

2022

analise.com

opinião

**48** artigos sobre  
**15** temas, que foram  
destaque em **2022**

 análise

[www.analise.com](http://www.analise.com)

# ÍNDICE

Apresentação .....	<b>4</b>
Agrário e Energia .....	<b>5</b>
A revolução verde necessita do amparo do Direito Agrário e do Direito do Agronegócio .....	<b>5</b>
Marco legal da geração distribuída - Lei Nº 14.300/2022 .....	<b>8</b>
Arbitral .....	<b>13</b>
Notas sobre o cumprimento de sentença arbitral .....	<b>13</b>
Sub-rogação do segurador e arbitragem: o que dirá o STJ? .....	<b>28</b>
Homologação judicial de sentença arbitral estrangeira x Ação declaratória de nulidade. Qual prevalecer? .....	<b>31</b>
Arbitragem convencional em contrato internacional e os efeitos do advento de recuperação judicial ou falência .....	<b>35</b>
Jurisdição e Arbitragem: três comentários brevíssimos sobre a interface entre arbitragem e processo de execução .....	<b>52</b>
Compliance .....	<b>57</b>
Compliance concorrencial fora da caixa: endereçando riscos antitruste para além do cartel de preços .....	<b>57</b>
As alterações que a área de compliance não pode deixar passar .....	<b>60</b>
Contratual .....	<b>63</b>
Principais disputas relacionadas a Fusões e Aquisições em 2022 .....	<b>63</b>
Em tempos de inflação é possível renegociar contratos .....	<b>65</b>
O que é um consórcio? Disposições sobre seu funcionamento, regulamentação e rescisão contratual: os direitos do consorciado desistente .....	<b>68</b>
Diversidade, Equidade e Inclusão .....	<b>71</b>
Nasce uma mãe, nasce uma advogada .....	<b>71</b>
Também na advocacia: maternidade ainda desafia desempenho profissional .....	<b>74</b>
A Lei nº 14.457/2022 sob a perspectiva do Princípio da Igualdade .....	<b>76</b>
Mulheres não negociam: os mitos sobre as mulheres na mesa de negociação .....	<b>79</b>
Igualdade e Legalidade - Discrimen e Previdência Privada .....	<b>82</b>
Educação .....	<b>93</b>
De aluno a professor: as observações de um jovem docente .....	<b>93</b>
Finanças .....	<b>97</b>
Fraude à execução .....	<b>97</b>
Lei do Superendividamento: o que, de fato, é reconhecido como dívida? .....	<b>106</b>
Os processos KYC e os desafios das instituições na era digital .....	<b>108</b>
Gestão e Negócios .....	<b>111</b>
Negociando com Titãs: como o advogado de negócios ganhou destaque no mercado jurídico .....	<b>111</b>

# ÍNDICE

Da multidisciplinaridade dos escritórios .....	<b>113</b>
#TrendingTopics para a modernização do jurídico .....	<b>115</b>
LGPD .....	<b>119</b>
Quem se importa, vence: a privacidade para além do pilar da governança ESG .....	<b>119</b>
Direito ao arquivamento: decisão é compatível com a Constituição? .....	<b>122</b>
Agronegócio precisa se adequar à LGPD para reduzir o risco de incidentes e evitar punições e problemas reputacionais .....	<b>126</b>
Herança digital .....	<b>129</b>
Dado Neural e Privacidade: LGPD já está desatualizada? .....	<b>131</b>
Marketing e Comunicação .....	<b>134</b>
Desafios e inovações da Lei do Direito de Resposta .....	<b>134</b>
Proteção de obras publicitárias: desafios do Direito Autoral .....	<b>137</b>
Penal .....	<b>140</b>
Penas longas não diminuem a criminalidade .....	<b>140</b>
A captação ambiental como meio de prova: Uma análise da derrubada do veto presencial ao art. 7º da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime) e a necessidade de revisitação do tema pela jurisprudência .....	<b>142</b>
Saúde .....	<b>147</b>
Outubro Rosa e os direitos dos pacientes com câncer .....	<b>147</b>
Abertura do mercado brasileiro de radiofármacos: oportunidades trazidas pela EC 118/2022 .....	<b>150</b>
Tecnologia .....	<b>153</b>
Evolução do mercado e da regulamentação dos Esports no Brasil .....	<b>153</b>
As plataformas eletrônicas e o admirável mundo novo dos conflitos .....	<b>157</b>
Como os escritórios de advocacia podem minimizar o risco de um ataque cibernético .....	<b>160</b>
Jurimetria como motor de inovação na profissão jurídica .....	<b>162</b>
O setor jurídico enfrenta seu futuro digital .....	<b>164</b>
Protegendo o setor de serviços financeiros contra ataques cibernéticos .....	<b>166</b>
Inteligência artificial no mundo jurídico - exemplos práticos do uso de jurimetria .....	<b>169</b>
Trabalhista .....	<b>173</b>
Indenizações trabalhistas atreladas à cotação cambial .....	<b>173</b>
Exclusão de sócio e os conceitos de Justa Causa e Falta Grave .....	<b>175</b>
Tributário .....	<b>178</b>
Os efeitos tributários de uma guerra, e os reflexos no Direito Tributário nacional .....	<b>178</b>
A transação tributária e a Estrita Legalidade .....	<b>181</b>
Mudanças na jurisprudência do CARF após o fim do voto de qualidade .....	<b>184</b>
PGR não pode obrigar o contribuinte a recolher tributo antes do término do processo administrativo .....	<b>188</b>



## OPINIÕES DE DESTAQUE

**C**urioso, instigante, informativo, didático e contemporâneo. É o que se espera encontrar em um bom artigo de opinião. Pode-se dizer, com enorme satisfação, que os **mais de 300 textos** publicados pela Análise Editorial, ao longo de 2022, carregam todos estes predicados – e muito mais.

Somos muito gratos a todos os autores que nos brindaram com suas visões e conhecimento, abrilhantando ainda mais os conteúdos da plataforma digital *analise.com*. Entendemos que um **material tão rico** merece ser revisitado.

Entre todos, destacamos os 48 textos que atraíram mais leitura, que apre-

sentaram os temas mais atuais e relevantes, e as abordagens mais singulares. Com coordenação de **Aline Fraga**, editora de conteúdo de *analise.com*, e curadoria de **Alexandre Secco** e **Ligia Donatelli**, nasce a primeira coletânea de artigos da Análise Editorial.

A edição especial, em formato digital, está dividida por temas e conta com mais de 60 autores contemplados. Esperamos que desfrute de cada página deste presente com o mesmo entusiasmo com que as produzimos. Desejamos um feliz Natal e um novo ano próspero e ótima leitura!

---

Silvana Quaglio  
Publisher da Análise Editorial

# A REVOLUÇÃO VERDE NECESSITA DO AMPARO DO DIREITO AGRÁRIO E DO DIREITO DO AGRONEGÓCIO

**Adauto do Nascimento Kaneyuki\***,  
sócio-fundador do **J. Ercílio de Oliveira Advogados**

A segurança alimentar mundial **depende** muito do sucesso do **agronegócio** brasileiro

**N**ão é segredo para ninguém que o agronegócio tem sido, ao longo dos últimos anos, a principal atividade econômica do Brasil que representa mais de 25% do PIB e o principal fator de equilíbrio da balança comercial. Aliás, para se ter ideia da importância desta atividade, faz-se necessário registrar que a segurança alimentar mundial depende muito do sucesso do agronegócio brasileiro, que precisa ter crescimento anual constante sob pena de causar crise de desabastecimento alimentar.

Obviamente que o crescimento da produção agropecuária deve respeitar as regulamentações ambientais, e

assim tem sido ao longo dos últimos anos, até porque o país ainda tem áreas rurais em abundância que permitem a abertura de novas áreas produtivas de maneira legal e, principalmente, porque utilizamos as melhores técnicas agrícolas que permitem o crescimento de produção por hectare.

Diante da inquestionável importância da agricultura e da pecuária na esfera econômica e social do país, é extremamente necessário que o Direito Agrário e o Direito do Agronegócio também acompanhem o desenvolvimento com a mesma fluidez e velocidade. Afinal, com o crescimento exponencial desta atividade, tor-

na-se cada vez mais relevante que os negócios jurídicos sejam amparados por uma legislação moderna, fazendo com que novos investidores mundiais se sintam tão atraídos pela pujança do nosso agronegócio, quanto seguros pelos nossos mecanismos jurídicos.

Entrando nesta seara jurídica, é fundamental detalhar a diferença entre o Direito Agrário e o Direito do Agronegócio que, à primeira vista, parece tratar-se de uma mesma matéria.

O Direito Agrário regulamenta as atividades do homem com a terra, fundamentada especialmente no Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), no Decreto 59.566/1966 que serve de lei regulamentar de parte do Estatuto da Terra, nos artigos 184 a 191 da Constituição Federal, no Código Florestal e nas leis ambientais estaduais.

Tratando-se de um país com extensão continental, o que não faltam são discussões teóricas acaloradas sobre a utilização da área rural, em busca do enquadramento da função social da propriedade que, em suma, consiste na correta utilização econômica da terra e na sua justa distribuição, atendendo acima de tudo o bem-estar da coletividade. Não se pode perder de vista a importância social do pequeno produtor e da pequena propriedade rural que, dentro do Direito Agrário, possuem uma justa e adequada proteção legal em respeito à agricultura familiar de subsistência.

É evidente que as discussões sobre o uso da terra agrícola pelo homem não se limitam às questões sociais. Existem diversas questões econômicas, tributárias e do uso da terra concedido a terceiros (arrendamento rural e parceria agrícola) que também são amplamente abordadas pela nossa legislação.

Se, por um lado, o Direito Agrário trata da relação quase exclusiva entre o homem do campo e a área rural, por outro lado, o Direito do Agronegócio trata, de maneira ampla, toda a relação jurídica que envolve a cadeia de negócios relacionadas à agricultura e à pecuária.

O agronegócio pode ser conceituado como um feixe de cadeias produtivas definidas como uma sequência coordenada que, a partir do financiamento destinado ao produtor rural, lhe permite adquirir insumos agrícolas fabricados por indústrias e comercializados pela própria empresa fabricante ou

por distribuidoras espalhadas pelo país. Neste sentido, por meio da aplicação adequada dos insumos agrícolas, o produtor rural consegue obter produção agrícola satisfatória a ser comercializada no mercado interno para a agroindústria nacional ou no mercado internacional.

Veja que a engrenagem dessa máquina envolve relações jurídicas, das mais simples até as mais complexas, sendo necessário, portanto, acompanhamento técnico jurídico preventivo e conhecimento técnico jurídico específico para defender direitos em demandas judiciais ou até mesmo por arbitragem.

Além das questões jurídicas do Direito Agrário, o Direito do Agronegócio abrange também todos os princípios do Direito Empresarial, pois as relações envolvem operações comerciais entre empresas e instituições na compra ou venda de insumos agrícolas, entre empresas na compra ou venda dos produtos agrícolas, análise da tributação sobre essas operações mercantis ou financeiras, análise jurídica sobre importação de matérias-primas ou exportação de produtos rurais e, ainda, o conhecimento jurídico sobre as estruturas de negócios junto ao mercado de capitais.

Todavia, existem algumas peculiaridades do agronegócio que apenas um advogado especialista pode se atentar. Por exemplo, a possibilidade de pedido de Recuperação Judicial do produtor rural, fato este que muito assustou o mercado financeiro, mas que, de certa forma, foi contornado por meio de bons contratos e garantias formuladas por advogados especialistas.

Podemos dizer que o início desta “Revolução Verde” começou ao final da década de 70, quando o Governo Federal decidiu investir com mais intensidade no financiamento agrícola, concedendo juros atrativos para a modernização da agricultura ou até mesmo subsidiando algumas culturas inicialmente.

Com esse incentivo inicial, houve uma evolução científica e tecnológica nas diversas culturas, resultando no crescimento do setor. Assim, o financiamento público passou a ser insuficiente para atender as necessidades do campo. Na sequência, as indústrias fabricantes e fornecedoras de insumos agrícolas passaram a participar do financia-

mento agrícola juntamente com as instituições financeiras privadas e atualmente há um interesse e concorrência enorme entre instituições do mercado financeiro e mercados de capitais para financiar o agronegócio como um todo.

Todo esse apetite no investimento do agronegócio é resultado do sucesso da atividade agrícola brasileira, que é mundialmente reconhecida, juntamente com a modernização da nossa legislação. Recentemente, houve a introdução em nosso ordenamento jurídico da chamada “nova lei do agro” que contém a inclusão de novos institutos jurídicos de garantia específicas do agro, a atualização de leis criadas em décadas anteriores (especialmente sobre a Cédula de Produto Rural - título mais utilizado no setor) e a inclusão de conceitos modernos do Direito, que permitem a desburocratização, desestatização e digitalização do sistema.

Para quem acompanha o agronegócio à distância, pode ficar a falsa impressão de que tudo são flores para quem participa desta cadeia. Mas, na realidade, é bastante desafiador obter sucesso na concessão de crédito ao produtor rural, à agroindústria ou, até mesmo, na compra antecipada de produtos rurais, que dependem de uma série de fatores.

Por se tratar de uma “usina a céu aberto”, a boa produção depende de fatores climáticos. Além disso, um dos fatores de preocupação é a volatilidade do preço do produto rural e do câmbio, que muito interfere na lucratividade do negócio. De fato, o agronegócio traz uma série de oportunidades ao investidor nacional ou internacional; contudo, é necessário fazer uma prévia e cautelosa gestão de risco.

Não há dúvida de que as perspectivas do agronegócio para esta safra e para o futuro são maravilhosas, seja pelo crescimento tecnológico dos produtores rurais, usinas e agroindústrias, seja pela profissionalização da camada estrutural. Ainda existem, é claro, uma série de desafios estruturais a serem melhorados por parte do Governo; no entanto, os pequenos ajustes já realizados na legislação já foram suficientes para aumentar o interesse do mercado mundial em financiar o agronegócio brasileiro. A procura de financiamento por meio de mercados de capitais continua crescendo em progressão geométrica, assim como tem aumentado

muito nos últimos anos o interesse na compra de empresas nacionais do agronegócio por fundos investidores e empresas internacionais.

É fato que o atual investidor do agronegócio está cada vez mais exigente em relação ao respeito ao meio ambiente e às aplicações de política de compliance e ESG. Observa-se, de maneira positiva, que o produtor rural brasileiro está muito bem amparado neste quesito, até porque a nossa Legislação Ambiental é uma das mais modernas e rigorosas do mundo no tocante ao respeito de reserva legal, de áreas de preservação permanente próximas a rios e lagos, proteção às áreas florestais e regras de controle de queimadas. Ademais, a fiscalização por meio do INCRA é possível ser realizada por satélite, graças à obrigatoriedade legal do Cadastro Ambiental Rural (CAR) de toda propriedade rural e a obrigatoriedade da realização de georreferenciamento (instrumento utilizado para padronizar e identificar um determinado imóvel rural) sobre toda área rural.

Para que essa “Revolução Verde” continue a crescer de maneira robusta, é preponderante a aplicação adequada do Direito Agrário e do Direito do Agronegócio, a fim de regular o agronegócio e garantir a segurança jurídica aos envolvidos. Por isso, mais do que nunca, a presença de um profissional do Direito especializado, no momento da decisão estratégica, é fundamental.

### \*Adauto do Nascimento Kaneyuki

é bacharel pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC), pós-graduado em Processo Civil e Direito Imobiliário na Escola Paulista

de Direito (EPD) e especialista em Recuperação Judicial e em Direito do Agronegócio na Fundação Getulio Vargas (FGV).



DIVULGAÇÃO

# MARCO LEGAL DA **GERAÇÃO** **DISTRIBUÍDA** – LEI Nº 14.300/2022

**Lorena Barros\***, gestora da área de Direito Regulatório, Energias e Concorrencial em **R. Amaral Advogados**

## O que é?

O Marco Legal da Geração Distribuída institui uma legislação federal sobre a geração de energia elétrica, local ou remota, promovida por parte do(s) consumidor(es), independente da tecnologia e da fonte de energia escolhida.

## O que é o Sistema de Compensação de Créditos em Energia (SCEE)?

No intuito de desenvolver e atender à demanda do mercado de energia elétrica, a Resolução ANEEL nº 482/2012 autorizou a exploração da

geração distribuída por meio de empreendimentos com múltiplas unidades consumidoras, do autoconsumo no local, do autoconsumo remoto e da geração compartilhada.

Através do Sistema de Compensação de Créditos em Energia - SCEE, após a sua “produção” pelo próprio consumidor, a energia gerada é injetada na rede da distribuidora, possibilitando o abatimento ou a “reserva” de créditos em favor de quem gera esta energia, conforme dispõe a Lei nº 14.300/2022.

“Art. 1º (...) XIV - Sistema de Compensação de Energia Elé-

A **Resolução normativa** da ANEEL **não era Lei**. Isto significa que a norma **não possuía** a mesma **segurança** de uma Lei

trica (SCEE): sistema no qual a energia ativa é injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída na rede da distribuidora local, cedida a título de empréstimo gratuito e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa ou contabilizada como crédito de energia de unidades consumidoras participantes do sistema. (...)”.

### **Em outras palavras, o SCEE funciona da seguinte maneira:**

**Geração:** A usina é construída e passa a gerar energia junto à unidade consumidora ou em outro local (autoconsumo remoto).

**Compensação:** A energia gerada é injetada na rede de distribuição e é utilizada no consumo da(s) unidade(s) consumidora(s) beneficiada(s).

**Utilização:** A(s) unidade(s) consumidora(s) beneficiada(s) pode(m) utilizar os créditos excedentes da energia em até 60 meses.

### **Mas por que um Marco Legal?**

A Resolução normativa da ANEEL não era Lei. Isto significa que a norma não possuía a mesma segurança de uma Lei, logo, seria mais fácil alterá-la, criando um cenário de incerteza para investidores e consumidores. O Marco Legal da Micro e Minigeração Distribuída visou criar uma base legal mais sólida que possibilite o crescimento seguro e sustentável da Micro e da Minigeração Distribuída, garantindo ao mercado previsibilidade e atraindo investimentos.

Para além disso, a promoção da diversificação das matrizes energéticas é um ponto crucial para que o Brasil se mantenha integrado em uma agenda global de redução dos impactos ambientais envolvidos na geração de energia.

## **Mas, afinal, o conceito de Micro e Minigeração Distribuídas foi modificado?**

Ao falar sobre o tema, a nova Lei continua tratando sobre a produção descentralizada de energia elétrica com benefícios econômico e ambientais para o gerador e para a coletividade.

A Microgeração mantém os limites anteriormente estabelecidos no mercado, isto é, corresponde à central geradora de energia com potência instalada, em corrente alternada, menor ou igual a 75 kW (setenta e cinco quilowatts).

Contudo, o conceito de Minigeração foi ampliado: agora, a Minigeração se classifica como sendo

“(…) central geradora de energia elétrica renovável ou de cogeração qualificada que não se classifica como microgeração distribuída e que possua potência instalada, em corrente alternada, maior que 75 kW (setenta e cinco quilowatts), menor ou igual a 5 MW (cinco megawatts) para as fontes despacháveis e menor ou igual a 3 MW (três megawatts) para as fontes não despacháveis, conforme regulamentação da Aneel, conectada na rede de distribuição de energia elétrica por meio de instalações de unidades consumidoras; (...)”.

Ou seja, houve redução no limite da potência da Micro e Minigeração solar de 5 kW (cinco megawatts) para 3 kW (três megawatts).

Lembrando que fontes não despacháveis se referem à energia solar fotovoltaica e eólica, por exemplo, em que não há a possibilidade de controle pelo Operador Nacional do Sistema - ONS. Logo, sua produção é diretamente injetada na rede, a partir da sua disponibilidade.

## **Quais são os atuais incentivos regulatórios para o Micro e Minigerador e como se dará a transição dos incentivos regulatórios?**

A energia que é injetada na rede da distribuido-

ra se torna crédito de energia, a ser abatido em relação à energia consumida na unidade do gerador. Assim, o Sistema de Compensação de Energia - SCEE atualmente permite o abatimento dos créditos de energia em 100% (cem por cento) em relação à tarifa; isto é, para cada 1kW (um quilowatt) gerado, 1kW (um quilowatt) pode ser abatido do consumo registrado pela unidade.

**Contudo, em favor da sustentabilidade da geração distribuída, isso foi reformulado. Assim, a Lei nº 14.300/2022 estabelece as seguintes regras:**

- Projetos em operação ou que protocolarem a solicitação de acesso em até 12 meses;
- Projetos com solicitação de acesso protocolada entre o 13º e o 18º mês, contados da publicação da Lei;
- Projetos com solicitação de acesso protocolada após o 18º mês, contados da publicação da Lei.

Os empreendimentos que já estão em operação ou que efetuarem o protocolo de solicitação de acesso até 12 (doze) meses após a publicação do Marco Legal (6 de janeiro de 2023), continuarão enquadrados como minigeração com potência instalada maior que 75kW, menor ou igual a 5MW. Este dispositivo é importante, pois garante o mínimo de segurança para aqueles que já realizaram investimentos dentro das regras do jogo atuais.

No que se refere ao SCEE, a nova Lei garante a manutenção das regras atuais de faturamento até o dia 31 de dezembro de 2045 aos consumidores-geradores que já têm usinas em operação ou que protocolarem solicitação de acesso à rede de distribuição até o dia 6 de janeiro de 2023. Estes seguirão pagando todos os componentes da tarifa apenas sobre a diferença - caso esta seja positiva - entre o valor consumido e o montante de energia compensado pelo SCEE. Entretanto, para a garantia do benefício - manutenção das regras atuais de faturamento até o dia 31 de dezembro de 2045 - é neces-

sário que a injeção de energia na rede observe aos seguintes prazos:

- § Microgeradores: 120 (cento e vinte) dias;
- § Minigeradores (fonte solar): 12 (doze) meses;
- § Minigeradores (demais fontes): 30 (trinta) meses.

Já os novos geradores, isto é, aqueles que não protocolarem o parecer de acesso nos 12 (doze) meses posteriores à publicação da Lei, pagarão os custos associados às componentes tarifárias relativas à remuneração dos ativos e dos serviços de distribuição e ao custo de operação e manutenção do serviço de distribuição (TUSD Fio B), de forma gradativa:

- § 15% (quinze por cento) a partir de 2023;
- § 30% (trinta por cento) a partir de 2024;
- § 45% (quarenta e cinco por cento) a partir de 2025;
- § 60% (sessenta por cento) a partir de 2026;
- § 75% (setenta e cinco por cento) a partir de 2027;
- § 90% (noventa por cento) a partir de 2028;
- § As novas regras tarifárias da ANEEL a partir de 2029.

Para esses geradores, caso a carga instalada seja superior a 500kW (quinhentos quilowatts) na modalidade autoconsumo remoto ou geração compartilhada, em que um único titular possua no mínimo 25% de participação no excedente de geração, a cobrança se dará da seguinte forma até 2028:

- § 100% (cem por cento) do custo de distribuição (TUSD Fio B);
- § 40% (quarenta por cento) do custo de transmissão (TUSD Fio A);
- § 100% (cem por cento) dos encargos de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) e Eficiência Energética (EE) e taxa de Fiscalização de Serviços de Energia Elétrica (TFSEE);
- § As novas regras tarifárias da ANEEL a partir de 2029.

Mas há uma exceção. Os consumidores-gerado-

res que apresentem a solicitação de acesso na distribuidora entre o 13º (décimo terceiro) e o 18º (décimo oitavo) mês contados da data de publicação da Lei, ou seja, entre 7 de janeiro de 2023 e 06 de julho de 2023, as regras tarifárias a serem publicadas pela ANEEL passarão a valer somente a partir de 2031 (ao invés de 2029).

Findo o período de transição, as unidades consumidoras passarão a ser faturadas pela incidência de todas as componentes tarifárias não associadas ao custo da energia sobre a energia consumida da rede e sobre o uso da demanda, devendo ser abatidos todos os benefícios das centrais geradoras ao sistema elétrico, conforme regulamentação a ser definida pela ANEEL.

### Além disso, o que mudou em relação à Resolução ANEEL 482/2012?

- **ENERGIA RENOVÁVEL SOCIAL:** A nova Lei cria o Programa de Energia Renovável Social - PERS, que possibilita o financiamento de instalações de geração fotovoltaica e outras fontes renováveis para consumidores de baixa renda por meio de recursos originários do Programa de Eficiência Energética - PEE.
- **INCLUSÃO DO CONCEITO DE AUTOCONSUMO LOCAL:** Ampliando os conceitos legais já conhecidos pelo mercado, a nova Lei acabou por trazer a definição legal de autoconsumo local de energia (antigo “consumo junto à carga”), estabelecendo que este corresponde à “(...) modalidade de microgeração ou minigeração distribuída eletricamente junto à carga, participante do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE), no qual o excedente de energia elétrica gerado por unidade consumidora de titularidade de um consumidor-gerador, pessoa física ou jurídica, é compensado ou creditado pela mesma unidade consumidora (...)”.
- **VENDA DE PARECERES DE ACESSO:** A comercialização de pareceres de acesso foi expressamente PROIBIDA. Contudo, a nova norma acaba por permitir a transferência deste instrumento, seja antes ou depois da conexão da central geradora, esclarecendo posicionamentos anteriores já mantidos pela ANEEL.
- **EXIGÊNCIA DE GARANTIA:** Agora, os interessados em desenvolver projetos de geração distribuída deverão apresentar garantias financeiras de cumprimento, nos seguintes montantes:
  - Projetos com capacidade superior a 500 kW (quinhentos quilowatts) e inferior a 1.000 kW (mil quilowatts): garantia: 2,5% (dois e meio por cento) sobre o valor do projeto;
  - Projetos com potência instalada igual ou superior a 1.000 kW (mil quilowatts): garantia: 5% (cinco por cento) sobre o valor do projeto.
  - Projetos com potência instalada superior a 500 kW (quinhentos quilowatts) e que tiverem Parecer de Acesso válido na data de publicação da lei devem atender à nova exigência em até 90 (noventa) dias para oferecer a garantia, salvo se, dentro deste prazo, houver celebração do Contrato de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD. Consórcios, cooperativas e empreendimento de múltiplas unidades consumidoras estão dispensados desta exigência. A ANEEL deverá regulamentar esta questão por meio de Resolução e os valores apresentados a título de garantia serão restituídos quando da conclusão do projeto ou executados e revertidos em prol da modicidade tarifária dos consumidores.
- **VENDA DE CRÉDITOS:** Se a Resolução ANEEL 482/2012 proibia a comercialização de créditos de energia por parte dos consumidores - de modo que os créditos eram tomados pelas concessionárias como ‘empréstimo’ gratuito - a Lei nº 14.300/2022 permite que as distribuidoras efetuem a compra dos créditos não compensados pelos consumidores-geradores, conforme regulamentação da ANEEL, a ser publicada nos próximos meses.

- **TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS:** O SCEE permite a transferência de créditos para outras unidades consumidoras do mesmo titular, incluindo matriz e filiais, desde que atendidas pela mesma concessionária ou permissionárias de distribuição.
- **TRANSFERÊNCIA DA CENTRAL GERADORA:** Pela nova Lei, fica estabelecido que a transferência da titularidade e/ou do controle societário do titular da unidade de micro/minigeração, indicados no Parecer de Acesso, é proibida até que haja a solicitação de vistoria.
- **CONTRATAÇÃO DOS CONSUMIDORES-GERADORES:** A Lei nº 14.300/2022 também determina que a concessionária de distribuição poderá contratar a prestação de serviços ancilares - serviços voltados à manutenção do controle de limites de tensão e de frequência, necessários à manutenção das boas condições de operação da rede - a serem prestados pelos consumidores-geradores, por meio de chamada pública, na forma a ser regulamentada pela ANEEL.
- **NOVOS MODELOS DE NEGÓCIO:** Antigamente, a geração compartilhada de energia somente era permitida por meio da criação de consórcio e/ou de cooperativas de energia. Com a publicação da Lei nº 14.300/2022, as possibilidades foram ampliadas: agora, para além dos modelos já consolidados no mercado, os consumidores podem se reunir por meio de condomínio civil voluntário ou edilício ou em qualquer outra forma de associação civil, desde que instituída para o fim da geração de energia.
- **RESPOSTAS DA CONCESSIONÁRIA:** Os formulários e os documentos obrigatórios para solicitação de acesso deverão ser padronizados pela ANEEL, não cabendo às concessionárias e permissionárias de energia exigir quaisquer dados adicionais para além daqueles elencados pela Agência. Além disto, havendo pendências na documentação apresentada, o consumidor-gerador deverá ser notificado para saneamento do problema em

até 30 (trinta) dias, sendo possível estabelecer prazo distinto, conforme acordo entre as partes.

- **ATRASOS NAS OBRAS DE REFORÇO:** A Resolução ANEEL nº 482/2012 facultava ao consumidor-gerador realizar, por sua própria conta, as obras necessárias à conexão de rede. Assim, em havendo atrasos nas obras, o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição - CUSD poderia ser faturado normalmente, antes mesmo da conexão da central à rede de distribuição. Contudo, com a nova lei, o prazo para conclusão da obra e dos pagamentos decorrentes do CUSD poderão ser postergados, mediante comprovação do andamento procedimento de licenciamento ambiental ou das obras de implantação de usina.
- **PRAZO DE SEGURANÇA PARA CONCESSIONÁRIAS:** Ficou estabelecido, para fins de segurança jurídica, que qualquer nova regra aplicável à geração distribuída ou às unidades consumidoras participantes do SCEE por parte das concessionárias de energia deve ser publicada com prazo mínimo de 90 (noventa) dias antes de sua efetiva exigência.

