societário, para situações em que a imposição de medidas exclusivamente anticoncorrenciais possa ser excessiva e, até mesmo, anticompetitiva. As alternativas de organização do poder das sociedades, ou de grupos societários, oferecidas pelo mais recente direito das companhias consistem, indiscutivelmente, em uma fonte importante para adequar as condutas de agentes econômicos a parâmetros competitivos aceitáveis.

A convergência dos direitos societário e concorrencial pode parecer uma contradição em si, considerando que restringir o abuso de posição dominante (objetivo maior do direito antitruste) parece colidir com o interesse primário de maximização dos dividendos a que têm direito os acionistas. Mas, do ponto de vista das estruturas, o direito societário oferece importantes ferramentas organizacionais para uma disposição de poderes e controles apropriados ao gerenciamento empresarial voltado à competição.

<sup>12</sup> Esta foi a posição da Escola Ordoliberal de Freiburg. Os autores desta corrente negam ao direito societário a tarefa primordial de defesa da liberdade de concorrência e controle das concentrações e cooperações empresariais. Sobre o pensamento dos ordoliberais e sua influência na Alemanha do pós-Segunda Guerra Mundial, vide Alan PEACOCK & Hans WILLGERODT (org.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, London, Macmillan, 1989; Ulrich KARPEN, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz: Eine Einführung in die rechtlichen Grundlagen der Sozialen Marktwirtschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990 e, especialmente, Dieter HASELBACH, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft: Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991.

<sup>13</sup> Um primeiro modelo para identificar os pontos de contato entre o direito societário e o direito concorrencial foi proposto por Ulrich IMMENGA, “Der Preis der Konzernierung” in H. SAUERMAN (org.), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung: Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, pp. 253-267. Immenga propôs a análise do “preço da concentração”, em três etapas: (i) relevância do capital votante do capital total da empresa; (ii) distribuição interna de poderes na sociedade; (iii) regulamentação da responsabilidade de controladores e administradores.

Superar a limitada leitura das formas<sup>14</sup> para alcançar a realidade do exercício de poder na empresa é a tarefa a que se propõe a análise concorrencial do direito societário<sup>15</sup>. Assim, o poder decisório, sob o enfoque concorrencial, não se traduz apenas pelo controle acionário majoritário – definição dada pelo direito societário, mas sim pelo poder de influência nas decisões mercadologicamente relevantes (produção, investimento, tecnologia e vendas) de outra empresa, capaz de dirigir o planejamento empresarial de outro agente econômico.

Esta tarefa é muito mais importante quando se leva em consideração que o atual direito societário brasileiro foi instituído como estímulo às concentrações empresariais. A Lei das Sociedades Anônimas foi promulgada em 1976 sob a égide do II PND (II Plano Nacional de Desenvolvimento), com o intuito de criar conglomerados nacionais com capital suficiente para promover as atividades econômicas necessárias ao crescimento do País<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Walther RATHENAU, *Vom Aktienwesen: eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin, Fischer, 1917. O autor tece importantes comentários sobre o exercício abusivo do poder de controle societário pelos acionistas majoritários. Para Rathenau, a perseguição de interesses individuais pelos controladores, em detrimento do interesse social da companhia, pode levar até mesmo à entrega do controle da empresa a seus concorrentes (p. 30). Tal ato abusivo ocorreria quando não houvesse regras claras para defesa dos interesses da companhia pelas instâncias diretivas colegiadas. Segundo Rathenau, apenas o fortalecimento dos conselhos de supervisão (“*Aufsichtsrat*”) poderiam impedir a formação de grandes companhias alheias à finalidade social das empresas. O fenômeno identificado por Rathenau da formação dos grandes grupos empresariais, das grandes sociedades anônimas durante as primeiras décadas do século XX, é discutido detidamente para os anos da República de Weimar por Frank LAUX, *Die Lehre vom Unternehmen an sich: Walther Rathenau und die aktienrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998. Especificamente quanto ao problema da concentração econômica, Laux apresenta a importante discussão a respeito da formação do direito dos grupos societários (“*Konzernrecht*”), e do combate à concorrência desleal no contexto das integrações empresariais no período de Weimar (pp. 124 e ss). Sobre o debate em torno das concepções de Walther Rathenau, vide, ainda, Arndt RIECHERS, *Das „Unternehmen an sich“: Die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, pp. 7-26 e Milene Chavez BERCOVICI, “Walther Rathenau e a Grande Empresa em Weimar” In: Gilberto BERCOVICI (coord.), *Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019)*, São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 729-748.

<sup>15</sup> Artigo 31 da Lei nº 12.529/2011: “Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

<sup>16</sup> Cf. Modesto CARVALHOSA. **A Nova Lei das Sociedades Anônimas**: seu modelo econômico. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, pp. 66-71 e 144-148.

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, prioriza a figura do acionista controlador, ao autorizar a elevada fração do capital não votante em até  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do capital total da empresa, bem como ao limitar sobremaneira a atuação dos acionistas minoritários.

A questão do poder na empresa, sob o enfoque do direito societário, distingue e problematiza, há muito, as tensões entre propriedade e controle. Este debate é geralmente associado à clássica obra de Berle e Means<sup>17</sup>, cujo problema central é a ascensão das grandes corporações nos Estados Unidos na década de 1930, caracterizadas pela concentração do poder econômico e gerencial e dispersão da propriedade acionária<sup>18</sup>.

Na doutrina brasileira, o jurista que melhor tratou do tema foi Fábio Konder Comparato, em sua obra clássica *“O Poder de Controle na Sociedade Anônima”*, recentemente atualizada por Calixto Salomão Filho<sup>19</sup>. Nela, o autor retoma as teses de Berle e Means e as aprofunda ao complementá-las com conceitos oriundos da doutrina alemã, tais como o

<sup>17</sup> Adolf A. BERLE & Gardiner C. MEANS. **The Modern Corporation and Private Property**, reimpr., New Brunswick/London, Transaction, 2009. Para um debate recente, vide Stephen G. MARKS, *The Separation of Ownership and Control IN: Boudewijn BOUCKAERT & Gerrit DE GEEST (org.), Encyclopedia of Law and Economics*, London: Elgar, 2000, vol. V, pp. 692-724. Para uma análise sobre o contexto político de surgimento desta teoria, vide Mark J. ROE, *Political Preconditions to Separating Ownership from Corporate Control*, **Stanford Law Review**, vol. 53, dezembro de 2000, pp. 540-606.

<sup>18</sup> Para BERLE e MEANS: *“Management” may be defined as that body of men who, in law, have formally assumed the duties of exercising domination over the corporate business and assets. It thus derives its position from a legal title of some sort. [...] The law holds the management to certain standards of conduct. This is the legal link between ownership and management. As separation of ownership from management becomes factually greater, or is more thoroughly accomplished by legal devices, it becomes increasingly the only reason why expectations that corporate securities are worth having, can be enforced by the shareholders”* in Adolf A. BERLE & Gardiner C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property cit.*, p. 196. Em seguida, na p. 212, prosseguem os autores sobre o conceito de controle: *“Control,” on further analysis, may act in any one of three ways. First, it may influence or induce the directors in exercising the power of the Corporation. Second, the “control” may, acting under its own legal right, perform certain corporate acts itself—such as, voting for directors, for amendments of the charter, or to ratify past acts of the directors. Third, the “control” may perform acts which nominally have nothing to do with the corporation, but which in fact gravely affect the fate of the enterprise. For instance, “control” may be sold”*.

<sup>19</sup> Fábio Konder COMPARATO & Calixto SALOMÃO Filho, **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

de “*influência dominante*” (“*beherrschender Einfluss*”), que terá importante repercussão no direito concorrencial:

Levando-se, pois, em consideração o critério fundamental da separação entre propriedade acionária e poder de controle empresarial, temos que o controle interno apresenta quatro modalidades típicas, a saber, conforme o grau crescente em que se manifesta essa separação, controle totalitário, majoritário, minoritário e gerencial.

Até o advento da Lei nº 6.404, faltava no direito brasileiro uma definição legal de controle<sup>20</sup>. [...] Pelo exame do direito comparado, verifica-se que a definição do poder de controle é dada em lei, sobretudo, no que concerne à regulamentação dos grupos societários. O critério mais frequentemente seguido é o consagrado na legislação alemã, desde 1937. A existência de uma situação de controle é reconhecida não só na hipótese de participação majoritária no capital votante, mas também quando uma sociedade exerce sobre a outra, direta ou indiretamente, uma “*influência dominante*” {*beherrschender Einfluss*). É o que se deduz da leitura dos §§ 15 e seguintes da lei alemã de 1965, malgrado o seu casuístico pouco sistemático.

A noção de “*influência dominante*” é amplíssima e parece corresponder à própria noção de poder de controle, em sua mais vasta generalidade. Abarcando, portanto, não só o controle interno (em todas as suas modalidades), como o externo. Todavia, a expressão, mais alusiva do que descritiva, carece

---

<sup>20</sup> Esta definição legal se encontra no artigo 116 da Lei nº 6.404/1976: “*Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender*”.

de precisão, constituindo simples diretriz ou indicação para o intérprete na análise dos elementos de fato<sup>21</sup>.

Ao comentar esta passagem, observa Calixto Salomão Filho a importância das reflexões sobre o controle de poder societário para a correta identificação de seus prolongamentos na esfera concorrencial:

A expressão “influência dominante” ganha em precisão quando aplicada no direito concorrencial para indicar aquelas situações em que, mesmo sem a existência de controle no sentido societário, há o poder de dirigir a atividade e modificar estruturalmente a sociedade, produzindo efeitos de concentração econômica. É inegável, no entanto, que, dadas as dificuldades de aplicar os padrões de direito concorrencial ao direito societário (exatamente por suas diferenças de escopo), a indefinição permanece quando a expressão é utilizada em matéria societária<sup>22</sup>.

A relação mais direta entre direito societário e concorrencial se dá, assim, nas diferentes abordagens para o conceito do poder de controle. A vinculação já superada no direito societário entre “propriedade” e “controle” avança ainda mais se analisada sob o escopo concorrencial, segundo o qual o “controle” se traduz na mera influência de um agente econômico sobre a atividade empresarial de outro.

#### **4 Influência dominante versus influência relevante nas participações acionárias minoritárias**

O direito antitruste consagrou os conceitos de influência dominante e influência relevante para a verificação de efeitos anticompetitivos no exercício de controle de um agente econômico sobre outro. Deve-se, no entanto, fazer uma ressalva: tanto a influência dominante como a influência relevante não estão configuradas nas situações de influência ou con-

<sup>21</sup> Fábio Konder COMPARATO & Calixto SALOMÃO Filho. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. cit. pp. 79 e ss., grifo nosso.

<sup>22</sup> Fábio Konder COMPARATO & Calixto SALOMÃO Filho. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima* cit., p. 81.

trole de fato. Observa Calixto Salomão Filho que, em ambos os casos, “o controle de fato não oferece uma segurança de existência de influência. Só a existência de alguma influência estrutural (interna ou externa) na organização empresarial permite submeter aquisições de participações ou contratos, ao controle estrutural”<sup>23</sup>.

O termo “influência dominante” foi cunhado primeiramente pelo legislador alemão, que o empregou na redação original do §23, Abs 2, Nr 5 da sua lei concorrencial (GWB – *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), visando qualificar hipóteses residuais de controle de concentração<sup>24</sup>. A “influência dominante”, *stricto sensu*, é caracterizada pela capacidade de influir sobre o planejamento empresarial de outro agente econômico, isto é, sobre as áreas de pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas, de forma constante, duradoura e abrangente. A possibilidade de praticar atos isolados não configura “influência dominante”, é preciso que este poder se fundamente em bases estruturais e estáveis, que assegurem o exercício contínuo do poder de controle gerencial.

Estruturalmente, a “influência dominante” exige o controle majoritário (interno ou externo, de natureza societária ou contratual) ou o controle minoritário investido de poderes suficientes para inferir a predominância econômica e gerencial na outra empresa. Sem “influência dominante” não há, portanto, concentração econômica.

Por sua vez, o conceito de “influência relevante do ponto de vista concorrencial” (“*wettbewerblich erheblicher Einfluss*”, conforme a redação original do §23, Abs. 2, Nr. 6 da GWB) indica um aprofundamento do exame de estruturas societárias e contratuais, no sentido de permitir que

<sup>23</sup> Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito concorrencial*: as estruturas. *cit.*, p. 291.

<sup>24</sup> GWB §23, Abs 2, Nr. 5: “*Qualquer outra forma de vinculação entre empresas, em razão da qual uma ou mais empresas possam exercer direta ou indiretamente uma influência dominante (beherrschender Einfluss)*”. O conceito foi recepcionado pelo direito comunitário europeu, com o emprego do termo “*decisive influence*”, cf. redação dada pelo artigo 3º, nº 3, do Regulamento do Conselho nº. 4.064, de 21 de dezembro de 1989: “*For the purposes of this Regulation, control shall be constituted by rights, contracts or any other means. Either separately or jointly and having regard to the considerations of fact law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular by: (a) ownership of the rights to use all or part of the assets of an undertaking; (b) rights or contracts which confer decisive influence on the composition, voting or decisions of the organs of an undertaking?*”.



se assuma a existência de cooperação econômica entre as empresas. São hipóteses que não decorrem obrigatoriamente da concentração empresarial, mas que permitem a presunção do comportamento cooperativo, isto é, de harmonização de condutas.

Karsten Schmidt<sup>25</sup> observa que a diferenciação entre os conceitos societário e concorrencial de “dependência” (*Abhängigkeit*), de igual modo que o conceito de “influência” (*Einfluss*) acima comentado, adquire relevância para a atividade de controle das concentrações empresariais ao identificar os contornos fáticos da chamada “unidade concorrencial” (*wettbewerbliche Einheit*). A despeito da forma de vinculação institucional entre as empresas – ou da completa ausência de acordo formal, no caso da formação de carteis – estas formarão uma “unidade concorrencial” se perseguirem interesses econômicos unificados, mediante a coordenação do planejamento mercadológico e da tomada de decisões empresariais a partir de um mesmo polo, de maneira a atuar negativamente na competitividade do mercado relevante<sup>26</sup>.

Ambos os conceitos, o de influência societária dominante e o de influência relevante do ponto de vista concorrencial, são operacionalizados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), sobretudo na apreciação de atos de concentração em que se decide sobre o conhecimento ou não de operações de reestruturação societária ou de aquisição de participação acionária por fundos de *private equity*, em que há mero interesse financeiro na operação<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Karsten SCHMIDT *Unternehmen‘ und ‘Abhängigkeit: Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, v. 9/2, 1980, pp. 277-288.

<sup>26</sup> Karsten SCHMIDT. *Unternehmen‘ und ‘Abhängigkeit‘: Begriffseinheit und Begriffsvielfalt im Kartell- und Konzernrecht*. *cit.*, p. 281.

<sup>27</sup> O *leading case* no CADE sobre o conceito de “influência relevante” é o Ato de Concentração nº 08012.010293/2004-48. O Conselheiro Roberto Augusto C. Pfeiffer, em voto de vista, iniciou o aprofundamento da questão, explorando as interfaces entre direito da concorrência e direito societário, particularmente das figuras dos grupos de sociedade (artigos 265 a 277 da Lei nº 6.404/1976) e das sociedades coligadas e controladas (artigos 243 a 264). O voto vencedor foi proferido pelo Conselheiro Ricardo Cueva. Segundo ele, a “influência relevante”, que, por natureza, é constante e abrangente, faz-se presente quando é possível presumir um comportamento cooperativo entre as empresas, a partir da união dos centros decisórios em áreas específicas e estratégicas. Após reconhecer a inexistência de critérios objetivos para auferir o exercício de

O controle de atos de concentração está sujeito, assim, a diretrizes específicas. A análise concorrencial da aquisição de participações minoritárias, no entendimento da OCDE<sup>28</sup>, deve partir do pressuposto de que mesmo participações de menor monta podem produzir efeitos anticompetitivos, unilaterais ou coordenados e demandam um estudo aprofundado dos vínculos estruturais entre os competidores. Embora a parte que detenha a minoria do capital votante dificilmente esteja em posição de exercer qualquer poder de controle na companhia-alvo ou de influenciar suas condutas negociais, há situações em que os acionistas minoritários, em conjunto ou individualmente, podem exercer, em alguma medida, um controle com efeitos negativos sobre o mercado competitivo. Estas situações ocorrem nas ocasiões em que a participação acionária minoritária é suficiente para o controle exclusivo da empresa, possibilitando a este acionista exercer o direito de nomear mais da metade dos membros dos Conselhos de Administração e Fiscal, ou se, diante da alta dispersão acionária a participação minoritária for suficiente para representar a maioria do capital votante em assembleia. Outra situação se manifesta nos casos em que o estatuto da companhia demanda quóruns excessivamente qualificados para a tomada de decisões fundamentais à empresa, de forma que o voto contrário do acionista minoritário possa significar o exercício de controle negativo sobre a empresa. Finalmente, ainda é possível que um acionista minoritário atue em bloco com outro(s) acionista(s) minoritário(s), mediante acordo ou mera somatória de votos, de forma que consigam influir sobre as decisões gerenciais da empresa.

O fato de que o acionista minoritário possa controlar ou influenciar as operações da companhia (participação acionária ativa) já é suficiente para que este negócio se sujeite à avaliação prévia das autoridades competentes para o controle de atos de concentração. A aquisição de participações acionárias, mesmo minoritárias, podem ter objetivos justificáveis e concorrencialmente positivos, como a diversificação de negócios e redu-

---

“influência relevante”, o Conselheiro Cueva indicou que sua identificação poderia ser feita pelo exame, no caso concreto, (i) do interesse em intervir na atuação da empresa no mercado e (ii) pela possibilidade/efetividade dessa intervenção.

<sup>28</sup> OECD, **Policy Roundtables: Minority Shareholders**, Paris, OECD, 2008.

ção de custos e riscos, o acesso a novas tecnologias e práticas gerenciais, o estabelecimento e estreitamento de relações comerciais, a facilidade de acessar novos mercados, o financiamento e exploração de atividades conjuntas (como em Pesquisa & Desenvolvimento) etc. Cabe ao órgão competente avaliar se a concentração empresarial não acarreta riscos maiores à competitividade do mercado relevante, e se há medidas estruturais voltadas ao controle de condutas que possam evitar a imposição de sanções mais gravosas, como a dissolução do negócio ou venda de ativos.

O controle das concentrações empresariais, portanto é tarefa mais sutil – e exigente – que a abordagem usual do procedimento permite suportar. A integração societária não representa, necessariamente, uma concentração de poder econômico com efeitos anticompetitivos. As condutas anti-concorrenciais entre agentes econômicos podem ocorrer na ausência ou na presença de acordo formal entre empresas em um mercado relevante. Dito de outra forma, o enfoque pode se deslocar da perspectiva da *estrutura* do mercado para a perspectiva da *conduta* dos agentes econômicos. Neste sentido, o direito societário é o campo jurídico mais afeito à estabilização das relações entre agentes econômicos.

## **5 Medidas estruturais assecuratórias da concorrência na aquisição de participações acionárias minoritárias e o papel da governança corporativa**

As estruturas organizacionais societárias e o contrato são instrumentos jurídicos eficazes para a instituição do poder de controle na empresa. *Contrario sensu*, são igualmente eficazes para regulá-lo e limitá-lo de forma duradoura e estável. Neste sentido, a presunção de que atos de concentração são lesivos à ordem concorrencial deve ser relativizada com base nas disposições legais, estatutárias e paraestatutárias vigentes, aptas a assegurar as relações de poder anteriores à aquisição acionária.

Os acordos de acionistas consistem na forma jurídica por excelência de consolidação de estruturas pró-competitivas. São pactos parassociais que não se confundem com o estatuto da companhia. Embora relacionados

a este, não o substituem, apenas são elaborados como diretivas vinculantes aos signatários (que não precisam representar a totalidade de acionistas), que indicam condutas a serem seguidas pelas partes no exercício dos direitos inerentes à condição de acionista.

Pactos parassociais são eficazes para desconfigurar a potencialidade de condutas abusivas por parte dos acionistas, pois, como já foi dito, a mera constatação de estruturas que possibilitem o exercício de influência relevante basta para a desaprovação, ou aprovação condicional, da operação avaliada pela autoridade concorrencial. A primeira medida com eficácia para tanto, isto é, para salvaguardar a empresa da influência do novo acionista minoritário, seria um acordo que versasse sobre o exercício de controle na empresa, como categorizado pelo artigo 118 da Lei das SA, por força das modificações introduzidas pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001<sup>29</sup>. Segundo Modesto Carvalhosa<sup>30</sup>, ao analisar o instituto do controle no direito societário e o acordo de controle, este se caracteriza pelos atributos da permanência, estabilidade, autonomia, devendo seu objeto ser exaustivamente especificado na avença parassocial.

Dentre os temas necessariamente contemplados, deve-se minudar a organização do poder decisório na empresa. O cerne administrativo da companhia reside nas áreas de pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas. Estas são as áreas sensíveis do planejamento empre-

<sup>29</sup> “Artigo 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.” A própria lei previu o mecanismo de supervisão e transparência do cumprimento do acordo, cf. disposto no § 10º do mesmo artigo: “Artigo 118 § 10. Os acionistas vinculados a acordo de acionistas deverão indicar, no ato de arquivamento, representante para comunicar-se com a companhia, para prestar ou receber informações, quando solicitadas”.

<sup>30</sup> Modesto CARVALHOSA, **Acordo de Acionistas**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191 e ss: “o controle societário pode ser entendido como o poder de dirigir as atividades sociais. [...] Não se trata de um poder de fato, eventual ou ocasional, mas de um poder de direito permanente, real, atual e autárquico, ao qual corresponde uma ingerência efetiva nos negócios sociais. [...] Trata-se, assim, de um poder permanente e continuado, legalmente instituído, visto que significa determinar a vontade social e, dessa forma, o respectivo processo empresarial que dela se origina. [...] o acordo de controle proporciona a obtenção, a consolidação ou o reforço dessa posição de comando permanente, instituído na lei societária e o conseqüente domínio do grupo majoritário que o firmou, possibilitando uma direção autônoma e estável e a implementação da política empresarial que será objeto da convenção”.

sarial, e, neste sentido, o acordo deve impedir que o adquirente tenha poderes para nomear ou destituir diretores e gerentes responsáveis por estas atividades, de maneira tal a garantir a mais absoluta independência entre os centros decisórios de cada agente econômico<sup>31</sup>.

À parte da estipulação dos cargos diretivos, o acordo de acionistas deve também apontar que o acionista minoritário não terá o direito de deliberar sobre áreas estratégicas da empresa. O direito de voto do minoritário será restringido sempre que se decidir sobre ações comerciais relevantes, tais como a aquisição de ativos, realização de empréstimos e celebração de contratos ou distratos. Deve também ser impedida qualquer relação fiduciária em favor do minoritário ou sua participação em negócios indiretos, como o ajustamento de voto conjunto entre minoritários ou o direito de veto a operações creditícias ou junto a fornecedores.

Um ponto de convergência entre direito societário e concorrencial, no que tange à estrutura de poder na empresa, refere-se ao problema dos chamados “*interlocking directorates*”. O termo foi inicialmente empregado pelo direito antitruste americano na seção VIII do *Clayton Act* de 1914<sup>32</sup> (USC §19), e refere-se à proibição de que um mesmo indivíduo participe concomitantemente das instâncias decisórias de duas empresas vinculadas ou concorrentes entre si. Entre nós, a recepção doutrinária do instituto é bastante recente<sup>33</sup>, e decorre da reforma da Lei das SA trazida pela Lei nº 10.303/2001, que dispõe em seu artigo 147, §§ 3º e 4º:

Artigo 147: Quando a lei exigir certos requisitos para a investidura em cargo de administração da companhia, a

<sup>31</sup> Para uma exposição das competências próprias ao chamado controle gerencial, vide, por todos, Rodrigo R. Monteiro de CASTRO. **O Controle Gerencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>32</sup> “§ 8 – (a) – (1) No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations (other than banks, banking associations, and trust companies) that are (A) engaged in whole or in part in commerce; and (B) by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws”.

<sup>33</sup> Leandro Santos de ARAGÃO. **Interlocking Directorates (personelle Verflechtungen)** e a Proibição do art. 147, §3º, inciso I, da Lei das Sociedades Anônimas: o Conflito entre a Liberdade de Concorrência e a Liberdade de Estruturação do Organograma Administrativo da Sociedade Empresária” in Rodrigo R. Monteiro de CASTRO & Leandro Santos de ARAGÃO. **Sociedade Anônima: 30 anos da Lei 6.404/76**, São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 65-85.

assembleia-geral somente poderá eleger quem tenha exibido os necessários comprovantes, dos quais se arquivará cópia autêntica na sede social.

§ 3º O conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa da assembleia-geral, aquele que:

I – ocupar cargos em sociedades que possam ser consideradas concorrentes no mercado, em especial, em conselhos consultivos, de administração ou fiscal; e

II – tiver interesse conflitante com a sociedade.

§ 4º A comprovação do cumprimento das condições previstas no § 3º será efetuada por meio de declaração firmada pelo conselheiro eleito nos termos definidos pela Comissão de Valores Mobiliários, com vistas ao disposto nos arts. 145 e 159, sob as penas da lei.

É novidade bem-vinda no direito brasileiro que se reconheça, mormente em sede legislativa, o entrelaçamento do direito societário e do direito concorrencial, sancionando, inclusive condutas anticoncorrenciais como contrárias ao interesse social (artigo 147, §4º da Lei das SA). Lamentavelmente, o Presidente Fernando Henrique Cardoso vetou a introdução de importante mecanismo na Lei das SA, proposto no Projeto de Lei nº 23/2001, convertido na Lei nº 10.303/2001 (nº 3.115/1997 na Câmara dos Deputados), que permitiria ao CADE se manifestar sobre a nomeação de membros do corpo diretivo das companhias. Lê-se na Mensagem de Veto nº 1.213, de 31 de outubro de 2001, o texto previsto do vetado artigo 141, §9º, bem como as razões do veto:

[...] ouvidos os Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Fazenda, decidi vetar os seguintes dispositivos:

§ 9º do art. 141 da Lei no 6.404/76, proposto pelo art. 2º do projeto

Art. 141

§ 9º A nomeação de membro do conselho de administração ficará prejudicada sempre que o Conselho Administrativo de

Defesa Econômica – CADE considerar que a referida nomeação envolve riscos para a livre concorrência.” (NR)

#### Razões do veto

A regra certamente gerará incertezas no seio do mais alto poder de administração da companhia, com reflexos nefastos para o mercado, prejudicando eventuais estratégias empresariais.

A falta de critérios objetivos para o julgamento por parte do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica cercará de insegurança a eleição dos membros do Conselho de Administração, porquanto o CADE terá o poder de modificar a vontade privada dos acionistas, aos quais, com exclusividade, cabe o direito de, reunidos em assembléia, votar a composição do conselho da companhia.

Portanto, a norma contida no § 9º do art. 141 constitui interferência indevida do Poder Público na iniciativa privada, limitando a manifestação de vontade daqueles que compõem uma sociedade anônima, sendo, por isso, de constitucionalidade duvidosa.

Se houver riscos para a livre concorrência, tais fatos decorrerão de ações concretas e não de uma simples suposição decorrente de composição, em tese, do conselho de administração de companhias.

Assim, a regra exorbita da razoabilidade, já dispondo o CADE dos poderes necessários para reprimir abusos eventualmente verificados em prejuízo da livre concorrência.

Entendeu o Presidente Fernando Henrique Cardoso, confrontando os princípios da liberdade de concorrência e da liberdade de composição dos órgãos administrativos societários, o interesse público na defesa da concorrência e o interesse privado dos acionistas, que deve prevalecer o interesse privado<sup>34</sup>. Não bastasse ter subvertido a prevalência do interesse

<sup>34</sup> Incisiva crítica ao inoportuno veto presidencial foi apresentada por Leandro Santos de ARAGÃO, **Interlocking Directorates (personelle Verflechtungen e a Proibição do art. 147, §3º, inciso I, da Lei das Sociedades Anônimas: o Conflito entre a Liberdade de Concorrência e a Liberdade de Estruturação do Organograma Administrativo da Sociedade Empresária” cit.**, pp.81-82: “o

público sobre o privado<sup>35</sup>, desconsiderou o então Presidente da República que o CADE já dispunha de ampla competência para avaliar atos desta natureza ou de qualquer outra, como se depreende da leitura do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011. Embora não se avenge a hipótese de obrigatoriedade de submissão prévia ao CADE da nomeação de membros dos órgãos diretivos, a discussão em torno do atual artigo 147, §§ 3º e 4º, do veto ao artigo 141, §9º e da proibição dos “*interlocking directorates*” no direito estrangeiro inevitavelmente obrigam as autoridades de defesa da concorrência ao reconhecimento da eficácia de soluções societárias para a proteção da competição nos mercados.

A configuração de estruturas organizativas, isto é, de caráter societário, que limitem ao máximo a influência do adquirente da participação acionária minoritária no planejamento empresarial da companhia destinatária, podem ser exemplificadas exaustivamente, mas não se bastam. O moderno direito das empresas acrescenta às usuais fórmulas societárias, princípios de governança corporativa para a elaboração de estratégias gerenciais comprometidas com a preservação da concorrência no mercado.

---

*argumento apresentado no veto presidencial é simplório e está calcado muito mais em “chavões jurídicos” e palavras da moda (como incerteza e insegurança jurídica) que propriamente em critérios técnicos (embora tenha mencionado que o CADE não teria o poder de modificar a vontade privada dos acionistas, “aos quais, com exclusividade, cabe o direito de, reunidos em assembleia, votar a composição do conselho da companhia”). A fragilidade técnica das razões do veto é extrema, corroborada pela bisonha demonstração de completo desconhecimento do direito concorrencial, quando afirma que “[s]e houver riscos para a livre concorrência, tais fatos decorrerão de ações concretas e não de uma simples suposição decorrente de composição, em tese, do conselho de administração de companhias” No mínimo, o redator do veto presidencial nunca ouviu falar de interlocking directorates. Nunca atentou, também, para a possibilidade de as decisões do CADE implicarem alteração da vontade negocial quista pelos particulares envolvidos em determinada operação econômica. Ora, se o CADE pode mandar desfazer uma fusão ou uma incorporação, determinando uma operação de desinvestimento (em nítida modificação do negócio jurídico aquisitivo desejado pelas partes), qual o motivo para não poder examinar e, se for o caso, vetar a indicação de um conselheiro de uma sociedade anônima? A liberdade de composição dos órgãos societários decisórios é absoluta?”.*

<sup>35</sup> Para a justificativa constitucional que autoriza as autoridades de defesa da concorrência a intervir na autonomia privada dos acionistas das companhias, vide Martin NETTESHEIM & Stefan THOMAS, **Entflechtung im deutschen Kartellrecht: Wettbewerbspolitik, Verfassungsrecht, Wettbewerbsrecht**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 138-140. Cumpre ressaltar, ainda, que os autores estão analisando um texto constitucional cujas diretrizes de política intervencionista do Estado são muito menos acentuadas do que o texto constitucional brasileiro de 1988.



Segundo Petri Mäntysaari<sup>36</sup>, governança corporativa é um termo flexível que se refere a um amplo espectro de questões relacionadas a sistemas pelos quais as atividades das companhias, seus representantes e acionistas são dirigidas e controladas. O documento da OCDE publicado em 2004 sobre os Princípios da Governança Corporativa define-a como “*o conjunto de relações entre a administração da companhia, seu conselho, acionistas e demais interessados. A governança corporativa também oferece a estrutura pela qual os objetivos da companhia são estabelecidos, e os meios para atingi-los e monitorar seu desempenho são determinados*”<sup>37</sup>.

Os princípios da governança corporativa podem ser normatizados em instrumentos societários usuais como estatutos e acordos de acionistas ou em códigos de conduta internos. Em qualquer hipótese, como bem observam Sheikh e Rees<sup>38</sup>, o reconhecimento da vinculação dos agentes econômicos a normas autoimpostas é um elemento essencial para a eficácia interna e externa das práticas de governança. No caso de códigos de conduta<sup>39</sup>, em razão de serem aplicados não apenas no quadro de rela-

<sup>36</sup> Petri MÄNTYSAARI. **Comparative Corporate Governance: Shareholders as a Rule-Maker**. Berlin: Springer Verlag, 2005, p. 10. O autor propõe uma análise comparativa entre os modelos de governança de matriz norte-americana e europeia, de inspiração alemã. De um lado, uma estrutura fundada no interesse dos acionistas e, de outro, um modelo de codeterminação entre acionistas e trabalhadores. As diferenças entre estes modelos de governança não se reportam diretamente ao escopo deste parecer, mas permitem identificar princípios gerais da governança no direito comparado.

<sup>37</sup> Vide Louis BOUCHEZ. Principles of Corporate Governance: the OECD Perspective, **European Company Law**, v. 4, n. 3, junho de 2007, p. 109.

<sup>38</sup> Saleem SHEIKH & William REES. Corporate Governance and Corporate Control: Self-Regulation or Statutory Codification? In: Saleem SHEIKH & William REES. *Corporate Governance and Corporate Control*. London: Cavendish, 2000, pp. 361-389.

<sup>39</sup> Saleem SHEIKH & S.K. CHATTERJEE. Codes of Conduct and their Impact on Corporate Governance” In: Saleem SHEIKH & William REES. *Corporate Governance and Corporate Control cit.*, pp. 241-268. Para os autores, os códigos de conduta são veículos privilegiados para comunicação de valores da cultura da empresa: (i) definem e consolidam as políticas gerais da empresa; (ii) promovem uma direção estratégica comum; (iii) contribuem para a orientação nas situações de interação entre membros internos e grupos de pressão externos à empresa; (iv) delineiam direitos e deveres da companhia, administradores e empregados; (v) reportam-se efetivamente a regras e diretivas governamentais; (vi) formulam orientações com base em regras jurídicas; (vii) as regras de conduta atendem às expectativas dos acionistas; (viii) valorizam a transparência.

ções entre acionistas, há uma oportunidade de alcance mais generalizado de elementos estruturantes pró-competitivos.

Em linhas gerais, os princípios da governança corporativa – ou governo das empresas, na expressão de Arnaldo Wald<sup>40</sup>, consistem nos enunciados propostos pela OCDE<sup>41</sup>, que assim define o objetivo central das práticas de *corporate governance*:

o enquadramento do governo das sociedades deve promover mercados transparentes e eficientes, estar em conformidade com o princípio do primado do direito e articular claramente a divisão de responsabilidades entre diferentes autoridades de supervisão, autoridades reguladoras e autoridades dedicadas à aplicação das leis.

A governança corporativa é tema que se relaciona sobretudo ao ambiente do mercado de capitais, das companhias listadas em bolsa e de capital pulverizado, mas que se permite aplicar com vantagens também às empresas com participação societária concentrada. A governança, ainda segundo a OCDE, ocupa-se em garantir

- (i) a proteção e facilitação do exercício dos direitos dos acionistas;
- (ii) tratamento equitativo dos acionistas;
- (iii) papel de outros sujeitos com interesses relevantes no governo das sociedades, tais como trabalhadores e seus órgãos representativos;
- (iv) divulgação de informação e transparência;
- (v) responsabilidade dos órgãos de administração.

A implementação de boas práticas de governança corporativa é particularmente eficaz para regular o controle do fluxo de informações entre agentes econômicos. O estudo dos efeitos anticompetitivos resultantes da troca de informações sensíveis entre concorrentes é tema bastante apro-

---

<sup>40</sup> Arnaldo WALD. O Governo das Empresas. *Revista de Direito Empresarial IBMEC*, 2003, pp. 11-54.

<sup>41</sup> OECD. *Principles of Corporate Governance*, Paris, OECD, 2008.

fundado por economistas<sup>42</sup>. No âmbito do direito concorrencial<sup>43</sup>, por um lado, trocas de informações entre empresas podem elevar o grau de transparência no mercado em benefício dos consumidores, permitindo que selecionem produtos com maior eficiência. Mas a troca de informações também pode ter um efeito contrário. Em certas condições, como as existentes em mercados concentrados, este fluxo pode facilitar práticas colusivas para a elevação de preços, bem como a divisão e a alocação de mercados. Estes impactos negativos tendem a ocorrer em mercados propícios à coordenação anticoncorrencial em razão de suas características estruturais, mas podem ser sensivelmente reduzidos, a ponto de não influírem na competição do mercado, caso a estrutura gerencial dos agentes econômicos vinculados seja mantido totalmente apartada, mantendo a reserva de informações centrais a decisões determinantes de estipulação de preço, volumes de vendas e novos investimentos<sup>44</sup>.

Tanto mais a preservação do sigilo de informações estratégicas será assegurada, bem como a independência da tomada de decisões, quanto mais amplamente os órgãos de administração atendam às exigências de autonomia e transparência. Só se pode falar de governança corporativa se o órgão de administração for capaz de exercer um juízo objetivo e independente sobre os negócios da sociedade<sup>45</sup>, somado a um efetivo mecanismo

---

<sup>42</sup> Xavier VIVES. Duopoly Information Equilibrium: cournot and Bertrand, **Journal of Economic Theory**, vol. 34, 1984, p. 71; Esther GALOR, Information Sharing in Oligopoly, **Econometrica**, vol. 53, 1985, p. 329; Carl SCHAPIRO, Exchange of Cost Information in Oligopoly, **Review of Economic Studies**, vol. 53, 1986, p. 433 e Michael RAITH, General Model of Information Sharing in Oligopoly, **Journal of Economic Theory**, vol. 71, 1986, p. 260.

<sup>43</sup> Colin MAYER, Corporate Governance, Competition and Performance (*OECD Economics Department Working Papers n° 164*), 1996. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/536410876068>; OCDE, *Information Exchanges between Competitors under Competition Law* (OECD Competition Law & Policy Roundtables), 2010. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/12/52/48379006.pdf>.

<sup>44</sup> Sobre a análise econômica dos diferentes tipos de trocas de informação e seus efeitos pró-competitivos, vide Kai-Uwe KÜHN, Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms, **Economy Policy**, 2001, pp. 168-204.

<sup>45</sup> Na explanação sobre os princípios da governança corporativa elencados pela OCDE (*Principles of Corporate Governance*, 2008), lê-se que “Os órgãos de administração devem ponderar a possibilidade de designarem um número suficiente de membros não executivos do órgão de administração capazes de exercer um juízo independente para a execução de tarefas susceptíveis de serem afetadas por um conflito de interesses São exemplos de responsabilidades fundamen-

de responsabilização dos agentes obrigados a prestar contas a instâncias controladoras ou seus representados. A empresa que se pauta pela governança corporativa forma, assim, um círculo virtuoso que lhe permite usufruir de um grau ótimo de controle de seus atos diretivos e gerenciais, em que se sucedem os deveres de “transparência” e de “*accountability*”. O sistema de controle multidirecional próprio dos modelos de governança cria um ambiente de conduta empresarial comprometida com os valores da empresa e práticas transparentes, eficientes para a manutenção da confidencialidade das informações, a redução de conflitos de interesses e a aderência a boas práticas junto a fornecedores, clientes e concorrentes.

Em suma, o entendimento das relações de poder entre os acionistas permite verificar se os agentes atuam no mercado como um único centro econômico, compartilhando estratégias e objetivos, ou se, a despeito da existência de relações societárias entre agentes econômicos, estes atuam de forma autônoma e independente, verdadeiramente concorrendo entre si, uma vez que sejam adotadas as medidas assecuratórias cabíveis no âmbito societário e das boas práticas da governança corporativa.

Mais uma vez, acentuo que uma operação societária integrativa não resulta, *per se*, em uma estrutura de mercado anticompetitiva. A concorrência não se assegura isoladamente pela estrutura do mercado, mas igualmente pela conduta dos agentes econômicos. Os critérios para avaliação da eficácia das medidas societárias sujeitas à análise devem considerar, portanto, sua capacidade em impedir condutas pró-colusivas.

## 6 Síntese conclusiva

a análise concorrencial dos interesses resultantes de uma aquisição de participação societária minoritária horizontal não segue, necessariamente, as assertivas comumente estabelecidas para as fusões horizontais totais ou majoritárias. Não parece correto que as transações minoritárias recebam o

---

*tais garantir a integridade dos relatórios financeiros e não financeiros, a análise de transações com partes relacionadas, a nomeação de membros do órgão de administração e dos principais executivos, bem como a remuneração dos membros do órgão de administração”.*

mesmo tratamento de fusões de grande porte se o corpo diretivo de cada empresa mantiver certa independência. Intuitivamente pode-se dizer que a participação acionária minoritária tem efeitos anticoncorrenciais menos graves que uma fusão total, pois as partes continuam a competir entre si após o fechamento do negócio. Philip Areeda e Donald Turner advertem que “*uma participação acionária que não represente aquisição de controle societário não é uma ameaça intrínseca à concorrência*”<sup>46</sup>.

Os efeitos competitivos da aquisição societária parcial dependem da valoração de dois elementos distintos, o interesse financeiro de um lado, e o controle societário de outro<sup>47</sup>. Esta diferenciação está ausente da análise das fusões totais, que presume que a empresa adquirente automaticamente assume o controle pleno da sociedade adquirida. Interesses societários parciais, no entanto, exigem a análise em apartado destas figuras. A dificuldade desta análise está, segundo Areeda e Turner, na impossibilidade em se transpor a metodologia quantitativa aplicável ao exame das fusões totais (que correspondem, no direito norte-americano e europeu, às “Diretivas<sup>48</sup> para Controle de Fusões Horizontais”<sup>49</sup>), que equipara a participação societária à proporção dos efeitos concorrenciais<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Phillip AREEDA & Donald F. TURNER, **Antitrust Law**, v. 5, §§ 1100-1305, Boston, Little, Brown & Comp., 1980, p. 322.

<sup>47</sup> O modelo econômico para a análise das aquisições minoritárias e sua repercussão na ordem concorrencial foi amplamente estudado por Robert J. REYNOLDS & Bruce R. SNAPP. The Competitive Effects of Partial Equity Interests and Joint Ventures, **International Journal of Industrial Organization**, v. 4, junho de 1986, pp. 141-153.

<sup>48</sup> Para a relevância de diretivas, orientações e recomendações como fonte do direito concorrencial, vide Hakon A. COSMA & Richard WHISH, “Soft Law in the Field of EU Competition Policy”, *European Business Law Review*, vol. 14, 2003, pp. 25-56.

<sup>49</sup> U. S. Department of Justice; Federal Trade Commission *Horizontal Merger Guidelines*. Versão atualizada em 19.08.2010, Disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>. No mesmo sentido, as diretivas europeias: *EU Commission, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* (OJ C 31, 5.2.2004, p. 5–18), Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=52004XC0205%2802%29&model=guicheti](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=52004XC0205%2802%29&model=guicheti).

<sup>50</sup> Phillip AREEDA & Donald F. TURNER, **Antitrust Law** *cit.*, p. 322: “*Unfortunately, there is no formula that can describe the likelihood of such effects [...]. Inappropriate, for example, would be a formula that attempted to discount market shares [...] according to the acquirer’s shareholding [...]. Here there is no reason to suppose that the effects of lesser acquisitions are in any way proportional to shareholding*”.

As aquisições parciais exigem que se examine em que grau esta participação societária se traduz em controle ou influência dos acionistas minoritários sobre a direção da empresa, e como a eventual influência sobre a direção da empresa atua sobre a ordem concorrencial. Assim, ao contrário das fusões convencionais, o foco central do controle de aquisição parcial reside na análise da extensão e na espécie de controle detidos por cada acionista, bem como suas implicações sobre as decisões gerenciais da empresa.

Como já tratei acima, ao citar a célebre contribuição de Berle e Means, a distinção entre interesse financeiro e controle societário não é tema novo no direito empresarial. No entanto, os autores clássicos ocupam-se dos efeitos desta dicotomia dentro dos limites da empresa, enquanto o direito concorrencial operacionaliza estes conceitos para examinar suas implicações na *performance* competitiva dos mercados nos quais uma(s) empresa(s) detenha participação acionária em outra rival.

O interesse financeiro refere-se à titularidade da adquirente em aproveitar dos lucros da empresa na qual detém a participação acionária. O poder de controle, como já dito em outra instância, refere-se à capacidade de controlar ou influenciar em grau determinante as decisões de relevância concorrencial, tais como fixação de preços, desenvolvimento, volume de produção e oferta de produtos, parcerias com outras empresas, bem como venda ou aquisição de ativos. O interesse financeiro representa um incentivo para a empresa adquirente, enquanto o poder de controle é um fator de incentivo para a empresa adquirida. O primeiro confere a seu titular o direito de receber uma parcela dos benefícios gerados pelas operações e investimentos da empresa, enquanto o poder de controle confere a seu titular o direito de tomar as decisões que afetam sua atividade empresarial interna e seu posicionamento no mercado. Ainda pela distinção entre interesse financeiro e poder de controle, há que se considerar a estrutura do capital da empresa, distribuído entre votantes e não-votantes. No caso brasileiro, em particular, a Lei das SA prevê a classe especial de ações preferenciais, que não têm direito a voto, ou seja, contam com pleno interesse financeiro, mas não podem exercer qualquer poder de controle sobre a em-

presa. É um amplo espectro de configurações de interesse e controle, que vão do simples interesse passivo, no qual não há sequer a remota possibilidade de influência no andamento dos negócios (“*silent financial interest*”) ao controle total da empresa, o modelo-padrão de análise de atos de concentração, em que há a expectativa de acréscimo máximo de preços e redução máxima de oferta.

Nas aquisições parciais existe uma miríade de cenários: ao lado do interesse exclusivamente econômico na operação, há uma escala de influência na empresa na qual se detém a participação, mas sempre incapaz de exercer o controle pleno sobre os destinos da companhia. No controle parcial, o exercício dos poderes inerentes à condição do acionista pode ser restringido pelos estatutos sociais – incluídos, aqui, os acordos parasso-ciais –, disposições legais societárias, regras de governança corporativa e determinações da autoridade concorrencial, que pode impor condicionantes comportamentais<sup>51</sup> à aprovação do ato de concentração empresarial.

Em estudo da OCDE sobre os efeitos concorrenciais das participações acionárias minoritárias<sup>52</sup>, a entidade observa, assim como a doutrina jurídica e econômica, que tais participações podem ter efeitos anticompetitivos, mas a apuração desta condição deve considerar as complexidades dos direitos acionários parciais, evitando-se a aplicação pura e simples

<sup>51</sup> Neste sentido, paradigmático o caso da aquisição pela *Time Warner, Inc.* da *Turner Broadcasting System, Inc* (*Federal Register*, vol. 61, fascículo 187, pp. 50301-50322, publicado em 25 de setembro de 1996. Disponível em <http://www.gpo.gov/fdsys/search/pagedetails.action?browsePath=1996%2F09%2F09-25%2F4%2FFederal+Trade+Commission&granuleId=96-24599&packageId=FR-1996-09-25&fromBrowse=true>). Neste caso, determinou-se uma série de medidas societárias com o intuito de restringir eficazmente a cooperação diretiva entre as empresas. Dentre as numerosas imposições, além do controle do fluxo de informações estratégicas, enumeramos, a título exemplificativo: “*The TCI Control Shareholders are prohibited from voting (other than a de minimis voting share necessary for tax purposes) any stock of The Separate Company to elect the board of directors or on other matters; [...] The TCI Control Shareholders are prohibited from seeking to influence, or attempting to control by proxy or otherwise, any other person’s vote of The Separate Company’s stock; Officers, directors, and employees of TCI or LMC, or any of the TCI Control Shareholders are prohibited from communicating with any officer, director, or employee of The Separate Company except on the limited matters on which they are permitted to vote. Further restrictions require that, in order for a TCI Control Shareholder to seek to initiate action on an issue on which they are entitled to vote, they must do so in writing*”.

<sup>52</sup> OECD. *Minority Shareholders (Competition & Policy Roundtables)*, Paris, OECD, 2008.

dos critérios de exame das fusões totais. Particularmente no que se refere às condicionantes (*remedies*) para aprovação do ato integrativo<sup>53</sup>, ao lado da usual – e muitas vezes desnecessária – imposição de desinvestimento, temos como medidas comportamentais eficazes para impedimento de comportamento colusivo entre concorrentes associados: (i) restrição do exercício de direitos dos acionistas, como voto, nomeação de membros dos órgãos diretivos; (ii) criação de “*Chinese Walls*”<sup>54</sup> como barreira ao

<sup>53</sup> OECD. *Minority Shareholders* cit, pp. 44-45: “Both structural remedies (such as divestitures) and behavioural remedies (such as confidentiality agreements and the so-called “Chinese Walls”) have been accepted by antitrust agencies to remedy concerns raised by minority shareholdings. In general, there are four categories of remedies which have been considered by antitrust agencies when dealing with potential anti-competitive effects of minority shareholdings:

a) **Divestiture of the minority stake:** The divestiture of the acquired shares and the severance of the structural link between the competing firms is the preferred solution by antitrust agencies to remedy antitrust concerns arising from minority shareholdings. However, in many instances, the acquirer of the minority stake is ordered to divest only a part of the stock that it has acquired (or planned to acquire), therefore allowing it to retain some shares in the target, provided that such remaining participation would not allow the acquirer to gain control or otherwise influence the business conduct of the target.

b) **Dilution of an active shareholding into a passive shareholding:** In some cases, agencies have allowed the acquirer of the minority stake to retain its shareholding in its entirety, provided that it waives the rights linked to minority stakes, such as representation rights on the board, veto rights and information rights. In these cases, the fact that the acquirer of the shares will not use them to influence the behaviour of the firm in which the investment was made (e.g. by electing a board member or by voting the shares or by obtaining sensitive information on the other company) is considered a sufficient remedy to prevent risks of co-ordination between the two firms.

c) **Creation of Chinese Walls:** In other cases, antitrust agencies have required the elevation of a so-called Chinese Wall between the two firms in order to prevent the flow of sensitive information between the two companies. In practice, this entails the signature of confidentiality or non-disclosure agreements by those who are exposed to confidential information as a consequence of their role in the two firms. This remedy is clearly targeted to prevent that the exchange of confidential information may lead to an anti-competitive coordination of the business conduct of the two firms. This remedy has been used particularly in cases where board representation was associated with the minority stake, although it can also be applied to other instances, such as to common shareholders (with no common representation in the boards).

d) **Elimination of interlocking directorates:** If the minority shareholding entitles the owner to appoint board members in the target company and that gives rise to situations where one or more board members sit on the boards of both companies, agencies have required that the interlocking directorate be ended. This is to prevent the common board members from having access to sensitive information of the two companies, which could facilitate parallel behaviours and collusion. This type of remedy is generally preferred to a Chinese Wall remedy, as it is structural in nature and better guarantees the separation between the parties’ competitive conduct”.

<sup>54</sup> Para a recepção desta prática de governança corporativa no direito brasileiro, primeiramente no mercado de capitais, vide Maria Isabel do Prado BOCATER, “‘Chinese Wall’: a Segregação



fluxo de informações sensíveis entre os agentes econômicos concorrentes; (iii) proibição de “*interlocking directorates*”, ou, nas palavras de Fábio Konder Comparato, de “coligação administrativa”<sup>55</sup>, isto é, do compartilhamento de agentes de direção entre as empresas.

A análise econômica dos efeitos competitivos de aquisições societárias parciais indica que os processos de exame das fusões totais e parciais não são equivalentes. No caso das aquisições totais, a sociedade adquirente automaticamente controla, em sua integralidade, a empresa adquirida. Interesse financeiro e poder de controle se confundem. Para as operações de aquisições parciais, é necessário identificar qual a relação entre interesse financeiro e poder de controle. A estrutura societária e contratual da relação entre os agentes econômicos pode indicar com certo grau de segurança, a despeito da proporção da participação acionária, qual o efetivo poder de controle, entendido no campo do direito concorrencial como a capacidade de influir na tomada de decisões estratégicas, que um agente econômico efetivamente pode exercer sobre o outro.

---

de Atividades em Conglomerados Financeiros como Forma de Prevenir a Ocorrência de Atos Ilícitos” in Marcelo Vieira von ADAMEK (coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos: Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França**, São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 492-515.

<sup>55</sup> Fábio Konder COMPARATO & Calixto SALOMÃO Filho. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima** *cit.*, p. 74.



## CAPÍTULO 7

# Transferência de autorização no transporte interestadual de passageiros: do permissivo legal à proibição regulatória

*Sérgio Antônio Ferreira Victor*  
*Antônio Pedro Machado*

### Introdução

A autorização para exercer determinadas atividades reguladas ou de titularidade estatal enseja, sob vários ângulos, intensos debates. Tais discussões se intensificam quando se acresce ao tema da autorização a possibilidade de transferência dessa espécie de outorga entre particulares. A polêmica se instala mesmo nos casos em que a legislação autoriza expressamente a prática, a exemplo do que ocorre nas hipóteses de permissão e concessão, cuja exigência de licitação decorre da própria Constituição Federal<sup>1</sup>. No setor do transporte interestadual de passageiros, cuja regulação compete à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, a controvérsia surge em razão da existência de previsão legal para transferência de autorização, prevista na Lei nº 10.233/01<sup>2</sup>, e a mais recente dire-

---

<sup>1</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado.

<sup>2</sup> BRASIL. LEI Nº 10.233, DE 5 DE JUNHO DE 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a

triz regulatória promovida pela ANTT, por oportunidade da Deliberação nº 955/2019, que passou a proibir a transferência nessa modalidade de outorga.

## **I A permissão legal para a transferência de autorização no transporte interestadual de passageiros**

A regulação do transporte interestadual de passageiros, tal como hoje estabelecido, possui como marco inicial a edição da já mencionada Lei nº 10.233/01, que criou a ANTT e estabeleceu as balizas legislativas dentro das quais deveriam ser promovidas as diretrizes para a prestação do serviço, cuja titularidade é a União, nos termos do art. 21, XII, “e”<sup>3</sup>, da Constituição.

A legislação apontava, como principal diretriz da política pública que deveria ser desenvolvida no setor, a necessidade de descentralização das ações, seja através da delegação das atividades para empresas públicas, seja por meio da outorga às empresas privadas mediante concessão, permissão ou autorização.<sup>4</sup>

Por força do disposto no art. 26, I, da Lei nº 10.233/01<sup>5</sup>, conjugado ao disposto nos art. 13 e art. 14, da mesma Lei, o transporte interestadual de passageiros deveria, originalmente, ser prestado por empresas privadas, cuja respectiva outorga deveria ocorrer necessariamente por meio de permissão e, portanto, precedida de procedimento licitatório, conforme determina o art. 175, da Constituição.

---

Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

<sup>3</sup> Art. 21. Compete à União:[...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:[...] e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

<sup>4</sup> Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;

<sup>5</sup> Art. 26. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Rodoviário: I – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de permissão para prestação de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

Quanto à possibilidade de transferência das outorgas, a lei previa, no seu art. 30, que em todas as hipóteses – concessão, autorização e permissão – seria possível a transferência desde que preservadas as condições contratuais e desde que o novo titular atendesse os requisitos previstos no art. 29, da mesma Lei.<sup>6</sup>

O art. 30, além dos requisitos previstos no art. 29, ainda trazia mais uma exigência, qual seja a de que a transferência da titularidade da outorga só poderia ocorrer mediante prévia e expressa autorização da respectiva Agência de Regulação, observado o disposto na alínea *b* do inciso II, do art. 20<sup>7</sup>.

O § 2º, do art. 30, ainda equiparava, para fins de observância do disposto no *caput* e no seu § 1º, a transferência de titularidade às transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas, fossem elas autorizatárias, concessionárias ou permissionárias.

Mais adiante, no art. 44<sup>8</sup>, a Lei traz requisitos específicos para transferência de autorizações e, no seu inciso IV – posteriormente revogado – previa que a transferência desta modalidade de outorga deveria também

<sup>6</sup> Art. 29. Somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infra-estruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência. Art. 30. É permitida a transferência da titularidade das outorgas de concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

<sup>7</sup> Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:[...] II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

<sup>8</sup> Art. 44. A autorização será disciplinada em regulamento próprio pela Agência e será outorgada mediante termo que indicará: I – o objeto da autorização; II – as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente; III – as condições para anulação ou cassação; IV – as condições para a transferência de sua titularidade, segundo o disposto no art. 30.

obedecer aos requisitos do art. 30. Além disso, a transferência na hipótese de autorização também possuía previsão no art. 48.

Dessa forma, embora o serviço de transporte interestadual de passageiros só pudesse ser prestado mediante permissão, ressalvado o regime de fretamento, que pode ser meramente autorizado. Das suas características próprias, em especial em razão de sua eventualidade. As transferências em ambos os casos seguiam regras gerais muito semelhantes independentemente do tipo outorga, ocorresse esta através de concessão, permissão e autorização, devendo ser observadas a peculiaridade de cada regime.

É interessante notar que, embora as regras para transferência de outorga fossem semelhantes, as regras estabelecidas para prestação do serviço, a depender do tipo de outorga, eram substancialmente diversas. Prova disso é que, diferente do regime de permissão, nas hipóteses de outorga por autorização a Lei nº 10.233/01 trazia – como traz até hoje – ampla competição<sup>9</sup> e liberdade de preços<sup>10</sup>.

De forma diversa do que ocorre nos regimes de permissão e concessão, a legislação parece ter tratado juridicamente da autorização de forma semelhante ao que ocorre no setor de telecomunicações, na linha do que preleciona Floriano de Azevedo Marques Neto:

A exigência de prévia autorização como instrumento para disciplinar determinada atividade econômica é verificada hoje em vários setores. Em cada caso, os interesses públicos visados (e que fundamentam intervenção estatal) coadunam-se com os requisitos exigidos para a emissão autorização. No setor de telecomunicações, por exemplo, a autorização da Anatel é demandada para as atividades a serem prestados em regime privado, de modo a assegurar que a autorizatória detenha as condições subjetivas e objetivas para a execução

---

<sup>9</sup> Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: I – independe de licitação; II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição; III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

<sup>10</sup> Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31

dos serviços (art. 131 da Lei 9.472/1997). Trata-se, essencialmente, de defender os interesses dos usuários dos serviços, garantindo-lhes a estabilidade, previsibilidade, continuidade e publicidade do atendimento.<sup>11</sup>

A maior liberdade de atuação no caso das empresas autorizadas, portanto, decorre do próprio regime jurídico atribuído às outorgas pela Lei nº 10.233/01, o que, conseqüentemente, deveria alcançar as regras para transferência do direito de explorar esse serviço.

Não foi sem razão, portanto, que pouquíssimo tempo após a entrada em vigor da Lei nº 10.233/01, muitos dos seus dispositivos foram alterados pela edição da Medida Provisória nº 2.217-3/01<sup>12</sup>, fazendo com que a legislação passasse a exigir os requisitos do art. 30 para a transferência de outorga apenas nas hipóteses de permissão e concessão.

Ocorre que uma leitura apressada da legislação, após as referidas alterações, poderia levar à conclusão equivocada de que a transferência de autorizações teria sido revogada pela MP nº 2.217-3/01. Todavia, isso não ocorreu. Em verdade, deixaram de ser necessários, para transferência de autorização, os requisitos do art. 30.

Isso porque o art. 48<sup>13</sup>, da Lei nº 10.233/00, permaneceu intacto para prever que, nos casos de transferência irregular, caberia à ANTT sancionar as empresas com a cassação da outorga. A redação não é estranha. Trata-se, aliás, de formulação em tudo semelhante àquela adotada no art. 27, da Lei nº 8.987/95 e, também, na já mencionada Lei da Anatel.

<sup>11</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Formas de Prestação do Serviço Público. In: KLEIN, Aline lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado**. v. 4. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, v. 4, p. 157-182, 2014. p. 161.

<sup>12</sup> BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA N 2.217-3, DE 4 DE SETEMBRO DE 2001. Altera a Lei nº 10233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.

<sup>13</sup> Art. 48. Em caso de perda das condições indispensáveis ao cumprimento do objeto da autorização, ou de sua transferência irregular, a Agência extingui-la-á mediante cassação.

A possibilidade de transferência de autorização, portanto, permaneceu em vigor, afastando-se a necessidade de observar os requisitos do art. 30, obrigatórios apenas nas hipóteses de permissão e concessão.

Daquele momento em diante, portanto, caberia à ANTT, regular a forma e os requisitos para as transferências de autorização eis que mantido incólume o art. 29, daí porque as autorizações só poderiam ser conferidas às empresas com sede e administração no País, constituídas sob as leis brasileiras e, como não poderia ser diferente, que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANTT. É o que extrai da leitura conjunta dos art. 48 e art. 29, da legislação:

Art. 29. Somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infra-estruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência.

Art. 48. Em caso de perda das condições indispensáveis ao cumprimento do objeto da autorização, ou de sua transferência irregular, a Agência extingui-la-á mediante cassação.

Conforme a legislação em vigor, a outorga de autorização, bem como a transferência desta, depende da observância dos art. 29 e art. 48, da Lei nº 10.233/01, pois, à toda evidência, o vocábulo “obter” evidentemente se refere, inclusive, à obtenção das outorgadas em poder de terceiros, que tenham sido a eles originalmente concedidas pela própria ANTT, nos termos das regras por ela impostas.

Essas alterações, porém, não alcançavam as regras atinentes ao transporte interestadual de passageiros que, conforme explicitado inicialmente era outorgado mediante permissão e não autorização.

Assim, ao menos nos termos do que previa a Lei nº 10.233/01, as transferências de permissão, eventualmente conferidas para o transporte interestadual de passageiros, só poderiam ser levadas a cabo se observadas as regras dos já mencionados arts. 29 e 30. Esse regime jurídico permaneceria praticamente inalterado até o ano de 2014.



Ocorre que naquele ano, a Lei nº 10.233/2001 foi alterada pela Lei nº 12.996/14, e, desde então, a outorga dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros, não obstante a sua semelhança com outros serviços previstos na legislação, deixaria de ser realizada via permissão para ser levada a cabo mediante autorização, o que implica a desnecessidade de licitação prévia para seleção dos prestadores. Vejamos a síntese de Alexandre Ortigão S. Buarque Schiller:

Por fim, com a Lei nº 12.996/2014, que alterou o modelo de outorga para o serviço de transporte regular interestadual e internacional de passageiros, o legislador parece ter tentado seguir o mesmo caminho. Contudo, estabeleceram-se regimes de outorga distintos para uma mesma modalidade de serviço. Enquanto para os serviços de transporte rodoviário regular interestadual e internacional de passageiros o instrumento de outorga é a autorização, para os serviços de transporte rodoviário de passageiros associados à exploração de infraestrutura o instrumento é a concessão, e para o transporte interestadual semiurbano o instrumento de outorga é a permissão, como se vê dos incisos V, “e”, I, e IV, “a”, do artigo 13 da Lei nº 10.233/2001.<sup>14</sup>

Ou seja, o que foi alterado pela Lei nº 12.966/14, quanto ao aspectos ora tratados, foi a forma de outorga para o serviço de transporte interestadual de passageiros e não as regras específicas para a sua transferência, que permaneceram as mesmas.

## **II A proibição estabelecida pela ANTT para a transferência de outorga conferida mediante autorização**

Logo após a edição da Lei nº 12.966/14, a ANTT regulamentou amplamente a matéria nela tratada por meio da Resolução nº 4.770/15<sup>15</sup>,

---

<sup>14</sup> SCHILLER, A. O. S. B. O novo modelo de autorização da Lei n. 12.996/2014 e os seus efeitos no setor de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 151-179, 2018, p. 165. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5i2p151-179>. Acesso em: 03 dez. 2020.

<sup>15</sup> BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Resolução nº 4.770, de 25 de junho de 2015. Dispõe sobre a regulamentação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização.

a qual expressamente previa a possibilidade de transferência de autorização entre autorizatárias, nos termos do art. 51 do referido ato normativo, desde que observados os requisitos previstos no Título II, também da Resolução<sup>16</sup> em exame.

Com alterações pontuais, a possibilidade de transferência de autorizações perdurou até 2019, quando a ANTT, fundada em atos normativos e legislação daquele mesmo ano, passou a proibir a prática até então permitida pela própria Agência.

Não se tratou, porém, de uma iniciativa isolada por parte da ANTT, mas sim de uma política deliberada por parte do Governo Federal, no sentido de alterar os parâmetros da política pública estabelecida para o transporte interestadual de passageiros. Assim, o cenário normativo começou a sofrer alterações pouco tempo antes da decisão tomada pela Agência, mais especificamente quando foi editada, pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, a Resolução nº 71/19.<sup>17</sup>

A Resolução, na senda das modificações introduzidas pela Lei nº 12.996/14, instituiu novos princípios e diretrizes em relação à legislação de regência, estatuinto, inclusive, parâmetros regulatórios até então inéditos no sistema jurídico-normativo pertinente ao transporte terrestre coletivo interestadual de passageiro, tendo sido convertida no Decreto Presidencial nº 10.157, de 4 de dezembro de 2019.

Antes mesmo que a Resolução fosse convertida em Decreto, a ANTT, por meio da Deliberação nº 955/19<sup>18</sup>, a pretexto de dar efetividade à Lei nº 12.996/14 e ampliar a concorrência no setor, passou a proibir a transferência de autorizações expedidas para o transporte interestadual de passagerei-

<sup>16</sup> Art. 51. Mediante prévia anuência da ANTT, a autorizatária poderá ter transferidos os mercados de sua titularidade para outra autorizatária, desde que a receptora atenda os requisitos dispostos no Título II desta Resolução. Art. 52. Mediante prévia anuência da ANTT, poderá a transportadora promover a cessão de seu controle societário, a fusão, a cisão ou a incorporação, em observância à legislação própria e mediante registro dos atos na respectiva Junta Comercial.

<sup>17</sup> BRASIL. **Resolução nº 71, de 21 de Agosto de 2019**. Opina favoravelmente à qualificação da política federal de estímulo ao transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República.

<sup>18</sup> BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. Deliberação nº 955, de 22 de outubro de 2019.

ros, assentando inclusive que não apreciaria os pedidos de transferência pendentes de análise:

Art. 2º A Resolução nº 4.770, de 25 de junho de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 51. É vedada a transferência de mercados, linhas ou qualquer hipótese de subautorização da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros.” (NR)

Art. 3º As transferências de mercado pendentes de anuência prévia da ANTT serão arquivadas.

§ 1º A Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros – SUPAS, deverá notificar as empresas desta decisão em até 5 (cinco) dias úteis da data de vigência desta Deliberação, indicando expressamente que:

I – as transportadoras cedentes das solicitações de transferência de mercado arquivadas poderão converter seus pleitos em pedidos de paralisação do atendimento do mercado, desde que cumpridos os requisitos do § 1º do art. 45 da Resolução nº 4.770, de 25 de junho de 2015; e

II – as transportadoras receptoras dos pedidos de que trata o caput poderão converter seus pleitos em solicitações de mercado, na forma da Resolução nº 4.770, de 25 de junho de 2015.

§ 2º A conversão dos pleitos das transportadoras receptoras dependerá da anuência expressa da empresa em até 15 (quinze) dias úteis da data de notificação de que trata o § 1º.

§ 3º Excepcionalmente, os pedidos de transferência de mercado protocolados até o dia 18 de junho de 2019 poderão ser apreciados segundo as regras vigentes àquela data, desde que as transportadoras cedente e receptora manifestem expressamente essa intenção em até 15 (quinze) dias úteis da data de notificação de que trata o § 1º.

Ainda segundo os termos que embasaram a mencionada Deliberação, a Lei nº 13.874/19<sup>19</sup>, de viés mais favorável à liberdade econômica, teria tornado desnecessárias as transferências de linhas ou de mercados, consoante novo vocabulário utilizado pelas referidos atos normativos, bastando, para tanto, pleitear a outorga junto à ANTT.

Ocorre que os preceitos de liberdade econômica instituídos pela Lei nº 13.874/19 não conferem amparo à proibição de transferência de autorizações. Pelo contrário, a sua índole liberalizante é incompatível com essa vedação.<sup>20</sup> Vejamos o que dispõe o art. 4º, da mencionada legislação:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I – criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II – redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

III – exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado;

IV – redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

<sup>20</sup> Segundo Celso Fernandes Campilongo, “ O espírito da lei, sem dúvida, é liberal e merece aplausos. Visa romper com nossa tradição patrimonialista e cravar cunha prática e racional na delimitação da atividade regulatória.” CAMPILONGO, Celso. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas e FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 392.

negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

V – aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

VI – criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;

VII – introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

VIII – restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e

IX – exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

Nota-se, portanto, que o que se extrai da própria Lei de Liberdade Econômica, desde uma perspectiva teleológica, é, na verdade, a proibição de se estabelecer limites à livre atividade econômica quando estes estiverem desassociados de proibição legal expressa, consubstanciando abuso do poder regulatório fazê-lo.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Vale destacar, por oportuno, que a realização de uma adequada Análise de Impacto Regulatório (AIR) – prevista tanto na Lei nº 13.874/19, quanto na Lei nº 13.848/19 – é determinante para evitar a ocorrência do abuso regulatório por parte das agências reguladoras. É o que se extrai das considerações de Guilherme Afonso Dourado: “Além de comum às duas Leis analisadas, como se a significar um inegável avanço na experiência regulatória brasileira, a AIR se apresenta como o elemento contraditório daquilo que pode ser exigido, nas duas Leis, de todas as agências reguladoras, apesar dos procedimentos próprios que cada uma tem, das especificidades de cada um dos setores etc. Por isso, é que tanto na Lei Nacional da Liberdade Econômica, quanto na Lei das Agências, afirma-se que regulamento “disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR”, o que pode representar o esvaziamento, na prática, da utilidade do referido instituto, pelo risco de não se ter o necessário rigor (sem que se deseje que vá resvalar, na antípoda, na excessiva minuciosidade, o que não contemplaria todas as Agências) no estabelecimento de balizas quanto à realização de AIR. Nesse contexto, deve-se ter em conta a prática das referidas análises de impacto regulatório no Brasil, que não ensejam a análise baseada em evidências, mas são prestantes, frequentemente, somente para ratificar as intenções prévias do regulador em determinado tema. Isso para não dizer do manejo equivocado da consulta pública na AIR, já que — em um ciclo regulatório deturpado — os interessados vão se manifestar, muitas vezes, depois que já houver o convencimento administrativo sobre a necessidade de elaboração de certa norma regulatória e, não, para sugerir quais saídas podem ser buscadas diante de um problema identificado em

Além disso, essa interpretação também esvaziaria o conteúdo dos art. 29 e art. 48, da Lei nº 10.233/01, que, conforme demonstrado anteriormente, não sofreram qualquer alteração e permitem a obtenção de autorização, inclusive perante terceiros que as detenham.

### III A autorização enquanto parte do estabelecimento comercial das empresas prestadoras do serviço de transporte interestadual de passageiros

Nos termos do que estabelece o art. 1.142, Código Civil<sup>22</sup>, o estabelecimento comercial é a integralidade dos bens organizados para o exercício da atividade empresarial, sendo este composto, ademais, por aqueles bens de natureza imaterial “igualmente determinantes à eficiência e utilidade da empresa. Trata-se das marcas, do ponto empresarial, das patentes de invenção e do modelo de utilidade. A reunião de todos estes bens visa à atração de clientela ou de freguesia.”<sup>23</sup> No mesmo sentido, afirma Marlon Tomazette que:

É o conjunto dos bens que representa o estabelecimento, não devendo confundi-lo com o local do exercício da atividade. O estabelecimento é um conceito amplo que abrange todos esses bens, unidos pelo empresário para o exercício da empresa. O traço comum entre os elementos integrantes do estabelecimento é a organização feita pelo empresário para o desenvolvimento da atividade. Não é essencial que todos os elementos estejam sujeitos ao mesmo

---

determinado setor. *Por isso, se não houver cientificidade e seriedade na conformação infralegal da AIR e, depois, na aplicação pelas Agências, haverá o risco de não se efetivar o que as Leis mencionadas almejam quanto ao referido instituto, que é incapaz — sozinho — de evitar a ocorrência da regulação arbitrária e desmesurada.*” DOURADO, Guilherme Afonso. A análise de impacto regulatório sob o prisma da Lei da liberdade econômica (Lei Federal nº 13.874/19). In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota. **Lei de Liberdade Econômica – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2, p. 129-130.

<sup>22</sup> Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.v. III.

tipo de direito do empresário, isto é, os elementos podem ser objetos de direitos distintos (propriedade, uso, direitos pessoais). [...] Os elementos que integram o estabelecimento podem ser tanto bens materiais quanto imateriais. Na primeira categoria, encontramos mercadorias do estoque, mobiliário, equipamentos e maquinaria. Na segunda categoria, encontramos patentes de invenção, marcas registradas, nome empresarial, título do estabelecimento, ponto empresarial. Alguns desses elementos merecem tratamento especial, seja pela importância, seja pela controvérsia sobre a natureza de elemento do estabelecimento.<sup>24</sup>

O chamado “fundo de comércio”, por sua vez, é a expressão patrimonial do estabelecimento empresarial, o valor desse conjunto de bens e direitos. No âmbito das sociedades anônimas, aliás, a Lei nº 11.638/07, acrescentou aos elementos que devem ser contabilmente considerados pela sociedade, já previstos pela Lei nº 6.404/76, o denominado ativo intangível, *i.e.*, “todos os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido.”<sup>25</sup>

Por outro lado, nem mesmo o caráter personalíssimo, *intuitu personae*, que informa a celebração dos contratos administrativos impõe limitações para a transferência de outorgas realizadas mediante concessão ou permissão:

Diz-se que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar um fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar. Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definidos, como regra [...] um contrato administrativo *intuitu personae* no mesmo sentido do Direito Privado infringiria o princípio da impessoalidade. Para o Estado é

<sup>24</sup> TOMAZETTE, Marlon. O estabelecimento empresarial. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 2, n. 1, 2005. p. 314.

<sup>25</sup> Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo: [...] VI – no intangível: os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

indiferente a personalidade psicológica do particular [...]. Ou seja, o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo.<sup>26</sup>

Ou seja, inexistindo essa relação personalíssima entre o particular prestador do serviço e a Administração, sendo relevante verificar a necessidade de prestação do serviço adequado e as condições para fazê-lo de maneira idônea, forçoso reconhecer que enquanto a empresa as possuir, ela detém, inerentemente, não apenas o direito de prestar o serviço para o qual foi contratada, mas também o direito de transferir, inclusive onerosamente, esse direito, desde que mantidas as condições para a prestação do serviço nos termos em que contratado.

Por consectário, na hipótese em que a outorga ocorre por autorização e não há contrato entre empresa e administração pública, mas um direito de explorar dada atividade conferido às empresas desde que preenchidos determinados requisitos, padece de sentido concluir no sentido de que as empresas autorizatárias estão impedidas de livremente dispor sobre o direito de exercer a atividade, eis que, conforme anteriormente demonstrado não se trata de outorga com caráter precário.

Corroboram essa compreensão as considerações de Carlos Ari Sundfeld acerca da inexistência, *per se*, de estabilidade nas outorgas mediante autorização:

[...] a autorização jamais esteve ligada, na Constituição, à ideia de instrumento necessariamente precário. As referências constitucionais a ela sempre foram neutras, não contendo a indicação de seu regime jurídico quanto ao ponto. A ideia de precariedade como sinónimo de autorização também não tem fundamento no Direito Comparado, no qual se registra um histórico multifacético em torno dessa expressão. Mesmo o direito positivo legislado é rico e complexo. Desde tempos imemoriais, na legislação, há autorização precária para uma série de atividades, especialmente no âmbito municipal. Mas também há autorização com o significado de ato de outorga

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. Dialética, 2003, p. 51.



estável. [...] “Em suma, a autorização terá ou não a nota de precariedade segundo o que houver disposto a lei.”<sup>27</sup>

A mesma linha de ideias está presente na obra de Vitor Rhein Schirato:

[...], o regime jurídico específico das autorizações mencionadas no artigo 21 da Constituição Federal será decorrente da legislação aplicável, de acordo com a atividade autorizada que venha constituir o objeto da autorização. Não há como se imaginar que seja precária uma autorização cujo objeto é a construção, operação e manutenção de uma pequena central hidrelétrica, ou a exploração da atividade de navegação ou a prestação de serviços de telecomunicações instrumento de autorização contiver prazo, é evidente que não haverá como se falar em precariedade. O regime jurídico (assim entendido como as características jurídicas) de cada autorização mencionada pelo texto constitucional decorrerá da disciplina jurídica impingida a cada autorização outorgada em cada um dos setores mencionados nos incisos XI e XII da Constituição Federal, de maneira que a procura por um regime jurídico único não é tarefa possível, corroborando a inaplicabilidade dos conceitos e concepções doutrinárias.<sup>28</sup>

Frente tais considerações, inegável que a outorga adquirida pelo particular mediante autorização, tendo em vista a sua estabilidade, compõe, junto com toda a estrutura empresarial erigida para prestação do serviço, o estabelecimento comercial, o que invariavelmente implicará acréscimo de valor ao fundo de comércio da empresa.

Dessa forma, para se concluir inequivocamente que é vedada a transferência de autorizações no setor, seria necessário a edição de lei específica proibindo a prática.

---

<sup>27</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 394.

<sup>28</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Editora Fórum, 2012. p. 315.

## IV Conclusão

Da análise realizada, deve-se concluir no sentido de que a previsão para proibir transferências de autorização estabelecida pela ANTT na Deliberação nº 955/19 não possui respaldo legal.

As alterações legislativas ocorridas entre 2001 e 2014 na Lei nº 10.233/01 revelam, em verdade, o distanciamento dos critérios para transferência de outorgas mediante permissão e concessão daquelas operacionalizadas via autorização, sendo expressamente permitida a obtenção desta de particulares que a detenham, desde que observadas as regras estabelecidas pela ANTT.

Os atos normativos que justificaram a edição da Deliberação nº 955/2019 também não permitem concluir pela vedação de transferência de outorgas. Pelo contrário, o caráter liberalizante de tais medidas sugerem ampla possibilidade de negociação entre os atores privados que atuam no setor.

Por fim, a proibição também é incompatível com o fato de que, à luz da legislação de regência, as outorgas conferidas às empresas mediante autorização são estáveis e, conseqüentemente, compõem, juntamente com outros bens e direitos, o seu estabelecimento comercial, razão pela qual enquanto estiverem aptas a prestar o serviço nos termos do que estabelecido pela ANTT, podem delas dispor, inclusive para as transferir onerosamente para outras empresas que, igualmente, atendam os requisitos estabelecidos pela Agência.

## CAPÍTULO 8

### **Sociedade em conta de participação como contrato de investimento coletivo: tutela do consumidor ou do investidor?**

*Renata Mota Maciel*

*Marcia Helena Bosch*

**Resumo:** As sociedades em conta de participação sempre foram utilizadas como roupagem jurídica para negócios jurídicos voltados ao investimento, a exemplo do que ocorre com os chamados contratos de investimento coletivo. No entanto, quando utilizadas para a captação de poupança popular no mercado, aspectos regulatórios devem ser levados em conta e, no caso de insucesso do empreendimento, surgem importantes questões jurídicas no que toca à tutela dos sócios participantes (investidores), como por exemplo, a incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor nesta espécie de contrato, sobretudo quando não observadas as regras regulatórias, com destaque para o papel da Comissão de Valores Mobiliários. Em segundo lugar, a forma como a tutela civil do sócio participante se dará, constitui desafio a ser enfrentado, na medida em que surgem pelo menos dois caminhos possíveis, quais sejam: a liquidação da sociedade pela via da prestação de contas ou o reconhecimento da nulidade do negócio jurídico.

**Palavras-chave:** Sociedade em conta de participação. Código de Defesa do Consumidor. Mercado de capitais. Tutela do investidor. Regulação. Contrato de investimento coletivo.

## Introdução

A sociedade em conta de participação, prevista nos artigos 991 a 996 do Código Civil, caracteriza-se como um tipo societário bastante peculiar. Formada por dois tipos de sócios, o *sócio ostensivo* e o *sócio participante*, apenas o primeiro desenvolve a atividade da sociedade, sob sua exclusiva responsabilidade, ao passo que os demais (sócios participantes) contribuem para a formação do fundo social, participando dos resultados correspondentes.

Constituída pelo simples consenso dos sócios e desde que respeitando os requisitos legais exigíveis para todo negócio jurídico, a sociedade em conta de participação independe de formalidades, mas, nem por isso, deixa de ter sua importância, sobretudo nos últimos anos, marcados pela constituição de diversas sociedades em conta de participação estruturadas para atuar em negócios diversos, como, por exemplo, na área imobiliária e na realização de investimentos, o que levou ao entendimento (doutrinário e jurisprudencial) de se tratar, na verdade, de uma verdadeira espécie de contrato de investimento.

Entre as muitas razões para a constituição de uma sociedade em conta de participação, o recorte conferido a este estudo ficará no uso deste tipo societário para captação de poupança popular, por meio da busca de sócios participantes no mercado, o que o aproxima de um contrato de investimento coletivo, o que não é vedado, embora imponha a submissão à autoridade reguladora, nos moldes do que ocorre com outros valores mobiliários ofertados publicamente.

Outro ponto de relevância e aqui tratado em item próprio, é a natureza da relação jurídica entre o sócio ostensivo e os sócios participantes, o que traz consequência direta no tema da responsabilidade, inclusive sobre a importante questão da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor nesta relação, ou a tutela do sócio participante nos moldes do que ocorre com os demais investidores, sujeitando-se o sócio ostensivo à regulação própria do mercado de capitais.

A pesquisa levou em conta, para além da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, precedentes da Comissão de Valores Mobiliários, órgão regulador do mercado de capitais, com o objetivo de responder a dois questionamentos principais, quais sejam: a aplicação do direito do consumidor à relação entre sócio ostensivo e sócio participante e a forma como se dará a tutela civil do último.

Nesse último aspecto, a pesquisa da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ganha relevância, na medida em que auxilia o delineamento da opção pela tutela civil a partir das regras relacionadas à sociedade em conta de participação, com previsão de liquidação pelo rito da prestação de contas, ou por meio de pedidos de rescisão, resilição ou resolução, e mesmo por pedidos de reconhecimento de nulidade desses contratos, nas últimas hipóteses, com expectativa de recuperação dos valores investidos.

## **A sociedade em conta de participação em perspectiva: tipo societário menor?**

A sociedade em conta de participação, não obstante alguma controvérsia acerca de sua existência desde o período romano ou a partir da Idade Média, tem sua origem vinculada ao chamado *contrato de commenda*.

Nesse sentido, segundo Waldemar Ferreira, aquele contrato do comércio marítimo bipartiu-se em bilateral e unilateral, com destaque para o fato de que “se a proibição canônica da usura deu em resultado a comenda bilateral, com a conversão do prestador em sócio à luz da publicidade, a unilateral manteve seu aspecto primitivo convolvendo-se na sociedade em participação, fugitiva dos registros corporativos, a que aquela se submeteu”<sup>1</sup>.

A característica deste tipo societário, por sua vez, é exatamente a dispensa das formalidades exigidas para os demais tipos societários, tanto

---

<sup>1</sup> WALDEMAR FERREIRA. *Tratado de Direito Comercial* – v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 528.

que pode ser provada por qualquer meio, nos moldes do que ocorre com os contratos mercantis.

A sociedade em conta de participação existe como sociedade apenas entre os sócios e não em relação a terceiros, tanto que não tem personalidade jurídica, nem firma ou denominação social, assim como lhe carece patrimônio e estabelecimento. Nas palavras de Waldemar Ferreira, trata-se de uma sociedade “para uso interno”<sup>2</sup>.

No plano legislativo, as primeiras notícias acerca da previsão da sociedade em conta de participação estão no Código francês de 1807, no Código espanhol de 1829 e no Código português de 1833.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 previa nos artigos 325 a 328 a sociedade em conta de participação, enquanto o Código Civil de 2002 passou a tratar da referida sociedade nos artigos 991 a 996.

Entre as inovações da nova disciplina jurídica pode-se destacar a previsão de que o contrato de sociedade em conta de participação só produz efeitos entre os sócios, nos termos do artigo 993 do Código Civil, além de trazer expressamente que o sócio participante teria o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, embora não possa tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente.

O artigo 994, por sua vez, apresenta regra bastante relevante, no sentido de que a contribuição do sócio participante constituiria, juntamente com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação para a realização dos negócios sociais.

O artigo 995, ao seu turno, também apresenta previsão não existente no Código Comercial, no sentido de que o sócio ostensivo, salvo previsão em contrário, não pode admitir novos sócios sem o consentimento expresso dos demais.

Além disso, haverá aplicação subsidiária das regras da sociedade simples e a liquidação da sociedade em conta de participação, conforme expressamente prevê o artigo 996, rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

---

<sup>2</sup> WALDEMAR FERREIRA. *Tratado de Direito Comercial* – v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 534.

Como se vê, a sociedade em conta de participação apresenta características bastante próprias, o que a afasta dos demais tipos societários em muitos aspectos, inclusive da própria natureza de contrato plurilateral voltado à organização interna e externa das relações sociais, o que fica corroborado pela dicção do já mencionado artigo 995 do Código Civil, o qual restringe de forma bastante peculiar a admissão de novos sócios, previsão, é certo, não exclusiva deste tipo societário, mas se vista de forma sistêmica acaba por lhe conferir especificidades.

A sociedade em conta de participação, portanto, constitui tipo societário com peculiaridades que a afastam dos demais tipos societários previstos no Livro de Empresa do Código Civil, o que lhe confere utilização, de alguma forma, restrita, a ponto de ser classificada entre os tipos societários menores<sup>3</sup>, quando comparada à sociedade limitada e à sociedade anônima, por exemplo.

Não se pode desconsiderar seu potencial enquanto instrumento jurídico voltado à consecução de empreendimento de natureza empresarial, constituindo importante modalidade de investimento, exatamente porque, em razão de se tratar de sociedade não personificada, apresentava benefícios tributários quando comparada às demais sociedades empresárias, do ponto de vista do planejamento fiscal. No entanto, desde 1986, por força do Decreto-Lei n. 2.308, as sociedades em conta de participação equiparam-se às pessoas jurídicas, para os efeitos da legislação do imposto de renda.

De qualquer modo, ainda que haja incidência tributária, continua a ser utilizada em diversos setores, como a construção civil, empreendimentos em que são construídos prédios de *apart hotel*, na aquisição de equipamentos de custo elevado, como máquinas industriais, assim como instrumento de investimento de capital de risco em empresas em fase inicial de operação ou em fase de expansão.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial** – volume 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 510-511.

<sup>4</sup> Como destacam João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli: “[...] vários são os usos da conta de participação, sendo impossível relacioná-los todos, pois o engenho humano é sem limites. No mínimo, demonstrado está, então, que a sociedade em conta de participação é utilizada nos

O grande desafio está na análise do uso deste tipo societário nas hipóteses de captação de poupança popular, como ocorre nos casos de contratos de investimento coletivo, o que não é vedado, desde que submetido à autoridade reguladora, na medida em que configurado, também, como um valor mobiliário, a tornar necessária a tutela adequada do sócio participante, circunstância que, como se verá, apresenta dúvidas até mesmo quanto à configuração de relação de consumo.

## **O contrato de sociedade em conta de participação: a relação jurídica estabelecida entre sócio ostensivo e sócio participante**

Embora prevista no Livro de Empresa do Código Civil, entre as chamadas sociedades não personificadas, a natureza jurídica da sociedade em conta de participação ainda apresenta acirrado debate doutrinário, na medida em que muitos não lhe conferem natureza de sociedade, mas de espécie de contrato de investimento ou de participação ou, ainda, natureza de associação.<sup>5</sup>

Por todos, destaca-se a lição de Tullio Ascarelli, para quem o contrato de sociedade em conta de participação está voltado à organização interna da sociedade, de modo que não constituiria uma sociedade no sentido próprio do termo, aproximando-se, na verdade, de um contrato bilateral.

Nesse sentido, afirma o autor:

A chamada sociedade ou associação em conta de participação constitui um contrato bilateral; de permuta ou escambo no amplo significado deste termo, adotado nestas páginas; dominus do negócio é, sempre e necessariamente, o associante, que, somente

---

mais diversos empreendimentos e com as mais diversas formatações” (**Sociedade em conta de participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 259).

<sup>5</sup> Sobre o tema, ver BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial** – volume 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 510-511; BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105-107; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Licções de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 153.



ele, assume obrigações e adquire direitos para com os terceiros, ao passo que os associados são responsáveis somente perante o associante e têm direitos somente perante ele; não se cria uma nova organização, nem externa – essa é a diferença invocada com maior frequência –, nem interna; até quando o associante admite mais pessoas a participar dos seus negócios, isso tem lugar através de outros tantos contratos bilaterais distintos.<sup>6</sup>

Por esse quadro, a interpretação do contrato de constituição da sociedade em conta de participação está mais próxima da teoria geral dos contratos do que exatamente das regras de direito comercial relacionadas às sociedades empresárias, casos típicos de contratos plurilaterais, o que, por certo, traz consequências, sobretudo quando utilizada como roupagem jurídica de contratos de investimento coletivo, conforme se verá.

Assim, a relação jurídica estabelecida entre sócio ostensivo e sócio participante é bastante peculiar, pois, ainda que voltada a um empreendimento comum, por forçado artigo 991 do Código Civil, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Além disso, ainda que o sócio ostensivo exerça atividade empresarial, é certo que o sócio participante não necessariamente estará voltado ao mesmo objetivo, exatamente porque seu interesse poderá estar circunscrito exclusivamente à participação nos resultados, o que lhe aproxima de um verdadeiro investidor.

No plano legislativo, é certo, os artigos 991 a 996 do Código Civil não trazem maiores especificações acerca dos direitos e deveres entre sócio ostensivo e sócio participante, o que acaba sendo tratado por meio dos instrumentos contratuais firmados entre as partes.

Ainda assim, nas hipóteses de desacordo entre os sócios, especialmente nos casos de prejuízos causados ao sócio participante, surgem discussões acerca da tutela dos seus direitos, em especial se trata de uma

---

<sup>6</sup> ASCARELLI, Tullio. Contrato plurilateral. In: **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 319.

relação de consumo ou de investimento, o que se soma aos problemas relacionados à prática de oferta irregular de valor mobiliário, em verdadeira captação de poupança popular.

### **A tutela do sócio participante (investidor): relação jurídica de consumo com o sócio ostensivo?**

repisando no fato de que a atividade constitutiva do objeto social na sociedade em conta de participação é exercida unicamente pelo sócio ostensivo (em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade), participando os demais (sócios) dos resultados correspondentes e, ainda, no fato de que tem sido crescente o número de constituições de sociedades em conta de participação nos últimos anos voltadas a modelos de investimento – remanesce a análise da natureza da relação jurídica estabelecida entre os sócios.

E, uma vez identificada a natureza jurídica desta relação (entre o sócio ostensivo e os sócios participantes), identifica-se, por consequência, a responsabilidade do sócio ostensivo (sua natureza, extensão e fundamento legal).

Algumas dúvidas e discussões sobre a aplicação (ou não) das disposições do Código de Defesa do Consumidor na relação entre o *sócio ostensivo* e o *sócio investidor* permeiam a doutrina e a jurisprudência pátrias, sobretudo quando não atingido o objetivo de criação da sociedade, com prejuízos carreados aos investidores, aliado à ausência de submissão do contrato às regras regulatórias da Comissão de Valores Mobiliários.

É sabido que para a caracterização de uma relação jurídica de consumo, necessária a presença dos elementos subjetivos e objetivos que lhes são próprios: *consumidor; fornecedor; produto e serviço*.

Por consequência, o microsistema protetivo, representado pela Lei n. 8.078/90, somente se aplica às relações jurídicas de consumo, exatamente porque, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho<sup>7</sup>:

---

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 63.

O Código do Consumidor, vimos nos itens 9 e 9.1, tem um campo de aplicação abrangente e difuso, que permeia todas as áreas do Direito onde ocorrem relações de consumo. Não obstante, ele é uma lei especial em razão de seus destinatários (*ratione personae*), porque só é aplicável aos consumidores e fornecedores em suas relações. O Código volta a sua atenção não para o objeto da relação jurídica (tutela objetiva), mas para um dos sujeitos que dela participa – o mais fraco (tutela subjetiva).

Por outro lado, quando se admite que a sociedade em conta de participação representa um *contrato de investimento*, a autonomia dos contratos empresariais deve ser reconhecida e até incentivada, conforme lições de Paula A. Forgioni:<sup>8</sup>

As interações e iterações que acontecem no mercado hão de ser agrupadas segundo os sujeitos que delas participam, pois é em virtude deles que as relações jurídicas acomodam-se em torno de princípios comuns. Ou seja, na ordem jurídica do mercado, as relações são disciplinadas de acordo com o ‘status’ das partes.

E do estudo destes conceitos e de relações jurídicas distintas, os contornos da figura do *sócio participante* definem a natureza da sua tutela, se de *consumidor* ou se própria de *investidor*.

O artigo 2º da Lei nº 8.078/90 prescreve que consumidor é toda pessoa natural ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*.

O destinatário final, segundo a Teoria Finalista, deve ser entendido como aquele que retira o bem ou serviço do mercado de consumo, sem intuito de lucro e sem devolvê-lo para a cadeia de produção (destinatário fático e econômico).

---

<sup>8</sup> FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

Nas lições de Claudia Lima Marques, de acordo com esta corrente, a figura do consumidor fica restrita àquele que adquire o produto ou o serviço para seu próprio uso ou da sua família.<sup>9</sup>:

Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me, restringindo o campo de aplicação o CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos e que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

Os maximalistas, por sua vez, defendem que basta a retirada do produto ou do serviço do mercado de consumo para que esteja presente a figura do consumidor (destinatário fático), dando ao artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor aplicação e extensão máxima.

E por fim, a Teoria Finalista Mitigada, desenvolvida e hoje majoritária no Colendo Superior Tribunal de Justiça, ampliou o conceito de consumidor para alcançar a pessoa natural ou jurídica que mesmo não sendo a destinatária final do produto ou serviço, encontra-se em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor.<sup>10</sup>

Diante do conceito de consumidor, mesmo consideradas as variantes que decorrem de três teorias distintas (finalista, maximalista e finalista mitigada), indaga-se se a relação jurídica entre sócio ostensivo e sócios participantes pode ser considerada “relação de consumo”, com aplicação

<sup>9</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 112.

<sup>10</sup> Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271413889%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271413889%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRESP%27.clas.+e+@num=%271413889%27)+ou+(%27AgRg%20no%20REsp%27+adj+%271413889%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 20 nov. 2020.

do microsistema protetivo introduzido na ordenação jurídica pelo Código de Defesa do Consumidor, ou se essa relação está sujeita às regras do mercado de capitais, nos moldes da tutela jurídica conferida ao investidor.

A resposta a esta questão, levando-se em conta as peculiaridades da sociedade em conta de participação, é a do afastamento da relação de consumo quando utilizada (esta sociedade) para captação de investimento no mercado, o que decorre exatamente do fato de que, em muitas hipóteses, em uma análise funcional do instrumento jurídico em questão, o que se busca é um verdadeiro contrato de investimento coletivo, o qual, nos termos do artigo 2º, IX, da Lei n. 6.385/76, constitui um valor mobiliário e, portanto, submete-se ao regime regulatório da Comissão de Valores Mobiliários.

Nesse sentido:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

(...)

IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros. (Inciso incluído pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

É interessante observar, neste aspecto, que a caracterização de valores mobiliários na modalidade contrato de investimento coletivo independem do prévio reconhecimento destes instrumentos como tais pela Comissão de Valores Mobiliários, ao passo que os requisitos para a caracterização de determinados arranjos como contratos de investimento coletivo vem sendo reconhecidos pela CVM, pelo menos desde o julgamento do Processo Administrativo CVM n. RJ2007/11593, a partir dos seguintes requisitos: (i) existência de um investimento; (ii) formalização do investimento em um título ou contrato, pouco importando, contudo, a natureza jurídica do instrumento ou do conjunto de instrumentos adotados; (iii) caráter coletivo do investimento; (iv) direito, decorrente do investimento, a alguma forma de remuneração; (v) que essa remuneração tenha origem nos esfor-

ços do empreendedor ou de terceiros que não o investidor; e (vi) que os títulos ou contratos sejam objeto de oferta pública.<sup>11</sup>

Em voto bastante esclarecedor, o Diretor da Comissão de Valores Mobiliários Gustavo Machado Gonzalez, ao relatar o Processo Administrativo CVM n. 19957.009524/2017-41<sup>12</sup>, retoma a própria origem da introdução do conceito de contrato de investimento coletivo no rol de valores mobiliários, como também dos precedentes da Comissão de Valores Mobiliários sobre o tema.

Conforme descreve o Relator:

Parece-me, contudo, imprescindível salientar desde logo a marcada influência que a jurisprudência norte-americana teve tanto na reforma legislativa que introduziu o conceito de contratos de investimento coletivo no rol de valores mobiliários (quando ofertados publicamente) como também nos precedentes desta casa acerca da matéria. Com efeito, o conceito foi declaradamente transplantado dos Estados Unidos, sendo inspirado na decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no célebre caso *Securities and Exchange Commission v. W. J. Howey Co.* (“Howey”), julgado em 1946 (328 U.S. 293-302).

Howey não foi o primeiro caso analisado pela Suprema Corte dos Estados Unidos que discutia a caracterização de uma operação como uma oferta de contratos de investimento coletivo (Três anos antes (1943), a Suprema Corte analisou a questão no caso *Securities and Exchange Commission v. C. M. Joiner Leasing Corporation* (“Joiner”). 320 U.S. 344).

É, todavia, considerado precursor por ter sido a primeira decisão daquele tribunal que buscou sistematizar os elementos caracterizadores do contrato de investimento coletivo.

Howey sobreviveu bem ao teste do tempo. Ainda que alguns dos conceitos tenham sido posteriormente flexibilizados, os elementos indicados naquela decisão continuam sendo

---

<sup>11</sup> Conforme voto do Relator Marcos Barbosa Pinto. Disponível em [http://www.cvm.gov.br/deciso-es/2008/20080122\\_R1/20080122\\_D01.html](http://www.cvm.gov.br/deciso-es/2008/20080122_R1/20080122_D01.html). Acesso em: 10 nov. 2020

<sup>12</sup> Conforme voto do Relator Gustavo Machado Gonzalez. Disponível em [http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso-es/anexos/2019/20190422/0832\\_\\_DGG.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/deciso-es/anexos/2019/20190422/0832__DGG.pdf). Acesso em: 10 nov. 2020.

centrais na jurisprudência estadunidense. Essa longevidade deve-se não só ao já referido esforço de sistematização, mas também ao fato desse ter sido realizado a partir de conceitos abertos. Tanto é assim que, embora o conceito de contrato de investimento coletivo permaneça, em seus aspectos essenciais, inalterado há mais de setenta anos, a sua aplicação aos numerosos casos concretos continua gerando frequentes divergências (Por exemplo, a equipe do *Strategic Hub for Innovation and Financial Technology da SEC* recentemente editou documento com diretrizes para analisar se um criptoativo deve ou não ser considerado um contrato de investimento coletivo. SEC's Strategic Hub for Innovation and Financial Technology staff. Framework for "Investment Contract" Analysis of Digital Assets. Disponível em: [https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysisdigital-assets#\\_edn1](https://www.sec.gov/corpfin/framework-investment-contract-analysisdigital-assets#_edn1). Acesso em 17.04.2019).

[...]

Um dos elementos centrais na jurisprudência norte-americana relativa ao conceito de contrato de investimento coletivo é a importância dada à realidade econômica do negócio. Esse pressuposto foi determinante na análise, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, de alguns dos mais importantes precedentes da matéria, dentre os quais destaco não só o já mencionado *Howey* como também *United Housing Foundation, Inc. v. Forman*, de 1975 – 421 U.S. 837 (“Forman”).

*Howey* envolvia a oferta de pequenos terrenos nos quais seria desenvolvido o cultivo de laranja. Ao mesmo tempo, ofertava-se aos investidores um contrato de prestação de serviço para cultivo e operação da propriedade. A oferta destacava os possíveis retornos do investimento, bem como que não seria economicamente viável que o proprietário explorasse diretamente o seu imóvel. Em sua decisão, a Suprema Corte destacou que o conceito de contrato de investimento coletivo demanda uma análise que sobrepõe a substância econômica à forma jurídica, concluindo ter havido no caso em tela a oferta de valores mobiliários.

Já Forman discutia se a venda de ações emitidas por uma sociedade sem fins lucrativos teria caracterizado uma oferta de contratos de investimento. A emissora, no caso, era proprietária de moradias destinadas a pessoas de baixa renda e as ações ofertadas ao público eram vinculadas a imóveis específicos. Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a operação, em essência, envolveu a venda de imóveis para moradia e não uma oferta de contratos de investimento, não devendo, portanto, estar sujeita ao regime mobiliário.

Resta claro, portanto, a necessidade de se analisar a substância econômica da transação. O contraponto entre as decisões da Suprema Corte estadunidense nos casos *Howey* e *Forman* deixa essa questão bastante evidente, como bem resume o professor Nicholas Georgakopoulos: “Buyers of land in *Howey* were held to be buyers of securities; buyers of shares in *Forman* were held to be buyers of land.”

O chamado teste de *Howey*, portanto, parece ser um bom indicador para que se possa analisar a real função de sociedades em conta de participação que buscam a captação de investidores no mercado, para o fim de caracterizá-las, também, como contratos de investimento coletivo e, por consequência, como valores mobiliários.

Como destaca Norma Jonssen Parente<sup>13</sup>:

Até então eram comuns os casos de ofertas de investimentos coletivo realizadas de maneira informal, sem registro, com promessas de elevados ganhos em troca da aplicação em empreendimentos privados. O mercado brasileiro viu milhares de investidores serem prejudicados e terem de arcar com vultosos prejuízo quando tais empreendimentos se mostraram incapazes de distribuir os ganhos prometidos. Depois da mudança nas regras, a CVM pôde exigir registro de emissores e de suas distribuições públicas, além de demandar padrões mínimos de divulgação de informações, permitindo maior transparência.

---

<sup>13</sup> PARENTE, Norma Jonssen. Mercado de Capitais. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de direito empresarial** – v. 6. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 249.



Por esse quadro, parece mais adequado reconhecer que a tutela do sócio participante, nas hipóteses de captação de investimento no mercado, desde que haja subsunção aos requisitos do já mencionado teste de *Howey*, deva ser considerada nos moldes da tutela do investidor, e que exige que a oferta pública de contratos de investimento coletivo sujeitem-se a registro ou sua dispensa pela Comissão de Valores Mobiliários, com destaque para o disposto no § 3º do artigo 19 da Lei n. 6.385/76 quanto à caracterização da emissão pública e, principalmente, ao disposto na Instrução Normativa CVM n. 296/98, que dispõe sobre o registro de distribuição pública de contratos de investimento coletivo.

Ao lado das consequências administrativas da não observância das regras regulatórias, nas hipóteses de sociedades em conta de participação que configuram contratos de investimento coletivo e, portanto, valores mobiliários, deve-se analisar os reflexos civis, conforme será abordado no próximo item, o que garantirá, sem prejuízo de eventual responsabilização penal, a tutela global do investidor nessas hipóteses.

## **Tutela civil do investidor na sociedade em conta de participação**

Nas hipóteses em que a sociedade em conta de participação configura contrato de investimento coletivo e, portanto, considerado um valor mobiliário, nos termos do artigo 2º, IX, da Lei nº. 6.385/76, é preciso analisar, no plano da responsabilidade civil, como o sócio participante, verdadeiro investidor, captado no mercado pelo sócio ostensivo, por meio de oferta pública, terá seus direitos tutelados, para além das consequências administrativas, por força das infrações previstas no artigo 23 da Lei nº 6.385/76 e no artigo 3º da ICVM nº 306/99, por atuar irregularmente como administrador de carteira de valores mobiliários; e mesmo penais, ao responder por crime contra a economia popular e/ou contra o mercado de capitais, nos termos da Lei nº 1.521/51 e da Lei nº 6.385/76, respectivamente.

Há inúmeros casos levados ao Poder Judiciário pelos sócios participantes, nos quais se busca a tutela civil, ora por meio das regras relaciona-

das à sociedade em conta de participação, que culminarão na liquidação pelo rito da prestação de contas, ora por meio de pedidos de rescisão, resilição ou resolução dos contratos, e mesmo por pedidos de reconhecimento de nulidade desses contratos, nas últimas hipóteses, com a expectativa de obter o ressarcimento dos valores investidos.

A primeira ponderação que se faz é a de que as esferas de tutela jurídica, em princípio, são independentes e, portanto, não é necessário que se aguarde eventual aplicação de sanção administrativa pela Comissão de Valores Mobiliários para análise do pedido de tutela civil do investidor, o mesmo se podendo afirmar em relação à eventual responsabilização penal pela prática de crime contra a economia popular e/ou contra o mercado de capitais, nos termos da Lei nº 1.521/51 e da Lei nº 6.385/76, respectivamente.

A sociedade em conta de participação, como negócio jurídico, pode ser considerado existente, ainda que enquadrado como contrato de investimento coletivo, no entanto, carece dos requisitos de validade, na medida em que, embora possa envolver agentes capazes e objeto em princípio lícito, possível, determinado e determinável, quando reconhecida sua característica de oferta pública, não observadas as regras de regulação da Comissão de Valores Mobiliários, deve ser considerada descumprida a exigência da forma prescrita e não defesa em lei, conforme artigo 104 do Código Civil.

Por consequência, trata-se de negócio jurídico nulo, seja porque não se reveste da forma prescrita em lei, seja porque, ao deixar de observar as regras regulatórias pertinentes, seu objetivo acaba por fraudar lei imperativa, nos exatos termos do disposto no artigo 166, incisos IV e VI, do Código Civil.

Parece evidente que se a oferta é enquadrada como um contrato de investimento coletivo, a forma jurídica, no caso, a constituição de sociedade em conta de participação, perde relevância para fins de aplicação das regras relacionadas à liquidação da sociedade, exatamente por prevalecer sua essência econômica, sendo prescindível a existência de um título ou mesmo de um contrato.

Como se trata de oferta irregular de valor mobiliário, nulo o negócio jurídico firmado entre as partes e, portanto, nos termos do artigo 182 do Código Civil, não produzirá nenhum efeito desde a sua formação (*ex tunc*), restituindo-se as partes ao estado em que antes dele se achavam, o que, na prática, importa restituição dos valores investidos.

Ainda que em um primeiro momento seja possível considerar, ao menos em tese, trate-se de típica utilização da sociedade em conta de participação como instrumento de investimento de capital de risco, destacando-se, como já mencionado, que o tipo societário em questão, de fato e desde os seus primórdios, tem se mostrado ferramenta simples e célere para o aporte de recursos necessários, sobretudo para empresas em expansão, o certo é que nas hipóteses de configuração de oferta pública de contrato de investimento coletivo sem a subsunção às regras regulatórias da Comissão de Valores Mobiliários, o contrato de sociedade seria inválido, exatamente porque, no plano interno, a relação entre sócio ostensivo e sócio participante já não teria natureza societária, nos moldes da conta de participação, mas de um verdadeiro valor mobiliário, destacando-se a forma como se apresenta no mercado, qual seja, por meio de uma oferta pública irregular, porque sem os “ônus” da necessária regulação da atividade empresarial no mercado financeiro, realizada pela Comissão de Valores Mobiliários.

A Comissão de Valores Mobiliários já teve diversas oportunidades de analisar hipóteses envolvendo sociedades em conta de participação, podendo-se citar o seguinte trecho, extraído do julgamento do Processo Administrativo Sancionador nº RJ2015/723910<sup>14</sup>:

Todas essas características da “sociedade em conta de participação”, ao invés de infirmar, apenas reforçam a configuração da administração irregular, já que, nos termos da lei, os recursos fornecidos pela sócia oculta foram entregues a pessoa jurídica não habilitada para fins de aplicação discricionária no mercado de valores mobiliários.

---

<sup>14</sup> Conforme voto do Relator Gustavo Tavares Borba. Disponível em [http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2016/RJ20157239\\_LAUTEN.pdf](http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2016/RJ20157239_LAUTEN.pdf). Acesso em: 10 nov. 2020.

Assim sendo, independentemente da utilização do instituto da “sociedade em conta de participação”, o que se verifica, em essência, no caso concreto, é a celebração de um contrato entre, de um lado, a Investidora, responsável isoladamente pelo aporte de patrimônio a ser utilizado em investimentos no mercado de valores mobiliários, e, de outro, a Lauten Assessoria, a quem cabia, com exclusividade, a gestão e aplicação desses recursos no mercado.

Caso a Lauten Assessoria possuísse registro na CVM para atuar como administradora de carteira de valores mobiliários, até se poderia cogitar que a estrutura adotada configuraria uma infração formal e periférica ao sistema legal regulatório, pois, em essência, apesar da estrutura imprópria, os recursos da investidora estariam sendo geridos por pessoa habilitada a tanto pela CVM. No entanto, diante da ausência de registro da Lauten Assessoria, a violação ao núcleo da regra do art. 3º da ICVM 306/99 torna-se inequívoca.

Dessa forma, o próprio Instrumento Particular, nos termos em que foi celebrado, em conjunto com os demais elementos de prova constantes nos autos, evidenciam, de forma inequívoca, que a Lauten Assessoria e a Investidora celebraram, em essência e realidade, um contrato de administração de recursos, o que em nada é afetado pela utilização da estrutura jurídica de uma sociedade despersonalizada (conta de participação)

Nesse sentido, impõe-se a condenação dos acusados por infração ao disposto no art. 23 da Lei 6.385/76 e art. 3º da Instrução CVM nº 306/99, diante da inexistência de autorização da CVM para o exercício de atividade de administração de carteira de valores mobiliários por parte da Lauten Assessoria e de seu sócio-administrador Tiago Zanko, responsável pela operacionalização da administração irregular pela Lauten, o que fica evidenciado pela assinatura do contrato de constituição da sociedade em conta de participação (v. §0) e dos recibos atestando o aporte realizado pela Investidora (v. nota nº 9).

Nesse sentido, embora lícita a contratação de investimento coletivo a partir da utilização do tipo societário da sociedade em conta de partici-

pação, trata-se de verdadeira captação da poupança popular por meio de oferta pública, razão pela qual, em um cenário regular, deveriam incidir a fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários e as regras correspondentes à condição de valor mobiliário, por força do disposto no artigo 2º, IX, da Lei n. 6.385/76.

A propósito, a Instrução Normativa CVM n. 296/98 dispõe sobre o registro de distribuição pública de contratos de investimento coletivo, nos seguintes termos:

Art. 3º Nenhuma emissão pública de títulos ou contratos de investimento coletivo poderá ser distribuída no mercado sem prévio registro na CVM, que será condicionado ao cumprimento das seguintes obrigações:

I – prestação de garantia real em montante igual a, no mínimo, 50% do valor de principal atualizado dos títulos ou contratos de investimento coletivo em circulação, em tesouraria e a emitir pendentes de registro, quando aquele valor total acumulado superar o patrimônio líquido da emissora ou a quantia de R\$ 5.000.000,00; e,

II – comprovação, pela emissora, da colocação total das emissões anteriormente registradas na CVM, se for o caso, ou do cancelamento do saldo não colocado, permitida a apresentação do pedido de registro antes do término da colocação.

No mesmo sentido, o artigo 19 da Lei n. 6.385/76 proíbe que empresas sem registro na CVM façam a emissão de oferta de valores mobiliários ao público:

Art. 19. Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão.

§ 1º – São atos de distribuição, sujeitos à norma deste artigo, a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, quando os pratiquem a companhia emissora, seus fundadores ou as pessoas a ela equiparadas.

§ 2º – Equiparam-se à companhia emissora para os fins deste artigo:

I – o seu acionista controlador e as pessoas por ela controladas;

II – o coobrigado nos títulos;

III – as instituições financeiras e demais sociedades a que se refere o Art. 15, inciso I;

IV – quem quer que tenha subscrito valores da emissão, ou os tenha adquirido à companhia emissora, com o fim de os colocar no mercado.

§ 3º – Caracterizam a emissão pública:

I – a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público;

II – a procura de subscritores ou adquirentes para os títulos por meio de empregados, agentes ou corretores;

III – a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, ou com a utilização dos serviços públicos de comunicação.

§ 4º – A emissão pública só poderá ser colocada no mercado através do sistema previsto no Art. 15, podendo a Comissão exigir a participação de instituição financeira.

(...)

Logo, diante do objeto do contrato de sociedade em conta de participação, será preciso observar a forma prescrita em lei para que o negócio jurídico pudesse ser considerado válido.

O reconhecimento da nulidade do negócio jurídico, por sua vez, justifica a restituição dos valores aportados pelo sócio participante, como forma de as partes retornarem ao estado anterior, conforme o já mencionado artigo 182 do Código Civil.

A tutela do investidor, nesses casos, é questão ainda não pacificada nos Tribunais e vem sendo trazida de diversas formas, como já afirmado, ora por meio das regras relacionadas à sociedade em conta de participação, que culminarão na liquidação pelo rito da prestação de contas, ora por meio de pedidos de rescisão, resilição ou resolução dos contratos, ora a partir de pedidos de reconhecimento de nulidade desses contratos.

Para que se tenha uma ideia, em pesquisa de jurisprudência realizada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 15.11.2020, a partir dos marcadores “sociedade em conta de participação” e “investimento coletivo”, nas Câmaras de Direito Privado foram encontrados apenas quinze acórdãos, dos quais em três casos foi reconhecida a relação de consumo, ao passo que entre as oito apelações, em cinco houve a restituição dos valores pagos, embora sob fundamentos jurídicos diversos, como rescisão contratual e nulidade do negócio; em dois casos houve reconhecimento da decadência para o pedido de anulação do negócio jurídico; e em um a improcedência do pedido, por observância das regras do contrato firmado.

Ainda, utilizando-se os marcadores “sociedade em conta de participação” e “CVM”, em pesquisa realizada na mesma data, restrita a apelações, foram encontrados trinta acórdãos, dos quais 16 deles determinaram a restituição dos valores investidos sob o fundamento de nulidade do contrato de sociedade em conta de participação<sup>15</sup>; e em apenas três foi reco-

<sup>15</sup> Entre os acórdãos pesquisados, destacam-se as seguintes ementas, por reconhecerem a nulidade dos contratos em questão: SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO – Extinção do feito sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir – Desacerto – Via eleita pelo autor afigura-se adequada a à veiculação de seus pleitos – Possibilidade de imediato julgamento do feito, nos termos do art. 515, § 3º do CPC – Ação procedente – Negócio jurídico que mascara verdadeiro esquema de pirâmide financeira – Verificação do conteúdo econômico do negócio – Existência de negócio jurídico indireto, para encobrir situação de captação de recursos populares e administração de valores mobiliários, atividades para as quais a requerida não tem autorização das esferas competentes – Ré prometeu lucros irreais ao autor, que, na busca de bom investimento, acreditou e depositou confiança e dinheiro na empresa requerida, mas teve frustradas suas expectativas – Constatação de que o conteúdo do contrato e a imprecisão das vantagens prometidas fere os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, consagrados no CDC – Invalidez do negócio jurídico indireto, praticado em fraude à lei – Devida a restituição da quantia paga pelo autor, devidamente atualizada e acrescida de juros moratórios – Dano moral configurado – Dissabores e angústia causados ao demandante ultrapassaram o mero aborrecimento típico do dia-a-dia – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1003156-88.2014.8.26.0292; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jacaréi - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/10/2015; Data de Registro: 14/10/2015). RECURSO – Apelação – Interposição antes do julgamento de embargos declaratórios opostos pela parte adversa – Desnecessidade de ratificação e/ou reiteração pelos apelantes – Recurso interposto exclusivamente para majorar verba honorária – Inalteração da sentença pelos embargos declaratórios, pois não conhecidos – Interpretação a contrário senso do princípio da complementaridade – Recurso principal interposto dentro da quinquena legal – Tempestividade reconhecida – Apelação parcialmente conhecida CONTRATO SIMULADO – Pirâmide financeira – Aparência de contrato de sociedade em conta de participação – Forma de empréstimo (CC, art. 167, caput) – Improcedência da pretensão do autor ao recebimento de juros remuneratórios de 10% ao mês – Taxa restrita

às instituições financeiras – Limitação dos juros contratuais a 1% ao mês – Condenação da ré à restituição do valor emprestado, descontada a quantia de R\$ 12.887,32, paga pela demandada no curso do contrato – Condenatória parcialmente procedente – Apelação parcialmente provida DANO MORAL – Contrato simulado – Pirâmide financeira – Suspensão das atividades da ré pela CVM em Deliberação divulgada na rede mundial de computadores em fevereiro de 2013, três meses antes da assinatura do contrato simulado pelo autor – Situação que não retira a ilicitude do ato praticado pela ré e tampouco torna o autor associado – Inexistência de indícios de que o recorrente tivesse ciência da potencial ilicitude do negócio ao qual aderiu – Surpresa e amargo dissabor causados ao demandante (policial militar) que investiu suas economias em negócio que lhe parecia vantajoso, mas que era enganoso – Dano moral configurado – Verba indenizatória fixada em R\$ 10.000,00 – Indenizatória procedente – Apelação parcialmente provida para este fim Dispositivo: dão parcial provimento.

(TJSP; Apelação Cível 1003158-58.2014.8.26.0292; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jacarei - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2016; Data de Registro: 19/10/2016). **Monitória.** Autora que se quer ver ressarcida de investimento realizado, quando formada pretensa sociedade em conta de participação com a empresa ré. Rejeitada preliminar de ausência de impugnação específica aos fundamentos da sentença. Sociedade em conta de participação, a priori, cuja liquidação se deve dar pelo procedimento de prestação de contas. No caso, contudo, havida desvirtuação do contrato, do qual se utilizou a requerida para captar recursos coletivos, no mercado mobiliário, em atividade própria para a qual não possui a devida autorização administrativa. Cabível, inclusive, a via monitória, pois os documentos juntados perfazem prova suficiente para lastrear a ação. Rejeitadas preliminares de ilegitimidade passiva e nulidade da citação. Contrato que previa ressarcimento do valor investido, mesmo que ausente lucro. Empresa requerida que não detém autorização da CVM para atuar no mercado. Precedentes envolvendo a mesma ré. Ressarcimento devido. Ônus sucumbenciais invertidos. Extinção da monitória revista. Recurso da autora provido, prejudicado o recurso dos réus. (TJSP; Apelação Cível 0185037-77.2012.8.26.0100; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/05/2017; Data de Registro: 17/05/2017). **NEGÓCIO JURÍDICO. ILICITUDE. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO. PIRÂMIDE FINANCEIRA. FRAUDE CARACTERIZADA. DANO MATERIAL E MORAL EVIDENTES.** Negócio jurídico firmado entre as partes. Nulidade. Reiteradas demandas semelhantes julgadas pelo Tribunal. Negócio jurídico que consubstancia pirâmide financeira. Do exame da prova documental juntada aos autos verifica-se que a proposta de investimento ofertada ao autor prometia lucro certo a partir de investimentos realizados em sociedade de logística. Verifica-se, assim, que há evidente ilicitude do objeto do contrato (art. 166, inc. II, do CC/02), que é meramente especulativo e fraudulento e consubstancia a conhecida e velha pirâmide financeira vedada pela Lei nº 1.521/51 por ofender a economia popular, a ordem pública e a boa-fé. Dano material e moral caracterizado. Dano moral in re ipsa. Ofensa à dignidade do autor. Indenização devida. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1039101-88.2014.8.26.0114; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Campinas - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/05/2017; Data de Registro: 31/05/2017)

Ação de indenização por ter sido o autor enredado em corrente ou pirâmide com a ilusão de percepção de lucros fáceis. Sentença que reconhece a existência de grupo econômico e tipifica a relação como golpe da “pirâmide financeira” com a decretação de nulidade do contrato entabulado e condenação a devolução dos valores investidos pelo autor. Recurso de apelação aduzindo preliminares de inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, pugna pela reforma da decisão aduzindo que não há certeza e comprovação dos valores investidos a serem



---

devolvidos. Comprovação dos valores despendidos pelos autores, contudo no que tange aos valores recebidos, estes devem ser apurados em fase de liquidação de sentença. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1006516-13.2014.8.26.0007; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Regional VII – Itaquera - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 13/09/2017; Data de Registro: 14/09/2017). MONITÓRIA – Ilegitimidade passiva – Sentença de procedência – Ilegitimidade passiva ad causam – Hipótese em que os requeridos participaram da contratação como representantes legal da pessoa jurídica – Violação da lei (art. 23 da Lei n. 6.385/76) e desaparecimento dos sócios após o início das investigações em torno de suas atividades – Lesão a diversos “sócios-participantes” em falsa “sociedade em conta de participação” – Responsabilidade imputada na inicial – Elementos indicativos de abuso da personalidade jurídica – Ausência de demonstração em sentido contrário pelos réus – Recurso não provido. Dispositivo: negaram provimento ao recurso. (TJSP; Apelação Cível 0185696-86.2012.8.26.0100; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/11/2017; Data de Registro: 06/11/2017). INDENIZAÇÃO – SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO – Sentença de improcedência – Desacerto – Negócio jurídico que mascara verdadeiro esquema de pirâmide financeira – Existência de negócio jurídico indireto para encobrir captação de recursos populares e administração de valores mobiliários – Inexistência de autorização da CVM – Fraude evidenciada – Configuração de verdadeiro grupo econômico – Sentença reformada – Devida a restituição dos valores pagos pelo investidor – Recurso provido. Dispositivo: deram provimento ao recurso. (TJSP; Apelação Cível 1015460-32.2014.8.26.0224; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2018; Data de Registro: 28/11/2018). INDENIZAÇÃO – SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO – Negócio jurídico que mascara verdadeiro esquema de pirâmide financeira – Existência de negócio jurídico indireto para encobrir captação de recursos populares e administração de valores mobiliários – Inexistência de autorização da CVM – Fraude evidenciada – Configuração de verdadeiro grupo econômico – Condenação dos réus à restituição dos valores pagos pelos investidores – Sentença mantida – Recurso improvido. Dispositivo: negam provimento ao recurso. (TJSP; Apelação Cível 1010628-53.2014.8.26.0224; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/04/2019; Data de Registro: 08/04/2019). AÇÃO INDENIZATÓRIA – CONTRATO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO – SIMULAÇÃO – FRAUDE – Pirâmide financeira – Aparência de contrato de Sociedade em Conta de Participação – Contrato simulado (art. 167 do Código Civil) – Ação visando à devolução de valores investidos, sob alegação de que o negócio é fraudulento – Suspensão das atividades da ré pela CVM (Deliberação CVM Nº 704) – Dano moral que ficou evidenciado, pois, além da frustração da expectativa de lucros, o autor passou pelo desgosto e humilhação por ter sido vítima de golpe aplicado pela ré, vindo a perder o valor total investido. Fraude perpetrada que gerou perturbação emocional, transtornos e aborrecimentos, passíveis de indenização – Falha na prestação dos serviços de administração de carteira de valores mobiliários – Dano moral configurado diante do acervo probatório – Valor arbitrado em R\$ 10.000,00 – RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1008859-85.2014.8.26.0005; Relator (a): Sérgio Shimura; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2019; Data de Registro: 28/06/2019). SOCIEDADE EMPRESARIAL. Contrato com sociedade em conta de participação. Negócio que consistia em esquema fraudulento de pirâmide financeira. Nulidade do contrato. Devolução do valor investido. Reconhecimento da formação de grupo econômico. Precedentes do TJSP. Apelantes sustentam ilegitimidade passiva por serem apenas sócios de sociedade que faz parte do grupo econômico. Desvio de finalidade caracterizado.

nhecida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o que parece demonstrar uma tendência em considerar, de fato, trate-se de invalidade do negócio jurídico, sem a aplicação das regras consumeristas.

## Considerações finais

As sociedades em conta de participação sempre foram utilizadas como roupagem jurídica para negócios voltados ao investimento, não se podendo

---

Abuso da personalidade jurídica que justifica a inclusão no polo passivo. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1027709-15.2014.8.26.0224; Relator (a): Gilson Delgado Miranda; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2019; Data de Registro: 01/08/2019). Ação de anulação de contrato de sociedade de conta de participação, com pedidos de devolução de valores pagos, bem como de indenização por dano moral. Sentença de parcial procedência, quanto aos pedidos de anulação do contrato e devolução dos valores. Apelações de parte dos réus. Elementos indicativos de existência de grupo econômico, bem como de utilização fraudulenta de personalidade jurídica, com atuação em esquema de “pirâmide financeira”. Precedentes desta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em casos envolvendo os mesmos réus. Desvio de finalidade da personalidade jurídica a justificar sua desconsideração. Desnecessidade de instauração de incidente próprio, tendo em vista que os sócios foram incluídos no polo passivo da demanda (§ 2º, art. 134, do CPC). Irrelevância da extensão da participação societária dos apelantes, haja vista que era evidente a utilização fraudulenta das sociedades de que eram sócios. Possibilidade, dessa forma, de serem responsabilizados solidariamente. Precedentes deste Tribunal. Manutenção da sentença. Apelações a que se nega provimento. (TJSP; Apelação Cível 1019995-04.2014.8.26.0224; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guarulhos – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/03/2020; Data de Registro: 04/03/2020). Contrarrazões – Alegação de ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida – Não acolhimento – Razões recursais que impugnaram adequadamente a sentença, ainda que reproduzindo trechos da contestação – Recurso conhecido. Apelação – Ação de reparação de danos – Sentença de procedência — Conjunto probatório que evidencia que a relação jurídica estabelecida entre as partes constituía contratação de serviços de gestão profissional de carteira de valores mobiliários camuflada como relação societária mediante instrumento particular de constituição de sociedade em conta de participação – Provas que revelam, ademais, que o negócio jurídico celebrado entre as partes tinha o objetivo de fraudar lei imperativa, pois a ré não possuía autorização para exercer referida atividade de gestão (Lei nº 6.385/1976, art. 23) – Negócio jurídico nulo (CC, arts. 166, VI, e 167) – Constatação de indícios de conduta desidiosa da ré quanto à gestão dos investimentos e ardilosa quanto ao súbito encerramento de suas atividades, a reforçar a convicção da prática de fraude – Correção da condenação da ré ao ressarcimento das quantias aportadas pelo autor, com ajuste, contudo, do valor descrito no dispositivo da sentença – Sentença mantida, porém, por fundamento diverso – Honorários recursais devidos – Prequestionamento – Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1008271-93.2019.8.26.0590; Relator (a): Maurício Pessoa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São Vicente – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/04/2020; Data de Registro: 22/04/2020).

desconsiderar seu potencial enquanto instrumento jurídico voltado à consecução de empreendimento de natureza empresarial, a ser utilizada em diversos setores, como a construção civil, empreendimentos em que são construídos prédios de *apart hotel*, na aquisição de equipamentos de custo elevado, como máquinas industriais, além de instrumento de investimento de capital de risco em empresas em fase inicial de operação ou em fase de expansão.

Nas hipóteses em que este tipo societário é utilizado para captação de poupança popular, como ocorre nos casos de contratos de investimento coletivo, o que não é vedado, impõe-se a submissão à autoridade reguladora, na medida em que configurado, também, como um valor mobiliário, a tornar necessária a tutela adequada do sócio participante.

A propósito, a própria natureza jurídica da relação mantida entre sócio ostensivo e participante precisa ser bem delineada, na medida em que este tipo societário se afasta dos demais previstos no Livro de Empresa do Código Civil.

Por consequência, discute-se, inclusive, se os direitos do sócio participante seriam tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, o que, como se abordou em tópico específico, não parece ser o caminho mais adequado.

Seja como for, quando a sociedade em conta de participação é utilizada para a captação de poupança popular no mercado, aspectos regulatórios devem ser levados em conta e, no caso de insucesso do empreendimento objeto da sociedade, muitas questões jurídicas são trazidas, sobretudo para que o sócio participante tenha garantida a tutela de seus direitos.

Como se viu, diante da não observância das regras regulatórias, deve ser reconhecida a nulidade desses contratos de sociedade, por não observância da forma prescrita ou não defesa em lei, conforme artigo 104 do Código Civil, parecendo ser esta a tendência dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisados.

Em síntese, não há nenhuma dúvida de que a tutela do investidor deve ser garantida, ao passo que a regulação disposta em Lei e realizada pela Comissão de Valores Mobiliários garante a transparência e a devida informação àquele que opta por investir em tais modelos de valor mobiliário.

O desafio, no entanto, persiste, na medida em que o ideal seria que os investidores tivessem condições de reconhecer prontamente as irregularidades neste tipo de oferta pública de investimento, destacando-se que a tutela civil, embora possível, nem sempre se mostra eficiente, exatamente porque o decurso do tempo, em muitos casos, impede o efetivo ressarcimento do investidor.

## CAPÍTULO 9

# A pesquisa e o desenvolvimento como instrumentos de inovação tecnológica e crescimento

The research and development as instruments of  
technological innovation and growth

*Guilherme Amorim Campos da Silva*

*Gabriel Benedito Issac Chalita*

**Resumo:** O capítulo propõe uma reflexão sobre a pesquisa e o desenvolvimento no âmbito da previsão constitucional da livre iniciativa da ordem econômica. A partir de previsão normativa e de instrumentos de política de fomento, verifica-se em que medida o Estado empresarial previsto pela Constituição Federal atua como indutor do desenvolvimento e contribui para a criação de uma cultura empreendedora que favoreça um ambiente de investimento em pesquisa e desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Livre iniciativa. Pesquisa e desenvolvimento.

**Abstract:** The chapter proposes a reflection on research and development within the scope of the constitutional provision of the free initiative of the economic order. Based on normative forecasts and development policy instruments, it is verified to what extent the business state established by the Federal Constitution acts as an inducer of development and contributes to the creation of an entrepreneurial culture that favors an investment environment in research and development.

**Keywords:** Federal Constitution. Free initiative. Research and development.

## Introdução: o estado estratégico empresarial

A Constituição Federal qualificou o desenvolvimento econômico nacional como objetivo fundamental da República Federativa (artigo 3º) dotando o aparato estatal de inúmeros instrumentos de políticas públicas que busquem e propiciem sua realização, notadamente aqueles que sejam capazes de eliminar a miséria e diminuir as desigualdades sociais e econômicas regionais.

Ao lado destas preocupações geopolíticas federativas, o constituinte, de modo estratégico, ocupou-se de questões econômicas relativas a modos de produções de riquezas, garantindo de um lado a livre iniciativa de produção (artigos 170 e 173 do Texto Maior) aliado a um dirigismo estatal ocupado da compatibilização das forças do capital produtivo com os valores fundamentais da construção de uma sociedade livre, justa e solidária previstas no Título dos Valores Fundamentais da Constituição Federal.

Daí porque, em nosso regime jurídico, a livre iniciativa e a propriedade privada convivem com a participação estratégica do Estado em atividades de fomento e incentivo ao desenvolvimento.<sup>1</sup>

Não é por outra razão que a ciência, tecnologia e inovação constituem obrigação estatal prevista no artigo 218: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”

O investimento que uma sociedade realiza em ciência, tecnologia e inovação perpassa aquilo que pode ser mensurado economicamente, pois para além do que gera em recursos financeiros está o inestimável que circula em termos de conhecimento.

---

<sup>1</sup> Sobre a participação do Estado na economia como agente indutor do desenvolvimento ou como agente econômico, ver: MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State: debunking public vs. Private Sector Myths**. New York: Anthem, 2013; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. República, empresa e desenvolvimento nacional. Capítulo de livro: **Direito empresarial: estruturas e regulação**: volume 2. Organizadores: JORGE, Andre Guilherme Lemos; ADEODATO, João Mauricio; MACIEL, Renata Mota São Paulo: UNINOVE, 2018. pp 99- 122. SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Sociedades de economia mista na Constituição Federal de 1988: governança e função social nas empresas sob o controle do Estado. Capítulo de livro: **Direito Empresarial, estruturas e regulação**. Organizadores: JORGE, Andre Guilherme Lemos; ADEODATO, João Mauricio; MACIEL, Renata Mota. São Paulo: UNINOVE, 2018. pp. 209-228. Disponível em: <https://s3.uninove.br/app/uploads/2016/06/14164457/1542231896-1542231896-dir-empr-v2.pdf>

## Na lição de Freeman<sup>2</sup>

The emphasis here is not on the stock of R & D but on the circulation of knowledge and its diffusion throughout the economy. Institutional change its not assessed through criteria based on static allocative efficiency, but rather on how it promotes technological and structural change. The perspective is neither macro nor micro, but more meso, where individual firms with whom they cooperate and compete. The system of innovation can be interfirm, regional, national or global. From the meso perspective the network consists of customers, subcontractors, infrastructure, suppliers, competencies or functions, and the links or relationships between them. The point is that the competencies that generate innovation are part of a collective activity occurring through a network of actors and their links or relationships.

A ênfase aqui não está no estoque de P & D, mas na circulação do conhecimento e sua difusão em toda a economia. A mudança institucional não é avaliada por critérios baseados na eficiência alocativa estática, mas sim em como ela promove mudanças tecnológicas e estruturais. A perspectiva não é nem macro nem micro, mas mais pela média, onde as empresas ganham naquilo que cooperam e competem. O sistema de inovação pode ser infirmado, regional, nacional ou global. De uma perspectiva mediana, a rede consiste em clientes, subcontratados, infraestrutura, fornecedores, competências ou funções, e os links ou relacionamentos entre eles. O ponto é que as competências que geram inovação são parte de uma atividade coletiva que ocorre através de uma rede de atores e suas ligações ou relacionamentos. (tradução do autor).

Trata-se, portanto, de um ganho em escala, em termos de produção horizontalizada e verticalizada, alastrando-se positivamente por toda uma cadeia produtiva e inculcando uma cultura de como fazer e porque fazer. Um novo saber.

---

<sup>2</sup> FREEMAN, C. The National System of Innovation. **Historical Perspectiva**. Cambridge Journal of Economics 19, n. 1, p. 5-24. 1995, p.7.

Sem sombra de dúvidas que o crescimento inovativo e criativo gera dividendos também no mundo jurídico, em que o crescimento tecnológico é a promessa de novos desafios, de novos temas e novos campos normativos.

## **Investimento em Pesquisa e Desenvolvimento**

Há no Brasil diversas modalidades legais de incentivo a empresas, universidades e instituições de pesquisa que desejam investir em pesquisa e desenvolvimento. Dentre as várias possibilidades, pode se beneficiar, principalmente, de duas ordens de incentivos: incentivos fiscais e direito de preferência em licitações.

O presente artigo especula se a Lei de Inovação e Lei do Bem, visto que a Lei de Informática se aplica apenas para empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento na área da de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), são instrumentos jurídicos disponíveis suficientes a compor um arco de política pública que permita o desenvolvimento dos objetivos ali previstos.

## **Renúncia fiscal por parte do Estado arrecadador**

Os incentivos fiscais a empresas que desenvolvem atividades de pesquisa e desenvolvimento estão previstos em 3 (três) normativas: Lei 10.973/2004 (Lei de Inovação), Lei 8.248/1991 (Lei da Informática) e Lei 11.196/2005 (Lei do Bem).

Nesse sentido, a Lei Federal nº 10.973/04 (“Lei de Inovação”), alterada pela Lei Federal nº 13.243/16, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Dentre os instrumentos de estímulo à inovação, o artigo 19, § 2º-A, inciso VI prevê a concessão de incentivos fiscais:

Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as ICTs e suas agências de fomento promoverão e incentivarão a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas brasileiras e em entidades



brasileiras de direito privado sem fins lucrativos, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura a serem ajustados em instrumentos específicos e destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional.

§ 2º-A. São instrumentos de estímulo à inovação nas empresas, quando aplicáveis, entre outros: (...)

VI – incentivos fiscais” (grifo nosso)

A Lei 11.196/2005 (Lei do Bem) criou uma série de incentivos fiscais para pessoas jurídicas que investem em Pesquisa e Desenvolvimento.

Pode-se ilustrar como forma de incentivo a exclusão do Lucro Líquido e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, o valor correspondente de até 60% da soma dos dispêndios, classificados como despesas operacionais pela legislação do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, realizados com pesquisa e desenvolvimento no Ano Base considerado.

Outra hipótese é a adição de mais 20%, no caso de incremento da média do número de pesquisadores com dedicação exclusiva à pesquisa e desenvolvimento, contratados no ano-base e que seja superior a 5% com referência ao ano anterior; ou adição de mais 10%, no caso de incremento da média do número de pesquisadores com dedicação exclusiva à pesquisa e desenvolvimento, contratados no ano-base e que seja inferior a 5% com referência ao ano anterior.

Há adição possível de mais 20% na soma dos dispêndios ou pagamentos vinculados à pesquisa tecnológica e ao desenvolvimento de inovação tecnológica objeto de marca, patente concedida ou cultivar registrado, bem como redução de 50% do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, na aquisição de máquinas, equipamentos, aparelhos e instrumentos (nacionais ou importados) destinados ao uso exclusivo de pesquisa e desenvolvimento.

O Estado prevê, ainda, redução a 0 (zero), da alíquota do IRRF incidente sobre as remessas ao exterior destinadas aos pagamentos de registro

de manutenção de marcas, patentes e cultivares, como forma de estimular a pesquisa e o desenvolvimento pela iniciativa privada.

Como estímulo adicional, prevê a possibilidade de depreciação acelerada integral, sem prejuízo da depreciação normal dos equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos no próprio período de aquisição, destinados à pesquisa e desenvolvimento para fins de IRPJ e CSLL, em admissão clara de renúncia fiscal em forte cenário de contingência de investimento por parte do Estado.

Podemos, ainda, elencar as seguintes ações contábeis: a possibilidade de dedução do saldo não depreciado dos equipamentos, máquinas, aparelhos e instrumentos destinados à pesquisa e desenvolvimento, no ano em que for concluída a sua utilização; amortização Acelerada (dedução) dos dispêndios relativos à aquisição de bens intangíveis destinados à pesquisa e desenvolvimento, no ano base; e dedução do saldo não amortizado dos dispêndios relativos à aquisição de bens intangíveis destinados à pesquisa e desenvolvimento, no ano em que for concluída a sua utilização.

Importante indicar que, além da realização de investimento em pesquisa e desenvolvimento, são requisitos para o usufruto dos benefícios fiscais pelas empresas a opção pelo regime do Lucro Real, obtenção de Lucro Fiscal no ano de apuração e comprovação da regularidade fiscal da pessoa jurídica.

## **Estímulo na contratação pelo Estado comprador – o direito de preferência**

O direito de preferência está previsto no artigo 3º, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 3º (...)

§ 2º. Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

II – produzidos no País;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; (incluído pela Lei Federal nº 11.196/05);

V – produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (grifo nosso)

O Estado prevê como estímulo à atividade de pesquisa e desenvolvimento critério facilitador na contratação de obras e serviços com o próprio Poder Público, consistente na previsão legal de critério de desempate em empresas que estejam disputando contrato com a administração a favor daquela que tenha investimento em pesquisa e desenvolvimento.

De fato, da leitura do dispositivo, extrai-se que a preferência se desdobra em critério de desempate, à medida que, em igualdade de condições, caberá à Administração Pública contratar a oferta abrigada por uma das hipóteses dos incisos acima.

Para este artigo, destaca-se na perspectiva do Estado empresarial a previsão do inciso IV, incluído pela Lei Federal nº 11.196/05 (Lei do Bem), que elenca a preferência por bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia do País.

A regra parece estar alinhada, também, com o artigo 218, 4º da Constituição Federal, na medida em que concretiza apoio e estímulo às empresas que estejam por ventura realizando atividades de pesquisa e desenvolvimento no país.

Deste modo, em termos econômicos, comprovando-se o investimento da empresa em pesquisa e desenvolvimento, poder-se-á usufruir do direito de preferência em caso de empate em licitações, consagrando-se como vencedora do certame, em detrimento de demais empresas participantes que não realizam esse tipo de investimento.

## **Regras de Governança no âmbito da Inovação Tecnológica Estimulada**

### *Aspectos Introdutórios*

A realização de inovação tecnológica em empresas depende da combinação de diversos elementos. Dentre eles destaca-se a existência de capital humano (profissionais criativos e capacitados), capital físico (equipamentos, laboratórios, banco de dados) e capital organizacional.

Isso porque, mais do que a presença de especialistas e infraestrutura avançada, é essencial uma boa e eficiente estrutura de governança, capaz de racionalizar e trazer maior segurança à atuação das organizações.

Essa estrutura deve envolver rotinas e observância de procedimentos e regras, referentes especialmente à estrutura interna de empresa, atividades e projetos de pesquisa e desenvolvimento, dispêndios e recursos humanos envolvidos, bem como eventuais patentes e registros decorrentes da inovação.

Desse modo, boas práticas de governança<sup>3</sup> revelam-se como fator primordial para o adequado desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico, capaz de aumentar a capacidade de inovação da empresa e possibilitar o acesso aos benefícios citados na lei, bem como de criar um ambiente jurídico seguro para o desenvolvimento dessas atividades.