### \*Lorena Barros

é graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Concluinte do Curso LL.M em Direito de Energia e Negócios no Setor Elétrico (CEDIN/MG) e especialista em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC Minas. Participante do Programa de Mentoria EmpodereC, (FGV Energia, Projeto “Sim, elas existem!” e Plataforma Energy C para desenvolvimento de líderes femininas no mercado de energia) em 2021, que visa desenvolver novas lideranças femininas no setor de energia do Brasil.



DIVULGAÇÃO

# NOTAS SOBRE O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL

**Bernardo Latgé\***, advogado do **Mannheimer, Perez e Lyra Advogados**

## 1. Introdução

É assente no âmbito da doutrina que, dentre os elementos que compõem o poder jurisdicional, o árbitro possui os de *cognitio*, *vocatio* e *notio*, sendo desprovido, no entanto, de *coertio* e *executio*[1]. É que, por questões de política legislativa, a Lei nº 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”) não delegou aos árbitros poderes para exercer atos de força. De fato, conquanto possa conhecer, processar e julgar a controvérsia que lhe é submetida pelas partes por força da convenção de arbitragem, ao árbitro não é dado promover atos executórios que viabilizem o cumprimento

forçado da obrigação estabelecida no laudo arbitral.

Resta, assim, ao juízo estatal processar as execuções de sentenças arbitrais, seguindo o mesmo procedimento previsto para a execução judicial, já que o laudo arbitral é considerado, para todos os efeitos, um título executivo judicial. Deverão ser observadas, nesse sentido, as disposições sobre o cumprimento de sentença previstos na legislação processual, inclusive as regras especiais quando o caso envolver um dos entes integrantes da Fazenda Pública.

Dessa circunstância, no entan-

O **laudo arbitral** é considerado, para todos os efeitos, um **título executivo** judicial

to, emergem dúvidas de natureza procedimental. Com efeito, em que pese equiparada a um título executivo judicial, a sentença arbitral possui determinadas características próprias (v. g. o próprio fato de ter sido exarada fora de um processo judicial), que podem reclamar certos ajustes no procedimento previsto na legislação para o seu cumprimento. Tais dúvidas poderiam se estendidas, inclusive, para a própria efetividade da sentença, considerando que, em certos casos envolvendo a Fazenda Pública, a legislação processual civil estabelece condições para a eficácia do pronunciamento judicial, as quais se mostram incompatíveis com a natureza irrecorrível da sentença arbitral.

Nesse contexto, o presente ensaio tem por objetivo apresentar um breve panorama sobre o cumprimento de sentenças arbitrais, dando enfoque também ao procedimento previsto para os casos que envolvem a Fazenda Pública e paras determinadas dúvidas que possam emergir sobre o tema.

## **2. A natureza da sentença arbitral e a necessidade de cumprimento forçado da obrigação**

Assim como aquelas proferidas no âmbito do Poder Judiciário, as sentenças arbitrais podem deter natureza declaratória, constitutiva ou condenatória. Como decorre de sua própria nomenclatura, aquelas de natureza declaratória declaram o direito vindicado pela parte, as de natureza constitutiva constituem situações jurídicas e as de natureza condenatória impõem obrigações a uma das partes.

Nas palavras de Pedro Batista Martins, “as sentenças que se exaurem na simples declaração, e nada mais, são aquelas meramente de cunho declaratório. Almejam, simplesmente, a declaração do direito em confronto”, ao passo que “a sentença de conteúdo constitutivo, muito embora contemple a declaração do direito, vai além dessa simples declaração, pois interfere na relação jurídica preexistente para modificá-la, extingui-la ou criá-la”. Ainda segundo o mencionado autor, “a sentença de conteúdo condenatório, apesar de conter uma decla-

ração do direito, diferencia-se das demais pela sanção nela contida. Aí está o seu *quid*. Com ela se quer o cumprimento forçado de uma obrigação”, isto é, “a sentença condena o devedor ao cumprimento da prestação contratada”[2].

Nessa toada, por simplesmente declararem um direito ou constituírem uma situação jurídica, as sentenças declaratórias e constitutivas, por si só, entregam o bem da vida almejado pela parte requerente - respectivamente, certeza e estado jurídico novo -, não ensejando, portanto, execução[3]. Por outro lado, por impor uma obrigação a uma das partes do contencioso, a sentença condenatória não basta em si; seu cumprimento depende da prática de atos da parte condenada. Assim, caso não haja o adimplemento voluntário da obrigação reconhecida na sentença condenatória, necessário se fará o manejo de execução forçada.

Diante dessa circunstância, a Lei de Arbitragem, em seu art. 31, estabeleceu que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Tal previsão encontra-se em consonância com o Código de Processo Civil, que também qualifica a sentença arbitral como título executivo judicial no rol taxativo previsto em seu art. 515.

Nessa esteira, a princípio, apenas sentenças arbitrais condenatórias demandarão a prática de atos executórios, na medida em que aquelas de conteúdo puramente declaratório e constitutivo serão suficientes para reconhecer o direito vindicado pela parte, conferindo certeza a um fato ou criando, modificando ou extinguindo uma situação jurídica.

Sucedo que, como adiantado na introdução do presente ensaio, embora tenha investido o árbitro nas mesmas funções de um juiz estatal[4], o ordenamento jurídico nacional não lhe conferiu a prerrogativa de praticar atos executórios, que viabilizem o cumprimento forçado da sentença arbitral condenatória. Isso porque, como o Estado detém o monopólio do uso da força, caberá ao juízo esta-

tal processar o cumprimento da sentença arbitral, na forma do disposto no art. 516, III, do Código de Processo Civil[5].

Desse modo, como assevera Luiz Fernando Guerreiro, “obtendo sentença arbitral condenatória, a parte vencedora que não verificar o cumprimento voluntário da decisão arbitral pela parte vencida poderá recorrer ao Judiciário para que busque o cumprimento coercitivo do mandamento arbitral, interferindo, se necessário, na esfera patrimonial da parte vencida”[6]. Precisar-se-á ela, com efeito, de auxílio do Estado-juiz para que possa lograr obter a satisfação da obrigação reconhecida no laudo arbitral, por meio do processo de execução.

A execução da sentença arbitral, por sua vez, seguirá as mesmas regras do procedimento de cumprimento de sentenças judiciais, inclusive aquelas previstas para as modalidades especiais de execução, como é o caso da execução contra a Fazenda Pública. Afinal, por ostentar a qualidade de título executivo judicial e sendo processada no âmbito do próprio Poder Judiciário, não há razão para o ordenamento conferir um procedimento específico destinado ao cumprimento de laudos arbitrais.

Evidentemente, como sentença arbitral possui determinadas características próprias, certos ajustes no procedimento previsto na legislação para o seu cumprimento devem ser observados. Dessa maneira, a seguir, pretende-se fazer uma breve abordagem dos procedimentos previstos no Código de Processo Civil para o cumprimento de sentenças judiciais condenatórias, inclusive aquele previsto para os casos que envolvam a Fazenda Pública, demonstrando-se os ajustes que devem ser observados em virtude de o pronunciamento executado ter sido proferido na via arbitral.

### 3. O cumprimento de sentença que reconhece obrigação de pagar quantia

O Código de Processo Civil, em seu Capítulo VI, do Título II, do Livro I, prevê um procedimento específico para o cumprimento de sentenças condenatórias em obrigação de pagar quantia. Em resumo, dispõe o Código que cumprimento definitivo

da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 523, caput), sendo certo que, não ocorrendo o pagamento voluntário, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento (art. 523, § 1º). Por outro lado, efetuado o pagamento parcial no prazo (art. 523, § 2º), a multa e os honorários somente incidirão sobre a parcela restante inadimplida, prosseguindo a execução com atos de constrição e expropriação dos bens do executado (art. 523, § 3º).

Note-se que a intimação do executado para o cumprimento da obrigação se dá por intermédio de seu advogado, tendo em vista que a execução é processada nos próprios autos em que proferida a sentença da fase de conhecimento, em nome do sintetismo processual.

No caso da sentença arbitral, contudo, a formação do título executivo judicial se dá fora do âmbito do Poder Judiciário, inexistindo um processo de conhecimento prévio à execução da sentença arbitral. Desse modo, a execução da sentença arbitral dependerá do ajuizamento de um novo processo judicial, que seguirá as mesmas regras previstas no Código de Processo Civil para a fase de cumprimento de sentença.

Daí surge a primeira diferença entre a execução das sentenças judicial e arbitral. É que, como se trata de um novo processo, o pedido de cumprimento do laudo arbitral deve assumir a forma de “petição inicial”, observando não só o disposto no art. 524 do Código de Processo Civil, como também, no que couber, os requisitos trazidos pelo art. 319 do diploma processual.

Além disso, por se tratar a execução da sentença arbitral de uma nova relação processual - e não mera continuidade do mesmo processo -, necessário se fará a citação pessoal do executado, não bastando a mera intimação do advogado que patrocinou seus interesses na arbitragem.

De fato, salvo disposição em contrário, o manda-

to outorgado ao causídico para patrocinar a parte na arbitragem se esgota com o término do procedimento arbitral, de sorte que aquele não possui poderes de representação na execução em curso perante o Poder Judiciário. Assim é que a ausência de citação pessoal ou a sua substituição por intimação na pessoa do advogado inquina o processo de cumprimento de sentença arbitral de nulidade.[7]-[8]

Outras particularidades da execução da sentença arbitral que vêm sendo aventadas pela doutrina nacional dizem respeito ao prazo para o cumprimento voluntário da obrigação e à multa prevista para a hipótese de inadimplemento. Em outros termos, perquire-se (i) se é dado ao árbitro estabelecer prazo para cumprimento da obrigação distinto daquele previsto no caput do art. 523 do Código de Processo Civil (15 dias); bem como (ii) se pode o árbitro fixar, na sentença arbitral, uma multa superior à 10% sobre o montante do débito, para o caso de não pagamento voluntário pelo devedor.

Franciso José Cahali[9], nessa linha, entende que as duas hipóteses não configuram sobreposição ou mesmo conflito de normas. Isso porque o prazo previsto na sentença arbitral para o cumprimento voluntário da obrigação seria distinto daquele constante do art. 523 do Código de Processo Civil, sendo o primeiro de direito material e o segundo de natureza processual. Assim, para o mencionado autor, o prazo estabelecido na sentença arbitral seria uma espécie de prazo de tolerância concedido pelos árbitros para o cumprimento da obrigação, durante o curso do qual não seria possível o ajuizamento da execução. Uma vez ultrapassado esse prazo, o titular do direito poderia promover a execução, no âmbito do qual, aí sim, transcorreria o prazo de 15 (quinze) dias previsto no diploma processual. Confira-se:

Pela Lei de Arbitragem (art. 26, III), o árbitro poderá fixar prazo para o cumprimento da decisão; a seu turno, a legislação processual concede o prazo de 15 dias para o cumprimento da condenação sem encargos (CPC/1973, art. 475-J; CPC/2015, art. 523). Pois bem, para o cumprimento da decisão, sem as sanções processuais previstas para a fase de execu-

ção, considera-se o prazo estabelecido na sentença arbitral ou no Código de Processo Civil?

Entendemos que são prazos distintos, e ambos devem ser observados, convivendo em harmonia. Pelas características do procedimento arbitral, dentre elas a celeridade e expectativa de cumprimento espontâneo, ao lado de então, em 1996, ser norma com proveitosas previsões seguindo modelos internacionais, previu-se a possibilidade do árbitro estabelecer o prazo para cumprimento da condenação, até porque, por vezes, pela sua complexidade ou vulto, a pronta exigência poderá ser totalmente despropositada. Assim, o prazo de tolerância, por lei deixado ao criterioso bom-senso do árbitro, representa um benefício destinado ao vencido, quiçá até para viabilizar o cumprimento espontâneo.

Sem o decurso deste prazo, a sentença é, ainda, inexecutável. O título, embora 'judicial', não poderá ser exigido até o dies termini para atendimento espontâneo da condenação. E assim, prematura sua execução, se promovida durante o período estabelecido, pois por direito reconhecido na sentença, o devedor poderá aproveitar de todo o tempo previsto para promover o cumprimento da obrigação. (...)

Transcorrido o prazo para se honrar a obrigação prevista na sentença arbitral, nasce ao credor a prerrogativa de provocar a jurisdição estatal para a satisfação de seu direito (novamente se antes já assim fez e à época restou frustrado o pedido pela inexigibilidade do título). Seguindo o parágrafo único do art. 475-N do CPC/1973 ou art. 515, § 1.º do CPC/2015, o devedor será citado para execução. E agora, formada a relação processual, terá o executado 15 dias para o cumprimento da obrigação sob pena de lhe ser imposta a sanção processual prevista no art. 475-J do CPC/1973 (art. 523 e seu § 1.º do CPC/2015).

Haverá, pois, um novo prazo. Este benefício, agora, é processual, independentemente do quanto se decidiu na sentença. E ultrapassado o período, a lei impõe a sanção, sem margem ao julgador

para qualquer modificação.

São prazos distintos, para diferentes situações, com consequências diversas. E, desta forma, ambas as previsões convivem.

Utilizando o mesmo raciocínio aplicado ao prazo para o cumprimento da condenação, Francisco José Cahali também entende que, em determinadas circunstâncias, poderá o árbitro estabelecer na sentença multa para o caso de o vencido inadimplir a obrigação determinada. Com efeito, de acordo com o autor, “a multa eventualmente estabelecida na arbitragem se conterà na decisão e, assim, integrará a condenação. Fará parte do título executivo, na forma e condições então estabelecidas. Seria como a multa prevista em um contrato para o caso de inadimplemento; também aqui se contém no ‘título’ e deverá ser objeto da condenação. (..). E, assim, o título judicial é ‘intocável’ neste particular e como tal pode ser exigido”[10].

Já a multa prevista no art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil, prossegue o autor, “não faz parte da condenação, como obrigação acessória (e a termo), nem tampouco integra o título executivo”. Assim, “embora o fato gerador de uma e de outra multa, em última análise, seja comum: a inércia do vencido em cumprir a sentença arbitral, para a primeira causa de sanção, sua incidência, e exigibilidade, se deve à falta de cumprimento espontâneo no prazo estabelecido pelo árbitro. Já a segunda pena (processual), se impõe por ter o vencido, além de deixar de cumprir em tempo a obrigação, ensejar a execução forçada, na qual, mesmo com nova oportunidade, opta por se submeter às providências judiciais inclusive com intervenção em seu patrimônio”[11].

Gilberto Gusti[12], a seu turno, muito embora reconheça que a Lei de Arbitragem conferiu a possibilidade de o árbitro estabelecer na sentença multa para o inadimplemento da condenação, afirma qual tal somente poderá se dar nos casos em que a sentença arbitral imponha ao vencido uma obrigação fazer, não fazer ou entregar coisa. Isso porque, neste caso, a fixação de multa, que ostentará natureza de astreintes, é medida necessária para asse-

gurar a eficácia do julgado.

Por outro lado, no caso da sentença arbitral que condena o vencido em obrigação de pagar quantia, como o Código de Processo Civil já contém mecanismos que assegurem a eficácia do julgado, não haveria lugar para a fixação de nova multa pelos árbitros, a menos que as partes celebrassem negócio jurídico nesse sentido. Deveras, através de convenção processual[13], as partes poderiam afastar a regra legal prevista no art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil em favor da aplicação da norma negociada.

Com as devidas vênias, ousamos concordar com Gilberto Gusti. A toda evidência, a menos que as partes derroguem a norma legal contida no art. 523, § 1º, do Código Processo Civil e outorguem poderes ao árbitro através de convenção processual, não parece possível que a sentença arbitral possa fixar multa para o caso de descumprimento de obrigação de pagar quantia. A aplicação concomitante de duas multas para um mesmo evento - o inadimplemento voluntário da obrigação - parece resultar em reprovável bis in idem vedado pelo ordenamento nacional.

Pela mesma razão, parece não ser possível ao árbitro fixar prazo distinto do legal para o cumprimento da condenação de pagar quantia. É que, enquanto título executivo judicial, a sentença arbitral deve produzir efeitos desde logo, não podendo impor, sponte propria, condenação sujeita à condição ou termo.[14] Isso não impede, contudo, as partes de suspender a exigibilidade do direito reconhecido pelo pronunciamento, através da celebração de um pacto de non petendo[15].

Por fim, cabe ainda apontar uma última particularidade envolvendo a execução da sentença arbitral que impõe condenação de pagar quantia, a qual está especificamente relacionada à impugnação que pode ser ofertada pelo executado.

Deveras, de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil, transcorrido o prazo de 15 (quinze) dias previsto no caput do art. 523 sem o

pagamento voluntário, independente de penhora ou nova intimação, iniciará o prazo para que o executado apresente impugnação ao cumprimento da sentença. E essa impugnação - que, a princípio, não impede a prática de atos executivos[16] - deverá ater-se às matérias previstas no rol taxativo art. 525, § 2º.

Em outros termos, na impugnação, o executado somente poderá alegar, falta ou nulidade de citação, ilegitimidade, inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, penhora incorreta ou avaliação errônea, excesso de execução, incompetência do juízo da execução ou causa modificativa ou extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora.

Ocorre que, no caso de impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, além das matérias elencadas no art. 525, § 2º, do Código de Processo Civil, poderá também o executado invocar a nulidade da sentença arbitral.[17] Isso porque o § 3º do art. 33 da Lei de Arbitragem é expresso no sentido de que “a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.

Aqui, no entanto, vale uma observação. Como se sabe, a Lei de Arbitragem previu um prazo decadencial de 90 (noventa) dias contados da notificação da sentença arbitral para que seja ajuizada demanda que tenha por objetivo anular a respectiva sentença (art. 33, § 1º)[18]. Nessa esteira, se o objetivo do legislador foi o de estabelecer um prazo peremptório para ataque ao laudo arbitral, parece intuitivo que o executado somente poderá alegar a nulidade da sentença arbitral em sede de execução, caso observe o referido prazo.[19]

Caso contrário, estar-se-ia a conferir uma incoerência ao sistema, permitindo ao executado burlar o prazo decadencial estabelecido pela legislação para a anulação da sentença arbitral. Assim é que, caso a impugnação ao cumprimento de sentença seja ofertada depois de decorrido o prazo deca-

dencial para a propositura da ação anulatória, o impugnante se verá impedido de invocar qualquer das matérias previstas no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem para se eximir da obrigação por nulidade da sentença arbitral.

#### **4. O cumprimento de sentença que reconhece obrigação da Fazenda Pública de pagar quantia**

É sabido que o ordenamento estabelece um regime diferenciado para a execução de quantias movidas contra a Fazenda Pública[20]. Com efeito, o regime geral de execução de quantia previsto no art. 523 e ss. do Código de Processo Civil, por envolver atos de constrição e expropriação patrimonial, não se afigura compatível com os princípios da legalidade orçamentária e da impenhorabilidade ao qual estão submetidas as pessoas jurídicas de direito público e seus bens.

Além disso, o legislador foi sensível ao fato de que, por estar vinculada ao princípio da legalidade administrativa e em razão de sua estrutura burocrática, a Fazenda Pública possui maiores dificuldades na obtenção de informações e provas, não estando sempre em situação de igualdade frente ao particular no litígio.

Assim é que o Código de Processo Civil previu, nos arts. 534 e 535, um regramento diferenciado para a execução de sentenças que imponham obrigações de pagar quantia à Fazenda Pública. De acordo com os mencionados dispositivos, a execução da sentença se dará a requerimento do exequente, que deverá apresentar demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, de modo a viabilizar a intimação da Fazenda Pública, na pessoa de seu representante judicial.

A intimação em execução, diferentemente da regra geral, não terá a finalidade do pagamento do débito no prazo de 15 (quinze) dias, mas sim a de que o ente público executado impugne a execução, se for o caso. Por isso, inclusive, há a previsão do art. 534, § 2º, do Código de Processo Civil, que estabelece que a multa pelo não pagamento do débito no

prazo de 15 (quinze) dias não se aplica para a execução de quantia em face da Fazenda Pública.

Uma vez intimada, a Fazenda Pública poderá adotar duas condutas: impugnar ou não a execução. No primeiro caso, o ente público deverá alegar uma das matérias constantes do rol previsto no art. 535 do Código de Processo Civil, sendo certo que a impugnação será dotada de efeito suspensivo, em razão da interpretação conferida ao art. 100, § 5º, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de trânsito em julgado para a expedição do precatório.

Por outro lado, caso a Fazenda Pública deixe de ofertar impugnação, o juiz deverá aplicar os meios de satisfação do credor previstos no art. 100 da Constituição Federal, determinando a expedição de precatório judicial ou requisição de pequeno valor, a depender do montante do crédito executado. Ademais, por força do disposto no art. 85, § 7º, do Código de Processo Civil, não incidirão honorários de sucumbência de execução neste caso.

Pois bem. No caso de cumprimento de sentença arbitral que condene a Fazenda Pública a pagar quantia, algumas observações devem ser anotadas.

Em primeira ordem, valem as mesmas observações feitas no item anterior no que diz respeito à necessidade de citação pessoal do executado. Com efeito, o cumprimento da sentença depende da instauração de uma nova relação processual, se fazendo necessário chamar formalmente a Fazenda Pública a participar do processo, o que, no entanto, poderá ser feito de forma eletrônica, na forma do art. 246, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil.

Em segundo lugar, é preciso registrar que, ao contrário do que sucede com a sentença judicial, a sentença arbitral não possui como condição de eficácia o duplo grau obrigatório de jurisdição previsto no art. 496 do Código de Processo Civil.

De fato, de acordo com o mencionado dispositivo, estão sujeitas ao reexame obrigatório todas as sentenças, definitivas e terminativas, proferidas

contra a Fazenda Pública, exceto se a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não superior à 1.000 (um mil) salários mínimos[21]. No entanto, tal norma deve ser afastada no âmbito da arbitragem, tendo em vista que o regime trazido pela Lei nº 9.307/1996 conta com regra especial que estabelece que a sentença arbitral não está sujeita à confirmação pelo Poder Judiciário (art. 18).

Além disso, como adverte a doutrina, “as partes são, pois, pela própria Lei de Arbitragem, livres para estabelecer o procedimento arbitral a ser seguido na arbitragem, inexistindo disposição legal que determine a aplicação, automática e obrigatória, do Código de Processo Civil ao processo arbitral, nem direta e nem subsidiariamente”[22]. Assim, justamente por estar prevista no Código de Processo Civil, é inaplicável à arbitragem a regra do duplo grau obrigatório de jurisdição de sentenças contrárias à Fazenda Pública.

Confira-se, a propósito, a lição de André Rodrigues Junqueira[23]:

(...) a arbitragem constitui um sistema próprio e autônomo em relação ao procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. O Estado, ao aderir voluntariamente à arbitragem deve renunciar às prerrogativas previstas na legislação processual, pois estas não fazem sentido no contexto da arbitragem, no qual não existe (ou não deveria existir) desigualdade entre as partes. Nessa toada, a Lei Federal no 9.307/96 igualmente não previu qualquer tipo de condição de eficácia da sentença, como o reexame necessário. Nessa toada, as câmaras arbitrais, em geral, não preveem a existência de qualquer tipo de órgão recursal. A conclusão que pode ser extraída dessa análise é de que a celeridade e qualidade de julgamento esperada em um procedimento arbitral não é compatível com a sistemática o reexame necessário.

Em terceiro lugar, é preciso investigar se a execução de sentenças arbitrais deve observar os meios de satisfação do credor previstos no art. 100 da Constituição Federal, notadamente o regime dos precatórios judiciais. Com efeito, o referido

dispositivo constitucional estatui um regime próprio para que a Fazenda Pública quite seus débitos decorrentes de condenações em processos com sentenças judiciais já transitadas em julgado, observando a ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais.

Parcela da doutrina[24] defende que a submissão ao regime dos precatórios judiciais é uma exigência constitucional à execução da sentença arbitral. Isso porque, como já se viu, a sentença arbitral é considerada para todos os efeitos um título executivo judicial. E, se assim é, o pagamento do crédito nela lastreado deverá, obrigatoriamente, observar o procedimento previsto no art. 100 da Constituição Federal, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Caso contrário, estar-se-ia a conferir tratamento privilegiado ao credor da sentença arbitral em detrimento daquele que obtém seu crédito por sentença proferida pelo Poder Judiciário.

De outro lado, há autores que sustentam que “a sentença arbitral, ainda que equiparada por lei a título executivo judicial, não se confunde com a sentença prolatada por juiz togado. A equiparação é apenas uma opção de política legislativa, para facilitar a execução da sentença arbitral e, com isso, fomentar a uso da arbitragem”[25]. Ou seja, “sentença arbitral possuiria natureza de título judicial, mas não se enquadraria no conceito de sentença judiciária, tal e qual apregoada pelo art. 100 da Carta Maior. Seria, na verdade, o ato que põe fim a um procedimento de resolução de conflitos que foi instituído de forma contratual”[26]. Assim, a submissão ao regime de precatórios judiciais não seria uma exigência ao cumprimento da sentença arbitral.

Corroborando essa posição, alguns ainda defendem que a Fazenda Pública poderia efetuar voluntariamente o pagamento reconhecido na sentença arbitral, antes da instauração de qualquer processo executivo, desde que haja dotação orçamentária específica para tanto. Deveras, se o ente público está autorizado, pela via administrativa, a promover a recomposição do equilíbrio econômico-

-financeiro de um contrato administrativo, poderia ele reconhecer a dívida cristalizada em sentença arbitral e efetuar o pagamento de forma espontânea[27].

Com as devidas vênias, parece que a razão se encontra com aqueles que veem o regime de precatórios como de necessária observância para o cumprimento da sentença arbitral. Afinal, tal regime foi criado para proteger a igualdade entre os indivíduos e não impor um sacrifício ao princípio da execução orçamentária, criando uma ordem cronológica para o pagamento decorrentes de sentenças judiciais[28]. Diante da equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, destarte, não parece concebível conferir qualificação superior à primeira, visto que tal apenas teria a consequência de criar um privilégio odioso entre credores que se encontram diante da idêntica situação jurídica.

Não convence o argumento de que a Fazenda Pública poderia efetuar o pagamento voluntário da obrigação imposta na sentença arbitral. Como destaca Flavio Willeman, realmente nada obsta que, durante o curso do processo, a Fazenda Pública celebre com o particular acordo para pagamento voluntário da obrigação. No entanto, adverte o mencionado autor que tal medida não se afigura possível após operado o trânsito em julgado da sentença, por representar burla ao sistema dos precatórios[29]. E, embora tenha se desenvolvido sob a ótica do processo judicial, a lição de Willeman se mostra plenamente compatível com a arbitragem, posto que, ao menos para esse fim, a sentença arbitral em nada se diferencia da sentença judicial.

Naturalmente, caso haja uma espécie de fundo garantidor previsto no contrato em que inserido a convenção de arbitragem, não haverá necessidade de observância do regime de precatórios, porquanto o fundo, como regra, tem natureza jurídica de direito privado (art. 16, § 1º, da Lei das PPPs), podendo ter seu patrimônio atingido de forma direta[30]. Não sendo esse o caso, contudo, o regime de precatórios se mostra imperativo.

Seja como for, ainda sobre a execução de quantia

contra a Fazenda Pública, é preciso fazer uma quarta e última observação, que está relacionada especificamente ao Decreto nº 8.465/2015.

Deveras, o referido Decreto foi editado com o objetivo regulamentar arbitragens que tenham por finalidade dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal indireta e as concessionárias, arrendatárias, autorizadas ou os operadores portuários em relação ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ. E seu art. 12 estabelece que “o árbitro ou o presidente do colegiado dos árbitros solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso”.

Ocorre que parte da doutrina, de maneira acertada, vem sustentando a inconstitucionalidade do referido dispositivo, sob o argumento de violação da inércia da jurisdição. De fato, descabe ao árbitro - que, lembre-se, é investido na função de juiz ao julgar a controvérsia - instaurar de ofício a execução, dependendo a mesma de iniciativa exclusiva do credor interessado.

## **5. O cumprimento da sentença arbitral que reconhece obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa**

Cumpra, ainda, analisar o procedimento constante do Código de Processo Civil que é dedicado ao cumprimento de sentenças que reconheçam obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Isso porque, como o procedimento de execução de pagar quantia não se afigura eficaz para tutelar direitos de natureza distinta, o Código colocou à disposição dos jurisdicionados, nos arts. 536 a 538, um instrumento adequado para o cumprimento de sentenças condenatórias de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa.

Assim, para as sentenças que reconheçam obrigação de fazer ou não fazer, o art. 536 confere ao

magistrado uma maior liberdade no uso de medidas coercitivas, ao estabelecer que, decorrido o prazo estabelecido na sentença, “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”. Ou seja, pode o juiz adotar medidas atípicas destinadas ao cumprimento da obrigação, não obstante o Código elenque algumas medidas típicas, dentre as quais a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva.

Além disso, o Código estabelece que o executado também terá o direito de impugnar o cumprimento de sentença, desde que a impugnação observe as disposições previstas no art. 525, no que couber.