Nos próximos tópicos, serão analisados de forma mais profunda os principais aspectos de governança que devem ser observados pelas empresas no momento de organizar e estruturar a função de pesquisa e desenvolvimento.

---

<sup>3</sup> HOPT, Klaus J./WYMEERSCH, Eddy. **Comparative corporate governance**: essays and materials. Berlin: Nova Iorque: de Gruyter, 1997.

## **Estrutura**

A forma como a estrutura de pesquisa e desenvolvimento é implementada possui grande importância no processo de inovação à medida que uma estrutura inadequada tem potencial para, por exemplo, retardar os resultados de inovação desejados e aumentar o risco de questionamentos por parte dos órgãos públicos no momento de usufruto dos benefícios previstos em lei.

### *Centralizada ou descentralizada*

De forma geral, identifica-se que a estrutura de pesquisa e desenvolvimento pode ser centralizada ou descentralizada. Na estrutura centralizada, uma única unidade ou setor é responsável por atender a toda a empresa, enquanto na estrutura descentralizada há diversas unidades de pesquisa e desenvolvimento dentro da mesma organização. A mistura entre esses dois desenhos gera a estrutura mista.

Há diversos fatores a serem considerados no momento de escolha de um dos modelos citados. A título exemplificativo, se a inovação interessa apenas a um dos setores da empresa, não se revelando como uma estratégia institucional, recomenda-se a implantação de uma estrutura descentralizada. Caso a inovação dependa da interação e complementação de outros setores, não podendo ser desenvolvida adequadamente de forma autônoma e independente, a estrutura centralizada se revela como alternativa mais apropriada.

Usualmente, grandes empresas possuem um único setor destinado ao desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento, pois as atividades são de longo prazo e envolvem um alto risco, o que normalmente exige um setor próprio e especializado destinado à inovação.

### *Desenvolvimento interno ou financiamento*

Outra questão a ser abordada quando tratamos da estrutura de pesquisa e desenvolvimento é a possibilidade da empresa financiar um tercei-

ro para o desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento, em vez de executá-las internamente. Destaca-se que ambas as formas são consideradas como formas de investimento nesta área.

Por meio do financiamento, há a transferência de recursos para universidades, instituições de pesquisa, inventores independentes, microempresas ou empresas de pequeno porte, ressaltando que esses recursos poderão consistir em contribuição financeira ou outras formas, como pessoal e equipamentos.<sup>4</sup>

O fundamento é que, no processo de inovação tecnológica, nem sempre as competências e os recursos humanos ou financeiros estão disponíveis em uma única empresa, de modo que o financiamento permite às organizações o desenvolvimento de pesquisa e desenvolvimento sem, necessariamente, possuir a infraestrutura ou a expertise necessária.

Contudo, há algumas observações a serem feitas em relação à contabilidade desse fluxo de financiamento, uma vez que há a transferência de recursos de uma organização para outra.

Inicialmente, todas as transferências devem ser expressas em termos financeiros. Logo, no caso de transações não monetárias, é preciso avaliar seu valor corrente.

Além disso, os dispêndios deverão ser classificados como despesas externas e contabilizados de forma apartada, conforme se demonstrará a seguir.

Em relação à comprovação dos investimentos, destaca-se que a transferência de recursos pode ser medida de duas maneiras; ou por meio das declarações do executor ou por meio de declarações de despesas externas na qual se atesta o pagamento para outra organização.

---

<sup>4</sup> A importância do processo pode ser melhor qualificada quando se avalia o alcance do papel social, por exemplo, das empresas de pequeno porte. A este respeito, ver: CHALITA, Gabriel B. I; LEVY, Wilson. Empresas de pequeno porte: papel social e disciplina jurídica. Capítulo de livro: **Coletânea da atividade negocial**. Organizadores: JORGE, Andre Guilherme Lemos; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; LUCCA, Newton de; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; MACIEL, Renata Mota Maciel. São Paulo: 2019, UNINOVE. pp. 56-61. Disponível em: [http://docs.uninove.br/artefiles/Livro\\_Direito\\_2019\\_verbetes\\_26022019.pdf](http://docs.uninove.br/artefiles/Livro_Direito_2019_verbetes_26022019.pdf)

O Manual de Frascati<sup>5</sup> recomenda expressamente o uso do primeiro método, qual seja, as declarações do executor, uma vez que a declaração de despesas externas possui natureza unilateral, não comprovando de forma satisfatória a efetiva realização das atividades, apenas a transferência dos recursos.

Logo, caso a empresa financie outras organizações, recomenda-se que obtenha declarações dos respectivos executores, atestando tanto o recebimento dos recursos quanto a efetiva realização das atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Por fim, recomenda-se também que a transferência de recursos seja feita sempre de forma direta, por meio de contrato escrito, assistência financeira ou doação.

### *Atividades de pesquisa e desenvolvimento*

Em relação às regras de governança atinentes às atividades de pesquisa e desenvolvimento, cabe expor uma breve introdução sobre esse conceito no Brasil.

Sabe-se que não há no país uniformidade quanto à definição legal do conceito de atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico, tampouco sobre a forma de comprovação da realização de investimentos nesta área, o que cria um cenário de grande insegurança jurídica pela ausência de parâmetros precisos para orientar a atuação das empresas.

Neste contexto, recomenda-se a utilização das definições trazidas pelo Manual de Frascati e pelo Decreto Federal nº 5.798/2006, que regula a Lei Federal nº 11.196/05 (Lei do Bem).

Além disso, propõe-se a utilização do Formulário Pesquisa e Desenvolvimento, formulário utilizado pelas pessoas jurídicas beneficiadas dos incentivos fiscais previstos na Lei do Bem, para prestar informa-

---

<sup>5</sup> OCDE. **Manual Frascati, em Português do Brasil. Proposta de Práticas exemplares para Inquéritos sobre Investigação e Desenvolvimento Experimental** – 2002. Disponível em <https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/indicadores/detalhe/Manuais/OCDE-Manual-Frascati-em-portugues-Brasil.pdf>. Acesso em: 20 ago. de 2020 às 14:51hs.

ções ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) sobre seus programas de inovação, como forma de comprovação do desenvolvimento destas atividades.

Considerando as normativas citadas, serão expostas abaixo práticas de governança a serem usualmente observadas por empresas interessadas na adoção de programas de investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

### *Formalização do programa de Pesquisa e Desenvolvimento por escrito*

Uma das recomendações presentes no FORMPESQUISA E DESENVOLVIMENTO<sup>6</sup>, para facilitar o preenchimento<sup>7</sup> do formulário e conseqüentemente a comprovação da realização de investimento em pesquisa e desenvolvimento, é que a empresa tenha um programa formalizado por escrito:

Para uma boa gestão tecnológica e controle do programa de PD&I nas empresas, é fundamental uma perfeita articulação entre o gestor, a área técnica executora das atividades de PD&I e os setores contábil e jurídico das mesmas [...] o preenchimento do formulário e o envio das informações anuais ao MCTI será facilitada se a empresa tiver um programa de PD&I formalizado por escrito, contendo todas as atividades, com indicação dos dispêndios planejados e realizados, no que se refere a pessoal próprio alocado nas atividades de PD&I, em tempo integral ou parcial, serviços de terceiros [...], materiais de consumo, além dos investimentos em bens de capital e intangíveis” (grifo nosso)<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Relatório anual da utilização dos incentivos fiscais, que reúne de forma sistematizada e consolidada as informações sobre o uso da Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005, a denominada Lei do Bem, contemplando resultados lançados no ano fiscal. [http://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/Lei\\_do\\_bem/pages/Relatorio-Anual.html](http://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/Lei_do_bem/pages/Relatorio-Anual.html)

<sup>7</sup> [http://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/propriedade\\_intelectual/formict\\_propriedade\\_intelectual.html](http://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/propriedade_intelectual/formict_propriedade_intelectual.html)

<sup>8</sup> BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Formulário anual da utilização dos incentivos fiscais** – ano base 2013. Brasília: MCTI, 2013, p.2.



### *Correta identificação do tipo de atividade desenvolvida*

Um dos grandes problemas identificados pelos órgãos de controle na verificação da atividade incentivada, em relação à comprovação de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, é a falta de fornecimento de elementos técnicos das atividades e projetos desenvolvidos.

Por órgãos de controle aqui, estamos referindo a própria Receita Federal, Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da União, Poder Legislativo, enfim, aqueles órgãos incumbidos estatutária e regimentalmente de verificar as condições em que a política de incentivo determinada em lei está ou não sendo fielmente executada. Aqui, como se trata de renúncia fiscal, a fiscalização deve ser ainda mais premente.

Ainda que não haja a inscrição no programa para fins de ausência de recolhimento de Imposto mas, por exemplo, para utilização do benefício do direito de preferência, a fiscalização é de rigor na medida em que a invocação e possibilidade do direito de preferência em uma concorrência pública é fator de desequilíbrio em uma disputa e elemento determinante na definição do interesse público presente em uma contratação.

Nesse sentido, o Relatório Anual de Incentivos Fiscais da Lei do Bem (ano-base 2014), elaborado pelo MCTIC/SETEC, observa que as empresas não fornecem informações claras e objetivas, revelando uma incompreensão dos conceitos e definições legais das atividades.

Como resultado, as empresas tendem a descrever mais as funcionalidades do projeto ou do produto desenvolvido, ao invés de destacarem como estes foram criados, o problema tecnológico superado, a metodologia utilizada, entre outros.

Desse modo, as empresas devem dar o devido destaque técnico aos elementos necessários para uma precisa descrição das atividades de inovação, de forma que seja possível identificá-las e avaliá-las com maior grau de clareza.

Neste tocante, a empresa deve identificar as atividades por ela desenvolvidas dentre as atividades de pesquisa básica (PB), pesquisa aplicada (PA) e desenvolvimento experimental (DE), com base na conceituação

apresentada no memorando “*Análise jurídica do desenvolvimento de atividades de Pesquisa e Desenvolvimento*”.

Além da identificação do tipo de atividade, conforme descrito acima, a empresa deverá manter documentação que contenha dados como a identificação da atividade; o valor total da atividade; a documentação relativa às atividades, excluindo informações meramente institucionais; a identificação do elemento tecnologicamente novo ou inovador da atividade; qual a barreira ou desafio tecnológico superável; a metodologia ou método utilizado; o ciclo de vida da atividade ou projeto<sup>9</sup> e a data de início e previsão de término.

Sabe-se que as atividades de pesquisa e desenvolvimento envolvem importantes e grandes investimentos e transferência de recursos. Logo, é fundamental que as empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento mantenham uma boa contabilidade sobre esses recursos.

Conforme o Manual de Frascati, as despesas podem ser classificadas em externas ou internas.

As despesas externas se referem àquelas que a empresa declara ter pago ou empenha-se em pagar para outra organização para a execução de trabalhos de pesquisa e desenvolvimento. Elas incluem a compra de pesquisa e desenvolvimento ou o apoio financeiro concedido a outras unidades para a execução de pesquisa e desenvolvimento.

As despesas internas, por sua vez, compreendem todas as despesas relativas ao seu desenvolvimento executadas dentro da empresa, englobando tanto as despesas correntes quanto as despesas de capital.

As despesas correntes consistem nos custos salariais da equipe de funcionários (salários, vencimentos, bônus, indenizações, pensões, impostos sobre os salários, etc.), gastos com capacitação<sup>10</sup>, bem como em

---

<sup>9</sup> Vale destacar que, para projetos plurianuais ou continuados, é importante ter descrito quais atividades foram realizadas em cada ano, a partir de um cronograma com as etapas do ciclo de vida do projeto que mostrem a evolução no desenvolvimento das atividades.

<sup>10</sup> Conforme o artigo 5º da IN RFB nº 1187, de 29 de agosto de 2011, que regula os benefícios fiscais previstos na Lei do Bem, são deduzíveis os dispêndios com salários e encargos sociais e trabalhistas de pesquisadores e de pessoal de prestação de serviço de apoio técnico, bem como gastos com capacitação desses profissionais.

demais custos administrativos<sup>11</sup>, de compra de materiais, suprimentos e equipamentos.

As despesas de capital correspondem às despesas anuais brutas relacionadas com bens de capital fixo, como, por exemplo, incidentes sobre terrenos, edifícios, instrumentos, equipamentos ou *softwares*.

O FORMPESQUISA E DESENVOLVIMENTO, por exemplo, possui um quadro apartado para a empresa beneficiada inserir informações sobre os serviços de terceiros, que se enquadram como despesas externas. Nesse tocante, a empresa deve inserir informações sobre os valores transferidos, além do serviço ou projeto realizado.

Logo, revela-se como uma boa medida de governança<sup>12</sup> a contabilidade dessas despesas, considerando a distinção apresentada entre despesas internas e externas.

### *Conta Específica*

O Decreto Federal nº 5.798/2006, que regulamenta os incentivos fiscais previstos na Lei do Bem, prevê em seu artigo 10, inciso I, que os dispêndios com PESQUISA E DESENVOLVIMENTO devem ser controlados contabilmente em contas específicas:

Art. 10. Os dispêndios e pagamentos de que tratam os arts. 3º ao 9º:

I – deverão ser controlados contabilmente em contas específicas; e

II – somente poderão ser deduzidos se pagos a pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País, ressalvados os mencionados nos incisos V e VI do art. 3º deste Decreto.

---

<sup>11</sup> Destaca-se, contudo, que para fins dos incentivos fiscais da Lei do Bem, não são considerados os gastos dos departamentos de gestão administrativa e financeira (Art. 5º, § 3º, inciso II, “a”).

<sup>12</sup> A preocupação com a segregação de despesas em relação a valores de investimento é medida de contabilidade já observada no mercado norte-americano. A este respeito, ver LAZONICK, W. The U.S. Stock Market and the Governance of Innovative Enterprise. **Industrial and Corporate Change** 16, n.6: 983-1035.

## *Pessoal*

Além de envolver investimentos e transferência de recursos, o desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento envolve igualmente recursos humanos. Logo, é importante a correta mensuração do pessoal ocupado em pesquisa e desenvolvimento, conforme a seguir detalhado.

Inicialmente, cabe expor que devem ser contabilizadas como pessoal ocupado em pesquisa e desenvolvimento todas as pessoas diretamente empregadas nas atividades, como pesquisadores, técnicos e agentes de suporte. Devem ser excluídas, portanto, pessoas que prestam serviços indiretos, como funcionários administrativos, de segurança e limpeza, embora seus salários devam ser contabilizados como despesas internas correntes.

No mais, sugere-se que a empresa tenha contabilizado o pessoal considerando a profissão, nível de qualificação: doutor, mestre, pós-graduado, graduado, tecnólogo ou técnico de nível médio; dedicação: parcial ou exclusiva<sup>13</sup>; número de horas gastas com determinada atividade; e o valor gasto com o respectivo profissional.

Em relação aos recursos humanos, o Relatório Anual de Incentivos Fiscais da Lei do Bem (ano-base 2014), elaborado pelo MCTIC/SETEC, indica que as empresas beneficiadas ainda são compostas por muitas pessoas em tempo parcial, com equipes muito pequenas em dedicação exclusiva.

Ademais, o relatório aponta que faltam informações sobre o papel e função das pessoas em cada projeto, bem como há baixa incidência de profissionais com pós-graduação (mestres e doutores).

Desta forma, recomenda-se que as empresas estruturem suas equipes de inovação conforme esses parâmetros.

---

<sup>13</sup> Conforme disposto na IN RFB nº 1187, de 29 de agosto de 2011, que regula os incentivos fiscais da Lei do Bem, poderão ser deduzíveis os custos com pesquisadores com dedicação parcial, desde que: (i) o contrato de trabalho conste expressamente o desempenho como pesquisador em atividades de inovação tecnológica, e (ii) a empresa possua, para o respectivo projeto, controle das atividades desenvolvidas e das horas trabalhadas.

## *Patentes e Registros*

A proteção da propriedade intelectual é ponto fundamental para preservar o valor da empresa. Sabe-se que as patentes e demais registros, embora não sejam considerados como atividades de pesquisa e desenvolvimento, são indicativos e resultados de processos de inovação, que exigem grandes investimentos e disponibilidade de capital<sup>14</sup>.

Nesse sentido, o registro perante o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI fornece maior segurança jurídica à empresa que investe em pesquisa e desenvolvimento. Isso porque o título de registro garante a exclusividade na exploração econômica do objeto patentado e protege contra possíveis infrações de terceiros, servindo de prova em caso de disputa pela exploração indevida.

Desta forma, recomenda-se às empresas de forma geral que assegurem a propriedade de seus ativos de propriedade intelectual por meio do registro de patentes, marcas, softwares e outros perante o INPI.

## *Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação frente à COVID-19*

A pandemia de COVID-19 tem impactado diversos setores das sociedades organizadas ao redor do mundo. O ambiente de pesquisa e desenvolvimento empresarial, de igual forma, tem sentido os efeitos econômicos da COVID-19 no âmbito do investimento em inovação, revelando diversos entraves que já demandavam soluções.

Apesar dessas circunstâncias, entretanto, um ponto se mostra certo: o papel fundamental que a inovação trará às empresas na realidade que surgirá a seguir, de forma a permitir que se ofereçam soluções inovadoras ao mercado<sup>15</sup>, garantindo sua sobrevivência e da força laboral do país, além do estímulo à competitividade.

---

<sup>14</sup> Ressalta-se que a proteção dos resultados de inovação também pode se dar por outros meios, tais como direitos autorais ou segredos comerciais.

<sup>15</sup> AKERLOF, George. The Market for 'lemons: quality uncertainty and the market mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, Issue 3, pp. 488-500, 1970.

### *Desafios a serem superados*

A Lei do Bem, principal marco normativo em termos de estímulo à Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação nas empresas brasileiras, apesar de se alavancar em expressivos incentivos fiscais por parte do Governo Federal, já não vinha atraindo o interesse esperado.

Segundo dados do IBGE, divulgados na última edição da Pesquisa de Inovação – PINTEC, apenas 4,7% do total de empresas elegíveis para a Lei do Bem se valiam do benefício em 2017.

Os dispêndios empresariais com P&D, em verdade, já vinham em declínio desde 2014, tanto em termos reais quanto em intensidade (porcentagem do PIB), para o país e para São Paulo, conforme dados trazidos pela Revista Pesquisa FAPESP na edição de agosto de 2020.

Em 2017, as empresas brasileiras despenderam R\$32,6 bilhões em P&D, ou 0,50% do PIB nacional. Esses valores haviam sido de R\$41,2 bilhões, ou 0,58% do PIB, em 2014.

Para as empresas sediadas em São Paulo, o total foi de R\$14,6 bilhões, ou 0,69% do PIB estadual, em 2017. Os valores para 2014 haviam sido de R\$19,9 bilhões, ou 0,87% do PIB estadual.

Para o ano base de 2018, houve um crescimento da ordem de 23% de empresas que utilizaram o incentivo da Lei do Bem, totalizando, entretanto, a ínfima porcentagem de 6% das empresas estimadas com potencial para utilizar o incentivo.

O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC, com o intuito de solucionar os entraves responsáveis pelo cenário observado no país, criou, em 2019, um Grupo de Trabalho direcionado a mapear o total de empresas que poderiam utilizar o benefício em suas condições atuais e adequar a Lei para incentivar o desenvolvimento econômico do país.

Como consequência do trabalho deste grupo, uma primeira ação foi definida, com o objetivo de orientar o contribuinte no processo de identi-

ficação de atividades elegíveis, que culminou com a publicação do Guia Prático da Lei do Bem – MCTIC, no final do ano.

Com a decretação do estado de calamidade pública em março/2020 e o início das políticas de contenção de circulação de pessoas, alguns obstáculos já antigos apresentaram-se com maior intensidade.

O principal deles é a limitação materializada pela necessidade de resultado fiscal positivo para a utilização do incentivo. Hoje, a Lei do Bem atende apenas empresas que (1) possuam regularidade fiscal (emissão da CND ou CPD-EM) e (2) estejam dentro do regime de Lucro Real.

Com o cenário pandêmico enfrentado pelo mundo, entretanto, em análise a curto e médio prazo, o resultado financeiro das empresas dificilmente será positivo devido à paralisação da atividade econômica que está em curso.

Ciente de que a eliminação deste limitador definido na Lei do Bem – que impede o uso dos incentivos em caso de prejuízo fiscal – é hoje mais uma obrigação do que de fato uma necessidade, o Grupo de Trabalho do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação estabeleceu, no início de junho de 2020 uma iniciativa que visa à entrega de uma Proposta Emergencial de alteração da Lei tendo como principal intuito que o resultado fiscal deixe de ser um fator limitante à utilização do incentivo.

Outra tratativa também está em curso, consubstanciada em uma segunda proposta de aperfeiçoamento da Lei do Bem.

Esta iniciativa articula medidas para aferir resultados da aplicação da lei, de maneira que se possa verificar o real impacto da cooperação ensejada por diferentes instituições, entidades, universidades e empresas; ou seja, a institucionalidade envolvida no sistema de inovação.

Dentre as medidas formuladas, podemos indicar aqui ações no campo do fomento e da produção do conhecimento.

Nesta direção, assinala-se a possibilidade de incentivo às empresas para contratação de profissionais com mestrado e doutorado acadêmico ou profissional em suas respectivas formações.

De igual forma, a partir da produção de conhecimento, o estímulo ao seu intercâmbio por meio do fomento de parcerias com instituições de ciência e tecnologia. Para que isto possa ocorrer da forma como se espera, conta-se com a desburocratização do artigo 19A, mecanismo já contemplado na Lei do Bem, que estabeleceu como apoio para formação de parcerias entre empresas e instituições de ciência e tecnologia a possibilidade de obtenção do dobro do valor previsto para o incentivo fiscal a ser concedido.

Registre-se, ainda, por exemplo, como estímulo reconhecido ao setor, a possibilidade de se deduzir tributos a partir de investimentos e recursos aplicados em fundos de ciências e tecnologia.

A pandemia do COVID19 interferiu diretamente nos investimentos em ciência e tecnologia, contingenciando 90% da aplicação do orçamento previsto para o ano de 2020, representando uma queda de mais 60% no total de volume de recursos, se comparado com o ano de 2019.<sup>16</sup>

Para amenizar o impacto da redução de recursos e organizar a captação de dinheiro incentivado, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação instituiu pela Portaria n.2104/2020/SEI-MCTIC Grupo de Trabalho com objetivo de propor o aperfeiçoamento da Lei do Bem.

## **Lei do bem: principais mudanças normativas durante a pandemia do Covid-19**

Em 18 de maio de 2020 o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) publicou uma portaria alterando as datas de envio dos formulários referentes à prestação de informações pelas empresas beneficiárias dos incentivos fiscais de que trata o Capítulo III da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005 (Lei do Bem), referentes ao ano de 2019.

---

<sup>16</sup> SENADO FEDERAL. **Corte de verbas da ciência prejudica reação à pandemia e desenvolvimento do país.** Agência Senado. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/informaterias/2020/09/corte-de-verbas-da-ciencia-prejudica-reacao-a-pandemia-e-desenvolvimento-do-pais>. Acesso em: 02 dez. 2020 às 17:08.



Além das datas de envio dos formulários, a Portaria buscou facilitar, também, as informações a serem preenchidas sobre os processos de gestão e aperfeiçoamento de políticas de inovação.

Neste sentido, a ampliação do campo para descrição das atividades dos projetos de Pesquisa e Desenvolvimento possibilita detalhamento da proposta, de maneira a verificar a extensão da pesquisa, benefícios para processos de gestão, impactos da inovação, possibilidades e ferramentas para mensurar o impacto em processos produtivos, dentre outras possibilidades.

O aspecto econômico do desenvolvimento do projeto, a perspectiva do financiamento induzido e da possibilidade do retorno esperado, gerando assim a ferramenta objetiva de mensuração, pode-se constituir em ganho a ser obtido em tempos tão difíceis com a pandemia.

Apesar das severas restrições orçamentárias que vem sendo enfrentadas, percebe-se a adoção de medidas de apoio como uma tentativa de minorar os danos no mercado interno e nas suas potencialidades.

Isto porque, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro tem realizado um esforço de implementar um Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, induzindo um regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo, no esteio da dicção consagrada no artigo 219-B, com a redação que lhe foi dispensada pela Emenda Constitucional n. 85, de 26 de fevereiro de 2015.<sup>17</sup>

O esforço que se deve observar a partir de agora, e cada vez mais, é respeitar as peculiaridades setoriais e regionais, atrelando o investimento em ciência e tecnologia possível neste momento, à busca de ganhos de eficiência e produtividade, inclusive no âmbito do compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, como forma de se alcançar o objetivo buscado pelo artigo 219 da Constituição Federal.

---

<sup>17</sup> Falta, contudo, avançar de forma sistêmica em aspectos regulatórios e sinérgicos, de forma a beneficiar cadeias produtivas e tarifárias, com vistas a ganhos de autonomia. Neste sentido, pode-se destacar e indicar os estudos regulatórios de WALD, Arnoldo. Auto-regulação e mercado de opções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 108, p. 189-92, out./dez. 1990.

Apesar do momento pandêmico se constituir em forte entrave ao pleno desenvolvimento das potencialidades no âmbito da ciência, tecnologia e inovação, há que se fazer imenso esforço para se enxergar as oportunidades econômicas e de desenvolvimento da formulação de novos instrumentos de cooperação entre setor público e privado, como instrumento de fortalecimento para execução de projetos de pesquisa.

## **Conclusão**

A partir da Constituição Federal, temos encontrado no ambiente jurídico brasileiro instrumentos normativos que buscam estimular o investimento qualificado em pesquisa e desenvolvimento.

O Estado, como partícipe do conceito empresarial, tem criado condições na perspectiva de, por um lado renunciar a receita fiscal e, de outro, estimular possíveis fornecedores e cadeias produtivas com benefícios contratuais, como forma de envolver uma comunidade responsável econômica, política e juridicamente por inovação produtiva, operacional, tecnológica com divulgação de conhecimento, seja ele agregado ou imaterial.

É também de se perceber que a pandemia do COVID-19 atuou como verdadeiro motor à solução de entraves já antigos que limitavam o alcance dos benefícios advindos da Lei do Bem.

Ademais, as mudanças em andamento e aquelas já realizadas demonstram a valorização que merece receber o projeto de inovação, principalmente no cenário atual, a partir do qual ganhará ainda mais importância no sentido de alavancar a competitividade empresarial do Brasil no oferecimento de opções inovadoras ao mercado.

Desta forma, pode-se afirmar que as tratativas adotadas pelo Grupo de Trabalho do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações buscam consolidar a previsão constitucional do Estado empresário, fomentando a pesquisa, desenvolvimento e inovação no país de forma mais ampla e acessível.

## CAPÍTULO 10

### **O consequencialismo jurídico no Direito econômico**

*Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques*

*Arthur Bezerra de Sousa Junior*

#### **Introdução**

Recentemente foi publicada a Lei n.º 13.655/18, denominada de “Lei da Segurança para a Inovação Pública”, que alterou expressamente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para trazer “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público”, regulamentada pelo Decreto n.º 9.830/19. Ela expressamente introduziu o consequencialismo no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, a aplicação do consequencialismo jurídico tem suscitado debates acirrados e posições extremadas.

De um lado aqueles que defendem a sua aplicação integral como único fundamento da decisão. De outro os que negam a sua aplicação, por entenderem que representa um argumento não jurídico e como tal careceria de legitimidade para fundamentar uma decisão judicial.

No entanto, observa-se que os tribunais, em especial, o Supremo Tribunal Federal, têm aplicado o consequencialismo jurídico em diversas decisões, muitas vezes, sendo confundido com o ativismo judicial. Todavia, são conceitos distintos. A Lei *sub examine* aplica-se ao Direito Público, contudo, quer parecer que sua aplicação no âmbito do Direito Privado se mostra plenamente possível.

No Direito Econômico a aplicação do consequencialismo jurídico ganha maior relevância, na exata medida em que esse ramo do Direito

compreende um conjunto de normas que regulam as atividades econômicas ocorrentes no mercado, sejam elas provenientes do setor privado ou público e que em razão da sua própria natureza envolve consequências econômicas, sociais, trabalhistas, dentre de outras.

O presente artigo aborda, com acuidade, a possibilidade de aplicação do consequencialismo jurídico no Direito Econômico. Para tanto serão utilizados o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

## 1 Consequencialismo jurídico

Como dito anteriormente, a Lei n.º 13.655/18, que foi objeto de audiências públicas e intensos debates durante sua tramitação no Congresso Nacional, acrescentou o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

**Parágrafo único.** A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A finalidade do dispositivo legal supracitado não foi outra senão a de combater as decisões, judiciais e administrativas, que se baseiam unicamente em argumentos principiológicos, que pela sua própria natureza são abstratos e genéricos, como por exemplo, dignidade da pessoa humana e supremacia do interesse público.<sup>1</sup> Propugna por uma deci-

---

<sup>1</sup> Esclarecem Joaquim Falcão, Luís Fernando e Diego Werneck que: “É preciso destacar que praticamente toda decisão judicial comporta alguma margem de incerteza quanto ao seu conteúdo que não é passível de eliminação, por estar associada a propriedades estruturais do processo de aplicação de normas gerais a casos concretos. Isso não significa, no entanto, que toda incerteza no direito seja desse tipo. As expectativas dos indivíduos quanto ao conteúdo das decisões judiciais que os afetam como destinatários diretos ou indiretos podem ser afetadas negativamente por incerteza de natureza patológica. Isso se dará quando uma expectativa juridicamente fundada for frustrada por uma decisão que não pertença ao conjunto – normalmente, não unitário – das decisões juridicamente satisfatórias diante do caso concreto. Em regra, sempre haverá alternativas decisórias que, embora frustrem as expectativas das partes, podem ser reconduzidas argumen-

são que considere também os elementos empíricos. Consoante Evandro Valadão, “a análise das consequências práticas da decisão passa a fazer parte das razões de decidir quando esta estiver pautada apenas em valores jurídicos abstratos”<sup>2</sup> sendo aplicada na esfera administrativa, judicial e controladora.

A problemática surge em saber quais serão os métodos adotados, sua idoneidade e quais as consequências práticas que se busca atingir em conformidade com as normas jurídicas vigentes.<sup>3</sup>

As normas jurídicas, em especial as normas constitucionais, se dividem em normas princípios e normas regras. A Constituição, segundo Gomes Canotilho, é um sistema aberto de regras e princípios.<sup>4</sup> As normas regras são aquelas que descrevem um determinado estado de coisas e se aplicam diretamente ao caso concreto. As regras são criadas para serem aplicadas a determinadas situações fáticas. Em outras palavras, as regras incidem diretamente sobre o caso concreto. Nesse sentido esclarece Willis Santiago: “as regras trazem a descrição de estados-de-coisas for-

---

tativamente ao direito vigente que cabe ao juiz aplicar. Quando isso ocorre, teremos incerteza normal, que é um dado do sistema jurídico; caso contrário, estar-se-á diante de incerteza patológica, a ser combatida por reformas institucionais e culturais que, a depender da fonte, serão mais ou menos profundas”. (FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, n. 243. Rio de Janeiro: Atlas, 2006, p. 39).

<sup>2</sup> VALADÃO, Evandro. O Consequencialismo e as decisões pautadas em valores jurídicos abstratos. **Revista Justiça e cidadania**, 8 set. 2019, v. 229. Disponível em <https://www.editorajc.com.br/o-consequencialismo-e-as-decisoes-pautadas-em-valores-juridicos-abstratos/>

<sup>3</sup> Cf. MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 53, Curitiba, 2018. pp. 497-523, p. 509.

<sup>4</sup> Gomes Canotilho escreve que: “[...] o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de <descodificação>: (1) – é um sistema jurídico, porque, como atrás se referiu [...] é um sistema dinâmico de normas. (2) é um sistema aberto porque tem estrutura dialógica, (CAILESS) traduzida na disponibilidade e <capacidade de aprendizagem> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <verdade> e da <justiça>. (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas. (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.” Mais adiante afirma Canotilho que: “Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= densidade semântica).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5º ed. Coimbra. Livraria Almedina, 1991, p.171 e 186).

dados por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores.”<sup>5</sup>

Pode-se afirmar que as regras são aquelas espécies de normas que mais se aproximam das normas jurídicas de direito comum, ao passo que contém todos os elementos para incidirem diretamente sobre o caso concreto. Ao mesmo tempo as regras conferem um direito ao seu destinatário. As regras, normalmente, prescrevem uma obrigação, permitem ou vedam uma determinada conduta. Elas têm aplicação a uma situação fática determinada e específica.

Em síntese, as regras são concretas e incidem de maneira direta sobre o caso concreto. Já os princípios se diferenciam das regras por serem mais abstratos e genéricos, sendo aplicados a uma infinidade de situações. De outra parte, as regras ganham em termos de concretude, incidindo diretamente sobre as situações fáticas que normatizam.

Os princípios indicam a ideia de começo, ponto de partida e fundamento. São considerados as vigas mestras do ordenamento jurídico, são polos informadores que permeiam toda a Constituição e conferem unidade ao sistema. Pode-se afirmar que os princípios são abstratos e vagos e em razão dessa qualidade não incidem diretamente sobre um caso concreto específico, uma vez que encampam várias hipóteses. Eles também são objeto da interpretação na medida em que necessitam dela para determinar o seu conteúdo. Celso Bastos adverte para o fato de que as “normas-princípios são desde logo plenamente aplicáveis e delas não se pode dizer que se espera um desenvolvimento por via legislativa concretizadora.”<sup>6</sup>

Em suma, os princípios são as vigas mestras do ordenamento jurídico e embasam, arrimam e dotam a Constituição de espírito. Eles represen-

<sup>5</sup> Continua o aludido autor afirmando que: “Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso de uma regra concretizadora.”(GUERRA FILHO, *Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 45).

<sup>6</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários a Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. I, p.399.

tam as aspirações máximas de uma sociedade, os seus valores essenciais. Celso Antônio Bandeira de Mello define os princípios como sendo:

o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica, e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”<sup>7</sup>

Em comparação com as regras os princípios têm um grau muito maior de generalidade no que diz respeito à pluralidade de situações que abarcam, e também de abstração no que tange à espécie de fato a que a norma se aplica, do que a mais geral e abstrata das regras.<sup>8</sup> Os princípios são normas que veiculam valores, portanto são mais genéricas e abstratas que as demais. Essas características podem gerar, quando da sua aplicação ao caso concreto, insegurança jurídica, pois caberá ao intérprete, em grande parte, definir o seu conteúdo.

O consequencialismo jurídico propõe que o intérprete leve em consideração os efeitos da decisão na sociedade quando da interpretação da norma e do caso concreto. Para Luis Fernando Schuartz, ele pode ser compreendido como:

[...] qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas <sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.545-546.

<sup>8</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. [S.l.]: Editora Bastos, 2003. cit. p.45.

<sup>9</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *In*. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383 e 384.

Destarte, é preciso deixar claro que a aplicação do consequencialismo não implica, e nem poderia implicar na negação da aplicação dos princípios, pois esses são as vigas mestras, a estrutura do ordenamento jurídico e devem ser sempre respeitados, sob pena da decisão ser eivada do vício da inconstitucionalidade.

Não há como se negar que o consequencialismo jurídico se expandiu a partir dos anos 70, em razão dos estudos realizados na Escola da *Law and Economics*, em Chicago, ao defender o exame dos efeitos práticos da decisão, inicialmente aplicados nos temas anti-truste do Direito Empresarial, em razão da grande repercussão econômica e social.<sup>10</sup>

A análise econômica do Direito defendida por Posner também propõe que no exercício da interpretação o juiz pode, dentro de sua discricionariedade, se utilizar da teoria econômica. Nesse particular assinala Posner:

O positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional representam os dois extremos na antiga controvérsia sobre a discricionariedade judicial. A teoria econômica, tal como explico nesse livro, representa uma posição intermediária. De acordo com ela, os juízes exercem e devem exercer a discricionariedade. Esta, porém, deve seguir os ditames de uma teoria econômica aplicada ao direito: a chamada ‘análise econômica do direito’ ou ‘direito e economia’ (*Law and economics*).<sup>11</sup>

A teoria consequencialista propõe que uma decisão, judicial ou administrativa, precisa avaliar as consequências e os resultados que ocasiona na sociedade.<sup>12</sup> Nesse sentido, “uma argumentação consequencialista, por exemplo baseada em critérios avaliativos acerca dos fundamentos plurais da comunidade, pode concluir que é dever e responsabilidade do Estado

<sup>10</sup> Cf. RIEFFEL, Luiz. **O mundo feito**: o consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2006. RIEFFEL, 2006, p.20.

<sup>11</sup> POSNER, Richard. **A Economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. XII.

<sup>12</sup> Assevera Gisele Mascarelli que: O juiz deve confrontar-se com o futuro como cenário de vigência de um conjunto de decisões relativo a uma classe de atividades e situações, decisões cujas consequências agregadas ele não poderá simplesmente ignorar. (O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 161, 2017. Acesso em: 10 ago. 2020. <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/>, p. 142).



o fornecimento de medicamentos.”<sup>13</sup> Trata-se da valoração das consequências da decisão em face das alternativas que ela comporta. Afirma Evandro Valladão sobre o consequencialismo jurídico e a valorização da segurança jurídica que:

O objetivo do novo regramento da LINDB, por conseguinte, consiste na promoção do valor da segurança jurídica, concebida como “um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade”.

De cognoscibilidade, porque o Direito deve ser claro e preciso.

De confiabilidade, porque deve ser estável.

De calculabilidade, para proteger a face da transição do presente para o futuro, garantindo a previsibilidade do Direito.<sup>14</sup>

Toda norma jurídica comporta mais de uma interpretação e, portanto, os argumentos consequencialistas podem ser considerados no processo decisório como argumentos jurídicos em sentido lato. Isso não implica em dizer que está o magistrado autorizado a julgar contra a lei, mas sim dentro da margem conferida pelo próprio ordenamento jurídico. José Renato Nalini assevera que o sistema jurídico forneceu aos juízes um arsenal que lhes permite não se restringir apenas a pacificação dos conflitos e ir além para, ao interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto, avaliar as consequências que vão além do processo.<sup>15</sup>

O consequencialismo propõe que o interprete avalie essas possíveis interpretações em face das consequências econômicas e sociais que pode acarretar. Friedrich Müller, em sua Teoria Estruturante do Direito, também defende que o interprete deve focar-se na concretização do direito a partir do seu âmbito material, que é baseado em dados concretos e do programa

---

<sup>13</sup> MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018. p.514. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3229>. Acesso em: 03 dez. 2020.

<sup>14</sup> VALADÃO, Evandro. O Consequencialismo e as decisões pautadas em valores jurídicos abstratos. **Revista Justiça e cidadania**, 08 set. 2019, v. 229. Disponível em <https://www.editorajc.com.br/o-consequencialismo-e-as-decisoes-pautadas-em-valores-juridicos-abstratos/>

<sup>15</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 246.

normativo, que vem a ser o produto da interpretação. Sobre a concretização do direito ensina Friedrich Müller:

[...] significa, a partir de uma ótica e reflexão realistas, *construção*, da norma jurídica no caso individual a ser decidido, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam crescentemente 'mais concretos' de uma fase a outra. Isso dinamiza ao mesmo tempo o trabalho dos juristas no *eixo norma – caso*, apreende esse trabalho de modo realistas como um processo também temporal: texto narrativa do caso, texto do 'conjunto fatos' profissionalmente reformulado, e textos das normas na codificação, textos do programa da norma e do âmbito da norma, texto da norma jurídica e da norma de decisão (a parte dispositiva da decisão).<sup>16</sup>

Em síntese, ele propõe que a decisão judicial não deve estar desvinculada da realidade fática que visa regular. Desse modo, se coaduna com a corrente consequencialista do direito, que pressupõe que o interprete leve em consideração as consequências econômicas e sociais de sua decisão. Pode-se afirmar que o consequencialismo acaba por incorporar o pensamento político ao processo de interpretação. Há uma substituição do *government by law* para o *government by policies*.

Nesse contexto, ganha relevo principalmente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, vez que esse é o guardião da Constituição, que possui inegavelmente um teor político.<sup>17</sup>

O Consequencialismo também ganha destaque na medida em que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal federal em sede de controle abstrato são dotadas de efeito erga omnes e vinculante, ou seja, impactam em âmbito nacional e na grade maioria dos casos envolvem questões de grande repercussão, econômica, social e jurídica. Tanto é assim que a Lei n.º 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade pe-

<sup>16</sup> MÜLLER, Friedrich. I **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 129.

<sup>17</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

rante o Supremo Tribunal Federal em seu art. 27 acaba por admitir a aplicação da teoria consequencialista ao permitir a modulação dos efeitos da decisão com base nos princípios da segurança jurídica e do relevante interesse público, *in verbis*:

Art. 27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

De igual modo a Lei n.º 9.882/99, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, estabelece em seu art. 11:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

As supracitadas Leis acabam por incorporar ao estabelecerem expressamente a modulação dos efeitos da decisão, a teoria consequencialista, eis que possibilitam ao Supremo Tribunal Federal sopesar os efeitos econômicos e sociais e a repercussão de sua decisão na sociedade. Em outras palavras, possibilita expressamente ao Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional que considere os efeitos da decisão.

Não há negar-se que todas as decisões judiciais produzem consequências na sociedade, ainda mais quando se trata do controle abstrato de constitucionalidade, que são dotadas de efeito *erga omnes e inter partes* e, na grande maioria das vezes, envolvem questões econômicas, políticas e sociais de grande repercussão nacional. Nesse sentido Gisele Mascarelli observa:

Por mais que não possamos ou não queiramos identificá-las, as decisões judiciais têm consequências, reconhecidamente. Exigir dos juízes que se abstenham, na justificação das suas decisões, de considerar as consequências associadas às mesmas e às suas alternativas, significa reservar exclusivamente aos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo essa possibilidade.<sup>18</sup>

Não há negar-se que a teoria consequencialista, ao impor para o intérprete o dever de perquirir os efeitos da decisão, acaba por favorecer a ideia de responsabilidade da decisão. Nesse sentido, vem a reforçar o dever de fundamentar as decisões judiciais já previsto expressamente no art. 93, inc. IX do Texto Constitucional:

Art. 93.....

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Da simples leitura do aludido dispositivo constitucional, verifica-se que a aplicação da teoria consequencialista vem a reforçar o comando nele contido, na medida em que impõe a explicitação das consequências da decisão na sociedade, mas frise-se desde que utilizada com base em elementos empíricos, dados estatísticos e estudos científicos. Ao assim proceder reforça a ideia de responsabilidade das decisões judiciais.

## 2 O consequencialismo jurídico e o princípio da proporcionalidade

A aplicação da teoria consequencialista, ao defender que o intérprete deve examinar todas as alternativas e os resultados advindos da adoção

<sup>18</sup> SALGADO, Gisele Mascarelli. O consequencialismo judicial: uma discussão da teoria do direito nos tribunais brasileiros. *Revista Âmbito Jurídico*, n. 161, p. 161, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-161/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

de cada uma delas na sociedade, acaba por propiciar a aplicação do princípio da proporcionalidade proposto por Robert Alexy, vez que pressupõe o sopesamento das diversas interpretações que o caso comporta.

O princípio da proporcionalidade é dividido em três subprincípios, quais sejam, conformidade ou adequação dos meios, necessidade ou exigibilidade dos meios empregados e proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade). Quanto ao subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios deve o intérprete verificar se, no caso em análise, o meio empregado é apropriado para alcançar a finalidade almejada.

No que se refere ao segundo subprincípio, qual seja, o da necessidade ou exigibilidade, que consiste em saber se o meio escolhido não excede os limites indispensáveis à preservação do objetivo a ser alcançado, busca-se aqui, entre os meios capazes de solucionar o conflito, o meio mais suave, ou seja, aquele que menos agrida o outro direito. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade exige que o resultado alcançado seja proporcional ao meio utilizado. Nesse sentido, ensina Carlos Bernal Pulido:

A ideia de racionalidade do princípio da proporcionalidade se emoldura dentro do âmbito da chamada *racionalidade teórica* dos conceitos jurídicos e se relaciona com a noção de racionalidade lógico-operacional. Como já vimos, esse tipo de racionalidade enfatiza que os conceitos e as argumentações utilizadas pelos teóricos do Direito e pelos tribunais na fundamentação de suas decisões, devem estar providos de um elevado nível de precisão estrutural e de clareza, e devem estar livres de toda contradição. (tradução livre dos autores)<sup>19</sup>

Ao se aplicar o princípio da proporcionalidade na teoria consequencialista evita-se qualquer tipo de arbitrariedade no momento da fundamentação judicial. No entanto, adverte-se que não deve utilizar a teoria consequencialista, bem como o princípio da proporcionalidade, de maneira meramente retórica e mecânica, apenas como uma simples referência. É de extrema relevância que reste demonstrada as razões da tomada

<sup>19</sup> PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 489.

de decisão, quais os efeitos econômicos e sociais gerados, com base em estudos técnicos. É importante que se demonstre na decisão a análise dos problemas, os estudos econômicos, técnicos e científicos e as consequências advindas das interpretações que o caso comporta. Elucidam Fausto Santos e Lucas Zolet que:

Assim, os juízes podem considerar suas decisões em termo das suas consequências, conforme determina a LINDB, mas devem fazer com respeito também às demais normas jurídicas constituídas. Nesse contexto, a argumentação consequencialista deve estar justificada não apenas nos efeitos diretos com o caso individual, deve observar proposições capazes de abranger o requisito da universalidade, bem como ser garantida por um status normativo. (MACCORMICK, 2005, p. 353).<sup>20</sup>

Todavia, fundamentar uma decisão com base na alegação de “grave repercussão econômica, ou “efeito multiplicados, sem estar lastreado em estudos e dados, não é aplica a teoria consequencialistas. Pelo contrário, é decidir com base em elementos retóricos. Deve-se avaliar detidamente os impactos práticos e econômicos da decisão judicial tomada, e assim trazer mais segurança jurídica ao sistema legal, sempre preservando a letra da lei.

Nesse particular, é que se defende a aplicação do consequencialismo nas decisões judiciais que envolvem o direito empresarial, uma vez que os impactos de uma decisão nessa área afetam a economia, as relações comerciais e trabalhistas. Não há negar-se que uma decisão judicial que despreze seus impactos econômicos e sociais, nessa seara, pode levar até ao fechamento de uma empresa.

### 3 O consequencialismo jurídico no direito econômico

De se atentar que a introdução do consequencialismo como parâmetro hermenêutico para as decisões administrativas, de controle e judiciais, ocasionam uma leitura circunstancial que obriga o julgador, no caso con-

<sup>20</sup> MORAIS. Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 4, n. 53, pp. 497-523, 2018. p. 515.

creto, ponderar, não só com fundamento nas normas abstratas, mas também pelas consequências que podem advir de suas decisões.

O Direito econômico, que além de outras circunstâncias, objetiva a regulação de atividades empresariais, mais notadamente na construção da ideia de mercado, seus players e também em questões de concorrência, em razão de seus desdobramentos, podem ser elencados nas decisões judiciais na confrontação de suas consequências.

Pode-se compreender o Direito Econômico como o ramo do Direito que se compõe das normas jurídicas que regulam a produção e a circulação de produtos e serviços, tendo por finalidade o desenvolvimento econômico do país, especialmente no tocante ao controle do mercado interno, a luta e disputa estabelecida entre as empresas, bem como nos acertos e arranjos feitos para explorarem o mercado.

Entende-se por Direito Econômico o conjunto de normas que visam regular as questões concorrenciais, bem como suas distorções, como os monopólios e oligopólios, bem como as fusões e incorporações, tentando impedir a concorrência desleal.

A busca de maior transparência no assunto enfrenta o nefasto efeito da manipulação de preços e mercado pelas grandes corporações. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, as regras de Direito Econômico estão contidas em leis esparsas, destacando-se, entre elas, a Lei Antitruste (Lei 8.884/94) e a Lei de Economia Popular (Lei. 1.521/51). Ainda, O Direito Econômico trata de política econômica e dos agentes participantes desta relação

Há de se salientar que as decisões referentes à política econômica estão atreladas ao posicionamento constitucional adotado concernente à respectiva área, que se compõe dos valores que vêm a ser adotados no Texto Constitucional. Temas como a repressão ao abuso do poder econômico, a concentração empresarial estimulada como estratégia de desenvolvimento, o planejamento econômico, a política monetária, o tratamento legislativo dos juros e a política de preços constituem os principais objetos de estudo desta área do Direito.

Por sua vez, o conjunto de princípios e regras que organizam a ordem econômica constitucional é denominada Constituição Econômica. O

texto constitucional de 1988 trata especificamente da atividade econômica em torno dos artigos 170 a 181, tratando dos princípios gerais, estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, monopólios da União, dentre outros. Também determina ao Estado a função de agente normativo e regulador da Atividade Econômica.

Desta feita, o artigo 174 da Constituição de 1988, o Estado, incumbido do papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, promoverá, dentro da legalidade, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado<sup>21</sup>.

Por fim, pode-se, então, conceituar o Direito Econômico como o ramo do direito que se compõe das normas jurídicas que regulam a produção e a circulação de produtos e serviços, com vista ao desenvolvimento econômico do país jurisdicionado, especialmente no que diz respeito ao controle do mercado interno, a luta e disputa lá estabelecida entre as empresas, bem como nos acertos e arranjos feitos para explorarem o mercado.

Como visto, uma das maiores, senão maior, preocupação do Direito Econômico é a de promover a regulação do mercado. Assim, necessário, por enquanto, a sua conceituação. Por mercado, entende-se a organização na qual os vendedores e os compradores (*players*) promovem relações de comércio, buscando realizar as transações que lhes interessem.

Assim, o “mercado” acontece na ocorrência da união entre os *players*, permitindo que a articulação de um mecanismo de oferta e procura. Kotler explica:

O conceito de troca leva ao conceito de Mercado. Um mercado consiste de todos os consumidores potenciais que compartilham de uma necessidade ou desejo específicos, dispostos e habilitados para fazer uma troca que satisfaça essa necessidade ou desejo. Assim, o tamanho do mercado depende do número de pes-

<sup>21</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)



soas que mostram a necessidade ou desejo, que têm recursos que interessam a outros e estão dispostos e em condição de oferecer esses recursos em troca do que desejam.<sup>22</sup>

Para Samara e Morsch, o mercado acontece sempre que houver o processo de troca:

O processo de troca entre o grupo de produtores/vendedores e os consumidores acontece no ambiente que denominamos de mercado. Esse local de troca, que no passado era geralmente um espaço físico específico e delimitado, como mercado público ou feira, por exemplo, hoje se expandiu e envolve até mesmo o virtual, como o ciberespaço e as compras pela internet. O mercado representa também o conjunto de compradores reais ou potenciais em posição de demandar produtos.<sup>23</sup>

O mundo, desde a antiguidade, pauta-se e desenvolve-se mediante as relações de troca de produtos e serviços. Assim, o mercado é preponderante para a evolução da humanidade, da civilização e da justiça social. Desta feita, é importante salientar que o mercado precisa ser cuidado no sentido de não estar envolto em problemas que possa lhe gerar distorções em suas estruturas e, assim, desviar de sua verdadeira finalidade.

Em suma, portanto, importante tratar das estruturas de mercado, para se entender a importância do Direito Econômico. Fábio Nusdeo aponta cinco formas de estruturas de mercado: concorrência perfeita, concorrência imperfeita ou monopolística, o oligopólio (com o seu correspondente oligopsônio), o monopólio (com o seu correspondente monopsônio) e o monopólio bilateral:

Muito embora não haja separações absolutas, nem compartimentos estanques, podem-se identificar cinco grandes tipos ou estruturas de mercado. São elas: concorrência perfeita, concorrência imperfeita ou monopolística, o oligopólio (com

---

<sup>22</sup> KOTLER, Philip. **Administração de marketing** – análise, planejamento, implementação e controle. São Paulo: Atlas, 1998. p. 18.

<sup>23</sup> SAMARA, Beatriz Santos; MORSCH, Marco Aurélio. **Comportamento do consumidor**- conceitos e casos. Campinas: Pearson, 2005. p. 22.

o seu correspondente oligopsônio), o monopólio (com o eu correspondente monopsônio) e o monopólio bilateral.<sup>24</sup>

Todas estas estruturas citadas por Fabio Nusdeo, com exceção da concorrência perfeita, que é impossível sua ocorrência, representam falhas de mercado que devem ser corrigidas pelo Direito Econômico.

Se assim não ocorrer, havendo a omissão no que se refere ao regulamento e combate às distorções concorrenciais, estará a se proporcionar o Poder Econômico, que se apresenta dentro de um ambiente de mercado e que é de titularidade da empresa que, obedecendo ou não as leis da regulação da concorrência, toma decisões econômicas no sentido de se sobressair perante seu concorrente e não só isso, subjugar a vontade do indivíduo consumidor. Assim explica Carvalhosa:

*Capacidade de opção econômica independente, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais do mercado.*<sup>25</sup>

Tem-se, portanto, que o Direito Econômico está envolto à uma consequência, que é o de regulamentar as relações existentes no mercado no sentido de promover o bem comum. Segundo Lourenzo Mossa, *o direito da economia está, finalmente, no destino da economia para o bem da comunidade nacional.*<sup>26</sup>

Robert Savy apresenta uma definição finalista de Direito Econômico, considerando como:

um conjunto de regras tendentes a assegurar um equilíbrio entre os interesses individuais dos agentes econômicos privados ou públicos e o interesse econômico geral, para um dado momento e numa determinada sociedade.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 212.

<sup>25</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Poder Econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Ed. RT, 1967, p. 2.

<sup>26</sup> MOSSA, Lorenzo. **Diritto Commerciale**. Milano: Societa Editrice Libreria, 1937. p. 51.

<sup>27</sup> SAVY, Robert. **Diritto público econômico**. Lisboa: Notícias, 1984. p. 61.

E continua:

É a finalidade da regra que permite a sua qualificação: será de direito econômico, sempre que o seu objetivo for levar os vários agentes econômicos a tomar em consideração as exigências do interesse econômico geral.<sup>28</sup>

Desta feita, o Direito Econômico, no que se refere ao consequencialismo, representa fator preponderante na tomada das decisões judiciais, administrativas e de controle, haja vista que possui finalidade de assegurar estabilidade e equilíbrio nos interesses dos agentes econômicos públicos e privados.

Nesse sentido, tem-se que o juiz deverá considerar no seu processo decisório os obstáculos e as dificuldades reais do mercado e do empresário, bem como a legislação vigente e os impactos advindos do fechamento dessa empresa para seus funcionários, para administração pública que terá queda de arrecadação, dentre outros elementos.

Ao se aplicar a teoria consequencialista no âmbito do Direito Econômico há que se considerar que muitas vezes as sentenças proferidas pelos magistrados levam em consideração padrões econômicos já existentes e nesse sentido propiciam resultados muito parecidos com os já obtidos no mercado. Nesse particular esclarece Posner:

A hipótese não é a de que os juízes sejam capazes de reproduzir, ou que efetivamente reproduzam os resultados, dos mercados competitivos, mas que, dentro dos limites impostos pelos custos administrativos do sistema judiciário (aos quais se deve atentar em qualquer tentativa de promover a eficiência por meio de normas jurídicas), as decisões judiciais do common law conduzem o sistema econômico a um resultado mais próximo do que seria obtido por intermédio da concorrência efetiva, ou seja, no âmbito de um mercado livre, sem externalidades significativas, monopólio ou problemas de informação.<sup>29</sup>

No Direito Econômico, a atuação do Poder Judiciário acaba por levar em conta as leis do mercado e o sistema econômico vigente no País, atuando muitas vezes como agente político, isso se torna bastante eviden-

<sup>28</sup> SAVY, Robert, op. cit., p. 61.

<sup>29</sup> POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 8.

te nas decisões proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão, José Renato Nalini defende que o juiz deve liberar-se dos limites de um agente estatal apegado e submisso à letra de lei, para assumir a consciência de seu papel social.<sup>30</sup>

## Conclusões

A teoria consequencialista, introduzida pela Lei n.º 13.655/18 no nosso ordenamento jurídico, visa a evitar decisões judiciais, administrativas e de controle baseadas exclusivamente em valores abstratos. Seu propósito é proporcionar segurança jurídica a essas decisões na medida em que propõe que o intérprete leve em consideração as consequências fáticas de sua decisão, seu impacto econômico, social, político, dentre outros.

No entanto, impõe que essa decisão não seja baseada também em subjetivismos, mas sim em estudos técnicos, dados estatísticos que possam balizar essa interpretação. Nesse sentido, reforça o dever previsto na Constituição Federal de 1988 de as decisões judiciais serem motivadas, sob pena de nulidade. De outra parte, traz maior responsabilidade e transparência para essas decisões.

A aplicação do consequencialismo jurídico no âmbito do Direito Econômico se mostra bastante adequado, na medida em que essa seara do Direito, leva em consideração as regras do mercado, e nesse sentido, não poder o Poder Judiciário, descurar, nessa seara, dos impactos advindos de uma decisão judicial para as empresas, o mercado, os trabalhadores e a sociedade em geral. A sociedade diante de um conflito sempre se socorre do Poder Judiciário.

Todavia, o emprego do consequencialismo jurídico não pode ser ilimitado, sua aplicação não pode jamais se basear em subjetivismo, conjecturas ou intuições, é imprescindível que sua aplicação esteja calcada em estudos técnicos, dados empíricos e informações científicas. De igual modo a letra da lei deve ser sempre respeitada.

---

<sup>30</sup> Cf. NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 282.

## CAPÍTULO 11

### ***Business judgment rule e erro grosseiro no TCU***

*Fabiano Augusto Martins Silveira*

*Sergio Freitas de Almeida*

#### **Introdução**

Este texto tem por objetivo trazer à discussão dois temas que se inter-relacionam e que adquiriram relevância na jurisprudência recente do Tribunal de Contas da União (TCU): *i*) a teoria da *business judgment rule*, e sua recepção pela Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.); e *ii*) as mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) inseridas pela Lei 13.655/2018, especialmente em relação ao exame das circunstâncias em que os atos de gestão são praticados (art. 22) e à extensão atribuída pelo TCU ao conceito de “erro grosseiro” (art. 28).

O tema é de suma importância, uma vez que, ao examinar os acórdãos do Tribunal administrativo que imputam responsabilidades aos gestores públicos, percebe-se que o fazem com base em critérios amplos, tais como “interesse público”, “moralidade” e “administrador médio”. Assim, tanto a aplicação da regra da *business judgment rule*, quanto uma definição mais precisa do que seja o erro grosseiro são fundamentais para que se promova a segurança jurídica, no sentido de se dar maior previsibilidade à boa atuação dos gestores públicos, que podem exercer suas atribuições sem o receio de, mais tarde, verem seus atos revistos com base em critérios nem sempre claros e objetivos.

## 1 O controle externo no direito brasileiro

Inicialmente, para que se entenda a importância do tema, cabe situar como – e com base em quais critérios – é feito o controle externo dos entes estatais pelo Tribunal de Contas. O art. 70 da Constituição Federal fixou parâmetros para a realização do controle externo da União, e demais entidades da administração direta e indireta, pelo Congresso Nacional – com auxílio do Tribunal de Contas da União –, são eles: legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão, e das despesas deles decorrentes. O art. 1º, § 1º, da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) confirmou esses mesmos critérios ao definir a competência de fiscalização do Tribunal. Todavia, trata-se de parâmetros abrangentes cujos limites têm sido estabelecidos na doutrina e jurisprudência.

O primeiro aspecto é a legalidade, que diz respeito ao cumprimento das normas aplicáveis ao caso concreto. Seria a observância da formalidade e materialidade do ato de gestão<sup>1</sup>. Para Carlos Alexandre Rocha, “esse controle pressupõe que o exato cumprimento da lei é uma condição necessária para a correta aplicação dos recursos públicos, ou seja: verificar se o gestor agiu conforme a legislação, se seus atos estavam respaldados nas normas aplicáveis”<sup>2</sup>.

O segundo critério é a legitimidade. Aqui, além da legalidade, o ato deve ser analisado sob a ótica dos valores e crenças da sociedade. Diz respeito sobretudo às ideias que circundam a noção de interesse de interesse público: impessoalidade, moralidade e finalidade do ato. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes explica que: “a legitimidade no plano jurídico é o atributo do ato que se conforma com a pretensão da lei, guarda conformidade com a forma, com seu objetivo”, extrapolando, assim, a mera legalidade, para assumir uma “feição ética, o agir virtuoso, a efetivação do bem e da Justiça”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

<sup>2</sup> ROCHA, C. Alexandre Amorim. Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União. **Rev. Inf. Legisl.**, Brasília, a. 40, n. 157, jan./mar. 2003.

<sup>3</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunal de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Suchman usa definição semelhante. Para ele, o controle de legitimidade confunde-se com “uma percepção generalizada ou suposição de que as ações são desejadas, próprias ou apropriadas dentro de algum sistema de normas, valores, crenças e definições socialmente construído”<sup>4</sup>.

A legitimidade é atributo inerente ao próprio ato administrativo, que se pressupõe verdadeiro e legal. Essa presunção, no entanto, é relativa, podendo ser o ato contestado à condição de quem o colocou em xeque provar o alegado<sup>5</sup>.

O terceiro critério é o da economicidade, que impõe uma análise da eficiência dos gastos efetuados com determinado projeto. No caso do setor público, essa análise não se limita ao aspecto puramente econômico-financeiro, pois, como destaca Paulo Soares Bugarin, envolve o “processo de avaliação das decisões públicas sob o prisma da análise de seus custos e benefícios para a sociedade, ou para a comunidade a que se refere”<sup>6</sup>.

Há relativo consenso na doutrina a respeito desse conceito. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o controle da economicidade deve envolver “questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício”<sup>7</sup>.

Onofre Alves Batista Júnior<sup>8</sup> vai além, entende que a melhor solução não é que acarreta menor custo, ou a que traz maior benefício para o usuário final, mas, sim, aquela solução que considera a “complexidade e multiplicidade dos fins que o estado busca”. Por este motivo, conclui que

---

<sup>4</sup> Tradução livre de: “Legitimacy is a generalized perception or assumption that the actions of an entity are desirable, proper, or appropriate within some socially constructed system of norms, values, beliefs, and definitions.” SUCHMAN, M. C. *Managing legitimacy: strategic and institutional approaches*. *Academy of Management Review*, v. 20, n. 3, 1995.

<sup>5</sup> Cf. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

<sup>6</sup> BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 936.

<sup>8</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

não existe um molde a ser utilizado em cada caso concreto, pois cada situação exige a análise de múltiplas necessidades e variáveis.

Lucas Rocha Furtado aduz que, na verdade, o controle deve ser feito de forma contrária, identificando apenas os casos em que os gestores públicos tenham adotado soluções “absurdamente antieconômicas”, pois ilegítimas, já que não considera factível exigir soluções ideais dos administradores (eficiente, eficaz e efetiva)<sup>9</sup>.

No TCU, a jurisprudência vai no mesmo sentido: determina que a adequada análise da economicidade seja feita pela correspondência entre o gasto público e os efeitos dele resultantes, segundo o critério de razoabilidade<sup>10</sup>.

Conclui-se, portanto, que os três parâmetros – legalidade, legitimidade e economicidade – utilizados na avaliação da regularidade dos atos praticados por administradores públicos não esgotam o problema. Para uma adequada análise acerca de possíveis responsabilizações, é preciso, também, levar em conta todas as circunstâncias em que os atos foram praticados e a sua gravidade. Esta é a razão pela qual a perspectiva da *business judgment rule* comparece ao debate sobre a regularidade dos atos de gestão das empresas.

A mudança na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro projeta-se nessa mesma senda, isto é, a ampliação dos critérios de análise da regularidade de atos jurídicos. O intuito é o de conferir maior previsibilidade e segurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal e permitir que o administrador público íntegro, capaz e bem intencionado possa agir de forma inovadora, sem que venha a ser injustamente responsabilizado por eventuais erros que, de boa-fé, possa cometer.

---

<sup>9</sup> FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

<sup>10</sup> *Vide* o Acórdão 972/2018 – TCU, Relatora Ministra Ana Arraes: “O exame da economicidade deve sopesar os custos e os resultados para a sociedade, tendo como parâmetro as alternativas disponíveis no momento da decisão quanto ao emprego de recursos públicos.”



## 2 *Business Judgment Rule*

### 2.1 *Conceito*

A *business judgment rule*<sup>11</sup> (usualmente traduzida como regra de decisão negocial), pode ser entendida como uma regra ou padrão (*standard*) destinado a proteger a tomada de decisão dos administradores de companhias.

Segundo Nascimento, a regra exige a análise de dupla perspectiva: a dos modelos de conduta (*models of conduct*) e a dos padrões de revisão (*standards of review*). Os modelos de conduta são recomendações para a atuação dos administradores diante de situações corriqueiras da atividade empresarial, enquanto os padrões de revisão são parâmetros utilizados pelo judiciário para que se permita, a partir daí, rever os atos e apontar possíveis responsabilidades<sup>12</sup>.

A atenção, portanto, estaria voltada mais para o processo decisório em si – *reasonable decision-making process* (processo decisório bem informado) – do que com o mérito da decisão, seguindo os seguintes princípios:

- (i) da decisão bem informada: aquela tomada com base em informações, documentos, análises e assessoria técnica especializada;
- (ii) da decisão refletida: aquela tomada após exame das alternativas disponíveis; e

---

<sup>11</sup> A Origem da regra se deu no Direito Norte-americano, em 1829, no caso *Percy v. Millaudon*. Depois, em 1847, apareceu no julgamento do caso *Godbold v. Branch Bank, e*, na sequência, entre 1850/1853, na suprema corte de *Rhode Island*. Os fundamentos da regra constam na Seção § 4 .1 © dos princípios da Governança Corporativa. – SABONGI, Camila Martinelli e HENTZ, Luís Antônio Soares. *Business Judgment Rule no Direito Societário Brasileiro*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 73, jul./set. 2016.

<sup>12</sup> NASCIMENTO, João Pedro B. do. Regra do julgamento do negócio (*business judgment rule*). In: SILVA, Alexandre Couto (coord.). **Direito societário: estudos sobre a Lei de Sociedades por Ações**. São Paulo: Saraiva, 2013.

(iii) da decisão desinteressada: aquela que não tem conflito de interesse e não acarretou benefício ao gestor, nem à pessoa ligada a ele<sup>13</sup>.

Presume-se daí que, os administradores, ao tomarem uma decisão empresarial, agiram com os conhecimentos e informações adequadas e de boa-fé, acreditando que ela atenderia aos interesses da empresa. Os atos de gestão, portanto, só poderiam ser revistos sob a perspectiva estritamente legal, mas não por seu dinâmico conteúdo.

Por essa linha de raciocínio, as decisões adotadas pelos administradores não poderiam ser revisitadas pelos tribunais, nem sujeitá-los à responsabilização, ainda que, posteriormente, não se revelem as mais adequadas. A ideia é que os gestores façam escolhas em prol da companhia, sem medo de incorrer em erros, pois o risco é essencial à atividade empresarial. Se esses atos puderem ser revistos – em seu mérito – pelo judiciário, haveria um considerável incremento do risco já inerente à atividade empresarial, com o desagradável resultado de desencorajar os gestores.

Como se percebe, a regra aqui discutida coloca-se necessariamente em uma dimensão cronológica. O *antes*, isto é, o momento em que as decisões foram tomadas com base no estoque de informações disponíveis; e o *depois*, isto é, os limites impostos à possível revisão daquelas decisões para efeito de responsabilização dos gestores.

Por outras palavras, a *business judgment rule* nada mais é do que uma regra pragmática de prudência segundo a qual o acerto das decisões de gestão deve ser considerado sobretudo em perspectiva (*para frente*), e não retrospectivamente (*para trás*).

Fosse possível uma ampla revisão do processo de tomada de decisões a partir dos resultados postos, a instância revisional, qualquer que seja ela, teria descomunal vantagem sobre o gestor. Atuaria na mais cômoda das posições, ao passo que o gestor ficaria premido não só pelo futuro, mas também pelo passado.

---

<sup>13</sup> NASCIMENTO, João Pedro B. do. Regra do julgamento do negócio (business judgment rule). In: SILVA, Alexandre Couto (coord.). **Direito societário**: estudos sobre a Lei de Sociedades por Ações. São Paulo: Saraiva, 2013.

## 2.2 A regra no Direito brasileiro

No Brasil, a *business judgment rule* foi inicialmente acolhida pelo art. 159, § 6º, da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.), considerando que esta norma prevê a possibilidade de ser excluída a responsabilidade do Administrador quando o juiz tiver convicção de que agiu de boa-fé e visando o interesse da Companhia<sup>14</sup>.

Ainda no mesmo diploma, o art. 158, e seus parágrafos, complementa a matéria, reafirmando que o Administrador não será pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair – em nome da sociedade – quando em ato regular de gestão. Além disso, ensaia alguns critérios objetivos para determinar em que momentos se daria essa possível responsabilização. No âmbito do Poder Judiciário, não é frequente o uso nominal da regra. Em uma pesquisa no site do STJ, apenas a título de ilustração, não foi encontrado nenhum julgado para o termo de pesquisa “*Business judgment rule*” (nem para o seu termo em português “regra de decisão negocial”). Já na pesquisa feita para o art. 159 da Lei das S.A., o resultado mostrou 4 (quatro) Acórdãos.

Um deles foi o Recurso Especial nº 810.667, julgado pelo STJ em 2008. Segundo Brigagão, é o caso que mais se aproximou do padrão (*standard*) de revisão da *business judgment rule*.<sup>15</sup>

De acordo com o voto do Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros, não se pode punir o Gestor que, agindo de boa-fé e com objetivo de lucro, tenha se equivocado em suas premissas e causado dano à Companhia, quando, à época do ato, a estratégia não parecia um equívoco.

Para o Autor, a regra não foi completamente recepcionada pelo §6º do art. 159 da Lei das S.A. A legislação brasileira traz apenas duas possibilidades para exclusão de responsabilidade dos gestores: a boa-fé e a atu-

<sup>14</sup> SABONGI, Camila Martinelli. HENTZ, Luís Antônio Soares. Business Judgment Rule do Direito Societário Brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 73, jul./set. 2016.