De outro lado, para as sentenças que reconheçam obrigação de entregar coisa, o art. 538 determina que, “não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”. No mais, serão respeitadas as disposições referentes ao procedimento de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Tais normas, que se aplicam à Fazenda Pública sem qualquer restrição, devem também ser observadas no cumprimento de sentença arbitral, não havendo grandes questões que demandem alteração do procedimento previsto na legislação. Talvez as únicas particularidades que se poderia invocar se tratam da possibilidade de o árbitro fixar, desde logo, na sentença arbitral, medidas coercitivas para a satisfação da obrigação e a hipótese de o juiz, posteriormente, revogá-las ou modificá-las no curso do cumprimento de sentença.

Quanto à primeira questão, há quem defenda que o árbitro não poderia estabelecer qualquer medida coercitiva na sentença arbitral (v.g. a imposição de astreites), visto que tal atividade teria natureza executória. Assim, caberia apenas ao Poder Judiciário, enquanto detentor privativo do uso da

força, determinar a aplicação de tais medidas.[31]

Contudo, tal raciocínio não se afigura correto, já que é dado ao árbitro lançar mão de medidas coercitivas ou cautelares.[32] O que lhe é vedado é fazer cumprir tais medidas[33], sendo necessário, para tanto, recorrer ao auxílio do Poder Judiciário. Assim é que, conforme afirma Luiz Olavo Baptista[34], aplicação de multa com caráter de astreinte para levar uma parte a cumprir determinada providência ou adotar certa conduta está inserida no poder jurisdicional do árbitro.

Já quanto a segunda questão, poder-se-ia aventar que, estando a medida coercitiva prevista no laudo arbitral, sobre ela houve a formação da coisa julgada, não podendo o juiz promover qualquer modificação. Nada obstante, tal também problema também se passa com a sentença judicial, não havendo qualquer razão para diferenciação.

E, quanto a esta última, o art. 537, § 1º, do Código de Processo Civil é expresso em permitir que o juiz da execução, de ofício ou mediante requerimento, modifique o valor ou a periodicidade da multa vincenda, caso verifique que se tornou excessiva ou que o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também possui jurisprudência sedimentada de que “a decisão que comina a multa não preclui nem faz coisa julgada material. Assim, é possível a modificação do valor dessa sanção até mesmo de ofício, a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando irrisório ou exorbitante” [35].

Desse modo, por ostentar natureza de título executivo judicial, também se mostra possível a majoração ou redução da multa fixada na sentença arbitral durante o curso da execução, adequando-a o magistrado às necessidades do caso concreto, para o cumprimento forçado da obrigação.[36]

## 6. A adoção de medidas despidas de força para o cumprimento da sentença arbitral: a divulgação da informação sobre o inadimplemento

Por fim, vale mencionar que, conquanto seja despido de poderes para executar atos de força, podem os árbitros - ou até mesmo as instituições arbitrais - adotar medidas que estimulem o cumprimento da obrigação por parte do devedor, como é o caso da divulgação da informação de que a parte vencida não cumpriu a obrigação reconhecida na sentença arbitral[37]. Com efeito, é possível que o regulamento de arbitragem da instituição arbitral eleita pelas partes contenha previsões dessa natureza.

A título ilustrativo, cite-se a disposição contida no art. 11.2 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC): “na hipótese de descumprimento da sentença arbitral a parte prejudicada poderá comunicar ao CAM-CCBC, para que divulgue a outras instituições arbitrais e às câmaras de comércio ou entidades análogas no país ou no exterior”.

Embora despidas de caráter de força, parece certo que tais medidas podem possuir alguma repercussão na esfera do devedor, visto que terá sua imagem prejudicada perante terceiros.

## 7. Conclusão

Considerando que o ordenamento jurídico nacional não atribuiu aos árbitros o poder de praticar atos de força, a execução da sentença arbitral deverá ser requerida pela parte vencedora junto ao Poder Judiciário, aplicando-se ao requerimento as mesmas regras do procedimento de cumprimento de sentenças judiciais. No presente trabalho, buscou-se analisar no presente algumas características próprias da sentença arbitral, que exigem determinadas adaptações do procedimento legal da execução de títulos judiciais previsto no Código de Processo Civil, inclusive no que diz respeito à execução contra a Fazenda Pública.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública. *Revista dos Tribunais*, vol. 989, 2018.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALVES, Marcus Vinicuis Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. 257 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. Considerações sobre a arbitragem e o cumprimento da sentença arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 15, 2007.

ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BARBI, Marcelo. Arbitrabilidade cautelar e monopólio estatal da coerção: revisitando a titularidade do *ius imperium* no Estado Contemporâneo. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto. *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*, vol. 1. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

BAPTISTA, Luis Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Marcos Gomes. *Tutela de Urgência e Processo Arbitral*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

COSTA, Nilton Cesar Antunes. *Poderes de cog-*

*nição e execução do árbitro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DA FONSECA, Rodrigo Garcia. *A arbitragem e a reforma processual da execução*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 14, 2007.

FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. *A questão da aplicabilidade de técnicas instrutórias estrangeiras na arbitragem brasileira*. In: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. *Novos temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

GUERRERO, Luis Fernando. *Cumprimento da sentença arbitral e a Lei 11.232/2005*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, 2007.

GIUSTI, Gilberto. *As garantias do cumprimento da sentença arbitral*. In: *Revista do Advogado*, n. 119. ano XXXIII, 2013.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *A Experiência da Administração Pública Brasileira na Arbitragem*. Publicações da Escola da AGU, v. 1, n. 31, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. *A onda evolutiva da arbitragem envolvendo o poder público no Brasil*. *Revista do Tribunais*, v. 995, 2018.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de arbitragem: comentários à lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

PITOMBO, Eleonora Coelho. *Arbitragem e Poder Judiciário: aspectos relevantes*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida (Coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação*. 140 p. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo parcial*. In: *Revista de Processo*, v. 280, 2018. p. 19-39

WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias por Precatórios Judiciais*. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Francisco Mauro Dias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.102.460/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.06.2015.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 1.189.031/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 10.04.2018

Brasil, Supremo Tribunal Federal, ADI 1.717, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 07.11.2002.

Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 220.906, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16.11.2000.

[1] BARBI, Marcelo. *Arbitrabilidade cautelar e monopólio estatal da coerção: revisitando a titularidade do ius imperium no Estado Contemporâneo*. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto. *Temas controvertidos na arbitragem à luz do Código de Processo Civil de 2015*, vol. 1. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018. No mesmo sentido: “O árbitro é juiz de fato e de direito, porém, os árbitros não possuem outra parcela relevante da jurisdição que é o imperium e a coertio, para fazer valer a sentença de natureza condenatória, mandamental ou executiva lato sen-

so.” (GUERRERO, Luis Fernando. *Cumprimento da sentença arbitral e a Lei 11.232/2005*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, 2007. p. 102).

[2] MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de arbitragem: comentários à lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 306.

[3] ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 229.

[4] Confirma-se, a propósito, o art. 18 da Lei de Arbitragem: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”.

[5] “Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: (...) III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

[6] GUERRERO, Luis Fernando. *Cumprimento da sentença arbitral e a Lei 11.232/2005*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 15, 2007. p. 102.

[7] CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 363.

[8] A confirmar o ora exposto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, no caso de execução de sentença arbitral, o prazo de 15 (quinze) dias previsto na legislação para o cumprimento da obrigação se inicia com juntada do mandado de citação devidamente cumprido aos autos (STJ, REsp 1.102.460/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 17.06.2015).

[9] CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. op. cit. p. 359-361.

[10] *Ibidem*. p. 361-362.

[11] *Ibidem*. p. 361-362.

[12] GIUSTI, Gilberto. *As garantias do cumpri-*

mento da sentença arbitral. In: Revista do Advogado, n. 119. ano XXXIII, 2013. p. 49-53.

[13] O termo convenções processuais é utilizado por Antônio do Passo Cabral para designar os negócios jurídicos processuais bilaterais. Essa precisão terminológica se afigura relevante para o mencionado autor, pois permite a distinção entre as convenções e os contratos. Isso porque os contratos geralmente envolvem interesses contrapostos, ao passo que as convenções (acordos ou pactos) não necessariamente envolvem interesses contrapostos. Eles podem envolver interesses convergentes, que é o que geralmente ocorre no processo. A convenção seria um termo mais genérico que também envolve o contrato. Por isso, a utilização do termo. Isso não quer dizer, contudo, que não existem contratos processuais, do que é exemplo aquele que envolve os custos do processo (em que os interesses são contrapostos) (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 51-58).

[14] Sobre o tema: COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 297-334; TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo parcial*. In: Revista de Processo, v. 280, 2018. p. 19-39.

[15] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: sétima série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001. p. 111-118.

[16] Nos termos do § 6º do art. 525 do Código de Processo Civil: “A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for

manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.”.

[17] Sobre o tema, confira-se a lição de Marcus Vinicius dos Santos Andrade: “A nulidade da sentença arbitral, também, poderá ser arguida na oportunidade da impugnação. O art. 33, § 3.º, da Lei 9.307/96, dispõe nesse sentido. Refere-se, entretanto, ao sistema de defesa do devedor, anterior às alterações trazidas pela Lei 11.232/2005, ou seja, à ação de embargos do devedor, que não mais subsiste. Substituída pela defesa incidental da impugnação, nesta é que o pedido de nulidade da sentença arbitral deverá ser reclamado. Entretanto, se foi proposta ação de nulidade e julgada improcedente, a impugnação, com o mesmo fundamento, não poderá mais ser arguida, por força de litispendência ou coisa julgada. De se admitir, contudo, que, se algumas das causas de pedir a nulidade não forem levantadas na petição inicial da ação respectiva e, destarte, não apreciadas pelo Poder Judiciário, inexistindo coisa julgada a respeito - na conformidade do mencionado § 3.º do art. 33, possam ser arguidas em impugnação aos atos de execução.” (ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. *Considerações sobre a arbitragem e o cumprimento da sentença arbitral*. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 15, 2007. p. 19-64).

[18] “§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.”.

[19] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 430.

[20] É corrente da doutrina que, por Fazenda Pública, devem ser compreendidas as pessoas de direito público componentes da Administração (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 3).

Supremo Tribunal Federal, no entanto, vem emprestando à entidades privadas benefícios processuais que são conferidos à Fazenda Pública, como é o caso dos Conselhos de Fiscalização Profissional e as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestem serviços públicos (STF, ADI 1.717, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 07.11.2002; STF, RE 220.906, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16.11.2000).

[21] Esse valor se refere às ações movidas contra a União. No caso dos Estados e do Distrito Federal, esse limite é reduzido para 500 salários-mínimos. Já no caso dos Municípios o limite é de 100 salários-mínimos.

[22] FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. A questão da aplicabilidade de técnicas instrutórias estrangeiras na arbitragem brasileira. In: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson. MONTEIRO, André Luís. Novos temas de arbitragem. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 190.

[23] JUNQUEIRA, André Rodrigues. A Experiência da Administração Pública Brasileira na Arbitragem. Publicações da Escola da AGU, v. 1, n. 31, 2013. p. 53.

[24] A título de exemplo, cite-se Rodrigo Garcia da Fonseca, para quem “no que toca às execuções contra a Fazenda, justificável que a exceção atue também em matéria de sentenças arbitrais. Se a parte derrotada na arbitragem for a Fazenda Pública - na acepção processual deste termo, ou seja, incluindo a União, Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas, a execução e os embargos à execução seguirão o rito próprio da execução contra a Fazenda e dos respectivos embargos, submetendo-se inclusive, se for o caso, ao regime dos precatórios. Aí tem aplicação o mesmo princípio da equivalência das sentenças judiciais e arbitrais afirmado acima. Se a execução da sentença arbitral deve ser, tanto quanto possível, idêntica à execução da sentença judicial, e se o processo de execução da sentença judicial contra a Fazenda Pública é diferenciado, bem como também o é a defesa desta

- através de embargos e não de impugnação - então os mesmos procedimentos devem ser adotados se a sentença exequenda for de origem arbitral.” (DA FONSECA, Rodrigo Garcia. A arbitragem e a reforma processual da execução. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 14, 2007. p. 46-47).

[25] SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: uma proposta de regulamentação. 140 p. Dissertação (Mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 84.

[26] Ibidem. p. 85.

[27] Por todos, cite-se: ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública. Revista dos Tribunais, vol. 989, 2018. p. 53-54.

[28] ALVES, Marcus Vinicuis Armani. A Fazenda Pública na arbitragem. 257 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016. p. 83-84.

[29] A propósito: “(...) há um direito subjetivo de todos os titulares de créditos junto ao Poder Público, representados em precatórios judiciais precedentes, de não verem o débito reconhecido em sentença judiciária posterior, com trânsito em julgado, ser pago na sua frente. Entender de forma diversa é violar os princípios da isonomia e da impessoalidade, uma vez que a expedição do precatório judicial após o trânsito em julgado da sentença judiciária é ato-condição - formalidade constitucional - para a liquidação do pagamento da obrigação pecuniária nela contida.” (WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, Decisões Arbitrais e Pagamentos de Condenações Pecuniárias por Precatórios Judiciais. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela [Coord.]. Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Francisco Mauro Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 350).

[30] Em sentido contrário, Marcus Vinicius Armani Alves sustenta não ser possível a utilização de fundo garantidor para fins de pagamento do cré-

dito reconhecido na sentença arbitral. Segundo o mencionado autor, uso desse fundo resultaria um desvio de sua finalidade original. A uma porque o art. 18, § 5º, da Lei nº 11.079/2004 previu que o parceiro privado somente poderia acionar o FGC em dois casos de inadimplemento contratual, que se distinguem do inadimplemento de obrigação reconhecida por sentença arbitral. A duas porque o uso do fundo garantidor importaria uma burla ao regime dos precatórios. (ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. op. cit. p. 235-236).

[31] AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 277.

[32] LEÃO, Fernanda de Gouvêa. *Arbitragem e execução*. 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012. p. 52.

[33] Nesse sentido, confira-se a lição de Nilton Cesar Antunes da Costa: “Assim, pode-se concluir que o árbitro detém o poder de execução, sendo-lhe excluído tão somente o poder de executar praticamente, ou seja, realizar qualquer medida coercitiva no mundo sensível através dos auxiliares de justiça, com exceção do provimento condenatório, que constitui título executivo judicial (art. 31, parte final, da Lei 9.307/96), dando ensejo à parte interessada ao ingresso de execução forçada perante o órgão judiciário.” (COSTA, Nilton Cesar Antunes. *Poderes de cognição e execução do árbitro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 94).

[34] “Quando aplica multa com caráter de astreinte para levar uma parte a cumprir determinada providência ou adotar certa conduta determinada em ordem procedimental, o árbitro exerce plenamente sua jurisdição.” (BAPTISTA, Luis Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011). No mesmo sentido: PITOMBO, Eleonora Coelho. *Arbitragem e Poder Judiciário: aspectos relevantes*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida (Coord.). *Aspectos*

práticos da arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 111.

[35] Por todos cite-se: “A jurisprudência desta Casa é iterativa no sentido de que a decisão que comina a multa não preclui nem faz coisa julgada material. Assim, é possível a modificação do valor dessa sanção até mesmo de ofício, a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando irrisório ou exorbitante” (STJ, AgInt no AREsp 1.189.031/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 10.04.2018).

[36] Nesse sentido: “Entendemos ser possível, inclusive, a majoração de eventual multa fixada na decisão arbitral pelo juízo estatal, na hipótese de a parte renitente manter-se inerte quanto ao cumprimento da decisão arbitral executada na justiça comum, tendo em vista que o objetivo da multa é exercer pressão sobre a vontade do devedor para que este resolva adimplir a obrigação que lhe incumbe.” (COSTA, Marcos Gomes. *Tutela de Urgência e Processo Arbitral*. Dissertação [Mestrado em Direito]. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. p. 49).

[37] GIUSTI, Gilberto. *As garantias do cumprimento da sentença arbitral*. op. cit. p. 49-53.

### \*Bernardo Latgé

é bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).



DIVULGAÇÃO

# SUB-ROGAÇÃO DO SEGURADOR E ARBITRAGEM: O QUE DIRÁ O STJ?

**Luiz Augusto da Silva\***, coordenador técnico do **Poletto & Possamai**

Em qualquer cenário, o ponto **fundamental** é que o problema seja levado e **resolvido** em definitivo **no STJ**

**P**roblema clássico do Direito dos Seguros é definir se o segurador que paga a indenização se vincula à cláusula compromissória do contrato entre seu segurado e o causador do dano. Disputas sobre o tema são comuns em seguros de transporte de carga (nos quais o segurado é o dono das mercadorias, e o autor do dano é o transportador) e em seguros-garantia de obrigações contratuais (cujo segurado é o contratante, e o responsável pelas perdas é o contratado inadimplente, tomador da apólice).

A dúvida surge por conta do art. 786 do Código Civil: essa regra diz

que o segurador se sub-roga “nos direitos e ações” do segurado contra o autor do dano até o limite do valor indenizado. A convenção de arbitragem estaria dentre esses “direitos e ações”?

A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dá fundamentos para responder nos dois sentidos. Pela eficácia direta da cláusula contra o segurador, há quem invoque o julgado proferido na Sentença Estrangeira Contestada nº. 14.930-EX como precedente<sup>[1]</sup>. Nele, a Corte Especial examinou sentença de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional que estendeu ao segurador sub-rogado cláusula compromis-

sória prevista em contrato de fornecimento. O relator, Min. Og Fernandes, votou pela homologação.

O Min. João Otávio de Noronha abriu a divergência e votou por indeferir o pedido: segundo ele, o direito brasileiro veda a eficácia automática da arbitragem ao segurador com base na tão-só sub-rogação legal; por isso, a sentença estrangeira ofendeu a ordem pública. Ao fim, o voto do relator venceu. Isso poderia dar a entender, numa leitura ao contrário, que o STJ teria endossado a corrente pela vinculação do segurador à arbitragem a partir do art. 786 do Código Civil.

Ocorre que a decisão não é verdadeiro precedente vinculante - ao menos não sobre esse ponto específico. Para homologar sentenças estrangeiras, o STJ as submete ao chamado juízo de deliberação: é análise sob viés estritamente formal e de possível afronta à ordem pública (arts. 38 e 39 da Lei 9.307/96, a Lei de Arbitragem). Vale dizer: o mérito apreciado no Tribunal não era a “eficácia da cláusula compromissória sobre o segurador”, e sim a “ofensa à ordem pública” que uma sentença estrangeira poderia causar - estivesse ela certa ou errada no que decidiu[2]. São planos distintos e independentes do crivo judicial - a despeito das observações que os ministros fizeram em obiter dictum sobre a matéria de fundo.

No segundo sentido - pela ineficácia da cláusula ao segurador - é o Recurso Especial nº. 1.962.113-RJ, publicado recentemente no Informativo de Jurisprudência nº. 730[3]. Também aqui, o acórdão não enfrentou o problema de forma direta. O caso versava sobre a extensão dos efeitos de cláusula de eleição de foro ao segurador que ressarcia o segurado. Vingou a seguinte tese: “A cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado não é oponível à seguradora sub-rogada em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado”.

A ratio desse entendimento está expressa no voto da relatora, Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi: “a sub-rogação transmite tão somente a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida. [...] questões processuais atinentes ao credor

originário não são oponíveis ao novo credor [...]” (destaques adicionados). Como a cláusula de eleição de foro é ajuste sobre típica matéria processual - a competência em função do território -, o STJ concluiu que ela não se transfere ao segurador pela via da sub-rogação.

A rigor, esse raciocínio vale para a cláusula compromissória. Veja-se: assim como a escolha de foro judiciário, a convenção de arbitragem gera sua eficácia no plano processual; é espécie de negócio jurídico processual. O STJ costuma se referir à sua “natureza híbrida”: contratual na origem e jurisdicional nos efeitos[4]. O objeto do acordo não é o direito material em si, mas sim o método que as partes terão que usar para resolver conflitos em torno dele (atuais ou futuros). Em nada se confunde com figuras de direito material como transação, disposição ou renúncia. As partes abdicam somente do recurso ao Estado-juiz - e não das posições jurídicas nascidas da relação contratual de base.

Pode-se aí dar um passo além: se a razão de decidir do STJ foi a de que a sub-rogação não transfere nenhum dos elementos processuais atrelados à obrigação, por coerência do sistema normativo ela deveria se aplicar também aos casos envolvendo cláusula compromissória. Afinal, institutos da mesma natureza jurídica merecem receber soluções iguais.

Numa visão realista, cabe agora ao STJ seguir um de dois caminhos em julgamentos futuros. Primeiro: o Tribunal pode afirmar a ineficácia da cláusula compromissória ao segurador, pelos mesmos motivos que guiaram o precedente sobre eleição de foro. Ou segundo: pode reacender o debate travado nos obiter dicta da SEC 14.930-EX e fincar - em exame de mérito propriamente dito - que a sub-rogação legal transmite a convenção de arbitragem firmada pelo segurado no respectivo contrato, ao lado do crédito. Essa segunda linha, porém, traz o ônus argumentativo de efetuar o distinguishing entre casos. O STJ deve mostrar qual é a diferença juridicamente relevante entre cláusulas de eleição de foro e de arbitragem para justificar, do ponto de vista dogmático, que o segurador se vincule a uma

e à outra não.

Em qualquer cenário, o ponto fundamental é que o problema seja levado e resolvido em definitivo no STJ, a quem compete uniformizar a interpretação das leis infraconstitucionais, trazendo a necessária segurança jurídica aos agentes do mercado.

[1] SEC nº. 14.930-EX, Corte Especial, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 27.06.2019.

[2] Essa circunstância foi inclusive destacada no voto do relator: “Uma última consideração há de ser feita: não está firmando neste voto prece-

dente sobre a ampliação ou a restrição dos direitos do sub-rogado em contratos de seguro, em função do disposto no § 2º do art. 786 do Código Civil, até porque este não é o objeto desta lide e nem a tanto se poderia chegar neste procedimento, cujo exame é restrito, como citado alhures.”.

[3] REsp 1.962.113-RJ, Terceira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, DJe 25.03.2022.

[4] Nesse sentido: REsp 606.345-RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 08.6.2007.

### **\*Luiz Augusto da Silva**

é mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Coordenador Técnico do Núcleo Contencioso. Doutorando em Direito na Universidade Nacional de Brasília (UnB). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/PR.



DIVULGAÇÃO

Arbitral

# HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA X AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. QUAL PREVALECER?

Luciano Ramos Volk\*,  
sócio do Volk & Giffoni Ferreira

Os **reflexos** dos atos jurídicos **nem sempre** se adstringem aos **limites** territoriais **do Estado** em que exsurgiram

“**E**ssa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do direito processual constitucional, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçadas pela Constituição da República aos institutos processuais”. (Dinamarco, A Nova Era do Processo Civil - Limites da Sentença Arbitral, p.33)

Como é bem de ver, os conflitos de interesses existentes no mundo contemporâneo estão a ensejar relações jurídicas, tão complexas, quão difíceis de solucionar, sendo certo que os reflexos dos atos jurídicos nem sem-

pre se adstringem aos limites territoriais do Estado em que exsurgiram.

Bem por isso, impõe-se que cada Estado, à conta de sua soberania, estabeleça os limites e o momento nos quais a sentença estrangeira terá eficácia em seu território.

Sob este diapasão, segue-se que as dificuldades para a produção extraterritorial dos efeitos das sentenças passam por inequívoco processo de abrandamento na grande maioria dos sistemas jurídicos atuais, de molde a alargar o manto de cobertura de determinada decisão judicial ou arbitral.

No Brasil, para o ato formal de reconhecimento de sentença estran-

geira (cumpra-se, exequatur, ou homologação) deve haver “o controle da observância de algumas formalidades, correspondentes ao mínimo das garantias que se entende compatível com a colaboração do Brasil, e a isso acrescenta um sistema de limites, destinados a impedir que surtam efeitos em nosso território sentenças estrangeiras contrárias - segundo fórmula consagrada - “à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes”

Pois bem.

## CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE

No que toca ao cumprimento de decisão arbitral estrangeira (rectius, laudo arbitral), alça-se necessária, ab initio, a consideração de duas situações: há países em que se exige, para que a decisão arbitral opere efeitos, seja a mesma homologada judicialmente (v.g, Itália). Neste caso, reclama-se a homologação da sentença judicial estrangeira, que, no do país de origem, conferiu eficácia à decisão arbitral.

Outra hipótese é a de decisão arbitral oriunda de país onde não se exige, para a produção de seus efeitos, a homologação judicial da mesma (como se dá na Espanha), a ensejar a homologação incontinenti do próprio laudo arbitral no Brasil.

Assim postas as coisas, no que toca a evolução dos tratados e convenções afetas à matéria, destaca-se a Convenção de Nova Iorque, de 1958, cuja ratificação foi feita por mais de oitenta países, tendo como consequência imediata tornar desinfluyente a Convenção de Genebra de 1927 - também relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

No cenário nacional, passados mais de 40 anos, o Brasil restou por formalizar a sua adesão incondicional à aludida Convenção, com vistas a Reconhecer e Executar Laudos Arbitrais Internacionais.

Nesta toada, ao passar a integrar o grupo de países signatários da denominada Convenção de Nova Iorque, o Brasil avançou, a não mais poder, rumo à consolidação do instituto da arbitragem. A prefalada adesão nacional sobreveio por meio do decreto nº 4.311/02, vigorando, a partir de 05.09.2002.

Mutatis mutandis, malgrado a Convenção do Panamá de 1975, dantes aderida pelo Brasil, versando sobre o mesmo assunto, mas com escopo reduzido

quanto aos países participantes, e, outrossim, a Lei de Arbitragem regulando o reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros, cuja linguagem é substancialmente a mesma da Convenção, ansiava-se pela adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque - manifesto título de maturidade outorgado aos países signatários.

A todas as luzes, não se enxergava os motivos da relutância do Brasil em aderir à Convenção, o que somente se materializou nos albores do terceiro milênio.

Dentre as inovações advindas com a Convenção de Nova Iorque, merece relevo a possibilidade de anulação de sentença arbitral estrangeira, no país de sua execução, quando a lei deste tiver sido aplicada ao caso.

De fato, o Artigo I determina que a Convenção de Nova Iorque deve ser utilizada no reconhecimento ou execução de laudos arbitrais proferidos no território de um Estado que não o daquele Estado em que se busca o reconhecimento e execução.

É o caso da arbitragem em que a parte brasileira e a parte estrangeira decidiram que o local da arbitragem se situaria fora do Brasil, podendo ocorrer no domicílio da parte estrangeira ou em um local neutro. Em ambos os casos, está a se configurar laudo arbitral estrangeiro para fins de execução no Brasil.

Ademais, o mesmo artigo da Convenção de Nova Iorque estabelece que ela se disciplinará também aos laudos arbitrais não considerados nacionais no Estado em que se busque o respectivo reconhecimento e execução dos mesmos.

Ora, parece que a preocupação em distinguir laudos nacionais de laudos não estrangeiros, ainda que ambos sejam proferidos no Brasil, tem efeitos mais práticos do que se pudesse imaginar.

É que, sendo as partes na arbitragem oriundas de países signatários da Convenção de Nova Iorque e apenas uma delas brasileira, esta arbitragem, conquanto realizada no Brasil, continuará sendo ainda reputada arbitragem internacional no contexto da Convenção de Nova Iorque.

Por conseguinte, em tais ocasiões, não há falar que um laudo feito no Brasil seja um laudo nacional, sendo, ao reverso, um laudo não estrangeiro, a ganhar as vestes da arbitragem internacional.

Daí decorre que a Convenção de Nova Iorque se aplica aos laudos estrangeiros e aos não estrangeiros, mas certamente não se aplicará aos laudos nacionais.

Noutro giro, a Convenção de Nova Iorque prevê expressamente os casos em que um país poderá se recusar a reconhecer e executar sentenças arbitrais estrangeiras. Esta ressalva, já agasalhada por doutrinadores de escola, bem assim pela construção pretoriana, está em perfeita sintonia com a nossa Lei de Introdução ao Código Civil e com a Lei de Arbitragem, ao estabelecerem a ineficácia no Brasil das sentenças estrangeiras ofensivas à soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Para tanto, o Artigo V, “e”, da Convenção de Nova Iorque contempla expressamente que a ação de nulidade da sentença arbitral pode ser promovida não só no país em que proferida, mas, também, no país conforme a lei do qual regulou a arbitragem.

Conclusivamente, a promulgação do decreto nº 4.311/02, que aprovou o texto da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, oportuniza, por força de seu Artigo V, “e”, a propositura de ação de decretação de nulidade de sentença arbitral estrangeira regulada pela lei brasileira.

Em sendo assim, as sentenças arbitrais, regradas pela lei brasileira, podem ser objeto de ação de nulidade, a determinar, como competente para o respectivo conhecimento, a Justiça Estadual do domicílio do Requerente.

Da mesma forma, o disparo acionário também pode visar a declaração de nulidade da própria convenção de arbitragem.

Ipsa facto, a possibilidade, dada pela Convenção de Nova Iorque, de contestar o laudo arbitral estrangeiro, traduzido na propositura da competente Ação Anulatória, tem o condão de obstaculizar a homologação do mesmo pela Justiça Brasileira.

Como curial, a Ação Anulatória é manifesta questão prejudicial, suficiente, de per si, a sobrestar a homologação do laudo ou sentença estrangeira, sob pena de, assim não sobrestando, subverter totalmente a ordem jurídica.

Até porque homologar é “tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que devia

ser”. Na homologação de sentença estrangeira, o paradigma utilizado, ainda que abstratamente (em casos não previstos no ordenamento jurídico pátrio) é a sentença que seria proferida pela Justiça Brasileira.

Se é verdade que o laudo arbitral foi proferido, não é menos verdade que sobre o mesmo existe ação ordinária com vistas à sua anulação. Por que, destarte, não se aguardar pelo deslinde da mencionada Ação Ordinária, até com o fim de se evitar decisões contraditórias?

Nesta hipótese, por prudência, e em respeito aos dogmas de Direito Civil e Processual, é aconselhável que o Magistrado suspenda, por conseguinte, a homologação, em razão da prejudicialidade que poderá abatê-la.

Na ponderação de valores, a prestigiar as decisões prolatadas internamente, em detrimento de sentenças ou laudos alienígenas, remansoso é o entendimento do Egrégio STF:

PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE DECISÕES PROFERIDAS PELA JUSTIÇA NORUEGUESA QUE CONCEDERAM A GUARDA DA FILHA MENOR DAS PARTES AO REQUERENTE. EXISTÊNCIA DE DECISÃO PROLATADA POR AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA, COM O MESMO TEOR, A FAVOR DA REQUERIDA. IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SOBERANIA NACIONAL. ART. 216 DO RISTF. REQUISITOS FORMAIS DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. ARTS. 218 E 219 DO RISTF. 1. O deferimento do pedido formulado representaria a prevalência de uma sentença alienígena sobre a decisão de um Juiz brasileiro que, embora proferida em sede liminar, seria modificada, importando numa clara ofensa aos princípios da soberania nacional. Precedentes: SEC 6.971, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.02.2003 e SEC 7.218, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 06.02.2004.

Por tudo isso é que deve o juiz da causa sobrepor a jurisdição estatal à arbitral ao chamar a si o po-

der de neutralizar e manter neutralizado os efeitos daquela até quando o processo principal tiver fim (CPC, art. 807).

Mesmo porque, a exegese dos julgados acima conduz à preponderância da Soberania Nacional, que não pode ser considerada como um elemento do Estado, mas, sim, como sua *raison d'être*, a afastar qualquer submissão à outro Estado para elaborar a sua constituição, criar órgãos, determinar competências e definir os direitos e garantias de seus cidadãos, devendo sempre a homologação de laudo arbitral aguardar o desfecho de eventual Ação Ordinária que visa vergastá-lo, através da declaração de sua nulidade.

## NOTAS

1 José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol.V: arts. 476 a 565 - Rio de Janeiro - Forense, p. 61/62.

2 Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973) Rio de Janeiro, com atualização de Sérgio Bermudes, VI, p. 259.

### \*Luciano Ramos Volk

é graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ), é advogado militante no contencioso, com destacada atuação perante os Tribunais, notadamente no Superior Tribunal de

Justiça. Foi diretor jurídico da Editora JC e da Confederação Brasileira de Hipismo, sendo agraciado no Supremo Tribunal Federal, com o troféu Dom Quixote. Integra o Conselho Superior de Assuntos Jurídicos da Confederação Nacional do Turismo, e compôs, como jurista, a Comissão de Reformulação do Código de Ética da Associação Brasileira de Marketing.



DIVULGAÇÃO

# ARBITRAGEM CONVENÇIONADA EM CONTRATO INTERNACIONAL E OS EFEITOS DO ADVENTO DE **RECUPERAÇÃO** **JUDICIAL OU FALÊNCIA**

**Eduardo Garcia de Lima\***, sócio do  
**Garcia de Lima Sociedade de Advogados**

**Resumo:** O presente estudo tem por escopo investigar os efeitos de recuperação judicial ou falência sobre convenção de arbitragem em contrato internacional.

**Palavras-Chave:** arbitragem; contratos internacionais; recuperação judicial; falência.

**Sumário:** Considerações Iniciais. 1. O Contexto da Globalização e a Importância dos Contratos Internacionais e da Arbitragem. 2. A Competência do Juízo da Falência e do Juízo do Processo de Recuperação Judicial prevista na Lei nº 11.101/05. 3. A Arbitragem Internacional e Lex Mercatoria. 4. Os Efeitos da Falência e Recuperação Judicial sobre a Convenção Arbitral. Conclusão. Referências.

O **comércio internacional** tem como seu **maior instrumento** os **contratos**

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

**P**retende-se investigar no decorrer do presente estudo a prevalência ou não da convenção arbitral pactuada em contrato internacional, na forma de cláusula compromissória cheia[2], na hi-

pótese de que uma das partes contratantes, figurando como devedora e estando estabelecida no Brasil, ingresse com processo de pedido de recuperação judicial, com a pretensão de saldar a dívida na conformidade com Plano de Recuperação, a ser aprovado em assembleia de credores.

Cogita-se, ainda, da hipótese em que o devedor, não cumprindo o Plano de Recuperação, tenha decretada a sua falência.

As hipóteses partem do pressuposto de que o devedor, em recuperação judicial ou falido, conteste a validade da obrigação pactuada e o valor da obrigação decorrente do contrato internacional.

Supõe-se, por exemplo, que, em sede de recuperação judicial ou de falência, a devedora não tenha declarado o crédito decorrente do contrato internacional, ou que tenha declarado o crédito com um valor menor do que entende a credora estrangeira.

Nestas hipóteses, a quem caberá dirimir o conflito sobre a existência e sobre valor do crédito, decorrente do contrato internacional, e que tem pactuada convenção arbitral, na forma de cláusula compromissória cheia? A competência será do juízo recuperacional ou falimentar, ou da arbitragem? O juízo universal da falência atrai até mesmo a competência arbitral, definida no contrato internacional?

Estas são as questões que, ao final, a presente investigação pretende responder.

## 1. O CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E A IMPORTÂNCIA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E DA ARBITRAGEM

A época atual é caracterizada pela globalização, na qual, como sustenta Eliana Calmon Alves[3], “caem as fronteiras estatais, unem-se as nações em blocos econômicos para fortalecerem-se frente à perversidade do flutuante e veloz capital apátrida. E nesse contexto surge um novo conceito de soberania estatal, pelo estreitamento das relações comerciais entre as nações, favorecidas pela velocidade dos meios de comunicação”.

Reconhecendo que a globalização tem um cunho notadamente econômico, e de que se trata de um conceito de difícil definição, Cláudio Finkelstein[4] aponta o limiar dessa época e o efeito da in-

terdependência entre os países:

No início do Século XX, houve um acirramento do movimento de internacionalização das empresas para expansão de atividades e conquista de mercados. É a globalização. Este é um conceito de difícil definição, mas de cunho notadamente econômico. Hoje há uma interdependência entre os países; depende-se do comércio internacional para adquirir produtos de que se necessita, onde haja no exterior oferta e internamente escassez, para colocar produtos dos quais há sobra. Seria a troca mediante pagamento. Há uma interdependência recíproca. Dependere de outrem não significa vinculação obrigatória; é uma opção participar ou não da globalização. Todavia, já se demonstrou que não participar do movimento globalizador é, em muitos casos, extremamente detrimental ao Estado em questão, que se vê alijado do mercado internacional, sem acesso a fundos, tecnologia, bens de capital e diversas outras commodities que regram a vida moderna.

Cristiano Chaves de Farias[5] observa que a globalização apresenta-se com uma “noção imprecisa, mas de relevo para o Direito”. Afirma que, “genericamente, se pode afirmar que é a designação dada ao conjunto de transformações de ordem política, social e econômica verificadas nos últimos tempos em quase todos os estados democráticos de direito, tendentes à integração dos mercados, possibilitando maior circulação de riquezas. É, enfim, a integração acelerada dos mercados nacionais”.

Referindo-se à globalização, Comparato[6] esclarece que “não há, a rigor, nenhuma precisão conceitual no uso do vocábulo. Alguns atribuem-lhe o significado de unificação da humanidade, graças ao estabelecimento de um sistema mundial de comunicações, pelas vias de transporte e pela internet. Nesse sentido, enfatizado pelos ideólogos neoliberais, tratar-se-ia de um extraordinário benefício do capitalismo. Outros preferem salientar, pelo emprego da palavra, o surgimento de um mercado mundial”.

Comparato[7] filia-se ao entendimento de que a

globalização significa o surgimento de um mercado mundial, apontando que, “além dos dois setores tradicionais - o das transações econômicas no interior de cada país e a área do comércio exterior - a globalização acrescentou um novo setor, constituído pelo grupo de macro empresas que passou a dominar o mercado mundial”, com crescimento acentuado das atividades financeiras.

Consolidou-se em toda parte, a convicção de que as operações de crédito e de especulação no mercado de capitais geravam lucros muito maiores do que a clássica produção industrial.

(...) um dos aspectos mais importantes da chamada globalização capitalista foi a criação de empresas multinacionais e transnacionais; as primeiras operando mediante subsidiárias registradas em outros países, e as segundas, pela criação de redes locais de fornecedores, montadores e distribuidores, a elas ligados por contrato. As empresas transnacionais, portanto, limitam-se a definir estratégias de produção mundial, atuando taticamente para explorar as condições mais vantajosas em matéria de fornecimento e distribuição de bens, montagem de fábricas, ou prestação de serviços, em qualquer parte do mundo.

A escolha dos países estrangeiros onde as grandes empresas industriais passam a operar obedece ao critério do baixo custo de produção, notadamente baixos salários da mão de obra, ou mesmo situações de trabalho escravo, e tributos reduzidos ou praticamente inexistentes. (...)

Ora, esse deslocamento espacial das atividades industriais, para além das fronteiras nacionais, produziu ou estimulou a industrialização de vários países, anteriormente considerados subdesenvolvidos[8].

Para Fábio Ulhoa Coelho[9], a globalização não é boa nem ruim, não pode ser objeto de valoração e é inevitável:

Globalizar não é uma política pública, impulsionada por graus variados de voluntarismo; não é, em

outros termos, algo que se decide deflagrar ou evitar. Trata-se, ao contrário, de contingência inescapável do sistema capitalista e sua vital perseguição a novos e ampliados mercados. Políticas públicas podem retardar ou acelerar a inserção de cada economia nacional no processo de globalização, mas está por inteiro descartada a hipótese de um país não se globalizar. Mesmo as economias mais fechadas, como as de Cuba ou Coreia do Norte, um dia embarcarão no processo de construção do mercado único planetário. No futuro, em todos os cantos do mundo, circulará a mesma moeda e terão vigência idênticas regras de direito-custo. (...) O capitalismo tem sede de mercado. Esse regime econômico, de crises periódicas e injustiças permanentes, depende do constante desbravar de novos destinos para o que se produz. Depois do inegável e retumbante fracasso dos modelos econômicos fundados na planificação centralizada, marcado pela queda do Muro de Berlim, em 1989, não existe nenhuma outra alternativa, mesmo teórica, à organização da produção com base na plena liberdade de iniciativa e competição. (...)

Como movimento essencial ao capitalismo do nosso tempo, a globalização não pode ser objeto de qualquer tipo de valoração. Ela não é boa, nem ruim, posto que é inevitável. A questão que se coloca ao Brasil, assim, não é optar pela globalização ou pelo isolamento nacionalista, mas como participar do processo de integração mundial das economias do modo mais vantajoso. O desafio, assim, é capacitar nossas empresas o mais rápido possível para enfrentar a competição global.

Cristiano Chaves de Farias[10] também aponta que a globalização é marcada pela mundialização do capital financeiro, com crescimento de empresas transnacionais e abertura de mercados:

Sem dúvida, “o mercado de câmbio se transformou no primeiro compartimento dos mercados financeiros a entrar na globalização e é partir dele que se desenvolve o mercado de derivados ou de securitização com relação à variação de moedas e juros”, como salienta o Professor JOSÉ LUÍS FIORI, destacando que o elemento principal desse fe-

nômeno mundializante é, efetivamente, o capital financeiro.

Ora, esse processo de mundialização do capital, tende a fomentar o consumo como forma de alcançar o lucro, que é o próprio resultado almejado. Nesse passo, é imperioso reconhecer como conseqüências desse fenômeno a hegemonia do capital financeiro, o crescimento de empresas transnacionais, a internacionalização da produção, a liberalização do comércio e o maior oferecimento de produtos e serviços, mudança nas práticas contratuais, com repercussões claras na sociedade organizada.

“Mercados abertos, liberdade alfandegária, fim da ideia de soberania, eliminação do xenofobismo, linhas de produção mundiais, capitais flutuantes e de extrema volatilidade frequentando mercados financeiros sem limites de fronteira, esses os traços característicos do processo de maximização da rentabilidade econômica, responsáveis pela mais drástica alteração estrutural no modo de produção capitalista dos últimos anos”, como reconhece o Prof. FERNANDO HERREN AGUILLAR, concluindo, coerentemente, que é “em matéria de Direito Econômico, esses efeitos são particularmente sentidos”.

Nesse contexto, importa, sobretudo, visualizar os evidentes efeitos da globalização. Finkelshtein[11] observa que, nos dias de hoje, a velocidade com que as relações internacionais privadas acontecem supera a capacidade de os sistemas locais regulá-las, dificultando aos tutelados dos diversos sistemas jurídicos a existência de uma previsibilidade ao deslinde de seus casos, assim como uma segurança, vez que pode não haver certeza com relação a qual o direito irá regular suas relações jurídicas. O comércio eletrônico possibilita a qualquer um comprar e vender de e para qualquer jurisdição sem ao menos sair de um país; os fluxos migratórios estão cada vez maiores; o turismo traz consigo uma movimentação temporária e a possibilidade de criar litígios transfronteiriços; os investimentos internacionais alcançam patamares nunca antes previstos; os intentos integracionistas e o siste-

ma multilateral do comércio estão cada vez mais liberalizando o comércio internacional e o fato é que tais relações conectadas a diversos sistemas legais têm efetivamente um direito aplicável, que não necessariamente é o brasileiro.

Configura-se, portanto, um contexto de crescente aumento de negócios e de relações comerciais internacionais, no qual o contrato internacional reafirma cada vez mais a sua função social de instrumentalizar a vontade das partes, pelo qual criam, extinguem ou modificam direitos, produzindo efeitos de natureza jurídica na esfera patrimonial dos contratantes[12].

Nesse contexto, João Luís Nogueira Matias[13] salienta que “o comércio internacional tem como seu maior instrumento os contratos”, lembrando que, na definição de Irineu Strenger, “são contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal, lugar do contrato, lugar de execução ou qualquer circunstância que exprima um nome indicativo do direito aplicável.”

Neste ponto, cabe a oportuna advertência de Luizella Giardino Barbosa Branco[14], sobre a complexidade da elaboração de um contrato internacional:

O processo de preparação de um contrato internacional é mais complexo por reunir na sua formação uma série de elementos diferenciados e especializados, que não se faz presente no âmbito de um contrato interno. Tais distinções podem ser observadas nos mecanismos de sua construção e execução. As partes de um contrato internacional confrontam-se com uma diversidade de sistemas jurídicos e econômicos, na variação de língua estrangeira, da moeda e câmbio, entre outras particularidades.

A par disso, as previsões essenciais de um contra-

to internacional, como anota ainda Luizella Giardino B. Branco[15], são: a) a qualificação dos contratantes; b) a finalidade do contrato; c) os direitos e deveres das partes; d) o detalhamento do projeto e sua localização; e) a imprevisão ou força maior e hardship; f) a escolha da lei aplicável; g) o sigilo; h) a língua do contrato; i) a convenção arbitral.

Note-se, pois, que em se tratando de contrato internacional, a convenção arbitral é considerada hoje como previsão essencial, visando maior segurança jurídica para as partes contratantes.

Portanto, dado esse contexto atual, marcado pela globalização, não resta dúvida sobre a importância que assumem os contratos internacionais, e, sobretudo, a conveniência da convenção arbitral, cujo instituto será mais bem abordado em tópico adiante.

## **2. A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FALÊNCIA E DO JUÍZO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PREVISTA NA LEI Nº 11.101/05**

Em linhas gerais, a falência é execução coletiva, prevista na Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reúne todos os credores do devedor presumivelmente insolvente.

Uma vez declarado falido, o devedor terá, por força de lei, reunidos os seus credores no processo falimentar, cujo processo objetiva, em suma, a liquidação judicial do patrimônio do falido para pagamento aos credores. E os credores terão seus créditos quantificados e classificados, conforme a lei, de modo que possam receber, segundo a ordem legal, o rateio dos recursos arrecadados da massa falida.

Rubens Requião[16] lembra que a falência é um instituto “marcadamente de ordem pública, muito embora vise resolver em massa questões de interesses essencialmente privados”.

A recuperação judicial, por sua vez, segundo Sérgio Campinho[17], é um instituto desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação de crise financeira, “motivado por

um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor”, cuja superação, porém, dependerá da vontade dos credores, que, nos termos da Lei 11.101/05, deverão aprovar o Plano de Recuperação que lhes será submetido, em juízo, pelo devedor.

Nos estreitos limites do presente estudo, o que se quer destacar é que o artigo 76 da lei falimentar estabelece que “o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”. Destaca-se que, em sequência, o artigo 115 da mesma lei estabelece que “a decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que a própria lei falimentar prescrever”.

Manoel Justino Bezerra Filho[18] comenta o referido artigo 76, relativo ao juízo universal da falência:

1. Este art. 76 consagra a chamada “universalidade do juízo falimentar”, em decorrência da qual o juiz que preside a falência é competente, em princípio, para todas as ações sobre as quais haja interesse da massa, disposição esta que repete em parte o que dizia o art. 7º da lei anterior. Em princípio, qualquer ação contra a massa falida ficará suspensa e os credores deverão todos comparecer à falência (art.6º), habilitando seus créditos, habilitação na qual serão decididos aqueles aspectos que eventualmente seriam discutidos em tais ações ou execuções individuais.

2. Como regra geral, anote-se o princípio da universalidade do juízo da falência, com a vis atractiva falimentar, no sentido de que exerce força de atração sobre os demais processos de interesse da massa. Observe-se, porém, desde já, a primeira exceção que ressalva as causas trabalhistas, que deverão ser decididas pelo próprio juiz especializado do trabalho, devendo ser habilitada na falência a im-

portância que aquela justiça especializada entender como correta.

3. A segunda exceção diz respeito às causas fiscais. Bottesini (p.145) anota que a Fazenda Pública não se sujeita ao concurso universal na falência, o que eventualmente redundará em prejuízo para o próprio Fisco, que pode prosseguir com a execução e levar o bem à hasta pública, devendo, porém, o produto ser encaminhado para a massa, para o pagamento preferencial dos credores que, na ordem legal, estão adiante do Fisco.

4. A terceira exceção diz respeito às ações não reguladas nesta Lei, em que o falido figure como autor ou litisconsorte ativo. Ou seja, a Lei está falando exclusivamente de ações propostas pelo falido. O exemplo que sempre auxilia a compreensão pode ser lembrado no caso de a massa falida ter valores a receber por mercadorias vendidas a pessoa domiciliada em outra praça. Em tal caso, a ação de cobrança ou execução será ajuizada ante o juízo do domicílio do devedor e não perante o juízo da falência. Já no caso, por exemplo, da ação revocatória (art. 131), será ajuizada ação ante o juízo da falência, pois se trata de ação regulada nesta própria Lei de Recuperação e Falência.

O mesmo autor[19] comenta, também, o referido artigo 115, que é complementar ao juízo universal da falência:

1. Ante o princípio da universalidade do juízo falimentar consagrado no art. 76, todos os credores ficam sujeitos a ele; perante o juízo falimentar é que devem exercer seus direitos, respondendo pelas dívidas os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável. O tipo de sociedade empresária mais comum nos dias de hoje é a sociedade anônima ou a sociedade limitada e nestas os bens pessoais dos acionistas e cotistas não respondem pelas dívidas da sociedade.

2. Os casos clássicos de responsabilidade abrangendo os bens pessoais ocorrem naquelas sociedades nas quais há sócios com responsabilidade ilimitada (sociedade em nome coletivo, art. 1.039

do Código Civil; sócio comanditado, na comandita simples, art. 1.045 do Código Civil; diretor com nome na firma ou razão social, na comandita por ações, art. 281 da Lei 6.404/76). Também respondem de forma ilimitada os componentes da sociedade em comum, antiga sociedade irregular ou de fato, nos termos do art. 990 do Código Civil.

Ademais, a lei falimentar é expressa no sentido de que as habilitações e impugnações de crédito devem ser processadas e julgadas perante o juízo da recuperação judicial ou da falência, conforme esclarece Campinho:

Decretada a falência ou determinado o processamento da recuperação judicial, os credores sujeitos a seus efeitos, na falência denominados de concursais em oposição aos extraconcursais, estarão submetidos a um processo judicial de verificação de créditos, realizado pelo juízo da recuperação ou da falência, a fim de que adquiram o direito de receber as importâncias por eles pugnadas. Com o procedimento se pretende assegurar o acertamento do passivo do devedor, para nele efetivamente figurarem os créditos legítimos, pelos valores exatos, e segundo a classificação que por direito lhes caiba.

Cumpra anotar, ainda, que o artigo 66 da lei falimentar estabelece que, “após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial”.

O artigo 103, por sua vez, estabelece que “desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”.

Não há dúvida, portanto, sobre a higidez do juízo universal da falência, que atrai para si todos os litígios de interesse da massa falida, salvo as questões trabalhistas, fiscais e as que não estão reguladas na lei falimentar, cujo juízo universal também sucede em sede de processo de recuperação judicial[20].

Isso posto, o que se investiga é se estes dispositivos legais, expressos na lei falimentar, que constituem o juízo universal da falência e da recuperação judicial, retiram a eficácia da convenção arbitral, deslocando a competência de solução de litígios sobre a existência e quantificação de obrigações da arbitragem para o Poder Judiciário, e se os efeitos da falência e da recuperação judicial transmudam os bens patrimoniais do devedor, que antes eram disponíveis, em direitos patrimoniais indisponíveis.

Demonstrar-se-á, adiante, à guisa de conclusão, como a doutrina e a jurisprudência respondem a estas questões, quando confrontadas com a prevalência ou não de convenção arbitral pactuada em contrato internacional, na forma de cláusula compromissória cheia, quando uma das partes contratantes, figurando como devedora, em sede de recuperação judicial ou de falência, contesta a validade ou valor da obrigação decorrente do contrato internacional.

### 3. ARBITRAGEM INTERNACIONAL E LEX MERCATORIA

É de Finkelstein[21] a afirmação de que “para os operadores do comércio internacional, a arbitragem é certamente o meio mais propício para a solução das controvérsias”, destacando-se que, no Brasil, a Lei nº 9.307, de 23-09-1996 estabeleceu a arbitragem como método alternativo ao Poder Judiciário para solução de disputas.

Para Frederico E. Z. Glitz[22], o crescimento da arbitragem internacional está relacionado diretamente com o contexto da globalização:

Cada vez mais há a necessidade de implementação de instrumentos de pacificação internacional, através de modos alternativos para solução de controvérsias. (...)

Com o incremento do fenômeno da globalização e a tendência de formação de blocos econômicos, cresceu a necessidade de meios jurídicos que assegurassem uma solução rápida, econômica, sigilosa

e técnica para os conflitos de interesses que surgissem em decorrência dessas relações.

Desse modo, para se garantir um tratamento equânime entre as partes, afastando a incerteza quanto a isenção de Tribunais locais em conflitos entre nacionais e estrangeiros, implementou-se um sistema moderno de arbitragem.

Finkelstein[23] esclarece que a “arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais estatais, especialmente em função da preservação da autonomia da vontade das partes, da rapidez comparada ao Judiciário, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do custo, na maioria das vezes, e também da possibilidade de manutenção do sigilo sobre a questão em debate.”

A respeito da arbitragem internacional, de que se trata no presente estudo, o parágrafo único do artigo 34 Lei nº 9.307, de 23-09-1996 estabelece que “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.”

Sobre a distinção entre a arbitragem doméstica e a arbitragem internacional, Finkelstein[24] melhor esclarece:

O legislador brasileiro não estabeleceu regras distintas para a arbitragem nacional e a internacional, somente um processo diferenciado para homologação de laudos arbitrais emitidos fora do território nacional. Assim, o critério brasileiro para a determinação da internacionalidade do laudo é o geográfico. Laudo emitido fora do território brasileiro é estrangeiro, independentemente da nacionalidade ou domicílio das partes, do local de cumprimento, da natureza do contrato que deu origem ao litígio, do idioma, da lei aplicável ou da moeda da obrigação.

Segundo a convenção Europeia de Genebra de 1961, arbitragem comercial internacional é a que “vai dirigida a dirimir litígios nascidos ou suscetíveis de nascer de operações de comércio internacional” (Artigo 1º), já em Portugal, “entende-se

por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional” (Lei nº 31/89, Artigo 32).

O Brasil optou por não fazer distinção alguma entre os procedimentos, gravando, no entanto, o procedimento de execução com uma metodologia diferenciada, que, no entanto, reconhece como válido e eficaz o procedimento estrangeiro, tornando-o passível de homologação em território nacional.

Portanto, resta evidenciado que, para o direito brasileiro, a arbitragem internacional é aquela realizada fora do território nacional, cuja sentença arbitral estrangeira deve ser homologada perante o Superior Tribunal de Justiça, em procedimento previsto na própria lei que rege a matéria[25].

Deve-se registrar, por oportuno, que apenas os direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbitragem, conforme estabelece o artigo 1º da lei brasileira.

A par disso, é certo que a arbitragem deriva diretamente da autonomia da vontade das partes. Como regra, diz Finkelstein[26], a vontade das partes as vincula, faz lei entre elas (*pacta sunt servanda*), cuja vontade se manifesta por meio da convenção de arbitragem.

A arbitragem decorre da vontade expressa das partes por meio da convenção de arbitragem, que é gênero e manifesta-se em duas diferentes espécies: a cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) e o compromisso arbitral.

A Lei de Arbitragem, em seu Artigo 4º, define cláusula compromissória como “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato”. Seria uma determinação in abstracto da forma eleita pelas partes para solucionar quaisquer litígios futuros derivados daquele contrato.

Por sua vez, o compromisso arbitral “é a convenção através da qual as partes submetem um li-

tígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (Artigo 9º). Assim, já individualizada a controvérsia, as partes firmam o compromisso, indicando in concreto qual o litígio, determinando quem será o(s) árbitro(s) e qual o procedimento e prazos a serem seguidos.

Desta forma, apesar de facultativo o uso do juízo arbitral no âmbito da Lei nº 9.307/96, uma vez adotado por meio da inserção, de cláusula compromissória no bojo de um contrato, torna-se obrigatória para as partes a utilização deste meio, podendo qualquer uma delas exigir a instalação do juízo arbitral para dirimir o litígio.

Na cláusula compromissória, a escolha do local para a realização da arbitragem influirá também no processo de execução, pois quando proferida no Brasil a sentença pode ser imediatamente executada, por ser comparada a uma sentença judicial; já quando proferida fora do território nacional, o reconhecimento e execução dependerão da homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (EC 45) [27].

Todavia, essa autonomia da vontade das partes encontra limites, como também observa Finkelstein[28]:

A autonomia da vontade encontra seus limites nas leis imperativas, na ordem pública que é conceito mais político que jurídico ou social. É conceito temporal e variável, de conteúdo social, político e jurídico. (...) Não é um conceito passível de uma definição universalmente aceita. Dependerá do caso concreto e do entendimento do julgador.

(...) essa liberdade de ação conferida às partes contratantes não é limitada, vez que não pode afastar a aplicabilidade das chamadas normas de ordem pública vigentes nos países com os quais o contrato internacional esteja relacionado, ou seja, aquelas jurisdições nas quais referido contrato internacional produzirá seus efeitos.

De todo modo, como anota Luizella Giardino B. Branco[29], “a arbitragem garante aos contratantes

tes grande liberdade na escolha do modo pelo qual será resolvido o conflito. Com relação ao direito aplicável, essa liberdade traduz-se nas regras de procedimento que o árbitro irá se utilizar e da opção do direito material a ser aplicado na solução do litígio”.

Portanto, em se tratando de procedimento arbitral, as partes podem escolher que a arbitragem seja regida ou por normas de direito eleitas por elas próprias, ou por equidade, e podem optar por “leis nacionais, pelos princípios gerais do direito, pelos usos e costumes ou pelas regras internacionais do comércio, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”[30].

E como os usos e costumes podem ser eleitos pelas partes como fontes normativas, registre-se, neste ponto, a *lex mercatoria*.

Para Finkelstein[31], há muitos anos se discute em meios acadêmicos a existência da *lex mercatoria*, sendo que existem diversas correntes propugnando pela sua existência e diversas outras propugnando pela impossibilidade de uma lei “anacional”, sem vínculo algum com um sistema jurídico estatal ou mesmo sem alguma substantivação, ainda que mínima.

No entanto, não podemos concordar com esses argumentos, até porque muitas decisões arbitrais se baseiam na *lex mercatoria*. Aliás, há indícios de que a *lex mercatoria* pode ser tão antiga quanto as leis humanas, e mais antiga do que a lei escrita, conforme defende Gerard Malynes, a quem se atribui a primeira definição de *lex mercatoria* em 1622. Tendo percorrido grande parte do território europeu fazendo um estudo das práticas comerciais, MALYNES conclui que: “e os mercadores viajavam de país a país. [...] E provou-se ser verdadeiro (e a experiência confirmou) que *vita ciculis in societa posita est, societates autem in império & commercio*. Assim, esta aparentava que a Lei dos Comerciantes pode ser tão antiga quanto as leis humanas, e mais antiga que qualquer lei escrita. A própria lei moral, na forma escrita por Moisés, o foi muito após a Lei dos Comerciantes derivada dos costumes”.

Para que não paire dúvida sobre a existência ou não da *lex mercatoria*, nada melhor do que a apresentação de alguns exemplos de sua aplicação prática que fogem às regras de abstração e incerteza características desta.