<sup>15</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A Business Judgment Rule no Direito Brasileiro: A Problemática da Recepção da Regra pela Lei das S.A. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, RDB, v. 74, out./dez. 2016.

ação no interesse da companhia. Já a *business judgment rule* é mais ampla, possui 4 (quatro) elementos: a ocorrência de uma decisão negocial; desinteresse e independência, ou seja, que o gestor não tenha obtido benefício próprio em virtude do ato; diligência; e boa-fé.<sup>16</sup>

Este fato, contudo, não tem impedido sua utilização ampla no direito brasileiro, notadamente em processos julgados na CVM e no próprio Tribunal de Contas da União (conforme se verá na sequência). Mas, o que se percebe é: ao contrário do que ocorre no judiciário, o termo “*business judgment rule*” é usado sem que se faça referência direta ao art. 159 da Lei das S.A.

### 2.3 A incorporação da *Business judgment rule* pelo TCU. O caso do Banco do Brasil

Saindo do âmbito da aplicação da regra nas empresas particulares, e passando a analisar sua aplicação nas decisões relacionadas às entidades da administração pública indireta, (mais precisamente: sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias), nos últimos anos, o TCU vem admitindo suas limitações ao julgar os atos praticados por empresas estatais no exercício de sua atividade-fim, especialmente quando voltadas ao lucro.

Ao reconhecer que não possui a mesma capacidade que os administradores para comandar uma empresa, o Tribunal tem utilizado a regra da *business judgment rule* de forma a presumir a expertise dos dirigentes de empresas estatais e abster-se de revisar seus atos negociais<sup>17</sup>. Isso demonstra preocupação com qualquer interferência indevida que possa dificultar a atuação das empresas estatais no domínio econômico.

---

<sup>16</sup> BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A Business Judgment Rule no Direito Brasileiro: A Problemática da Recepção da Regra pela Lei das S.A. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, RDB**, v. 74, out./dez. 2016.

<sup>17</sup> Vide Acórdão 2546/2017-Plenário. (Relator: Ministro Vital do Rêgo) e Acórdão 3052/2016-Plenário. (Relator: Ministro Benjamin Zymler e Acórdão 2824/2015.

Em decisão recentíssima do Plenário do TCU, foram julgadas as Representações TC 009.180/2019-2 e TC 009.114/2019-0<sup>18</sup>, apresentadas, respectivamente, pelos Senadores da República e pelo Ministério Público contra o BANCO DO BRASIL S.A. Em apertada síntese, o caso tratou da suspensão da campanha publicitária do BB, denominada “*selfie*”, que foi retirada de circulação logo após sua primeira divulgação.

Decidiu-se, por unanimidade, que não restou comprovado prejuízo à instituição financeira, em decorrência do ato de suspensão da peça publicitária, que pudesse justificar a alegação de prática antieconômica por parte dos gestores (Acórdão nº 1119/2020). Destacam-se trechos do parecer técnico:

94. Dessa forma, diante de tais óbices – previsíveis – à caracterização última de prejuízo, não foram reunidos no processo elementos de conduta do Presidente do Banco que possam atrair enquadramento como prática de ato antieconômico, mormente dada a ausência de danos econômicos observáveis que afetem o patrimônio da instituição.

[...]

107. Desta feita, propõe-se considerar insubsistentes as alegações dos representantes no sentido da prática de ato de gestão antieconômico supostamente cometido contra os interesses do Banco pela sua gestão, em decorrência da suspensão da campanha publicitária sob análise, mormente pela ausência de danos econômicos observáveis que reflitam no patrimônio da instituição.

Reconheceu-se, porém, que não foram observadas formalidades no ato decisório que suspendeu a campanha, o que desnuda a vulnerabilidade normativa do Banco do Brasil, pois as resoluções internas são silentes quanto à necessidade de registrar o processo de tomada de decisão da Diretoria Executiva. Destaca-se o trecho a seguir:

Ademais, há indicativos de que, apesar de se avaliar razoável a consideração de que os motivos para decisão de suspensão

---

<sup>18</sup> As referidas representações foram apensadas e julgadas conjuntamente por tratarem do mesmo objeto.

da Campanha são preexistentes e que essa decisão foi tomada em caráter de urgência – sendo a motivação apresentada a posteriori, por provocação –, tendo em vista as circunstâncias apresentadas, isso não elide o dever e responsabilidade do gestor em **formalizar previamente os motivos** de todos os atos administrativos de sua competência (motivação do ato administrativo), com exceção dos casos em que a lei expressamente dispensar a motivação, o que demanda, no mínimo, a proposição de ciência ao Presidente do Banco pela impropriedade verificada (parágrafos 119-129).

Isso demonstra que o TCU exerceu o dever de cautela ao adentrar em análises de atos decisórios dos dirigentes de Empresas da Administração indireta. Revelando, também, maturidade no exercício do controle externo.

A recomendação técnica, contudo, ao tratar da ausência de formalização da motivação, apontou para a necessidade de formalidades para a aplicação da *Business Judgment rule*, inclusive transcrevendo os critérios que devem ser observados para que um processo decisório seja bem informado. Destaca-se importante trecho do parecer:

124. A definição das instâncias adequadas de governança e de regras específicas para tomada de decisão com base em informações razoavelmente necessárias são importantes não só para Companhia, mas também para isenção ou atenuação da responsabilidade do administrador em caso de insucesso em alguma operação societária.

125. Isso deriva da aplicação da regra de decisão negocial (*business judgement rule*), que passou a ser frequentemente invocada pelos administradores em processos da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), mas, muitas vezes, sem conseguir demonstrar qualquer tipo de procedimento adotado para a tomada de suas decisões (voto do Diretor Gustavo Gonzalez, Processo Administrativo Sancionador CVM Nº RJ2016/7961, p. 20, item 84).

126. Em julgamentos sobre a responsabilização de gestores, o TCU vem utilizando a regra da decisão negocial, desde que o administrador siga os seguintes princípios (Acórdãos 2824/2015 e 1839/2018, Rel. Min. José Mucio Monteiro;

2546/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo; 3052/2016, Rel. Min. Benjamin Zymler, todos do Plenário do TCU): ‘i) decisão informada: decisão na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação;

ii) decisão refletida: a decisão tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e

iii) decisão desinteressada: decisão que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os *standards* do dever de lealdade (*duty of loyalty*).’

**127. Um ato sem motivação prévia somente poderá ser efetivado em caráter excepcional**, devendo ser irrefutável o motivo que lhe deu ensejo, principalmente porque, em termos pragmáticos, assumir postura permissiva sem tais observações teria por consequência também assumir o risco de que, recorrentemente, atos administrativos sejam efetivados sem a correspondente motivação, já que as melhores justificativas poderiam ser pensadas e dadas somente por provocação. Frise-se que isso também acabaria por ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos corolários do princípio do devido processo legal, no caso em que haja pessoa lesada por determinado ato. (grifo nosso).

O Parecer foi claro ao afirmar que a tomada de decisões balizada em informações é necessária para isentar, ou atenuar, a responsabilidade

dos gestores em caso de resultado não favorável, de acordo com a *business judgment rule*. Apenas em casos excepcionais poderia o gestor agir sem prévia motivação formalizada.

No caso em tela, o TCU entendeu que, conforme alegado pelo Representado (Banco do Brasil), a decisão foi tomada em caráter de urgência, o que acabou por suprimir alguns deveres de informação. Segundo o Acórdão, os atos não acarretaram prejuízos aferíveis e foram tomados em prol da companhia. Destaca-se o trecho a seguir:

128. Especificamente quanto ao incidente tratado neste processo, vislumbra-se que dois fatores tendem a atenuar uma possível falta na conduta da gestão do Banco nesse sentido — mas que não o eximem da responsabilidade de formalizar/documentar os motivos dos atos administrativos por ela praticados. O primeiro diz respeito ao fato de que o relatório do pré-teste da Campanha, realizado pelo Instituto de Pesquisas Datafolha, concluiu que a linguagem das peças publicitárias não conversava com o público mais idoso, ainda fazendo alerta de que dever-se-ia tomar cuidado com sua representatividade (peça 115, p. 47). Tal concretização probatória de motivos (e anterior ao ato), em certa medida, pode corroborar o que dispôs o presidente do Banco com vistas a justificar a suspensão das ações (apontando-se para uma preexistência dos motivos, vide parágrafos 102 e 103. O segundo fator se refere à conclusão de que, diante da situação fática descrita pelo Banco, considera-se racionalmente cabível o entendimento pela urgência da decisão tomada pela sua presidência (vide parágrafos 98-100). 129. Por todo o exposto, importa a esta Corte, no mínimo, dar ciência à presidência do Banco do Brasil de que todos os atos administrativos praticados pela gestão da instituição devem ser devidamente suportados por motivação prévia, exceto nos casos em que a lei expressamente dispensá-la, consoante será proposto.

Todavia, não se esquivou em exercer o dever de recomendar certas condutas para controle interno da Companhia, em decorrência do princípio da transparência e da *accountability*, para que haja respeito ao processo decisório bem informado e uso posterior da *business judgment rule*.

Desse modo, a não ser que seus juízos se mostrem absolutamente desarrazoados, em claro descumprimento dos deveres de diligência, não



parece que o TCU pretenda revê-los. Agir de outro modo descaracterizaria a natureza dos atos de gestão praticados pelos entes públicos, prejudicando, inclusive, seu desempenho econômico.

### **3 As mudanças trazidas pelos arts. 22 e 28 da LINDB na jurisprudência do TCU. O problemático conceito de “erro grosseiro”**

Por outro ângulo, as alterações promovidas pela Lei 13.655/2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), também trouxeram grandes avanços para a solução de processos de responsabilização dos agentes públicos no TCU. O novo art. 22 da LINDB, por exemplo, afasta a tendência de se realizar análises *ex post* dos fatos ao estabelecer que é preciso considerar os obstáculos e as dificuldades enfrentadas pelo agente público no momento da tomada de decisão.

O art. 22 é especialmente relevante quando se analisam obras ou operações que se desenvolvem por períodos longos, uma vez que são concebidas com base nas percepções, expectativas e previsões que os envolvidos possuíam na fase inicial de planejamento, momento em que muitas decisões são tomadas.

Como se diz, “*hindsight is the best sight*” (a visão retrospectiva é a melhor visão). Ou seja, olhando para trás, é possível entender o que deveria ter sido feito ou o que causou determinado evento. Este é um problema comum nas análises feitas *a posteriori*, pois conhecidos os fatos e suas consequências, será sempre mais fácil apontar o que deveria ter sido feito.

Marçal Justen Filho explica que uma abordagem desse tipo – *a posteriori* – deve ser evitada, pois não se pode exigir do gestor o “dom sobre-humano do conhecimento do futuro”.<sup>19</sup> Ademais, entende que o TCU não pode afirmar que o resultado negativo era previsível, já que, no momento em que a decisão foi tomada, existiam diversas previsões e fatos contradi-

---

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

tórios que, após análise, levaram o Gestor a tomar a decisão. Decisão esta que poderia ter dado certo, mas, infelizmente, deu errado.

O Tribunal, em algumas deliberações, reconhece que essa abordagem *a posteriori* pode ser inadequada para julgar a conduta de gestores públicos<sup>20</sup>. No entanto, é muito mais frequente na jurisprudência do TCU a condenação de gestores por escolhas que, no momento em que foram feitas, pareciam acertadas, mas que depois tiveram consequências negativas.

Conforme anotado por Eduardo Jordão, “Estes gestores podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores. Mas, sendo estas suas medidas razoáveis, eles merecem alguma proteção do direito”.<sup>21</sup>

Já o art. 28 da LINDB impõe a necessidade de se aferir o elemento subjetivo do agente público nos processos de responsabilização pessoal, de forma a somente permitir que isso aconteça em caso de dolo, ou erro grosseiro, não bastando a ilicitude da conduta, o dano e o nexa causal.

Esse mesmo entendimento foi trazido com a publicação do decreto nº 9.830/2019, que limita a responsabilização dos agentes públicos por suas “decisões ou opiniões técnicas” aos casos em que seja comprovado o dolo – ou seja, uma ação consciente dirigida à prática de um ilícito – ou o erro grosseiro.

O Acórdão 2860/2018-Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Sherman, registrou que o TCU tem procurado estabelecer contornos mais precisos sobre o que considera “erro grosseiro”. Nesse julgamento, o Ministro Bruno Dantas apresentou voto ressaltando que o erro grosseiro é aquele cometido com negligência extrema, imperícia ou imprudência

---

<sup>20</sup> Vide Acórdão 1927/2014-Plenário: “[...] não ignoro o fato de que a aquisição de empresas é, por natureza, atividade que envolve riscos. Maus negócios são, por vezes, realizados e impõem prejuízos a empresas que integram a Administração Indireta, sem que daí se possa cogitar da responsabilização de nenhum gestor.

<sup>21</sup> JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

extraordinárias. O mesmo parâmetro – em relação ao alcance do conceito de culpa grave – foi adotado em outro importante julgado.<sup>22</sup>

Portanto, o TCU tem equiparado o erro grosseiro à culpa grave, estabelecendo que se trata de uma série de inobservâncias do dever de cuidado<sup>23</sup>. Para aferi-las, deve ser utilizado como critério a comparação da conduta do agente público com aquela que seria esperada de um “administrador médio”<sup>24</sup>. Aqui, encontramos outro ponto sensível para a segurança jurídica: como delimitar um conceito amplo (erro grosseiro) com outro termo genérico (administrador médio)?

Juliana Bonacorsi de Palma critica esse critério do “administrador médio” adotado pelo TCU para avaliar a conduta dos gestores públicos<sup>25</sup><sup>56</sup>. Ela define que a métrica utilizada pelo TCU é “pitoresca”, pois é feita uma comparação entre o comportamento avaliado e o molde do que seria considerado o Administrador Médio. Caso o comportamento não se encaixe, a conduta é responsabilizada.

Ainda, segundo a autora, as características usadas pelo TCU para construir esse molde são:

Mas quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurí-

<sup>22</sup> Vide Acórdão 2391/2018 – Plenário, relatado Ministro Benjamin Zymler.

<sup>23</sup> COSTA, Camila Batista Rodrigues. A definição do conceito de erro grosseiro pelo Tribunal de Contas da União. **Informativo Justen**, Pereira, Oliveira & Talamini, Curitiba, n. 144, fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 30 jul. 2020.

<sup>24</sup> Vide Acórdão 1628/2018-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler) e Acórdão 2860/2018-Plenário (Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman).

<sup>25</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018#:~:text=Mas%20quem%20%C3%A9%20o%20administrador,1781%2F2017%3B%20Ac>. Acesso em: 03 ago. 2020.

dicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010).

O TCU, após a edição da Lei 13.655/2018, já vem tentando impor balizas mais contundentes sobre o que caracterizaria um “erro grosseiro” digno de responsabilização. Existe um número expressivo de acórdãos que visam estabelecer com maior precisão e objetividade o alcance do termo<sup>26</sup>.

Mas, é preciso destacar, que o próprio Decreto nº 9.830/2019 impôs alguns limites legais para a aplicação do erro grosseiro. O diploma exige algo mais substancial do que a mera culpa, devendo sua comprovação ser categórica, não se admitindo a presunção, conforme dispõe o § 2º do art. 12.

Ainda, o § 5º, do mesmo artigo, é categórico ao afirmar que o montante do dano causado ao erário, ainda que expressivo, não poderá, *per se*, ser o elemento subjetivo que caracterize dolo ou erro grosseiro.

O Decreto 9.830/2019 também trata de tema controvertido, que é a responsabilidade do gestor por ato praticado com base em parecer técnico, que, com certa frequência, resultava em punição. Com a edição da norma, a responsabilização só pode ocorrer se houver erro grosseiro constante no parecer, ou se se confirmar algum conluio entre os agentes públicos<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Vide Acórdão 2681/2019-Primeira Câmara (Relator Ministro Benjamin Zymler); Acórdão 1941/2019-Plenário (Relator Ministro Augusto Nardes); Acórdão 2699/2019 – Primeira Câmara (Relator Ministro Vital do Rêgo) e Acórdão 2677/2018-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler).

<sup>27</sup> AGUIAR, Andrei. **A responsabilização de agentes públicos no TCU sob a perspectiva do novo Decreto 9830/19**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/305081/a->

Aqui cabe um adendo para explicar um aspecto importante do entendimento do TCU acerca do alcance do elemento subjetivo exigido pelo art. 28 da LINDB. Para o Tribunal, a exigência da caracterização do dolo ou de erro grosseiro (culpa grave), para responsabilizar o gestor, só abrangeria as imposições de sanções (multa ou inabilitação para ocupar cargo em comissão ou função de confiança), não sendo relevante nas hipóteses de ressarcimento de danos ao erário.<sup>28</sup>

Neste caso, o Plenário decidiu que, para fins de ressarcimento do dano causado ao erário, deve ser observado o §6º do art. 37 da Constituição Federal, que não contempla qualquer gradação no elemento subjetivo que ensejaria o dever de ressarcir – ou seja, não estão excluídas as culpas leve ou média –, não se aplicando, portanto, o art. 28.

Joel Niebuhr contesta essa interpretação<sup>29</sup>. Entende que, apesar do dispositivo constitucional não prever gradação, não há qualquer empecilho que lei ordinária discipline o assunto, inclusive para nivelar os tipos de culpa. Além disso, afirma que o referido dispositivo trata de danos causados pelos agentes públicos à terceiros, não à própria administração.

Por fim, afirma que o STF já decidiu, no julgamento do MCMS 35.410/DF, que o TCU não tem competência para agir em controle de constitucionalidade.<sup>30</sup>

## 4 Conclusão

A *business judgment rule*, apesar de existir há mais de um século nos EUA, só foi *timidamente* incorporada ao Direito brasileiro em 1976, com a edição da Lei das S.A. Mesmo assim, referida norma não abran-

---

-responsabilizacao-de-agentes-publicos- no-tcu-sob-a-perspectiva-do-novo-decreto-9830-19. Acesso em: 26 jul. 2020

<sup>28</sup> Vide Acórdão 2391/2018-Plenário, de 17/10/2018 (Relator: Ministro Benjamin Zymler).

<sup>29</sup> NIEBUHR, Joel. **O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU**. Disponível em <https://www.zenite.blog.br/category/categoria-licitacao>. Acesso em: 03 ago. 2020.

<sup>30</sup> O TCU continua aplicando esse entendimento, tratando o elemento subjetivo de duas maneiras a depender da responsabilização. Vide Acórdãos: 2768/2019-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler) e 5547/2019- Primeira Câmara (Relator Ministro Benjamin Zymler).

ge todos os elementos conceituais inerentes à regra. Além disso, nas decisões que tratam nominalmente da regra, não é feita associação ao §6º do art. 159 da Lei das S.A., como se nota nas deliberações do TCU e CVM.

Apesar da incorporação da regra pelo direito brasileiro ser considerado um avanço, no que diz respeito à liberdade de decidir dos gestores, ainda é muito comum no TCU condenações guiadas por uma visão inapropriada e excessivamente rigorosa, independentemente da boa-fé dos gestores e da sua atuação em conformidade com os requisitos previstos na Lei das S.A.

Por sua vez, as mudanças que ocorreram na LINDB tiveram um importante reflexo nos julgamentos realizados pelo TCU, ainda que o Tribunal tenha feito “dividido” a aplicação do art. 28 no que tange ao erro grosseiro (culpa grave), utilizando a gradação do elemento subjetivo apenas quando se trata de sanção e excluindo os casos de ressarcimento (hipótese na qual lançou mão de uma interpretação mais conservadora do §6º do art. 37 da CF).

Mas, conforme demonstrado, ainda há uma nuvem cinzenta na definição do que seria “erro grosseiro”, mesmo que o Decreto nº 9.830/2019 tenha trazido alguns limites legais nesse sentido. Nota-se, da parte do TCU, a tendência de estabelecer limites mais precisos e objetivos à definição de “erro grosseiro”, embora incluindo nesse problemático conceito muitas hipóteses de atos e condutas que acabam por esvaziar seu significado.

Uma melhor delimitação do conceito de “erro grosseiro” é essencial para garantir maior segurança jurídica aos gestores. No caso dos administradores de empresas estatais, o fato de não terem obtido êxito em algum empreendimento, ou realizado operações que resultaram em prejuízo, não deveria acarretar a obrigação de indenizar, desde que tenham procedido de acordo com os padrões de conduta deles esperados: decisão informada, refletida e desinteressada. Caso contrário, como efeito reflexo, o Tribunal pode desestimular o exercício do cargo por pessoas íntegras e devidamente capacitadas.

Por fim, se entende que bons passos foram dados, tanto pelo legislativo, quanto pelo judiciário, para que se diminua a insegurança jurídica

e a falta de previsibilidade para os atos de gestão exercidos pelos dirigentes de empresas estatais. Contudo, ainda há muita rigidez nas decisões tomadas pelos órgão de controle, desencorajando, assim, bons gestores de assumir riscos inerentes à atividade e tornando o cargo de administrador de empresa estatal uma profissão de risco.





## CAPÍTULO 12

# **Investimento anjo como alternativa para o desenvolvimento econômico: uma análise da proteção jurídica dada ao instituto pelo ordenamento brasileiro**

**Angel investment as an alternative for economic development: an analysis of the legal protection given to the institute by the brazilian law**

*Bruno Dantas*

*Gláucia Bertocchi Faria Berg*

**Resumo:** O presente capítulo tem como objetivo apresentar a figura do investimento anjo como alternativa para viabilizar a realização de investimentos privados em atividades empreendedoras e, portanto, de grande importância para o fomento da economia nacional. Buscou-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica, identificar o perfil de investimento como uma forma para o desenvolvimento ou incremento no âmbito das *startups*. A análise proposta apresentará alguns aspectos da regulação do investimento anjo no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei Complementar nº 155/2016 e a criação do contrato de participação. Ademais, propõe-se comparar este tipo de investimento com a sociedade em conta de participação, outra estrutura já disciplinada e prevista na legislação em vigor e com potencial de equacionar os interesses dos sujeitos envolvidos nesse tipo de investimento.

**Palavras-chave:** Investimento Anjo. Lei Complementar nº 155 de 2016. Contrato de participação. Sociedade em conta de participação. Desenvolvimento econômico.

**Abstract:** This chapter aims to present the figure of the angel investment as an alternative to make private investments in entrepreneurial activities feasible and therefore of great importance for the promotion of the national economy. It was sought, through a bibliographic search, to identify the investment profile as a way for the development or increase in the scope of startups. The proposed analysis will present some aspects of the regulation of angel investment in the Brazilian legal system with the promulgation of Complementary Law nº 155/2016 and the creation of the participation contract. In addition, it is proposed to compare this type of investment with the participation account, another structure already provided by laws in force which has the potential to balance interests of the subjects involved in this type of investment.

**Keywords:** Angel Investment. Complementary Law nº 155 of 2016. Participation agreement. Membership account. Economic development.

## Introdução

De acordo com o mais recente relatório apresentado pela *Global Entrepreneurship Monitor*<sup>1</sup>, verifica-se que, no Brasil, houve aumento do empreendedorismo por necessidade devido às altas taxas de desemprego e a busca por fontes de renda alternativas por pessoas com pouca ou nenhuma experiência em empreender. Além disso, constatou-se que há pouco apoio do governo, muitos impostos e burocracia que dificultam o crescimento de um negócio, principalmente nos primeiros anos de sua criação. No Brasil, em torno de 42% das empresas não sobrevivem por mais do que 2 anos de funcionamento<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BOSMA, Niels; KELLEY, Donna. **Global Entrepreneurship Monitor** – 2018/2019 Global Report. Global Entrepreneurship Research Association (GERA), 2019.

<sup>2</sup> SEBRAE. **Cinco passos para conseguir créditos para o seu negócio**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/cinco-passos-para-conseguir-creditos-para-o-seunegocio,14b0ebb38b5f2410VgnVC M100000b272010aRCRD>> Acesso em: 10 ago. 2020.

Os mercados de capitais (*tradicional e venture*<sup>3</sup>) não são suficientes para financiar o desenvolvimento do país, pois não envolvem a grande maioria das pequenas empresas e aquelas iniciantes, que possuem alto potencial de crescimento como as *startups*. Este cenário, que configura impedimentos na alavancagem de inovações e desenvolvimento econômico, mantém o país mais dependente do financiamento público e importação de tecnologia.

Diante da insuficiência do Estado de prover recursos, o setor privado, no Brasil, vislumbrou oportunidades de importar a modalidade de investimento anjo como meio para contornar a trajetória brasileira de dependência do setor público para inovações e financiamentos corporativos, fortalecendo a parceria entre agentes privados.

O investimento anjo configura-se como uma alternativa de aporte de capitais que traz grandes benefícios para o investidor e a empresa investida pois combina os recursos financeiros com o *know-how* (conhecimento) e mentoria do empresário mais experiente para o principiante. Esta transação reduz os riscos de insucesso para a empresa, diante da possibilidade de contar com orientações e rede de contatos de empresários. Além disso, o investidor pode ampliar sua carteira de negócios sem correr riscos societários, tributários e trabalhistas.

Em virtude da atualidade do tema, sua necessidade de regulação e promoção de um melhor ambiente de negócios de modo a viabilizar este tipo de investimento, foi editada a Lei Complementar nº 155/2016, que instituiu a figura do investidor anjo. Essa lei conferiu um tratamento jurídico a este tipo de investidor perante o ordenamento brasileiro, haja vista a importância do tema e da necessidade de análise dos institutos escolhidos na norma positivada e em vigor. Desde a análise do projeto da referida Lei Complementar, percebe-se a intenção de se fomentar a economia, com incentivo para a alocação de recursos e conhecimentos específicos na área, e em atividades empreendedoras novas.

---

<sup>3</sup> INSTITUTO IBMEC. **O que é venture capital**. Disponível em: < <http://ibmec.org.br/geral/o-que-e-venture-capital/>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

Dessa forma, pretende-se investigar os aspectos contratuais que delineiam o contrato de participação do investimento anjo instituído pela Lei Complementar nº 155/2016. Tal contrato seria aquele firmado entre as partes para dar início a uma relação jurídica em específico, pelo qual uma das partes terá uma determinada participação na atividade ou nos resultados da outra. As especificidades deste tipo contratual serão redigidas e determinadas conforme o espaço deixado para a atuação pela autonomia dos contratantes respeitados os limites legais dispostos na Lei Complementar nº 155, de 2016.

No entanto, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, apesar da previsão do investimento anjo na Lei Complementar nº 155/2016, alguns instrumentos jurídicos viabilizam a realização de investimentos privados em atividades empreendedoras como, por exemplo, a sociedade em conta de participação. Assim, esta pesquisa também apresentará uma análise comparada do investimento anjo com tal tipo societário, em que há o intuito de estabelecer esta relação jurídica entre o investidor e o executor da empresa.

Dessa forma, a fim de cumprir o proposto, estruturamos o trabalho, que adota o método indutivo e se desenvolve por revisão bibliográfica, da seguinte maneira: o primeiro capítulo abordará a origem do investimento anjo e sua evolução histórica, trazendo uma abordagem contextualizada com o fenômeno das startups, além de um panorama do instituto no Brasil e nos Estados Unidos, país onde este tipo de investimento teve sua origem. Já no segundo capítulo, será apresentada a lei que instituiu o investimento anjo no Brasil (Lei Complementar nº 155/2016) com a análise dos aspectos contratuais que delineiam o “contrato de participação”, instrumento criado pela lei para regulamentar as relações entre investidor e investido. No último capítulo, será demonstrada a possibilidade de aplicação ao investimento anjo de outros institutos do direito societário brasileiro, tais como as sociedades em conta de participação. O objetivo será verificar se este modelo, já existente no Brasil, teria condições de contemplar os interesses envolvidos na relação investidor e startup, contribuindo assim para os estudos em relação à figura do investimento anjo no Brasil.

# 1 Origem e evolução do investimento anjo

A expressão *Investidor Anjo* (*Angel Investor* ou *Business Angel*) teve origem nos Estados Unidos, no início do século XX, como uma prática de aporte de capital em empresas nascentes. O termo *Anjo* era utilizado para denominar indivíduos ricos que financiavam as peças teatrais da Broadway<sup>4</sup>. Tal investimento era de alto risco já que o espetáculo poderia ser um sucesso e permanecer várias décadas em cartaz, como também poderia ser um fracasso.

Dessa forma, esses investidores tomavam para si tanto os riscos do empreendimento quanto seu retorno financeiro, além de apoiar diretamente na execução do projeto. O investidor não atua como mero espectador que apenas injeta o suporte financeiro necessário ao crescimento da empresa. Em virtude do apoio e a aconselhamento às empresas e empreendedores em estágio inicial, estes investidores foram alcunhados de *investidores anjos*.

De acordo com Cassio Spina<sup>5</sup>, o conceito de *investimento anjo* evoluiu para um tipo de investimento efetuado por pessoas físicas em empresas iniciantes (as *startups*). Esses investidores são normalmente profissionais ou empresários bem-sucedidos que fornecem não somente capital financeiro, mas também *capital intelectual*<sup>6</sup>, apoiando o empreendedor com sua experiência e seu conhecimento. Dessa forma, o investimento anjo também ficou conhecido como *Smart-Money*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> ANJOS DO BRASIL. **Afinal, para quem é destinado o investimento anjo?** Disponível em: <<http://www.anjosdobrasil.net/blog/afinal-para-quem-e-destinado-o-investimento-anjo>>. Acesso em: 17 mai. 2020.

<sup>5</sup> SPINA, Cassio A. **Investidor Anjo: guia prático para empreendedores e investidores**. São Paulo: nVersos, p. 27, 2012.

<sup>6</sup> “Capital intelectual é o patrimônio de conhecimento, criatividade e inteligência de uma organização no âmbito da prossecução dos seus objetivos. Como ativo intangível, o capital intelectual tem a capacidade para gerar valor sustentável ao longo do tempo. O capital intelectual materializa-se no valor criado pelas pessoas no seu trabalho para uma organização. É um dos principais recursos das organizações mais competitivas.” **O que é o capital intelectual?** Disponível em: <https://www.portal-gestao.com/artigos/6347-o-que-%C3%A9-o-capital-intelectual.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>7</sup> “*Smart Money* é o nome dado ao investimento realizado por investidores experientes e bem relacionados no setor de atuação de uma empresa investida. [...], a expressão *Smart Money* descreve o investimento aportado por investidores-anjo que vai além do dinheiro, se traduzindo

O perfil do investidor anjo padrão é de um empresário ou executivo de carreira já consolidada, que acumulou recursos financeiros que permitam efetivar investimentos de risco, e com alguma disponibilidade de tempo para se dedicar a apoiar o empreendedor.

É um tipo de financiamento externo que se diferencia de um investimento comum, principalmente pelo vínculo de proximidade que o investidor anjo mantém com o negócio em que está investindo. Isso porque tal investidor não apenas aporta recursos financeiros, mas auxilia, ademais, com sua experiência, *know how* (conhecimento) e *networking* (rede de relacionamento).

Nesse sentido, a experiência de um investidor poderá muitas vezes superar o valor do capital investido pois este ajuda o novo empreendedor a evitar erros que o investidor possivelmente tenha cometido no passado, poupando quantidades significativas de tempo e capital. Além disso, pelo fato dos investidores anjos normalmente serem mais experientes e terem mais tempo no mercado, suas recomendações são de altíssimo valor e credibilidade, atraindo e facilitando a obtenção de novos investidores para o negócio emergente<sup>8</sup>.

O intuito do investidor não é participar do desenvolvimento das ideias, formulação de produtos ou estratégia da empresa investida, mas fomentá-la em um estágio inicial, permitindo a comercialização futura e vantajosa da empresa, que lhe possibilite retornos financeiros.

### *Investidor anjo e startups*

Como resultado dos incentivos à iniciativa e ao empreendedorismo constatado nos últimos anos, observa-se o surgimento de inúmeras empresas com potencial para o sucesso devido à inovação de seus produtos

---

também em mentorias, conexões e abertura de portas no mercado por parte do anjo”. **O que é smartmoney, por que é importante, como funciona e mais!** Disponível em: <https://blog.gvangers.com.br/o-que-e-smartmoney/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

<sup>8</sup> COSTA, Caroline Mendes da. Investimentos Anjo. **MARKETS ST**, n. 8, p. 14-15, nov./dez, 2014. Disponível em: [http://media.wix.com/ugd/fc1df2\\_6d38b982eaf84d609536d35c72cad04b.pdf](http://media.wix.com/ugd/fc1df2_6d38b982eaf84d609536d35c72cad04b.pdf). Acesso em: 26 nov. 2020.

e serviços, especialmente em áreas ligadas à informática e comércio eletrônico. Esses tipos de empreendimentos ficaram mundialmente conhecidos como *startups*<sup>9</sup>. Conforme Lucas Júdice e Erik Nybo<sup>10</sup>, *startup* é o estágio inicial de empresas que exploram um modelo de negócio associado ao desenvolvimento de novas tecnologias, com o lançamento de produtos e/ou serviços disruptivos (ou inovadores) e escaláveis no mercado.

Ocorre que, dada as características das *startups*, em especial o elevado grau de risco e a prevalência pela realização de ajustes negociais de forma menos burocrática possível, mesmo havendo o incentivo à criação de linhas alternativas de créditos e acesso ao mercado de capitais pelas instituições financeiras públicas nacionais e pela Comissão de Valores Mobiliários, ainda assim há um grande obstáculo a ser superado pelas *startups* quando se fala em acesso ao mercado de crédito.

Considerando que essas empresas se encontram em fase inicial de desenvolvimento e, portanto, não dispõem de capital para alavancagem de seus negócios, o investimento anjo é a forma mais favorável para alcançar o aporte de capitais, dado que geralmente as condições comerciais são muito mais vantajosas do que a aquisição de valores junto a bancos e financiadoras<sup>11</sup>. Assim, o investimento anjo consolidou-se como condicionante para que as *startups* sejam impulsionadas ao mercado a partir do aporte realizado, que servirá para desenvolvimento da tecnologia, contratação de profissionais, manutenção e regularização da empresa, entre outros<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> ANDRADE, Francisco Igor Fonseca. **Startups**: Sociedade em conta de participação como alternativa para investimentos. [200-?]. Disponível em: <http://www.fonsecadeandrade.adv.br/ver/startups-sociedade-em-conta-de-participacao-como-alternativa-para-investimentos-4110>. Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>10</sup> JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. **Direito das Startups**. Curitiba: Juruá, p. 132, 2016.

<sup>11</sup> BEZERRA, G. T. A responsabilização do investidor-anjo em instrumentos de dívida conversível. **Conjur**. 2 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/toledo-investidor-anjo-instrumentos-divida-conversivel>. Acesso em: 26 nov. 2020.

<sup>12</sup> FERRARY, M.; GRANOVETTER, M. The role of venture capital firms in Silicon Valley's complex innovati on network. **Economy & Society**, v. 38, n. 2, p. 330-37, 2009.

## *Investimento anjo nos Estados Unidos*

Em outros países, notadamente nos Estados Unidos da América e na Europa, onde o conceito e a dinâmica de investimentos em *startups* já se encontram amadurecidos, o sistema funciona de forma eficaz e consiste basicamente na existência da figura de um investidor – ou grupo de investidores – dispostos a arriscar capital e promover auxílio intelectual por meio de troca de experiências e conhecimento de mercado adquiridos no comando de outras empresas de sucesso<sup>13</sup>.

O investidor anjo nos Estados Unidos, também conhecido como *business angel*, é um indivíduo influente que provém capital para uma *startup*, normalmente, em troca de *convertible debt* (dívida conversível) ou *ownership equity* (participação acionária). É um investidor qualificado (*accredited investors*) pelas regras da *Securities and Exchange Commission*<sup>14</sup> (SEC), a Comissão de Valores Mobiliários americana.

O investimento anjo domina o Vale do Silício com investimentos anuais que ultrapassam a casa das dezenas de bilhões de dólares. Os investidores anjo são responsáveis pelo financiamento de mais de 70 mil empreendimentos iniciantes anualmente, mas seu capital também contribuiu para o crescimento do emprego, ajudando a financiar mais de 300 mil novos empregos por ano. Atualmente, podemos afirmar que mais da metade dos executivos do setor de tecnologia tiveram nos investidores anjo um meio de financiamento.

Uma pesquisa da *Angel Capital Association*<sup>15</sup> nos Estados Unidos mostrou que, em 2017, a média de investimentos anjo feita foi de US\$24

<sup>13</sup> FERRARY, M.; GRANOVETTER, M. The role of venture capital firms in Silicon Valley's complex innovati on network. **Economy & Society**, v. 38, n. 2, p. 330-37, 2009.

<sup>14</sup> "A *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários), frequentemente abreviada *SEC*, é uma agência federal dos Estados Unidos que detém a responsabilidade primária pela aplicação das leis de títulos federais e a regulação do setor de valores mobiliários, as ações da nação e opções de câmbio, e outros mercados de valores eletrônicos nos Estados Unidos." Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Comiss%C3%A3o\\_de\\_T%C3%ADtulos\\_e\\_C%C3%A2mbio\\_dos\\_Estados\\_Unidos](https://pt.wikipedia.org/wiki/Comiss%C3%A3o_de_T%C3%ADtulos_e_C%C3%A2mbio_dos_Estados_Unidos). Acesso em: 27 jun. 2020.

<sup>15</sup> ANGEL CAPITAL ASSOCIATION. **The American angel**. The first in-depth report on the demographics and investing activity of individual American angel investors. Disponível em: <https://www.angelcapitalassoc>



bilhões de dólares. Além disso, 55% dos investidores anjo eram antigos CEOs ou fundadores de startups; aqueles investidores que já foram empreendedores costumam fazer um aporte maior; 22% dos investidores anjo são mulheres e 51% dos investidores anjo têm formação em tecnologia.

Segundo um estudo realizado pelo *Center for Venture*<sup>16</sup>, da Universidade de New Hampshire, o crescimento dos grupos formais de anjos nos Estados Unidos tem ocorrido consideravelmente. Essa parcela de investidores anjo investe através de fundos especializados, “grupos de Anjos” ou “rede de negócios para Anjos”, que tem como objetivo compartilhar experiências, pesquisar novas empresas, e ainda aconselhar uns aos outros sobre as empresas já investidas por eles.

O investimento anjo é um **forte traço da cultura de investimento dos Estados Unidos**. Para os empreendedores bem-sucedidos é um caminho natural passar a investir em pequenas empresas inovadoras. A crença dos norte-americanos em investimento em *startups* pode estar ligada ao fato de eles terem **assistido de perto o crescimento de empresas como Google, Facebook e Amazon**. Essas empresas, hoje listadas na bolsa de valores americana entre as mais valiosas do mundo, começaram por meio do aporte de investidores anjo.

### *Investimento anjo no Brasil*

No Brasil, temos histórico de investimento anjo desde o início da década de 90, tais investimentos eram efetivados de forma passiva e sem muita organização. Naquela época, os Fundos de *Venture Capital*<sup>17</sup> eram regulados pela Instrução CVM nº 209 de 1994, o que possibilitou a criação dos Fundos Mútuos de Investimentos em Empresas Emergentes<sup>18</sup> (FMIEEs).

---

iation.org/data/Documents/TAARreport11-30-17.pdf?rev=DB68. Acesso em: 9 maio 2020.

<sup>16</sup> RESEARCH KAUFFMAN FOUNDATION. **Business Angel Investing Groups Growing in North America**. Center for Venture – University of New Hampshire, 2018. Disponível em: <http://www.kauffman.org/items.cfm?itemID=323>. Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>17</sup> INSTITUTO IBMEC. **O que é venture capital**. Disponível em: <http://ibmec.org.br/geral/o-que-e-venture-capital/>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. **Instrução CVM nº 209 de 25 de março de 1994**. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos Mútuos de Investimento em Empresas Emergentes.

Nasceram as primeiras Venture Capital como a *Confrapar*, embora esse tipo de investimento exista no Brasil desde antes da década de 80<sup>19</sup>.

Em 2011, foi fundada a entidade *Anjos do Brasil*<sup>20</sup>, que difundiu a ideia e conhecimento sobre o Investimento Anjo para todo o país. Em junho de 2012, surgia a Startup *99Taxis* e em 2013 aconteceu o **1º Congresso de Investimento Anjo** na sede da *BMF & Bovespa*, em São Paulo e já havia 6.300 investidores anjo no país. Os principais desafios da época já eram a falta de estímulos fiscais, as dificuldades de sair do negócio, insegurança jurídica (riscos trabalhistas e tributários) e a falta de bons projetos para investir.

No Brasil, em média, o valor total investido em uma empresa fica entre R\$50 mil a R\$200 mil (podendo chegar até 1 milhão de reais) e é feito normalmente por um grupo de 2 a 5 investidores, tanto para diluição de riscos como para o compartilhamento da dedicação e processo de mentoria<sup>21</sup>. Vale observar que a tendência mais atual e eficiente para o investimento anjo é a designação de um investidor líder (*Lead Investor* ou, se o seu investimento for apenas com trabalho, como *Deal Leader*) que faça a pré-avaliação do projeto e a negociação com o empreendedor, para que este seja então apresentado a outros investidores anjo (neste caso chamados seguidores ou *followers*)<sup>22</sup>.

---

Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst209.html>. Acesso em: 18 abr. 2020.

<sup>19</sup> KEPLER, João. **Retrospectiva do investimento Anjo no Brasil**. Disponível em: <https://www.proxima.com.br/home/proxima/how-to/2018/09/28/retrospectiva-do-investimento-anjo-no-brasil.html>. Acesso em: 22 jul. 2020.

<sup>20</sup> “A *Anjos do Brasil* é uma organização sem fins lucrativos tendo como missão fomentar o empreendedorismo brasileiro, através da disseminação de conhecimento, conexão de apoiadores (investidores anjos) a novos empreendedores e promoção de políticas públicas para incentivo e estímulo ao desenvolvimento econômico e social do Brasil”. Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/sobre.html>. Acesso em: 15 maio 2020.

<sup>21</sup> SPINA, Cassio A. **Afinal o que é Investimento-Anjo?** Disponível em: <https://endeavor.org.br/afinal-o-que-e-investimento-anjo/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>22</sup> SPINA, Cassio A. **Afinal o que é Investimento-Anjo?** Disponível em: <https://endeavor.org.br/afinal-o-que-e-investimento-anjo/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Uma pesquisa divulgada pela associação *Anjos do Brasil*<sup>23</sup> constatou que entre 2016 e 2017 houve crescimento de 16% no valor investido, chegando a R\$ 984 milhões. Entre as razões citadas para o crescimento estão, entre outras, a promulgação da Lei Complementar n.º 155/2016 e queda nas taxas de juros. Em 2017, o Brasil contava com 7.615 investidores anjo, sendo que 90% desses investidores brasileiros eram homens e apenas 10% deles eram mulheres.

Vislumbra-se o investimento anjo como um incentivo altamente promissor, servindo, ainda, como parâmetro ao desenvolvimento de negócios gradativamente mais inovadores, que aquecem o mercado econômico brasileiro, seja pelo alto retorno financeiro, ou pela geração de novos empregos. Enquanto nos Estados Unidos os anjos usualmente investem por meio de títulos de dívida conversíveis em participação acionária ou de ações preferenciais, no Brasil houve a necessidade de adaptação desses instrumentos.

Isso se deve ao fato de que a grande maioria das *startups* é constituída sob a forma de sociedade limitada<sup>24</sup>, tipo societário melhor adequado às empresas de menor porte. Tendo em vista que várias das Juntas Comerciais consideram ilegal a emissão de títulos de dívida por tais sociedades, e que se entende que uma limitada não pode emitir “quotas preferenciais”, os anjos em geral terminam estruturando seus investimentos por meio de contratos de empréstimo ou da aquisição de quotas, com as obrigações e riscos daí resultantes.

Não bastassem os obstáculos decorrentes da adoção desse tipo societário, ao adquirir participação no capital de *startup*, o anjo corre o risco de vir a ser responsabilizado por dívidas da empresa em função de uma eventual desconsideração da personalidade jurídica. Ademais, o ordenamento jurídico impõe obstáculos para o investimento anjo nas *startups*.

---

<sup>23</sup> ANJOS DO BRASIL. **Investimento Anjo para Startups cresce mesmo com a crise, mas está sob risco.** Disponível em: <https://www.anjosdobrasil.net/blog/investimento-anjo-para-startups-cresce-mesmo-com-a-crise-mas-esta-sob-risco>. Acesso em: 30 jul. 2020.

<sup>24</sup> ABSTARTUPS. **Qual o melhor tipo societário para as Startups?** Disponível em: <https://abstartups.com.br/2017/02/02/qual-o-melhor-tipo-societario-para-as-startups/>. Acesso em: 23 de julho de 2020.

Aquelas que se enquadram como micro ou pequenas empresas encontram restrições para se beneficiar do regime tributário diferenciado instituído pela Lei Complementar nº123/2006.

Além de não poderem ser sociedades anônimas, tais empresas não poderão ter como sócios: pessoa jurídica; pessoa domiciliada no exterior; ou pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que se beneficie do Simples, ou que possua mais de 10% do capital de sociedade não beneficiada pelo Simples, ou que seja administrador de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que, em qualquer desses casos, a soma das receitas brutas dessas empresas exceda R\$ 4,8 milhões. Essas restrições, acrescidas ao fato de que os anjos costumam investir em dezenas de empresas, em muito dificultava que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte obtivessem aportes de anjos<sup>25</sup>.

## 2 A Lei Complementar nº 155/2016 e o contrato de participação

O crescimento exponencial das empresas de tecnologia multiplicou o acesso ao mercado financeiro, permitindo que qualquer pessoa conheça as suas características e se torne um investidor. O dinamismo das transações envolvendo *startups* e investidores anjo fez com que os instrumentos jurídicos utilizados para reger essas relações passassem a incorporar a essência dessa modalidade de negócio, que envolve inovação, risco e potencialidade lucrativa. Nesse contexto, foi necessário que o Estado compreendesse essas relações jurídicas e passasse a regulá-las, com o objetivo de dar efetiva proteção às partes.

Apesar da crescente evolução nos últimos anos, o investimento anjo somente recebeu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Complementar nº 155/2016, que incluiu os arts. 61-A a 61-D, na Lei Complementar nº 123/2006. Tal legislação está em vigor desde janeiro de 2017 e foi resultado do Projeto de Lei Complementar nº 125/2015 (Projeto

---

<sup>25</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Cento de Estudos e Debates Estratégicos. **Capital empreendedor**. [recuso eletrônico]/Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, Centro de Estudos e Debates Estratégicos; relator José Humberto; Marcos Pineschi Teixeira, Marcelo Sobreiro Maciel. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

Crescer sem Medo) de autoria do Deputado Federal Barbosa Neto, que visava a alteração da Lei Complementar nº 123/2006, no sentido de reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes do Simples Nacional.

A Lei Complementar nº 155/2016 estabelece normas que irão reger a relação privada entre investidores anjo e empreendedores, sob o aspecto de formalização e condução de seus negócios. Essa lei representa um grande passo em direção a um mercado brasileiro de *startups* desenvolvido e um importante instrumento de fomento à cultura empreendedora do país, atendendo aos reclames de uma categoria significativa para a consolidação nacional no cenário tecnológico e inovador.

Ademais, a mencionada lei trouxe alterações tributárias mais justas para as pequenas e microempresas, com o intuito de garantir sustentabilidade econômica e criação de novas oportunidades de negócios. Essas mudanças melhoram as formas de tributação, regulamentam investimentos anjos e ampliam a faixa de faturamento possibilitando aos pequenos negócios a facilidade para crescer. A Lei Complementar nº 155/2016 também possibilitou que o investidor anjo invista em diversas Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), podendo auferir remuneração atrelada aos lucros de tais empresas, sem o risco de desenquadramento destas do Simples.

Na medida em que a lei separa a figura do investidor e do sócio há verdadeiro incentivo nos investimentos em empresas inovadoras. Os sócios fundadores seguem no comando da administração e são os únicos responsáveis pelas dívidas sociais. Assim, o investidor anjo não tem que arcar com dívidas tributárias, processos trabalhistas ou custos de qualquer outra ordem eventualmente gerados pelo negócio.

Dessa forma, essa divisão de papéis, além de trazer segurança ao investidor, permite que as *startups* se mantenham enquadradas no regime do Simples, mesmo recebendo um grande aporte de dinheiro. Anteriormente, elas precisavam se registrar como Sociedade Anônima (S/A) para incorporar o investidor, mas, desse modo, perdiam acesso aos benefícios do regime especial de tributação do Simples.

### *O contrato de participação*

Segundo a Lei Complementar nº 155/2016, os investidores anjo poderão investir nas Microempresas e nas Empresas de Pequeno Porte por meio de *Contratos de Participação*, sem que tal aporte integre o capital social da sociedade investida não perdendo, portanto, a qualidade de ME ou EPP<sup>26</sup>. O investidor anjo poderá participar dos resultados da empresa sem ser seu sócio e não terá direito “a gerência ou voto na administração”. Ademais, não será responsabilizado pelas dívidas da empresa, ainda que em recuperação judicial, não se aplicando a ele o art. 50 do Código Civil que trata da desconsideração da personalidade jurídica.

O investimento anjo foi instituído com a característica de ser transitório, ou seja, de ter um médio ou longo prazo, mas não indefinido. Dessa forma, o parágrafo primeiro do artigo 61-A, da LC nº 155/2016, limita a vigência do contrato de participação a sete anos. Além disso, a remuneração do investidor anjo não poderá ser superior a 50% dos lucros da sociedade investida e terá o prazo máximo de cinco anos, a partir do momento em que se passe a auferir lucros decorrentes daquele investimento.

Já o artigo 61-B confere ao investidor anjo a preferência na aquisição do estabelecimento empresarial, na hipótese de os sócios optarem por sua alienação. O investidor anjo, que poderá se antecipar na compra e não estará inseguro pela venda a terceiros, bem como mais um estímulo que a lei lhe confere como forma de fomento às atividades econômicas privadas. Dessa forma, constata-se que além de um benefício para toda a economia, há também um estímulo maior àqueles que pretendem empreender, mas não têm o capital inicial suficiente para promoverem esta empresa.

Destaca-se a segurança conferida aos sócios que compõem o quadro societário da pessoa jurídica no exercício exclusivo da empresa. Esta proteção foi disposta no parágrafo terceiro do artigo 61-A da lei em análise, já que menciona expressamente os sócios e, como ressaltado, o inves-

---

<sup>26</sup> JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. **Direito das Startups**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 157.

tidor anjo não terá essa qualidade. O mencionado artigo também afasta a dúvida sobre a natureza deste investimento, ao enfatizar que não integra o capital social. Dessa forma, independentemente do valor deste investimento, a sociedade investida não perderá a qualidade de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Ainda, destaca-se como formas de proteção à sociedade a saída do originário investidor anjo, que poderá ser pelo resgate do montante investido ou pela transferência a terceiro. O parágrafo sétimo do artigo 61-A apenas permite que o resgate seja realizado em, no mínimo, dois anos. Com relação à proteção aos interesses dos sócios, o parágrafo nono do mesmo dispositivo legal determina que a transferência da titularidade do aporte a terceiros é permitida desde que haja o consentimento dos sócios, a menos que exista disposição contratual expressa em contrário.

O artigo 61-A ainda menciona expressamente que poderá receber esse tipo de aporte a “sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte”, de modo que pareceria limitar os aportes de capital feitos por investidores anjos às sociedades. O artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006 define expressamente que serão microempresas ou empresas de pequeno porte “a sociedade empresária, a sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”, desde que devidamente registrados no respectivo órgão de registro. Logo, todos estes empresários (sociedade, EIRELI ou individual) poderão ser beneficiados com as novas disposições legais sobre o investimento anjo.

É possível compreender que o contrato de participação seria aquele firmado entre as partes para dar início a uma relação jurídica em específico, em que uma das partes terá uma determinada participação na atividade ou nos resultados da outra. As especificidades deste tipo contratual serão redigidas e determinadas conforme o espaço deixado para a atuação pela autonomia dos contratantes. No caso em específico do contrato de participação do investidor anjo, devem ser respeitados os limites legais dispostos na Lei Complementar nº 155, de 2016.

O contrato de participação parece ser um instrumento adequado aquando se pensa em investimentos em atividades novas, que é o caso das *startups*. Entende-se que é benéfico porque o investidor não será sócio, já que o contrato de participação não é firmado de modo a definir contornos da figura do sócio, mas entre empresários. O investidor será aquele sujeito que pretende fazer aportes de capital, obter resultados disso e contribuir com a sua experiência, em uma atuação que seria muito mais auxiliar e orientadora dos sócios do que de execução do objeto social<sup>27</sup>.

O fato de o investidor não estar no quadro societário também lhe beneficia por reduzir o risco de vulnerabilidade do seu patrimônio social perante as obrigações sociais, considerando o cenário atual de fragilidade da barreira que deveria ser a personalidade jurídica. Também se compreende que tal fato não beneficia apenas o investidor, mas a sociedade como um todo, ao afastar impasses que podem advir no momento de saída daquele que é sócio, como a dissolução parcial da sociedade, o recesso, a exclusão. São todas situações que demandam tempo, energia e capital da sociedade e a intenção com a regulamentação do investidor anjo é justamente possibilitar que o empresário de menor porte tenha forças para alavancar a sua ideia empreendedora<sup>28</sup>.

A Lei Complementar nº 155, de 2016, afirma que o investidor anjo firmará contrato de participação com o empresário para se alinhar com a possível intenção econômica da norma, já que se pretende fomentar os investimentos. E sabe-se que este tipo de atividade, apesar de ter um risco inerente, também precisa conferir certa segurança àquele que investe. A partir da criação da figura do investidor anjo, bem como a interpretação da norma vigente, é possível constatar que foram conferidos alguns benefícios e mecanismos de segurança a este investidor, bem como algumas

---

<sup>27</sup> OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; POIDOMANI Isabella Lucia. Análise crítica da lei complementar nº155 de 2016 na regulamentação do investidor-anjo. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, v. 3, n. 2, p. 22-39, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0235/2017.v3i2.2337>. Acesso em: 04 dez. 2020.

<sup>28</sup> OLIVEIRA FILHO, João Glicério de; POIDOMANI Isabella Lucia. Análise crítica da lei complementar nº155 de 2016 na regulamentação do investidor-anjo. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, v. 3, n. 2, p. 22-39, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0235/2017.v3i2.2337>. Acesso em: 04 dez. 2020.



garantias à sociedade investida. A leitura da lei revela que há o intuito de estimular o investidor anjo a investir naquele empresário que esteja enquadrado no caput do artigo 61-A, ou seja, microempresas e empresas de pequeno porte, o que fomenta a economia.

### 3 Investimento anjo e a sociedade em conta de participação

A denominação de “Investimento Anjo” é uma das únicas inovações no que diz respeito à operacionalização dos aportes de investimentos que não venham integrar o capital social, visto que o ordenamento jurídico brasileiro já previa tal tipo de aporte financeiro em empresas, sem que o investidor fosse um detentor efetivo de participação societária na atividade empresária, por meio de sociedades em conta de participação.

Este tipo de sociedade é uma espécie de sociedade comercial que nasceu na Idade Média, na Itália, no período das decisões da Rota de Gênova em decorrência da proibição da usura pela Igreja Católica e do clima medieval, que dificultava o exercício do comércio pelos nobres<sup>29</sup>. A origem da sociedade em conta de participação remete ao contrato de *commenda*<sup>30</sup> e tal tipo de sociedade serviu para mitigar os efeitos da responsabilidade ilimitada dos sócios.

<sup>29</sup> LOPES, Mauro Brandão. **Ensaio sobre a conta de participação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, p. 20, 1964.

<sup>30</sup> Ibidem: “Na comenda vêm muitos autores a origem da conta de participação [...] Navarrini, para o qual a conta de participação teve sua origem última na *admissio* romana, é de parecer que ela se firmou na Idade Média conjuntamente com a sociedade em comandita, e que as duas têm uma única origem, a comenda; já Vivante encontra a origem da conta de participação na comenda marítima e a da comandita na comenda terrestre; Gasca, ainda, deriva da comenda tanto “*la società per via di accomenda*”, a comandita moderna, como a conta de participação, que também conservava o nome de comenda ou *admissio ad participationem*; Lastig, seguido por Lattes, distingue na comenda duas modalidades, uma sociedade unilateral de trabalho, em que o empreendedor, numa posição subordinada, prestava o seu trabalho, e outra sociedade unilateral de capital, de que se teria originado a conta de participação, em que o empreendedor, como *commendans*, tinha a posição principal, emprestando o seu capital ao *accomandatarius*; [...] Bosco opina que a conta de participação e a comandita não derivam uma da outra, e afirma que se originaram em lugares diversos, a primeira em Genova, pelo uso comercial, e a segunda em Florença, por criação da lei, ambas representando reações contra a responsabilidade solidária de sócios.”

No Brasil, o Código Comercial foi o diploma legal precursor da positividade da sociedade em conta de participação. O artigo 325 do Código Comercial, revogado, previa que quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual para o fim social, a associação tomaria o nome de sociedade em conta de participação, não ficaria sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades e poderia ser provada por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais.

Apesar da revogação do Código Comercial, a sociedade em conta de participação foi mantida no projeto do Código Civil de 2002. A justificativa do jurista Miguel Reale, de que nosso passado constitui uma riqueza espetacular, por isso devendo ser mantida, foi a sua defesa para subsistência de antigos tipos societários no macrossistema civil<sup>31</sup>. Dessa forma, os artigos 991 a 996 do Código Civil estabelecem os mandamentos legais sobre a sociedade em conta de participação, tipo societário capaz de contemplar os interesses envolvidos nas operações do investidor anjo.

Na sociedade em conta de participação, seus componentes são denominados como sócio ostensivo e sócio participante. O sócio ostensivo exerce o objeto social em seu nome próprio perante terceiros e sua responsabilidade pelas obrigações sociais é ilimitada. Já o sócio participante é mero investidor, somente realiza o aporte financeiro, não possui nenhum poder de gerência<sup>32</sup> e não compromete seu patrimônio pessoal pelas dívidas decorrentes da atividade e tampouco perante terceiros, já que o seu vínculo é apenas com o sócio ostensivo, de acordo com o contrato social.

Em relação à sua forma de constituição, a lei confere liberdade às partes, já que não há a necessidade de registro do contrato social e, mes-

---

<sup>31</sup> “Como responsável pela codificação, não vacilei no sentido de preferir uma sistematização ampla, embora partindo do Código em vigor. Como já disse, foi fixado o critério de preservar, sempre que possível, as disposições do Código atual, porquanto de certa forma cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas. Há, por conseguinte, todo um saber jurídico acumulado ao longo do tempo, que aconselha a manutenção do válido e eficaz, ainda que em novos termos”. REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 4, 1999.

<sup>32</sup> Assim como estabelece a Lei Complementar nº 155/2016.

mo que o seja, este não lhe confere personalidade jurídica. A ausência de personalidade jurídica é uma das características deste tipo societário, o que inclusive gerou discussão quanto à sua natureza, no sentido de que a sociedade em conta de participação não seria propriamente uma sociedade, mas sim um contrato<sup>33</sup>.

Percebe-se que a sociedade em conta de participação, pela sua própria natureza, comporta algumas características do contrato de participação<sup>34</sup>, como a possibilidade de estabelecimento de relação contratual por prazo certo e determinado e vinculada com determinado objetivo. Não seria, portanto, o estabelecimento de relação entre duas ou mais pessoas para desenvolvimento de uma sociedade, cujas atividades que podem ser exercidas são as mais variadas e passíveis de ser alteradas sem necessariamente a alteração antecipada e previamente acordada pelos sócios. Na verdade, por meio deste tipo societário é imprescindível que o objeto que justificou sua constituição seja devidamente desenvolvido, sob pena de descumprimento de disposição contratual e eventual quebra da relação previamente estabelecida pelas partes.

---

<sup>33</sup> A este respeito, João Eunápio Borges: “Se o principal sentido da expressão sociedade é [...] o de pessoa jurídica gerada pelo respectivo contrato, dizer-se que a sociedade em conta de participação não é pessoa jurídica é o mesmo que afirmar-se que ela não é uma sociedade mercantil no genuíno sentido desta expressão. Sobretudo depois que o Código Civil afirmou serem pessoas jurídicas as sociedades mercantis [...] a participação é um simples contrato entre as partes [...]. Hoje, porém, fixado não apenas em doutrina mas em nossa lei o conceito da personalidade jurídica das sociedades mercantis, força é excluir a sociedade em conta de participação do número das sociedades propriamente ditas. Embrião de sociedade, sociedade frustra ou larvada, tentativa ou arremedo de sociedade, será ela o que quiser, menos uma verdadeira sociedade.” BORGES, João Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, p. 102-103, 1967. Vide também Fábio Ulhôa Coelho: “Tais, de qualquer forma, são as peculiaridades deste tipo societário, que seria preferível entendê-lo, mais, como uma espécie de contrato de investimento, que o legislador resolveu denominar por “sociedade”, do que, propriamente, como uma espécie de sociedade comercial.” COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. v. 2, Direito de Empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, p.152, 2019.

<sup>34</sup> “A conta de participação apresenta elementos da sociedade – conjugação de recursos para uma exploração comum – mas não reúne os pressupostos necessários à sua classificação como tal. Pode-se, então, afirmar que se trata de um contrato de participação.” BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, p. 116, 2017.

Ademais, a falta de personalidade jurídica<sup>35</sup> da sociedade em conta de participação faz com que ela não seja titular de patrimônio próprio. O artigo 994 do Código Civil dispõe que a contribuição dos sócios, e em especial daquele que é somente investidor, constitui um patrimônio especial. Tal especialidade apenas produz efeito entre os sócios. Apesar da aplicabilidade dessa forma jurídica aos negócios em geral, a sociedade em conta de participação não é uma figura largamente conhecida nos meios empresariais.

Nesse sentido, Pedro Scalzilli e Luiz Felipe Spinelli<sup>36</sup> ressaltam que poucas figuras jurídicas são tão importantes para o tráfego negocial e, ao mesmo tempo, tão incompreendidas quanto a sociedade em conta de participação. Para tais autores este tipo societário é dos mais pujantes, podendo-se supor que seja o tipo mais utilizado depois das sociedades limitadas, inclusive muito mais do que as sociedades anônimas e cooperativas.

A sociedade em conta de participação é bastante adotada como forma de recebimento de investimentos por *startups*, sendo o investidor seu sócio oculto<sup>37</sup>, enquanto que a própria *startup* seu sócio ostensivo<sup>38</sup>. No que se refere aos riscos de a própria sociedade regulamentar a relação entre empreendedores e investidor anjo, quando aqueles seriam os próprios sócios ostensivos e o investidor estaria oculto, os demais sócios teriam responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais.

A obrigatoriedade de haver uma inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas traz implicações tributárias para este tipo societário, mas viabiliza uma maior organização da atividade, separação do patrimônio, o

<sup>35</sup> LOPES, Mauro Brandão. **A sociedade em conta de participação**. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 26.

<sup>36</sup> SCALZILLI, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. **Sociedade em Conta de Participação**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 23.

<sup>37</sup> “Essa ocultação do sócio participante e, por consequência, da própria sociedade não significa que ela será ilícita ou terá fins fraudulentos, mas que a sua existência não interessa ou não precisa ser conhecida pelo público” TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral do direito societário** – v. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 267.

<sup>38</sup> CENDÃO, Fabio. **MEI, Eireli, sociedade limitada, SA, SCP: qual a estrutura societária mais adequada para a sua startup?** Disponível em: <http://projetodraft.com/mei-eireli-sociedade-limitada-sa-scp-qual-a-estrutur-a-societaria-mais-adequada-para-a-sua-startup/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

que pode vir a facilitar, por exemplo, a definição da titularidade dos bens de propriedade industrial, dentre outros aspectos que o investidor poderá exigir para a sua segurança naquela relação.

A figura do investidor anjo foi criada com o intuito de se efetivar investimentos em uma empresa, por meio de uma conta separada da do capital social, sem a necessidade de engajamento na gerência da empresa, visto que a atividade do objeto social não é desenvolvida pelo investidor. Ao mesmo tempo, a figura do sócio participante da sociedade em conta de participação é desempenhada de maneira em que é criada uma conta de participação alheia ao capital social, para que da mesma forma, não haja engajamento do sócio participante na gerência da sociedade.

Observa-se que o sócio participante pode aconselhar e fiscalizar os atos do sócio ostensivo, mas não pode, em nenhuma hipótese, ter ingerência nas atividades praticadas por este, sob pena de tornar-se responsável solidário, passando a ter responsabilidade ilimitada em conjunto com a *startup*, pelos possíveis danos a terceiros.

A limitação de riscos e a não vinculação do sócio participante tornam a sociedade em conta de participação uma forma societária interessante, sobretudo como meio de captação de recursos. Outrossim, o sigilo que tal tipo de sociedade permite é vantajoso para determinados negócios<sup>39</sup>.

Além disso, a legislação dispensa maiores formalismos para a constituição da sociedade podendo o contrato ser feito, inclusive, de forma verbal. No entanto, isso não significa que a sociedade será simplória. O Código Civil fixou requisitos e regras mínimas em relação à sociedade em conta de participação e garantiu a possibilidade dos particulares, em comum acordo, fixarem disposições adicionais que entenderem válidas no caso concreto. Essa liberdade de negociação permite a aplicabilidade des-

<sup>39</sup> “No mundo dos negócios, por vezes, o anonimato é essencial para certas operações, notadamente nas áreas de tecnologia, onde são abundantes e se concentram as startups, daí a vantagem de o investidor-anjo se pôr como sócio participante (oculto), não assumindo riscos perante terceiros, seja por associação de imagem ou pelo ônus do risco financeiro propriamente dito”. ANDRADE, Francisco Igor Fonseca. **Startups: Sociedade em conta de participação como alternativa para investimentos**. [200-?]. Disponível em: <http://www.fonsecadeandrade.adv.br/ver/startups-sociedade-em-conta-de-participacao-como-alternativa-para-investimentos-4110>. Acesso em: 23 ago. 2020.

se tipo societário em vários empreendimentos, dentre os quais se inclui o investimento anjo.

Pelas características das sociedades em conta de participação expostas, é possível verificar que, sob diversos aspectos, a utilização deste tipo societário para estabelecimento da relação entre investidor anjo e startup investida é, além do contrato de participação previsto na Lei Complementar nº 155/2016, também uma alternativa que contempla os interesses dos sujeitos envolvidos neste tipo de negócio.

## Considerações finais

Os novos empreendedores, *startups* e empresas de pequeno porte podem não deter capital próprio para a implementação de seus projetos e ainda esbarrar em obstáculos para acessar os financiamentos bancários ou estatais. Os investidores anjo preenchem esta lacuna na economia brasileira e oferecem vantagens além daquelas ligadas aos aspectos econômicos, desenvolvendo também o compartilhamento de capacidades intelectuais, redes de contatos e expertise de mercado, que são igualmente determinantes para o sucesso da empresa investida.

Dessa forma, o empreendedorismo no Brasil encontra amparo e favorecimento no investimento anjo. Esse tipo de investimento cresceu nas últimas décadas à medida que a atração pela lucratividade permitiu que ele se tornasse uma fonte primária de financiamento para muitas *startups*. Isso, por sua vez, tem fomentado a inovação que se traduz em crescimento econômico.

Cabe ao Estado, então, através do direito, promover as instituições que viabilizam esse tipo de investimento com maior segurança jurídica, reduzindo custos de transação e garantindo maior confiança entre as partes. A Lei Complementar nº 155/2016 reafirma o princípio de tratamento favorecido para empresas de pequeno porte no Brasil, proporciona um ambiente de estímulo à inovação e protege empreendedores e investidores ao delimitar riscos e responsabilidades – dentre as quais a isenção de responsabilidade do investidor por atos sociais é a mais relevante, dada a

excessiva burocracia brasileira e os recorrentes casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Nesta pesquisa analisou-se também a escolha do contrato de participação para viabilizar a atuação dos investidores em *startups*. O investidor não será sócio, mas fará aportes de capital, além de vir a obter resultados disso, bem como contribuirá com a sua experiência, em uma atuação que seria muito mais auxiliar e orientadora dos sócios do que de execução do objeto social, sem que haja a necessidade de se alterar o quadro societário e a estrutura do empresário em questão.

Verifica-se que a sociedade em conta de participação, espécie contratual já existente no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser considerada como uma forma de estruturação do investimento anjo, já que contempla harmoniosamente os interesses das partes envolvidas e reflete, efetivamente, a forma como esse investimento é operacionalizado. A ausência de formalidades para celebração do contrato deste tipo de sociedade (mero ajuste privado, sem necessidade de registros), a existência de uma parte que realmente é responsável pelo negócio (sócio ostensivo) em contrapartida à limitação de atuação de responsabilidades e poderes do sócio oculto, a facilidade de desfazimento do ajuste pela mera rescisão contratual e a ampla possibilidade de inserir cláusulas que melhor atendam aos interesses das partes, são elementos que evidenciam a adequação do uso do mencionado tipo de sociedade como meio de viabilização deste tipo de investimento.

Dessa forma, a regulação representa um avanço para o investimento anjo no Brasil, mas deve ser combinada com políticas públicas relacionadas às *startups* e estímulos para associações de investidores, além de fomentar a cultura empreendedora, garantindo que as oportunidades percebidas sejam maiores do que o medo e o custo do fracasso. Criadas as condições favoráveis para que o investimento anjo atinja o seu potencial máximo, este converte-se em um efetivo instrumento de desenvolvimento econômico.





## CAPÍTULO 13

# Advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro: notas sobre o dever de comunicação de atividade suspeita<sup>1</sup>

*Rodrigo de Grandis*

### 1 Introdução

A Lei nº. 12.683, promulgada em 10 de julho de 2012, modificou substancialmente o crime de “lavagem” de dinheiro retratado originariamente na Lei nº 9.613/1998. Além de sua consideração a partir de qualquer infração penal antecedente, ampliou-se o rol de pessoas obrigadas a comunicar atividade suspeita de reciclagem de valores ilícitos. Doutrina e, principalmente, jurisprudência, não ficaram alheias a esse contexto, como confirmou o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal nº 470 (“Caso Mensalão”), e uma nova categoria de *gatekeeper*<sup>2</sup> passou a ser considerada: os advogados.

A inserção dessa específica classe profissional deriva da constatação empírica que a ocultação ou a dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes de uma atividade criminosa não constitui algo de simples execução. De fato, quanto mais complexa a operação contábil e mais so-

---

<sup>1</sup> Este estudo consubstancia uma continuação daquele que realizei, no ano de 2010, sobre a advocacia e a “lavagem” de dinheiro, e que foi publicado na obra “Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle”, editada pela Editora Verbo Jurídico nos anos de 2010 e 2013 (2. ed.).

<sup>2</sup> De origem norte-americana, pode-se conceituar o *gatekeeper* como sendo aqueles profissionais que ostentam uma posição que lhes proporciona prevenir infrações através da negativa de sua cooperação para a execução de uma determinada operação. O dever fundamental dessa espécie de “porteiro” seria um dever negativo ou de abstenção de “não abrir a porta” para situações potencialmente delituosas. Cf. BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: un análisis jurídico-económico**. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 246 e ss.

fisticada a engenharia financeira, maiores as chances de impunidade. Daí a utilização, na maioria dos casos, do sistema financeiro internacional e dos serviços de profissionais provenientes das mais diversas áreas de conhecimento, os quais empregarão suas habilidades e conhecimentos técnicos à causa criminosa. Economistas, contadores, gerentes de instituições financeiras, notários e advogados têm sido utilizados por diversos grupos criminosos para conferir aparência de legalidade a condutas que, em verdade, embutem um ou mais delitos<sup>3</sup>. Esse contexto ocasionou um duplo efeito: de um lado, gerou a necessidade de uma atuação uniforme dos países na prevenção e na repressão à “lavagem” de dinheiro, em especial a partir dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001. De outro, esses profissionais passaram a ser convocados para auxiliarem na “luta contra o crime”, mediante a imposição de diversos deveres relacionados à sua atividade profissional, como a manutenção de cadastro e comunicação de atividades suspeitas de “lavagem” às Unidades de Inteligência Financeira (UIF). Advogados passaram a enfrentar processos criminais baseados no tipo penal de “lavagem”, sendo que alguns até mesmo foram condenados por terem recebido de seus clientes honorários advocatícios comprovadamente provenientes de uma infração penal antecedente. Ocioso mencionar a repercussão proporcionada por essas decisões judiciais no meio jurídico, em especial na classe dos advogados, dada a sua relevante função no sistema de justiça e as características inerentes ao desempenho legítimo de sua função, sobressaindo, neste aspecto, o sigilo profissional que permeia o relacionamento advogado-cliente.

O exercício da advocacia e seu relacionamento com o crime de branqueamento de capitais<sup>4</sup> suscita, em geral, três questões: (i) a intervenção

<sup>3</sup> ORTIGARA, Marina Fernandes; GUARAGNI, Fábio André. O crime de lavagem de dinheiro e o papel do advogado frente aos honorários advocatícios maculados. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 1, n. 34, p. 312-357, fev. 2014. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/797>>. Acesso em: 27 nov. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i34.797>.

<sup>4</sup> Para designar o crime de “lavagem” de dinheiro o presente trabalho adotou, indistintamente, as denominações branqueamento de capitais, reciclagem de valores ilícitos e “lavagem” de recursos criminosos, seguindo, por sinal, a variedade de títulos ou nomes encontrados na doutrina brasileira e estrangeira. Tal circunstância em nada interfere na análise da conduta típica, ou seja, na verificação da substância, pois, como ensina Hospers, citado por Agustín Gordillo, as palavras

ou auxílio doloso do advogado no comportamento delituoso do seu cliente, hipótese a ser dirimida com base na dogmática do concurso de pessoas (coautoria e participação); (ii) o recebimento de honorários advindos direta ou indiretamente de atividade criminosa (“honorários maculados”); e (iii) a consideração como pessoa obrigada a comunicar atividade suspeita de “lavagem” (e, mais recentemente, de terrorismo) que toma conhecimento no curso de sua atividade profissional.

Neste capítulo enfocarei somente as implicações jurídicas derivadas da imposição dos deveres de comunicação (item iii), o que, evidentemente, pressupõe, em alguma medida, a análise do cenário político-criminal no qual se insere o crime de “lavagem” de ativos criminoso (2) e o perfil profissional do delito de branqueamento de capitais (2.1.). Em seguida, passarei a abordar especificamente a imposição dos deveres de comunicação de atividades suspeitas aos profissionais de advocacia e o âmbito de incidência do segredo profissional que permeia a relação cliente advogado (3). Ao final, defenderei a necessidade de regulamentação do tema pela Ordem dos Advogados do Brasil em ordem a promover a proteção do próprio advogado (4).

## 2 O crime de “lavagem” de dinheiro no cenário político criminal

Impossível analisar o contexto político criminal no qual se encontra o branqueamento de capitais sem falar em globalização<sup>5</sup>. Enquanto fe-

---

não são mais do que rótulos nas coisas: colocamos rótulos nas coisas para que possamos falar delas e, daí por diante as palavras não têm mais relação com as coisas, do que as que têm rótulos de garrafas com as próprias garrafas. “A garrafa conterá exatamente a mesma substância, ainda que coloquemos nela um rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma ainda que usássemos uma palavra diferente para designá-la” (**Princípios gerais de direito público**, tradução de Marco Aurélio Greco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 2).

<sup>5</sup> Para o fenômeno da globalização por uma óptica sociológica: Castells, Manuel. *A sociedade em rede*, tradução de Roneide Venancio Majer, 6ª edição, 12ª reimpressão, São Paulo: Paz e Terra, 2009. Para globalização e Direito Penal: Silva Franco, Alberto. **Globalização e criminalidade dos poderosos**, artigo inserto em *Temas de Direito Penal Econômico*, organizador Roberto Podval, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 235-256; Machado, Máira Rocha. **Internacionalização do direito penal**: a gestão de problemas internacionais por meio do crime

nômeno complexo e multifacetário, inegável que a globalização trouxe enormes implicações nas mais diversas áreas do conhecimento, em especial no Direito<sup>6</sup>. Com efeito, com a globalização, o manancial jurídico disponível em cada país passou a lidar com uma sociedade excessivamente tecnológica, massificada e de informação, onde a conduta dos seres humanos, no mais das vezes marcada pelo anonimato, agora encontra-se apta a produzir riscos globais suscetíveis de “serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*”<sup>7</sup>.

No âmbito do Direito Penal, o fenômeno da globalização tornou-se mais visível na criminalidade econômica<sup>8</sup>, da qual derivaram, notadamente por força da utilização constante do sistema financeiro nacional e internacional, a criminalidade organizada e a “lavagem” de dinheiro<sup>9</sup>. A supressão das fronteiras acarretou uma maior capacidade de movimentação dos membros das organizações criminosas pelo mundo com um menor risco. Aliando a progressiva desregulamentação do mercado de capitais e dos serviços financeiros no espaço global a uma rede de comunicação extre-

---

e da pena, São Paulo: Editora 34, Coleção Direito GV, 2004; Rodrigues, Anabela Miranda. *A globalização do Direito Penal – Da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização*, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 81-91; Faria Costa, José de. **A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário**, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 113-123.

<sup>6</sup> Faria, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 7. 4ª tiragem,

<sup>7</sup> Figueiredo Dias, Jorge de. **Direito Penal**, Parte Geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime, 1ª edição brasileira, 2. ed. portuguesa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 134-135.

<sup>8</sup> Jesús-Maria Silva Sánchez. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2008, p. 95.

<sup>9</sup> Como adverte José de Faria Costa, “Tentar perceber o fenômeno da criminalidade transnacional, não como um qualquer bizarro fenômeno social mas antes como uma decorrência da própria ideia de globalização. Perceber esse fenômeno, não como exaltação de uma visão conspirativa da história da sociedade, mas antes como actuação racional de homens que agindo, se bem que no campo do ilícito penal, pretendem, sobretudo, captar o maior benefício ilícito que as novas possibilidades de um mercado global lhes propicia” (**O fenômeno da globalização e o Direito Penal Económico**, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 102-103).

mamente eficiente, os agentes passaram a ocultar e dissimular os recursos criminosos, incrementando, com isso a sua gama de atividades deletérias (tráfico internacional de substâncias entorpecentes, tráfico internacional de seres humanos, corrupção passiva, crimes financeiros etc.)<sup>10</sup>. Some-se a isso a dificuldade de as condutas praticadas sob os influxos dessa “sociedade de risco”<sup>11</sup> irradiarem aspectos externos de legalidade, de licitude, dificultando a atuação expedita das autoridades destinadas à persecução penal<sup>12</sup> e logo se tem o caldo social sob o qual vicejou uma modalidade delitiva que não encontrou fronteiras: a criminalidade transnacional<sup>13</sup>.

A comunidade internacional percebeu, então, que um esforço isolado dos países seria inútil; que, por seus próprios instrumentos legais, não fariam frente a esse novo fenômeno e, assim, uniram-se no combate ao crime de “lavagem” de dinheiro, harmonizando seus ordenamentos jurídicos e uniformizando as ferramentas de prevenção, repressão e cooperação<sup>14,15</sup>.

<sup>10</sup> Davin, João. **A criminalidade organizada transnacional**: a cooperação judiciária e policial na UE, 2ª edição, revista e aumentada, Portugal-Coimbra: Almedina, 2007, p. 12.

<sup>11</sup> Beck, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona-Espanha: Ediciones Paidós, 2008. Para uma visão do Direito penal sob o contexto da sociedade de risco: Marta Rodriguez de Assis Machado (**Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais, São Paulo: IBCCRIM, 2005); Alamiro Velludo Salvador Netto (**Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006), e Pierpaolo Cruz Bottini (**Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007).

<sup>12</sup> Como pontua Anabela Miranda Rodrigues, o que define a sociedade atual é a “porosidade cada vez maior entre a sociedade oficial e a sociedade do crime” (**Criminalidade organizada – que política criminal?** Artigo inserto em **Globalização e Direito**, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *Studia Iuridica* n.º 73, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 198).

<sup>13</sup> Segundo Hans-Jörg Albrecht, a criminalidade transnacional caracteriza-se justamente pelo fato de o delinqüente aproveitar as oportunidades que se lhe oferecem para cometer delitos, transferir bens ilegais ou assumir riscos não permitidos para além das fronteiras (**Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero**, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001, p. 12-13).

<sup>14</sup> Jorge, Guillermo. **Recuperación de activos de la corrupción**, 1ª edição, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 09-10. O efeito colateral dessa unificação e uniformização, segundo aponta Jesús-Maria Silva Sánchez, proporcionará um Direito menos garantista, marcado pela flexibilização das regras de imputação penal e pela relativização das garantias político-criminais materiais e processuais. Essa expansão do Direito penal redundará, ao fim e ao cabo, na introdução de novos tipos penais, no agravamento das sanções cominadas aos delitos já existentes e na ampliação dos espaços de risco juridicamente relevantes (op. cit., p. 83-84).

<sup>15</sup> GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de “lavagem” de dinheiro. In: DE CARLI, Carla Verissimo (org.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal.

Dessa comunhão de esforços surgiram, por exemplo, a Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas<sup>16</sup>, a Convenção de Palermo, sobre a criminalidade organizada transnacional<sup>17</sup>, e a Convenção de Mérida, versando o crime de corrupção<sup>18</sup>, além de outras iniciativas de caráter supranacional, como a criação pelo grupo dos sete países mais ricos do mundo (G7), do Grupo de Atuação Financeira (GAFI) em 1989 e a emissão de Diretivas pelo Parlamento Europeu e Conselho da Comunidade Europeia<sup>19</sup>.

### *2.1 Características do crime de “lavagem” de dinheiro*

Os vínculos que unem a “lavagem” de dinheiro ao fenômeno da globalização são estreitos e intensos. A transnacionalidade, ou seja, o fato de o delito não limitar seus efeitos danosos a um determinado território tem acompanhado, na grande maioria dos casos, o crime de reciclagem de recursos ilícitos, a ponto de **Isidoro Blanco Cordero** considerá-la uma nota característica, um elemento diferenciador em relação às demais formas delituosas<sup>20</sup>.

Além de transnacional, a “lavagem” também tem o timbre do profissionalismo. Como assentei anteriormente, “lavar” dinheiro não é tarefa fácil, comezinha. De acordo com **Blanco Cordero**, o profissionalismo

---

Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 117. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e2327accf8e3b40>. Acesso em: 04 dez. 2020.

<sup>16</sup> Promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

<sup>17</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

<sup>18</sup> Promulgada, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

<sup>19</sup> Para uma análise completa dos instrumentos internacionais relativos ao branqueamento de capitais: Blanco Cordero, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**, 2. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 98-171.

<sup>20</sup> op. cit., p. 51. Segundo Cordero, o fato de a “lavagem” de dinheiro desenvolver-se sob um contexto internacional proporciona uma série de vantagens aos agentes criminosos, donde se destacam: a) a possibilidade de evitar a aplicação de normativas muito severas e, com isso, a jurisdição de Estados que ostentam políticas severas relacionadas à “lavagem” de dinheiro; b) a obtenção de vantagens em virtude dos problemas de cooperação jurídica internacional e de intercâmbio de informações entre países que possuem normativas diferentes, sistemas penais diversos e distintas culturas administrativas; c) a utilização das deficiências de regulação internacional e de sua aplicação, aplicando os bens objeto de “lavagem” nos países com sistemas mais débeis em matéria de controle e de persecução penal. Idem, p. 52.

que caracteriza o delito sob exame se revela atualmente por intermédio de duas tendências: a) maior profissionalismo dos membros componentes das organizações; b) o maior emprego de profissionais externos, o que ocorre com o desiderato de aumentar as oportunidades e diminuir o risco da atividade delituosa<sup>21</sup>. Quanto mais complexo e sofisticado o processo de ocultação e dissimulação de bens criminosos, maiores as garantias de impunidade. A utilização de profissionais provenientes dos mais variados ramos pelos agentes lavadores tem sido, infelizmente, uma constante. Tanto assim que, nos últimos anos, temos verificado o aumento de diversas iniciativas supranacionais, internacionais e nacionais destinadas à regulamentação das atividades profissionais que, por conta do *modus operandi* do processo de “lavagem” de capitais, têm a potencial aptidão de se defrontarem com operações suspeitas. A tais *experts* têm sido impostos deveres de identificação e de comunicação de atividades supostamente criminosas, o que, evidentemente, não passou despercebido, mormente porque tal “movimento” também alcançou a classe dos advogados, gerando, como poderia se esperar, viva controvérsia. O ponto fundamental de toda a discussão – e que consubstancia o cerne deste estudo – pode ser resumido com a seguinte pergunta: aos advogados pode ser imposta a obrigação de comunicar operações suspeitas de “lavagem” de dinheiro de seus clientes, as quais foram conhecidas no exercício da atividade profissional?

### **3 A obrigação de comunicar operações suspeitas pelo advogado**

Antes de tentar formular resposta a essa pergunta, é imperioso relembrar que o pano de fundo sobre o qual se desenvolve o fenômeno criminoso da “lavagem” de capitais estabelece-se em um mundo globalizado, onde os problemas e os riscos são maximizados. A consequência disso, em termos jurídico-penais, é a união de esforços entre os países, em ordem a conferir atuação preventiva e repressiva uniforme, padronizada, isto é, sem lacunas de impunidade. A resolução da questão que ora vem lume

---

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*.

não poderia deixar de passar, portanto, pela revista de algumas normativas internacionais e supranacionais que impuseram a toda uma gama de profissionais os famigerados deveres de comunicação e que – seja para o bem, seja para o mal – acabaram por motivar algumas manifestações legislativas no Brasil, em especial a Lei n. 12.683/2012, que modificou o artigo 9º da Lei n. 9.613/1998.

No âmbito da Comunidade Europeia, merecem registro as Diretivas<sup>22</sup> de nº 91/308/CEE, nº 2001/97/CE, nº 2005/60/CE, nº 2008/20/CE, e, principalmente, 2015/844<sup>23</sup>, emitidas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu, relacionadas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e em de financiamento do terrorismo. A Diretiva de nº 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001, comporta especial análise para o desiderato pretendido com esse trabalho, pois, para além de repisar os deveres de identificação de clientes, manutenção de registros e notificação de transações suspeitas de “lavagem” às pessoas jurídicas e físicas que tenham tomado parte da operação financeira, impostos pela Diretiva de nº 91/308/CEE, ampliou o rol de entes obrigados à colaborar com as autoridades responsáveis na “luta contra o branqueamento de capitais”, incluindo as seguintes pessoas físicas e jurídicas que atuem no desempenho das suas atividades profissionais: 1. Auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais; 2. Agentes imobiliários; 3. Notários e *outros profissionais forenses independentes, quando participem*: a) prestando assistência, na concepção ou execução de transações por conta dos clientes relacionas com: i) a compra e venda de bens imóveis ou de entidades comerciais; ii) a gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, pertencentes ao cliente; iii) a abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; iv) a organização dos fundos necessários à criação, exploração ou gestão de sociedades; v) a criação, exploração ou gestão de *trusts*, de sociedades ou de estrutu-

<sup>22</sup> Para uma visão crítica das Diretivas, veja-se Nuno Brandão, **Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção**, Coleção Argumentum n.º 11, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

<sup>23</sup> A Diretiva 2015/849 ainda hoje constitui o principal instrumento jurídico em matéria de prevenção da utilização do sistema financeiro da União para efeitos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo.



ras análogas; b) Agindo em nome e por conta dos clientes, em quaisquer transações financeiras ou imobiliárias<sup>24</sup> (grifos apostos).

Sob o contexto da Diretiva de nº 2001/97/CE, as pessoas supramencionadas foram obrigadas a prestar informações, por iniciativa própria, de quaisquer fatos que possam constituir indícios de operações de “lavagem” de dinheiro e a facultar, a pedido do órgão competente, todas as informações necessárias, “em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela legislação aplicável”<sup>25</sup>. Mais: pelo artigo 7º, impõe-se um “dever de abstenção” de execução de operações financeiras àqueles obrigados que saibam ou suspeitem que elas estejam vinculadas com o branqueamento de capitais antes de avisarem as autoridades, as quais, nas condições determinadas pela legislação nacional, poderão dar instruções para que a operação não seja executada. A Diretiva de 2001, todavia, *isentou os notários, profissionais forenses independentes*, auditores técnicos de contas externos e consultores fiscais das obrigações de identificação de clientes, manutenção de registros e notificação de transações financeiras suspeitas em relação às informações recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes ao ensejo de determinar a situação jurídica por conta do cliente ou no exercício da sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusive quando se trate de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo judicial, quer essas informações tenham sido recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo<sup>26</sup>. Por conseguinte – justificou-se na Diretiva – “a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, excepto se o consultor jurídico parti-

<sup>24</sup> Cf. Artigo 2º-A. A motivação manejada pela Diretiva para a inclusão dos auditores, técnicos de contas externos, consultores fiscais, agentes imobiliários, notários e *outros profissionais forenses independentes* está contida nos “considerando” de nº 14 e de n.º 15, a saber: “Há uma tendência no sentido de um maior recurso a empresas não financeiras por parte dos autores de operações de branqueamento de capitais. Tal facto é confirmado pelos trabalhos do GAFI relativos à técnicas e tipologias no domínio do branqueamento de capitais”. E mais: “As obrigações previstas pela directiva em matéria de identificação de clientes, manutenção de registros e notificação de transacções suspeitas devem ser alargadas a um número limitado de actividades e profissões, cuja vulnerabilidade no domínio do branqueamento de capitais tem sido patente”.

<sup>25</sup> Cf. Artigo 6º.

<sup>26</sup> Cf. Artigo 6º, inciso 3, parte final.

cipar em actividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais”<sup>27</sup>.

A Diretiva nº 2005/60/CE, de 26 de outubro de 2005, seguiu o mesmo caminho. Assentou que a “lavagem” de dinheiro e o financiamento do terrorismo são problemas internacionais e os esforços para combatê-los devem ser desenvolvidos à escala mundial<sup>28</sup>. Decretou que as pessoas físicas e jurídicas obrigadas devem se nortear pelos deveres de vigilância da clientela, de informação, de manutenção de registos, de controle interno, de avaliação e de gestão de risco, de gestão da conformidade e de comunicação<sup>29</sup>. Por fim, revogou expressamente a Diretiva nº 91/308/CEE<sup>30</sup>, não sem antes delinear o rol de pessoas subordinadas aos deveres de vigilância e comunicação no artigo 2º, fazendo-o em redação mais abrangente do que a anterior, mas repetindo, no que tange aos advogados, as obrigações antes delineadas na Diretiva de nº 2001/97/CE<sup>31</sup>. A obrigação de comunicação de operações suspeitas à UIF encontrou previsão no arti-

<sup>27</sup> Vide Considerando de nº 17.

<sup>28</sup> Cf. Considerando de nº 35.

<sup>29</sup> Cf. Artigo 34.

<sup>30</sup> Cf. Artigo 44.

<sup>31</sup> Artigo 2º: 1. A presente directiva é aplicável: 1. Às instituições de crédito; 2. Às instituições financeiras; 3. Às seguintes pessoas colectivas ou singulares, no exercício das suas actividades profissionais: a) Auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais; b) Notários e outros membros de profissões jurídicas independentes, quando participem, quer actuando em nome e por conta do seu cliente numa transacção financeira ou imobiliária, quer prestando assistência ao seu cliente na concepção ou execução de transacções relativamente à: i) Compra e venda de bens imóveis ou de entidades comerciais; ii) Gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos pertencentes ao cliente; iii) Abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; iv) Organização das entradas necessárias à criação, exploração ou gestão de sociedades; v) Criação, exploração ou gestão de fundos fiduciários (*trusts*), de sociedades ou de estruturas análogas; c) Prestadores de serviços a sociedades ou fundos fiduciários (*trusts*) não abrangidos pelo disposto nas alíneas a) ou b); d) Agentes imobiliários; e) Outras pessoas singulares ou colectivas que comercializem bens, apenas quando o pagamento for efectuado em numerário e de montante igual ou superior a EUR 15.000, independentemente de a transacção ser realizada através de uma única operação ou de várias operações aparentemente relacionadas entre si; f) Casinos.

go 22<sup>32</sup>, enquanto as exceções aplicáveis aos “membros de profissões jurídicas independentes” foram arroladas no artigo 23, inciso 2, a saber: “Os Estados-Membros não são obrigados a impor as obrigações previstas no n° 1 do artigo 22 aos notários, membros de profissões jurídicas independentes, auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais no que diz respeito às informações por eles recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes quando estes estiverem a determinar a situação jurídica do mesmo ou a exercer a sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, mesmo que se trate de conselhos prestados quanto à forma de instaurar ou evitar um processo, independentemente de essas informações terem sido recebidas ou obtidas antes, durante ou após o processo”.

A Diretiva 2015/849, por fim, reiterou os deveres incidentes sobre os “membros de profissões jurídicas independentes, estabelecendo no artigo 2º, que a Diretiva era aplicável aos “Notários e outros membros de profissões jurídicas independentes, quando participem, quer atuando em nome e por conta do cliente numa operação financeira ou imobiliária, quer prestando assistência ao cliente no planeamento ou execução de operações de:

- (i) compra e venda de imóveis ou entidades comerciais;
- (ii) gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes ao cliente;
- (iii) abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários;
- (iv) organização de entradas ou contribuições necessárias à criação,

---

<sup>32</sup> Artigo 22: 1. Os Estados-Membros devem exigir que as instituições e pessoas abrangidas pela presente directiva e, se for caso disso, os seus administradores e empregados cooperem plenamente: a) Informando prontamente a UIF, por iniciativa própria, sempre que tenham conhecimento, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que foi ou está a ser efectuada uma operação ou uma tentativa de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo; b) Facultando prontamente à UIF, a pedido desta, todas as informações necessárias, nos termos da legislação aplicável. 2. As informações referidas no n° 1 devem ser transmitidas à UIF do Estado-Membro em cujo território se situa a instituição ou pessoa que transmite essas informações. As informações são normalmente transmitidas pela pessoa ou pessoas designadas nos termos do artigo 34.

(v) criação, exploração ou gestão de fundos fiduciários (*trusts*), sociedades, fundações ou estruturas análogas”. O artigo 34° da Diretiva 2015/849 disciplina, ainda, que, em “derrogação do artigo 33.º, n.º 1, os Estados-Membros podem, no caso das entidades obrigadas a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, ponto 3, alíneas a), b) e d), designar um organismo de autorregulação adequado da profissão em causa como autoridade à qual são transmitidas as informações a que se refere o artigo 33.º, n.º 1. Sem prejuízo do n.º 2, nos casos a que se refere o primeiro parágrafo do presente número, o organismo de autorregulação designado transmite de imediato à UIF as informações não filtradas”. Na linha do que dispunha a Diretiva 2005/60, assentou-se no item 2 do citado artigo 34° que “Os Estados-Membros isentam das obrigações estabelecidas no artigo 33.º, n.º 1, os notários, outros membros de profissões jurídicas independentes, os auditores e revisores oficiais de contas, técnicos de contas externos e consultores fiscais, exclusivamente na estrita medida em que tal isenção diga respeito às informações por eles recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes no decurso da apreciação da situação jurídica do cliente ou da defesa ou representação desse cliente em processos judiciais ou a respeito de processos judiciais, mesmo quando se trate de conselhos prestados quanto à forma de instaurar ou evitar tais processos, independentemente de essas informações serem recebidas ou obtidas antes, durante ou depois do processo”.

Por fim, mas não menos importante, a Diretiva 2015/849 impôs, no artigo 35°, um dever de abstenção sobre as “operações que saibam ou suspeitem estar relacionadas com produtos de atividades criminosas ou com o financiamento do terrorismo, até terem concluído as medidas necessárias nos termos do artigo 33º, nº 1, primeiro parágrafo, alínea a), e terem dado cumprimento às instruções específicas das UIF ou das autoridades competentes em conformidade com o direito do Estado-Membro em causa”. O dever de abstenção, contudo, não tem caráter absoluto, pois se permite que, caso seja impossível, ou seja, suscetível de comprometer os esforços para atuar contra os beneficiários de uma operação suspeita,

as entidades obrigadas em causa informam a UIF imediatamente após a execução das operações.

No mesmo sentido, a preconizar que os advogados são sujeitos obrigados e exercem um papel relevante no sistema de prevenção à “lavagem” de dinheiro, de ver-se o conteúdo das Recomendações do GAFI de nº 05, 06, 08 a 11, e, sobretudo, a Recomendação de nº 12, aplicável expressamente à classe dos advogados<sup>33</sup>.

O Brasil, naturalmente, foi influenciado pelo contexto normativo vigente no plano internacional, como se percebe facilmente da leitura da redação conferida pela Lei nº 12.683/2012 ao artigo 9º, XIV, da Lei nº 9.613/1998, que praticamente repete os termos adotados no âmbito da Comunidade Europeia: “Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: (...) XIV – *as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:*

---

<sup>33</sup> a) Lawyers, notaries, other independent legal professionals, and accountants should be required to report suspicious transactions when, on behalf of or for a client, they engage in a financial transaction in relation to the activities described in Recommendation 12(d). Countries are strongly encouraged to extend the reporting requirement to the rest of the professional activities of accountants, including auditing. b) Dealers in precious metals and dealers in precious stones should be required to report suspicious transactions when they engage in any cash transaction with a customer equal to or above the applicable designated threshold. c) Trust and company service providers should be required to report suspicious transactions for a client when, on behalf of or for a client, they engage in a transaction in relation to the activities referred to Recommendation 12(e).

Lawyers, notaries, other independent legal professionals, and accountants acting as independent legal professionals, are not required to report their suspicions if the relevant information was obtained in circumstances where they are subject to professional secrecy or legal professional privilege. Customer due diligence and record-keeping

The customer due diligence and record-keeping requirements set out in Recommendations 5, 6, and 8 to 11 apply to designated non-financial businesses and professions in the following situations: (...) Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants when they prepare for or carry out transactions for their client concerning the following activities: buying and selling of real estate; managing of client money, securities or other assets; management of bank, savings or securities accounts; organization of contributions for the creation, operation or management of companies; creation, operation or management of legal persons or arrangements, and buying and selling of business entities.

e) Trust and company service providers when they prepare for or carry out transactions for a client concerning the activities listed in the definition in the Glossary.

*a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais” (grifos apostos).*

De fato, mesmo sem mencionar expressamente os profissionais da área jurídica (advogados), a Lei nº 12.683/2012 optou por obrigar as pessoas físicas que prestam, ainda que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, nas citadas operações financeiras. Ora, os advogados, notadamente os tributaristas e os societários, comumente prestam assessoria e consultoria na compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza, na gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos, na criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas. Assim, sob esse contexto, será possível negar que os advogados se encontram albergados, a partir de 10 de julho de 2012, pelo artigo 9º, XIV, da Lei nº 9.613/1998? Qual o fundamento razoável para impor obrigações relacionadas à prevenção à “lavagem” de ativos ilícitos às pessoas físicas que executam serviços de consultoria e de assessoria (contadores, economistas, engenheiros) e, na mão inversa, excluir os advogados? Será possível rebater a alegação de que qualquer comunicação de atividade suspeita de “lavagem” de dinheiro estaria protegida pela cláusula do segredo profissional?

Essas indagações ensejaram uma série de manifestações da comunidade jurídica brasileira, as quais podem ser sintetizadas em três posicionamentos: (i) não existe dever de comunicação (reporte) para o advogado em razão de sua (i.ii) relevante função no Estado Democrático de Direito (cf. artigo 133 da Constituição da República) e do (i.ii) corresponden-

te sigilo profissional que permeia a relação advogado-cliente. Essa posição foi adotada pela Ordem dos Advogados do Brasil antes mesmo da promulgação da Lei n. 12.683/2012 e deu azo ao ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4841 pela Confederação Nacional de Profissionais Liberais<sup>34</sup>. (ii) Os deveres implementados no art. 9º, XIV, da Lei n. 9.613/1998, existem somente para aqueles profissionais que prestam consultoria jurídica, restando excluídos, por consequência, os advogados que desempenham funções atinentes à tutela judicial ou à proteção de direitos fundamentais em juízo, isto é, advogados que atuam em causas contenciosas ou potencialmente contenciosas de qualquer natureza (cível, trabalhista, administrativa, arbitral, criminal etc.). Esse entendimento segue o parâmetro adotado nas Diretivas da Comunidade Europeia e foi sustentado, por exemplo, no parecer ofertado pela Procuradoria-geral da República na citada ADI 4841. (iii) Os deveres de comunicação de atividade suspeita incidem apenas sobre profissionais que prestam consultoria em operações “extrajurídicas”. O cerne dessa perspectiva parte da ideia que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/1994) não distingue, como atividades privativas do advogado, a postulação judicial da consultoria jurídica<sup>35</sup>.

A imposição de tais deveres aos advogados não é, penso, em si mesma inconstitucional e não amesquinha, sob qualquer ângulo, o papel que o advogado protagoniza no sistema de justiça brasileiro. Ao mesmo tempo, tendo presente o conteúdo e a finalidade que o sigilo profissional exerce no relacionamento advogado cliente, é de se verificar se essa relevante garantia incide sobre qualquer atividade advocatícia, ou se ela é exclusiva dos defensores que tutelam direitos que estão sendo discutidos em juízo (justiça contenciosa).

---

<sup>34</sup> A ADI não teve liminar concedida e se encontra sob conclusão do Ministro Relator Celso de Mello desde 18 de novembro de 2015.

<sup>35</sup> Nesse sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (organizadores). São Paulo: LiberArs, 2014, p. 483-489; COCA VILA, Iván. **El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis?** Comentario a la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso *Michaud* contra *Francia*. InDret 4/2013, Barcelona, octubre de 2013.

Dada a enorme gama de atividades desempenhadas pelos causídicos nos dias de hoje e o fato de os Estados terem estabelecido uma clara política criminal de combate ao delito de branqueamento, o que precisa ser respondido é: a quais advogados podem ser impostas tais obrigações? Analisando o tema pelo Direito argentino, **Roberto Durrieu** destaca que a resposta à obrigatoriedade de comunicação de operações suspeitas de “lavagem” e terrorismo aos advogados deve ser dirimida a partir do alcance que se pretende outorgar ao princípio do segredo profissional<sup>36</sup>. Sendo assim, se se considerar o segredo profissional de modo *amplo*, quase absoluto, porquanto essencial ao exercício da profissão, ele somente podendo ser mitigado em situações específicas. De outro lado, em uma *via intermediária*, a primazia do segredo profissional apenas seria prestigiada naqueles casos em que o advogado assessora o cliente sobre determinada situação jurídica ou, ainda, quando ele defende ou representa esse cliente em um processo judicial, administrativo, de arbitragem ou mediação. Finalmente, ainda seria possível cogitar de uma terceira posição, de caráter *restritivo*, segundo a qual o interesse em descortinar uma atividade suspeita de “lavagem” de valores prevaleceria em todas as circunstâncias, excetuados os casos de defesa judicial<sup>37</sup>.

Sob o contexto instaurado com o advento da Lei nº 12.683/2012, **Pierpaolo Bottini** e **Gustavo Badaró** refutam a instituição de deveres de comunicação à advocacia, independentemente de ser ela contenciosa ou consultiva, alegando que, pelo princípio da especialidade, prevaleceria sobre a Lei nº 9.613/1998 (geral) o Estatuto da OAB (especial), cujo artigo 34, VII, impõe dever de sigilo e de confidencialidade na relação cliente/advogado<sup>38</sup>. A meu ver, a admissão de obrigações de identificação e de comunicação de operações suspeitas aos advogados pressupõe, necessariamente, a esmerada análise do conteúdo normativo e conseqüente conjugação de, pelo menos, quatro dispositivos previstos na Constituição da

<sup>36</sup> op. cit., p. 81.

<sup>37</sup> DURRIEU, Roberto. **El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

<sup>38</sup> op. cit., p. 138.



República, a saber: (i) o artigo 5º, *caput*, que assegura, como direito fundamental, a inviolabilidade do direito à segurança; (ii) o artigo 5º, XIII, que contempla o livre exercício de qualquer atividade profissional, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (iii) o artigo 5º, LIV, ao assentar, como imperativo, o devido processo legal e, por fim, (iv) o artigo 133, que trata da indispensabilidade do advogado à administração da justiça. E isso tudo, evidentemente, sem olvidar, de um lado, a advertência de **Konrad Hesse** no sentido de que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, ou seja, a sua interpretação não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo<sup>39</sup> e, de outro, o fato de que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto ou ilimitado, de sorte que, sob os auspícios do Estado Democrático e Social de Direito, o exercício dos direitos vincula-se inexoravelmente a uma compreensão de responsabilidade social e de integração aos valores da comunidade<sup>40</sup>. Dessa forma, os aludidos preceitos constitucionais não podem ser cotejados ao largo da ideia de que os seres humanos – todos, frise-se, independentemente da profissão desempenhada – convivem, na atualidade, em uma sociedade globalizada, de risco, complexa, de informação, tecnológica e em rede. A conformação constitucional conferida à advocacia no artigo 133, ao direito de livre exercício de profissão (artigo 5º, XIII) e à concretização do *due process of law* (artigo 5º, LIV), delinea, na minha opinião, um reforço de proteção da atividade advocatícia vinculado estritamente à administração da justiça, ou, mais precisamente, **à defesa de direitos e garantias em juízo**, de sorte que o advogado que atua na defesa de seu constituinte em um processo judicial *não pode ser obrigado* a comunicar à Unidade de Inteligência Financeira (COAF) quaisquer fatos que, no estrito exercício de sua atividade profissional<sup>41</sup>,

<sup>39</sup> **A força normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

<sup>40</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 3. ed. Portugal: Editora Almedina, 2004, p. 283. Sobre a natureza relativa do artigo 133 da Carta da República: José Afonso da Silva. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 613.

<sup>41</sup> O que, evidentemente, engloba os fatos narrados ao advogado pelo próprio cliente, mas também aqueles conhecidos pelo causídico no desiderato de obter maiores informações sobre o conteúdo daquilo que foi descrito pelo constituinte, como, por exemplo, a análise de documentos

tomou conhecimento, ainda que eles se amoldem às figuras típicas da “lavagem” de dinheiro, sob pena reduzir a um ponto inaceitável os postulados da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, além de acarretar a erosão da confiança que permeia a relação cliente advogado, a imposição de comunicação de atividades suspeitas obstará que os defensores conheçam o fato com todas as suas circunstâncias, jamais chegando a conhecer importantes e úteis detalhes para a concretização da defesa judicial, em nítido detrimento do postulado do devido processo legal. Registre-se, em acréscimo, que essa restrição ao dever de notificação também deve abarcar as hipóteses nas quais o advogado é consultado sobre uma concreta situação jurídica vinculada a um processo judicial. É o caso, por exemplo, do advogado que é procurado por uma pessoa para aconselhá-lo acerca da conveniência de realizar, ou não, uma colaboração premiada<sup>42</sup>, uma confissão<sup>43</sup>, a suspensão condicional do processo<sup>44</sup> ou a reparação do dano<sup>45</sup>. Tudo o mais, contudo, pode ser objeto de controle para a plena satisfação de um bem fundamental igualmente contemplado na Carta Magna: o direito à segurança. Mesmo porque, parece-me que as atividades arroladas no inciso XIV do artigo 9º da Lei nº 9.613/1998 *não são privativas de profissionais da área jurídica*, podendo ser desempenhadas por quem quer que seja (administradores de empresas, por exemplo), independentemente de qualquer conhecimento jurídico. Nesse tom, a tese do sigilo profissional não pode servir de fundamento para obstar o estabelecimento de deveres de comunicação, pois o segredo atinente à atividade profissional, por mais nobre que seja, não se reveste de caráter absoluto. Ele sofre, obviamente, os temperamentos de um sistema que se desenvolve sob uma ideia da convivência harmoniosa. Por esse motivo, o artigo 34, VII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, instituído pela Lei

---

e a inquirição de terceiras pessoas. De outro lado, os fatos aos quais se teve acesso por meio diverso, completamente dissociado da atividade profissional, não se revestem, a toda evidência, de sigilo. Nesse mesmo sentido: Córdoba Roda, Juan. *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, **Cuadernos de Crítica Jurídica**, nº 1-2006, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 30.

<sup>42</sup> Artigo 1º, parágrafo quinto, da Lei nº 9.613/1998.

<sup>43</sup> Artigo 65, alínea “d”, do Código Penal e artigo 25, parágrafo segundo, da Lei nº 7.492/1986.

<sup>44</sup> Artigo 89 da Lei nº 9.099/1995.

<sup>45</sup> Artigo 65, alínea “b” do Código Penal.

nº 8.906/1994, somente considera como infração disciplinar a violação de sigilo profissional veiculada **sem justa causa**<sup>46</sup>. Esse preceito, aliás, encontra-se em consonância com outros diplomas reguladores de profissões, como sucede com os Contadores<sup>47</sup>, os Administradores<sup>48</sup> e os Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos<sup>49</sup>, bem como o que ocorre com as instituições financeiras em razão do sigilo bancário<sup>50</sup> e com o próprio Código Penal, haja vista a redação do crime de omissão de notificação de doença (artigo 269)<sup>51</sup>. Em síntese: a atividade de consultoria jurídica não processual

<sup>46</sup> GRECO, Marco Aurélio. **Lei de lavagem de dinheiro e exercício da advocacia**. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (organizadores). São Paulo: LiberArs, 2014, p. 426.

<sup>47</sup> Cf. artigo 2º, II, da Resolução nº 803/1996, do Conselho Federal de Contabilidade (Código de Ética Profissional do Contador): “Art. 2º São deveres do Profissional da Contabilidade: [...] II – guardar sigilo sobre o que souber em razão do exercício profissional lícito, inclusive no âmbito do serviço público, **ressalvados os casos previstos em lei ou quando solicitado por autoridades competentes**, entre estas os Conselhos Regionais de Contabilidade” (grifos apostos). Sintomática, no ponto, a edição da Resolução nº 1.445/2013, do Conselho Federal de Contabilidade, que dispõe “sobre os procedimentos a serem observados pelos profissionais e Organizações Contábeis, quando no exercício de suas funções, para cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 9.613/1998 e alterações posteriores”, de 26 de julho de 2013.

<sup>48</sup> Cf. artigo 2º, XII, da Resolução Normativa nº 393, do Conselho Federal de Administração (Código de Ética dos Profissionais de Administração: “É vedado ao Profissional de Administração: [...] XII – revelar sigilo profissional, **somente admitido quando resultar em prejuízo ao cliente ou à coletividade**, ou por determinação judicial” (grifos apostos).

<sup>49</sup> Cf. artigo 9º, III, alínea “b”, da Resolução nº 1002 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Código de Ética Profissional): “No exercício da profissão são deveres do profissional [...] III – (...) b) resguardar o sigilo profissional quando do interesse de seu cliente ou empregador, **salvo em havendo a obrigação legal da divulgação ou da informação**” (grifos apostos).

<sup>50</sup> Dispõe o artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001: As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...] § 3º Não constitui violação do dever de sigilo: I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996; IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa; V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar”.

<sup>51</sup> Daí a advertência de Nelson Hungria no sentido de que, em relação ao delito previsto no artigo 269 do CP, “Apresenta-se, no caso, uma notável exceção à regra do *segrêdo profissional*: quando

– comercial, tributária, administrativa, sucessória etc. – estaria indiscutivelmente abrangida pelos deveres inerentes ao *know your customer*, sem que daí se possa extrair qualquer inconstitucionalidade ou violação do segredo profissional. De outro lado, o advogado que defende interesse em sede de processo ou formula consultoria sobre específica situação jurídica a respeito de um processo judicial busca a salvaguarda de um interesse em conformidade com o ordenamento jurídico, isto é, aplica seus conhecimentos técnicos visando a proteção de direitos e garantias inerentes ao devido processo legal, os quais pertencem a alguém que está sendo acusado por algo que cometeu. Na atividade de consultoria, mormente a de natureza tributária, a situação é diversa: o cliente procura o advogado projetando determinada conduta que, a depender das circunstâncias, poderá, ou não, se traduzir em crime de “lavagem” de dinheiro. A consultoria recai, assim, sobre a melhor forma ou o modo mais eficaz – leia-se, menos suspeito aos olhos das autoridades investidas da persecução penal – de ocultar ou dissimular valores obtidos criminosamente. A imposição legal do dever de notificação ao advogado atende, portanto, a um duplo interesse: do ponto de vista preventivo, enseja a atuação expedita dos órgãos de fiscalização e inibe a perpetração da conduta criminosa; do ponto de vista repressivo, acarreta maior eficácia na atividade de persecução penal, pois a execução da operação mediante adequado reporte poderá proporcionar maiores elementos probatórios atinentes à origem criminosa dos recursos e à própria autoria delitiva.

A Corte Europeia de Direitos Humanos debruçou-se sobre a controvérsia do dever de reporte no famigerado caso *France X Michaud*, no qual um advogado francês impugnava a incorporação das Diretivas europeias para o ordenamento jurídico francês. O julgamento ocorreu em 6 de dezembro de 2012, e a Corte de Estrasburgo decidiu, em resumo, que a comunicação de atividade suspeita de lavagem de dinheiro ou de terrorismo não maculava o segredo profissional, e, portanto, se afigurava proporcional, diante de dois fundamentos principais: (i) existe um rol taxativo

---

está em causa doença de notificação compulsória, a violação do segredo médico, no sentido de comunicação à autoridade competente, deixa de ser crime, para ser um dever legal” (*Comentários ao Código Penal*, Volume IX, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 104).

de operações que ensejam o dever de comunicação de atividade suspeita, não se podendo cogitar, assim, da imposição de obrigações genéricas; (ii) ao incorporar a Diretiva europeia, o sistema jurídico francês impôs que as comunicações advindas dos advogados fossem encaminhadas ao órgão de representação da classe, algo similar à Ordem dos Advogados do Brasil, e não à Unidade de Inteligência Financeira (UIF).

#### **4 Conclusão: necessidade de regulamentação pela OAB**

O perfil constitucional conferido à advocacia no artigo 133 da Constituição da República e o contexto jurídico internacional que delinea o sistema de prevenção à “lavagem” de dinheiro impõem uma necessária regulamentação do inciso XIV do artigo 9º da Lei nº 9.613/1998. Essa regulamentação atenderia, a meu ver, o interesse do próprio profissional de advocacia<sup>52</sup> e, assim, deve ser urgentemente implementada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Ao menos quatro motivos fundamentam essa asserção: (i) imputação objetiva: tendo presente que a existência de normas de segurança e de regência profissional representa um importante critério para a aferição do risco juridicamente desaprovado<sup>53</sup>, a normatização da OAB reduziria os espaços de riscos proibidos e, por conseguinte, as chances de atribuição de responsabilidade penal com fundamento na teoria da imputação objetiva; (ii) segurança jurídica: a criação de metodologias e procedimentos específicos – inclusive deontológicos – de prevenção à “lavagem” de dinheiro e de avaliação de risco, proporcionará transparência e segurança para o exercício da advocacia consultiva, evitando que o advogado funcione como um cooperador muitas vezes insciente do delito praticado por outrem; (iii) autorregulação: defendo que a regulação deve partir da OAB e não da UIF (COAF, no caso brasileiro), pois ninguém mais habi-

<sup>52</sup> Como dispõe o artigo 44, II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/1994), a Ordem dos Advogados do Brasil, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

<sup>53</sup> GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 58 e ss.

litado e competente para conhecer as vicissitudes da profissão do que o próprio advogado; (iv) uniformização: o padrão internacional de prevenção à lavagem de dinheiro em relação à advocacia proclama o dever de reporte dos advogados consultivos; a regulamentação nacional atenderia ao propósito de uniformização derivado, sobretudo, dos diversos acordos internacional nos quais o Brasil funcionou como signatário<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> No ano de 2020 a ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) editou a Recomendação III, na qual concitou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a promover a regulamentação da advocacia para o cumprimento das obrigações previstas na Lei n. 9.613/1998, observado o regime de inviolabilidade e o sigilo nas relações entre o advogado e o cliente nos termos da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB).

## **CAPÍTULO 14**

# **Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) e o mundo corporativo**

*José Fernando Vidal de Souza*

### **Introdução**

A ideia de Desenvolvimento Sustentável vem sendo perseguida há aproximadamente 50 anos, à vista da preocupação das nações com o rápido crescimento da população mundial e a possibilidade de esgotamento dos recursos naturais.

Ao longo desse tempo várias fases foram sendo trabalhadas de forma global e local. Na Conferência de Estocolmo (1972) a ideia principal estava ligada à tríade: população, economia e meio ambiente, sendo que a busca era promover uma reflexão sobre medidas corretivas visando reduzir o colapso decorrente de um crescimento demográfico desordenado frente a uma aceleração industrial e a crescente destruição do meio ambiente.

Mais adiante, em 1987, a definição de Desenvolvimento Sustentável surge no documento intitulado “Nosso Futuro Comum”, conhecido como Relatório Brundtland, acabando por ser definitivamente empregado na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92).

Nessa ocasião já existiam sinais crescentes de que a humanidade avançava para um modelo de insustentabilidade, mas os resultados da Rio-92 demonstravam que a questão ambiental entrara nas agendas dos Estados e, finalmente, conseguiríamos resolver os conflitos de ordem econômica, as desigualdades sociais e a crescente devastação ecológica.

Contudo, após 10 anos, no encontro da Cúpula Mundial de Desenvolvimento Sustentável (Rio + 10) em Johannesburgo, na África do Sul, 2002, constatou-se que, novamente, as questões ambientais não se apresentavam como relevantes no âmbito mundial e os resultados da Conferência Rio+10 foi um fracasso, sendo os debates marcados por disputas ideológicas, econômicas e interesses nacionais, corporativos e individuais.

Na sequência, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), realizada no Rio de Janeiro, em 2012, se pautou por promover o compromisso político dos Estados de renovarem a ideia de Desenvolvimento Sustentável.

Por fim, em 25 de setembro de 2015, a Resolução da ONU estabeleceu a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, desta feita fundada em 17 objetivos, que se desdobram em 169 metas.

O presente artigo pretende, assim, examinar a trajetória do conceito de Desenvolvimento Sustentável e sua aplicabilidade junto às empresas. Desta maneira, parte-se do início da Revolução Industrial e da forma como foram concebidas as primeiras indústrias e empresas, examina-se a evolução destas diante do fenômeno da globalização, a evolução dos conceitos de Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade e as Agendas 21 e 2030 para, ao final, se verificar se a ideia de uma sociedade pautada por um modelo de autossustentabilidade ainda é possível ou não passa de uma quimera irrealizável.

## **1 Como chegamos até aqui: uma breve análise sobre o desenvolvimento da industrialização**

Para avaliarmos corretamente a realidade atual, relacionando a questão do desenvolvimento, com as consequências das escolhas feitas e a capacidade de suporte da Terra, diante da possibilidade de esgotabilidade dos recursos naturais e da agressão aos ecossistemas, precisamos ter claro a trajetória percorrida pela humanidade, até atingirmos o estágio atual dos padrões de crescimento econômico e a sua possível compatibilidade com os limites ecológicos do planeta.



A maioria dos historiadores aponta o desenvolvimento da máquina a vapor, como marco fundamental para o surgimento da Revolução Industrial. A máquina a vapor foi criada na Inglaterra, em 1760, final do século XVII, por Thomas Newcomen, e aprimorada por James Watt, com o objetivo de aproveitar o vapor da água aquecida pelo carvão para produzir energia e revertê-la em força para mover as máquinas.

O desenvolvimento tecnológico das máquinas a vapor levou, também, ao surgimento das máquinas têxteis, com o objetivo de facilitar o processo de produção de roupas. Tais máquinas eram capazes de tecer os fios em uma velocidade muito maior que a do processo manual. Assim, máquinas como a *spinning jenny* e a *water frame* são exemplos desse período da história da humanidade.

De fato, em 1767, James Hargreaves inventou uma máquina batizada como *spinning jenny*, que permitia ao artesão fiar de uma só vez até oitenta fios, mas eram finos e quebradiços. Tal fato levou Richard Arkwright a desenvolver o equipamento nominado de *water frame*, movido à água, que era econômico, mas produzia fios grossos. Em 1779, Samuel Crompton combinou as duas máquinas numa só, a *mule* e obteve fios finos e resistentes, para finalmente, em 1875, Edmond Cartwright inventar o tear mecânico.

Desta maneira, a mudança ocorrida no mundo, a partir da Revolução Industrial, no século XVIII, conduziu a humanidade para mudanças de hábitos e costumes, em especial com o surgimento da indústria, de um novo modelo pautado por uma relação de capital e trabalho, com a estrutura de uma classe operária, de um rápido movimento de urbanização, do aumento populacional e da consolidação do processo do capitalismo. Tem-se, pois, que o fenômeno da Revolução Industrial impacta, substancialmente, as relações de trabalho e causa uma reação dos trabalhadores, que são cada vez mais explorados dentro desse modelo.

No entanto, o elemento essencial à industrialização na Inglaterra é a transformação na estrutura agrária após a Revolução Inglesa, no século XVII. O Parlamento inglês permite os cercamentos e a divisão das terras coletivas, beneficiando os grandes proprietários, enquanto os camponeses foram reunidos em espaços determinados, com pouca chance de sobrevi-

vência e, em curto lapso de tempo se transformaram em proletários rurais e deixaram de ser ao mesmo tempo agricultores e artesãos.

Com isto, diminui a oferta de trabalhadores na indústria doméstica rural e aumenta a proletarização, a população urbana cresce, o mercado consumidor também e sobrou mão-de-obra para os centros industriais. Em 1800 Londres já contava com um milhão de habitantes. Desta forma, a burguesia inglesa que acumulara capital suficiente e não vendo maiores possibilidades na manutenção do modelo artesanal, decide financiar as fábricas, compra matéria-prima e máquinas e passa a contratar empregados.

Esses fatos levam John Keane<sup>1</sup> a enfatizar que em 1802 “a Grã-Bretanha tinha uma renda igual à de toda a Europa uma marinha superior à de toda Europa e um comércio tão grande como Europa... uma dívida tão grande como a de toda Europa”.

Assim, rapidamente a burguesia industrial inglesa constata que o mercado consumidor inglês assimila o novo modelo. A busca por maiores lucros, menores custos e produção acelerada levam à busca de alternativas para melhorar a produção de mercadorias.

O comerciante passa a produzir, mediante a contratação de artesãos para dar acabamento aos tecidos, depois para tingir, tecer e, finalmente fiar. Logo em seguida, surgem as fábricas, com empregados assalariados, sem controle sobre o produto de seu trabalho, elevando a produtividade.

Desta maneira, o século XVIII é marcado por intensas mudanças que aceleram os meios de produção, que visam a atender o crescimento populacional e a maior demanda de produtos e mercadorias.

Além disso, a partir de então a economia mundial passa a sofrer grandes transformações, com o processo de produção de mercadorias, em escala aumentada, na qual a produção manual passa a ser substituída pelo uso de máquinas.

De fato, antes da Revolução Industrial, todo o processo produtivo era manufatureiro, ou seja, a produção era manual e o trabalhador realizava seu trabalho por meio de sua capacidade individual artesanal, com ritmo

---

<sup>1</sup> KEANE, John. **Vida e morte da democracia**. São Paulo: Edições 70. 2010. p. 464.

menos intenso, marcado por uma relação diferenciada do preço da mercadoria, inclusive, com a possibilidade de escambo. Contudo, o desenvolvimento das máquinas, ou seja, a maquinofatura, fez com que a produção fosse acelerada, com a produção de uma quantidade maior de mercadorias, para o consumo de um número maior de pessoas.

A máquina passou a ser a grande responsável pela produção e, paulatinamente, os grandes capitalistas foram aumentando seus lucros, enriquecendo e as cifras obtidas com as indústrias passaram a financiar novos inventos, fato que marcará o desenvolvimento durante o transcorrer do século XIX (*laissez faire*), à vista da liberdade de troca de mercadorias, dos fluxos de capitais e do movimento migratório. Esse padrão de industrialização monopolista permitiu, por exemplo, que investimentos fossem direcionados ao desenvolvimento das estradas de ferro, a partir do invento do engenheiro inglês, Richard Trevithick, que construiu, em 1803, um veículo a vapor similar a uma locomotiva. Assim, outro engenheiro inglês, George Stephenson, cria a tração a vapor em estrada de ferro, ao compreender o princípio de aderência de rodas lisas sobre uma superfície lisa e, em 1813, constrói a locomotiva “Blucher”, testada em 25 de julho de 1814, puxando 8 vagões com 30 toneladas, entre Lilligwort e Hetton. O surgimento da locomotiva e a difusão da estrada de ferro, a partir de 1840, na Inglaterra, permite que as mercadorias sejam transportadas com maior rapidez e em maior quantidade. Com isso, a Inglaterra consolida o seu poderio econômico, especialmente, porque o lucro da indústria inglesa permite a diversificação dos investimentos em outros segmentos.

Rapidamente, porém, esse padrão de industrialização retardatária, associado aos meios de produção, revelou que as fábricas do período da Revolução Industrial se mostravam como ambiente hostil e de alta zona de conflitos, pois eram construídas de forma precária e sustentadas por péssimo ambiente de trabalho, com pouca iluminação, sem areação e sujos. Os trabalhadores eram submetidos a uma carga extenuante de atividade laboral, que chegava até a 18 horas por dia, percebendo salários baixíssimos, com exploração também da mão de obra infantil e feminina.

Este contexto leva à profunda alteração dos hábitos familiares e sociais vigentes da maioria da população, que estava acostumada a um ritmo de vida mais lento e um consumo de bens para a subsistência.

Os empregados não tinham direitos trabalhistas tais como férias, décimo terceiro salário, auxílio doença, descanso semanal remunerado e estavam sujeitos a castigos físicos dos empregadores, caso não cumprissem adequadamente suas funções.

Tem-se, assim, que a Revolução Industrial causou profundas transformações no mundo, e uma dessas transformações deu-se no processo produtivo e no estilo de vida dos trabalhadores e das populações em geral. Aliado a esse movimento tem-se o aumento da exploração dos recursos naturais, como matérias primas para o crescimento vertiginoso da capacidade produtiva.

A mecanização desqualificava o trabalho e reduzia o salário e as frequentes paradas da produção geravam novos desempregos, que levavam muitos ao ócio, ao alcoolismo e à violência.

Muitos empregados passam a se rebelar contra as máquinas, empregadores e as fábricas, acabando por destruir várias delas, o que leva os proprietários e o Estado a organizarem uma defesa militar para protegê-las.

Para evitar o colapso social frente à situação de penúria dos camponeses e artesãos estimulados por ideias iluministas advindas da Revolução Francesa, as classes dominantes da Inglaterra editam a Lei Speenhamland, que garantia subsistência mínima ao homem incapaz de se sustentar, em razão do desemprego, sendo que este benefício era sustentado por um imposto pago por toda a comunidade, que custeava tais despesas.

Aos poucos os trabalhadores passam a se organizar em associações e instituem cotas para pagar o enterro de associados, assim, a associação passa a ter caráter reivindicatório e, na sequência surgem os sindicatos que, gradativamente, conquistam uma série de direitos, tais como a proibição do trabalho infantil, a limitação do trabalho feminino, a redução da jornada de trabalho e o direito de greve.

Este modelo vigora na Inglaterra no período de 1760 a 1850, com a predominância da produção de bens de consumo, especialmente têxteis, e a energia a vapor. A partir de 1850 a 1900, a Revolução Industrial se espalha pela Europa, América e Ásia, atingindo diversos países, dentre eles a Bélgica, França, Alemanha, Estados Unidos, Itália, Japão, Rússia.

Com isto a concorrência se acirra e a indústria de bens de produção se desenvolve, as ferrovias expandem e novas formas de energia, como a hidrelétrica e a derivada do petróleo passam a ser utilizadas para a produção de bens de consumo e o transporte, com a invenção da locomotiva, do barco a vapor e do automóvel.

O início do século XX passa a ser marcado pela figura da produção em massa, ou seja, a produção em larga escala, por meio de um padrão diante do qual os produtos são fabricados em linhas de montagens. Esse modelo de produção foi desenvolvido por Henry Ford, na década de 20 do século passado, com a produção do modelo Ford T. A difusão da produção em massa permite um modo novo de produção, com a otimização das taxas de produção por trabalhador e a possibilidade de redução dos preços dos bens produzidos.

No entanto, após a Primeira Guerra Mundial que devastou partes da Europa e da Grande Depressão de 1929, Eric Hobsbawn<sup>2</sup> observa que “entre as guerras, a economia mundial capitalista pareceu desmoronar. Ninguém sabia exatamente como se poderia recuperá-la”. Não obstante isso, o historiador britânico<sup>3</sup> complementa seu pensar ao destacar que:

O progresso técnico continuou e até acelerou na Era da Catástrofe, transformando e sendo transformado pela era de guerras mundiais. Embora na vida da maioria dos homens e mulheres as experiências econômicas centrais da era tivessem sido cataclísmicas, culminando com a Depressão de 1929-1933, o crescimento não cessou nessas décadas. Apenas diminuiu o ritmo. Na maior e mais rica economia da época, os EUA, a

<sup>2</sup> HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos – O breve século XX – 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 91.

<sup>3</sup> HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos – O breve século XX – 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 91. p. 92.

taxa média de crescimento do PNB per capita da população entre 1913 a 1938 foi de apenas modesto 0,8 % ao ano.

Com isso, tem-se que no século XX surgem os grandes conglomerados industriais e multinacionais, a produção em série e automatizada, a expansão dos meios de comunicação e o consumo de massas. A consolidação da Revolução Industrial dá-se com a maquinofatura, que submete o trabalhador ao regime de funcionamento da máquina e a subordinação direta do empregador. Desta maneira, como observa Eric Hobsbawn<sup>4</sup>:

A história da economia mundial desde a Revolução Industrial tem sido de acelerado progresso técnico, de contínuo mas irregular crescimento econômico, e de crescente “globalização”, ou seja, de uma divisão mundial cada vez mais elaborada e complexa de trabalho; uma rede cada vez maior de fluxos e intercâmbios que ligam as partes da economia mundial ao sistema global

Assim, durante o século XX verificou-se a apropriação do humano por meio de modelo de transformação tecnológica-industrial, bem como a apropriação da natureza, por meio de exploração e subjugação, para construção de um mercado fundado na dependência do consumo.

De fato, tem-se que ao longo da história, durante o período mencionado, o modelo de produção irresponsável gerou danos irreversíveis à natureza e à sociedade em geral. Com isso, a Revolução Industrial foi responsável por vários problemas ambientais catastróficos, muitos deles causadores de problemas que ainda perduram, tais como as várias modalidades de poluição do ar, das águas e dos solos, que ensejam reflexão aprofundada sobre a necessidade de se aliar a produção com a preservação dos bens ambientais.

---

<sup>4</sup> HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos – O breve século XX – 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 92.

## 2 O mundo corporativo em tempo de globalização

Desta forma, o Século XX se encerra e o Século XXI se descortina com o advento da globalização, ou seja, um amplo processo que visa aprofundamento de uma integração econômica, que permita a obtenção de maiores lucros para os mercados internos.

A tentativa não é outra senão a promoção de uma teia que enseje a formação de uma aldeia global, sem fronteiras e embaraços e promova mudanças de ordem social, cultural e comunicação entre todos os países do mundo.

É preciso ter claro, porém, que o fenômeno da globalização somente se concretiza pela sedimentação da Terceira Revolução Industrial, que ocorreu nas primeiras décadas do século XX, período marcado pelo surgimento dos conglomerados industriais e multinacionais, pela produção em série, pela expansão da sociedade de consumo de massas e dos meios de comunicação.

Assim, o capitalismo neoliberal se aproveita deste fenômeno histórico e busca unificar os centros urbanos, com a expansão das corporações para regiões fora de seus núcleos geopolíticos de origem, através da revolução tecnológica das comunicações e eletrônica e mediante a formação de blocos comerciais regionais, sem ideologias, provendo, inicialmente a hibridização e, em seguida, a homogeneização das culturas populares locais, para permitir a implementação de cultura de massa, que pretende ser universal.

A partir de 1950, com a automação da produção, vê-se o avanço da indústria química e eletrônica, a engenharia genética, a robótica, bem como novos modelos de organização do trabalho e, conseqüente, cortes de postos de trabalho, gerando crescentes e significativos percentuais de desemprego.

Diante disso, percuriente a observação feita por Medeiros e Rocha<sup>5</sup>:

---

<sup>5</sup> MEDEIROS, Soraya Maria de; ROCHA, Semíramis Melani Melo. Considerações sobre a terceira revolução industrial e a força de trabalho em saúde em Natal. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de

Resumindo, a Terceira Revolução Industrial constitui um processo difuso que repercute na dimensão cultural; o chamado pós-modernismo influencia a arte e os costumes. No que diz respeito à política e à economia gerou o chamado neoliberalismo e a era da globalização. Essa transformação no modo de produção ocorre simultaneamente na organização do Estado e no processo de trabalho nos setores: primário (agropecuária, extração de minérios), secundário (indústria, pesquisa, informática) e terciário (serviços), sendo este último o âmbito do setor saúde.

Além disso, se ao longo do Século XX, as estruturas organizacionais e as práticas gerenciais que foram projetadas para funcionar num ambiente mais estável, com padrões e normas rígidas, motivadas por números, produção em escala e metas rigorosas, no qual há um grande controle da liberdade de ação dos trabalhadores, com o fenômeno da globalização, o mundo dá lugar a um modelo onde não há mais segurança, obrigando a empresas a buscarem um novo modelo de gestão, capaz de conviver com incertezas e agilidade de raciocínio e profissionais com sensibilidade, humanismo e variáveis socioculturais para negociação.

A evolução da empresa seguiu os passos da Revolução Industrial, desta forma, na primeira revolução industrial, como visto, a mudança na sociedade se operou pelo aprimoramento das máquinas a vapor e do tear mecânico. A segunda deu-se pelo emprego do aço, da energia elétrica e dos primeiros motores elétricos e dos movidos a combustíveis e pela expansão da produção industrial nas áreas da metalurgia, mecânica e siderurgia. A terceira revolução foi marcada pelo avanço dos processos eletrônicos, da presença dos sistemas computadorizados e dos robôs nas manufaturas.

A consequência desta nova face do capitalismo neoliberal é ainda mais devastadora, pois ao longo de todo o tempo este modelo não conseguiu que os agentes econômicos, privados ou estatais, através de incessante reprodução do capital, com constante obtenção de lucros, permitissem a distribuição de riqueza entre todos.



O que se percebe é que, ao contrário, a acumulação e concentração de capitais na mão de pouquíssimas pessoas têm acirrado uma luta de classes entre o empresariado e os assalariados.

Esta contradição levou o capitalismo a polarizar as riquezas e, agora, no contexto da globalização, a promover uma intensa exclusão social, com aprofundamento da crise internacional, gerando nos países periféricos e semiperiféricos aumento da taxa de desemprego urbano, crescimento da dívida externa e imensos conflitos que levam a legião de perseguidos e de refugiados, muito embora o PIB por habitante de muitos destes países tenham aumentado, o que indica uma maior concentração de rendas.

Portanto, a globalização e a liberalização dos mercados não reduziram as desigualdades e a pobreza nas últimas décadas e, ainda, estão por destruir as diversas culturas e formas de pensar existentes no mundo, instituindo uma monocultura do saber, a partir do conhecimento científico monocrático e atrelado ao capital.

De forma didática, a globalização pode ser marcada por três fases distintas: a) período denominado expansionismo mercantilista (1450-1850); b) período era Industrial, imperialista e colonialista (1850-1950); c) período pós-1989 aos dias recentes.

A globalização obriga as empresas a promoverem uma busca por informações quase em tempo real, sendo que o mundo corporativo enxerga esse fenômeno pelo viés da oportunidade de crescimento e desenvolvimento das organizações, com a melhoria da qualidade dos produtos, pelo emprego da tecnologia e conseqüente aumento da qualidade de vida, pela via do consumo, diante do que as pessoas compram e daquilo que as empresas produzem e vendem, o que implicou na mudança dos estilos de produção, vendas e gestão (planejamento e administração).

Na última década viu-se o surgimento em Hanover, na Alemanha, da chamada *Indústria 4.0*, conhecida como a quarta revolução industrial, que surge a partir de inovações tecnológicas, controle, tecnologia da informação e automação industrial, utilizadas na produção dos processos de manufatura, por meio de sistemas ativos e máquinas conectadas. Desta maneira, a indústria tem ao seu dispor redes inteligentes que controlam a

produção e agendam as manutenções, para evitar falhas e ou possíveis alterações durante o processo produtivo.

Com esse modelo tanto as indústrias, como as empresas podem operar em tempo real, pois um sistema de *big data* permite a tomada de decisão quase que instantânea, por meio de um padrão de agilidade e até pela virtualização, que pode criar cópias virtuais das fábricas, com o fim de rastrear e monitorar remotamente os processos que ocorrem na fábrica devido a presença de sensores. Ademais, a produção pode ser feita por meio de módulos que podem ser acoplados ou desacoplados diante da demanda, o que garante maior flexibilidade na realização das tarefas.

Contudo, o Brasil ainda está longe dessa realidade, eis que por aqui ainda estamos em fase de migração da indústria 2.0 para o modelo de indústria 3.0, que faz uso da robótica, programação e eletrônica. Para se atingir um modelo alemão de indústria 4.0, o Brasil necessitaria de mais de 150 mil robôs industriais.

Não obstante essas características atuais das empresas e corporações tem-se que o padrão de consumo dos países desenvolvidos tem levado a um esgotamento ambiental global e, por esta razão, necessário se faz examinar os conceitos de desenvolvimento sustentável e a sua evolução.

### **3 O conceito de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade em evolução**

A Conferência de Estocolmo (1972)<sup>6</sup> não só fez nascer o senso do *ecodesenvolvimento*, posteriormente denominado desenvolvimento sustentável, como levou o mundo a pensar a questão ecológica sob outro prisma, por meio do lema: “Uma Terra Só”, que inclusive levou a Organização das Nações Unidas (ONU) a criar o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

---

<sup>6</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em: 15. ago. 2020.

A primeira advertência sobre o termo desenvolvimento sustentável é que ele pode expressar uma grande contradição, como revela Barbieri<sup>7</sup>:

Há quem observe que a expressão *desenvolvimento sustentável* encerra uma contradição em si; uma espécie de oxímoro, isto é, uma combinação de palavras contraditórias, por exemplo, grito silencioso. Essa crítica era de se esperar, pois as duas palavras dessa expressão são ambíguas e suscitam diversos entendimentos. A palavra desenvolvimento evoca a ideia de crescimento econômico e a palavra sustentável, de continuidade indefinidamente no tempo. Como disse Herman Daly, importante economista com atuação destacada no Banco Mundial, é a expressão crescimento sustentável em longo prazo que deve ser rejeitada como um mau oxímoro. Ainda conforme esse autor, crescimento econômico e desenvolvimento, embora pareçam familiares, são distintos. O crescimento é o aumento quantitativo na escala física, enquanto desenvolvimento é a melhoria qualitativa ou a realização de potencialidades. A economia pode crescer sem se desenvolver, ou se desenvolver sem crescer, ou ambos ou nenhum.

Entretanto, Maurice Strong<sup>8</sup>, ao apreciar os resultados da Conferência de Estocolmo já observava o seguinte:

Perdemos a inocência. Hoje sabemos que nossa civilização e até mesmo a vida em nosso planeta estarão condenadas, a menos que nos voltemos para o único caminho viável, tanto para os ricos quanto para os pobres. Para isso, é preciso que o Norte diminua seu consumo de recursos e o Sul escape da pobreza. O desenvolvimento e o meio ambiente estão indissoluvelmente vinculados e devem ser tratados mediante a mudança do conteúdo, das modalidades e das utilizações do crescimento. Três critérios fundamentais devem ser obedecidos simultaneamente: equidade social, prudência ecológica e eficiência econômica.

<sup>7</sup> BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento Sustentável** – das origens à Agenda 2030. Petrópolis: Vozes, 2020, p. 39-40.

<sup>8</sup> STRONG, Maurice. (Prefácio). *In*: SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**. Desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Studio Nobel – Fundap, 1993, p. 7.

De fato, o aumento do consumo, o pensamento linear e determinista de utilização da natureza para suprir e servir o homem e a globalização do consumo acentuaram o estado de degradação ambiental que vemos na atualidade.

Tudo isso vem obrigando os países a buscar a conservação ambiental e o aproveitamento dos recursos naturais de forma integrada, de tal forma que os problemas ambientais atuais devem ser enfrentados com um modelo legislativo robusto capaz de diminuir os danos infligidos, por décadas, ao meio ambiente.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 introduziu na realidade brasileira a proteção ao meio ambiente como matéria constitucional, tornando-o um bem jurídico de direito fundamental, difuso, transindividual, indisponível e intergeracional, garantindo a todo indivíduo o direito de desfrutar de um meio ambiente sadio, bem de uso comum do povo.

Para isso, é dever do Poder Público e de toda a coletividade a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para preservá-lo para as presentes e futuras gerações, justificando-se a intervenção do Estado para controlar as atividades econômicas e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que coloquem em risco a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (CF/88, artigo 225, § 1º, V).

A sadia qualidade de vida, por sua vez, pressupõe o respeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que integra a dignidade da existência – objetivo da ordem econômica (CF/88, art. 170) – e o bem-estar de todos – objetivo da ordem social (CF/88, art. 193).