O crédito documentário é um típico exemplo de *lex mercatoria*. Sua normatização ocorreu por meio da Câmara Internacional de Comércio, que elaborou em 1933 a primeira versão das frequentemente atualizadas RUU (*Règles et Usages Uniformes Relatives aux Crédits Documentaires*), regulação essa que decorreu dos usos e costumes internacionais.

O mesmo se pode dizer dos chamados INCON-TERMS (regras oficiais da Câmara Internacional de Comércio para a interpretação de termos comerciais), elaborados em 1936, atualizados frequentemente e utilizados virtualmente em todas as operações de comércio internacional. Já os princípios gerais costumeiramente aplicados aos contratos internacionais do comércio foram positivados em um diploma pela UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law), em 1994, tendo este sido atualizado em 2004 e 2010. Enquanto que o comitê da Basiléia vem editando regras e princípios relativos à atividade bancária internacional desde 1975. Em resumo, trata-se de regulamentações das principais cláusulas contratuais utilizadas no comércio internacional, novamente resultante dos usos e costumes comerciais. Resta claro, portanto, que, em alguns aspectos, não há que se questionar a existência de *lex mercatoria*, constatando-se, no entanto, que em áreas sob as quais inexistente reforço internacional de unificação e harmonização, a correta definição de seu conteúdo é de difícil afirmação. Assim, especialmente em procedimentos arbitrais internacionais, nos quais estão envolvidas relações comerciais transnacionais, a aplicação de usos e costumes utilizados no comércio é, na maioria das vezes, fundamental para uma análise e compreensão dos conflitos, bem como para o proferimento de decisões corretas e adequadas. Em geral, normas positivadas relativamente estáticas, tais como legislações nacionais e tratados internacionais, não acompanham

a flexibilidade e dinâmica das práticas comerciais. Por isso, a enorme utilização da *lex mercatoria* em arbitragem e o desenvolvimento da íntima relação entre os institutos[32].

Decerto, “a adoção da ‘*lex mercatoria*’ apresenta-se, na atual fase de globalização da economia como um grande facilitador da contratação no comércio internacional, afastando a incerteza dos julgamentos nacionalistas que podem prosperar em qualquer parte do mundo, seja por ideologia, seja por xenofobia, ou pelo prosaico comodismo de decidirem os juízes sem maiores indagações sobre o direito alienígena”[33].

Não resta dúvida, portanto, da relevância da arbitragem, e inclusive da *lex mercatoria*, no contexto atual da globalização.

#### **4. OS EFEITOS DA FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL SOBRE A CONVENÇÃO ARBITRAL**

A investigação empreendida revela que o instituto da arbitragem, e inclusive da *lex mercatoria*, prestigiam a autonomia da vontade das partes e permitem maior segurança jurídica na solução de conflitos decorrentes de relações comerciais internacionais, crescentes exponencialmente por força da globalização.

A par disso, resta saber em que medida a convenção arbitral, pactuada em contrato internacional, na forma de cláusula compromissória cheia, pode ser afetada por recuperação judicial ou falência que afete o devedor.

A doutrina de Donaldo Armelin já se ocupou de tal questão, reconhecendo que a falência pode suscitar dúvida sobre a prevalência da arbitragem. Contudo, Armelin[34] sustenta que não há fundamento a justificar a suspensão de procedimento arbitral iniciado ou a se iniciar, com lastro em convenção de arbitragem celebrada antes da falência. Confira-se:

Há, sem dúvida, como antes já examinado, um tipo especial de execução concursal, que, pela sua

natureza e finalidade, pode gerar questionamento quanto à sua aptidão para afetar higidez da arbitragem já iniciada ou da convenção de arbitragem também já pactuada. Trata-se da falência, atualmente disciplinada pela Lei 11.101, de 09.02.2005, cujo art. 6º dispõe:

“A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.”

O texto legal é suficientemente amplo para abranger, na sua literalidade, as execuções e as ações de conhecimento, não se reportando, todavia, às arbitragens em curso ou a serem iniciadas. Considerando-se o caráter de indivisibilidade emprestado ao foro da falência, no sentido de concentrar todos os créditos e litígios sob a mesma autoridade judicial, para controle dos pagamentos aos credores com a manutenção, *quantum satis*, do princípio da *par condicio creditorum*, é perfeitamente aceitável a imposição da cessão da fluência das execuções em face do devedor e a centralização das ações sob a mesma competência. Mas a suspensão de processos de conhecimento em que se discutem o *an* e o *quantum debeatur* dos credores, soa excessiva, considerando-se que os créditos apurados judicialmente passarão pelo crivo do processo falimentar.

Deveras, a falência é, sob o prisma processual, uma execução que, por ser concursal, deve albergar todas as execuções dos credores do falido. Mas inexistente fundamento jurídico para a suspensão das ações de conhecimento, cujo escopo é tão-somente aparelhar títulos executivos que habilitam os credores do falido a participar da execução dessa natureza. Se justificável a fixação de competência exclusiva do foro da falência para o conhecimento e decisão das ações aforadas em face do falido, tal não justifica a sua suspensão. Com maior razão, portanto, injustificável será a suspensão de uma arbitragem em curso ou a se iniciar com lastro em convenção de arbitragem celebrada antes da falência e do período por ela alcançado.

Assim, relativamente às arbitragens em curso, não há porque se sobrestar, na dependência do desenvolvimento da falência. Nelas se discute a existência de uma determinada obrigação relativa a direitos patrimoniais e disponíveis. A indisponibilidade dos bens do falido, resultante de falência, tem um caráter e escopo também cautelares, por tornar ineficaz qualquer alienação destes, enquanto pendente o processo falimentar. É forma de se obter a manutenção do patrimônio do falido, garantia comum de todos os credores. Essa garantia não se esgarça com a pendência de arbitragem, cujo resultado também pode ser de preparar e aparelhar uma execução, na qual, salienta-se, o crédito nela apurado poderá, quando cabível, ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário, mediante a utilização dos instrumentos pessoais adequados.

Aliás, Armelin<sup>[35]</sup>enfrenta questão do juízo universal da falência, mas conclui que a arbitragem convencional não resta prejudicada.

O prosseguimento de arbitragem após a decretação da falência é análogo à continuidade do processamento das reclamações trabalhistas perante a Justiça Laboral, com a consequente habilitação dos créditos nela reconhecidos, na execução falimentar, tal como o determina o art. 76 da Lei de Quebras. A falência, nessa hipótese, não dispõe do condão de romper as balizas da competência da Justiça do Trabalho, constitucionalmente delimitada, mas indisputavelmente um tipo de competência absoluta em razão da matéria. Ora, se a distribuição da competência entre as várias Justiças que integram o Poder Judiciário é suficiente para estancar a vis atractiva da falência, com maior razão a diversidade entre a jurisdição estatal e a arbitral será bastante para esse fim.

A continuidade do processo arbitral, após a decretação da falência de uma das partes nele envolvidas, não viola a ordem pública interna, nem coloca em risco a regularidade da execução concursal. Não implica risco de tratamento discriminatório entre credores, até porque, como já acentuado supra, a arbitragem não vai além da declaração, em sentido lato, do direito das partes. O remoto ris-

co de utilização da arbitragem para obter resultado vedado em lei, tem, como sucede com o mesmo risco decorrente do processo simulado (art. 129 do CPC), meios de ser superado mediante o instrumento processual da invalidação da sentença arbitral.

Sem dúvida, relativamente a falência vige o princípio que consagra a indivisibilidade do respectivo juízo, insculpido no art. 76 da Lei 11.101 de 09.02.1995, que dispõe, verbis:

“O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.”

Mas esse princípio não abarca a arbitragem, que não se encanta entre ações judiciais, como é cediço. Existe no Brasil inequívoca separação entre a jurisdição estatal e a arbitral. A invocação do direito estrangeiro não aproveita, considerando-se as características próprias de cada sistema jurídico existente. Notadamente ao plano constitucional, no qual, como assegura a CF/88, existe a tutela do direito adquirido e a garantia à tutela arbitral, se e quando decorrente da convenção arbitral, da qual resulta o direito a esse tipo de tutela. (...)

Não há, pois, obstáculo jurídico a continuidade da arbitragem, quando decretada a falência de uma das partes litigantes na tela arbitral. Atuam ambas em campos diversos, ainda que o resultado da arbitragem possa, eventualmente, implicar consequências na execução concursal, na medida em que fixará a existência ou não do direito patrimonial questionado e, pois, influenciará na possibilidade de sua habilitação no juízo falimentar. Esse posicionamento pró-arbitragem lastreia-se na circunstância de se manter hígida e eficaz a convenção da arbitragem a despeito de decretação de falência de um dos seus signatários, como tem sido acentuado supra. (...)

Portanto, é de se concluir no sentido da iniciação

e continuidade da arbitragem resultante de convenção de arbitragem celebrada antes da decretação da falência de uma das partes nela envolvidas. Esta conclusão não se altera pela circunstância de ter o Ministério Público uma atividade fiscalizadora na tela falimentar, estando, pois, legitimado a ajuizar as ações cabíveis na defesa dos direitos e interesses da massa falida, mas não para ingressar em arbitragem para monitorar ou nela atuar como custos legais. Caber-lhe-á, se admissível for, postular o reconhecimento de invalidade da decisão arbitral que se encarta em uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei 9.307/96.

Isto em razão de ser a arbitragem terreno exclusivo de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis já submetidos, mediante convenção de arbitragem anterior à quebra, a jurisdição privada. A intervenção fiscalizadora do Parquet haverá de ocorrer após o término da arbitragem e a inserção de seu resultado na execução concursal correspondente a falência, se e quando tal sentença convolar-se em título executivo judicial.

Na jurisprudência também se colhem julgados que enfrentaram a questão, dentre os quais se destaca acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da lavra no Desembargador Pereira Calças, que tem a seguinte ementa[36]:

Agravo de Instrumento. Falência. Impugnação judicial objetivando habilitação de crédito fundamentado em sentença arbitral. Cláusula com promissória pactuada em contrato de construção de edifício firmado entre as partes. Inadimplemento contratual gerador de resolução do contrato e formulação de demanda perante a Câmara de Arbitragem. Posterior decretação da falência da demandada. Intervenção do Administrador Judicial da Massa Falida no procedimento arbitral, com alegação de incompetência do Juízo Arbitral, em face da falta de capacidade processual da falida e indisponibilidade dos bens da devedora, com base no artigo 25, da Lei nº 9.307/96, sustentando dever a demanda ser atraída para o Juízo Universal da Falência.

Prosseguimento da demanda arbitral com condenação da devedora na indenização fixada pela

Câmara de Arbitragem. Aplicabilidade do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 11.101/2005, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, o processo não é suspenso em virtude da falência da devedora, inexistindo a “vis attractiva” do art. 76, “caput”, devendo o procedimento arbitral prosseguir com o administrador judicial que representará a massa falida, sob pena de nulidade. Inaplicabilidade do artigo 117 à convenção de arbitragem. Inexistência de previsão legal de intervenção do Ministério Público nas demandas arbitrais em que a massa falida seja parte, especialmente sob a óptica do veto ao artigo 4º, da Lei nº 11.101/2005, que não manteve norma similar ao artigo 210 do Decreto-lei nº 7.661/45. Legitimidade da inclusão do crédito reconhecido no Tribunal Arbitral no Quadro-Geral de Credores da falida, pelo valor determinado no juízo arbitral, limitada a atualização monetária e os juros até a data do decreto da quebra, a teor dos artigos 9º, inciso II e 124, ambos, da Lei nº 11.101/2005. Agravo parcialmente provido para ser deferida a impugnação e a habilitação do crédito da agravante, observados os limites acima estabelecidos.

Do referido acórdão, destacam-se os seguintes trechos de sua fundamentação[37]:

Em que pese o respeito à argumentação adotada, mesmo considerando-se que no processo de falência há interesses da coletividade dos credores do devedor comum, não se entrevê qualquer impedimento ao cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à decretação da falência, em cláusula prevista no contrato firmado por pessoas jurídicas, regularmente constituídas e apresentadas na forma de seus atos constitutivos, com plena capacidade negociai e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme estabelece o artigo 1º, da Lei nº 9.307, de 1996.

Outrossim, é correta a assertiva do ilustre magistrado de que decretada a falência, o devedor perde o direito de administrar seus bens ou deles dispor, na dicção expressa do artigo 103 da Lei nº 11.101/2005. No entanto, disso não resulta que a indisponibilidade dos bens, interesses e direitos envolvidos no processo de falência, acarrete a aplicação

do artigo 25 da Lei nº 9.307/96 à convenção de arbitragem anteriormente pactuada, eis que, caberá à Massa Falida, representada pelo Administrador Judicial, praticar todos os atos conservatórios de direitos e ações, consoante prevê o artigo 22, inciso III, alínea I, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Além disso, não procede a afirmativa da decisão recorrida no sentido de que, decretada a quebra, deveria haver a imediata suspensão do procedimento arbitral, eis que, versando a demanda sobre quantia ilíquida, incide no caso o artigo 6º, § 1º, da Lei nº 11 101/2005, que afasta a suspensão das ações movidas contra o devedor, prevista no “caput” do referido dispositivo legal, ao determinar que “terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”, cumprindo apenas que se observe o artigo 76, parágrafo único, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências, “todas as ações, inclusive as excetuadas no ‘caput’ deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado, sob pena de nulidade do processo”.

Outrossim, também sem fomento jurídico, “venia concessa”, a assertiva de que, em se tratando de contrato com cláusula de arbitragem, deve ser observado o artigo 117 da Lei nº 11 101/2005, que estabelece os efeitos da falência em relação aos contratos bilaterais, “que não se resolvem pela falência e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo, ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê”. No caso vertente, o contrato bilateral de construção de edifício celebrado entre as partes já estava resolvido unilateralmente, desde 31 de julho de 2004 e, quando foi decretada a falência, em 14 de junho de 2005, a demanda arbitral já havia se iniciado por pedido formulado ao Tribunal Arbitral em 20 de abril de 2005.

Não se olvide, ademais, que o conceito de contrato bilateral que se insere na regra do artigo 117 da Lei nº 11 101/2005, não é o mesmo adotado pelo direito comum das obrigações. Contrato bilateral

na esfera do direito falimentar não é aquele em que ambas as partes contratam obrigações recíprocas e contrapostas, ou seja, como leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA “no contrato bilateral cada uma das partes é credora e reciprocamente devedora da outra” (Instituições de Direito Civil, Ed. Forense, 12ª edição, Rio de Janeiro, 2005, atualizado por Régis Fichtner, vol III, p 66).

(...)

Diante de tais considerações, não entrevejo qualquer óbice para a habilitação do crédito da agravante, que, como se verifica, foi fixado pela Câmara de Arbitragem, nos exatos termos do contrato celebrado entre as partes, ao tempo em que não havia qualquer restrição à capacidade para contratar da empresa agravada, nem indisponibilidade de bens patrimoniais. O fato de, posteriormente, ter sido decretada a falência da agravada, não pode ter eficácia retroativa a impedir o cumprimento da cláusula de arbitragem.

Como se vê, a doutrina e a jurisprudência[38] já se depararam com as questões que são objeto da presente investigação, e apontaram no sentido de que a decretação da falência ou o deferimento de recuperação judicial não retiram a eficácia da convenção arbitral pactuada.

Cabe ressaltar que o julgado referido trata de arbitragem doméstica, mas sua fundamentação amolda-se perfeitamente à hipótese de convenção arbitral pactuada em contrato internacional, sendo certo que a sentença arbitral ficará sujeita à prévia homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

## CONCLUSÃO

Sendo certo que a coerência é pressuposta do ordenamento jurídico, à guisa de conclusão é possível extrair da investigação as afirmações seguintes:

i. prevalece a convenção arbitral pactuada em contrato internacional, na forma de cláusula compromissória cheia[39], na hipótese de que uma

das partes contratantes, figurando como devedora e estando estabelecida no Brasil, ingressa com requerimento de recuperação judicial, com deferimento do processamento, e mesmo sobrevenha decretação de falência, ainda que não precedida de recuperação judicial. Em outras palavras: o advento de recuperação ou falência não retira a eficácia da convenção arbitral, e não desloca a competência de solução de litígios abrangidos pela convenção arbitral para o Poder Judiciário;

ii. qualquer litígio sobre a existência ou o valor da obrigação decorrente do contrato internacional, no qual as partes pactuaram convenção arbitral, na forma de cláusula compromissória cheia, deverá ser dirimido pela arbitragem, não sendo tal conflito atraído pelo juízo universal da falência;

iii. embora a falência acarrete indisponibilidade dos bens do devedor, quando pactuada anteriormente a convenção arbitral e os bens do devedor eram disponíveis, não se aplica o artigo 25 da Lei nº 9.307/96[40], de modo que os efeitos da falência e da recuperação judicial não transmudam a qualificação desse bens para efeito de sujeição à arbitragem.

## REFERÊNCIAS

Alves, Eliana Calmon. A arbitragem internacional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29762-29778-1-PB.pdf>>. Acesso em 14.11.2014.

ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. In: Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, n. 13, ab./jun./2007. Coordenador Arnold Wald, p. 16/29. Instituto Brasileiro de Direito Comparado, Editora Revista dos Tribunais.

BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. A arbitragem nos contratos internacionais. Disponível em: [http://www.cbsg.com.br/pdf\\_publicacoes/arbitragem\\_nos\\_contratos\\_internacionais.pdf](http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf)>. Acesso em 13/11/14.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova lei de recuperação e falências comentada. Lei 11.101, de

9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa - o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Dignidade da pessoa na economia globalizada. In: Miranda, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 41.

FINKELSTEIN, Cláudio. A “E-Lex Mercatoria”. In: Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/INCE, v. 2, n. 1, out./dez., 2002.

Direito Internacional. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22337-22339-1-PB.pdf>>. Acesso em 18/11/14.

MATIAS, João Luis Nogueira. Lex mercatória e contratos internacionais. In Revistas PGM, vol. 08, 2000.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1991.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fontes do comércio internacional e o direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs518.pdf>>. Acesso em 18/11/14.

[1] Advogado, Mestre em Direito Econômico pela PUC - SP, Especialista em Direito Tributário pela PUC de Campinas, Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo no biênio 2022/2023, e exerceu a função de Administrador Judicial em Falência e Recuperação Judicial.

[2] A convenção de arbitragem se manifesta em duas espécies: (a) cláusula compromissória e (b) compromisso arbitral. Pela cláusula compromissória as partes, em um contrato, se comprometem a submeter à arbitragem os conflitos que surgirem. A cláusula compromissória cheia é apta a instruir procedimento arbitral, dispensando a necessidade de intervenção judicial para suprir a vontade recalcitrante. No compromisso arbitral as partes submetem um litígio, in concreto, à arbitragem de uma ou mais pessoas, determinando quem será o árbitro, o procedimento e os prazos a serem seguidos. [inserir referência bibliográfica, muito embora há que se evitar citação na introdução, que visa tão somente introduzir o assunto estudado e propor a problemática a ser tratada].

[3] Alves, Eliana Calmon. A arbitragem internacional. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29762-29778-1-PB.pdf>>. Acesso em 14.11.2014.

[4] FINKELSTEIN, Cláudio. Direito Internacional. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 136.

[5] FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 41, p. 81-95, jan.-mar. 2002.

[6] COMPARATO, Fábio Konder. A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 250.

[7] Ibidem, p. 250.

[8] Ibidem pp. 251/253.

[9] COELHO, Fábio Ulhoa. Dignidade da pessoa na economia globalizada. In: Miranda, Jorge;

SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 1344/1354.

[10] FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 41, p. 81-95, jan.-mar. 2002.

[11] Ibidem, pp. 133/134.

[12] BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. A arbitragem nos contratos internacionais. Disponível em: <[http://www.cbsg.com.br/pdf\\_publicacoes/arbitragem\\_nos\\_contratos\\_internacionais.pdf](http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf)>. Acesso em 13/11/14.

[13] MATIAS, João Luis Nogueira. Lex mercatória e contratos internacionais. In Revistas PGM, vol. 08, 2000.

[14] BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. A arbitragem nos contratos internacionais. Disponível em: <[http://www.cbsg.com.br/pdf\\_publicacoes/arbitragem\\_nos\\_contratos\\_internacionais.pdf](http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf)>. Acesso em 13/11/14.

[15] Ibidem.

[16] REQUIÃO, Rubens. Curso de direito falimentar. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 22.

[17] CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa - o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

[18] BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova lei de recuperação e falências comentada. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comentário artigo por artigo. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 192/193, em comentário ao artigo 76.

[19] Ibidem, pp. 192/193, em comentário ao artigo 115.

[20] Nesse sentido a posição do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se Agravo Regimental no Conflito de Competência. Falência. Lei n.

11.101/05. Interpretação sistemático-teleológica dos seus dispositivos. Execução de crédito trabalhista. Juízo universal. Precedentes da Segunda Seção do STJ. Manutenção da decisão agravada que conheceu do conflito para declarar a competência do juízo de direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo - SP. Recurso a que se nega provimento. (AgRg no CC 118.908/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 26/09/2014).

[21] *Ibidem*, p. 165/166.

[22] GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anejos/22337-22339-1-PB.pdf>>. Acesso em 18/11/14.

[23] FINKELSTEIN, Cláudio. Direito Internacional. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 167/168.

[24] *Ibidem*, pp. 166/167.

[25] Lei nº 9.307, de 23-09-1996, art. 35 e seguintes, cuja competência para reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, que antes era do Supremo Tribunal Federal, atualmente é do Superior Tribunal de Justiça, por força da Emenda Constitucional 45/2004, que alterou o art. 105, alínea i, da Constituição Federal.

[26] FINKELSTEIN, Cláudio. Direito Internacional. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.

[27] *Ibidem*, p. 168.

[28] FINKELSTEIN, Cláudio. Direito Internacional. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 138 e 143.

[29] BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. A arbitragem nos contratos internacionais. Disponível em: <[http://www.cbsg.com.br/pdf\\_publicacoes/arbitragem\\_nos\\_contratos\\_internacionais.pdf](http://www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/arbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf)>. Acesso em 13/11/14.

[30] *Ibidem*, p. 145.

[31] FINKELSTEIN, Cláudio. A “E-Lex Mercatoria”. In: Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/INCE, v. 2, n. 1, out./dez., 2002, p. 99/106.

[32] FINKELSTEIN, Cláudio. Direito Internacional. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 173/174.

[33] TAVOLARO, Agostinho Toffoli. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fontes do comércio internacional e o direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs518.pdf>>. Acesso em 18/11/14.

[34] ARMELIN, Donaldo. A arbitragem, a falência e a liquidação extrajudicial. In: Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, n. 13, ab./jun./2007. Coordenador Arnold Wald, p. 16/29. Instituto Brasileiro de Direito Comparado, Editora Revista dos Tribunais.

[35] *Ibidem*.

[36] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 531.020-4/3-00, julgado em 25/06/2008. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

[37] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 531.020-4/3-00, julgado em 25/06/2008. Relator Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças.

[38] No mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Embargos de Declaração nº 644.204-4/4-01, registro nº 02755989, Relator Desembargador Maia da Cunha: “A superveniência da massa falida e indisponibilidade de seus bens não impede a aplicação da Lei nº 9307/96, prosseguindo-se o processo de arbitragem com a participação do administrador judicial. Precedente da Câmara de Falências e Recuperações deste TJSP.”

[39] A convenção de arbitragem é gênero, que se manifesta em duas espécies: (a) a cláusula compromissória e o (b) compromisso arbitral. Pela cláusula compromissória as partes, em um contrato, se comprometem a submeter à arbitragem os conflitos que surgirem. A cláusula compromissória cheia é apta a instruir procedimento arbitral, dispensando a necessidade de intervenção judicial para suprir a vontade recalcitrante. No compromisso arbitral as partes submetem um litígio, in concreto, à arbitragem de uma ou mais pessoas, determinando quem será o árbitro, o procedimento e os prazos a serem seguidos.

[40] Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

---

### **\*Eduardo Garcia de Lima**

é advogado, mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e especialista em Direito Tributário pela PUC de Campinas. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo no biênio 2022/2023, e exerceu a função de Administrador Judicial em Falência e Recuperação Judicial.



DIVULGAÇÃO

Arbitral

# JURISDIÇÃO E ARBITRAGEM: TRÊS COMENTÁRIOS BREVÍSSIMOS SOBRE A INTERFACE ENTRE **ARBITRAGEM E PROCESSO DE EXECUÇÃO**

**Suzana Cremasco\***, sócia da  
**Suzana Cremasco Advocacia**

---

**Não basta** se solucionar o conflito, mas **é indispensável** que se consiga **efetivar** essa decisão

**A** crescente utilização da arbitragem como método de solução de conflitos tem gerado o surgimento de zonas cada vez maiores de interseção entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal.

Nesse contexto e tendo como premissa a busca pela coexistência e pela cooperação entre esses dois universos, esta análise se propõe a responder, brevemente, três importantes questões relativas ao tema.

**1ª Questão:**  
**Em decisão sobre tutela de urgência, quais os poderes dos árbitros para a efetivação das suas próprias medidas? É possível cogitar de atribuir aos árbitros os poderes para decretar medidas atípicas, como previstas no artigo 139 do CPC?**

De início, é preciso que se diga que a estrutura da execução no direito brasileiro vem passando por um processo profundo de reflexão e debate ao longo dos últimos tempos. E nesse processo, o dogma sucessivamente repetido, por anos e anos a fio, de que a execução deveria se dar necessariamente perante a jurisdição estatal, com monopólio, com exclusividade, vem sendo gradativamente colocado em xeque. E por que isso? Fundamentalmente por duas razões: de um lado, a partir da constatação extraída das dezesseis edições do Relatório Justiça em Números anualmente editado pelo Conselho Nacional de Justiça de que a execução representa o maior gargalo que se tem em termos de efetividade e garantia de direitos no Poder Judiciário; e de outro lado, a partir da constatação de que existe uma série de atividades inerentes à execução que podem perfeitamente estar em ambiente privado.

Dito isso, quando se pensa na execução de decisões arbitrais e, sobretudo, quando se pensa naquelas decisões proferidas em caráter de urgência - ou seja, em relação às quais há risco de dano irreparável ou de difícil reparação a ser evitado, há uma preocupação inequívoca em se garantir efetividade da decisão e, por conseguinte, a satisfação ao comando do árbitro. Desse modo, não há espaço para que se continue a sustentar a existência de dois universos paralelos estanques nos quais, de um lado, o árbitro é quem decide e, de outro lado, o juízo estatal é quem efetiva, indistintamente, essa decisão. A palavra de ordem quando se fala nesses dois mundos, a meu ver, deve ser cooperação, visando a que se alcance efetividade de direitos.

Ninguém escolhe a arbitragem como método de solução de conflitos, especialmente com todos os custos a ela associados, sem que se tenha a expecta-

tativa de solucionar conflitos e de se assegurar direitos e fazê-lo de forma célere. E basta ver que a última pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem em conjunto com o Instituto Ipsos, divulgada agora, em setembro de 2021, indicou que 37% dos entrevistados apontam como principal vantagem da arbitragem “o tempo necessário para se ter uma solução para o conflito”. E esse número salta para 73% quando os entrevistados são convidados a indicar as 3 principais vantagens da arbitragem. Sendo certo que não basta se solucionar o conflito, mas é indispensável que se consiga efetivar essa decisão.

Por outro lado, deve-se frisar que o debate em torno dos poderes dos árbitros para concessão de tutela de urgência, tanto no Brasil, quanto no exterior, já foi superado há tempos, inclusive com a Reforma promovida pela Lei 13.129/2015, que inseriu os artigos 22-a, 22-b e 22-c na redação originária da Lei 9.307/96 e é fato, também, que o Brasil vê aflorar de forma muito proeminente, a figura do árbitro de emergência para quem o Superior Tribunal de Justiça inclusive já reconheceu poderes de jurisdição.

Nesse cenário, não faz sentido se pensar na possibilidade de concessão de tutelas de urgência sem que busque assegurar o mais possível de efetividade às decisões arbitrais, o que representaria negar 25 anos de vigência de lei e 25 anos de evolução e de construção da arbitragem no Brasil. Assim, partindo da premissa de que o árbitro é juiz de fato e de direito, nos termos do art. 18, a ele deve-se assegurar todos os poderes que são assegurados ao juiz, inclusive o de imprimir efetividade às suas decisões, determinando medidas típicas - o que já é amplamente feito, por exemplo, com a indicação de prazo para cumprimento da decisão e fixação de astreintes - e atípicas. E para finalizar, uma reflexão rápida diz respeito a qual seria o limite para isso? O limite aqui, a meu ver, estaria no que é preciso para assegurar a medida atípica, sendo certo que se houver necessidade de uso de força (vale dizer, do poder de império) ou de sistemas conveniados ao qual o árbitro não tenha acesso, ele deve solicitar que se proceda à sua implementação com o auxílio do Poder Judiciário, mediante a expedição de carta arbitral.

## **2ª Questão: Em título executivo extrajudicial com cláusula compromissória, como se dividem as atribuições de juízes e árbitros?**

O artigo 917 do Código de Processo Civil contempla o rol de temas e questões que podem ser alegados no âmbito dos embargos à execução. Entre esses temas estão tanto questões de natureza processual - como é o caso da incorreção da penhora, da cumulação indevida de execuções ou da incompetência do juízo, quanto questões de natureza de mérito - como é o caso do excesso de execução ou da inexigibilidade da obrigação.