A leitura dos dispositivos afasta a possibilidade de adoção de um modelo técnico-científico de domínio da natureza ou da visão de que esta seja um mero reservatório de matéria-prima para favorecimento do homem.

Uma vida saudável é assegurada por meio de critérios de uma existência humana digna, na qual o homem não pode viver dissociado da natureza. Por isso, o art. 225 da CF/88 deve ser lido em consonância com os seguintes artigos do Texto Maior: a) art. 1º, III, que prevê da proteção à dignidade; b) art. 3º, I, que prevê a solidariedade social; c) art. 3º, III, que

estabelece como objetivos do Estado brasileiro a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais; d) art. 7º, IV, que estabelece o salário mínimo familiar.

Diante desse quadro, vê-se a dificuldade de definir o que se entende e o espectro de atuação do Direito Ambiental. Assim sendo, não é à toa que Leme Machado<sup>9</sup> não nos apresenta uma definição, mas diretrizes para a compreensão e a construção do seu correto significado, ao esclarecer que:

O direito ambiental é um Direito sistematizador, que faz articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência, concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um direito florestal, um Direito da fauna ou Direito da biodiversidade. O Direito ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de separação, de informação, de monitoramento e de participação.

A dificuldade se revela de maneira explícita ao se ler atentamente a CF/88<sup>10</sup>, em seu artigo 225, *caput* que enfatizou que: **“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações”**.

O artigo em questão exige do intérprete redobrada atenção para a sua correta interpretação. Com efeito, neste sentido são os ensinamentos de Enrique Leff<sup>11</sup> ao destacar que:

O ambiente não é o conhecimento positivo que falta aos paradigmas científicos ao terem esquecido a natureza. O

<sup>9</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 58-59.

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16. ago. 2020.

<sup>11</sup> LEFF, Enrique. **Aventuras da Epistemologia Ambiental** – da articulação das ciências ao diálogo de saberes. Trad. Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. p. 35.

ambiente é essa falta de conhecimento que não se completa nem se totaliza, que anima um processo interminável de construção de um saber – de saberes – que orienta ações, que gera direitos, que produz técnicas para pensar e construir um mundo sustentável, segundo outros valores que se constituem na ordem simbólica e no reconhecimento de outros potenciais na ordem do real.

Além disso, esse bem difuso obriga para efeito da sua defesa atenção, cuidado e precisão, pois se trata de bem intergeracional. Daí deve emergir a necessidade de compreensão do conceito de complexidade, tal como explica Edgar Morin<sup>12</sup>:

O conhecimento pertinente deve enfrentar a complexidade. *Complexus* significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é uma união entre a unidade e a multiplicidade. Os desenvolvimentos próprios a nossa era planetária nos confrontam cada vez mais de maneira cada vez mais inelutável com os desafios da complexidade. Em consequência, a educação deve promover a “inteligência geral” apta a referir-se ao complexo, ao contexto, de modo multidimensional e dentro da concepção global.

No mesmo diapasão é o entendimento de Marques e Cruz<sup>13</sup> (2009, p. 111), ao sustentarem que:

O segredo da sustentabilidade ambiental está exatamente na capacidade de produtores e consumidores (e demais agentes sociais e políticos) entenderem as regras de cumprimento dos postulados da relação jurídica ambiental. Será sustentável o processo produtivo ou de consumo que atenda ao equilíbrio

---

<sup>12</sup> MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 8. ed. São Paulo: Cortez; Brasília-DF: UNESCO, 2003, p. 36-37.

<sup>13</sup> MARQUES, José Roberto e CRUZ, Branca Martins da. **Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental**. Campinas: Millennium, 2009. p. 111.

ecológico e à preservação do meio ambiente, do contrário, haverá descumprimento da regra constitucional fundamental proclamada no artigo 225.

Desta maneira, o nexos causal que se estabelece entre as normas de natureza econômica e aquelas oriundas da proteção dos direitos individuais, permitem construir processos para promover grandes mudanças nos padrões sociais, com o escopo de criar estruturas de normas jurídicas capazes de regular todo o sistema ecologicamente equilibrado, garantido a todos, sem distinção.

Desta forma, o conceito de sustentabilidade apresenta várias e múltiplas dimensões, como revela Juarez de Freitas<sup>14</sup>:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Com efeito, a expressão *triple bottom line*, cunhada por John Elkington, em 1994, era voltada para promover a conciliação entre a responsabilidade corporativa social e o desenvolvimento sustentável, em busca de um novo modelo de negócios capaz de representar as empresas, que deveriam se orientar, no mínimo, estrategicamente por uma perspectiva integrada de três dimensões de sua responsabilidade socioambiental: eficiência econômica, equidade social e respeito ao meio ambiente.

Esse movimento trouxe consigo a ideia de empresa sustentável e responsabilidade social, assim entendida aquelas que conseguiriam atingir o desenvolvimento sustentável. Desta maneira, Barbieri e Cajazeira<sup>15</sup> explicam que empresa sustentável “é a que persegue contínua e sistematicamente a obtenção de desempenhos elevados em termos econômicos,

<sup>14</sup> FREITAS, Juarez de. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43.

<sup>15</sup> BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 224.

sociais e ambientais, que são as três dimensões da sustentabilidade do desenvolvimento pertinentes às empresas”.

A responsabilidade fundada nesse tripé buscava examinar a conta de lucros e perdas, considerava as pessoas que atuam em uma empresa (o papel social) e, por fim, levava em consideração o planeta, a partir dos aspectos ambientais da atividade empresarial. O tripé da sustentabilidade (*triple bottom line*) é fundado nos 3Ps: People, Planet, Profit (Pessoa, Planeta e Lucro – PPL). Esse modelo busca medir a sustentabilidade de uma empresa ou almeja obter critérios para fazer com que esta possa crescer de forma sustentável, apresentando resultados mensuráveis nos termos sociais, ambientais e econômicos.

Na análise são examinados os critérios do capital humano de uma empresa ou sociedade (Pessoa), o capital natural de uma empresa ou sociedade (Planeta) e o resultado econômico positivo de uma empresa (Lucro). De forma, sintética, o *triple bottom line* se revela, no dizer de Sachs<sup>16</sup>, como o universo “socialmente includente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado no tempo”.

Esse critério de medição é adotado por empresas europeias e americanas comprometidas com o desenvolvimento sustentável, muito embora haja uma grande controvérsia entre os termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável. Neste sentido Klaus Bosselmann<sup>17</sup> busca demonstrar que o termo sustentabilidade é antigo, surgido com a publicação da obra de Hans Carl Von Carlowitz ao publicar o trabalho intitulado, em 1714, “Economia Florestal ou Guia de Cultivo da Árvore em Conformidade com a Natureza”, que discutia a conservação e o cultivo de madeira que “podem ser geridos de modo a proporcionar o uso continuado, duradouro e sustentável”.

É evidente que não se pode transportar o termo em questão utilizado pelo então engenheiro alemão Von Carlowitz para os dias atuais, se

<sup>16</sup> SACHS, Ignacy. Prefácio. In: VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 10.

<sup>17</sup> BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade – transformando direito e governança**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 36.



tivermos em conta, inclusive, que naquela época ainda não havia nem ao menos a ideia de ecologia criada pelo seu conterrâneo, o cientista alemão Ernest Haeckel, em 1866, para designar a ciência que estuda as relações entre seres vivos e meio ambiente.

Para Klaus Bosselman<sup>18</sup> há a possibilidade de compatibilizar e as visões antropocêntrica e a ecocêntrica podem conviver em harmonia, desde que se adote uma visão utilitarista e liberal, nos moldes idealizados pela teoria da justiça de John Rawls. Ademais, o conceito de desenvolvimento sustentável para Klaus Bosselman é significativo quando se relaciona com a ideia central de sustentabilidade ecológica, eis que para ele o desenvolvimento sustentável deve ser compreendido como a aplicação do princípio da sustentabilidade, e não o contrário.

De outro lado, o termo desenvolvimento sustentável originou-se em 1987, a partir do documento intitulado “Nosso Futuro Comum” (Relatório Brundtland) apresentado para a Assembleia Geral da ONU, pela então presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Gro Harlem Brundtland.

No mencionado documento<sup>19</sup>, desenvolvimento sustentável foi conceituado como sendo aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades”.

Do relatório mencionado ainda se extrai a seguinte lição<sup>20</sup>:

Para que haja um desenvolvimento global sustentável é necessário que os mais ricos adotem estilos de vida compatíveis com os recursos ecológicos do planeta – quanto ao consumo de energia, por exemplo. Além disso, o rápido aumento populacional pode intensificar a pressão sobre os recursos e retardar qualquer elevação dos padrões de vida: portanto, só

---

<sup>18</sup> BOSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade** – transformando direito e governança. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 123-129.

<sup>19</sup> COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro Comum**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

<sup>20</sup> COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro Comum**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 10

se pode buscar o desenvolvimento sustentável se o tamanho e o aumento da população estiverem em harmonia com o potencial produtivo cambiante do ecossistema. Afinal, o desenvolvimento sustentável não é um estado permanente de harmonia, mas um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras. Sabemos que este não é um processo fácil, sem tropeços. Escolhas difíceis terão de ser feitas. Assim em última análise, o desenvolvimento sustentável depende do empenho político.

Porém, nos dias atuais, a ideia de sustentabilidade vem sendo comumente apropriada por uma visão cartesiana-reducionista, com o objetivo de reforçar a permanência de um modelo capitalista excludente, que subverte a ideia de desenvolvimento sustentável tal como foi idealizada originalmente.

Desta maneira, como destaca Vidal de Souza<sup>21</sup>, o termo *desenvolvimento sustentável* é bem mais amplo que o termo sustentabilidade e deve ser compreendido:

como um processo de mudança para a melhoria da qualidade de vida e a manutenção do seu ciclo natural hoje e sempre, com a busca da utilização dos recursos naturais visando atender as necessidades presentes sem comprometer os estoques para as gerações futuras, veremos que as principais crises vividas eclodem a partir da relação homem/natureza.

Desta maneira, a sustentabilidade passou a ser a temática adotada pelas empresas para obter um canal com a sociedade, a fim de examinar os impactos da atividade humana causados na natureza, principalmente na esfera industrial, com ocorrência dos danos profundos já existentes, que podem agravar ainda mais a qualidade de vida.

---

<sup>21</sup> SOUZA, José Fernando Vidal de. Percepções sobre a apropriação da Natureza pelo homem, Globalização e Desenvolvimento Sustentável. **Direito ambiental III**. Coord. Belinda Pereira da Cunha, Leticia Albuquerque, Leonardo da Rocha de Souza. CONPEDI: Florianópolis, 2014. p. 153.

A intenção seria que as empresas adotassem uma postura proativa para minimizar os prejuízos oriundos dos seus processos de produção sobre a natureza. Daí também decorre uma postura socioambiental que deveria ser a base-mestre de qualquer empreendimento para efeito de minimizar os impactos ao meio ambiente, por meio de estruturação dos processos produtivos e a proteção aos recursos naturais, visando conciliar as atividades antagônicas: produzir e degradar.

Já o conceito de desenvolvimento sustentável visa criar bases sociais para promover mudanças significativas na sociedade, abrindo espaço para decisões políticas inovadoras capazes de alterar os padrões de governabilidade e atividades econômicas que sejam capazes de promover uma igualdade social e um equilíbrio natural do ambiente.

Entretanto, qual o papel das empresas no século XXI? Primeiro as empresas devem estar preparadas para o enfrentamento das diversas situações atípicas e de crise. Com efeito, desde a Revolução Industrial, até a terceira metade do século XX o objetivo maior das empresas era aumentar a produção, por meio da quantidade dos bens produzidos. A partir de então se passou a dar uma importância maior à qualidade dos produtos, como um diferencial, mas que hoje se revela como uma obrigação. A competição acirra o mercado e vê-se a construção de um intenso planejamento das atividades econômicas, com aparato de logística, tempo de entrega, atendimento e uso da internet para implantação do comércio eletrônico, tudo para atrair os consumidores, no momento da escolha.

Contudo, esse modelo aponta para uma modalidade de desenvolvimento que apresenta inúmeros e sérios riscos para os ecossistemas globais. Além disso, verifica-se um crescimento exponencial da pobreza, com a escassez dos recursos naturais e a degradação da natureza. O modelo de desenvolvimento econômico atual tem gerado sofrimento para muitos, que não conseguem obter acesso à qualidade de vida, bem como está a gerar grande tensão sobre os bens ambientais, em especial se tivermos em conta que a proposta atual de crescimento econômico pode inviabilizar a vida humana e de vários seres vivos na Terra.

## 4 Da agenda 21 à agenda 2030

A partir do Relatório Brundtland, a ONU inicia a preparação da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ou “ECO-92”, realizada na cidade do Rio de Janeiro, acabando por elaborar a denominada Agenda 21, que foi assinada por 179 países e tinha como objetivo promover uma reflexão do global para planejar e solucionar os problemas socioambientais, contando com a participação de governos, empresas, organizações não governamentais e dos demais setores da sociedade civil.

A Agenda 21 é considerada o principal subproduto da ECO-92, oportunidade em que 2.500 recomendações foram feitas aos Estados participantes, com vistas à proteção do planeta, mediante acompanhamento constante, que permite ajustes e revisões. Além disso, os países signatários da Agenda 21 se comprometem a adotar métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica, por meio de princípios e caminhos na busca do desenvolvimento sustentado, a partir da ótica dos interesses sociais, ambientais e econômicos.

Com isso, para a Agenda 21, o desenvolvimento sustentável deveria ser, como destaca Vidal de Souza<sup>22</sup>, um “modelo econômico, político, social, cultural e ambiental equilibrado, que satisfizesse as necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades”.

Como explicam Barbieri e Cajazeira<sup>23</sup>:

Um dos objetivos da Agenda é tirar as recomendações e os planos de ações acordados nesses documentos das prateleiras dos órgãos oficiais e da esfera exclusiva dos governos centrais para que diferentes segmentos da sociedade (empresas,

---

<sup>22</sup> SOUZA, José Fernando Vidal de. Possibilidades, Proximidades e distanciamentos de diálogos entre ética, compliance e desenvolvimento sustentável. In: André Guilherme Lemos Jorge; João Maurício Adeodato, Renata Mota Maciel Madeira Dezen (org.). **Direito empresarial: estruturas e regulação**. São Paulo: UNINOVE, 2018, v. 2. p. 160. Disponível em: <https://s3.uninove.br/app/uploads/2016/06/14164457/1542231896-1542231896-dir-empr-v2.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2020.

<sup>23</sup> BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 121.

comunidade científica e tecnológica, autoridades locais, sindicatos etc.) possam contribuir a seu modo para o alcance dos resultados esperados. A sua implementação requer diversos níveis de abrangência, desde o global, envolvendo a totalidade dos países até as organizações específicas, como empresas, passando pelos governos nacionais, subnacionais e locais.

Além disso, a Agenda 21 estabeleceu seis áreas temáticas, a saber: agricultura sustentável, cidades sustentáveis, infraestrutura e integração regional, gestão de recursos naturais, redução das desigualdades sociais e ciência e tecnologia.

Tem-se, pois, que a execução e o cumprimento efetivo da Agenda 21 enseja profunda mudança cultural na sociedade e no empresariado, para que se priorize o ambiente, sendo que a singela elaboração de indicadores de desenvolvimento sustentável não é suficiente para a implementação do referido documento, exigindo-se a elaboração de planos com metas concretas e fiscalização eficiente.

A Agenda 21, desta maneira tem uma preocupação com as empresas, como revelam Barbieri e Cajazeira<sup>24</sup>, pois lhe dedica um capítulo específico, ou seja, o capítulo 30, “no qual recomenda que elas considerem a gestão socioambiental como uma das suas mais altas prioridades e como fator determinante do desenvolvimento sustentável”.

A Agenda 21 traça duas áreas de atuação para as empresas, uma na qual deve existir a busca pelo aumento da eficiência produtiva, com a redução do uso dos recursos naturais e outra que contempla a responsabilidade de conscientizar o empresariado na utilização e manejo dos recursos naturais e o apoio na implantação do desenvolvimento sustentável. Com isso, Barbieri e Cajazeira<sup>25</sup> destacam que as empresas, para aplicabilidade da Agenda 21, devem estar atentas para os seguintes pressupostos:

A Agenda 21 trata de problemas globais importantes que devem receber atenção de diferentes agentes para a sua implementação. Assim, ela deve ser desdobrada em agendas

---

<sup>24</sup> Ibid, Ibidem.

<sup>25</sup> BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 123.

nacionais, locais e organizacionais. As empresas podem criar suas próprias agendas com base na Agenda 21 global, naquilo que cabe a elas ou podem adotar recomendações específicas dessas agendas. Por exemplo, uma empresa geradora de resíduos perigosos pode especificar os seus compromissos socioambientais com base nas recomendações da Agenda 21 global. Criar uma agenda 21 específica para a empresa nem sempre é viável ou necessário, a não ser que o porte da empresa e seus impactos nas três dimensões da sustentabilidade forem significativos. Em geral o mais viável é adotar as recomendações da Agenda 21 pertinentes às atividades da empresa como diretrizes estratégicas.

Contudo, como detalha Barbieri<sup>26</sup>, vários foram os problemas para a implementação da Agenda 21:

Mas nem tudo foram rosas para a Agenda 21. Houve dificuldades para implementá-la devido às mudanças no ambiente político e econômico mundial. O clima favorável em 1992 foi se perdendo com o passar do tempo. De um lado, crises econômicas; de outro, os avanços das teses neoliberais que, como se sabe, não vê o desenvolvimento com bons olhos pela grande importância dada ao Estado e às políticas públicas. A quantidade de vezes que a Agenda 21 fala em estados, governos e políticas públicas causa arrepios aos adeptos dessas teses. Muitos estudos sobre desenvolvimento viam o Estado como um agente fundamental para reorientar os processos econômicos e sociais a fim de superar o atraso. Os planos de desenvolvimento realizados em diversos países atribuíam ao Estado e seus agentes um papel predominante.

Com efeito, o Brasil elaborou um plano próprio de sustentabilidade, chamado *Agenda 21 do Brasil*. É um conjunto de propostas elaboradas para a Cúpula Mundial de Johannesburgo, em 2002, consistente em um instrumento de planejamento participativo, consagrando como estrutura principal a sustentabilidade e compatibilizando a conservação ambiental, a justiça social e o crescimento econômico.

---

<sup>26</sup> BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento sustentável** – das origens à Agenda 2030. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 199.

No Brasil, a Agenda 21 passou a ser um Programa do Plano Plurianual e, como tal, buscava adquirir força política e institucional para ser instrumento fundamental de construção do Brasil Sustentável, estando em ressonância com as diretrizes da política ambiental governamental, da transversalidade, da sustentabilidade, fortalecimento do Sisnama e participação social e adotando referenciais, como a *Carta da Terra*, elaborada em 2000. Esse documento se apresenta como uma declaração de princípios éticos fundamentais para a construção, de uma sociedade global justa, sustentável e pacífica, que deve servir de inspiração para todos os povos, voltado para o bem-estar de toda a humanidade e para as futuras gerações, por meio de ação de interdependência global e responsabilidade compartilhada.

Porém, constata-se que a Agenda 21 do Brasil também possui uma série de problemas no seu desenvolvimento, como revela Barbieri<sup>27</sup>, eis que:

Os planos de desenvolvimento nacionais realizados no Brasil eram planos estatais, prescreviam amplo direcionamento das atividades econômicas. Essa vinculação entre desenvolvimento e ação estatal contaminou o conceito de desenvolvimento sustentável nos ambientes mais afinados com o ideário neoliberal, como o empresarial. Assim, a palavra desenvolvimento foi sendo suprimida e a expressão “desenvolvimento sustentável” substituída por “sustentabilidade”.

Após a ECO-92, em agosto e setembro de 2002, o encontro da Cúpula Mundial de Desenvolvimento Sustentável (Rio + 10)<sup>28</sup> para discussão do meio ambiente, que reuniu cerca de 100 chefes de Estado e 60 mil delegados em Johannesburgo, na África do Sul, foi para a maioria dos analistas ambientais e dos países periféricos e semi-periféricos uma grande frustração pela falta de metas concretas de redução da poluição e conservação da biodiversidade. A mencionada Conferência, que tinha como escopo traçar diretrizes sobre o crescimento econômico frente às questões ambientais,

<sup>27</sup> BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento sustentável** – das origens à Agenda 2030. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 199.

<sup>28</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+10)- Plano de Ação**. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/CONF.199/L.1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/L.1&Lang=S). Acesso em: 20 jul. 2020.

concluiu, dentre outras coisas, que o avanço na defesa do meio ambiente passa pela erradicação da miséria e fixou como meta a redução pela metade de 40% da população mundial que ainda não tem acesso ao saneamento básico até o ano de 2015 e, no mesmo período, a proteção, conservação e recuperação dos estoques pesqueiros para níveis sustentáveis.

O retrocesso em relação a ECO-92 foi evidente, pois pela Agenda 21 os países industrializados assumiram um compromisso de ajuda aos países periféricos e semi-periféricos da ordem de 57 bilhões de dólares anuais, equivalentes a 0,36% do seu PIB e que deveria gradativamente atingir o patamar de 0,70%.

No entanto, decorridos dez anos, constatou-se que a ajuda dos países industrializados decresceu de 0,36% para 0,22% do PIB e, com isso, os países pobres enfrentam maiores problemas de saneamento, abastecimento de água, saúde, habitação e educação.

Percebe-se que os avanços ambientais outrora obtidos, atualmente, estão sofrendo uma série de reveses com uma crescente onda de enfraquecimento do processo de negociação da ONU sobre as questões ambientais que passaram a ser tratadas sob a ótica do mensurável, do reportável e do verificável, que cada vez mais inviabiliza o consenso e decisões unânimes, tal como se viu na COP-15.

Com efeito, é certo que no período de 07 a 19 de dezembro de 2009 realizou-se em Copenhague (Dinamarca) a 15ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (COP-15)<sup>29</sup>, cujo objetivo principal era a obtenção de um consenso sobre o novo acordo climático para complementar o Protocolo de Kyoto depois de 2012, tratado este que obriga 37 nações industrializadas a reduzir suas emissões de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) e outros cinco gases-estufa.

A Conferência em questão reuniu representantes de 193 países e sessenta comitativas de chefes de Estado com o desafio de promover a conciliação de interesses de países ricos, nações em desenvolvimento e paí-

---

<sup>29</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Síntesis de la Conferencia de Copenhague sobre el cambio climático*: 7 al 19 de diciembre de 2009. Disponível em: [https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2014/08/cop-15\\_espanhol.pdf](https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2014/08/cop-15_espanhol.pdf). Acesso em: 26 jul. 2020.



ses pobres e a obtenção de um acordo mundial para a redução de gases de efeito estufa na atmosfera e possível colapso climático do planeta, bem como a definição de um mecanismo para compensar a redução de emissões pelo desmatamento de florestas e, ainda, possível estabelecimento de valores do financiamento dos países ricos para os mais pobres se adaptarem às consequências da mudança do clima.

Porém, sem metas reais e efetivas a discussão que se travou na COP-15 demonstrou a fragilidade da ONU na organização e no encaminhamento das questões econômicas, políticas e ambientais, pois é obrigada a conciliar interesses de todos os países.

Ao final do encontro a saída encontrada foi a elaboração de um documento fechado entre Estados Unidos, a China, Índia, Brasil e África do Sul, no qual todos os países apenas tomaram nota, ou seja, tomaram conhecimento desta mera carta de intenções, mas não aprovaram o documento, pois necessário seria a obtenção da unanimidade dos representantes das 193 nações participantes do evento.

Na sequência, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), conhecida como Rio+20<sup>30</sup>, realizou-se no Rio de Janeiro entre 13 e 22 de julho de 2012 e contou com diversos eventos oficiais e paralelos. Os objetivos da Rio+20 foram definidos pela Resolução 64/236 da ONU e se fundavam na reiteração e renovação do compromisso político dos Estados com o desenvolvimento sustentável, com três temas delimitados: a) a construção de um modelo de economia verde diante do desenvolvimento sustentável, para a erradicação da pobreza; b) a criação de estrutura institucional para a promoção do desenvolvimento sustentável.

Contudo, conforme já visto, o mundo já havia mudado muito desde a realização da Rio-92, com diversos eventos como a queda do muro de Berlim (1989), a dissolução da União Soviética (1991), fim da era da política de blocos, com a redução da preocupação com as questões de se-

---

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20)** – o futuro que queremos. Disponível em: [https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1\\_spanish.pdf.pdf](https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf.pdf). Acesso em: 10. ago. 2020.

gurança, a busca por soluções multilaterais dos problemas mundiais, a criação da OMC – Organização Mundial do Comércio (1994) e os ataques terroristas nos Estados Unidos da América (2001). As questões ambientais passaram a ser deslocadas para agendas próprias e o foco das relações internacionais retorna para as questões de segurança, de combate ao terrorismo mundial. Esse, aliás, foi o cenário para a realização da Rio+10 (2002), em Johannesburgo, na África do Sul.

Decorrido alguns anos, a crise econômico-financeira mundial de 2008 consolida um processo de financeirização das economias nacionais globalizadas e mostra a fragilidade do sistema capitalista mundial, com importantes reflexos para as economias desenvolvidas. Esse fato leva as empresas a modificarem seu paradigma estratégico, privilegiando como objetivo dominante o valor dos negócios para os acionistas, tendo como abordagem central a maximização dos lucros financeiros e como orientação primária de valor o utilitarismo instrumental ou o hedonismo. Os resultados não poderiam ser outros: uma profunda alienação entre o mundo das corporações e o público em geral, a perda de confiança na credibilidade das empresas e uma abordagem fragmentada da perspectiva ética dos negócios e das finanças corporativas.

Como explica Barbieri<sup>31</sup>, o cenário da Rio+20 pode ser assim resumido:

Em 2012, o documento resultante da Conferência Rio+20, “O Futuro Que Queremos”, reconheceu que a fixação de objetivos seria útil para desencadear ações focadas e coerentes sobre desenvolvimento sustentável. Reconheceu também a importância e a utilidade de um conjunto de objetivos baseados na Agenda 21, no Plano de Aplicação de Johannesburgo e na declaração do Rio de Janeiro, e que leve em conta as diferenças de circunstâncias, capacidades e prioridades nacionais, que esteja em conformidade com o direito internacional, que reafirme os compromissos assumidos e contribua para implementar os resultados das cúpulas das Nações Unidas

---

<sup>31</sup> BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento sustentável** – das origens à Agenda 2030. Petrópolis: Vozes, 2020, p. 129.

nas áreas econômica, social e ambiental do desenvolvimento sustentável e suas inter-relações de forma equilibrada, bem como estar em consonância com a agenda das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável no período pós-2015.

Contudo, não é possível pensar em desenvolvimento sustentável sem ter em conta uma análise profunda de consumo ditada pelo modelo capitalista.

De fato, dados do Segundo Relatório de Desenvolvimento Humano 2006<sup>32</sup> do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) já apontavam que:

As 500 pessoas mais ricas do mundo têm um rendimento de mais de 100 mil milhões de dólares, sem tomar em consideração a riqueza de activos. Isso excede os rendimentos combinados dos 416 milhões mais pobres. A acumulação de riqueza no topo da distribuição de rendimento global tem sido mais impressionante do que a redução de pobreza na base. O *Relatório Mundial sobre Riqueza* de 2004, preparado por Merrill Lynch, avança que a riqueza de activos financeiros dos 7,7 milhões de «indivíduos de elevado valor líquido» atingiu os 28 biliões de dólares em 2003, com um crescimento previsto de 41 biliões de dólares até 2008.

Mais recentemente, Oxfam Brasil<sup>33</sup>, organização da sociedade civil brasileira criada em 2014, que tem como objetivos a construção de um país mais justo, sustentável e solidário, buscando eliminar as causas da pobreza, injustiças sociais e desigualdades, publicou um relatório, que corrobora as considerações supra, apresentando os seguintes dados:

Neste momento, o 1% mais rico da população mundial possui a mesma riqueza que os outros 99%, e apenas oito bilionários possuem o mesmo que a metade mais pobre da população no planeta. Por outro lado, a pobreza é realidade de mais de

---

<sup>32</sup> RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO DE 2006 – **A água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água.** Trad. do Instituto Português de Apoio ao Desenvolvimento (IPAD). New York: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2006, p. 269.

<sup>33</sup> OFXAM BRASIL. **A distância que nos une** – um retrato das desigualdades brasileiras. São Paulo: OXFAM, 2017, p. 11.

700 milhões de pessoas no mundo. Trata-se de uma situação extrema. A desigualdade e a pobreza não são inevitáveis. São, antes de mais nada, produtos de escolhas políticas injustas que refletem a desigual distribuição de poder nas sociedades. Mudar essa realidade requer novas escolhas políticas, reiteradas ao longo do tempo, e sustentadas por uma sociedade com igual acesso à democracia.

O relatório intitulado *A distância que nos une – um retrato das desigualdades brasileiras*<sup>34</sup> apresenta números extremamente preocupantes sobre a acumulação de riqueza no mundo e no Brasil, o que revela que não será possível erradicar a pobreza no mundo sem redução drástica e veemente dos níveis de desigualdade, pois:

No mundo, oito pessoas detêm o mesmo patrimônio que a metade mais pobre da população. Ao mesmo tempo, mais de 700 milhões de pessoas vivem com menos de US\$ 1,90 por dia. No Brasil, a situação é pior: apenas seis pessoas possuem riqueza equivalente ao patrimônio dos 100 milhões de brasileiros mais pobres. E mais: os 5% mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95%. Por aqui, uma trabalhadora que ganha um salário mínimo por mês levará 19 anos para receber o equivalente aos rendimentos de um super-rico em um único mês.

Constata-se, pois, que a globalização tem feito com que os governos mantenham um diálogo muito maior com as grandes corporações do que com a sociedade civil. Tal fato ocorre porque as grandes corporações são maiores que os governos.

Assim, vale observar que das cem maiores economias do mundo, cinquenta e uma são representadas pelas grandes corporações. É essa lógica que leva os governos a se preocuparem mais em atender aos interesses das corporações do que os interesses das pessoas que deveriam proteger.

Essa lógica encontra reverberação no conceito da globalização. Neste sentido, no entanto, é importante destacar as observações de Fritjof

---

<sup>34</sup> Ibid, p. 06.

Capra<sup>35</sup>, ao salientar que a partir da metade da década 1990, a denominada globalização econômica, que se consubstancia na figura do livre comércio e sempre é exaltada pelos grandes empresários e políticos como uma nova ordem capaz de beneficiar todas as nações, “gerando uma expansão econômica mundial cujos frutos acabariam chegando a todas as pessoas”, inclusive aos mais pobres, logo é percebida por ambientalistas e ativistas de movimentos sociais como um engodo, eis que “as novas regras econômicas estabelecidas pela OMC eram manifestamente insustentáveis e estavam gerando um sem-número de consequências tétricas todas ligadas entre si – desintegração social, o fim da democracia, uma deterioração mais rápida e extensa do meio ambiente, o surgimento e a disseminação de novas doenças e uma pobreza e alienação cada vez maiores”.

No âmbito interno, o modelo econômico adotado no Brasil ainda traz consigo uma mazela maior, segundo a qual a industrialização e a consequente modernização não conseguiram satisfazer as necessidades básicas e fundamentais da população, como explica Avelãs Nunes<sup>36</sup>:

Com efeito, uma industrialização como a que se vem processando no Brasil, assente em estruturas produtivas e pautada por padrões de consumo idênticos aos dos países capitalistas desenvolvidos – caracterizados por uma dotação média de capital por pessoa ocupada e um rendimento *per capita* de níveis muito superiores aos dos países subdesenvolvidos – e, por um lado, uma cada vez mais intensa acumulação do capital em benefício da minoria, provocando uma concentração do rendimento cada vez maior, com consequente *agravamento da taxa de exploração interna*. E, por outro lado, enquadrando-se em um *estilo de desenvolvimento* que adota como paradigma as ‘sociedades opulentas’ das ‘metrópoles’ capitalistas, a industrialização prosseguida nestas condições não só arrasta consigo um afastamento crescente entre o ‘centro’ e a ‘periferia’, como *reforça as relações de dependência externa*, que

---

<sup>35</sup> CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. Ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 141.

<sup>36</sup> NUNES, Antonio José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 631.

submetem os *países subdesenvolvidos industrializados* a um novo ‘estatuto social’.

Assim sendo, o estilo de desenvolvimento ora adotado se opõe aos critérios da Agenda 21, pois o modelo atual de desenvolvimento é ecologicamente predatório na utilização dos recursos naturais, socialmente perverso com geração de pobreza e extremamente desigual, politicamente injusto, eis que concentra promove a concentração de poderes, reduzindo valores e promovendo violações aos direitos humanos e das demais espécies.

Nos dias atuais, o conceito de desenvolvimento sustentável não está a se relacionar diretamente com a produção de bens ou inovação de produtos, pois se relaciona diretamente com os agentes produtivos humanos, suas potencialidades e suas deficiências. Com isso, é importante saber enxergar essas deficiências para identificar o ponto central do direito ao desenvolvimento, que permite a elaboração de políticas públicas eficientes e direcionadas <sup>37</sup>.

Desta forma, o direito ao desenvolvimento sustentável passa a integrar e incentivar as ações colaborativas, sob a perspectiva multidimensional e holística, nos âmbitos social, econômico e ambiental.

Com efeito, o termo sustentabilidade tem sido muito empregado para promover a manutenção do modelo econômico neoliberal, que não implica em mudanças significativas, capazes de transformar a relação homem/natureza, com a superação dos riscos ambientais, das vulnerabilidades planetárias e incapaz de impulsionar um novo modelo que supere a visão do risco ambiental e dos singelos processos de monetarização, por meio da via compensatória.

Neste particular, Ignacy Sachs<sup>38</sup> observa que:

---

<sup>37</sup> FERNANDES, Ana Carolina Souza. **O Mercado financeiro e a globalização: uma análise sob a perspectiva da efetividade do direito ao desenvolvimento.** São Paulo, 2014. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito com Ênfase em Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 177.

<sup>38</sup> SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado.** Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 41-42.

A economia capitalista é louvada por sua inegável eficiência na produção de bens (riquezas), porém ela também se sobressai por sua capacidade de produzir males sociais e ambientais. Para os ideólogos do fundamentalismo de mercado, estes males são o preço inevitável do progresso econômico. Só podem ser mitigados e compensados mediante a produção de bens públicos, tais como a redução da pobreza ou proteção do meio ambiente. Em outras palavras, o desemprego maciço, o subemprego e as desigualdades sociais são inerentes ao sistema capitalista, porém estes inconvenientes seriam mais do que compensados pela eficiência da economia capitalista do mercado.

Além disso, as atuais crises econômicas, fiscais e financeiras não podem ser solucionadas por meio de modelos que promovam a apropriação dos termos desenvolvimento sustentável e sustentabilidade.

Por esta razão, Sachs<sup>39</sup> observa que não se admite a adoção de postura leniente diante dessa constatação, pois “para que as coisas aconteçam, é preciso que sejam economicamente viáveis. Assim sendo, a viabilidade econômica é uma condição necessária, mas não suficiente para o desenvolvimento”, eis que “o econômico não é um objetivo em si, é apenas o instrumental com o qual avançar a caminho do desenvolvimento incluyente e sustentável”. Desta maneira, os cientistas sociais têm uma enorme responsabilidade. “Essa responsabilidade consiste precisamente na explicitação dos critérios com os quais se avalia o desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado”.

Além disso, Ignacy Sachs<sup>40</sup> afirma que “o desenvolvimento é um conceito multidimensional e que contém uma perspectiva ambiental na medida em que explicita uma preocupação com as gerações futuras”.

---

<sup>39</sup> SACHS, Ignacy. Primeiras Intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANNA, João Nildo. **Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007. p. 23.

<sup>40</sup> SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008. p. 71.

Entretanto, Vidal de Souza<sup>41</sup> observa que se o conceito de desenvolvimento sustentável:

não for bem examinado e refletido pode se tornar poroso e servir de base para o pensamento elitista e conservador, através de instrumentos utilitaristas, deixando de promover qualquer alteração estrutural, acabando por ser facilmente assimilado e engolido pelas classes dominadoras, num rápido e eficiente rearranjo de forças, reduzindo por completo seu potencial de novo paradigma e modificador do pensamento social.

Em 25 de setembro de 2015, durante a Cúpula das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável é aprovada a resolução da ONU intitulada “Transformar o nosso mundo: Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável”<sup>42</sup>, que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2016. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) foram construídos por meio de uma agenda mundial composta por 17 objetivos e 169 metas, que devem ser atingidos até 2030. Portanto, os ODS são compostos ações mundiais em áreas que vão desde erradicação de pobreza até mudança no clima e igualdade de gênero.

Os ODS começaram a ser preparados na CNUDS (Rio+20), a partir das bases ditas pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), que foram estabelecidos na Cúpula do Milênio das Nações Unidas, em 2000, consistentes em oito objetivos que deveriam ser alcançados até 2015. Os oito objetivos, intitulados de oito jeitos de mudar o mundo, eram os seguintes: 1. erradicar a pobreza extrema e a fome; 2. alcançar o ensino primário universal; 3. promover a igualdade de gênero e empoderar as mulheres; 4. reduzir a mortalidade infantil; 5. melhorar a saúde materna; 6. combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7. garantir a sustentabilidade ambiental; 8. desenvolver uma parceria global para o desenvolvimento.

---

<sup>41</sup> SOUZA, José Fernando Vidal de. **Água**: fator de desenvolvimento e limitador de empreendimento. São Paulo: Editora Modelo, 2011.

<sup>42</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução aprovada pela Assembleia Geral de 25 de setembro 2015**. Disponível em: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S). Acesso em: 16 ago. 2020.



Assim, como explica Barbieri<sup>43</sup>, uma sessão plenária de alto nível da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o cumprimento dos ODMs, realizada em 2010, “solicitou ao seu Secretário Geral recomendações sobre os passos a serem dados para avançar em direção a uma agenda sobre desenvolvimento sustentável para além de 2015”, sendo criada uma equipe para revisão dos ODMs.

Para elaboração da Agenda 2030, Barbieri<sup>44</sup> esclarece a intensa participação das nações e das sociedades civis:

Diferentemente dos ODMs que foram aprovados sem uma ampla discussão em nível mundial, os ODSs resultaram de um intenso debate em todos os níveis do internacional ao local. Nenhum outro plano de ação ou agenda recebeu tantas sugestões como a agenda de desenvolvimento pós-2015. Entre 2012 e 2013 foi realizada uma ampla consulta em três frentes: uma envolvendo mais de 80 países para detectar as perspectivas nacionais; outra envolvendo as comissões econômicas regionais como a Comissão Econômica para a África, para a América Latina e Caribe e outras ligadas à ECOSOC; e uma terceira frente de consultas setoriais ou temáticas, tais como sobre educação, saúde, governança global, desastres naturais, energia, água. Também foram realizadas consultas online pela internet e redes sociais como Facebook, o que constituiu uma inovação no processo de construção de consenso no âmbito das Nações Unidas.

Verifica-se que a ONU continua a apostar na implementação do conceito de Desenvolvimento Sustentável, mas, desta feita, de maneira mais ampla, desafiadora e ambiciosa, pois a Agenda 2030 trata de temas que podem ser divididos em 4 esferas principais: a) *Social*: que se relaciona com as necessidades humanas, de saúde, educação, melhoria da qualidade de vida e justiça; b) *Ambiental*: que trata da preservação e conservação do meio ambiente, com ações que vão da reversão do desmatamento, proteção das florestas e da biodiversidade, combate à desertificação, uso

<sup>43</sup> BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento sustentável** – das origens à Agenda 2030. Petrópolis: Vozes, 2020, p. 128,

<sup>44</sup> Ibid, p. 129-130.

sustentável dos oceanos e recursos marinhos até a adoção de medidas efetivas contra mudanças climáticas; c) *Econômica*: que aborda o uso e o esgotamento dos recursos naturais, a produção de resíduos, o consumo de energia, entre outros e d) *Institucional*: que diz respeito às capacidades de colocar em prática os ODS.

Desta maneira, os 17 ODS definidos em 2015 pela ONU que compõem a Agenda 2030 devem ser cumpridos pelos países membros entre o período de 2015 a 2030. Esses objetivos são divididos em cinco áreas: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria.

Desta maneira, cada uma dessas áreas tem características e objetivos próprios, embora estejam integrados de forma sistêmica. Assim, podemos explicar cada uma dessas áreas da seguinte forma:

- a) **Pessoas**: Esta área tem a preocupação de erradicar a pobreza e a fome em todas as suas formas e dimensões, a fim de garantir que todos os seres humanos possam realizar seu potencial, por meio de suas habilidades e competências, com dignidade e igualdade e em um ambiente saudável.
- b) **Planeta**: Aqui o objetivo é o de proteger o planeta da degradação, inclusive por meio do consumo e produção sustentáveis, do manejo sustentável de seus recursos naturais e de ações urgentes para enfrentar as mudanças climáticas, de modo que possa atender às necessidades das gerações presentes e futuras.
- c) **Prosperidade**: Visa garantir que todos os seres humanos possam desfrutar de uma vida próspera e plena e que o progresso econômico, social e tecnológico ocorra em harmonia com a natureza.
- d) **Paz**: Nesta área a busca é pela promoção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas, livres do medo e da violência, eis que não pode haver desenvolvimento sustentável sem paz e não pode haver paz sem desenvolvimento sustentável.
- e) **Parcerias**: A busca desta área é mobilizar os meios necessários para implementar esta Agenda por meio de uma Parceria Global para o Desenvolvimento Sustentável revitalizada, baseada em um

espírito de maior solidariedade global e focando particularmente nas necessidades dos mais pobres e vulneráveis, com colaboração de todos os países, todas as partes interessadas e todas as pessoas.

Com isso, as cinco áreas são conhecidas como os 5 Ps e são resumidos da seguinte forma:



Fonte: PNUD, 2015<sup>45</sup>

A visão alargada da Agenda 2030 necessita de instituições eficazes, mobilização para implantação de recursos financeiros e transferência de tecnologias para capacitação de pessoas, tudo para efeito de transformar a realidade atual, por meio de responsabilidade dos governos em busca de solidariedade internacional, eis que a ideia é que ninguém deve ser deixado para trás.

Além disso, a Agenda 2030 somente pode ser efetivamente implantada se houver o envolvimento de governos, empresas e sociedade, em um grande diálogo constante dos representantes desses vários grupos de interesse. Com isso cresce a necessidade de debates e a cobrança para que

<sup>45</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Os objetivos de desenvolvimento sustentável dos ODM aos ODS**. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015.html>. Acesso em: 20. ago. 2020.

ações que visem “transformar o nosso mundo” em um lugar melhor sejam adotadas, fato que eleva a responsabilidade de todos.

Ademais, os vínculos entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e sua natureza integrada são de crucial importância para o cumprimento do propósito da Agenda 2030. Por isso, cada aspecto cumprido da Agenda revela que as condições de vida de todas as pessoas melhorarão significativamente e o lema da Resolução da ONU se concretizará, pois o nosso mundo se transformará em um lugar melhor.

Assim, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável idealizados pela resolução aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 25 de setembro de 2015, são os seguintes:



Fonte: ONU, 2019<sup>46</sup>

Desta forma, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável podem ser assim resumidos:

**Objetivo 1 (Erradicar a Pobreza):** Busca acabar com a pobreza em todas as suas formas e em todos os lugares;

<sup>46</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Os 17 Objetivos**. Disponível em: <https://sdgs.un.org/goals>. Acesso em: 25 ago. 2020.

- Objetivo 2 (Erradicar a Fome):** Visa acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover a agricultura sustentável;
- Objetivo 3 (Saúde de Qualidade):** Almeja garantir vidas saudáveis e promover o bem-estar de todos, em todas as idades;
- Objetivo 4 (Educação de Qualidade):** Procura garantir educação de qualidade inclusiva e equitativa, bem como promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;
- Objetivo 5 (Igualdade de Gênero):** Almeja alcançar a igualdade de gênero e capacitar todas as mulheres e meninas;
- Objetivo 6 (Água Potável e Saneamento):** Visa garantir a disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento para todos;
- Objetivo 7 (Energia Renováveis e Acessíveis):** Garantir o acesso a energia acessível, confiável, sustentável e moderna para todos
- Objetivo 8 (Trabalho Digno e Crescimento Econômico):** Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;
- Objetivo 9 (Indústria, Inovação e Infraestruturas):** Construir infraestrutura resiliente, por meio de infraestruturas de qualidade, combinada com a promoção de industrialização inclusiva e sustentável e fomento a inovação;
- Objetivo 10 (Reduzir as Desigualdades):** Reduzir a desigualdade dentro e entre os países, por meio do crescimento dos rendimentos da população mais pobre;
- Objetivo 11 (Cidades e Comunidades Sustentáveis):** Busca tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;
- Objetivo 12 (Produção e Consumo Sustentáveis):** Visa garantir padrões de consumo e produção sustentáveis;
- Objetivo 13 (Ação Climática):** Tomar medidas urgentes para combater as mudanças climáticas e seus efeitos, reconhecendo, no entanto, que a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a

Mudança do Clima (CQNUMC) é o principal fórum intergovernamental internacional para negociar as respostas às alterações climáticas globais;

**Objetivo 14 (Proteger a Vida Marinha):** Conservar e usar de forma sustentável os oceanos, mares e recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;

**Objetivo 15 (Proteger a Vida Terrestre):** Busca proteger, restaurar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerenciar florestas de forma sustentável, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e interromper a perda de biodiversidade;

**Objetivo 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes):** Visa promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, facilitar o acesso à justiça para todos e construir instituições inclusivas eficazes e responsáveis em todos os níveis;

**Objetivo 17 (Parcerias para a Implementação dos Objetivos):** Almeja fortalecer os meios de mobilização de recursos internos para melhorar a capacidade de cobrança de impostos e outras fontes de receita, inclusive por meio de apoio internacional.

Constata-se que os desafios dos ODS envolvem a tentativa de compatibilizar crescimento econômico, avanço tecnológico e crescimento ocorridos durante o século XX. A análise dos dados e a reflexão implicam na construção de uma ponte global de nível político e científico, que deve delinear um cenário de transformações econômicas.

Por isso, para muitas empresas a Agenda 2030 se revela como um instrumento de inspiração ou de comunicação corporativa a ser implantado para solucionar os desafios contidos nos 17 ODS, que são indivisíveis e integrados e combinam as três dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, social e ambiental.

Além disso, a ideia da Agenda 2030 implica na existência de responsabilidade compartilhada entre os três setores: governo, sociedade civil e

empresas. Assim sendo, é evidente que as empresas na condição de integrante dessa engrenagem precisam ajustar suas agendas e demandas aos ODS.

Verifica-se, no entanto, que não há a obrigação das empresas trabalharem com todos os 17 ODS ao mesmo tempo, o que se revela tarefa de grande dificuldade, diante da ampla necessidade de alteração do processo de gestão empresarial. O segredo é, pois, escolher aqueles que se correlacionam diretamente com os objetivos e metas das empresas, não se esquecendo de que a leitura deve ser sistêmica, pois todos ODS estão interligados.

Portanto, a escolha dos ODS prioritários deve se pautar por uma análise de impactos dentro das empresas, sendo certo que, evidentemente, o ideal seria que as empresas conseguissem promover uma mudança significativa em sua estrutura organizacional para consagrar todos os ODS, até o ano de 2030.

É conveniente destacar que os ODS estão correlacionados com as políticas públicas dos Estados signatários da resolução da ONU e, sendo assim, para as empresas abre-se um campo de possibilidade de identificar novas e promissoras oportunidades de negócios, bem como melhorar seu valor perante aos stakeholders, o que aumenta o valor da sustentabilidade corporativa e a chance de influenciar e contribuir para o aprimoramento das políticas públicas.

Entretanto, é evidente que para o atingimento dos ODS as empresas precisam estabelecer um compromisso com prazos e resultados, o que enseja investimento de recursos e monitoramento constante, diante dos interesses e valores envolvidos.

Por isso, a construção de modelos empresariais de negócios compatíveis com os ODS exige que haja conciliação e cooperação produtiva entre os atores econômicos, para a correta compreensão de que os bens ambientais são finitos e as gerações futuras não podem receber um legado de dificuldades, por falta planejamento que não contemple os pressupostos do desenvolvimento sustentável, diante dos padrões de produção e consumo atuais.

Além disso, os ODS se apoiam em valores éticos, humanistas e democráticos, orientados por uma visão de bem-estar, qualidade de vida, ca-

paz de valorizar a cidadania, a diversidade e a biodiversidade, por meio da cultura do desenvolvimento sustentável.

Contudo, para implementação dos ODS o volume de investimentos é deveras elevado, sendo que diante da queda econômica, oriunda da COVID-19 e do cenário de piora da economia mundial, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)<sup>47</sup> em recente relatório deixou consignado o seguinte:

As consequências da pandemia de saúde combinada com uma recessão global serão catastróficas para muitos países em desenvolvimento e impedirão o progresso rumo aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Com dois terços da população global morando em países em desenvolvimento – excluindo a China – e enfrentando danos econômicos sem precedentes por conta da crise da COVID-19, as Nações Unidas estão pedindo um pacote de 2,5 trilhões de dólares para estas nações, como forma de transformar manifestações de solidariedade internacional em ação global efetiva (ONU, 2020).

Com isso, vê-se que essa fatura não poderá ser arcada tão só pelos Estados, o que revela a necessidade de colaboração de outros setores, sendo que a atuação do setor privado no processo se torna relevante para busca, implementação e transição das economias pelos princípios orientadores do desenvolvimento sustentável, de forma a equilibrar a capacidade de suporte do planeta e o bem-estar social das populações.

## Conclusão

Ao longo deste artigo pudemos examinar o surgimento da Revolução Industrial em suas várias fases, com a constituição das empresas diante de um modelo capitalista. Vimos a ocorrência paulatina da completa desumanização das relações entre homem e os meios de produção, bem como

---

<sup>47</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **ONU pede pacote de US\$2,5 trilhões para países em desenvolvimento superarem crise do coronavírus (2020)**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-pede-pacote-de-us25-trilhoes-para-paises-em-desenvolvimento-superarem-crise-do-coronavirus/>. Acesso em: 15 ago. 2020.



a apropriação da natureza, que passou a ser fundamental para a produção de riqueza.

De fato, a transmutação do capitalismo e a sua perpetuação dá-se por fases, na qual o seu primeiro período é marcado pelo capitalismo liberal, que cobre todo o século XIX. O segundo período engloba o fim do século XIX até duas décadas após a 2ª Guerra Mundial e é denominado de capitalismo organizado. Por fim, o terceiro período, denominado de capitalismo desorganizado, cobre o período do final da década de sessenta do século passado até o início da década de 1990. Nessa fase vê-se a eclosão do capitalismo financeiro.

Na maioria do período da Revolução Industrial, as indústrias e as empresas surgidas sempre pautaram suas gestões pela maximização do lucro e minimização das perdas, com ambições econômicas e exploração da mão de obra, acentuando as relações entre a produção de riquezas e a distribuição de rendas.

O fenômeno da globalização, no entanto, obrigou indústrias e empresas a repensarem esse modelo, diante dos avanços dos transportes, das telecomunicações e dos meios informacionais das últimas décadas.

Além desse fator, operou-se a expansão dos mercados com novos e consideráveis investimentos tecnológicos, além de novas formas e meios de produção, visando atender aos mercados consumidores de localidades distintas, por meio de logística capaz de reduzir o tempo e promover a melhoria de distribuição rápida, segura e eficiente das mercadorias.

Essa revolução técnico-científica permitiu a ampliação da circulação de mercadorias, informações e pessoas pelo mundo e nessa esteira a pretensão da globalização não foi outra senão a de tentar transformar o fenômeno social em um modelo que pudesse promover a integração econômica, social e cultural em escala global.

Desta forma, o fenômeno da globalização tem possibilitado que determinada empresa possa promover variada diversificação de suas atividades, sendo capaz de produzir em um país, investir em outro, com a obtenção de incentivos fiscais, bem como pagar impostos em país diverso dos an-

teriores. Entretanto, esse modelo acirra a competição no mercado e ainda reforça a concentração das riquezas nas mãos das grandes corporações.

Constata-se, assim, que o fenômeno da globalização está a promover a apropriação do humano por meio de padrões pré-estabelecidos. Enfim, o homem inicialmente se apropriou dos recursos naturais para construir o modelo de mercado. O mercado se agigantou e, agora, se apropria do homem e da natureza.

Além disso, também a partir de 1970 veem-se significativas mudanças na natureza, tais como alterações climáticas, acidentes nucleares, despejo intenso de contaminantes no solo, no ar e nas águas do planeta, escassez de terras produtivas, diminuição da biodiversidade etc., o que, fatalmente, afetará as gerações futuras, que estarão com estoques de bens ambientais comprometidos.

Assim, durante 40 anos viram-se esforços de grupos da sociedade civil para a defesa do meio ambiente, com a produção de avanços e convencimento dos governos a estabelecerem pautas para a efetiva implantação do modelo de desenvolvimento sustentável. Porém, na última década, passamos a visualizar um retrocesso na defesa das questões ambientais, principalmente por disputas econômicas, político-ideológicas e interesses nacionais, corporativos e individuais.

Essa reflexão permite dizer que o conceito de Desenvolvimento Sustentável exige uma análise aprofundada dos fatores de sustentação do capitalismo, em especial uma análise dos padrões de produção e consumo, dos meios de regulação do Estado e formas variadas de acumulação de riquezas, tudo para se evitar a destruição da natureza, bem como garantir ao homem sua identidade, com a construção de uma sociedade capaz de enfatizar a solidariedade e o respeito global e cósmico.

Para tanto, exige-se mudança de valores capaz de construir um modelo de sociedade sustentável, justa e equilibrada, que evite os exageros e o desperdício e se volte para satisfação das necessidades básicas da população, como forma de permitir equidade na distribuição de renda. Com isso, o conceito de desenvolvimento sustentável se afigura como revolucionário, pois passa a ser capaz de promover debates e escolhas das melhores

políticas públicas para reduzir as desigualdades, satisfazer as necessidades das gerações presentes, sem comprometer as perspectivas e possibilidades das gerações futuras.

De outro lado, o conceito de desenvolvimento sustentável passa a ser utilizado para superar o modelo existente, permitindo que todos possam usufruir o direito fundamental de desfrutar um meio ambiente sadio, tal como dita o art. 225 da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público e à coletividade, o dever de proteger e defender o meio ambiente, preservando-o para a presente e futuras gerações.

Ademais, o princípio da sustentabilidade deve ser interpretado a partir da leitura dos artigos 170 e 225 e seus incisos e os artigos 1º e 4º da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, (Lei nº. 6.938/81), ressaltando a existência de harmonia entre os vários povos, fato que exige mudança de comportamento para superar a relação homem-natureza, que não pode ser pautada pelo domínio, mas deve enfatizar o convívio e interação entre todos os seres vivos.

Resta, pois, a indagação: há a possibilidade de compatibilizar desenvolvimento e meio ambiente? A questão não é tão simples de ser respondida, pois se de um lado o crescimento econômico promove a geração de empregos, uma das maiores preocupações das sociedades, em especial a brasileira, de outro, para muitos a proteção do meio ambiente é o maior impeditivo da expansão econômica.

Ademais, as estatísticas apontam que a industrialização no país, com o aumento da poluição não tem gerado um crescimento sustentado, capaz de proporcionar benefícios para toda a população.

Desta maneira, para que o conceito de Desenvolvimento Sustentável não se transforme em uma quimera, é necessário que o pensamento e as atitudes tenham em conta a complexidade do mundo atual e reflitam que esse conceito deve ser tratado no campo ambiental, social e econômico, o que obriga o intérprete a adotar estratégias que não se limitam à apreciação das partes desconectadas, com o emprego singelo do método cartesiano-mecanicista, mas com métodos outros de concepção sistêmica, com a superação desse modelo reducionista, eis que somos parte do todo e de-

pendemos dos demais elementos do ciclo da vida, que garantirá os recursos necessários à manutenção das gerações futuras e, por ser assim, nem a natureza, nem o homem poderão ser apropriados por modelos econômicos de qualquer ordem, sob pena de comprometer toda a civilização.

## Capítulo 15

### Universidade como empresa ESG

*José Renato Nalini*

*João Pedro Paro*

#### I Introdução

O mundo já vinha experimentando a disrupção causada pela Quarta Revolução Industrial, quando foi convulsionado pela pandemia da Covid19. À perplexidade e pânico sucedeu-se análise das perspectivas abertas para o depois da crise, que alguns chamaram de “novo normal”. Uma das tendências detectadas foi a preocupação com um trato holístico das atividades desenvolvidas pela sociedade dos homens, bem sintetizada por três letras: ESG – Environmental, social & governance, dos verbetes em inglês.

A ciência indicou a devastação ambiental e o desrespeito para com a natureza como uma das causas do surgimento de um vírus insidioso e mutante. Constatação que implicou em revalorização de práticas híidas na tríplice esfera ambiental, social e de governança.

Para o Brasil, cuja vulnerabilidade já era manifesta antes da crise, o tema adquiriu relevância intensificada, ante a necessidade de atrair vultosos investimentos externos, compatíveis com as urgências de um país carente e desigual.

Embora a concepção tríplice não se subordine a hierarquia entre os valores correlatos, a ideologização do ambientalismo permaneceu com foco emocional no debate superficial. Deixou-se de aprofundar uma análise que se impôs a partir de nítido crescimento do nível de devastação da floresta Amazônica e de outros biomas nacionais.

Em que é que a Universidade pode contribuir para conferir consistência ao debate e para gerar comportamentos responsáveis e conectar o crescente núcleo de interessados em encontrar alternativas?

## II Universidade como busca da verdade

A Universidade foi concebida como a instância ideal para a permanente e neutral busca da verdade. Missão que prevalece, apesar da dificuldade na definição de verdade. Legiões se devotaram a esse mister.

A recomendação à criança, nas clássicas lições domesticas de um estágio civilizatório que já se foi, era clara: *“Tu serás o guardião da verdade. Em torno da verdade os homens param e escutam. Talvez não a compreendam; no entanto, ela nunca deixou de passear sobre o mundo, fertilizando as almas”*<sup>1</sup>.

Um clássico da ciência jurídica, Giorgio Del Vecchio, inicia sua obra sobre a verdade na moral e no direito de forma instigante: *“Conhecer significa tender para a verdade e compreendê-la. E o que é a verdade? Reside em nós, fora de nós ou nos dois lugares a um tempo?”*<sup>2</sup>. Não se enquadra nos objetivos desta reflexão chegar a um ponto indubitado. É bastante frisar que

as supremas verdades éticas (morais e jurídicas) e ainda as teóricas (lógicas e matemáticas), ínsitas na nossa mente com caráter de necessidade, eternidade e universalidade, garantem-nos de certo modo não sermos só aparências efêmeras, ligados às impressões mutáveis e enganadoras dos sentidos, mas substâncias participantes do absoluto do ser em geral<sup>3</sup>.

O espaço adequado para desenvolver elucubrações e chegar a um consenso a respeito da verdade continua a ser essa instituição chamada

<sup>1</sup> MAGALHÃES, Fernando, **Cartilha da Probidade**. Rio de Janeiro: Editor Renato Americano, 1936. p.71.

<sup>2</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. **A verdade na moral e no direito**. Braga: Coleção Scientia Iuridica, Livraria Cruz, 1983. p.23.

<sup>3</sup> DEL VECCHIO, Giorgio, op. cit., idem, p.24.

Universidade. Ela perdura no tempo, alimentada por essa ideia-força que é justamente a eterna busca da verdade.

Numa etapa contemporânea de seu milenar percurso, não se ignora a tendência de se acusar o mercado de tentar instrumentalizá-la. Assim a posição de Boaventura Sousa Santos ser eloquente: “*o capitalismo global pretende funcionalizar a universidade e, de fato, transformá-la numa vasta agência de extensão ao seu serviço*”<sup>4</sup>. O ranço preconceituoso contra a empresa, que é instituição vitoriosa no século XX, pois teve de sobreviver, a despeito da incompreensão governamental e da álea a que está sujeita a iniciativa privada, não pode obstaculizar um saudável convívio entre ela e a Universidade. Deve-se considerar legítima a

pressão que tem sido exercida sobre a universidade para produzir o conhecimento necessário ao desenvolvimento tecnológico que torne possível os ganhos de produtividade e de competitividade das empresas<sup>5</sup>.

Afinal, tudo aquilo que se desenvolve dentro da Universidade, que é alicerçada sobre os pilares da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão<sup>6</sup>, deve impactar a vida concreta das pessoas.

Inviável considerar-se herético um sistema conducente à geração de produtos ou ideias que facilitem o convívio, como se à Universidade fosse reservado investir exclusivamente em teorias, na busca do saber pelo saber, sem perscrutar sobre as consequências que daí adviessem. Uma Universidade tem de impactar a sociedade em que desenvolve sua abrangente vocação.

A Universidade não pode abdicar do pragmatismo, que foi chamado por Dewey de “*a filosofia da democracia*”<sup>7</sup>, principalmente neste momento histórico em que a humanidade se viu confrontada por uma trágica e dolorosa experiência. Incompreensível a resistência de certos setores a

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A Universidade no século XXI**: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 73.

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura de Souza, op. cit., idem, p. 84.

<sup>6</sup> Artigo 207, caput, da Constituição da República.

<sup>7</sup> Citado por RORTY, Richard. **Pragmatismo** – a filosofia da criação e da mudança. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2000, p. 21.

admitir que à Universidade se comete a missão de gerar conhecimento e também riqueza para o país. Visão que aos poucos cede espaço a um tardio, mas urgente descortino. O cientista da computação Nívio Ziviani, da UFMG, reconhecido criador de startups, reconhece que

a universidade pública brasileira tem a obrigação moral de mobilizar o conhecimento para gerar riqueza por meio de empreendimentos inovadores, retornando à sociedade o dinheiro que ela pôs para a formação de recursos humanos de qualidade. Além de gerar bons profissionais, ela tem que produzir riqueza, como ocorre em países desenvolvidos<sup>8</sup>.

O amanhã requer coragem, audácia, ousadia. A ação humana modifica drasticamente o planeta e isso faz lembrar que “*a natureza apresenta-nos ao mesmo tempo processos irreversíveis e processos reversíveis, mas os primeiros são a regra, e os segundos, a exceção*”<sup>9</sup>. Em que categoria se enquadra os danos causados contra a Terra? Há quem os considere irreversíveis. A esperança ordena acreditar em sua reversibilidade. Atributo condicionado à nossa imediata ação. Seria fatal omitir-se e permanecer inerte a este chamado.

O mundo enfrenta um sério desafio, que é reverter a degradação do ambiente, para garantir a sobrevivência da espécie e não comprometer o futuro das gerações vindouras. Essa missão tem como locus preferencial a Universidade. É nela que o pensamento encontrará condições para exercer a criatividade. Há um papel reservado à criatividade em todas as ciências.

*É estranho que a criatividade científica seja com tanta frequência subestimada. [...] A ciência é um empreendimento coletivo. A solução de um problema científico deve, para ser aceita, satisfazer exigências e critérios rigorosos. No entanto, esses constrangimentos não eliminam a criatividade, são desafios para ela*<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> ZIVIANI, Nívio. **O criador de startups, entrevista a Yuri Vasconcelos** In *Pesquisa FAPESP*, agosto de 2020, n. 294, p.53.

<sup>9</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**. Tempo, Caos e as Leis da Natureza. São Paulo:Editora UNESP, 1996, p. 25.

<sup>10</sup> PRIGOGINE, Ilya, op. cit., idem, p.198.



Com razão maior a Universidade particular, sem os entraves da política, deve se valer da desenvoltura de que usufrui, para implementar novos caminhos à formação, atenta às demandas de uma sociedade complexa e desperta para os desafios postos pela Quarta Revolução Industrial.

Se, até o momento, a história testemunha o desapareço da criatura racional em relação ao seu habitat, é hora de resgatar o necessário respeito a esse patrimônio que a ordem fundante brasileira consagrou como direito comum a todos e “*essencial à sadia qualidade de vida*”<sup>11</sup>. Nessa direção, incumbe à Universidade propor alternativas à exploração exauriente dos recursos naturais, sem prejuízo de continuar a incentivar a pesquisa pura, “*em nome de interesses sociais considerados relevantes e que obviamente estão longe de ser apenas os que são relevantes para atividade empresarial*”<sup>12</sup>. Enfatize-se que não há, inevitavelmente, antagonismo entre tais interesses. Eles soem convergir, o que facilita bastante a missão da Universidade.

Importante assimilar a complexidade numa era que tem sido chamada *pós-moderna*, a reclamar compartilhamento de ideias e visão aberta à pluridisciplinaridade. Até porque,

não é sensato, não é profícuo, mesmo que se tenha de seguir uma especialidade muito bem delimitada, fechar-se nela logo de saída. Seria o mesmo que colocar antolhos. Nenhuma ciência basta a si mesma; nenhuma disciplina por si só constitui-se em luz suficiente para seu próprio percurso no isolamento, ela se encolhe, se seca, se debilita e, na primeira oportunidade, se extravia<sup>13</sup>.

Isto vale principalmente para a ciência jurídica, durante bom período enclausurada e alheia às mutações, como se a arquitetura herdada dos romanos não se mostrasse suscetível de adaptação aos novos tempos.

<sup>11</sup> Artigo 225, caput, da Constituição da República.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Souza, op. cit., idem, p.87.

<sup>13</sup> SERTILLANGES, Antonin-Dalmace. **A vida intelectual**. Seu espírito, suas condições, seus métodos. São Paulo:É realizações, 2010, p. 89.

### III Universidade atraente e sedutora

A educação brasileira tem recebido contínuas e reiteradas críticas. As avaliações locais evidenciam um quadro lastimável de aprendizado. No teste PISA, promovido pela OCDE, o Brasil está sempre nos últimos lugares. O que acontece com essa política pública de relevância tamanha, que é de responsabilidade tão extensiva e abrangente? O constituinte consagrou a educação como *direito de todos* e dever da família, do Estado e da sociedade<sup>14</sup>. Ninguém está isento de promover a educação, formal e informal, em todos os níveis, nem há inocentes, que pudessem se considerar excluídos da obrigação de conferir observância a esse comando constitucional.

Ocorre que a escola não se renovou. Acreditou suficiente perfilhar educandos e submeter-lhes a perorações cansativas. Precisa ser reinventada. Já não atrai a juventude, com sua topografia enfileirada, em que o último aluno só tem como perspectiva de visão a nuca dos colegas à sua frente. Aulas prelecionais que se repetem de maneira monocórdica, na presunção de que o educando seja uma tábula rasa, desprovida de qualquer conhecimento, monopólio do docente, um ser onisciente.

O avanço das tecnologias da Comunicação e da Informação propiciam às gerações *millenials* o acesso a um continente de dados que se agiganta a cada dia e que tende ao infinito. Informações atualizadas, transmitidas sonora e visualmente com atratividade ausente das aulas tradicionais.

Como observou recentemente Peter Diamands, geneticista e empresário americano fundador da Singularity University, no cenário atual, “*metade das crianças está perdida, metade está entediada. É um processo ridículo. Temos de reinventar a educação*”<sup>15</sup>.

Essa reinvenção já é possível. A tendência da melhor educação para nossos dias será quase individualizada, como previa Montaigne em seus *Essais*. Um professor bem qualificado conhecerá seu pupilo. Saberá identi-

<sup>14</sup> Artigo 205, caput, da Constituição da República.

<sup>15</sup> DIAMANDIS, Peter. **Era da Tecnologia exponencial obriga Brasil a descobrir seu propósito**. OESP, 02.08.2020, p. H7.

ficar suas preferências, seus pontos fortes, suas vulnerabilidades. Dominará a arte de induzir a curiosidade do aluno, de maneira a fazê-lo gostar de aprender e a se interessar por constante obtenção do conhecimento.

É o que já ocorre nas unidades escolares diferenciadas, hoje restritas a elites, mas que é possível replicar, como já acontece na China. Ali já se desenvolveram aplicativos de aprendizagem com celulares que têm câmera focada no rosto da criança. É factível constatar se ela está aprendendo, se está com dúvidas ou se está entediada. Cada caso requer um tratamento diferenciado, como reforço, repetição da lição ou resolução das hesitações.

Tudo pode ser realizado sem o sacrifício das competências socioemocionais, hoje tão negligenciadas. Empatia, sensibilidade, compaixão, capacidade de se comunicar, é tão ou mais importante do que o aprendizado cognitivo. E será mais necessário no pós-pandemia, eis que a profunda mutação imposta pela Covid19 acarretará transformações na saúde mental das pessoas, principalmente nas crianças.

Não é vaticínio, mas pura ciência. Na China, pesquisa publicada na revista *Jama Pediatrics* dá conta de que sintomas de depressão foram mais acentuados na região de Wuhan do que nas cidades próximas.

Os achados sugerem que, assim como experiências traumáticas, doenças infecciosas graves podem influenciar a saúde mental das crianças”, escreveram os autores do trabalho coordenado pela pesquisadora Ranran Song, da Universidade Huazhong de Ciência e Tecnologia<sup>16</sup>.

Não é diversa a situação do Ocidente, nem a do Brasil. Aqui, o psiquiatra Guilherme Polanczyk e sua equipe do Departamento de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da USP fazem pesquisa com crianças de 5 a 17 anos.

Dados preliminares, obtidos a partir da análise de 4.504 respostas, indicam que a garotada tem passado muito tempo navegando na internet (metade usa eletrônicos por mais de 8 horas por dia, descontando as aulas), dormindo menos e

<sup>16</sup> ZORZETO, Ricardo, **Tempos de Incerteza**. Pesquisa FAPESP 294, agosto 2020, p.20.

mais sedentária (43% não faziam atividade física havia duas semanas)<sup>17</sup>.

Por isso é que, ao lado do *e-learning*, deve-se contemplar a higidez comportamental, para minorar eventuais efeitos de sofrimento psíquico das inocentes vítimas de um dos efeitos secundários da peste.

## IV Universidade tecnológica e inovadora

No âmbito do direito empresarial, são diversas as abordagens possíveis, sendo que uma delas – a proposta neste artigo – busca transcender os aspectos normativos estabelecidos pelas regras formais do direito empresarial, para então alcançar uma reflexão sobre como combinar a visão empresarial e os resultados educacionais esperados no ensino superior. Ou, dito de outro modo, trata-se de uma tentativa de convergir estruturas de regulação do ensino superior no Brasil, com as tendências globais do ensino superior privado.