Nesse sentido, um olhar mais desavisado poderia levar a afirmação de que a partir do momento em que as partes inserem cláusula compromissória no título executivo, escolhendo a arbitragem como jurisdição competente para processar e julgar os embargos à execução se poderia levar à conclusão de que todos os temas inseridos no art. 917 deveriam ser objeto de arguição e decisão pelo juízo arbitral, de modo que a repartição de competências ficaria estabelecida, de um lado, com a execução, a cargo do juiz estatal e os embargos à execução, de outro lado, com o arbitro.

Ocorre que próprio Código de Processo Civil prevê situações nas quais é possível que o devedor argua temas de defesa para além dos próprios embargos à execução. É o caso do art. 803, parágrafo único, que dispõe que as hipóteses de nulidade da execução consubstanciadas em título que não contempla obrigação líquida, certa e exigível, ausência de citação válida e regular e inobservância de condição ou termo, podem ser pronunciadas pelo juízo, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução. São casos de nulidade *prima face*, que o próprio Superior Tribunal de Justiça entende que poderiam ser reconhe-

cidos pelo Poder Judiciário independentemente de instauração de procedimento arbitral. Do mesmo modo, o parágrafo 1º do art. 917, dispõe que a incorreção da penhora ou da avaliação pode ser impugnado por simples petição.

Nesse cenário, em princípio, se poderia eventualmente pensar que temas que não dependem de embargos à execução poderiam ser conhecidos pelo juízo estatal. Não é este, porém, o entendimento por exemplo da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao analisar o contrato de prestação de serviços de assessoramento, intermediação e negociação da venda da participação acionária da Companhia Paulista de Força e Luz (CPFL), que havia tido a certeza e a liquidez do crédito supostamente nele representado afastadas em sede de exceção de pré-executividade e que o se entendeu que não poderiam ter sido analisadas pelo Poder Judiciário, precisando ser remetida a arbitragem, portanto. Em tese, se estaria aqui na primeira hipótese de nulidade prevista no art. 803 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, e mesmo no que toca à relação do art. 917, é preciso ver com ressalva a possibilidade de que todas as questões ali listadas poderiam ser objeto de análise pelo árbitro, como é o caso, por exemplo, da incompetência absoluta ou relativa do juízo, algo que toca a própria organização do Poder Judiciário, sobre a qual o árbitro não pode se imiscuir. Assim, o critério que se amolda é que se os argumentos de defesa do devedor dizem respeito a apreciação de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos, deve ele levá-las ao Poder Judiciário por meio de embargos à execução ou exceção de pré-executividade, dependendo do caso. Se por outro lado esses argumentos se relacionarem com o mérito do título executivo em que inserida a cláusula arbitral, só o juízo arbitral será o competente para sua análise.

### **3ª Questão: Julgado procedente o pedido do processo arbitral, proposto pelo devedor, a execução deve necessariamente ser extinta? A quem compete decidir sobre custas e honorários do processo de execução?**

O primeiro aspecto importante de se ressaltar quanto a esse aspecto é que a jurisprudência que vem se consolidando no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a apresentação de solicitação de arbitragem visando discutir existência, constituição ou extinção do crédito objeto do título executivo ou às obrigações nele registradas não tem o condão de proporcionar a extinção a priori do processo de execução mas gerar a sua suspensão, nos termos do art. 313, V do Código de Processo Civil, que dispõe sobre as hipóteses de suspensão do processo quando o processo depender do julgamento de outra causa.

O entendimento foi reafirmado, recentemente, pela 4ª Turma, no REsp nº 1.949.566 / SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado no último dia 14.09. O mesmo entendimento - reconhecendo a ocorrência de prejudicialidade externa entre a arbitragem e a execução já havia sido manifestado no julgamento do REsp nº 1.465.535/SP, também de relatoria do Ministro Salomão, e no julgamento do Conflito de Competência n. 150.830/PA, de relatoria do Ministro Marco Belizze.

Nesse cenário, a questão que deve ser enfrentada é o que acontece com o processo de execução após o encerramento da arbitragem. É temeroso cravar qualquer resposta em relação ao destino da execução, sem que se saiba de antemão o que foi objeto de arguição no âmbito da arbitragem. E isso porque na verdade tanto há temas que podem ser suscitados na arbitragem que podem levar à extinção da execução e que são prejudiciais ao seu prosseguimento, como é o caso da iliquidez ou da incerteza da obrigação inserta no título - como é possível que se tenha temas que não provoquem esse desfecho - como é o caso de uma eventual existência de excesso de execução, por exemplo.

Mas de todo modo, é possível afirmar dois pontos: (i) primeiro que a sentença arbitral não extingue a execução, qualquer que seja o seu conteúdo. O árbitro não tem jurisdição sobre a execução e a função de sentenciar eventual extinção é do juiz estatal; (ii) de todo modo, o que o que quer se venha a ser decidido pelo árbitro nos limites da sua jurisdição precisa e deve ser respeitado pelo juízo da execução que ao tomar conhecimento da sentença arbitral deve dar à execução o desfecho que for mais adequado, vale dizer, determinar a sua extinção ou, se for o caso, o seu prosseguimento.

O juiz estatal não é - nem deve ser - instância revisora da decisão oriunda da arbitragem. Primeiro porque o art. 18 da Lei de Arbitragem é claro ao anotar que a sentença arbitral não está sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário. Segundo porque o artigo 31 também da Lei de Arbitragem dispõe que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, o que significa dizer que a partir do momento em que ela transitar em julgado, ela se torna imutável em relação aos temas que vier a decidir. Vale dizer: mesmo que o juiz estatal não concorde com a decisão da arbitragem ele deve respeitá-la, em todos os seus termos.

Em relação a custas e honorários da execução, por sua vez, me parece o tema deve ser objeto de decisão pelo juiz estatal no momento em que ele decidir a execução, aplicando-se ao caso os dispositivos do Código de Processo Civil que regem a matéria e considerando os limites do que vier a ser decidido na arbitragem.

Mas talvez um tema mais espinhoso que esse, seja a possibilidade de fixação de honorários de sucumbência no âmbito da arbitragem.

O tema foi considerado um verdadeiro tabu ao longo dos anos dentro da arbitragem com uma leitura de um lado, segundo a qual não haveria previsão de sua fixação na Lei de Arbitragem e, de outro lado, que os honorários de sucumbência por força

do Estatuto da Advocacia pertencem ao advogado, e esse, por sua vez, já seria remunerado pelo seu trabalho na arbitragem pelos honorários contratuais pagos pelo seu cliente.

O tema volta a luz coisa de cinco anos atrás com a publicação de um belíssimo artigo de autoria do Prof. Ricardo Aprigliano em coletânea organizada em homenagem a Petronio Muniz no qual ele afasta a ideia de que o fato de não haver previsão impede a fixação dos honorários de sucumbência, indica a possibilidade de que se verifique tanto a fixação

de reembolso de honorários contratuais - partindo da ideia de que o processo de dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter - quanto a possibilidade de fixação de honorários de sucumbência, dentro da ótica de que o Tribunal Arbitral, à luz do artigo 27 da Lei de Arbitragem, tem poderes para disciplinar sobre despesas da arbitragem e essas despesas abrangem os honorários. E no tocante aos critérios, por sua vez, não haveria atrelação aos parâmetros do CPC, mas deveria haver fixação equitativa por parte do Tribunal Arbitral.

---

### **\*Suzana Cremasco**

é doutoranda em Direito, mestre em Direito Processual Civil e graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora de Arbitragem e de Direito Processual Civil

da Faculdade de Direito Milton Campos e do Centro Universitário UniBH. É advogada sócia de Suzana Cremasco Advocacia, secretária-Adjunta do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) para Minas Gerais, membro do Conselho Deliberativo do Instituto de Direito Processual (IDPro) e membro do Conselho de Deliberativo e vice-Presidente de Comunicação da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB). É, também, membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), do Centro de Estudos Avançados em Processo (CEAPRO) e da ideiação Processualistas.



DIVULGAÇÃO

# COMPLIANCE CONCORRENCIAL FORA DA CAIXA: ENDEREÇANDO **RISCOS ANTITRUSTE** PARA ALÉM DO CARTEL DE PREÇOS

**Camila Pires da Rocha, Mariana Villela**  
e **Priscila Brolio Gonçalves\***, sócias do  
**Brolio Gonçalves Advogados**

No **último ano**, houve um **aumento significativo** das operações de **M&A e VC** no país

Quando se fala em compliance antitruste, o que vem em primeiro lugar à mente são treinamentos e diretrizes voltados a orientar empresas e seus empregados sobre os riscos envolvidos no compartilhamento ou combinação de preços e outras variáveis concorrenciais com seus concorrentes diretos. Esse tipo de orientação, contudo, cobre uma parcela limitada das condutas que representam riscos concorrenciais. Isso porque há uma variedade de comportamentos que podem ser considerados anticompetitivos e que, com frequência, estão fora do radar das empresas.

Focando apenas no universo de compartilhamento de dados - vale aqui ressaltar que há diversas outras condutas que podem ser objeto de investigação sob o ponto de vista da Lei n. 12.529/2011, que não serão objeto deste artigo em razão da limitação de espaço - o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na esteira das melhores práticas internacionais, tem voltado os olhos à troca de informações sobre variáveis consideradas sensíveis e estratégicas para muito além do clássico compartilhamento de preços entre empresas rivais.

Encontram-se sob escrutínio do

CADE, por exemplo, intercâmbios sobre custos de transporte, logística e estratégias de marketing, alocação e contratação de empregados, salários, benefícios, políticas de promoção, dentre outros. Trata-se de informações cuja troca foi encarada, por muitos anos, como parte de benchmarking rotineiro, que não representava risco, especialmente quando realizado por grupos de empresas que não são consideradas como concorrentes diretas.

O cenário hoje é muito distinto. Além de situações em que o CADE adota uma concepção ampla dos produtos/serviços que podem ser considerados como rivais nesse sentido, existe pelo menos uma investigação no setor de autopeças que contempla uma análise do mercado secundário de forma agregada - já foi expressamente estabelecido que, em relação à força de trabalho, empresas de setores muito diversos podem ser reputadas concorrentes. Nesse ponto, vale registrar processo administrativo em andamento no CADE cujo objeto é investigar - o compartilhamento de informações de Recursos Humanos e o alegado alinhamento entre empresas que, apesar de não concorrerem diretamente quanto aos produtos/serviços que oferecem, concorrem pela força de trabalho.

Assim, a preocupação das empresas em garantir um comportamento escorreito de colaboradores e parceiros sob a ótica antitruste não pode se resumir a proibições genéricas em relação ao compartilhamento e alinhamento de preços. Para que políticas de conformidade concorrencial sejam mais efetivas, faz-se necessária uma compreensão holística de todas as variáveis que são, de alguma forma, estratégicas para a condução das atividades empresariais. Apesar dos exemplos clássicos serem úteis ainda hoje para a didática em relação a certos comportamentos considerados inadequados - cite-se, para ilustrar, reuniões de concorrentes debatendo preços no âmbito de associações e sindicatos -, para a implementação de um compliance realmente eficaz é preciso ampliá-los, explorando situações envolvendo outras variáveis que podem representar riscos tão ou mais concretos.

Não bastasse a necessidade de se olhar para além dos preços e concorrentes diretos, também é preciso contemplar outros contextos em que as empresas se deparam com a perspectiva de compartilhar volumes relevantes de informações, e nos quais a linha que separa a troca legítima da incursão em práticas anticompetitivas pode ser tênue.

No último ano, houve um aumento significativo das operações de M&A e VC no país. Esse universo toca a seara do antitruste na medida em que algumas dessas operações são de notificação obrigatória ao CADE e, por isso, demandam aprovação prévia da autoridade para a sua consumação. A análise do ponto de vista concorrencial, normalmente, é demandada para a verificação da necessidade de submissão e de seus potenciais impactos no mercado.

No entanto, mesmo operações que não são de notificação prévia obrigatória, por não preencherem os critérios legais, podem demandar uma avaliação antitruste mais detalhada nas fases de due diligence e pré-closing, a fim de garantir um compartilhamento seguro, evitando o extrapolamento na troca de dados para além das necessidades reais para avaliação da viabilidade e interesse na continuidade da operação.

Vale ressaltar que a preocupação com o intercâmbio de informações é particularmente relevante quando as partes envolvidas na operação são concorrentes, ainda que não se limite a tais situações, como visto acima. Isso porque qualquer compartilhamento que ultrapasse o estritamente necessário para os fins da operação em análise pode resultar, no caso de não consumação da operação, em investigação por troca autônoma de dados estratégicos, levando a uma investigação pelo CADE, o que significa altos custos para as partes mesmo quando não há condenação. Os processos administrativos da Lei 12.529/11 são, por natureza, de duração longa, implicando em gastos consideráveis para a elaboração de defesa, acompanhamento e, até mesmo, negociação de acordos com a autarquia.

O objetivo desse artigo foi pincelar situações menos discutidas em que o compliance antitruste pode ser aplicado, aumentando a visibilidade de alguns tópicos relevantes para os responsáveis pela condução de treinamentos e elaboração de diretrizes de conformidade. A preocupação com os clá-

sicos acordos de preços e com a troca de informações, que possa levar ao alinhamento dessa variável, continua sendo um item importante na agenda dos executivos de compliance, mas é imperativo que outros aspectos entrem no radar, contribuindo para programas mais abrangentes e efetivos.

---

**\*Camila Pires da Rocha**

é graduada pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito Econômico e Economia Política pela mesma instituição.



DIVULGAÇÃO

---

**Priscila Brolio Gonçalves**

é graduada, mestre e doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



DIVULGAÇÃO

---

**Mariana Villela**

é graduada pela Faculdade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. As três autoras são advogadas atuantes em direito econômico, com foco em direito concorrencial e compliance, e sócias do Brolio Gonçalves Advogados.



DIVULGAÇÃO

# AS ALTERAÇÕES QUE A ÁREA DE COMPLIANCE NÃO PODE DEIXAR PASSAR

**Hudson Couto\***, sócio consultor do **Marcelo Tostes Advogados**

O **novo decreto** visa **solidificar** a experiência acumulada nos oito anos de aplicação da **Lei Anticorrupção**

**E**ntrou em vigor recentemente o novo decreto que regulamenta a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), que trata da responsabilização de pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública. Segundo informações da Controladoria Geral da União, o novo decreto visa solidificar a experiência acumulada nos oito anos de aplicação da Lei Anticorrupção, durante os quais mais de mil processos foram instaurados e mais de R\$ 270 milhões foram aplicados em multas.

Uma das novidades mais esperadas no decreto é a que trata dos programas de integridade, também co-

nhecidos como programas de compliance. Esses programas englobam mecanismos e procedimentos internos das empresas para realização de auditorias e aplicação de normas anticorrupção.

Com isso, as empresas que têm uma área de compliance ou planeja criar uma, devem ficar atentas aos pontos a seguir:

## **Destinação de recursos adequados**

Muitas empresas acreditam que o programa de compliance consiste somente na criação de materiais envol-

vendo políticas anticorrupção, como códigos de conduta e políticas antissuborno. Uma vez publicados, é comum que as empresas invistam cada vez menos no seu programa de compliance, que passa a receber menos investimentos até se tornar apenas mais uma das diretrizes da empresa.

O novo Decreto quer evitar que isso aconteça. A partir de agora, o art. 57, I do Decreto estabelece que a alta direção da pessoa jurídica será avaliada inclusive em relação à destinação de recursos adequados para o programa de integridade.

Isso significa que o investimento em pessoal, infraestrutura e tecnologia no programa poderá ditar os rumos das investigações em caso de descumprimento e, principalmente, reduzir as multas aplicadas. Embora problemas possam aparecer, a nova regra estimula as empresas a investir mais para criar programas fortes de compliance que proporcionem uma resposta apropriada a irregularidades.

### Mais destaque à prevenção

Enquanto o decreto anterior estabelecia que os programas de compliance deveriam consistir apenas na detecção e saneamento de atos de corrupção, o novo decreto vai além: agora, o novo art. 56, I, determina que a prevenção da corrupção também deve fazer parte dos objetivos do dia a dia das equipes de compliance.

Na teoria, a nova regra apenas se alinha a outras normas internacionais que já previam a importância da prevenção nos programas, como a ISO 37301. Na prática, porém, a história é outra. Ao incluir a prevenção nos objetivos do programa de compliance, o decreto permite que a atuação feita nesse sentido seja levada em consideração para fins de investigação e penalização pelas autoridades competentes, conforme pontuado abaixo.

### Comunicar para conscientizar

A partir de agora, as ações de comunicação periódicas sobre o programa de compliance serão levadas em consideração para fins de avaliação do pro-

grama (art. 57, IV). A medida serve para estimular a cultura de compliance por meio da promoção do entendimento e aceitação de todo o programa pelos colaboradores.

A melhor forma de se adequar a essa medida é incluir eventos na agenda de toda a empresa, como comunicados periódicos sobre práticas anticorrupção, rodas de conversa informais sobre o tema, além de newsletters em dias temáticos, como o Dia Internacional de Combate à Corrupção, em 09 de dezembro.

### Responsabilidade internacional

Enquanto o decreto anterior já estabelecia a aplicação da lei aos atos praticados contra a administração nacional ou estrangeira, o novo decreto foi além na regulamentação. Agora, o decreto também deixa claro que a lei se aplica a atos lesivos praticados no exterior, seja contra a administração pública estrangeira ou nacional.

A medida visa combater especialmente a prática de suborno transnacional, no qual empresas brasileiras pagam vantagens indevidas, como presentes, benefícios ou dinheiro, para funcionários públicos estrangeiros. Para evitar mal-entendidos e irregularidades, as empresas brasileiras devem investir em treinamento especial dos seus representantes que atuam no estrangeiro para se certificar de que estes seguem as boas práticas internacionais.

### Penalização mais severa, inclusive para a alta direção

O novo decreto está também mais rigoroso em caso de descumprimento da lei. Uma das medidas tomadas foi o aumento do percentual de multa sobre o faturamento da empresa em caso de tolerância ou ciência do corpo diretivo ou gerencial da empresa (art. 22, I). A medida visa coibir a chamada cegueira deliberada, na qual a alta liderança, mesmo tendo acesso à informação, intencionalmente escolhe não tomar ciência de uma irregularidade com o objetivo de evitar ser envolvida na penalidade.

Outra punição que merece destaque é a diminuição das faixas de multa calculadas segundo o valor dos contratos com a administração pública. Anteriormente, o percentual variava de 1% para contratos acima de um milhão e meio de reais, até 5% para contratos acima de um bilhão de reais. A partir de agora, a faixa de aplicação diminuiu: a multa de 1%

passará a ser aplicada quando o somatório de contratos atingir o piso de quinhentos mil reais.

Na prática, isso significa que as empresas precisarão acender o alerta para todos os acordos que firmarem com a administração pública, e não mais apenas os grandes contratos.

---

### **\*Hudson Couto**

é advogado e contabilista. Coordena a área de Compliance, Gestão de Riscos e Crises do Marcelo Tostes Advogados. Graduado em Direito pela Fundação Educacional Monsenhor Messias, pós-graduado em Gestão de Negócios pela Fundação Dom Cabral (FDC), e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC).



DIVULGAÇÃO

# PRINCIPAIS **DISPUTAS** RELACIONADAS A **FUSÕES E** **AQUISIÇÕES** EM 2022

**Maurício Maciel\***, advogado corporativo na **Marins Bertoldi Advocacia** e professor

A **estrutura** e as principais cláusulas negociadas e acordadas no Brasil **se assemelham** com a prática **estrangeira**

O tema Fusões e Aquisições está em alta. O mercado, bastante aquecido, apresenta muitas transações financeiras, avançando, especialmente, por: estratégias de crescimento inorgânico, falta de sucessores, tendências mercadológicas do segmento, dentre outras. No entanto, tais operações devem ser bem planejadas e executadas a fim de gerarem valor a todos os envolvidos, evitando disputas futuras. Para tanto, conhecer os assuntos mais recorrentes em negociações dessa natureza é fundamental.

Antes de citar exemplos de cases, é válido destacar algumas peculiaridades da área. Em primeiro lugar, o

acesso a informações de disputas e julgamentos precedentes é limitado, já que a maioria das transações de Fusões e Aquisições é contratualmente sujeita a procedimentos arbitrais sigilosos para resolução de conflitos, isso quando não resolvidas pela via negocial.

Assim, o conhecimento de precedentes deriva da experiência e, em alguma parte, de poucos antecedentes judiciais, que podem ser análogos ou de foros acadêmicos. No entanto, a previsibilidade quanto ao resultado é menor.

Em segundo lugar, muitos dos conceitos trabalhados em contratos de Fusões e Aquisições são importados.

A estrutura e as principais cláusulas negociadas e acordadas no Brasil se assemelham com a prática estrangeira, especialmente a dos Estados Unidos e da Europa. Da perspectiva acadêmica, em geral, é comum aplicar precedentes internacionais junto a regras semelhantes do Direito brasileiro, mas com ressalvas, devendo-se considerar os princípios aplicáveis conforme o foro e a legislação vigente de cada território — alguns países têm cultura mais protetiva e intervencionista, outros são mais obedientes à liberdade contratual e à autonomia da vontade das partes.

Por fim, e talvez mais importante, deve-se ter sempre em mente que muitas disputas podem surgir depois de anos da assinatura dos contratos. Tal fator potencializa os conflitos referentes à interpretação das cláusulas pactuadas. Muitas vezes, as partes não têm mais relacionamento com os mesmos advogados, diretores e outros representantes que participaram das negociações da transação. Com isso, a memória do contexto e da intenção manifestada podem se perder no tempo — uma das razões para o surgimento de contratos bastante extensos.

Quando se analisa alguns dos temas específicos recorrentes em disputas, é fácil identificar a relevância dessas peculiaridades. As cláusulas MAC/MAE (referentes a efeitos adversos relevantes) e as obrigações de melhores esforços, por exemplo, envolvem conceitos importados, sujeitos a diferentes interpretações e pouca jurisprudência nacional.

Outro tema bastante recorrente é o *earn out*, um mecanismo de complemento de preço atrelado à verificação de resultados futuros da empresa. Negocialmente, essa espécie de ajuste é bastante interessante, pois possibilita ao vendedor receber um preço mais elevado ao mesmo tempo que reduz a exposição do comprador ao risco de não se realizarem as projeções financeiras que serviram de base durante as negociações. Ocorre que, além de possíveis conflitos relacionados à interpretação das regras para a verificação do resultado projetado e do cálculo do preço correspondente, as metas e projeções são estabelecidas com base em diversas premissas, as quais podem ser impactadas por fatores futuros, tanto externos quanto internos.

Em muitas situações, o resultado atrelado ao

*earn out* pode, inclusive, ser afetado por mudanças de estratégia na condução dos negócios. Dificilmente um contrato conseguirá prever todas as variáveis possíveis ao passo que, dificilmente, um comprador (especialmente em caso de aquisição de controle ou da totalidade da empresa) aceitará limitações à sua liberdade de determinar a orientação estratégica dos negócios, pois estas não afetam apenas o *earn out* como — principalmente — o resultado a ser capturado pelo próprio comprador.

A responsabilidade referente às declarações e garantias prestadas no contrato também merece destaque. Além das costumeiras auditorias (*due diligences*), as partes, em geral, declaram e garantem as condições em que a empresa se encontra no momento da transação. Tais declarações servem como manifestação de premissas que foram consideradas na decisão pela concretização da transação e definição de preço. Situações que surjam posteriormente e conflitam com as declarações prestadas ou tenham sido omitidas (mesmo que não intencionalmente), podem sujeitar a parte vendedora ao dever de indenizar.

Esses e outros temas relevantes reforçam a importância do cuidado na redação dos instrumentos contratuais em Fusões e Aquisições. A complexidade dessas transações torna impossível a tarefa de antever as situações, mas a clareza e o detalhamento das suas condições são determinantes para a mitigação dos riscos.

### \*Maurício Maciel

é formado pelo Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA), possui pós-graduação em Administração de Negócios pela College of Technology London e LL.M em International Business Law

pela University College London, dentre outras qualificações. Atua em Direito Contratual e Societário, Planejamento Sucessório e compra e venda de empresas, além de ser professor.



DIVULGAÇÃO

## Contratual

# EM TEMPOS DE INFLAÇÃO É POSSÍVEL RENEGOCIAR CONTRATOS

**Mariana Barsaglia Pimentel\***, sócia-diretora  
no **Medina Guimarães Advogados**

**A inflação**  
no Brasil - que  
atualmente está  
entre as mais altas  
do mundo - **pode**  
**ensejar** a **revisão**  
contratual

O tema da renegociação de contratos vem sendo fortemente debatido nos últimos anos em razão dos recentes eventos que ocasionaram o desequilíbrio econômico-financeiro nas relações contratuais, tais como a pandemia de Covid-19 e, agora mais recentemente, a galopante inflação. Muito se discute sobre a possibilidade de revisão ou renegociação contratual, com o ajuste da “balança” das prestações e contraprestações assumidas pelos contratantes.

Para que o tema seja corretamente compreendido, é importante que se fixe inicialmente uma importante

premissa: a revisão contratual, no ordenamento jurídico brasileiro, é a exceção (e não a regra).

A normativa legal que incide nas relações contratuais visa garantir a manutenção dos contratos e a vinculação dos contratantes ao estipulado no início da relação negocial. Dentro os princípios que regem o Direito Contratual, está aquele denominado “pacta sunt servanda” que, em termos práticos, significa que o contrato faz lei entre as partes e, nestes termos, não pode ser modificado.

Entretanto, diante de situações excepcionais, admite-se a realização

de alterações contratuais através de ferramentas e institutos previstos, principalmente, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 317 do Código Civil, por exemplo, dispõe que, quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Já os artigos 478 e 479 do mesmo Código, que regulamentaram a chamada “teoria da imprevisão”, preveem que, se nos contratos de execução continuada ou diferida (protelada no tempo) a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o contrato poderá ser extinto ou poderá ser realizada a revisão contratual.

O Código de Defesa do Consumidor, que rege as relações de consumo, permite a revisão contratual mais facilmente, dispondo que é direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Neste cenário, é possível dizer que a própria lei possibilita a revisão ou alteração contratual - o que pode abrir espaço para eventuais renegociações de contratos, seja entre as próprias partes, seja por determinação do Poder Judiciário quando se fizer necessário o ajuizamento de demanda judicial para tal fim.

A inflação, nestes termos, poderia ser considerada uma causa suficiente para ensejar um desequilíbrio econômico-financeiro apto a autorizar a revisão contratual?

A resposta dada pelo Poder Judiciário a esta pergunta, via de regra, seria não.

No julgamento do Recurso Especial n. 744.446/

DF pelo Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17.04.2008, decidiu-se que “não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato”. Este entendimento representa a antiga e pacífica jurisprudência da Corte Superior acerca da matéria.

Contudo, mais recentemente, em casos que envolvem, principalmente, direito de consumidores e contratos de locação, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o aumento exponencial da inflação pode ensejar a modificação dos termos contratados, em especial aqueles que versam sobre o índice de correção monetária aplicável sobre eventuais reajustes.

O Tribunal de Justiça do Paraná, neste sentido, em decisão publicada aos 15.06.2022 (Agravo de Instrumento n. 00067486-49.2021.8.16.0000) decidiu que seria possível a substituição do índice de correção monetária eleito pelas partes em acordo judicial - proveniente de demanda que envolvia um contrato de compra e venda de imóvel por consumidores.

A decisão se assentou no fundamento de que: “nos contratos civis e empresariais, os índices de correção monetária previstos, conforme antiga e pacífica jurisprudência do STJ, consistem em álea ordinária do negócio jurídico, até porque a inflação no Brasil, ao menos desde a edição do Plano Real, não mais pode ser considerada como fato extraordinário capaz de, por si só, alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não obstante, em se tratando de relação de consumo, a revisão judicial do contrato está sujeita a requisitos menos rigorosos, pois o art. 6º, V, do CDC exige unicamente a ocorrência de fato superveniente que torne a prestação excessivamente onerosa, sendo desnecessária a imprevisibilidade ou natureza extraordinária de tal fato”.

Em debate parecido, que também dizia respeito à compra e venda de imóveis por consumidores, posicionou-se recentemente o Tribunal de

Justiça de São Paulo na Apelação Cível n. 1002159-57.2021.8.26.0358 pela possibilidade de alteração contratual em razão da inflação, decidindo que: “o caso dos autos, o índice estabelecido foi o IGP-M, que, em 2021, acumulou alta de 23,14%, em razão de diversos fatores (pandemia, política externa e interna) refletindo índice muito superior ao da inflação real no mesmo ano, de modo que é mais adequada a utilização do IPCA como índice de reajuste, recompondo de forma mais racional o poder aquisitivo da prestação do contrato de aquisição do imóvel objeto dos autos”.

No contexto de contratos de locação, também vem se admitindo paulatinamente a alteração dos índices de correção monetária para fins de reajuste,

frente ao aumento exponencial do IGP-M (citando-se como exemplo o seguinte julgado: TJSP, Agravo de Instrumento n. 2273734-34.2021.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Rigolin, 31.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, julgado em 14.03.2022).

É admissível dizer, portanto, que a inflação no Brasil - que atualmente está entre as mais altas do mundo - pode ensejar a revisão contratual a depender do tipo de relação contratual, desde que preenchidos os requisitos legais necessários para tanto.

Nada impede, de toda forma, que as próprias partes contratantes ajustem os termos contratuais por conta própria - o que é perfeitamente possível e desejável.

### **\*Mariana Barsaglia Pimentel**

é advogada e sócia diretora da área de Direito de Família e Planejamento Patrimonial e Sucessório do escritório Medina Guimarães Advogados. Doutoranda e mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).



DIVULGAÇÃO

## Contratual

# O QUE É UM **CONSÓRCIO**? DISPOSIÇÕES SOBRE SEU FUNCIONAMENTO, REGULAMENTAÇÃO E RESCISÃO CONTRATUAL: OS **DIREITOS** DO CONSORCIADO **DESISTENTE**

**Henrique Sant'Anna Canedo\***, advogado do  
**Capanema & Belmonte Advogados**

Em **julho** de **2021**,  
o número de  
**participantes**  
ativos  
**ultrapassou**  
a marca de **7**  
**milhões** de  
**contratos**

## 1. Breve síntese histórica

O consórcio no Brasil teve origem na década de 60, sendo uma prática facilitadora de acesso ao crédito, voltada inicialmente à indústria automobilística. Contudo, no decorrer das décadas, com as novas tendências de consumo, o consórcio passou a ser adotado em outros países, se consolidando como relevante instrumento para aquisição de uma ampla variedade de bens e serviços, desde veículos automotores (leves e pesados), imóveis, implementos agrícolas, rodoviários, eletrodomésticos e serviços de qualquer natureza, até mesmo

bicicletas elétricas.

Em julho de 2021, o número de participantes ativos ultrapassou a marca de 7 milhões de contratos de pessoas e famílias que utilizam o consórcio. Segundo informação da Associação Brasileira de Administradoras de Consórcios (ABAC).

### 1.1. Do Consórcio

A ideia é bem simples: trata-se de um grupo de pessoas físicas ou jurídicas com o objetivo comum de adquirir bens ou serviços. Para isso, abre-se uma poupança conjunta, denominada fundo de reserva. O fundo de reserva, por sua vez, é o fruto da

contribuição periódica de todos os participantes, os quais possuem garantido o direito de utilizá-lo para a aquisição do bem ou serviço, objeto do consórcio, em algum momento, dentro de um prazo determinado no contrato.

Cada participante ao celebrar o contrato é identificado por uma cota, isto é, um número que o representa no grupo. As cotas, portanto, compreendem a parte que cada participante possui na formação do saldo do grupo, tendo papel fundamental de critério para participação nas Assembleias.

Por se tratar de um contrato cujas obrigações envolvem muitos participantes e alta demanda contábil, todo consórcio possui obrigatoriamente a figura de uma Administradora, a qual é remunerada por meio de taxa administrativa embutida nas parcelas.

A Administradora é uma pessoa jurídica, responsável por definir as características do grupo; o gerenciamento das mensalidades e do fundo de reserva; estabelecer o prazo e número de cotistas; determinar os valores do crédito; elaborar critérios para atualização do crédito; organizar as assembleias; realizar os sorteios e organizar os lances; conceder ao contemplado a carta de crédito; organizar os recebimentos; cuidar das inadimplências, substituir consorciados inativos; prestar informações, dentre outras atividades.

Não obstante, embora não obrigatório, os consórcios geralmente contam com cobertura securitária, a qual garante ao cotista o valor do crédito contratado somado às taxas administrativas previstas. Ele pode ser acionado na ocorrência de sinistro previsto na apólice, a qual costuma incluir morte do titular e acidentes que resultem em invalidez permanente.

Por fim, o objetivo do participante desse contrato é obter a contemplação de sua carta de crédito, a qual lhe conferirá poderes de compra sobre o bem que ele deseja. Ele poderá obtê-la em diferentes momentos: (i) por meio de sorteio aleatório de cotas; (ii) mediante lance para adquirir o item (pagamento antecipado de parcelas) ou (iii) quando adimplir todas as parcelas.

## 2. Da Regulamentação

O consórcio foi regulamentado pela primeira vez com a edição da lei 5.768 de 1971 (Ministério da Fazenda). Mas somente no ano de 1991 é que o Banco Central (BACEN) assumiu a responsabilidade pela regulamentação e fiscalização das administradoras de consórcio.

Atualmente os contratos de consórcios devem obrigatoriamente observar as normas disciplinadas pela Lei Federal 11.795/2008 e as Circulares nº 3.432 e nº 3.433, de 2009 editadas pelo BACEN.

A lei definiu que os interesses do grupo prevalecem sobre os interesses de um consorciado. E descreveu os conceitos básicos para o sistema de consórcio, exigindo a separação de recursos e patrimônio da administradora e dos grupos, estabelecendo as regras para a responsabilização e punição dos administradores dessas empresas, atualizando o rol de penalidades aplicáveis.

Os destaques dessas circulares: (i) fixam em 10% do total de cotas disponíveis no grupo o limite para aquisição de cotas por um mesmo consorciado; (ii) fixam limite de 50% para a variação do valor dos créditos num mesmo grupo; (iii) preveem o depósito dos créditos não utilizados ou das sobras de recursos em contas de depósitos dos beneficiários, informadas no contrato, visando agilizar a devolução de recursos aos participantes e evitar a sua transformação em recursos não procurados; atualizam os valores em vigor para os padrões mínimos de capital realizado e de Patrimônio Líquido Ajustado (PLA).

## 3. Da rescisão contratual e dos direitos do Consorciado Desistente

Considerando a natureza mutualista do consórcio, sua modalidade de adesão e sua relação consumerista, a rescisão contratual envolve uma série de providências que a Administradora deve tomar para viabilizar a continuidade do grupo, como a de substituir o participante desistente.

Dadas as devidas proporções, resta assegurado ao consorciado desistente o direito à restituição dos valores pagos, mas não de imediato, e sim até 30 dias a contar do prazo de encerramento do pla-

no, assim é o entendimento firmado pelo STJ no tema repetitivo 312:

Tema 312 – STJ

“É devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até 30 dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano.”

Não obstante, dos valores vertidos pelo consorciado, serão deduzidas as taxas administrativas, geralmente de 10%, podendo chegar a percentuais superiores sem que se considere abusiva (Súmula 538 STJ), desde que não ultrapasse 12% do valor do bem (Resp. 541.184), sem prejuízo ainda da cláusula penal, em alguns casos. Vejamos:

Súmula 538 STJ: As administradoras de consórcio têm liberdade para estabelecer a respectiva taxa de administração, ainda que fixada em percentual superior a dez por cento. (JULGADO EM 10/06/2015).

STJ - TAXA DE ADMINISTRAÇÃO CONSÓRCIO Resp 541.184

(JULGADO EM 25/04/2006)

O Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado aos contratos de consórcio, assim como a taxa de administração cobrada pela administradora não pode ultrapassar 12% do valor do bem, conforme determina o Decreto 70.951/72. O entendimento é da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e foi firmado no julgamento do Recurso Especial apresentado por um consumidor contra a decisão do Tribunal de Justiça da Paraíba.

Contudo, é imprescindível mencionar que o entendimento, embora pacífico, não é uma “máxima”. Existe a possibilidade de o desistente obter a restituição imediata dos valores do consórcio diante de eventuais ilegalidades e abusividades, consoantes à vícios do negócio jurídico, bem como, diante da não observância por parte da administradora, das normas obrigatórias contidas na lei 11.795/08 e circulares nº. 3.432 e nº 3.433, de 2009, editadas pelo BACEN.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

CONSÓRCIO. Uma invenção brasileira. Associação Brasileira de Administradoras de Consórcio (ABAC). Disponível em: <https://corta.link/bOX2O>. Acesso em 22/02/2022.

CONSÓRCIO. Da contratação à contemplação. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/consorcio/>. Acesso em 22/02/2022.

BRASIL. Banco Central (BACEN). Disponível em: <https://shortest.link/34ph>. Acesso em 22/02/2022.

BRASIL. Lei 11.795/2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/11795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11795.htm). Acesso em 22/02/2022.

BRASIL. Circular nº. 3432/2009. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47690/Circ\\_3432\\_v4\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47690/Circ_3432_v4_P.pdf). Acesso em 22/02/2022.

BRASIL. Circular nº. 3433/2009. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2009/pdf/circ\\_3433\\_v1\\_o.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/2009/pdf/circ_3433_v1_o.pdf). Acesso em 22/02/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=312&tt=T](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=1&i=312&tt=T). Acesso em 22/02/2022.

#### \*Henrique Sant'Anna Canedo

é graduado em Direito pela Universidade Oswaldo Aranha (UniFOA). Atuação com foco nas áreas cível e empresarial.



DIVULGAÇÃO

## Diversidade, Equidade e Inclusão

# NASCE UMA MÃE, NASCE UMA ADVOGADA

**Karina Miranda\***, advogada  
do **Demarest Advogados**

Na minha  
experiência  
particular, a  
**maternidade**  
me fez **uma**  
**líder melhor**

**A** primeira advogada brasileira, Myrthes Gomes de Campos, concluiu o bacharelado em Direito em 1898, na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. Entretanto, por conta do machismo que permeava a sociedade da época, apenas em 1906 conseguiu legitimar-se como advogada, ao ingressar no quadro de sócios efetivos do Instituto dos Advogados do Brasil, condição necessária para o exercício profissional da advocacia à época.

A primeira advogada no Estado de São Paulo era contemporânea de Myrthes. Em 1897, há mais de um sé-

culo, Maria Augusta Saraiva ingressava na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP); entretanto, não suportou os óbices do machismo e, embora tenha exercido a advocacia, abandonou sua carreira.

O movimento realizado por Maria Augusta, apesar de ter ocorrido há mais de 100 anos, nos parece bastante atual.

Embora o quadro da advocacia brasileira seja ainda formado por maioria feminina — 643.696 advogadas contra 628.771 advogados —, esta paridade de gênero dentro dos quadros de inscritos da OAB não é repli-

cada para cargos de liderança na advocacia privada brasileira. Apenas 29% dos postos de comando nos escritórios são ocupados por mulheres.

As justificativas para o afunilamento do número de mulheres em cargos de liderança são variadas, porém a escolha pela maternidade é frequentemente citada. Entretanto, deveria a mulher ter que escolher entre carreira e filhos? Essas escolhas são realmente excludentes? Na minha experiência particular, a maternidade me fez uma líder melhor.

Mulher negra e de família de baixa renda, fui criada por minha mãe, que migrou para São Paulo da zona rural da Bahia, quando tinha apenas 13 anos, e enfrentou todas as dificuldades naturais de quem sai da roça, no Nordeste, para tentar a vida em São Paulo.

Desde muito cedo, reconheci na minha mãe um modelo a ser seguido. Embora não tenha ensino superior, minha mãe reconhecia os estudos como um instrumento de transformação social e, mesmo tendo estudado apenas em escolas públicas, fui aprovada para cursar o ensino médio na Escola Técnica Federal (CEFET/IFSP-SP), oportunidade na qual descobri um mundo novo e cheio de possibilidades. Foi na Federal que eu descobri a existência das universidades públicas e da tão sonhada USP, que parecia um caminho natural para meus colegas, apesar de desconhecido e tão distante para mim.

Com a fé inabalável de minha mãe e muito esforço da minha parte, fui aprovada na Fuvest e comecei a cursar Direito na tradicional Faculdade do Largo São Francisco, em 2012, quando ainda não existiam as cotas raciais na USP e eu era umas das únicas 3 pessoas negras de 450 alunos que ingressaram na instituição naquele ano.

No último ano da faculdade, a maior mudança da minha vida aconteceu: entre a entrega e a apresentação de TCC, a efetivação em um renomado escritório e as provas da OAB, me vi em uma gravidez não planejada e acreditando que minha carreira e meu futuro estavam acabados.

Na verdade, os dois estavam começando: a Isabella nasceu no mesmo dia em que saiu minha inscrição na OAB, 13 de janeiro de 2017, nascia uma mãe e nascia uma advogada. Poucos meses após o nascimento da minha filha, entendi que meu percurso deveria ser uma maternidade solo.

A maternidade nos transforma e, já que eu estava em ritmo de mudança, decidi mudar minha área de atuação. Foi assim que, em 2018, com um pouco mais de um ano de formada e uma filha de um ano e meio, cheguei ao Demarest.

A maternidade solo foi ponto de virada na minha vida e na minha carreira. Construir uma carreira de impacto passou a ser tão importante quanto ganhar dinheiro com meu trabalho. Ser chefe de família me trouxe a responsabilidade financeira, mas ser a principal referência para minha filha me trouxe a responsabilidade do legado. O que poderia ser motivo para me tornar uma pessoa dura foi o motivo que me tornou uma líder empática. O sentimento materno fez com que, mesmo muito júnior, eu exercesse certa liderança sobre meus colegas e desenvolvesse um dever de proteção muito grande por aqueles que trabalhavam comigo.

Entretanto, “nem tudo são flores”! Equilibrar a maternidade solo e a advocacia é tarefa árdua. A culpa por trabalhar demais e não ter tanto tempo para estar com nossos filhos e, ao mesmo tempo, reconhecer que o trabalho é necessário para a construção de um futuro de possibilidades. Passar a noite acordada no hospital com a criança doente e, no dia seguinte, estar preparada para a defesa de um caso no Tribunal. A pandemia escancarou os desafios: ter que cuidar dos processos, da casa e do homeschooling, tudo sozinha e ao mesmo tempo.

Reconheço que “tive a sorte” de encontrar no Demarest um ambiente que permitiu meu desenvolvimento. Eu poderia — infelizmente — sequer ser contratada, mas cheguei ao escritório completa: Karina Miranda, mãe solo da Isabella, mulher, negra e advogada. No Demarest, eu pude redescobrir a minha identidade como uma mulher negra e todo o poder e as dores que essa descoberta carre-

ga. Não digo a mulher negra corpo físico, mas digo a mulher negra corpo político.

Recentemente, fui contemplada com uma bolsa de estudos para realização de um mestrado no exterior, depois de uma rigorosa avaliação. Precisei apresentar minha candidatura e explicar o que eu estava trazendo para a mesa, e ter sido contemplada mostra não apenas o apoio do escritório na construção da minha carreira, mas o avanço da discussão envolvendo a diversidade de gênero e a diversidade racial.

Quando o escritório decide me apoiar, o que ele está dizendo é “eu acredito no projeto de carreira que estamos construindo juntos”, e meu projeto de carreira inclui mulher negra e mãe solo na sociedade de um grande escritório. Esse é o plano, e o futuro a Deus pertence.

Se antes a mulher não podia ser advogada, se a maternidade ainda é um empecilho para a mulher

alcançar espaços de liderança e se ainda hoje a mulher negra é minoria nos grandes escritórios de advocacia, a oportunidade de ir realizar um mestrado em direito (LL.M) em uma Ivy League nos EUA é uma realização que não é só minha. Minha história e minhas lutas se comunicam com muitas mulheres e espero ser a última geração das primeiras.

Para isso, é preciso olhar para dentro dos escritórios e dos departamentos jurídicos de uma forma realista, identificando quais são os gaps e quais são as medidas que podem ser adotadas hoje para promover a mudança. Minha história com o Demarest foi uma sucessão de quebra de paradigmas: é a história de uma mulher de 22 anos, com um bebê de pouco mais de um ano, que chega a um escritório com pouca experiência na nova área, mas que recebe não só oportunidades de se desenvolver como apoio de mentoria e financeiro (bolsa para o curso de inglês e para o mestrado no exterior), para ir mais longe e voltar à firma para continuar construindo uma história de mudança.

### \*Karina Miranda

é mãe da Isabella, de cinco anos, e atua na área de Contencioso e Arbitragem do Demarest Advogados. Também coordena o grupo de trabalho de Diversidade, Equidade e Inclusão da Comissão da Mulher Advogada (CMA) da Ordem dos Advogados do Brasil, seção São Paulo (OAB-SP).



DIVULGAÇÃO

Diversidade, Equidade e Inclusão

# TAMBÉM NA ADVOCACIA: MATERNIDADE AINDA DESAFIA DESEMPENHO PROFISSIONAL

**Ana Cláudia Zinatto\***, advogada no  
**Medina Guimarães Advogados**

Não existe só  
uma maternidade  
certa, **existe  
aquilo que  
é certo** para  
cada mãe

A maternidade exige uma série de mudanças na vida da mulher, seja para aquelas que querem dedicar-se exclusivamente aos filhos, ou para quem não quer abdicar de suas aspirações profissionais. Mas, para aquelas que optam por seguir com sua carreira profissional, surge a tarefa de conciliar os dois papéis. Os primeiros anos da maternidade podem parecer incompatíveis com a atuação profissional em muitas áreas, inclusive na advocacia, ainda mais quando se pensa na atuação autônoma.

Para falar sobre a maternidade na advocacia, primeiro é preciso desta-

car que o espaço da mulher nesse âmbito vem sendo conquistado com o passar dos anos. Isso é tão evidente que, atualmente, o número de advogadas supera o de advogados, conforme dados oficiais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). No entanto, nem sempre foi assim. Como em outras profissões majoritariamente exercidas por homens, a primeira advogada do Brasil, Myrthes Gomes de Campos, teve que vencer vários obstáculos para conseguir atuar na área, como, por exemplo, o de ingressar no Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, que precedeu a OAB. Em 1899, ela começou a carreira como estagiária, mesmo já formada, e só em

1906 conseguiu ingressar no instituto efetivamente como advogada.

Por mulheres como Myrthes, mesmo diante de todos os empecilhos impostos pela sociedade, hoje a representatividade feminina da advocacia é perceptível e a força das advogadas é destaque. Contudo, mais mulheres precisam encontrar um equilíbrio entre as vidas profissional e a de mãe.

Ainda que não seja o ideal, na maioria dos casos, a mãe é que fica com grande parte da responsabilidade pela criação dos filhos - o que exige uma série de mudanças.

Ao se tornar mãe, com um amor incomparável, surge também a responsabilidade sobre uma vida nova, alguém que precisa de total atenção, principalmente nos primeiros anos. Ao mesmo tempo, a profissão advocatícia, especialmente para aquelas que atuam de forma autônoma, é desafiadora, porque, na maioria das vezes, não há horário fixo ou qualquer outra previsibilidade.

As mudanças começam já na gestação. Em que pese a beleza de estar gerando um pequeno ser humano, a mulher precisa lidar com mudanças físicas e emocionais, que, na maioria das vezes, dificultam até mesmo a realização de tarefas simples.

Na busca de uma vida mais equilibrada diante de tantas transformações, as mães advogadas podem contar com alguns direitos. Inicialmente, destaca-se o artigo 7º-A da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e OAB), incluído pela Lei nº 13.363/2016. Ao analisarmos o dispositivo, percebe-se que os direitos ali previstos estão voltados para a maternidade, seja para a gestante, lactante, adotante ou quem der à luz.

Estão previstos direitos relacionados ao acesso da gestante aos tribunais, como em relação às vagas de garagem e a não ser submetida a aparelhos de raios X (inciso I, alínea a e b), bem como preferência na ordem das sustentações orais e das audiências a serem realizadas a cada dia (inciso III).

O artigo chega a prever até mesmo acesso à creche ou local adequado ao atendimento das necessidades do bebê (inciso II). No entanto, essas previsões ainda não condizem com a realidade da maioria dos fóruns e tribunais.

Considerando o número de advogadas, é possível que exista uma mudança gradual nas estruturas dos fóruns e tribunais, ambientes que foram por muito tempo dominados por homens.

Uma das mais importantes previsões do art. 7-A está em seu inciso IV e diz respeito à possibilidade de suspensão de prazos processuais quando a advogada for a única patrona da causa. Isso porque seria inconcebível pensar em uma advogada autônoma, sem o apoio de uma equipe jurídica, dar à luz, tendo que se preocupar com o cumprimento dos prazos processuais. Todavia, nos termos do § 3º do art. 7º-A, aplica-se o § 6º do art. 313 do Código de Processo Civil, que prevê que a suspensão será pelo período de somente trinta dias, contado a partir da data do parto ou da concessão da adoção. Diante disso, muitas advogadas precisam voltar a trabalhar em pleno puerpério, que é a fase pós-parto em que a mulher experimenta modificações físicas e psíquicas.

A situação das mães advogadas está longe de ser a ideal, assim como de outras mães das mais diversas áreas. A experiência que a maternidade proporciona é de profunda dedicação, situação que se reflete no trabalho, pois uma coisa não anula a outra. Não existe só uma maternidade certa, existe aquilo que é certo para cada mãe, inclusive, para aquelas que querem continuar alcançando suas pretensões profissionais sem abdicar do amor materno.

### \*Ana Cláudia Zinatto

é pós-graduada em Direito Bancário pela UniAmérica Centro Universitário, e em Direito Civil e Empresarial, pela Faculdade Damásio Educacional. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Maringá.



DIVULGAÇÃO

## Diversidade, Equidade e Inclusão

# A LEI Nº 14.457/2022 SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

**Mariana de Barros\***, advogada da **Weiss Advocacia**

**O caminho** a ser trilhado para **que acabe a desigualdade** de gênero é longo, mas **necessita ser alcançado**

**E**m 21 de setembro de 2022 foi sancionada a Lei nº 14.457/2022, originária da Medida Provisória 1116/2022, que cria o programa Emprega + Mulheres, prevendo medidas de inserção e manutenção de mulheres no mercado de trabalho.

A nova lei regula diversas iniciativas, tais como o pagamento de reembolso-creche, mediante acordo individual com a trabalhadora, a flexibilização do regime de trabalho, o apoio ao retorno ao trabalho das mulheres após o término da licença maternidade, dentre outras medidas destinadas à empregabilidade das mulheres e a

proteção à parentalidade.

Referido texto legal cria o Selo “Emprega + Mulher”, que concede certificação para as empresas que apresentem boas práticas relacionadas ao estímulo da contratação e ascensão profissional de mulheres. As microempresas e as empresas de pequeno porte que receberem o selo serão beneficiárias com estímulos fiscais junto ao Governo.

Abaixo destacamos os principais pontos trazidos pela nova lei:

- Reembolso-creche: tal benefício já era previsto em algumas

Convenções Coletivas e Acordos Coletivos e a Lei nº 14.457/2022 o aborda, permitindo a adoção pelos empregadores às empregadas e empregados que tenham filhos de até cinco anos e 11 meses de idade, mediante acordo individual, coletivo ou convenção coletiva de trabalho, que estabelecerá condições, prazos e valores da benesse, sendo que tais valores possuem caráter indenizatório, não refletindo na remuneração. Para as empresas que adotarem o reembolso-creche não haverá mais a necessidade de instalação de local apropriado para a guarda e a assistência de filhos de empregadas no período da amamentação.

- Flexibilização do regime de trabalho: o novo texto legal flexibiliza a jornada de trabalho de mulheres e homens que tenham filhos, enteados ou pessoas sob sua guarda com até seis anos ou, independentemente da idade, com deficiência, tendo eles prioridade para exercício de suas atividades com uma ou mais das seguintes medidas - por meio de teletrabalho; de regime de tempo parcial; de regime especial de compensação de jornada de trabalho por meio de banco de horas; de jornada de 12x36, quando a atividade permitir; além de antecipação de férias e concessão de horários flexíveis de entrada e saída.
- Medidas para qualificação das mulheres: a nova lei também prevê, mediante requisição formal da empregada interessada, a possibilidade de i) suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional da mulher em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador e ii) o encaminhamento da empregada ao Ministério do Trabalho e Previdência para recebimento de bolsa de qualificação profissional.
- Apoio ao retorno ao trabalho após o término da licença maternidade e Alterações no Programa Empresa Cidadã: para as empresas

que aderiram ao Programa Empresa Cidadã, a nova legislação concede mais 60 dias de licença-maternidade, sendo que referido período poderá ser compartilhado com o companheiro, caso ele também trabalhe em uma empresa cidadã, que pode ser diversa da empresa da companheira.

Ainda, há previsão de caso a mãe opte pelos seis meses, esses 60 dias poderão ser substituídos por um período de 120 dias com meia-jornada. No retorno da licença-maternidade da mãe, a lei permite que o pai, em acordo com a empresa, suspenda o contrato de trabalho por até cinco meses para a realização de curso de forma não presencial, assíncrono, com carga horária máxima de 20 horas semanais.

A legislação aborda apoio ao microcrédito para mulheres e apoio à prevenção e combate ao assédio sexual e outras formas de violência no local de trabalho. No caso do microcrédito, são duas linhas: uma no valor de R\$ 2 mil para pessoas físicas e outra de R\$ 5 mil para microempreendedor individual (MEI).

Ao fazermos a análise do texto legal fica clara a intenção do legislador de quebrar, ou ao menos amenizar, o estigma da desigualdade de gêneros, criando um tratamento isonômico entre mulheres e homens na responsabilidade familiar, especialmente, nos primeiros cuidados com os filhos, para trazer novas oportunidades de trabalho às mulheres, fomentando tais iniciativas pelas empresas.

A nossa Constituição Federal (CF) assegura em seu artigo 5º o Princípio da Igualdade: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” Logo em seguida, o inciso I complementa que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Aos olhos dos constituintes, portanto, homens e mulheres são iguais. Possuem os mesmos direitos

e deveres, além da mesma dignidade, mas sabemos bem que na prática isso não acontece.

Importante registrar que, no Direito, o princípio da igualdade é dividido em formal e material. O primeiro, tem relação com a igualdade jurídica e do tratamento sem distinções. Já no sentido material, pressupõe-se que se deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Neste ponto, o texto legal em análise se destaca com o tratamento que deve ser dado às mulheres em relação aos homens.

Obviamente existem inegáveis diferenças fisiológicas entre os gêneros, o que não pode ser admitido é o uso dessas dissemelhanças para que homens se julguem superiores às mulheres. Infelizmente, mulheres ainda são desvalorizadas por essa suposta “superioridade masculina”. Em pleno século XXI, ainda vemos uma boa parte de meninas e mulheres preteridas nos mais diversos espaços da sociedade.

E no mercado de trabalho não é diferente, segundo pesquisa do IBGE de 2019, divulgada em 2021, as mulheres ganham, em média, até 20,5% menos que os homens no país.

São muitos os obstáculos impostos pela sociedade para que a mulher ingresse e se mantenha no mercado de trabalho: diferença salarial, quando comparadas a homens que ocupem o mesmo cargo; a maternidade, pois muitas acabam perdendo ou tendo que deixar o emprego para cuidar de filhos; o assédio no ambiente de trabalho, como pudemos observar em movimentos como o MeToo, e, claro, o machismo enraizado em nossa sociedade.

Grandes empresas em todo o mundo já adotam medidas como as da Lei nº 14.457/2022. Segundo pesquisa realizada pela Ernst & Young, as empresas em que mulheres ocupam pelo menos 30% dos papéis de liderança são 1.4 vezes mais propensas a ter um crescimento contínuo e lucrativo.

Diante dos vários desafios para a mulher no mercado de trabalho, a sensação de desânimo e de injustiça social ainda se fazem presentes. No entanto, a nova lei traz um incentivo para que haja implementação pelos empregadores de ações voltadas para o fomento do protagonismo feminino no mercado de trabalho e na sociedade.

O caminho a ser trilhado para que acabe a desigualdade de gênero é longo, mas necessita ser alcançado e a Lei nº 14.457/2022 em muito ajudará nessa mudança.

### \*Mariana de Barros

é titular da área de Direito do Trabalho da Weiss Advocacia. Possui graduação em Direito e pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, em São Paulo.



DIVULGAÇÃO

# MULHERES **NÃO** **NEGOCIAM: OS MITOS** SOBRE AS MULHERES NA MESA DE NEGOCIAÇÃO

**Renata Simon\***, sócia do  
**Candido Martins Advogados**

---

Não aceitem “não” como resposta, se **você acredita** no seu ponto de vista, **seja assertiva** e o **defenda**

**H**á um mito, suportado por alguns estudos tendenciosos, de que mulheres não negociam, não deveriam ou não sabem negociar. A sociedade por décadas rotulou a mulher como o “sexo frágil” e, historicamente, as mulheres entraram mais tarde no mercado de trabalho e, conseqüentemente, na mesa de negociação.

Como exemplo, podemos destacar a questão das diferenças salariais entre gêneros. Diversos estudos indicam que as mulheres estão menos inclinadas que os homens a negociarem aumentos salariais. Outros tantos indicam que as mulheres são me-

nos assertivas do que os homens e, que, portanto, têm menos chance de se saírem bem-sucedidas na mesa de negociação.

A negociação do salário pode muitas vezes vir acompanhada de outras questões, talvez mais relevantes para a mulher. Por exemplo, quando eu tive o meu primeiro filho (há 11 anos, quando o conceito de trabalho híbrido ainda parecia um sonho distante), ao invés de negociar um aumento salarial, eu negocieei com meu chefe a flexibilização da minha carga horária e a possibilidade de trabalhar de casa alguns dias, com a manutenção do meu salário. Naquele momen-

to, o tempo disponível para o meu filho era mais valioso do que qualquer aumento de salário.

Mas suponhamos que a negociação seja exclusivamente sobre aumento salarial, sem qualquer outra questão envolvida. A mulher é capaz de negociar como um homem?

Para Andrea Kupfer Schneider, professora da Marquette University Law School, a resposta é sim! Em seu TED Talk sobre “Women Don’t Negotiate and Other Similar Nonsense” (“Mulheres não negociam e outros absurdos”) ela refuta o mito de que mulher não negocia, não pode ou não consegue negociar. Ela traz à luz uma questão importante sobre a possível falta de assertividade de parte das mulheres na mesa de negociação: para ela assertividade é apenas um de cinco pilares que fazem uma pessoa ser um bom negociador, ao lado da empatia, flexibilidade, ética e intuição social. E, as mulheres têm vantagem na maioria desses pilares sobre os homens. Ela também destaca que a mulher é, muitas vezes, estigmatizada por ser agressiva ou ser antipática quando, na verdade, está sendo assertiva na negociação.