Tendo presente que o objeto do presente artigo envolve instituições de ensino privado, é importante avaliar primeiramente as realidades financeiras de diferentes países pelo mundo. Segundo recente lista divulgada por uma Organização Não-governamental nos Estados Unidos<sup>18</sup> sobre as 100 universidades com o maior orçamento daquele país, a Universidade de Harvard (considerada com maior orçamento do mundo) em 2019 teve a previsão orçamentária de US\$ 39 bilhões (no câmbio atual este valor representa aproximadamente R\$ 210 bilhões). Para adequada compreensão desta grandeza, a USP, maior universidade pública do Brasil, teve como orçamento para o ano de 2020 o valor total de R\$ 5,98 bilhões<sup>19</sup> (algo como US\$ 1.1)<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> ZORZETO, Ricardo, op. cit., idem, ibidem.

<sup>18</sup> The Best Schools. ONG. <https://thebestschools.org/features/richest-universities-endowments-generosity-research/>

<sup>19</sup> <https://jornal.usp.br/institucional/conselho-universitario-aprova-orcamento-da-usp-para-2020/>

<sup>20</sup> Por razões de discrição não há necessidade de adentrarmos em detalhes orçamentos de instituições privadas de ensino no Brasil, que sabidamente são significativamente menores que o valor mencionado de R\$ 6 bilhões.

Apesar da discrepância monetária, vale dizer que a maior concentração de mentes inovadoras não está na Universidade de Harvard nos Estados Unidos. De acordo com o ranking de 2019 publicado pela agência Reuters, a universidade mais inovadora do planeta é a de Stanford, com<sup>21</sup> o orçamento 30% menor que o da Universidade de Harvard, que ficou em terceiro no mesmo ranking de inovação. Registre-se que não consta nenhuma universidade latino-americana dentre as 100 universidades mais inovadoras do mundo do ranking global elaborado pela agência Reuters.

Falar de investimentos em tecnologia e bons projetos, é contemplar o crescimento de startups, de aplicativos, de games e centros de inovação universitária. Exemplos globais são o *MIT Innovation Initiative*<sup>22</sup>, especializado em combinar inovação prática e educação para o empreendedorismo para seus alunos. A partir de uma infraestrutura de inovação dinâmica com uma comunidade conectada de pesquisadores em ciência da inovação com foco na relevância e impacto global, esta iniciativa do MIT não só funciona como centro catalisador de ideias com impacto concreto, como fornece infraestrutura de inovação que administre o processo de inovação da ideia<sup>23</sup>. Assim como o MIT, Stanford, Harvard, Oxford, Cambridge, USP, entre tantas outras universidades possuem centros de inovação. A criação do Google decorreu de um projeto de pesquisa de seus fundadores quando ambos eram estudantes de doutorado na Universidade Stanford, na Califórnia, Estados Unidos, no ano de 1996.

Assim é que para que a Universidade floresça como espaço aberto à inovação e à tecnologia, é necessário que a própria maneira de nelas ensinar seja reinventada. Uma Universidade mais atraente e tecnológica precisa de professores capazes de lidar com o perfil irrequieto dos seus alunos *millenials*, que são considerados pelos estudiosos como “*Incapazes de se concentrar; perdidos em uma realidade de multitarefa estéril, sem-*

---

<sup>21</sup> <https://www.reuters.com/innovative-universities-2019>

<sup>22</sup> MIT Innovation Initiative. <https://innovation.mit.edu/>

<sup>23</sup> <https://innovation.mit.edu/about/>

*pre presos a algum computador, vagam na superfície das coisas sem nenhum propósito aparente*”<sup>24</sup>.

Ocorre que são justamente essas mentes inquietas, desatentas e potencialmente superficiais, que estão gerando a revolução digital. Segue o autor dizendo que muitos conservadores e críticos da juventude acreditam que essa falta de atenção multitarefa e superficialidade<sup>25</sup> dos jovens seria um tipo negativo da revolução mental gerada pela revolução tecnológica. No entanto,

em vez disso, devemos entender que o contrário é verdadeiro. Pensamos que o mundo digital é a causa de tudo e devemos, pelo contrário, lê-lo pelo que provavelmente é, ou seja, um efeito: a consequência de alguma revolução mental foi que gerou a revolução tecnológica<sup>26</sup>.

Neste sentido é que para que a Universidade seja uma porta de entrada mais amigável para futuros jovens profissionais, o ensino precisa ser mais digital e menos analógico. A necessidade de se adaptar à pandemia no Brasil foi importante experimento. Poderia ter sido mais eficiente, não fosse a resistência obscurantista de alguns responsáveis por políticas educacionais a cargo do Estado. A reinvenção dinâmica do Ensino a Distância exige investimentos em professores que entendam a linguagem dos chamados *gamers*. Seria possível permanecer ignorando o que Lênio Streck chamou de “*crise da dogmática jurídica*”?<sup>27</sup> Ressalte-se que o artigo de Streck que denuncia que os manuais de Direito apresentam profundo déficit de realidade é datado do ano de 2006. Catorze anos depois, quais as mudanças tangíveis?

Certamente que o aspecto regulatório mais assertivo do mercado educacional privado é a tão famosa “mão invisível” do economista Adam

<sup>24</sup> Baricco, Alessandro. **The Game** (Einaudi. Grande estilo livre) (Edição italiana). EINAUDI. Edição Kindle.

<sup>25</sup> Carr, Nicholas. **The Shallows: What the Internet Is Doing to Our Brains** (p. 205). W. W. Norton & Company. Kindle Edition.

<sup>26</sup> Baricco, Alessandro. **O Jogo** (Einaudi. Grande estilo livre) (Edição italiana). EINAUDI. Edição Kindle.

<sup>27</sup> CRISE DOGMÁTICA. **Manuais de Direito apresentam profundo deficit de realidade**. 9 de janeiro de 2006, 21h01

Smith, segundo a qual regras de competição naturais do mercado interferem na economia. Em outras palavras, considerando o cenário social de inovação intensa, a segunda década do século XX não conseguirá conviver mais com os extremamente tediosos e antiquados exemplos de Tício, Caio e Mévio.

Não se aprende só na biblioteca ou com Vade Mecun. Além dos livros, temos, por exemplo, o Youtube, que pode ser uma plataforma de aprendizado valiosa. Já não são apenas os livros que podem transmitir conhecimento. Podem (e devemos) ir além de aulas presenciais e expositivas. A prova disso é o *vídeo de menos de seis minutos de duração publicado no Youtube* da historiadora Lilia Schwarcz, no qual ela ensina que o grande historiador Eric Hobsbawn entendia que o chamado longo Século XIX começou efetivamente com o advento do fim Primeira Guerra Mundial, que durou de 1914 até o ano de 1918. E conclui fazendo uma provocação reflexiva no sentido de que o Século XX apenas irá acabar quando a pandemia gerada pelo vírus causador da doença COVID-19 for superada<sup>28</sup>.

Durante a pandemia, já pudemos verificar que o teletrabalho (ou *home office*) tem funcionado muito bem. Pesquisa realizada com 359 empresas no mês de março de 2020 demonstrou que quase metade delas adotou o *home office* como resposta direta à evolução do coronavírus no país (43% no número exato)<sup>29</sup>. Outras empresas, já olhando para o futuro, resolveram adotar permanentemente o teletrabalho e entregaram escritórios com o fim de enxugar custo de manter um espaço físico<sup>30</sup>. Sendo que o terror da queda de produtividade dos trabalhadores a distância não se concretizou:

Com mais de 11 mil colaboradores trabalhando remotamente desde março, 84% do total de sua força de trabalho, a Oi realizou uma pesquisa em maio para entender o que as pessoas estão achando desta experiência.

---

<sup>28</sup> Lilia Schwarcz. **O século 21 só começa depois da pandemia**. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dXHnwrT9asg>

<sup>29</sup> <https://valor.globo.com/carreira/noticia/2020/03/20/43percent-das-empresas-adotam-home-office-devido-ao-coronavirus.ghtml>

<sup>30</sup> <https://valor.globo.com/carreira/noticia/2020/06/08/companhias-ja-aderem-ao-home-office-permanente.ghtml>

Dos cerca de 10.400 colaboradores respondentes (não incluindo gestores), 78% informaram que possuem interesse de continuar neste modelo de trabalho. A visão do gestor também vai na mesma direção – 95% recomendaram o trabalho remoto para os respectivos times, sendo que 65% destes recomendam que suas equipes façam de 2 a 3 dias de home office no futuro, ao fim do isolamento<sup>31</sup>.

A Universidade continuará a ser espaço conservador de manutenção de tradições inadequadas para os alunos *millenials* ou buscará dar um passo adiante e aproveitar a oportunidade para reinventar o Ensino a Distância (EAD)? Não se está aqui a falar de aulas estáticas, longas e entediantes de professores despreparados para a linguagem do Século XXI pós-pandemia. O EAD reinventado não permite Tício, Mévio e Caio nem tarefas obsoletas e maçantes como decorar artigos de lei. A proposta é turbinar o conhecimento teórico com recursos dinâmicos, frutos da tecnologia disponível e capazes de atender à demanda de uma geração inventiva e inquieta, afinada com a velocidade dos acontecimentos cotidianos.

Este novo modelo de Universidade exige uma premissa empresarial relacionada com aspectos reputacionais, com o posicionamento da marca junto ao mercado de ensino privado que está cada vez mais competitivo. Não há justificativa para longas jornadas até à universidade tanto de alunos como de professores. Custos sociais e ambientais podem ser evitados mediante a implementação deste novo *mindset* constituído pelo tripé *Environmental, Social and Governance*. E isso não é novidade. Já existe, apenas que em escala reduzida, em nichos privilegiados.

## V Universidade ESG

A inovação ronda o mundo dos negócios desde os tempos mais remotos, sempre motivada pela ideia de competição e aperfeiçoamento de produtos e serviços. Junto com ideias inovadoras emergem dilemas que devem ser ultrapassados pelos líderes de empresas. Na clássica obra *The*

<sup>31</sup> <https://www.correiodopovo.com.br/blogs/planodecarreira/o-aumento-da-productividade-no-trabalho-em-home-office-1.428175>



*Innovator's Dilemma – When Technologies Cause Great Firms to Fail*, o autor Clayton M. Christensen, que é professor da escola de negócios da Universidade de Harvard, indica as questões de fundo que formataram o livro: “‘*Why is success so difficult to sustain?*’ And second, ‘*Is successful innovation really as unpredictable as the data suggests?*’”<sup>32</sup>.

Manter grandes empresas funcionando durante décadas, algumas outras durante séculos<sup>33</sup>, em alto nível de inventividade e com capacidade de inovar constantemente, a fim de produzir melhorias significativas em processos, serviços e produtos, é uma tarefa difícil. Representa um grande dilema, pois inovação nem sempre é sinônimo de sucesso, mas ausência de inovação (tirando raríssimas exceções) é sinal de inevitável fracasso. Para que empresas bem-sucedidas consigam sustentar êxito, de acordo com Clayton Christensen, é necessária uma leitura muito refinada das demandas sociais e de como possíveis mudanças podem preencher lacunas de consumo ou até mesmo gerar novas demandas num potencial ciclo virtuoso.<sup>34</sup>

Justamente aí é que a Universidade – enquanto empresa – deve também ser incluída. Novas metodologias de aprendizagem: *Problem Based Learning*, *Flipped Classroom*, *Cooperative Learning*, Gamificação entre outros, são desafios imprescindíveis. O recrutamento de professores e a maneira pela qual alunos e professores interagem também está em debate nos dias atuais. Vivencia-se a complexa ordem de uma revolução tecnológica que efetivamente impactou a forma de pensar da humanidade. Esta ideia é defendida por diversos sociólogos e filósofos, dentre eles Alesandro Baricco:

<sup>32</sup> Christensen, Clayton M.. **The Innovator's Dilemma (Management of Innovation and Change)**. Harvard Business Review Press. Kindle Edition.

<sup>33</sup> Um exemplo muito enfático de sucesso empreendedor na área de tecnologia e inovação é a empresa americana IBM (International Business Machines) que foi fundada em 1911 e ainda segue líder na quantidade de patentes registradas nos últimos 27 anos nos EUA. Os inventores da companhia “receberam um recorde de 9.262 patentes nos EUA em 2019, atingindo um marco da maioria das patentes já concedidas a uma empresa dos EUA e marcando o 27º ano consecutivo da empresa na liderança de patentes dos EUA”. Mais detalhes em: <https://newsroom.ibm.com/2020-01-14-IBM-Tops-U-S-Patent-List-for-2019>

<sup>34</sup> Christensen, Clayton M.. **The Innovator's Dilemma (Management of Innovation and Change)**. Harvard Business Review Press. Kindle Edition.

Eu diria que a hipótese mais acreditada é esta: houve uma revolução tecnológica ditada pelo advento do digital. Em pouco tempo, gerou uma mutação evidente no comportamento dos humanos e em seus movimentos mentais. Ninguém pode dizer como isso vai acabar<sup>35</sup>.

Tendo em vista tal cenário, o conceito ESG deve ser compreendido de forma abrangente. O ambiente está em todas as pautas e é tema de intensificada urgência. O planeta reagiu à devastação da Amazônia e dos demais biomas brasileiros. Estranhou-se o retrocesso no Brasil, que tinha todas as condições de ser uma potência ecológica mundial. O aspecto social também aflorou, de maneira angustiante e aflitiva, ao escancarar uma das mais injustas realidades sociais do mundo. Quanto à governança, o verbete foi legalmente definido no Brasil como

conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade<sup>36</sup>.

A partir de tal concepção, implementar o Ensino a distância por meio de métodos alvissareiros, não é só uma providência inovadora, como clara iniciativa em favor do meio ambiente. Reduz substancialmente as emissões de gases, em virtude da locomoção de mais de 8 milhões de alunos segundo os últimos censos do ensino superior do INEP. Além disso, haveria também o aumento da qualidade de vida com a economia de tempo *significantive*, considerados os resultados de recente pesquisa que demonstrou que em média os brasileiros gastam 1h20 no trânsito para se deslocar (ida e volta) para as atividades principais do dia. Durante o intervalo de um ano, isto representa uma perda equivalente a 32 dias<sup>37</sup>.

Para não ficar em exemplos de países extremamente mais ricos e poderosos que o nosso Brasil, recorra-se a dados de nações com relativa

<sup>35</sup> Baricco, Alessandro. **O Jogo** (Einaudi. Grande estilo livre) (Edição italiana). EINAUDI. Edição Kindle.

<sup>36</sup> Artigo 2º, inciso I, do Decreto 9.203/2017.

<sup>37</sup> Elaine Patricia Cruz. Agência Brasil. **Brasileiros gastam 32 dias do ano no trânsito, diz pesquisa**. UOL. 30/05/2019. Texto na íntegra em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/organize-as-contas/noticia/2019/05/30/brasileiros-gastam-32-dias-do-ano-no-transito-diz-pesquisa.ghtml>

similitude. O Uruguai recentemente conseguiu alcançar a marca de 100% dos alunos da rede pública com *tablets* para acessar o conteúdo integral do ensino a distância. Estrutura e equipamento oferecidos pela plataforma do governo que tinha 90 mil usuários até há pouco e agora, após a necessidade de suspensão das aulas presenciais, passou a contar com 730 mil usuários ativos.

Este tipo de iniciativa traz um impacto inovador e ambiental significativo, ainda mais num país como o Brasil, onde há mais de 8 milhões de alunos (apenas do Ensino Superior) que se deslocam todos os dias para ir assistir às aulas e voltar para casa. Isto já é uma realidade entre as 500 maiores empresas do mundo. Segundo recente levantamento, 40% das 500 empresas mais ricas do mundo usam EAD e realidade virtual para treinar seus trabalhadores<sup>38</sup>. Não se fala aqui apenas de treinamento para funções simplificadas, aquelas que não exigem alta especialização. Pilotos de Fórmula 1 e de potentes aeronaves têm uma parte significativa da sua sofisticada formação sob a forma de treinamento em realidade virtual e uso de simuladores.

A discussão da função social da Universidade é ampla e está entrelaçada com a própria ideia de formação da cidadania por meio da educação cívica. Assim é que na atualidade, além da evidente colaboração que universidades já oferecem devido à formação de profissionais e cidadãos através do oferecimento de um ensino superior de qualidade, projeto consistente capacita os educandos para o desempenho de um protagonismo patriota. Um ponto normalmente deixado de lado é o financiamento de projetos de pesquisa inovadores com impacto ambiental e foco em sustentabilidade. A sanha dos índices de classificação, a busca de performance nos rankings e a exigência de produtividade dos órgãos reguladores, têm impactado negativamente a produção de resultados científicos em grandes projetos.

Deve-se dizer que a maioria avassaladora dos projetos de pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no Brasil vem da iniciativa privada. Dados recentes do relatório global de pesquisa e desenvolvimento da

---

<sup>38</sup> Mais informações em: <https://www.cnbc.com/2018/10/29/why-f500-companies-use-virtual-reality-to-train-workers-of-the-future.html>

UNESCO colocam o Brasil entre os países que nominalmente mais gastam com pesquisa e desenvolvimento (apesar de haver um potencial viés devido à falta de proporcionalidade do PIB de cada uma das nações)<sup>39</sup>; 45% do valor que se investe em pesquisa no Brasil vêm da iniciativa privada e 35% derivam de orçamento público. Os restantes 20% são produto de financiamentos internacionais, parcerias com fundações e iniciativa do Terceiro Setor, dentre outros. No entanto, ressalte-se que o âmbito do ensino superior investe muito pouco, apenas 10% do montante total aplicado em pesquisa e desenvolvimento.

Ser ESG é também combinar ações que favoreçam o meio ambiente e com grande impacto social. Ampliação do EAD com qualidade é uma das formas. Muitas outras estão em curso, por exemplo, o financiamento de projetos que envolvam o desenvolvimento de tecnologias para a implementação de “emissões negativas” que podem se materializar de duas maneiras: i) as chamadas CCS (*carbon capture and storage*); ii) formas inovadoras de reflorestamento e agricultura inteligente por meio do uso de bio-energia BECCS (*bioenergy with carbon capture and storage*)<sup>40</sup>. O Brasil é um laboratório imenso de experimentação para tudo aquilo que deriva dos avanços científicos e tecnológicos de uma Quarta Revolução Industrial, em acelerado ritmo rumo a uma Sociedade 5.0.

Outra correlação importante para uma empresa ESG é a ideia de governança. A governança, como já dito acima, pode ter variadas implicações. Para o objetivo desta reflexão, o foco principal reside no envolvimento da gestão empresarial para o cumprimento de normas ambientais. Recentemente, alguns sintomas de mudança de atitude por parte da sociedade são alertas sensíveis. Investidores internacionais advertiram o Governo de que o maltrato ao ambiente, sobretudo na Amazônia, frustraria a expectativa de aplicação de recursos estrangeiros no País. Em seguida, executivos de grandes bancos brasileiros vieram a público para detalhar planos e ações que envolvem a recusa de financiar empresas que com-

---

<sup>39</sup> UNESCO. **Global Investments in R&D**. p. 3: <http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/fs54-global-investments-rd-2019-en.pdf>

<sup>40</sup> David Wallace-Wells. **The Uninhabitable Earth: Life After Warning**. Tim Duggan Book. New York. P. 44.

provadamente cometeram ilícitos ambientais. Todos os ex-Ministros do Meio Ambiente e ainda os ex-Ministros da Economia e da Fazenda cerraram fileiras à cruzada mundial com vistas a coibir o desmatamento da Amazônia. Para além da admoestação, os executivos cobraram maior eficiência do governo federal em ações ambientais<sup>41</sup>.

A Governança do ESG, portanto, deve ser entendida em sentido corporativo: Liderança, Gestão de Riscos e *Compliance*. Estar em conformidade com a lei, implementar iniciativas com alto impacto social e atitude protetiva do meio ambiente devem ser ações compreendidas não sob o prisma meramente altruísta, mas com finalidade econômica. Ser consequente com a preocupação mundial face à mudança climática não é somente uma postura ética, mas influencia o real desenvolvimento do Brasil, pois traz lucros e investimentos. Para além da repercussão reputacional, índices especializados têm comprovado que empresas que adotam estratégias ESG possuem maior rentabilidade no índice IBOVESPA. Desde a criação do Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), em 2005, a carteira ESG subiu 296%, contra 223% do total da Bolsa.

## VI Considerações finais

A Universidade assume singular protagonismo nesta fase da vida brasileira. Ela tem compromisso potencializado ante a situação posta em exuberante exposição pela policrise em curso, a culminar na pandemia. Há milhões de brasileiros em busca de perspectivas novas, pois o design do amanhã é perturbador.

O mundo passa por uma transição em que valores são revistos e as profissões tradicionais deixam a cena para nunca mais retornar. O enfrentamento do inesperado é entregue à Universidade. Incumbe a ela desenvolver novas tecnologias, aperfeiçoar sensors, implementar a Inteligência Artificial e explorar todas as funcionalidades que dela possam decorrer, extrair as infinitas vantagens da robótica. Desbravar as ignotas sendas da

---

<sup>41</sup> Mais informações em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nao-vamos-financiar-empresas-de-carne-que-desmatarem-diz-presidente-do-itaunibanco,70003395951>

bioeconomia é comando impositivo. Ciência e tecnologia a serviço da resolução de problemas que até ontem pareciam insolúveis. Tudo isso, numa cooperação efetiva entre Universidade, empresa e sociedade.

A utopia contemporânea é acreditar que haverá espaço para todos atuarem naquilo que não só propicie sustento e vida digna, mas que signifique satisfação, sentido equilibrado de vida e satisfação pessoal. É a Universidade que fará o Brasil descobrir o seu propósito, a sua vocação, o seu destino. E para desincumbir-se de tal desiderato, precisará ser administrada como uma empresa ESG.

Pensar as estruturas de regulação do direito empresarial no Brasil é pensar como normas que necessariamente não estão escritas podem guiar a condução dos negócios corporativos. Por uma escolha subjetiva dos autores, a Universidade foi objeto de estudo numa tentativa acadêmica de sugerir diferentes pontos de vista para o atual cenário do ensino superior privado no país.

Momentos de crise geram também muitas oportunidades. A necessidade de reclusão social e distanciamento exigida devido a pandemia causada pela COVID-19 representa também uma oportunidade de revisão dos paradigmas e dogmas do Ensino Superior privado.

Entender a Universidade como empresa em busca da verdade é entender sua função primeira, de promoção da ciência, do aprendizado, do conhecimento e da cultura. O modelo de Universidade foi se transformando ao longo do tempo e tudo indica que a exigência do século XXI é uma Universidade atraente e sedutora, que compreende um espaço livre de opressão, de compartimentação ou controle do pensamento. Este deve ser livre para fins de incentivar e nutrir a criatividade crítica dos estudantes, pesquisadores e professores.

Quando se contempla a criatividade, pensa-se em inovação. O Brasil tem pensado nisso, mas a prática tem sido limitada. A Lei 11.1196/2005, que ficou conhecida como “Lei do Bem”, conceitua a inovação tecnológica: é

a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais

e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado<sup>42</sup>.

Não parou aí o legislador. Posteriormente cuidou outra vez da inovação, agora considerada nos seguintes termos:

introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente, que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho<sup>43</sup>.

O conhecimento nunca esteve tão disponível e acessível. À Universidade incumbe fazer dele o melhor uso, seja para prover a sociedade de respostas para as suas demandas, seja para formatar um novo e mais sedutor processo de ensino e aprendizado. Sem descuidar de sua preocupação com a pesquisa e a extensão. A sociedade tem direito a usufruir daquilo que resultar do investimento que ela faz na educação, seja a estatal, seja a particular, pois esta não é menos merecedora de estímulos governamentais.

Faz todo o sentido a Universidade se compenetrar de que deve inserir o espírito empreendedor e a inovação criativa dentro de seu próprio sistema, como pregou Peter Drucker:

A necessidade de inovar é evidente. Elas – as instituições de serviço público (e particular, no caso das Universidades privadas) agora precisam aprender como colocar o espírito empreendedor e a inovação dentro de seu próprio sistema. Caso contrário, elas se verão substituídas por intrusos que criarão instituições de serviço público empreendedoras competitivas e assim tornando obsoletas as existente<sup>44</sup>.

Uma Universidade padrão ESG tem condições de provar ao Estado que consubstancia o monopólio de poder, que o ambiente é um ativo sal-

---

<sup>42</sup> Lei 11.196/2005, artigo 17, § 1º.

<sup>43</sup> Lei 10.973/2004, com as alterações trazidas pela Lei 13.243/2016.

<sup>44</sup> DRUCKER, Peter F., **Inovação e espírito empreendedor (entrepreneurship)**: prática e princípios. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 258.

vífico, suficiente para a recuperação de estágios perdidos. Estágios em que a economia brasileira ocupava o pódio, de onde vicissitudes, descuidos e malfeitos a arremessaram à situação atual. Mais do que urgente cuidar dos excluídos e dos invisíveis, para que também usufruam do banquete da produtividade incrementada pelas tecnologias. Assumir e ensinar uma governança que inclua toda a população, sem deixar de lado qualquer pessoa, toda ela digna de especial consideração, eis que o povo continua a ser o único titular da soberania.

Tudo se torna factível se a Universidade assumir, integralmente, o selo ESG. Governança corporativa já não é novidade, assim como o Planejamento é uma realidade antiga no ordenamento pátrio<sup>45</sup>. Uma Universidade ESG é a instância adequada para agregar todas as melhores práticas, mediante coordenação inteligente, de tudo o que se faz para reduzir diferenças e demolir barreiras. Volte-se ao tripé ensino, pesquisa e extensão. É urgente reequilibrar a equação, compensando com pesquisa de qualidade e extensão impactante, aquilo que já se realiza com êxito no campo do ensino.

Inviável a continuidade do perverso ciclo de se terceirizar a transformação do país, entregue exclusivamente ao governo. A Universidade é que tem de liderar esse processo. Há um despertar para as desigualdades e a pesquisa levada a efeito pelo Instituto para o Desenvolvimento de Investimento Social – IDIS apurou que 71% dos brasileiros se mostram propensos a adquirir produtos e serviços que tenham impacto social. Uma consciência ESG, ainda que intuitiva, deixa os nichos eruditos para ganhar a multidão e obter consenso.

O futuro precisa estar conectado e a massa dos excluídos necessita adentrar ao mundo digital, não para adensar o fluxo de mensagens de humor sarcástico, ou o desfile de mau gosto e de ódio, mas para estimular o estudo como escalada de ascensão social. A tecnologia tem sido tratada

---

<sup>45</sup> O Código Brasileiro de Governança Corporativa foi aprovado em novembro de 2016, após elaboração pelo Grupo de Trabalho Interagentes, formado por onze das principais entidades do mercado de capitais, sob a coordenação do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC.



como incubadora para gerar riqueza. Mas ela não pode ser ignorada como poderosa via incubadora para a geração de cidadania.

Iniciativas bem sucedidas devem ser acolhidas para que a Universidade a elas confira densidade e reconhecimento. O *learning by doing*, ou “aprender fazendo”, estimula o talento natural de quem participa de uma experiência, para que ele se converta em gerador de aprendizagem. Os próprios alunos podem formar equipes condutoras para capacitar pessoas a construir soluções factíveis para problemas de toda ordem.

Há uma juventude sequiosa de novas oportunidades. Uma nova mentalidade, aberta à inovação, com a consciência de que uma Universidade é responsável pela transformação da realidade e tem obrigação de melhorá-la, é algo que já existe e produz copiosos frutos. Mas, como toda empresa humana, é suscetível de melhoria e aperfeiçoamento. Nessa caminhada, conceber a Universidade à luz dos preceitos ESG pode ser alternativa promissora.

Dê-se voz à juventude educanda. A gestão democrática na educação é preceito fundamental. Não se aprisione o alunado a regras inflexíveis, estabelecidas em época já endereçada para a arqueologia pedagógica. Experimente-se o sabor da liberdade. Ela fará com que esse ambiente atraia jovens para que não só se tornem profissionais competentes, mas também possam enxergar o valor do mundo acadêmico como forma de incorporação de outros valores. Sentimentos nobres quais os cívicos, de respeito ao pluralismo de ideias, divergências saudáveis e opiniões discordantes que mesmo opostas, possam conviver em harmonia democrática no livre espaço universitário. Esta verdadeira sedução, ideia atraente para o universitário, passa pelos elementos autonomia, emancipação e independência da juventude, mas também por ferramentas que ajudem na interação curiosa do aluno com o saber e com suas fontes. A Universidade tecnológica e inovadora visa justamente preencher as lacunas que hoje estão majoritariamente sendo preenchidas por aplicativos, games e redes sociais. A ideia de uma Universidade tecnológica não é competir, portanto, com essas ferramentas, mas aproveitá-las em seu favor na missão de difundir conhecimento e gerar um aprendizado mais socializado pelas redes.

Por fim, se a Universidade cumprir os papéis acima ela será necessariamente uma Universidade ESG. Será amiga do meio ambiente, incentivará projetos de alto impacto social e buscará métodos inovadores para contratar professores igualmente inovadores e, obviamente, a governança desta empresa de ensino passará por liderança de alto nível, por uma gestão de riscos responsáveis e normas estritas de cumprimento das leis e conformidade normativa.

## **CAPÍTULO 16**

# **Possibilidade de aplicação de multa diária e constrição patrimonial a pessoas físicas ou jurídicas, mesmo na condição de terceiras, no processo penal: o caso das empresas de internet**

*Marcelo Navarro Ribeiro Dantas*

### **1 Introdução**

Na assentada de 24/6/2020, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça ultimou o julgamento do Recurso Especial 1.568.445/PR, interposto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA APURAÇÃO DE DELITO SUPOSTAMENTE PRATICADO ATRAVÉS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. FORNECIMENTO DE DADOS E CONTEÚDOS QUE, SERIAM ADMINISTRADOS POR EMPRESA SEDIADA NO EXTERIOR. OBSERVÂNCIA DAS VIAS DIPLOMÁTICAS. DESNECESSIDADE. ATRASO NO CUMPRIMENTO DA ORDEM. PREJUÍZO A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em matéria de Direito Civil a jurisprudência vem se inclinando para a responsabilização do provedor brasileiro pela omissão na retirada de conteúdo da *internet* a partir da ciência da existência de material ofensivo/ilícito, mesmo no caso em que esse se encontre armazenado em provedor administrado por empresa sediada no exterior, porque ambos são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, em face da aplicação do princípio da aparência.

2. Na linha da recente orientação do Superior Tribunal de Justiça em situação análoga, em se tratando de pessoa jurídica regularmente instalada no País, comprovadamente tendo por sócio o provedor estrangeiro, e ausente impossibilidade técnica para o fornecimento dos dados sigilosos requisitados pelo juízo, não se cogita da necessidade de observância das vias diplomáticas, especialmente o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – MLAT, descabendo se falar em material de prova forâneo. Se, eventualmente, o provedor brasileiro não tem acesso às informações necessárias para o cumprimento da determinação, incumbe-lhe a obtenção perante a sócia estrangeira.

3. A análise de retardamento justificado no cumprimento da ordem deve pautar-se por um juízo de razoabilidade e proporcionalidade que, no caso, reclama sejam considerados não apenas o tempo decorrido desde o esgotamento do prazo fixado pelo magistrado, sob pena de aplicação de multa diária, mas todos os eventos que se sucederam desde a quebra judicial do sigilo, à vista da natureza da medida, a qual buscava a coleta de elementos de prova em inquérito instaurado para apuração de delito, supostamente praticado através da rede mundial de computadores.

4. No caso, sem embargo de eventuais problemas de ordem técnica para a entrega do material faltante no prazo estabelecido, a vinda da totalidade das informações requisitadas ocorreu mais de 6 (seis) meses após aquele marco e a expedição do primeiro ofício à agravante, o que contribuiu para paralisação da investigação, não se mostrando hábeis as justificativas

apresentadas pela empresa para arredar a responsabilidade quanto ao cumprimento da determinação.

5. Ausente circunstância a arredar a manutenção da penalidade imposta, é de ser improvido o agravo de instrumento que visa a contrastá-la.

Alegou o recorrente: *i*) a ilegalidade da aplicação de multa diária a terceiro; *ii*) a ilegalidade da imposição de multa em razão do cumprimento da ordem; *iii*) a necessidade de revisão do valor da condenação.

O eminente relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, entendeu pela aplicação da multa, mas pela impossibilidade da utilização do Bacen-Jud ou da inscrição direta do débito na dívida ativa da União em razão da necessidade de se observar o devido processo legal, razão pela qual deu parcial provimento ao recurso especial para que o Juízo Criminal se abstenha de quaisquer atos que gerem constrição do patrimônio da recorrente.

Pedi vista para melhor analisar essa questão da possibilidade da utilização dos mecanismos de constrição e abri divergência, tendo sido, ao final, designado para redigir o acórdão, que mereceu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. *ASTREINTES*. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÕES DO STF. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA. TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. MEDIDAS CONSTRITIVAS SOBRE O PATRIMÔNIO DE TERCEIROS. BACEN-JUD E INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Estes autos não cuidam da criptografia de ponta-a-ponta, matéria cuja constitucionalidade encontra-se sob análise do Supremo Tribunal Federal (ADI 5.527, de relatoria da Min. Rosa Weber e ADPF 403, do Min. Edson Fachin).

2. O Facebook Brasil é parte legítima para representar, nos Brasil, os interesses do WhatsApp Inc, subsidiária integral do Facebook Inc. ‘Com o fim de facilitar a comunicação dos atos processuais às pessoas jurídicas estrangeiras no Brasil, o art. 75, X, do CPC prevê que a pessoa jurídica estrangeira é representada em juízo ‘pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil’ e o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que o ‘gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo’. Considerando-se que a finalidade destes dispositivos legais é facilitar a citação da pessoa jurídica estrangeira no Brasil, tem-se que as expressões ‘filial, agência ou sucursal’ não devem ser interpretadas de forma restritiva, de modo que o fato de a pessoa jurídica estrangeira atuar no Brasil por meio de empresa que não tenha sido formalmente constituída como sua filial ou agência não impede que por meio dela seja regularmente efetuada sua citação.’ (HDE 410/EX, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2019, DJe 26/11/2019). A regra advinda do precedente não deve, no caso concreto, ficar restrita à possibilidade de citação e intimação, sem possibilitar a cominação de multa. Interpretação restritiva tornaria inócua a previsão legal, pois, uma vez intimada, bastaria à representante nada fazer. Portanto, a possibilidade das *astreintes* revela-se imperiosa até para que se dê sentido ao dispositivo.

3. Conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, aplica-se o Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissivo sobre determinada matéria.

4. ‘A finalidade da multa é coagir (...) ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade’, destinada a convencer o seu destinatário ao cumprimento’. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 684-685).

5. Aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal, só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e da vedação à analogia *in malam partem* são garantias em favor da defesa (ao investigado, ao indiciado, ao acusado, ao réu e ao condenado), não se estendendo a quem não esteja submetido à persecução criminal. Até porque, apesar de ocorrer incidentalmente em uma relação jurídico-processual penal, não existe risco de privação de liberdade de terceiros instados a cumprir a ordem judicial, especialmente no caso dos autos, em que são pessoas jurídicas. Trata-se, pois, de poder conferido ao juiz, inerente à própria natureza cogente das decisões judiciais.

6. A teoria dos poderes implícitos também é fundamento autônomo que, por si só, justifica a aplicação de *astreintes* pelos magistrados no processo criminal.

7. Sobre a possibilidade do bloqueio de valores por meio do Bacen-Jud ou aplicação de outra medida constritiva sobre o patrimônio do agente, é relevante considerar dois momentos: primeiramente, a determinação judicial de cumprimento, sob pena de imposição de multa e, posteriormente, o bloqueio de bens e constrições patrimoniais. No primeiro, o contraditório é absolutamente descabido. Não se pode presumir que a pessoa jurídica intimada, necessariamente, descumprirá a determinação judicial. Quando do bloqueio de bens e realização de constrições patrimoniais, o magistrado age em razão do atraso do terceiro que, devendo contribuir com a Justiça, não o faz. Nesse segundo momento, é possível o contraditório, pois, supondo-se que o particular se opõe à ordem do juiz, passa a haver posições antagônicas que o justificam.

8. No caso concreto, o Tribunal local anotou que as informações requisitadas só foram disponibilizadas mais de seis meses após a quebra judicial do sigilo e expedição do primeiro ofício à empresa. Logo, não se verifica o cumprimento integral da medida.

9. Em relação à proporcionalidade da multa, o parâmetro máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) fixado por esta Corte em caso assemelhado, na QO-Inq n. 784/DF, foi observado. Assim, não merece revisão.

10. Recurso especial desprovido.

As discussões travadas pelos ministros integrantes daquele egrégio colegiado levaram-me a tecer, no meu voto vencedor, algumas achegas doutrinárias e jurisprudenciais para o estudo do tema, especialmente nas lindes do direito penal empresarial.

## 2 Aplicabilidade subsidiária do CPC

Admite-se a utilização do Bacen-Jud nas hipóteses de fixação de *astreintes* pela demora ou não cumprimento de ordem emanada do Juízo Criminal.

No aspecto, vale lembrar que as normas de processo civil se aplicam de forma subsidiária ao processo penal. Nesse sentido, observe-se o teor do art. 3º do Código de Processo Penal:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

A partir dessa norma, é possível concluir haver

duas formas de aplicação das disposições do CPC ao processo penal: expressa e analógica. Esta última ainda é subdividida entre aplicação analógica supletiva e subsidiária. Por aplicação expressa entende-se aquela em que há menção da utilização dos artigos do CPC no próprio Código de Processo Penal. As aplicações analógicas, por sua vez, são aquelas em que o CPP não traz expressamente os artigos do CPC a serem aplicados, mas eles o são para preencher lacunas (aplicação supletiva) ou para complementar as normas trazidas pelo diploma legal (aplicação subsidiária).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SILVEIRA, Laís Menna Barreto de Azevedo. Aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-29/lais-silveira>>



Não obstante, por lealdade, é interessante ressaltar que o novo Código de Processo Civil não prevê expressamente o suprimento do processo penal por suas normas.

Isso porque o artigo 15 do CPC traz a seguinte redação: ‘Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente’. Da leitura do artigo, percebe-se que não há menção aos processos penais, o que trouxe duas correntes sobre a sua possibilidade de aplicação: a primeira determina que o rol trazido pelo CPC é exemplificativo, o que permite o acréscimo dos processos penais às possibilidades de aplicação analógica; a segunda, por sua vez, defende a taxatividade do rol, excluindo os processos penais e determinando o preenchimento de suas possíveis lacunas com a aplicação do Código de Processo Penal Militar. Prevalece, no entanto, o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo, permitindo o preenchimento de lacunas ou complementação do CPP com os dispositivos do CPC.<sup>2</sup>

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a doutrina majoritária, não titubeia quanto à aplicabilidade das normas processuais civis ao processo penal, desde que haja lacuna a ser suprida:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO, TORTURA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE CRIME MILITAR. LEI N. 13.491/2017. SENTENÇA DE MÉRITO NÃO PROFERIDA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. (IN)COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES MILITARES CONEXOS AO CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. JURISDIÇÕES DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE DE REUNIÃO DE PROCESSOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 102, ALÍNEA “A”, DO CPPM. SÚMULA N. 90/STJ. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR

---

-aplicacao-cpc-processo-penal>. Acesso em: 24 de mar. 2020.

<sup>2</sup> SILVEIRA, Laís Menna Barreto de Azevedo, ob. e p. cits.

## O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DOS CRIMES MILITARES PERANTE A JUSTIÇA CASTRENSE.

1. Diante da alteração legislativa inaugurada pela Lei n. 13.491/2017, que ampliou o conceito de crime militar para além daqueles previstos no Código Penal Militar, considera-se a natureza militar dos crimes de tortura e de falsidade ideológica praticados por policiais militares em exercício, atraindo, portanto, a competência da Justiça Castrense.

2. A suposta conexão entre os crimes dolosos contra a vida e os delitos sob administração militar não resulta, automaticamente, na reunião dos processos perante o Tribunal do Júri, diante de vedação expressa contida no art. 102, alínea 'a', do Código de Processo Penal Militar, bem como no enunciado da Súmula n. 90 desta Corte Superior.

3. Na espécie, tendo em vista que ainda não houve julgamento pelo Conselho de sentença, 'tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar' (CC n. 160.902/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe 18/12/2018).

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido para determinar o desmembramento do feito, devendo ficar os crimes militares com a Justiça Castrense.

(RHC 116.585/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 25/10/2019).

## AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não obstante a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal, o prazo para a interposição de agravo interno ou regimental é de 5 dias corridos, conforme estabelecem os arts. 39 da Lei 8.038/90 e 258, caput, do RISTJ.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AREsp 1.573.192/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/2/2020, DJe 27/2/2020).

Assim, não há outro caminho que não o de reconhecer a aplicabilidade do Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissivo sobre determinada matéria.

Como cediço, a lei processual penal não tratou, detalhadamente, de todos os poderes conferidos ao julgador no exercício da jurisdição. Portanto, quando houver omissão, legitima-se a aplicação subsidiária do CPC.

### 3 Multa diária e poder geral de cautela

Conquanto exista distinção doutrinária entre os institutos da multa *tout court* e das *astreintes*, por uma questão prática, os termos são adotados como sinônimos.

Feito esse destaque, impõe-se rememorar que, no processo civil, a multa cominatória, quando surgiu no ordenamento, foi alvo de amplo debate doutrinário. Ada Pellegrini Grinover explica que

durante muito tempo a resistência do obrigado foi vista como limite intransponível ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer. A intangibilidade da vontade humana era elevada à categoria de verdadeiro dogma, retratado pelo artigo 1.142 do Código Civil francês, pelo qual ‘toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor’.<sup>3</sup>

Newton Marzagão expõe que,

desde 1994, o magistrado passou a contar com um verdadeiro arsenal, podendo determinar, de ofício, e quando necessário

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 253.

à consecução da tutela específica: a busca e apreensão de coisas, o desfazimento de obras, a remoção de pessoas e, principalmente, impor à parte recalcitrante multa coercitiva, conhecida como *astreintes*.<sup>4</sup>

Mais. Eduardo Talamini leciona que a tutela específica é aquela

que confere ao titular do direito o mesmo bem que ele teria se não houvesse a transgressão, e ‘genérica’ a que propicia o equivalente pecuniário. [...] [G]enérica é toda a forma de tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor – seja mediante direta consecução do numerário, seja pela transformação de outros bens em pecúnia, através de expropriação. Específica é a tutela que tende à consecução de bens jurídicos outros, que não dinheiro.<sup>5</sup>

Como se vê, a multa cominatória surge, no direito brasileiro, como uma alternativa à crise de inefetividade das decisões, um meio de se infiltrar na vontade humana até então intangível e, por coação psicológica, demover o particular de possível predisposição de descumprir determinada obrigação.

Sem deixar de lado a execução por sub-rogação, até então a única forma executiva, por meio da qual o Estado vence a resistência do executado substituindo sua vontade, com a conseqüente satisfação do direito, passa-se a prestigiar também a execução indireta. Nesta, “o Estado-juiz não substitui a vontade do executado; pelo contrário, atua de forma a convencê-lo a cumprir sua obrigação [...]. O juiz atuará de forma a pressionar psicologicamente o executado”<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. A multa (*astreintes*) na tutela específica. 2013. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-110131/publico/Dissertacao\\_de\\_Mestrado\\_Newton\\_Marzagao.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-110131/publico/Dissertacao_de_Mestrado_Newton_Marzagao.pdf)> Acesso em: 14 de ago. 2020.

<sup>5</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer – e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 229 e 230.

<sup>6</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodvim, 2016, pp. 968-969.

Logo, percebe-se que “A finalidade da multa é coagir [...] ao cumprimento do fazer ou do não fazer, não tendo caráter punitivo. Constitui forma de pressão sobre a vontade” (STJ, REsp 1.845.377, rel. Ministro MOURA RIBEIRO, decisão monocrática, DJe 12/11/2019) destinada a convencer o seu destinatário ao cumprimento.

Além disso,

o valor da multa coercitiva não tem qualquer relação com o valor da prestação que se quer observada mediante a imposição do fazer ou não fazer. As *astreintes*, para convencer o réu a adimplir, devem ser fixadas em montante suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que ‘desconsiderar a ordem do juiz. Para o adequado dimensionamento do valor da multa, afigura-se imprescindível que o juiz considere a capacidade econômica do demandado. Se a multa não surte os efeitos que dela se esperam, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o demandado desobediente. A decisão que a fixa, atendidos os pressupostos legais, pode ser executada para obtenção de quantia certa contra o demandado.<sup>7</sup>

Assim, verificada a aplicabilidade do Código de Processo Civil ao Processo Penal, quando não houver norma específica, bem como a finalidade da multa cominatória, que é conferir efetividade à decisão judicial, imperioso concluir pela possibilidade de aplicação da medida em demandas penais.

Note-se que dita multa não se confunde com a multa por litigância de má-fé, esta sim refutada pela jurisprudência pacífica do STJ:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. [...] MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SEARA PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

...

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 684-685.

4. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não é cabível a imposição de multa por litigância de má-fé no âmbito do processo penal, porquanto sua aplicação constituiria indevida analogia in malam partem, haja vista ausência de previsão expressa no Código de Processo Penal. Precedentes.

5. Ordem parcialmente concedida somente para afastar a multa por litigância de má-fé aplicada pelo Tribunal de origem.

(HC 401.965/RJ, rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/9/2017, DJe 6/10/2017).

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO INFUNDADO. NÍTIDO CARÁTER PROTETATÓRIO. DESVIRTUAMENTO DO CÂNONE DA AMPLA DEFESA. ABUSO DE DIREITO. DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

...

2. Não obstante na esfera penal não ser viável a fixação de multa por litigância de má-fé, é perfeitamente possível, até mesmo antes do trânsito em julgado da condenação, a baixa dos autos à origem, independentemente da publicação do acórdão recorrido.

3. Embargos de declaração não conhecidos, com a determinação de imediata baixa dos autos à origem, independentemente da publicação deste acórdão e da eventual interposição de outro recurso, devendo a Coordenadoria de Recursos Extraordinários certificar o trânsito em julgado.

(EDcl nos EDcl no AgRg no RE no AgRg no AREsp 1.366.977/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/10/2019, DJe 30/10/2019).

Além disso, é importante observar que o poder geral de cautela, com previsão no Código de Processo Civil, também tem incidência no processo penal.

Eis, antes de mais nada, o disposto na norma processual civil:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

...

IV – determinar *todas as medidas* indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias *necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial*, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

(Grifou-se).

Como apontam os autores mais atualizados, é verdade que (especialmente há alguns anos)

parte da doutrina processualista penal não reconhece o poder geral de cautela em tal seara [isto é, no processo criminal], sob o argumento de que ‘a admissão de cautelares não previstas em lei pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade’ [cita-se OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2015, p. 523]. Para tal linha de pensamento, uma maior ‘flexibilidade’ no processo civil é autorizada em razão da natureza da matéria envolvida, sem repercussão direta na liberdade pessoal.

...

A realidade fática, todavia, revelou casos em que, embora tecnicamente cabível a prisão preventiva, poder-se-ia cogitar da imposição de medida cautelar menos gravosa ao réu, ainda que sem previsão legal. É o caso da retenção de passaportes de acusados, na hipótese de haver indícios de probabilidade de fuga do país. Em situações assim, o Superior Tribunal de Justiça decidiu reiteradamente que não faria sentido impor uma medida mais grave, reconhecendo, portanto, o poder geral de cautela no processo penal [refere-se, neste passo, o HC 2.868-6/SP, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 13.12.95, portanto  *muito antes da Lei 12.403/2011*, que inseriu várias medidas cautelares diversas da prisão no CPP]. No mesmo sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal [transcreve-se a ementa do HC 94.147/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 27.05.2008, também *anterior* à mencionada *Lei 12.403/2011*]

....

Com a Lei 12. 403/2011 foram introduzidas no CPP diversas medidas cautelares pessoais que antes eram impostas com base no poder geral de cautela [...]. Após a inovação legislativa, há quem sustente que o legislador teria sido taxativo em tal rol, não se podendo cogitar de outras medidas cautelares pessoais. Equivoca-se tal entendimento [...] por desprezarem até mesmo as razões da inovação legislativa, não sendo razoável presumir que o legislador teria esgotado todas as hipóteses possíveis, numa espécie de retorno a uma postura positivista exegeticamente, inimaginável nos dias atuais.

Assim, defende-se que *outras medidas podem ser impostas ao acusado, fora do rol do art. 319 do CPP*, seja como medida cautelar substitutiva de uma prisão preventiva cabível (o que é evidentemente favorável ao acusado), seja como medida cautelar em hipótese de não cabimento da prisão preventiva, com o objetivo de *tutelar outros direitos fundamentais que não os do acusado, de forma excepcional*.<sup>8</sup>

Tanto assim que, quanto à aplicabilidade desse poder no processo penal, é possível encontrar precedentes do Plenário da Suprema Corte (alguns, mesmo, posteriores à Lei 12.403/2011):

MEDIDA CAUTELAR EM PETIÇÃO. MATÉRIA PENAL. REQUERENTE CUSTODIADO. TRANSFERÊNCIA. TUTELA DE URGÊNCIA. PODER GERAL DE CAUTELA. PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO.

1. Considerando o preenchimento dos requisitos ensejadores da tutela provisória, especialmente a urgência da medida, e diante do poder geral de cautela, o Tribunal Pleno, por maioria, referendou decisão do Relator no sentido do acolhimento parcial dos requerimentos formulados, sustentando-se, até o julgamento definitivo desta Petição, os efeitos da decisão proferida em primeiro grau no que se refere à modificação

<sup>8</sup> TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães, Das medidas cautelares no processo penal: um esboço à luz do regramento da tutela provisória no novo CPC, em Processo Penal (coleção Repercussões do novo CPC), coordenadores CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio et CRUZ, Rogerio Schietti. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 229-231. Grifou-se.



do local de custódia do requerente. 2. Pedido parcialmente deferido.

(Pet 8.312 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2019).

*Habeas corpus*. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado.

1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado (art. 366 do CPP).

2. *Habeas corpus* denegado.

(HC 93.157, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 23/9/2008).

Registre-se, ainda, o seguinte trecho do voto do em. Ministro Gilmar Mendes na ADPF 444/DF, que restringiu o poder geral de cautela do julgador criminal, sem contudo negá-lo em absoluto:

Não se permite, portanto, *em sede de direito de ir e vir*, o denominado *poder geral de cautela do juiz*, que ignore o artigo 260 do CPP, pois em matéria de privação de liberdade de locomoção deve existir expressa previsão legal.

A garantia individual de somente ser privado do direito de ir e vir nas hipóteses taxativamente estabelecidas na lei é uma das mais importantes previsões históricas. Nos estratos do Segundo Instituto, o grande magistrado inglês COKE, em 1642, ao comentar a Magna Carta, por ordem da Câmara dos Comuns, afirmou, no capítulo 29: ‘que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra’; em outras palavras, que nenhum homem seja privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional ou legal.

Assim ocorre com as previsões expressas das hipóteses de prisões em flagrante, temporária, preventiva e, também, aqui, na questão da condução coercitiva.”

(Grifou-se).

Veja-se que ao juiz somente foi obstado o emprego de cautelares inominadas que atinjam a liberdade de ir e vir do indivíduo. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, também se veem precedentes em idêntico sentido:

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO DE PENA EM REGIME ABERTO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES IMPOSTAS. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL. OITIVA PRÉVIA DO APENADO OU INSTAURAÇÃO (PRÉVIA) DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). PRESCINDIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.

...

2. Na hipótese vertente, o Juízo das Execuções Penais, por ter o sentenciado descumprido as regras do regime aberto, determinou a regressão cautelar de regime sem prévia oitiva judicial ou instauração (prévia) de PAD. O Tribunal de origem, por sua vez, não conheceu do *writ* lá impetrado contra o referido *decisum*, ressaltando que: No caso presente, verte das informações prestadas pela autoridade dita coatora, datadas de 09.08.2019, que o Paciente cumpria pena privativa de liberdade em regime aberto desde 07.06.2019, mediante aceitação e observância das condições impostas.

Todavia, tendo em vista o não comparecimento do Paciente em Juízo para cumprimento das condições impostas, foi proferida a decisão provisória *através do poder geral de cautela*, que determinou a transferência do cumprimento da pena privativa de liberdade para o regime prisional fechado, aguardando-se a intimação das partes (fls. 25/26). Verifico, assim, que o I. Magistrado fundamentou suficientemente a sua decisão, no

sentido da necessidade de decretar, cautelarmente, a sustação do regime aberto, determinando a regressão provisória ao regime fechado (fls. 11/17), o que atende às disposições do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

3. Tal posicionamento encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que, tratando-se de regressão cautelar, não é necessária a prévia ouvida do condenado ou instauração (prévia) de PAD, como determina o § 2º do art. 118 da Lei de Execução Penal, visto que esta exigência somente é obrigatória na regressão definitiva ao regime mais severo, sob pena de contrariar a finalidade da medida.

4. Registre-se, por oportuno, que a rediscussão da matéria (controvérsia acerca do descumprimento, ou não, das regras do regime aberto, deixando o reeducando de se apresentar em juízo), mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão da instância originária, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático-probatório.

5. Inexistência de ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 533.286/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/12/2019, DJe 17/12/2019. Grifou-se).

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DE PRISÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VEDAÇÃO A MANTER CONTATO COM CRIANÇAS E ADOLESCENTES. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PROBATÓRIA NA VIA DO *HABEAS CORPUS*. CONTEMPORANEIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. NECESSIDADE DE ABRANDAMENTO DA MEDIDA PARA POSSIBILITAR O EXERCÍCIO DA DOCÊNCIA NO ENSINO MÉDIO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A divergência entre o depoimento que estrutura a acusação prestado na fase de inquérito com aquele prestado em juízo, não deve ser objeto de análise nesta Corte Superior, pela via do *habeas corpus*, porque não cabe dilação probatória, devendo o ato coator ser flagrante. Ademais, para determinação das medidas cautelares alternativas não é necessário juízo de certeza quanto à autoria e materialidade, bastando indícios.

2. Sendo o crime de estupro de vulnerável praticado em 4/12/2017, então, é contemporânea a cautelar de proibição de manter contato com crianças e adolescentes determinada de ofício pelo Tribunal *a quo* em 12/4/2018.

3. Ressalvada pessoal compreensão diversa, esta Sexta Turma entende que, *por força do poder geral de cautela*, de forma excepcional e motivada poderá o magistrado impor ao perseguido medida cautelar inclusive atípica, evitando proporcional e adequadamente riscos ao processo ou à sociedade.

4. A vedação de o paciente manter contato com crianças e adolescentes, exceto aqueles de seu vínculo familiar, pode comprometer totalmente o exercício de sua profissão de professor. Reduzida a limitação para impedir o magistério no ensino fundamental.

5. Agravo regimental parcialmente provido para limitar sua docência ao ensino médio.”

(AgRg no HC 527.078/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 3/12/2019. Grifou-se).

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL NA CONDUÇÃO DE EMBARCAÇÃO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. MEDIDAS CAUTELARES. PROIBIÇÃO DE PILOTAR EMBARCAÇÃO E COMPARECIMENTO MENSAL EM JUÍZO. NÃO ADEQUAÇÃO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. Nos termos do art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei

penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e, desse modo, proteger a própria sociedade (ordem pública).

2. Além do mais, *por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, não há óbice ao magistrado impor ao investigado ou acusado medida cautelar atípica*, a fim de evitar a prisão preventiva, isto é, mesmo que não conste literalmente do rol positivado no art. 319 do CPP, o alcance das hipóteses típicas pode ser ampliado para, observados os ditames do art. 282 do CPP, aplicar medida constritiva adequada e necessária à espécie ou, ainda, pode ser aplicada medida prevista em outra norma do ordenamento.

3. Na hipótese em apreço, em que o réu foi denunciado pela prática de homicídio qualificado e lesão corporal em decorrência de atropelamento com embarcação, a título de dolo eventual, com base em ‘rumores’ de que, após os fatos típicos, estaria a conduzir embarcações, mostram-se inadequadas as medidas cautelares impostas (proibição de pilotar embarcações e obrigação de comparecimento mensal).

4. Isso porque os fatos típicos ocorreram há mais de dois anos, sem ainda haver pronúncia, impedindo o réu (pescador profissional) de pilotar embarcações, muito embora o Estado, depois dos eventos (morte e lesão), o tenha considerado apto para tanto – diante da posterior Habilitação de Amador do Paciente (Arrais Amador e Motonauta) e da emissão de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR), na categoria de pescador profissional –, tudo a evidenciar a inadequação das constrições parciais provisórias.

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para revogar as medidas alternativas aplicadas ao Paciente, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de decretação de novas medidas cautelares, se concretamente demonstrada a necessidade.”

(HC 469.453/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/9/2019, DJe 1º/10/2019. Grifou-se).

A doutrina mais hodierna não destoa dessa trilha. A propósito, confirmam-se os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

Restrições à prova. Todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser produzidas no processo penal, salvo as que disserem respeito, por expressa vedação deste artigo, ao estado das pessoas (casamento, menoridade, filiação, cidadania, entre outros).

Nessa hipótese, deve-se acatar o disposto na lei civil. Exemplo disso é a prova do estado de casado, que somente se faz pela apresentação da certidão do registro civil, de nada valendo outro meio probatório. No mais, as restrições fixadas na lei civil não valem no processo penal.

Ilustrando, podemos lembrar que a lei processual civil autoriza que o juiz indefira a produção de prova testemunhal, quando versar sobre fatos ‘já provados por documento ou confissão da parte’ ou quando ‘só por documento ou por exame pericial puderem ser provados’ (art.400, CPC). Tal restrição não vige em processo penal, pois, não dizendo respeito ao estado das pessoas – única limitação admitida – pode a parte pretender ouvir testemunhas, ainda que seja para contrariar algo constante em qualquer tipo de documento ou mesmo para confirmar ou afastar a credibilidade da confissão, cujo valor é relativo na esfera criminal. De outra parte, como o magistrado não está atrelado ao laudo pericial (art.182, CPP), também podem ser ouvidas testemunhas para derrotar a conclusão do perito. No mais, verifique-se o disposto pelo art. 369 do CPC: ‘as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz’.<sup>9</sup>

Na mesma linha, Tourinho Filho explica que, quanto aos meios de produção das provas, o processo penal adota a regra da liberdade, admi-

---

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 307.

tindo-se todos aqueles que não contrariem o ordenamento jurídico. Ou seja, a princípio, não existe limitação aos meios de provas, “com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana”.<sup>10</sup>

Confira-se, ainda, a lição do professor Mirabete:

o princípio da liberdade probatória [...] não é absoluto. Dispõe o artigo 155 do CPP que, no processo penal, *‘somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil’*. Assim, por exemplo, o casamento prova-se pela certidão de registro (art. 1543 do CC) e, por isso, a agravante prevista no artigo 61, II, e, do CP, só pode ser reconhecida com a juntada aos autos do citado documento. Também a prova de que o o acusado era menor ao tempo do crime, para fins de atenuante (art.63, I, do CP) ou redução do prazo de prescrição (art.115, do CP), exige certidão de nascimento.<sup>11</sup>

Marcelo Mendroni muito bem resume a lógica que deve ser empregada:

Provas inominadas são produzidas e juntadas nos autos, mesmo sem a devida previsão legal de sua existência. Até há pouco tempo, não havia previsão expressa no Código de Processo Penal da apresentação como provas, por exemplo, de filmagens (vídeos) e fotografias. Com a evolução da tecnologia, essas provas passaram a ser extremamente comuns nos autos do processo, e ganharam, recentemente, referência expressa”, fazendo menção ao art. 479, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei 11.689/2008.<sup>12</sup>

Além da aplicação subsidiária do CPC ao processo penal, a teoria dos poderes implícitos também é um fundamento autônomo que, por si só, justificaria a aplicação de *astreintes* pelos magistrados:

<sup>10</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 435.

<sup>11</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p.252. Grifou-se.

<sup>12</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2020, p. 98-99.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA DO MANEJO DA IMPETRAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO TARDIO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS *ASTREINTES*. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

[...]

7. A legalidade da imposição de *astreintes* a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências.

Nessa toada, se incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (*astreintes*) está prevista em lei.

8. A existência de título executivo judicial, cujo descumprimento se deu nos próprios autos de processo, permite a adoção de medidas para seu imediato cumprimento, vez que é possível a execução das *astreintes*, de imediato, mesmo que fixada em decisão interlocutória, podendo ser exigida a partir do descumprimento da obrigação.

9. A renitência da empresa em cumprir a determinação judicial justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que não se revela excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ na QO-Inq n. 784/DF e no RMS 44.892/SP.

10. Agravo regimental a que se nega provimento.



(AgRg no RMS 55.050/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017).

Quanto ao critério de fixação da multa, poder-se-ia levantar a limitação do seu valor aos patamares previstos pelo art. 77, §5º, do CPC, ou seja, em *quantum* máximo equivalente a até 10 salários mínimos. No entanto, deve-se frisar que o caso não trata de aplicação de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça, mas, sim, de fixação de multa que alavanque a pessoa física ou jurídica requerida a sair da inércia e passar a cumprir a ordem judicial. Ou seja, é um mecanismo jurídico por meio do qual se busca que o próprio particular, ainda que não espontaneamente, cumpra a vontade do ordenamento jurídico ou da ordem judicial. Assim, inviável aplicar-se, na hipótese, o mencionado art. 77, § 5º, do CPC.

E o exame de eventual desproporcionalidade da multa é medida de contenção e controle legítimo conferido àquele que tem contra si a imposição de *astreintes*. Vale, inclusive, o destaque no sentido de que “[a] decisão que arbitra *astreintes* não faz coisa julgada material, visto que é apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser modificada a requerimento da parte ou de ofício, para aumentar ou diminuir o valor da multa ou, ainda, para suprimi-la.” (STJ, AgInt no REsp 1.846.190/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/4/2020, DJe 27/4/2020).

#### **4 Terceiro estranho à relação jurídico-processual penal**

No ponto, poderia surgir dúvida quanto à aplicabilidade das *astreintes* a terceiro não integrante da relação jurídico-processual, como pode ocorrer em ação penal na qual se comine multa coercitiva a empresas tais como o WhatsApp, o Facebook e o Google, em questões que se relacionem com o afastamento do sigilo telemático, por exemplo. Entretanto, é curioso notar que, no processo penal, a irregularidade não se verifica quando imposta a multa coativa a terceiro. Haveria, isto sim, invalidade, se ela incidisse sobre o réu, pois se teria clara violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Na prática jurídica, não se verifica empecilho à aplicação ao terceiro e, na doutrina majoritária, também se entende que o terceiro pode perfeitamente figurar como destinatário da multa. Nesse sentido:

Questão importante para a compreensão dogmática dos comandos normativos é a seguinte: as medidas executivas apenas podem ser impostas ao executado?

Pensamos que não. O terceiro e o próprio demandante também podem ser destinatários dessas medidas.

O inciso IV do art. 77 do CPC determina que é dever de todos quantos participam do processo – o que inclui os terceiros destinatários de ordens judiciais – ‘cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação’. A opção normativa é clara: quem quer que de algum modo intervenha no processo – o que inclui o processo de execução – deve submeter-se aos comandos judiciais, cumprindo-os, quando lhe forem dirigidos, ou não atrapalhando o seu cumprimento.

*Se todos aqueles que, mesmo não sendo partes ou seus procuradores, participam de qualquer forma do processo (art. 77, caput, CPC) tem o dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais (art. 77, IV, CPC), então é possível que o juiz lhes imponha medida executiva com o objetivo ver cumprida uma ordem sua. Tais disposições consistem, na verdade, em concretizações dos princípios da boa-fé processual (art. 5º, CPC) e da cooperação (art. 6º, CPC). Não haveria coerência normativa em pensar que essas pessoas podem ser punidas por eventual descumprimento de ordem judicial (com a multa por contempt of court, por exemplo), mas não podem ser compelidas ao cumprimento dessa mesma ordem.*

Daí que é possível, por exemplo, a fixação de multa para cumprimento de decisão que imponha a terceiro, administrador de cadastro de proteção de crédito, a exclusão do nome da parte. O administrador do cadastro não precisa ser réu no processo para ser destinatário da ordem – e, portanto, para ser compelido a cumpri-la.

Além disso, o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, pode impor prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro ao ente público e determinar medidas executivas diretamente ao agente público (pessoa natural) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação imposta.<sup>13</sup>

Ainda:

É o que assevera Sérgio Cruz Arenhart: «Em síntese, não se deve estranhar o fato de efeitos da decisão judicial atingirem terceiros. *O que não se tolera é que tais efeitos possam atingir essas pessoas sem que se dê a elas possibilidade de esboçarem reação a tanto, ou que possam opor-se a esse comando. Enfim, o que não pode ocorrer é que esses efeitos atinjam aquele que não foi parte – nem foi chamado para participar do processo – de modo irreversível ou indiscutível (com estabilidade de coisa julgada)*».<sup>14</sup>

Ademais, não é exagero lembrar, ainda, que o Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014) traz expressamente a possibilidade da aplicação de multa ao descumpridor de suas normas quanto à guarda e disponibilização de registros de conteúdos:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de *internet* de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do

<sup>13</sup> DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Direito processual civil: Execução*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 109, Grifou-se.

<sup>14</sup> A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. São Paulo: RT, 2004. Grifou-se.

usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º *O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial*, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

...

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de *internet* em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no *caput* aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de *internet* deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que

permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

...

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I – advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II – multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III – suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV – proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o *caput* sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

(Grifou-se).

Portanto, não há óbices à aplicação da multa cominatória a terceiros, ainda que em sede de processo penal.

Vale observar, a propósito, a existência de dispositivos expressos, no próprio Código de Processo Penal, que estipulam multa ao terceiro que não colabora com a justiça criminal:

Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

...

Art. 436. ...

§ 2º A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado.

Como destacado acima, a restrição ao poder geral de cautela somente foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às cautelares pessoais, que, de alguma forma, restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. Nesse particular, tem-se que o princípio do *nemo tenetur se detegere* e da vedação à analogia *in malam partem* são garantias reconhecidas em favor da defesa (ao investigado, ao indiciado, ao acusado, ao réu e ao condenado), não se estendendo a quem não esteja submetido à persecução criminal. Até porque, apesar de ocorrer incidentalmente em uma relação jurídico-processual penal, não existe risco de privação de liberdade do terceiro acionado a cumprir a ordem judicial, especialmente no caso dos autos em que pessoas jurídicas figuram como terceiros. Trata-se, assim, de poder conferido ao juiz, inerente à própria natureza cogente das decisões judiciais.

Ainda sobre a aplicação da multa diária a terceiro, é importante ressaltar não haver um procedimento legal específico para tanto, nem previsão de instauração do contraditório. Como visto, por derivar do poder geral de cautela, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, avaliar qual a melhor medida coativa ao cumprimento da determinação judicial, não havendo impedimento, *v.g.*, ao emprego do sistema Bacen-Jud. Em vez disso, devem ser examinadas, caso a caso, supostas violações ao devido processo legal ou ao princípio da proporcionalidade.

Sobre o tema, cito, da Corte Especial do STJ:

QUESTÃO DE ORDEM. DECISÃO DA MINISTRA RELATORA QUE DETERMINOU A QUEBRA DE SIGILO TELE-

MÁTICO (GMAIL) DE INVESTIGADOS EM INQUÉRITO EM TRÂMITE NESTE STJ. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. DESCUMPRIMENTO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE. INVERDADE. GOOGLE INTERNATIONAL LLC E GOOGLE INC. CONTROLADORA AMERICANA. IRRELEVÂNCIA. EMPRESA INSTITUÍDA E EM ATUAÇÃO NO PAÍS. *OBRIGATORIEDADE DE SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS, ONDE OPERA EM RELEVANTE E ESTRATÉGICO SEGUIMENTO DE TELECOMUNICAÇÃO.* TROCA DE MENSAGENS, VIA E-MAIL, ENTRE BRASILEIROS, EM TERRITÓRIO NACIONAL, COM SUSPEITA DE ENVOLVIMENTO EM CRIMES COMETIDOS NO BRASIL. INEQUÍVOCA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. ***DADOS QUE CONSTITUEM ELEMENTOS DE PROVA QUE NÃO PODEM SE SUJEITAR À POLÍTICA DE ESTADO OU EMPRESA ESTRANGEIROS. AFRONTA À SOBERANIA NACIONAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO.***

(Inq 784/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/4/2013, DJe 28/8/2013. Grifou-se).

Em idêntica direção:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. LEGALIDADE E VALOR DA MULTA. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL PARA TERCEIROS FORNECER INFORMAÇÕES. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

...

2. A jurisprudência deste Sodalício admite a aplicação de multa em decorrência do descumprimento de ordem judicial para terceiro fornecer informações referentes à movimentação da conta de usuários de rede social, ou qualquer outro aplicativo de *internet*, mesmo que os dados fiquem armazenados em computadores localizados no exterior.

Recurso em mandado de segurança desprovido.

(RMS 53.757/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 5/11/2018).

PENAL, PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DO SIGILO TELEMÁTICO DE INVESTIGADO EM INQUÉRITO. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL PELA EMPRESA PROVEDORA DE *E-MAILS*, DESTINATÁRIA DA ORDEM, FUNDADO EM ALEGAÇÕES REFERENTES A DIREITO DE TERCEIRO. NÃO CABIMENTO. SUBMISSÃO ÀS LEIS BRASILEIRAS. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. POSSIBILIDADE. VALOR DAS *ASTREINTES*. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. A MICROSOFT INFORMÁTICA LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de determinada conta de e-mail, mediante a criação de uma “conta espelho”, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. A requisição de serviços à recorrente, enquanto provedora da conta de *e-mail* do investigado, estabelece, satisfatoriamente, o modo de realizar a interceptação de dados, não cabendo à destinatária da medida deixar de cumpri-la, pelo argumento de suposta ofensa a direitos fundamentais de terceiro. Precedente: HC 203.405/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/6/2011, DJe 1º/7/2011.

3. A ordem questionada determinou o monitoramento do fluxo de dados telemáticos em território nacional, a fim de apurar a eventual prática de delitos no país, portanto, sujeitos à legislação brasileira a teor do disposto no art. 5º do Código Penal.

4. Na forma dos arts. 88 do Código de Processo Civil e 1.126 do Código Civil, é da empresa nacional a obrigação de cumprir determinação da autoridade judicial competente. Nesse aspecto, a CORTE ESPECIAL, na QO-Inq 784/DF,



Rel. Ministra LAURITA VAZ, julgada em 17/4/2013, decidiu que ‘não se pode admitir que uma empresa se estabeleça no país, explore o lucrativo serviço de troca de mensagens por meio da *internet* – o que lhe é absolutamente lícito –, mas se esquive de cumprir as leis locais’.

5. Afigura-se desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo, porquanto aplicável à espécie a legislação brasileira.

...

7. A renitência da empresa ao cumprimento da determinação judicial justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC. O valor da penalidade – R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) – não se mostra excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ no caso da QO-Inq n. 784/DF.

8 A matéria atinente à execução provisória das *astreintes* não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, o que impede a análise do tema, sob pena de supressão de instância.

9. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido em parte e, nessa extensão, não provido.

(RMS 44.892/SP, rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 15/4/2016).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO TARDIO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS. ART. 475-J DO CPC. RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DOS PRAZOS RECURSAIS PREVISTOS NO CPC. RECURSO PROVIDO.

1. O juízo criminal, ao aplicar multa cominatória à empresa responsável pelo fornecimento de dados decorrentes da quebra de sigilo determinada em inquérito policial, estabeleceu com ela uma relação jurídica de natureza cível, seja porque o responsável pelo cumprimento da ordem judicial não é parte

no processo criminal, seja porque a aplicação de multa por eventual descumprimento – ou retardo no adimplemento – tem amparo no art. 475-J do Código de Processo Civil.

...

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.455.000/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/3/2015, DJe 9/4/2015).

Em voto vista no RMS 53.757/RS, julgado pela Quinta Turma do STJ, em 18/10/2018, o em. Ministro Reynaldo da Fonseca destacou a natureza jurídica da multa:

não há como se aplicar o entendimento judicial que impede a execução da multa cominatória antes da prolação de sentença, pois a hipótese *trata da obrigação de terceiros prestar informações ao juízo criminal, sob pena de aplicação de multa por descumprimento da decisão* e, deste modo, a sentença a ser proferida não vai interferir na situação jurídica do ora recorrente.

*A multa imposta a terceiros que não integram o processo por descumprimento de ordem judicial tem por fundamento o art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 536 e 537 NCPC), dispositivo esse que não limita sua incidência legal às relações exclusivamente obrigacionais, sendo de se reconhecer que o instituto também é aplicável no âmbito penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal.*

(...) o art. 537, § 2º, previu, expressamente, que o valor da multa será devido ao exequente. De ressaltar-se que, embora o art. 537 esteja inserido em capítulo que trata do cumprimento de sentença, o caput do art. 537 do novo CPC admite a imposição de tal multa também na fase de conhecimento.” (Grifou-se).

Em relação ao destino dos montantes eventualmente revertidos ao Estado, ante a mora do terceiro em cumprir a determinação judicial, importante frisar dois pontos.

Primeiro, vale esclarecer que não se visa, com a adoção da medida, ao recolhimento de valores aos cofres públicos, mas, sim, ao convencimento do obrigado, por meio de coação psicológica ou financeira, de que o cumprimento da determinação judicial será mais vantajoso que o descumprimento. A eventual transferência dos recursos dar-se-á tão somente se houver descumprimento, não sendo essa a intenção primária do julgador estipulante da multa.

Depois, uma vez refutada a natureza arrecadatória das *astreintes*, tem-se que a destinação dessas verbas, se for o caso, deve ser objeto de debate pelo Poder Legislativo. Enquanto não sobrevém legislação específica, entende-se pertinente seguir o mesmo trajeto adotado pelo STF em casos, por exemplo, de colaboração premiada com a restituição de valores indevidamente apropriados por particular cumulada com a multa:

No tocante ao perdimento dos valores, há previsão legal específica quanto ao seu destinatário, aplicando-se, sem necessidade de maiores esforços argumentativos, o art. 91, II, do Código Penal, que determina ‘a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso’.

Na realidade, como pondera a União na sua derradeira manifestação, a destinação não se dá a partir da primeira parte da regra – ‘perda em favor da União’ –, mas em decorrência da ressalva – ‘ressalvado o direito do lesado’, porque, aqui, é considerada, ela mesma, vítima dos delitos.

Desse modo, não se aplica o disposto no art. 2º, IV, da LC 79/94, que destina ao Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), os ‘recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal’.

O mesmo destino devem ter as multas aplicadas, embora não se tratem precisamente de produto ou proveito da infração.

Com efeito, não há na lei ou no acordo definição quanto à natureza dessa multa, que parece ter, de fato, característica sancionatória mista.

Porém, essa natureza não autoriza a eleição de um critério discricionário, ainda que louvável, quanto ao seu destinatário.

Nessa direção, na ausência de previsão legal ou negocial específica, cabe ao julgador valer-se da analogia (art. 4º do Decreto-lei 4.657/42) para a solução da questão.

Justamente por isso, em outras oportunidades (PETs 6.280, 6.466, 6.352, 6.454, 6.498, 6.512, 6.504, 6.491, 6.454, 6.526), adotei o entendimento do saudoso Min. Teori Zavascki na decisão da PET 5.886, segundo o qual deve-se, por analogia, aplicar o art. 91, II, 'b', do Código Penal, que estabelece 'a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (...) b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso'.

Trata-se, como dito, de uma analogia, pois o dispositivo refere-se à destinação do produto do crime. Tanto que há priorização, por meio da ressalva expressa, do direito da vítima, beneficiando-se a União (exceto, como no caso, ela mesma a vítima), apenas após satisfeito o direito do lesado.

A analogia, ao destinar a multa à vítima, justifica-se, conforme consta na decisão da PET 5.886, porque, nos casos referentes aos crimes delatados, o dano, ainda que não precisamente quantificado, seria presumidamente muito maior do que o valor da multa aplicada, servindo esta, portanto, de alguma maneira, também à sua compensação, tal como previsto no art. 91, II, 'b', da Lei Penal.

Assim, o valor deve ser destinado ao ente público lesado, ou seja, à vítima, aqui compreendida não necessariamente como aquela que sofreu diretamente o dano patrimonial, mas aquela cujo bem jurídico tutelado foi lesado, no caso, a Administração Pública e os princípios que informam o seu regime jurídico, em especial, o da moralidade (CF, art. 37, *caput*, c/c §4º).

Em conclusão, também a multa deve ser destinada à União, cabendo a ela, e não ao Poder Judiciário, inclusive por regras rigorosas de classificação orçamentária, definir, no âmbito de sua competência, como utilizará essa receita.”

(Decisão monocrática do Ministro EDSON FACHIN, julgamento em 28/2/2019).

Assim, no caso das *astreintes*, os valores deverão ser revertidos ao Estado. Veja-se que o Ministro Reynaldo da Fonseca manifestou idêntico pensamento quando do julgamento do já referenciado RMS 53.757/RS:

Transportado o raciocínio do Direito Civil para o Direito Penal, vê-se que *o titular do bem da vida postulado em juízo passa a ser o Estado, titular da pretensão punitiva (exceção feita à ação penal privada)*, que, portanto, *se torna o destinatário do valor pago a título de multa diária*.

(Grifou-se)

Logo, se aplicada a multa pela Justiça federal, eventuais valores bloqueados serão revertidos em favor da União; se, porém, a medida foi adotada pela Justiça estadual, os valores deverão ficar com o Estado respectivo.

Tudo quanto se disse até agora, além do respaldo jurisprudencial, está assentado sobre os mais bem embasados raciocínios doutrinários, como se vê do notável artigo – constante, por sinal, de livro já neste trabalho citado, do qual participamos tanto o Ministro Rogério Schietti, como coordenador e colaborador, quanto eu, apenas na última condição – do exímio Eduardo Talamini, no qual verbera a interrupção da própria utilização do serviço de mensagens eletrônicas WhatsApp ocorrida, como se sabe, há algum tempo, em face de desobediência a ordem judicial, e sugere medidas como as que ora estão sendo analisadas. Desse trabalho colhem-se, por pertinentes, as seguintes passagens:<sup>15</sup>

Os mecanismos coercitivos contrapõem-se aos sub-rogatórios, pelos quais o próprio poder jurisdicional, mediante atos ditos do juiz ou de auxiliares seus, produz o resultado que se

---

<sup>15</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ribeiro-dantas-stj-admite-bloqueio.pdf>

teria com o cumprimento da decisão. Na concepção clássica de processo, a atuação executiva deveria dar-se basicamente mediante meios sub-rogatórios [cita-se aqui Processo de Execução, de MUNHOZ DE MELLO, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 2-6]. Quando não fosse viável a substituição da conduta do obrigado por providências judiciais, a execução específica era tida por 'impossível' e restava apenas o caminho da conversão em perdas e danos. Na concepção clássica de processo, as coisas paravam por aí. O juiz não poderia emitir ordens às partes. Essa noção está superada...

...

[Quanto à proporcionalidade da providência coercitiva que pode ser adotada:] Primeiro, fica afastada a adoção de qualquer medida que o ordenamento vede...

...

Depois [...], terão de ser considerados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que norteiam toda atuação estatal [o autor aqui cita outro trabalho de sua autoria, Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer, pp. 376 e ss.]. As providências adotadas devem guardar relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior que o necessário. O art. 805 do CPC/15 [...] nada mais é do que a expressão dessas diretrizes no processo executivo. Daí que a formulação contida nessa norma é por igual aplicável às demais modalidades de processo...

...

... A medida de coerção é mecanismo essencialmente pragmático [...]. [S]ua função essencial não é punir, o parâmetro principal de sua adequação não é a 'justa retribuição'. Não se trata de sancionar à altura do mal já cometido, mas de sancionar do modo mais eficaz possível para que o mal cesse...

...

... Cada vez mais o processo é apto a produzir resultados que incidem vinculativamente muito além das partes. Em

contrapartida, intensificam-se os mecanismos de participação desses terceiros nos processos em que eles não são partes...

...

A multa processual tende a ser mecanismo extremamente eficaz, nos casos em que o destinatário da ordem tem patrimônio executável e desde que fixada em valor adequado. Mas, no mais das vezes, não é a sua simples cominação que induzirá a conduta do 'devedor'. Enquanto ela não é de algum modo executada, o destinatário da ordem frequentemente se apegua à perspectiva de sua eliminação ou redução. E suas esperanças fundam-se não apenas no provimento do recurso contra a decisão que impôs a multa, como também em futura revisão retroativa do valor total atingido pela multa...

*A efetiva adoção de medidas patrimoniais* traz o 'devedor' de volta à realidade. Faz com que ele deixe aquelas apostas de lado e enfrente de uma vez a questão: qual o 'mal' que ele pretende afinal suportar? o derivado do cumprimento da ordem ou aquele gerado pela medida de coerção. Em suma: a '*pronta afetação do patrimônio* do réu através da execução do crédito da multa **é o mais forte fator de influência psicológica**. A perspectiva remota e distante da execução do trânsito em julgado nada ou muito pouco impressiona' [de novo, invoca-se, do próprio autor, Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não Fazer, agora à p. 259].

Há caso muito similar ao ora em análise, em que a efetiva adoção de *providências de constrição patrimonial*, em vez da simples cominação de multa, mostrou-se como medida de coerção. (...) [A] Google brasileira recusou-se a fornecer informações relativas a conversas realizadas no serviço de correio eletrônico Gmail (...). A multa foi cominada e vinha incidindo, sem sucesso. Havia atingido o valor de dois milhões de reais. Até que se tomaram as providências patrimoniais constritivas para sua execução, com o *bloqueio de aplicações financeiras* da Google brasileira (...). *Depois disso, cumpriu-se a ordem judicial* de apresentação das informações requisitadas [anota-se referência a feito que correu na 2ª Vara Federal de Curitiba sob o n. 5048457-24.2013.404.7000/PR].

...

Depois, (...) há sólidos argumentos para se reconhecer a competência do juiz penal para a execução do crédito derivado da multa, sem prejuízo da aplicação, nessa atividade executiva, das normas do CPC sobre o tema. A multa periódica [isto é, *astreinte*] não tem caráter indenizatório (CPC/15, art. 500...). Logo, a competência do juiz cível para a execução dos danos resultantes do crime (CPC/15, art. 516, III...) não se estende necessariamente a tal hipótese. Na medida em que a execução do crédito advindo da multa processual desempenha papel relevante para a própria eficácia coercitiva da medida, é razoável reconhecer-se que a competência executiva deve ser atribuída ao mesmo órgão que detém a competência para sua cominação, alteração e extinção: o juiz criminal.

...

Do mesmo modo, se o *bloqueio de aplicações financeiras* fosse adotado como medida coercitiva atípica, em si mesma e não como início de execução da multa, a competência também seria do juiz penal.<sup>16</sup>

Toda essa argumentação, da maior solidez técnica, também me conduziu a admitir a necessidade de providências coercitivas patrimoniais imediatas, além da simples cominação de multa, para alcançar a eficácia que se pretende com a cominação desta, tema que passo a tratar no item a seguir.

## **5 Utilização de medidas constritivas sobre o patrimônio do agente (BACEN-JUD ou inscrição do débito em dívida ativa)<sup>17</sup>**

Especificamente sobre a possibilidade do bloqueio de valores por meio do Bacen-Jud ou aplicação de outra medida constritiva sobre o patri-

<sup>16</sup> TALAMINI, Eduardo, Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp (coleção Repercussões do novo CPC), coordenadores CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio et CRUZ, Rogerio Schiatti. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 380-381, 383-385, 391, 393-394, 396-397. Grifou-se.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ribeiro-dantas-stj-admite-bloqueio.pdf>



mônio do agente, penso ser relevante considerar dois momentos, ou seja, primeiramente, a determinação judicial de cumprimento, sob pena de imposição de multa e, posteriormente, se for o caso, o bloqueio de bens e constrições patrimoniais.

No primeiro momento, por uma questão lógica, o contraditório é absolutamente descabido. De início, não se pode presumir que a pessoa jurídica intimada, necessariamente, descumprirá a determinação judicial. Por isso, *a priori*, não existem interesses conflitantes. Não há partes contrárias. Assim sendo, não faz sentido exigir contraditório ou falar em procedimento específico nessa fase.

Por outro lado, quando do bloqueio de bens e a realização de constrições patrimoniais, o magistrado age em razão do atraso do terceiro que, devendo contribuir com a Justiça, não o faz. Nesse segundo momento, é possível cogitar em contraditório, pois, supondo-se que o particular se opõe à ordem do juiz, haveria duas posições antagônicas a autorizá-lo. Contudo, a urgência no cumprimento da medida judicial, inerente à própria determinação de quebra de sigilo e ainda agravada pela mora do indivíduo ou pessoa jurídica recalcitrante, demonstra que o contraditório prévio é de todo desaconselhável.

Não obstante, nada impede seja a ampla defesa e o contraditório postergado e aplicado no segundo momento, caso necessário.

Explico. Até para justificar por que, neste singular aspecto, afastome das lições de Talamini (em trecho que não citei, mas que, por honestidade intelectual, refiro, em que ele prevê contraditório até mesmo prévio à decretação da medida), tão largamente invocadas antes.

Não vejo, como já disse, lógica nem necessidade do contraditório e de um procedimento específico desde o início. Uma vez intimada a pessoa jurídica para o cumprimento da ordem judicial, o que se espera é a sua concretização.

Desse modo, num primeiro momento, repito, não há interesses conflitantes, muito menos parte contrária. No entanto, caracterizada a mora no seu cumprimento, o magistrado, a meu ver, não pode ficar à mercê de um procedimento próprio à espera da realização da ordem, que pode não

ser cumprida. Penso que, em razão da natureza das *astreintes* e do poder geral de cautela do magistrado, este deve ter uma maneira para estimular o terceiro ao cumprimento da ordem judicial, sobretudo pela relevância para o deslinde de condutas criminosas.

Fica-se, então, na ponderação entre esses valores: de um lado, o interesse da coletividade, que pode ser colocado a perder pelo descumprimento ou mora; do outro, o patrimônio eventualmente constrito, que, inclusive, pode ser posteriormente liberado.

Como bem asseverado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no julgamento do RMS 55.109/PR,

[a]o determinar o bloqueio dos valores o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando início a ela, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial.

Registro, ainda, o entendimento acolhido no julgamento do AgRg no RMS 53.414/RS, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, no sentido de que “[a] cobrança no próprio processo em que a multa foi fixada não induz à imparcialidade do magistrado, sendo, também, desnecessária a propositura da execução fiscal para a cobrança desta penalidade”.

Confirmam-se as ementas dos precedentes acima apontados, no sentido da viabilidade da utilização do bloqueio via Bacen-Jud:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA SANCIONATÓRIA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DADA A TERCEIRO EM PROCESSO PENAL. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA ASSEGURADOS AO RECORRENTE. APLICAÇÃO DO ART. 77 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CPC. INOVAÇÃO RECURSAL. EXECUÇÃO DE ASTREINTES ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. A SENTENÇA A SER PROFERIDA NÃO VAI INTERFERIR NA SITUAÇÃO JURÍDICA DO ORA RECORRENTE.

IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. COBRANÇA NO PRÓPRIO PROCESSO EM QUE A MULTA FOI FIXADA. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. DESNECESSIDADE DA SUA PROPOSITURA. BLOQUEIO DE VALORES VIA BACENJUD POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. TESE DE DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Restou assegurado ao recorrente o contraditório e a ampla defesa, haja vista que o mesmo pode se defender antes da aplicação da multa no processo criminal em que houve a determinação do fornecimento das mensagens trocadas por meio do aplicativo Whatsapp.

2. A assertiva de que deveria ser aplicável o art. 77 do Código de Processo Civil na fixação da multa, não foi desenvolvida nas razões do recurso em mandado de segurança, não podendo destarte ser apreciada agora no julgamento do agravo regimental, em virtude da impossibilidade de inovação recursal.

3. Não há como se aplicar o entendimento judicial que impede a execução de *astreintes* antes da prolação da sentença pelo próprio magistrado que a fixou, pois, como visto, cuida a hipótese da obrigação de terceiros prestar informações ao juízo criminal, sob pena de aplicação de multa por descumprimento da decisão e, deste modo, a sentença a ser proferida não vai interferir na situação jurídica do ora recorrente.

*4. A cobrança no próprio processo em que a multa foi fixada não induz à imparcialidade do magistrado, sendo, também, desnecessária a propositura da execução fiscal para a cobrança desta penalidade.*

*5. É possível o uso do instrumento de bloqueio de numerário via Bacen-Jud, o qual é autorizado para uso por todo o Poder Judiciário, inclusive pelos juízes criminais.*

6. Na esteira do consignado no parecer ministerial, a tese de desproporcionalidade do valor da multa diária não foi enfrentada pela Corte Regional, não podendo ser, portanto,

conhecida diretamente por essa Corte Superior, sob pena de supressão de instância (fl. 556).

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS 53.414/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2019, DJE 14/2/2019. Grifou-se).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. CUMPRIMENTO INCOMPLETO DE ORDEM JUDICIAL. APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA À EMPRESA RESPONSÁVEL PELO FORNECIMENTO DE DADOS (FACEBOOK). POSSIBILIDADE. VALOR DAS *ASTREINTES*. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Situação em que a FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA. impugna decisão judicial que, em sede de inquérito, autorizou a interceptação do fluxo de dados telemáticos de contas Facebook de investigados, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

2. Não há ilegalidade ou abuso de poder a ser corrigido, pois fica claro o cumprimento incompleto da decisão judicial que determinara o fornecimento de dados de contas perfis no Facebook de investigados, já que não foram trazidas todas as conversas realizadas no período de 13/10/2015 a 13/11/2015, tampouco as senhas de acesso, o conteúdo completo da caixa de mensagens, o conteúdo da linha do tempo (*timeline*) e grupos de que participam, além das fotos carregadas no perfil com respectivos metadados.

3. A mera alegação de que o braço da empresa situado no Brasil se dedica apenas à prestação de serviços relacionados à locação de espaços publicitários, veiculação de publicidade e suporte de vendas não exime a organização de prestar as informações solicitadas, tanto mais quando se sabe que não raras vezes multinacionais dedicadas à exploração de serviços prestados via internet se valem da escolha do local de sua sede e/ou da central de suas operações com o objetivo específico de burlar carga tributária e ordens judiciais tendentes a regular

o conteúdo das matérias por elas veiculadas ou o sigilo de informações de seus usuários.

4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo.

5. As Turmas que compõem a 3ª Seção desta Corte têm entendido que ‘a imposição de *astreintes* à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil’, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. Nesse sentido, ‘a solução do impasse gerado pela renitência da empresa controladora passa pela imposição de medida coercitiva pecuniária pelo atraso no cumprimento da ordem judicial, a teor dos arts. 461, § 5.º, 461-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal’ (RMS 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 5/4/2016, DJe 15/4/2016).

6. A legalidade da imposição de *astreintes* a terceiros descumpridores de decisão judicial encontra amparo também na teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, desde que observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ele está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências.

Nessa toada, incumbe ao magistrado autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos, pode ele se valer dos meios necessários e adequados para fazer cumprir sua decisão, tanto mais quando a medida coercitiva imposta (*astreintes*) está prevista em lei.

7. Muito embora no Direito Civil a exigibilidade da multa diária por descumprimento de decisão judicial esteja condicionada ao reconhecimento da existência do direito material vindicado na demanda (REsp n. 1.006.473/PR, Rel. Ministro

LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 8/5/2012, DJe 19/6/2012), sob pena de enriquecimento sem causa do autor (destinatário do valor da multa), o mesmo raciocínio não se aplica ao Direito Penal, em que o destinatário do valor das *astreintes* é o Estado, titular da pretensão punitiva, e em que não existe motivo para condicionar-se a exigibilidade da multa à condenação do réu.

8. Ao determinar o bloqueio dos valores o juiz não age como o titular da execução fiscal, dando início a ela, mas apenas dá efetividade à medida coercitiva anteriormente imposta e não cumprida, tomando providência de natureza cautelar. E isso se justifica na medida em que a mera imposição da multa, seu valor e decurso do tempo parecem não ter afetado a disposição da empresa recorrente em cumprir a ordem judicial.

De se lembrar que o art. 139, IV, do CPC/2015, autoriza o juiz a ‘determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária’.

9. A renitência da empresa em cumprir a determinação judicial por mais de um ano justifica a incidência da multa coercitiva prevista no art. 461, § 5º, do CPC no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que não se revela excessivo, diante do elevado poder econômico da empresa, até porque valor idêntico foi adotado pelo STJ na QO-Inq n. 784/DF e no RMS 44.892/SP.

10. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

(RMS 55.109/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 17/11/2017. Grifou-se).

Ressalto que o mesmo entendimento pode ser aplicado na hipótese da inscrição do débito na dívida ativa.

O art. 39 e seus §§ 1º e 2º, da Lei 4.320/1964, dispõem sobre a dívida ativa nos seguintes termos:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§ 1º Os *créditos* de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como *Dívida Ativa*, em registro próprio, *após apurada a sua liquidez e certeza*, e a respectiva receita será escriturada a esse título.

§ 2º Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e *Dívida Ativa não Tributária* são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, *multa de qualquer origem ou natureza*, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

(Grifou-se).

Colhe-se dos arts. 204 e seu parágrafo único, do CTN, e 3º, parágrafo único, da Lei 6.830/1980:

Art. 204. *A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.*

Parágrafo único. *A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.*

(Grifou-se).

Art. 3º *A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.*

Parágrafo Único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Assim, gozando o débito de presunção de certeza e de liquidez, nada impede que ocorra a inscrição, ainda que o valor possa ser discutido posteriormente.

Desse modo, como ressaltado anteriormente, eventual violação ao princípio da proporcionalidade na aplicação da multa pode ser impugnada em momento adequado e posterior.

Destaque-se, ainda, que a utilização do Bacen-Jud é medida mais gravosa do que a inscrição direta do débito em dívida ativa, de modo que não vejo impossibilidade também na sua aplicação.

Enfatizo, portanto, o que já salientei anteriormente sobre a aplicação de multa a terceiros, isto é, não há procedimento legal específico para tanto, nem previsão de instauração do contraditório. Como visto, por derivar do poder geral de cautela, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, avaliar qual a melhor medida coativa ao cumprimento da determinação judicial, não havendo impedimento ao emprego do sistema Bacen-Jud, devendo-se examinar, também caso a caso, possíveis violações ao devido processo legal ou ao princípio da proporcionalidade.

## 6 Conclusão

À vista de todo o exposto, e na conformidade com o que decidiu, ainda que por maioria, a eg. 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, é, sim, possível, a meu ver, aplicar multa, inclusive por dia de atraso, bem como, em decorrência disso, constrições patrimoniais diretas, como Bacen-Jud ou inscrição em dívida ativa, a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas que desobedeçam, ou obedeçam incompleta ou tardiamente, a ordens judiciais emanadas de feitos criminais. Essa tem sido uma situação frequente em relação a empresas que atuam na internet, no que tange a informações de seus usuários, importantes para a formação da prova nos processos penais.



## CAPÍTULO 17

### A intervenção estatal na ordem econômica por meio de ações afirmativas

*Luciana de Toledo Temer Lulia*

A proposta deste capítulo é verificar como a estratégia da adoção de ações afirmativas na busca pela concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social impacta na ordem econômica. Para isso conceituaremos o que se entende por direito à igualdade nos dias atuais e como este se relaciona com os objetivos da República Federativa do Brasil. Ao final, analisaremos três decisões do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade que interpretam justamente esta relação entre a intervenção estatal no domínio econômico e a busca pela igualdade material.

#### Do princípio da igualdade

Conforme ensina Genaro Carrió, em sua obra *Notas sobre Derecho e Lenguaje*, a linguagem jurídica tem basicamente as mesmas características da linguagem natural, sendo uma destas características a imprecisão. A vaguedade das expressões impede, muitas vezes, o estabelecimento de limites precisos para aplicação de determinado termo<sup>1</sup>:

Hay um foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que

---

<sup>1</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 67.

la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos em los que no se duda que no lo es. El tránsito de uma zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay uma zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina em ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo em que vivimos y a nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión.<sup>2</sup>

Outra característica importante da linguagem natural é a forte carga emotiva que certos termos carregam consigo. Igualdade é um termo que, indiscutivelmente, provoca uma resposta emotiva na maioria das pessoas, normalmente como algo positivo, que se deseja<sup>3</sup>.

Para a compreensão de sua aplicação no âmbito da ordem econômica, é imperioso entender o processo evolutivo do conceito. Para tanto nos apoiaremos no estudo do Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, Martim de Albuquerque, que passando por filósofos como Sólon, Péricles, Platão, Aristóteles, Cícero e Sêneca concluiu que o mundo antigo deixou um importante legado de ideias que serviram de base para os pensadores que vieram a seguir, traduzidas nas seguintes proposições:

- a) todos os homens são naturalmente iguais;
- b) a igualdade é essência da Justiça;
- c) a igualdade pressupõe a comparação e não tem sentido entre coisas não comparáveis
- d) a igualdade obriga a tratar igualmente, o igual, desigualmente o desigual;
- e) a igualdade é a base da democracia;

<sup>2</sup> Genaro R. Carrió. **Notas sobre derecho e lenguaje**. Abelardo-Perrot, Argentina, 1972. p. 32.

<sup>3</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 68.

- f) a igualdade não é necessariamente aritmética, podendo (e devendo) em certos casos ser geométrica;
- g) a igualdade contém um componente de adequação às situações e aos fins;
- h) a igualdade implica a participação das oportunidades.<sup>4</sup>

A doutrina francesa sobre igualdade foi construída com base no reconhecimento de direitos naturais e intangíveis em prol do indivíduo, portanto, se trata de um direito de ordem filosófico-religiosa. Dessa inspiração religiosa, além de outras influências, nasce a lição de Santo Agostinho e São Tomas de Aquino sobre o direito natural. Para Santo Agostinho, a justiça é característica da lei, enquanto para São Tomás, a igualdade é requisito essencial da lei.<sup>5</sup> Consequência deste pensamento é que a norma de direito positivo que estivesse em desacordo com as leis do direito natural não tinha qualquer valor.

Esta base religiosa do direito natural foi substituída, sem modificações profundas, pela obra dos racionalistas do século XVII. Para estes, o fundamento do direito natural não seria a vontade de Deus, mas a razão, medida última do certo e do errado, do bom e do mau, do verdadeiro e do falso. A ideia de que a lei para ser justa tem que ser igualitária gerou nova concepção: de que para ser igualitária tem que ser genérica. Outra corrente, mais aceita por sua moderação, admitia que a lei não se dirigisse a toda a comunidade indistintamente, mas a uma parcela abstratamente considerada. O que não se podia admitir era a lei individual, que se confunde com privilégio, posição esta firmada por Rousseau no *Contrato Social*.<sup>6</sup>

Mas foi essa imposição de generalidade da lei que prevaleceu no início da era constitucional e as declarações de direitos do final do sécu-

---

<sup>4</sup> Martim de Albuquerque. **Da igualdade** – introdução à jurisprudência. Livraria Almedina: Coimbra, 1993, p. 15-16

<sup>5</sup> op. cit., p. 28

<sup>6</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 71.

lo XVIII traziam a ideia de que, declarado o reconhecimento da igualdade entre os homens, a questão estava resolvida. É assim que a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, 1776, afirma que os homens “são por natureza igualmente livres e independentes”; que a Declaração de Independência dos Estados Unidos, 1776, diz que todos os homens “são criados iguais”; que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, 1789, reconhece que os homens “nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Esta postura rechaçava qualquer possibilidade de uma lei tratar as pessoas de forma desigual.

Assim, tendo como parâmetro as constituições francesa e americana pós-revoluções liberais, Martim de Albuquerque conclui que, neste período, sobre a igualdade desenvolveram-se os seguintes pontos<sup>7</sup>:

- a) a negação de privilégios;
- b) a correspondência ao direito de igualdade de um dever ou obrigação de igualdade;
- c) o tratamento da respectiva temática quer em sede dos direitos naturais, inatos, essenciais, imprescritíveis; quer dos direitos e garantias; quer dos direitos políticos e civis;
- d) a noção de igualdade como direito absoluto e, mais particularmente ainda, como qualidade essencial dos direitos absolutos;
- e) a distinção entre igualdade natural, igualdade social (i.e. concreta, real) e igualdade legal.<sup>8</sup>

Imperava então a regra básica de que, para atender ao princípio isonômico, as leis deveriam ser abstratas e universais. Não havia, evidentemente, qualquer questionamento acerca da igualdade substancial, porque este conceito não existia. Apenas com o advento da chamada segunda geração de direitos, que tem como marco inicial as Constituições Mexicana

<sup>7</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 72.

<sup>8</sup> Martim de Albuquerque. **Da igualdade** – introdução à jurisprudência. Livraria Almedina: Coimbra, 1993. p. 79.

de 1917 e de Weimar de 1919, é que a possibilidade de o legislador estabelecer diferenciações na lei como forma de atender ao princípio da igualdade de forma substancial passou a ser questionada. Segundo José Suay Rincón, só quando se percebe que a universalidade da lei pregada pelos ideais liberais não bastava para atender ao princípio da igualdade, é que há uma transformação no sentido do princípio<sup>9</sup>:

El principio de igualdad solo vá a sufrir su importante transformación cuando (y tan solo intonces) la sociedad tome conciencia de que su inteligéncia por los liberales ( esto es, como derivación del principio de la universalidad de la ley) unicamente podría servir para conseguir la igualdad real en el caso de que se actuara sobre una sociedad homogénea.<sup>10</sup>

Canotilho alerta ainda para a falsa sensação de segurança que a ideia de universalização traz, à medida que um tratamento igualitário para determinado grupo de “iguais” pode ser extremamente discriminatório<sup>11</sup>:

o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite a discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de ‘raça negra’ devem ser tratados ‘igualmente’ em ‘escolas’ separadas dos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória... Consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material.

<sup>9</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 74-75.

<sup>10</sup> José Suay Rincón. **El principio de Igualdad em la Justicia Constitucional**. Estúdios Derecho Público, Ed. Instituto de Estúdios de Administracion Local, Madrid, 1985. p. 26.

<sup>11</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 75.

Esta consciência, que nasce com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, ou seja, da primeira para a segunda geração de direitos, vai repercutir em todas as constituições ocidentais a partir daí. Mesmo a Constituição americana, que ainda hoje não traz explicitado o conceito de igualdade material, passou por mutação constitucional e teve o sentido de seu texto reinterpretado.

A necessidade da lei singular nos Estados Unidos tem início com o modelo “New Deal” de Roosevelt e suas leis intervencionistas nas questões socioeconômicas. Passa-se a reconhecer ao legislador a faculdade de editar leis que discriminam grupos de pessoas, desde que esta discriminação tivesse justificção objetiva e razoável. Era considerada objetiva e razoável a justificção que demonstrasse ser a lei o meio correto para consecução do fim a que se propunha<sup>12</sup>, independentemente da análise da legitimidade deste fim. Este método de avaliação da constitucionalidade era extremamente respeitoso com a figura do legislativo, não permitindo praticamente nenhuma interferência por parte do judiciário nas questões legislativas.

Com a chegada do juiz Warren à presidência da Suprema Corte americana, inaugura-se o chamado “new equal protection”, que consistia em um novo método para verificação da constitucionalidade das leis singulares. Em relação à legislação socioeconômica, o critério continuava o mesmo, ou seja, verificar se a distinção atinge o fim pretendido pela norma. No entanto, nos casos em que esta distinção envolvia “raça”, passou a ser considerada “suspeita” e a exigir uma verificação mais acurada. O mesmo ocorria em relação aos “interesses fundamentais” (direito de voto, liberdade de movimento interestatal e acesso à justiça).

Nesses casos – raça e interesses fundamentais –, a Corte passou a verificar primeiramente qual o interesse protegido pela norma. Não pode ser um interesse qualquer, tem que ser um interesse extraordinário. Em seguida a Corte valora se este interesse extraordinário perseguido pela norma

---

<sup>12</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 80.

se sobrepõe ao interesse de não permitir desigualdades em razão da raça ou de um “interesse fundamental”. Dependendo da valoração, a Corte decide se a norma é constitucional ou inconstitucional. Com este novo método, aumentou muito o número de leis declaradas inconstitucionais por ferirem o princípio da igualdade.

Sob a presidência de Burger, a Suprema Corte norte-americana caminhou mais um pouco. Passou a se preocupar com leis que desigualam em razão do sexo, filiação e condição estrangeira. Estabeleceu um terceiro método de análise da constitucionalidade<sup>13</sup>. O Estado que edita leis que desigualam em razão de um destes três elementos terá que provar um “interesse substancial”. Não um “interesse extraordinário” como para os casos de desigualdade em função da raça e de “interesse fundamental”, mas um “interesse substancial”.<sup>14</sup>

A verdade é que a lei singular traz, de início, aparente derrogação do princípio da igualdade, mas somente com análise acurada que se pode afirmar se esta singularidade é ou não consonante com a igualdade constitucional<sup>15</sup>.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>16</sup>, a notória afirmação de Aristóteles de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais não é suficiente para resolver a questão. Resta sempre a pergunta: quem são os iguais e quem são os desiguais? Ou seja, qual o critério que pode ser legitimamente estabelecido para responder a esta indagação? A lei pode e deve discriminar, a fim de promover justi-

---

<sup>13</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 80-81.

<sup>14</sup> op. cit., p. 107 e seg.

<sup>15</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 81.

<sup>16</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. Malheiros Editores: São Paulo, 1993. p. 17.

ça, mas, como saber se determinada discriminação estabelecida é justa ou não? O professor propõe um caminho para realização desta análise, que consiste em um processo no qual se responde a três questões: qual o fator de discriminação? Há correlação lógica entre o fator escolhido e a desigualdade perpetrada? Esta correlação lógica está de acordo com os valores constitucionais?

Segundo Celso Antônio, “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”.<sup>17</sup> Isto porque, o princípio da igualdade não visa impedir a desigualdade, mas impedir desigualdade injustificada.

Norberto Bobbio também entende que a regra de justiça expressa por Aristóteles não é resposta para a questão. É simplesmente um enunciado que pressupõe que um problema anterior já foi resolvido, o de saber qual o tratamento justo para o indivíduo. Segundo Bobbio:

Quem confunde o problema (ou melhor, os vários problemas) da justiça como igualdade com a regra da justiça não parece perceber que a primeira tarefa de quem pretenda fazer obra de justiça consiste em estabelecer como um determinado indivíduo deve ser tratado para ser tratado de modo justo. Somente depois que se estabeleceu o tratamento é que surge a exigência de garantir que o tratamento igual seja reservado aos que se encontram na mesma situação.<sup>18</sup>

A verdade é que responder à questão sobre se uma norma discriminadora atende ou viola o princípio isonômico é um desafio permanente, mas os caminhos propostos para tanto são todos parecidos. O Tribunal Constitucional Italiano, por exemplo, estabeleceu o seguinte método<sup>19</sup>: busca responder qual a finalidade da norma, o que é fundamental para analisar o fim objetivo (declarado pela norma) e do fim subjetivo (intenção do legislador). Se há coincidência entre estes dois aspectos, tanto melhor. Caso contrário, o Tribunal terá que optar por um dos fins, o declarado ou

<sup>17</sup> op.cit., pg.10

<sup>18</sup> Norberto Bobbio, **Igualdade e liberdade**. Ediouro: São Paulo, 2002. p. 21.

<sup>19</sup> Agro, Lavagna, Scoca, Vitucci, **La Costituzione anotata com la giurisprudenza della Corte Costituzionale**, Milano, 1979, p.25 e seg. apud, José Suay Rincón, op. p.56 e seg.



o pretendido. Esta opção é de suma importância, pois decisiva para o resultado da ação.<sup>20</sup>

Um bom exemplo é a sentença 121/63, que tratou da constitucionalidade de uma lei que obrigava o comércio de joias de primeira mão a ter um registro especial. O fim objetivo da norma era de ordem fiscal, mas o fim subjetivo era o controle das coisas de valor, a fim de reprimir o comércio clandestino e atividades ilícitas. Portanto, a questão era de segurança pública. O Tribunal optou pela finalidade subjetiva, declarando a norma inconstitucional por entender que não era possível impingir a uma categoria de comerciantes uma disciplina particular e mais rigorosa sem que esteja justificada por razões especiais e singulares<sup>21</sup>.

Ao tratar das inconstitucionalidades possíveis em relação às normas discriminatórias, José Afonso da Silva<sup>22</sup> aponta duas situações: na primeira, a lei outorga benefícios legítimos a um grupo de pessoas em detrimento a outro grupo, que também deveria ter direito a este benefício. Neste caso, a lei é inconstitucional por excluir do benefício pessoas que deveriam ter direito a ele, ou seja, está gerando uma desigualdade injusta. Qual a solução? Estender o benefício a todo aquele discriminado que o requer judicialmente. Ou seja, resolve-se por meio do controle da constitucionalidade pela via de exceção. Não seria justo declarar a inconstitucionalidade em tese, pois isto teria como consequência a eliminação de direitos legitimamente concedidos. Às observações de que ao Poder Judiciário não

---

<sup>20</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 86.

<sup>21</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 86.

<sup>22</sup> José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros Editores: São Paulo, 1995. p. 222.

comporta exercer função típica do legislativo e que, portanto, não poderia estender benefícios não atribuídos por lei<sup>23</sup>, o professor esclarece que:

Se uma lei concede vantagens a grupos discriminando pessoas na mesma situação, não se trata de conceder isonomia por decisão judicial, mas de corrigir a inconstitucionalidade da discriminação. E isso é função jurisdicional, uma vez que a função legislativa não o fez nos termos da Constituição.<sup>24</sup>

A outra situação inconstitucional possível é a imposição de obrigação ou qualquer tipo de ônus a um grupo de pessoas e não a outro, em igual situação. Neste caso a posição inverte-se. Deve o judiciário eliminar o ônus para todo aquele que o solicitar judicialmente, mas sendo também cabível reparar a violação com a extinção da norma violadora por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

A chamada igualdade material é hoje pensada sobre dois aspectos: a correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e a correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, etc.)<sup>25</sup>

Ou seja, o ideal de justiça exige redistribuição somada ao reconhecimento. Esta é a posição da filósofa americana Nancy Fraser, que entende que a justiça é um conceito complexo que deve ser visto sob três dimensões separadas, embora inter-relacionadas: distribuição (de recursos produtivos e de renda); reconhecimento (das contribuições variadas dos diferentes grupos sociais); e representação (na linguagem e em todo o domínio do simbólico). Todas preveem duas formas distintas de combate à discriminação: a estratégia repressiva punitiva; e a estratégia promocional. Aí

<sup>23</sup> LULIA, L. de T. T. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Orientador: Gabriel Chalita. 2005. 177 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7715/1/Tese%20Luciana%20Toledo.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020. p. 86. p. 93-94.

<sup>24</sup> op.cit. p. 222

<sup>25</sup> PIOVESAN, F. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, v. 35, n. 124, p. 47, jan./abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.

chegamos às chamadas ações afirmativas ou discriminação positiva, que nada mais são do que estratégias de aplicação da igualdade material a fim de se alcançar o bem-estar e a justiça social.

## Da aplicação do princípio da igualdade na ordem econômica

Um breve histórico do princípio no Brasil nos mostra que a Constituição Republicana de 1891 foi a primeira a falar em direito à igualdade. Estabelecia uma igualdade formal, impregnada pelo espírito liberal e que vedava os privilégios individuais.

João Barbalho, ao comentar o dispositivo constitucional, refere-se ao fato de que perante a lei republicana não havia distinção entre “grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patricios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos”.<sup>26</sup> Foram elencadas, certamente, as diferenças tidas como relevantes na época.

A Constituição de 1934, ao inaugurar a era dos direitos sociais no Brasil, com adoção de elementos da chamada segunda geração de direitos, trouxe a noção de superação da igualdade meramente formal para abraçar a ideia de igualdade material, o que se manteve nas constituições seguintes. É neste momento também que a questão da ordem econômica adquire uma dimensão jurídica, pois passa a ser disciplinado constitucionalmente.

O princípio da igualdade está presente em vários momentos da Constituição vigente, mas seu anúncio genérico está no *caput* do artigo 5º. A antiga redação foi reduzida, tornando-o, entretanto, mais abrangente, pois ao invés de elencar quais os tipos de discriminação vedadas, disse apenas: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Com isso, eliminou uma série de critérios que sempre foram considerados pela doutrina e pela jurisprudência como exemplificativos e não como taxativos.

Mas é preciso entender a atual dimensão do princípio da igualdade no contexto maior desta Constituição, que nasce fruto de um movimento

<sup>26</sup> João BARBALHO. *Comentários à Constituição de 1891*. p. 303, apud Carlos Roberto de Siqueira CASTRO, op. cit., p. 40.

de redemocratização do país e se constrói como um documento jurídico/político que procura atender a diversos anseios populares. Assim, tanto os direitos individuais como os sociais estão carregados de tintas fortes e protegidos sob o manto da consagração da dignidade da pessoa humana, inscrita como fundamento do Estado brasileiro do artigo 1º, inciso III.

Nesta linha, o artigo 1º declara nossa opção pela forma de Estado Federal e de Governo Republicana, o que é da tradição das nossas constituições, mas inova ao declarar que somos um Estado Democrático de Direito cujos fundamentos são: a soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e pluralismo político. Inovou ainda mais ao estipular, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, objetivos para a República Federativa, que devem servir de norte, de vetores de interpretação constitucional. Seja no momento da elaboração das leis e atos normativos seja no momento de aplicá-los, o intérprete, em especial as autoridades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, devem prestar especial atenção a estes fins estabelecidos pelo poder constituinte originário.

Dentre os quatro incisos do artigo 3º que elencam os nossos objetivos enquanto sociedade, três deles retratam a preocupação direta com a qualidade de vida das pessoas, com uma condição digna de existência. Vejamos:

### *I – construir uma sociedade livre, justa e solidária*

Estamos diante de três termos da linguagem natural com uma carga valorativa muito grande. Liberdade, justiça e solidariedade, que integram aquela categoria de palavras que Genaro Carrió classifica como de carga emotiva muito forte e grande imprecisão. Na verdade, o sentido destas expressões é inegavelmente preenchido de acordo com os valores sociais da época. Mas o constituinte de 88 indicou alguns parâmetros para interpretação do que vem a ser uma sociedade livre. Fica claro, pela análise dos dispositivos constitucionais, que sociedade livre é aquela que admite não só a liberdade física do indivíduo, mas também a liberdade de pensamen-

to e ação. No que tange à ordem econômica, o artigo 170 prevê a liberdade de iniciativa, como fundamento e da livre concorrência como princípio.

Já o conceito de sociedade justa passa pela ideia de justiça social. A Constituição em dois momentos faz referência significativa à questão: no artigo 170 afirma que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. No artigo 193, que a ordem social tem como objetivo o bem-estar e a justiça social.

A solidariedade como princípio se extrai não só deste inciso, mas também fortemente do preâmbulo da Constituição. Apesar da discussão sobre sua natureza normativa, é inegável a importância do preâmbulo enquanto vetor interpretativo.

## *II – garantir o desenvolvimento nacional*

Apesar de este inciso ser o mais distante da ideia de dignidade humana, uma necessária interpretação sistemática do texto constitucional nos dá a exata noção de que o desenvolvimento nacional só tem sentido se for para melhorar a vida das pessoas.

## *III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais*

Neste dispositivo verifica-se que o primeiro objetivo é a erradicação da pobreza e da marginalização, que são totalmente incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. O artigo 23, X, estabelece a competência comum dos entes da Federação para combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. O artigo 170, em seu inciso VII estabelece como princípio da ordem econômica a redução das desigualdades sociais e no VII a busca do pleno emprego.

*IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*

Promover o bem de todos significa dar igualdade de oportunidades a todos. Em nenhum momento a Constituição pregou a igualdade absoluta de condições entre as pessoas, por isso se fala de erradicação da pobreza, mas em redução (e não eliminação) das desigualdades. A busca é por uma igualdade material de oportunidades, favorecendo os menos favorecidos e impedindo qualquer tipo de preconceito ou discriminação.

Como se vê, são objetivos que serão alcançados em larga medida pela efetiva aplicação do princípio da igualdade material em todas as esferas da sociedade brasileira, inclusive nas relações econômicas. Há ainda outras disposições acerca da igualdade espalhadas pelo texto, que só reforçam esta interpretação da necessidade de conciliação entre igualdade formal e material.

Ao analisarmos os fundamentos e princípios da ordem econômica encontramos refletido os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro. Estão previstos no artigo 170 a valorização do trabalho humano; a busca pela existência digna conforme ditames da justiça social; e a redução das desigualdades regionais e sociais. Não sem razão, Eros Grau, em palestra proferida ao Ministério Público e publicada na Revista Jurídica da Instituição, afirma que “Quem quiser saber da ordem econômica no Brasil terá que tomar a Constituição Federal desde o seu artigo 1º, passando também pelo art. 3º.”<sup>27</sup>

Outra questão que não pode passar despercebida quando tratamos da ordem econômica constitucional é o atrelar da propriedade privada a sua função social. Esta também foi uma inovação importante do constituinte de 88, que condicionou o direito à propriedade privada ao atendimento de sua função social. O anúncio genérico desta obrigação se dá no artigo 5º, incisos XXII e XXIII e é concretizado nos artigos 182, §2º e 186 no que diz respeito às propriedades urbanas e rurais e no artigo 170, incisos II e III no âmbito das relações econômicas.

<sup>27</sup> Revista Jurídica do Ministério Público Volume 6. p. 134.

A questão é, para se ter uma sociedade mais justa e igualitária, que respeite a dignidade da pessoa humana, há um conjunto de ações e diretrizes que devem ser adotadas pelo Estado, e o princípio da igualdade em suas duas dimensões, formal e material, devem ser seriamente observados.

São muitas as decisões do Supremo Tribunal no âmbito da ordem econômica que envolvem direito à igualdade, como, por exemplo, o regramento à equiparação de tratamento entre empresas públicas e privadas, ou entre empresas de grande e pequeno porte. Mas vamos aqui elencar apenas algumas decisões que envolvem sacrifícios financeiros às empresas de determinado setor, em nome da busca da concretização do bem estar social por meio de ações afirmativas envolvendo grupos específicos de pessoas, portanto, aplicação do direito à igualdade material.

### **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.950 (julgada em 11/2005)**

Movida pela Confederação Nacional do Comércio contra o artigo 1º da Lei 7844/92 do Estado de São Paulo. Trata-se da concessão de meia-entrada para espetáculos esportivos, culturais e de lazer para estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. A autora alega violação aos artigos 170 e 174 da CF, por instituir indevida intervenção no domínio econômico. Alega ainda que há uma inconstitucionalidade formal na medida em que somente a União, em situações excepcionais, teria competência para intervir na economia.

O relator, Ministro Eros Grau, rechaça a tese da autora ao afirmar que o fato de o Estado brasileiro ter optado por um sistema capitalista, que coloca um papel primordial na livre iniciativa, não significa que a intervenção estatal só se dará em casos excepcionais. Segundo o relator:

A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz no seu artigo 170 que a ordem econômica (mundo do ser) deverá estar fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos existência digna, con-

forme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É Constituição diretiva.

Ademais, a intervenção do Estado na economia deve ser vista como algo da própria essência do sistema, pois é justamente uma forma de preservar o capitalismo de mercado. Para ilustrar essa afirmação, o relator cita trecho do livro de Avelãs Nunes:

A intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista”.<sup>28</sup>

Afasta ainda a alegação de inconstitucionalidade formal ao afirmar que o artigo 24, I entrega aos Estados competência concorrente para legislar sobre direito econômico e que, no caso, o Estado de São Paulo poderia exercer competência legislativa plena, uma vez que não há norma geral editada pela União sobre a matéria.

A lei em comento em nada fere a livre iniciativa, que deve ser interpretada não isoladamente, mas dentro do contexto que determina que Estado garanta o direito à educação, cultura e desporto, conforme prescrevem os artigos 205, 215 e 217 §3º da Constituição. Uma vez que a lei estadual busca atingir estes objetivos, ela está harmonizada com os princípios da ordem econômica.

O Ministro Marco Aurélio abre divergência ao questionar se o Estado pode buscar o atingimento dos seus fins impondo ônus às empresas sem nenhuma contrapartida. Em seguida questiona se o recorte escolhido pela lei, qual seja, alunos regularmente matriculados nas redes públicas e privadas de ensino, atende ao princípio isonômico e não gera um ônus inconstitucional para as empresas do setor. Ou seja, a lei nem estaria beneficiando quem de fato precisa, mas a todos os estudantes indistintamente. Julgou materialmente inconstitucional por ferir tanto a livre iniciativa como o

<sup>28</sup> **Do capitalismo e do socialismo.** Atlântida Editora: Coimbra, 1972. p. 125 apud. voto ministro Eros Grau na ADI 1.950.



princípio isonômico. Depois aderiu também a inconstitucionalidade formal apontada pelo Ministro Cezar Peluso, que entendeu que a norma interfere de forma inconstitucional na liberdade contratual, já que está tabelando prestações de contratos para um universo específico de pessoas, ferindo, portanto, o artigo 22, I da CF.

### **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768 (julgada em 09/2007)**

Foi movida pela Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos contra o artigo 39 da Lei 10.741, (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que têm mais de 65 anos. A alegação era de que a lei, que repete o artigo 230, §2º, da Constituição não era inconstitucional, mas a interpretação de que o ônus dessa gratuidade devesse recair sobre as empresas concessionárias de serviço público de transporte urbano sim. Segundo a autora, o Estatuto do Idoso, ao repetir o dispositivo constitucional, o faz de forma incompleta na medida em que não prevê de que forma o Município deve arcar com esta despesa. Alega que se trata de um direito prestacional, portanto, sujeito a reserva do possível. Desta forma, a gratuidade seria oferecida aos idosos, mas arcada não pelas empresas de transporte, mas pelo poder público municipal, quando possível e com previsão orçamentária.

A Ministra relatora, Carmen Lúcia, votou no sentido de que a gratuidade do transporte de idosos está garantida na Constituição por uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata sendo que a lei apenas reafirma um direito constitucional já concedido. Para explicar o recorte de proteção aos idosos cita dados do Ministério do Desenvolvimento Social que mostram que, em julho de 2006, havia um milhão, cento e trinta e oito mil idosos recebendo o benefício de prestação continuada (BPC), complementação de renda destinada a idosos sem cobertura previdenciária, cuja renda per capita familiar é de até 1/4 do salário mínimo. O direito ao passe livre visa garantir uma condição mínima de mobilidade e participação do idoso na vida social, fundamental para sua dignidade e bem-estar, não

podendo ficar submetido à reserva do possível como pretende a autora da ação. Não se trata de uma política de assistência social, portanto, não está sujeita ao regramento do artigo 195, § 5°. Em relação ao argumento de quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a relatora afirma que o Estado pode alterar unilateralmente as condições fixadas nos contratos de permissão e concessão, cabendo ao contratado comprovar perante o Município a ruptura deste equilíbrio, o que segundo a relatora não deve ocorrer, uma vez que os idosos não são em número suficiente para tanto.

Houve um voto divergente, do ministro Marco Aurélio, que entendia que o ônus pela gratuidade não deveria recair sobre a empresa, pois o *caput* do artigo 230 entrega a responsabilidade por amparar a pessoa idosa à família, ao Estado e à sociedade. Além disso, identificava uma inconstitucionalidade formal por invasão da União na esfera de competência Municipal para legislar sobre prestação de serviço municipal de transporte público.

### **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649 (julgada em 05/2008)**

Impetrada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros contra a Lei 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas com deficiência. A autora alegava violação dos princípios da ordem econômica, do direito à propriedade, da livre iniciativa e da igualdade. Ao determinar que as empresas transportem gratuitamente pessoas com deficiência, não podendo com isso explorar economicamente a plena capacidade de suas frotas, sem nenhuma contrapartida do Estado, estaria ocorrendo uma “investida confiscatória” no domínio privado, uma intervenção inconstitucional no domínio econômico. Para além disso, argumentava tratar-se de uma ação de assistência social, sem indicação de custeio, o que é exigido pelo artigo 195, §5° da CF. O princípio da igualdade estaria sendo ferido uma vez que ações de seguridade social devem ser arcadas por toda a sociedade e, neste caso, apenas os donos de empresa de transporte estariam sendo sacrificados.

O pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, no sentido da constitucionalidade da lei. A relatora, aqui novamente a Ministra Carmen Lúcia, iniciou sua argumentação trazendo o dado de que cerca de 10% da população mundial sofre de alguma deficiência, sendo que 8 em cada 10 moram em países em desenvolvimento e que é nas camadas economicamente mais desfavorecidas que a situação de marginalização e exclusão é maior. O Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, tendo se comprometido a implementar medidas de inclusão social deste grupo. Com isso, justificou a existência da lei em discussão. Afirmou que não se trata de uma ação de assistência social, mas da adoção de uma política pública de Estado. A relatora invocou o princípio jurídico da solidariedade, extraído a partir do preâmbulo da Constituição quando este afirma que somos um Estado Democrático que deve “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, para afirmar que a responsabilidade pelo bem estar social não é só do Estado, mas de toda a sociedade.

Desta forma, a atividade econômica, sobretudo àqueles que atuam sob o regime de concessão ou permissão, como é o caso das empresas de transporte público, devem participar das políticas públicas construídas para atingir o bem de todos, sujeitando-se, inclusive, ao comprometimento de percentual de seus lucros. Portanto, não há que se falar em ferimento ao princípio da igualdade, ao contrário, é justamente para buscar a concretização deste princípio que se fez a lei. A gratuidade do transporte será um incentivo para que as pessoas com deficiência possam participar mais efetivamente da vida social. Segundo a Ministra:

A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.

O Ministro Marco Aurélio, que foi voto vencido também neste caso, entendeu que se trata de ação de assistência social e que, portanto, o custeio deveria sair do orçamento da seguridade social e não ser um ônus exclusivamente das empresas. Como consequência deste entendimento, também o recorte dos beneficiários não poderia ser genérico, mas direcionado a quem dele necessitasse, conforme prescreve a política de assistência social.

Nas três decisões analisadas prevaleceu o entendimento de que os princípios da ordem econômica não são violados quando uma lei propõe uma ação afirmativa que vise atingir os objetivos do Estado brasileiro, ainda que se trate de intervenção estatal no domínio econômico com ônus para certa categoria de empresas. Importante ressaltar a interpretação divergente do Ministro Marco Aurélio, que, em todos os casos, foi contrário à ideia de que a busca pela justiça social possa recair de forma onerosa somente sobre a empresa, entendendo que deve haver sempre contrapartida estatal, sob pena desse comportamento ser inconstitucional.

## Bibliografia sugerida

ALMEIDA, André Vinícios de. **Erro e concurso de pessoas no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2010.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil - direito das coisas**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CALABRICH, Bruno *et al.* **Garantismo penal integral**: questões processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota. **Lei de Liberdade Econômica - anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodium, 2010.

ESTELLITA, Heloisa. Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, Ano XVIII, n. 75, Porto Alegre, 2019.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**: uma teoria à luz da constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. Forense, 1994. v. 4.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Atualizado por Luiz Edson Fachin. 19. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GRECO, Luís *et al.* **Autoria como domínio do fato**: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial/Pons, 2014.

HOFF, Luiz Alberto. A hipoteca judiciária e sua importância como instrumento de garantia. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 80, n. 674, p. 81–87, dez., 1991.

KLEIN, Aline lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de Direito Administrativo: funções administrativas do Estado**. Coordenação: Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 4.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Nelson Nery Jr e Luciano de Camargo Penteadó. Tomo XX, §§ 2.473 e 2.474. São Paulo: Editora RT, 2012.

NEDER CERZETTI, Sheila C. As classes de credores como técnica de organização de interesses: em defesa da alteração da disciplina das classes na recuperação judicial. *In*: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro

de. **Direito das Empresas em Crise:** problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 365-385.

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida; HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro (org.). **Direito penal econômico:** temas essenciais para a compreensão da macrocriminalidade atual. Salvador: Juspodivum, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 17. ed. Rio de Janeiro : PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes; SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de (org.). **Comentários à Lei de Recuperação de empresa e falência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa.** 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil - direito das coisas.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo: Saraiva, 2018.

SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coord). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.** Salvador: Juspodivum, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas e FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos.** Editora Fórum, 2012.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa (coord.). **Inovações no direito penal econômico:** prevenção e repressão da criminalidade empresarial. Brasília: ESMPU, 2018.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: **Teoria geral e direito societário,** v. 1 – 8. ed. rev., e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Hipoteca judiciária e devido processo legal. *Revista Forense.* Rio de Janeiro, v. 94, jan./mar. 1998, p. 157-160.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à Lei de Falências.** Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1962, v. I e II.

## Os autores

### **André Guilherme Lemos Jorge**

Diretor e professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da UNINOVE. Advogado com Graduação pela PUC/SP. Juiz Titular do TRE/SP (2014/2016). Conselheiro CTC CAPES-MEC (2005/2008). Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Penal pela Escola Superior do MP/SP. Cursando Pós-Doc em Salamanca-Espanha. [andre@lemonsjorge.com.br](mailto:andre@lemonsjorge.com.br).

### **Antônio Pedro Machado**

Possui graduação em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2016). Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

### **Arthur Bezerra de Sousa Junior**

Pós Doutorando em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito Processual Civil – Grandes Transformações pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul). Professor convidado na Pós Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da UERJ. Professor nos cursos de Direito da Universidade Paulista (UNIP), Fundação Educacional de Penápolis (FUNPEPE) e Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor na School of Legal Studies da AMBRA UNIVERSITY. Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos da Pós Graduação Lato Sensu em Ciências Policiais, Segurança e Ordem Pública da IPEP-CESDH. Advogado.

### **Bruno Dantas**

Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU). Pós-Doutor em Direito (UERJ), Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP). Visiting Researcher na Benjamin N. Cardozo School of Law (Nova York, EUA) e no Institute de Recherche Juridique da Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. PostDoctoral Scientific Guest do Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo). Professor da Graduação em Direito da UERJ, do Mestrado e Doutorado da FGV Direito-Rio e do Mestrado em Direito da UNINOVE. dantasbruno@outlook.com

### **Carolina Mansur de Grandis**

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2005), LLM em Mercado Financeiros e de Capitais pelo Insper (2013) e mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2019). Atualmente é sócia de Vella, Pugliese, Buosi e Guidoni Advogados, com atuação em contencioso empresarial, especializada em direito bancário e recuperação de empresas

### **Celso Antonio Pacheco Fiorillo**

Advogado militante no âmbito do direito empresarial ambiental é o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil sendo também Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais. ).Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE-SP(BRASIL).Professor da Escola da Magistratura Federal da 1a Região(AMAZONIA LEGAL)é Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca(ESPANHA) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca-Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM(ESPANHA).Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar(PORTUGAL) e da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli(ITALIA).Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional-UNINOVE e Pesquisador dos Grupos de Pesquisa do



CNPq Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Direito da Cidade – NEPEC/UERJ, Sustentabilidade, Impactos, Racionalidades e Direitos – UFPB, Novos Direitos-UFSCAR e Responsabilidade e Funcionalização do Direito UNINOVE. Chanceler da Academia de Direitos Humanos. Titular da cadeira 43 patrono Sylvio Marcondes da Academia Paulista de Direito.

### **Fabiano Augusto Martins Silveira**

Fabiano Augusto Martins Silveira nasceu em Belo Horizonte no ano de 1974. Graduiu-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (1998), onde concluiu os cursos de mestrado (2003) e doutorado (2008) em Direito. Foi pesquisador convidado da Seção de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Roma 1 La Sapienza (2006-2007). Em 2008/2009, foi integrante da Comissão Redatora do Novo Código de Processo Penal, aprovado pelo Senado. É Consultor Legislativo do Senado Federal desde 2002, cargo que alçou por concurso público (licenciado sem remuneração). Exerceu o mandato de Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) no biênio 2011-2013 e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no intervalo 2013-2016. No CNJ, ocupou a função de Ouvidor-Geral da Justiça em 2015. Dedicar-se atualmente à advocacia e ao magistério em Direito.

### **Flávia Piva Almeida Leite**

Professora da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação – no Departamento de Ciências Humanas da FAAC/UNESP. Professora do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da UNESP/Franca. Líder do grupo de pesquisa “Direito à inclusão e acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida, credenciado junto ao CNPq. Tem experiência nos seguintes temas: relacionados à Administração Pública municipal e ao Direito Público, pessoa com deficiência, inclusão social, eliminação das barreiras arquitetônicas, desenho universal, acessibilidade, convenção dos direitos das pessoas com deficiência e direito urbanístico, sociedade da informação. Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP na sub-área Direito Urbanístico, Mestrado pela Instituição Toledo de

Ensino Bauru em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pós graduada em Gerente de Cidades pela Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP e Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE. Atuou como advogada no Serviço de Água e Esgoto do Município de Jahu – SAEMJA, principalmente na gestão pública e no contencioso trabalhista e civil. Foi Coordenadora e Professora da Pós Graduação no Centro Universitário Octávio Bastos.

### **Gabriel Benedito Isaac Chalita**

Advogado e escritor. Tem dois doutorados – em Comunicação e Semiótica e em Direito; e dois Mestrados – em Sociologia Política e em Filosofia do Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da UNINOVE, na PUC-SP, na Universidade Presbiteriana Mackenzie e no IBMEC. Membro da Academia Brasileira de Educação e da Academia Paulista de Letras.

### **Gilberto Bercovici**

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – Uninove. Doutor em Direito do Estado e Livre Docente em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Advogado.

### **Gláucia Bertocchi Faria Berg**

Advogada. Servidora Pública do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP). Mestranda em Direito pela Universidade Nove de julho (UNINOVE). Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). [glaucia.berg@hotmail.com](mailto:glaucia.berg@hotmail.com)

### **Guilherme Amorim Campos da Silva**

Doutor em Direito Constitucional (2010) e Mestre em Direito do Estado (2002) pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo

(PUC/SP). Diretor e Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE. Tem experiência na área do Direito Público, orientando na linha de pesquisa “Justiça e o Paradigma da Eficiência”. Estuda o direito constitucional, a validade e interpretação do direito, a teoria do desenvolvimento na Constituição, o acesso à justiça, o uso de precedentes estrangeiros pela Corte Constitucional e as relações entre as empresas e o Poder Público na realização do desenvolvimento econômico nacional. Editor Chefe das Revistas Científicas da UNINOVE Thesis Juris e Prisma Jurídico (B1). Advogado, sócio de Rubens Naves, Santos Jr. Advogados.

### **Hedlian S. Cândido**

Especialista em Direito Penal e processo penal (UGF), com ênfase em crimes contra o sistema econômico-financeiro (FGV).

### **João Pedro Paro**

Mestre em Direito do Estado pela USP, Especialista em Compliance e Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra (Portugal, 2018). Pesquisador no Instituto de Relações Internacionais no Programa Rede Interamericana de Desenvolvimento e Profissionalização Policial da Organização dos Estados Americanos OEA/ONU e USP e Pesquisador do Núcleo de Políticas Públicas da USP.

### **José Fernando Vidal de Souza**

Pós-doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (CES-UC) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) Especialista em Ciências Ambientais pela Universidade São Francisco (USF). Bacharel em Direito e Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCAMP). Professor do Mestrado em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP). Promotor de Justiça em São Paulo (MPSP). e-mail: vidalsouza@uol.com.br

### **José Renato Nalini**

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela USP. Docente da Pós-graduação da UNINOVE.

### **Luciana de Toledo Temer Lulia**

Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professora do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho . Professora da Graduação e Pós Graduação *lato sensu* em Direito na PUC-SP. Advogada. Diretora Presidente do *Instituto Liberta*. Secretária de Assistência e Desenvolvimento Social do Município de São Paulo – de 2013 a 2017. Coordenadora da Assistência Jurídica da Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM – de 2007 a 2010. Secretária de Juventude, Esporte e Lazer do Estado de São Paulo – 2001/2002. Delegada de Polícia (Delegacia de Defesa da Mulher de Osasco) – de 1993 a 1998. Integrante do Conselho de Responsabilidade Social da FIESP – desde 2017. Conselheira e Mentora do Programa de Lideranças Femininas da Columbia University Global Center Rio de Janeiro – desde 2018.

### **Manoel de Queiroz Pereira Calças**

Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2018/2019. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### **Marcelo Benacchio**

Possui doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1991). É professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho- UNINOVE. Professor Convidado da Pós Graduação *lato sensu* da PUC/COGEAE e da

Escola Paulista da Magistratura. Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: desenvolvimento econômico, ordem jurídica da economia, direitos humanos e responsabilidade civil.

### **Marcelo Navarro Ribeiro Dantas**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor de cursos de graduação (UnB) e pós-graduação em Direito (Uninove).

### **Marcia Helena Bosch**

Juíza de Direito do Estado de São Paulo, Titular da 6ª Vara Especial da Infância e Juventude, Mestre e Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de SP em Direito das Relações Sociais e Pós Doutora pela Universidade de Coimbra-PT em Direitos Humanos. Professora de Direito do Consumidor, Direito Processual Civil e Métodos Alternativos de Solução de Conflitos na Pós Graduação “lato sensu” da Escola Paulista da Magistratura-EPM. Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal no CPJUR. Professora de Direitos Humanos na Academia de Polícia Militar do Barro Branco (Doutorado e Mestrado Profissionais). Autora de artigos e livros jurídicos.

### **Newton De Lucca**

Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região / biênio 2012/2014. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Vice-Presidente do Instituto Latino-americano de Derecho Privado.

### **Renata Marques Ferreira**

Pós-Doutora pela Universidade de São Paulo (Escola Politécnica-USP) e Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e

Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora convidada da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP). Foi Coordenadora do Grupo de Trabalho de Tutela Jurídica da Saúde Ambiental bem como de Tutela Jurídica da Governança Corporativa Sustentável da Comissão do Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil-Seção de São Paulo (OAB/SP). Pesquisadora do grupo de pesquisas NOVOS DIREITOS da Universidade Federal de São Carlos – UFSCar. Parecerista da Revista de Direito da Cidade Qualis A1-UERJ e da Revista Quaestio Iuris Qualis A2 – UERJ. Professora convidada do Curso de Especialização em Saneamento Ambiental da Universidade Mackenzie. Professora de Direito Ambiental Tributário do curso de extensão universitária da Escola Paulista da Magistratura. Coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Rio Branco . Professora Doutora das Faculdades Integradas Rio Branco (Fundação Rotary). Coordenadora Científica do periódico Direito Ambiental Contemporâneo/ Editora Saraiva.

### **Renata Mota Maciel**

Professora do Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Capital do Estado de São Paulo, Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

### **Rodrigo de Grandis**

Professor do Curso de Mestrado e Doutorado da Uninove e da Pós-graduação em Direito Penal Econômico da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Procurador da República em São Paulo.

**Rogério Schietti Cruz**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (Uninove). Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

**Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

Professora do Programa do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho/UNINOVE. Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Advogada.

**Sérgio Antônio Ferreira Victor**

Doutor em Direito do Estado – USP. Mestre em Direito e Políticas Públicas – UniCEUB. professor do mestrado em Direito da UniNove. Advogado.

**Sergio Freitas de Almeida**

Sergio Freitas de Almeida é engenheiro eletricista (UFPE) e advogado (UNB), com MBA em Gestão Empresarial (FGV/SP). Trabalhou durante 13 anos no setor elétrico brasileiro (Chesf e Eletronorte) e por 25 anos no Tribunal de Contas da União, onde exerceu, dentre outros, os cargos de Secretário-Geral de Administração e Secretário de Controle Externo em SP. Entre 2011 e 2013, foi Vice-Presidente de Governança e *Compliance* da Petra Energia S.A. e da Vicenza Mineração S.A. Atualmente é advogado especializado em direito administrativo.

Este livro é mais uma coletânea de estudos que resulta das atividades do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho, cujo Curso de Doutorado inicia suas atividades no ano de 2021, já devidamente autorizado pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior). Para distinguir as diferentes linhas de pesquisa temáticas, a obra investiga as estruturas do Direito Empresarial, a começar pela empresa vista a partir da ordem econômica. A compreensão dos alicerces constitucionais da ordem econômica, aí entendidos, em especial, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais, é complementada pela investigação da regulação, em seus diversos desdobramentos, tanto relacionados à regulação econômica como à regulação setorial e transnacional. São também discutidos temas atuais relevantes, como a empresa e a tecnologia, o direito societário e o mercado de capitais, as empresas estatais e os sistemas de insolvência, sem esquecer sugestões pontuais para construção de um novo modelo empresarial, com outros padrões éticos de mais harmonia.

**João Maurício Adeodato**