Outro fator que prejudica a negociação salarial é a falta de informação e, portanto, a perpetuação da disparidade salarial. A negociação é muitas vezes prejudicada por falta de informação suficiente sobre a remuneração de seus pares. Por isso, a necessidade de políticas corporativas e leis que permitam tratamento igualitário entre gêneros e maior acesso à informação.

Sendo mulher e atuando por quase duas décadas representando clientes (homens e mulheres) na mesa de negociação, eu sempre defendi a opinião de que uma negociação não é sobre gênero e sim sobre pessoas. E não importa se seja homem ou mulher, mas, sim, se a pessoa possui as condições necessárias para ser um(a) bom(a) negociador(a).

Mas, eu confesso que, algumas vezes (cada vez mais raro), enfrento o machismo estrutural na mesa de negociação e a questão de gênero volta à tona.

Recentemente, participei de uma negociação muito dura. Do outro lado da mesa, um advogado homem, por volta dos 40 anos, de um renomado escritório de advocacia do país. Apesar de termos chegado a um acordo, saí da reunião exausta, com a percepção de não ter sido ouvida, a sensação de ter “apanhado”, de ter fracassado.

A princípio aquela reunião não era diferente de tantas outras que costumo fazer todos os dias. Na semana anterior, por exemplo, eu havia negociado com executivos de uma grande instituição financeira a venda de uma empresa para eles. Na mesa de negociação estavam 8 homens e só 2 mulheres, eu sendo uma delas. A negociação foi dura, mas saí da reunião com a sensação de dever cumprido.

Apesar das características similares dos negociadores (homens, 40 anos, sofisticados e experientes com esse tipo de negociação), por que as reuniões tinham sido tão diferentes para mim?

Depois de muito refletir sobre o tema, entendi o porquê da diferença entre as duas reuniões. Na reunião com o banco, o foco foi sempre nos problemas e não nas pessoas. Em nenhum momento o meu gênero (ou a diferença dele) tinha sido ingrediente na mesa de negociação. Consegui ser ouvida, expor meu ponto de vista de maneira assertiva sem ser interrompida, teve flexibilização dos dois lados e empatia.

Já na reunião com o advogado, não teve nada disso, pelo contrário, a sensação de ter “apanhado” na mesa de negociação, é o que a literatura sobre machismo estrutural chama de “micro agressões” de gênero e, muitas vezes, passam abaixo do nosso radar. São exemplos disso o “mansplaining”, “mansterrupting” e “gaslight”, que confesso que até pouco tempo atrás nunca tinha sequer ouvido falar, mas que quando li seus significados, os identifiquei automaticamente com a experiência que tive naquela reunião e apresento a seguir:

Mansplaining: quanto tentam explicar um tema para a mulher como se ela tivesse uma capacidade intelectual inferior ou não tivesse entendido o

conceito, ao invés de reconhecer que ela simplesmente não está concordando com o seu ponto de vista;

**Maninterrupting:** quando uma mulher quer explicar algo, mas é interrompida por um homem para invalidar e desconsiderar a manifestação de opiniões feitas por ela. A palavra é um neologismo do inglês composto por “man”, que significa “homem”, e “interrupting”, cuja tradução é “interrompendo”.

**Gaslight:** faz parecer que o ponto colocado pela

mulher não é lógico ou é incongruente, ao invés de tentar entender a sua perspectiva.

Não devemos tratar esses comportamentos como dano colateral resultante do simples fato de sermos mulheres negociando com homens. Precisamos criar autoconsciência que estamos diante de uma agressão de gênero para que possamos enfrentá-la da melhor forma possível. Não aceitem “não” como resposta, se você acredita no seu ponto de vista, seja assertiva e o defenda, ainda que isso possa parecer absurdo para a outra parte ou tentem te calar.

### \*Renata Simon

é sócia do Candido Martins Advogados e atua nas áreas de private equity, M&A e societário. Também é responsável pelas áreas de financiamento e mercado de capitais e compliance. Possui mais

de 20 anos de experiência assessorando clientes em operações de M&A, private equity, financiamento e mercado de capitais. Tem mestrado pela Columbia University School of Law em Nova Iorque. Antes de ingressar no Candido Martins, trabalhou em um dos maiores escritórios de advocacia do Brasil e também como advogada do escritório inglês Clifford Chance, na área de mercado de capitais. Renata também tem experiência como in-house counsel de grandes corporações.



DIVULGAÇÃO

Diversidade, Equidade e Inclusão

# IGUALDADE E LEGALIDADE - DISCRÍMEN E PREVIDÊNCIA PRIVADA

**Luiz Rodrigues Wambier** e **Guilherme Pupe da Nóbrega\***, sócio do **Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados** e sócio do **Mudrovitsch Advogados**, respectivamente

O sentido e alcance dos princípios constitucionais da igualdade e da legalidade à luz da implementação de discrimen e do plano de benefícios da previdência privada complementar

**Resumo:** O princípio constitucional da isonomia, longe de se restringir à mera igualdade formal, deve ser compreendida principalmente sob seu prisma substancial. Essa concepção legitimou a adoção de medidas de discriminação positiva, com o objetivo de promover a igualdade nessa roupagem mais ampla também para

grupos sociais historicamente marginalizados. Levando em consideração condições de gênero, notadamente o excesso de atribuições usualmente assumidas pelas mulheres, a CF previu a aposentadoria feminina pelo Regime Geral da Previdência Social a partir de vinte e cinco anos de contribuição, cinco anos a menos do que exigido relativamente aos homens. O presente estudo sustenta que a regra de discriminação positiva prevista para o RGPS não se aplica à previdência privada complementar, uma vez ser ela regida pelo princípio do equilíbrio atuarial e se tratar de regime

Ser igual perante a lei **não significa apenas aplicação igual** da lei

contratual específico, exigindo-se, para o retorno financeiro, a contrapartida prévia do contribuinte.

**Sumário:** I. O Princípio Constitucional da Igualdade: A discriminação positiva como manifestação do princípio da igualdade; II. O Princípio Constitucional da Legalidade e a Previdência Privada; III. A evolução legislativa das regras de aposentadoria para homens e mulheres. Distinção de tempo de contribuição que tem origem na Constituição Federal e em Lei Ordinária; IV. Referências.

**Palavras-chave:** igualdade; mulheres; RGPS; previdência privada; equilíbrio atuarial.

## **I. O Princípio Constitucional da Igualdade: A discriminação positiva como manifestação do princípio da igualdade.**

Previsto na Constituição Federal - CF/88 como um dos direitos e garantias fundamentais a que alude o art. 5º[3], o princípio da igualdade, ou isonomia, se reveste de particular relevância social, na medida em que confere às pessoas tratamento igualitário, em função da sua relação indissociável com o princípio da dignidade humana. Trata-se de um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito.

Para que o princípio da igualdade alcance a sua finalidade, consubstanciada na igualdade substancial, a paridade de tratamento não pode ser aplicada de forma irrestrita, tomando por parâmetro a ideia de uma sociedade idealizada, assim entendida como aquela que, utopicamente, estivesse absolutamente livre das desigualdades sociais, gênero, etnia, raça e cor.

A diversidade existente entre determinados segmentos da sociedade, nos parece, clama pela aplicação de tratamento diferenciado, com o objetivo de coibir, ou minimizar, as desigualdades fáticas de origem histórica ou cultural. Assim, sendo o princípio da igualdade um princípio de justiça social, cumpre a sua finalidade (redução das desigualdades sociais) ao conferir o amparo legislativo dife-

renciado a determinados grupos, nos quais se enquadram pessoas com as mesmas características individuais.

É com essa percepção que se deve interpretar o texto do art. 5º da CF/88, como explica, brilhantemente, J.J. Gomes Canotilho:

Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos (...) O princípio da igualdade no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite 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 das escolas reservadas aos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma situação intrinsecamente discriminatória. Daí a sugestiva formulação de Castanheira Neves: a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei. Não há, pois, igualdade no não direito. Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Isso não significa que o princípio da igualdade formal não seja relevante nem seja correto. Realça-se apenas o seu caráter tendencialmente tautológico, uma vez que o cerne do problema permanece irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Assim, por exemplo, uma lei fiscal impositiva da mesma taxa de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao seu conteúdo, pois equi-

parava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar[4].

Essa diferenciação de tratamento a grupos estigmatizados, ou com necessidades específicas, poderia até parecer contraditória e desrespeitosa ao princípio constitucional, porém, é o meio adequado para a busca de uma sociedade igualitária. Aliás, a própria Constituição Federal não veda a ocorrência de tratamentos diferenciados, apenas se exige a existência de elementos legítimos para a implementação do *discrimen*.

De acordo com os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a diversidade de situações permite a coexistência de igualdade e da diferenciação, visto que “a igualdade, nesse caso, é o tratamento desigual das desigualdades[5]”.

Como resposta às necessidades sociais específicas, surge o instituto da discriminação positiva como manifestação do princípio da igualdade.

Mais uma vez sobre esse tema, é Manoel Gonçalves Ferreira Filho quem elucida que a:

A busca da igualdade de fato, ou melhor, de uma atenuação das desigualdades de fato, especialmente das decorrentes de gênero, etnia ou cor, tem sido procurada contemporaneamente por meio das chamadas ações afirmativas. São estas políticas públicas que importariam numa “discriminação positiva” ou “discriminação reversa”. Consistiriam no aspecto que interessa a este livro em introduzir, nas leis, normas que favoreceriam os membros de grupos caracterizados por sexo, etnia, cor, tidos por desvantajosos, quando em competição com os pertencentes a segmentos outros da população, tidos como não desvantajosos, isto é, favorecer esses desvantajosos a fim de lhes assegurar uma igualdade de oportunidades quando em confronto com os “avantajados”, por exemplo, na busca de emprego, de lugar nas escolas, em atividades econômicas, etc. Tais normas seriam a resposta à discriminação contra esses grupos no passado. “Discriminariam”, de modo positivo, no sentido de que seriam a res-

posta a práticas e normas discriminatórias que teriam pesado contra os mencionados grupos e seriam a fonte das desvantagens de que eles hoje padecem. Justificar-se-iam em face da igualdade, por configurar um tratamento favorável que corresponderia à situação de desvantagem existente.

Transpondo a matéria relativa à discriminação positiva às diferenças que se instauram em função do gênero, contemporaneamente ainda existe a necessidade de concessão de maior proteção à mulher.

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes modificações no sentido de coibir a discriminação contra a mulher. Porém, situação clássica de discriminação positiva é a baseada no gênero, típica da legislação trabalhista.

Em que pese a evolução legislativa ter conferido, genericamente, a garantia ao direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres, esse postulado admite exceções. Especificamente com relação aos direitos trabalhistas, o legislador vislumbrou a necessidade de conferir proteção mais intensa às mulheres do que aos homens, por meio da concessão de benefícios exclusivos. Isso por considerar a existência de diferenças fisiológicas (alusivas à maternidade, saúde, segurança).

Por exemplo, dentre inúmeras situações de proteção mais intensa à mulher previstas em Lei (tais como o direito à licença maternidade e salário maternidade), considerando a diferente compleição física entre os gêneros, à luz dos arts. 40, III e 201, parágrafo sétimo da CF, foi estabelecido o regime temporal reduzido em cinco anos para aquisição da aposentadoria por tempo de serviço e de contribuição.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 29.963/DF, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, manifestou o seu entendimento no sentido de ser possível a realização de testes físicos diferenciados para homens e mulheres, em cumprimento a etapa de concurso público, justamente com o objetivo de conferir às partici-

pantes do sexo feminino igualdade na participação do processo seletivo.

Do voto do acórdão constou o seguinte trecho, extraído do Parecer apresentado pelo Ministério Público:

Se, na prova de esforço físico, considerasse absolutamente iguais homens e mulheres, criaria para estas um impacto desproporcional. Sabe-se que homens possuem maiores condições de resistência física do que as mulheres, o que se prova pela mera verificação do que ocorre nos esportes. Não há, em qualquer competição que envolva resistência física, disputa entre homens e mulheres. Cada um desses grupos compete entre si[6].

Ainda, em paradigmático precedente (RE 658.312/SC), de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal analisou todas as nuances envolvendo o tema e concluiu que as diferenças em razão do gênero, no âmbito das relações de laborais, não ofendem ao princípio da isonomia. Ao contrário, a proteção mais intensa à mulher é o modo de se conferir efetividade ao princípio:

O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. 3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho - o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que

se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças. 5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras[7].

Entendeu-se, em síntese, que não há vedação, seja de ordem constitucional ou infraconstitucional ao tratamento diferenciado, desde que comprovada a existência de elementos jurídicos legítimos para o *discrímén* e que as garantias às diferenças existentes entre homens e mulheres sejam proporcionais, ou definidas por conjunturas sociais.

De fato, doutrina e jurisprudência reconhecem que a discriminação considerada legítima é aquela que não detém caráter de arbitrariedade. Ou seja, proibem-se as diferenciações jurídicas sem justificção razoável. Essa nos parece a posição mais coerente.

A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra específica sobre o tema, teve a oportunidade de expor:

Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos[8].

Aplicando a premissa de que as diferenciações de tratamento decorrentes do princípio da igualdade, em sua vertente material, devem ser justificadas, nos filiamos ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a adoção de medidas mais protetivas ao sexo feminino, especialmente no âmbito dos direitos trabalhistas, encontra a sua justificativa em critérios de ordem fisiológicos e sociais. É por isso que, como já mencionado anteriormente, fixou-se para as mulheres

um lapso temporal menor para a concessão da aposentadoria da previdência social. Não pairam dúvidas de que há adequação, proporcionalidade e razoabilidade no tratamento diferenciado e nenhum espaço para a configuração da arbitrariedade. Portanto, é legítimo o benefício conferido em razão do gênero, nesta situação, o qual tem por objetivo corrigir a desigualdade existente entre os gêneros e coloca-los em situação de paridade.

Por outro viés, entendemos que as equiparações pretendidas no âmbito da aposentadoria privada complementar (modalidade contratual de caráter privado, que guarda independência em relação ao Regime Geral da Previdência Social), fundadas em motivações exclusivamente ideológicas de igualdade entre homens e mulheres é situação que se enquadra na hipótese de diferenciação arbitrária e, desse modo, ilegítima.

Essa conclusão está pautada, em primeiro plano, no fato de que não é responsabilidade do plano de aposentadoria privada complementar corrigir, ou minimizar, as diferenças históricas e sociais entre os gêneros. Essa função é realizada pela Previdência Social, mediante a concessão de período completo inferior às mulheres para a obtenção da aposentadoria. O segundo ponto que evidencia a arbitrariedade nesta pretensão, consiste no fato de que, em relação à aposentadoria privada complementar, não existe desigualdade entre os gêneros.

No âmbito do plano de aposentadoria privada complementar, que consagra o regime de capitalização, que tem como pressuposto a constituição de reserva prévia, a equiparação de benefícios conferidos às mulheres aos homens opera no plano da desigualdade pelo favorecimento dos iguais. Isso se diz, pois, os parâmetros iniciais levam em consideração exatamente o volume dos aportes realizados pelos gêneros até o momento da concessão dos benefícios. Se as mulheres recebem um percentual inicial menor, significa que aportaram menos recursos ao plano, ante a previsão legal de fazerem jus ao benefício cinco anos antes que os homens.

A consequência dessa equiparação, que não en-

contra respaldo no princípio da igualdade, será o favorecimento das mulheres em detrimento dos homens. A elas, porque receberão um benefício sem a formação de uma reserva capaz de garantir o valor em sua integralidade. Os homens, de outro lado, muito provavelmente terão o seu benefício reduzido, em que pese a formação prévia de um capital, como forma de reequilibrar a técnica científica dos planos de aposentadoria privada complementar.

A questão foi muito bem explicada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A legitimidade da diferenciação deve ser aferida subjetivamente ou objetivamente, ou seja, quanto ao sujeito da diferenciação, o grupo por ela alcançado, e quanto às condições e critérios da diferenciação. Quanto ao primeiro aspecto, é ilegítima diferenciação quando arbitrária. Ou seja, quando é maculada pelo desvio de poder, sendo estabelecida por razões que não se coadunam com sua finalidade. É o caso das diferenciações fundadas em motivos exclusivamente ideológicos ou políticos ou fruto de capricho. Quanto ao segundo aspecto, a diferenciação somente é legítima quando justificada. Ou seja, quando corresponde a uma diversidade real e a norma se ajusta a tal diversidade. É a desigualdade na medida da desigualdade[9].

## II. O Princípio Constitucional da Legalidade E A Previdência Privada

A letra do art. 5º, II, a CF preconiza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O princípio da legalidade, primeiro princípio do Estado Democrático de Direito, contempla a ideia de submissão à lei, porém é aplicado de forma diferente, a depender do seu destinatário. Em relação ao particular, confere liberdade para fazer a sua vontade, exceto o que a lei proíbe. Do outro lado, restringe a interferência do Poder Estatal na esfera das liberdades individuais, buscando evitar arbitrariedades.

A respeito do princípio da legalidade, o Ministro Gilmar Mendes, em coautoria com André Rufino

do Vale, já teve a oportunidade de elucidar que:

A ideia expressa no dispositivo é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (Rechtsgesetze), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão “em virtude de lei” na Constituição de 1988. A lei é a regra de direito (Rechtssatz) ou norma jurídica (Rechtsnorm) que tem por objeto a condição jurídica dos cidadãos, ou seja, que é capaz de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, criando direitos e obrigações. A lei deve ser igualmente geral e abstrata, uma disposição normativa válida em face de todos os indivíduos (de forma impessoal) e que regule todos os casos que nela se subsumam no presente e no futuro. Trata-se também de um conceito material de lei como ratio e ethos do Estado de Direito, que leva em conta o conteúdo e a finalidade do ato legislativo, sua conformidade a princípios e valores compartilhados em sociedade, assim fortalecendo o necessário liame entre legalidade e legitimidade (...). Quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por “lei” pode-se entender o conjunto do ordenamento jurídico (em sentido material), cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento (Rechtsgesetze). O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se em princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda atividade estatal e privada à força normativa da Constituição[10].

O plano de aposentadoria privada complementar, como se viu, encontra previsão no caput do artigo 202 da CF/88, de onde se extrai que o regime da previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, ba-

seado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

No plano infraconstitucional, a matéria é regulamentada na LC 109/2001, em seus artigos 1º e 18, que também dispõe acerca da constituição prévia de reservas para garantia do plano, dispositivos que devem ser interpretados de forma conjunta com o artigo 6º da LC 108/2001, tendo em vista a responsabilidade mútua pelo fundo, por parte dos participantes e da patrocinadora.

Como se viu anteriormente, aplicando-se as regras próprias relativas à matéria, os planos de aposentadoria privada complementar são constituídos sob a perspectiva de que o recebimento do benefício pressupõe o correlato custeio prévio que o garante, o qual é formado pelo regime da capitalização. A ideia é a de que cada um receberá o seu quinhão.

Se, por um lado, em razão do gênero, é oportunizado às mulheres a percepção do benefício antecipadamente em cinco anos em relação aos homens, não se pode desconsiderar, pelo viés econômico e atuarial, o volume menor de aportes por elas realizado e, conseqüentemente, a formação menor do prévio custeio.

Nessa perspectiva, a diferenciação no percentual inicial pago em razão do gênero parece ser corolário da legalidade. A conduta é fundamentada na premissa modular dos fundos de previdência complementar que é a adoção do regime da capitalização. O benefício diferenciado aos gêneros, portanto, encontra respaldo no princípio da legalidade e atende adequadamente ao princípio da igualdade.

Mas não é só. Em se tratando de um plano na modalidade de benefício definido, não é demais realçar que o cálculo da prestação previdenciária tomará o critério de apuração proporcional entre os recursos acumulados (patronal e individual) e o tempo contribuído para a formação da reserva, por ser o procedimento desejável para se chegar aos efetivos direitos, não havendo qualquer erro na metodologia, que respeita a regra de sustentação, o de-

nominado custeio.

Aliás, a regra Constitucional, a que alude o art. 202 visa a garantir, a título de prestação previdenciária, o que realmente foi vertido pelas partes signatárias da relação contratual. Significa dizer: um tempo contributivo inferior de uma participante não poderia propiciar um benefício em patamar idêntico àquele que foi constituído pelo participante do sexo masculino por um período superior, sob pena de se permitir um direito sem a devida contrapartida financeira e com fortes tendências para acarretar o desequilíbrio atuarial do plano, posto que faltante a respectiva fonte de custeio.

### **III. A evolução legislativa das regras de aposentadoria para homens e mulheres. Distinção de tempo de contribuição que tem origem na Constituição Federal e em Lei Ordinária.**

A regra que estabelece a distinção de percentual do benefício para homens e mulheres, reflete distinção que tem base constitucional e legal, obedecendo à hierarquia das leis na pirâmide normativa.

Para que se possa constatar essa realidade, faz-se breve histórico da evolução legislativa da cláusula geral de igualdade (art. 5º, caput, I da CF/88), na qual estão inseridas as regras infraconstitucionais (art. 53, I da Lei 8.313/91) e as normas internas dos planos dos fundos de previdência, notadamente ao REG - Regulamento Básico de Plano de Benefícios.

Pois bem. Na Constituição de 1824, no art. 179, XIII, o princípio da isonomia vinha previsto no sentido de que: "... a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um".

Posteriormente, na Constituição de 1891, o constituinte preocupou-se em igualar a todos, impedindo discriminações em razão de posses, títulos ou nascimento. Previa o art. 72, 2º: "... todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas

prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho".

No entanto, somente em 1934 é que o legislador voltou seus olhos aos problemas sociais discriminativos em relação à mulher e passou a prever o seu tratamento igualitário com os homens: "todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas" (art. 113, 1).

Após a Constituição de 1934, mais três outras - 1937, 1946 e 1967 - antecederam a Constituição Federal de 1988 que, de fato, enfrentou o tema da igualdade entre os sexos.

A Constituição Federal de 1988 trata desse tema nos seguintes dispositivos:

Art. 5º, caput:

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

Art. 5º, I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Atente-se que na parte final do art. 5º, I, foi assegurado o tratamento diferenciado para homens e mulheres, conforme se extrai do art. 7º, XX e o art. 40, §1º, III:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado o regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

§7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecendo as seguintes condições:

I - Trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - Sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

O tratamento diferenciado teve como premissas a exclusão histórico-social da mulher, a resistência física e componentes sociais[11]. Concebeu-se, então, a igualdade entre os gêneros, a partir da realidade, com as suas múltiplas facetas, afastando-se a interpretação decorrente do liberalismo clássico[12]. Desse modo, é mais do que evidente a im-

possibilidade de igualar indiscriminadamente homens e mulheres, pois é exatamente a consideração aos contrastes individuais que atenta ao princípio da isonomia, como já se pronunciava Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinohar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (...)Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”[13].

Da mesma forma que as diferenças entre os sexos foi objeto de cuidado pelo constituinte, ao estabelecer diferenciado regime temporal de aposentadoria[14], não poderia ser diferente para o regime da previdência privada complementar, a fim de compatibilizar o tempo de aposentadoria de homens e mulheres com um dos principais pilares de seu regime: equilíbrio atuarial do fundo.

Veja-se que antes da Constituição Federal de 1988, apenas ao homem era permitido aposentar-se proporcionalmente, conforme se extrai do art. 10 da Lei 5.890/1973[15]. Foi, então, somente com a Constituição Federal de 1988 que passou a se assegurar também à mulher o direito à aposentadoria proporcional, a partir de 25 anos de contribuição.

Em que pese a regra constitucional se dirigir à previdência social, três fundos de previdência complementar do país passaram a adotar o benefício proporcional às mulheres que quisessem se aposentar com 25 anos de contribuição, recebendo o benefício na proporção de 70%: FUNCEF, COPEL e FORLUZ[16].

No caso da FUNCEF, adaptou-se o antigo plano REG - Regulamento Básico, mediante a celebração do IPAC - Instrumento Particular de Alteração Contratual, tendo como bases legais a Constituição Federal e a Lei 8.213/91, que em seus arts. 52 e 53, I, passaram a prever a aposentadoria por tempo de serviço para a mulher, consistente na renda

mensal de 70% do salário-de-benefício aos 25 anos de serviço.

Em 1998, no entanto, o sistema de previdência social sofreu significativas alterações, inclusive quanto à extinção da aposentadoria proporcional por tempo de serviço, mediante a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, respeitando-se, ao mesmo tempo, o direito adquirido dos beneficiários que já contavam com a possibilidade de aposentar-se antes do limite constitucional vigente à época - 25 anos para mulher e 30 para homem[17].

A justificativa para a adoção do percentual de 70%, portanto, decorre da aplicação de dois pilares que regem o regime da previdência complementar: a. o regime contratual da previdência complementar e; b. o equilíbrio atuarial do fundo.

Assim, observadas essas considerações, parece mais do que desejável e necessário que a igualdade entre homens e mulheres não se dê indiscriminadamente, mas sim em atenção aos ditames do princípio da isonomia.

#### IV. Referências

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.890, de 08 de junho de 1973. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jun. 1973. Col. 4, p. 5586.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 639.138-RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 30/06/2011. Data de publicação: DJe-101 29/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribu-

nal Pleno). Recurso Extraordinário nº 658.312-SC. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 27/11/2014. Data de publicação: DJe-027 10/02/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Mandado de Segurança nº 29.893-DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 06/09/2011. Data de publicação: DJe-183 23/09/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao Art.5º, II. in: CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.]. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TSUTSUI, Priscila Fialho. A aposentadoria proporcional e as regras de transição. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 nov. 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aposentadoria-proporcional-e-as-regras-de-transicao,50666.html> >. Acesso em: 26 jun. 2019.

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

[4] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª

ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, pg. 426/427.

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. De acordo com o Autor em referência: “No mundo contemporâneo, dado o intervencionismo do estado que procura corrigir as mais variadas disparidades, a diferenciação de situações se intensificou a um ponto que raras são as leis que colhem todos os indivíduos. De fato, o Estado intervencionista (o Welfare State ou Estado-providência) preocupa-se em compensar desigualdades de riqueza, de educação, em amparar os carentes, os trabalhadores, os inquilinos; em proteger mulheres, os membros de minorias etc. Certamente, cuida de diferenciar para reparar as desigualdades, mas com o efeito perverso de esmaecer a igualdade perante a lei”.

[6] STF. MS 29893, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC 23-09-2011.

[7] STF. RE 658312, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015.

[8] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 18.

[9] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

[10] MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Comentário ao Art.5º, II*. in: CANOTI-

LHO, J.J. Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

[11] Oportuna transcrição de brilhante acórdão desse e. STF, já mencionado acima neste Parecer, prolatado nos autos de RE 658.312: “Pela leitura desses dispositivos, podemos concluir que a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITAGUY, Jacqueline & BARSTED, Leila L. (orgs). *O Progresso das Mulheres no Brasil*. Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho - o que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma, como propõe a metódica concretista de Friedrich Müller (cf. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann: Rio de Janeiro, Renovar, 2005 e *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito*. Trad. Dimitri Dimoulis et al.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). RE 658.312-SC, Rel. Ministro Dias Toffoli, J. em 27/11/2014.

[12] “O homem, nascendo, conforme provamos, com direito à perfeita liberdade e gozo incontido de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, por igual a qualquer outro homem ou grupo de homens do mundo, tem, por natureza, o poder não só de preservar sua propriedade - isto é, a vida, a liberdade e os bens - contra os danos e ataques de outros homens, mas também de julgar e castigar as infrações dessa lei por outros conforme estiver persuadido da gravidade da ofensa...”. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 3ªed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 133. (II, 87).

[13] BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 26.

[14] Como já tive oportunidade de expor, a regra da aposentadoria proporcional - a partir de 25 anos de contribuição para mulheres 30 anos homens - tem como justificativa o maior desgaste físico da mulher, inclusive em razão de sua dupla jornada: compatibilização de trabalho profissional e trabalho doméstico.

[15] “Art. 10. A aposentadoria por tempo de serviço será concedida aos trinta anos de serviço: I - até a importância correspondente a 10 (dez) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, em valor igual a: a) 80% (oitenta por cento) do salário-de-benefício, ao segurado do sexo masculino; b) 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ao segurado do sexo feminino;”

[16] Dados extraídos de manifestação da PREVIC, que figura como amicus curiae no Recurso Extraordinário 639.138/RS.

[17] Em síntese, a aposentadoria proporcional pode ser concedida nas seguintes hipóteses: “Para aqueles que completaram 25 anos de tempo de serviço, se mulher, e 30 anos de tempo de serviço, se homem, até 15.12.1998, é garantida a concessão de aposentadoria proporcional, independentemente da idade, com renda equivalente a 70% do salário de benefício acrescido de 6% a cada ano adicional de tempo de serviço até no máximo 100%. Por sua vez, aos que ingressaram no RGPS antes da E.C. nº 20/98 e não preencheram o tempo mínimo exigido até a Emenda, há uma regra de transição para a concessão de aposentadoria proporcional. De acordo com essa regra, exige-se, na data de entrada do requerimento, a idade mínima de 48 anos, se mulher, e 53 anos, se homem, além da comprovação de tempo de serviço mínimo acrescido de um “pedágio” (40% do tempo que, na data da E.C. nº 20/98, faltava para atingir o tempo mínimo de 25 anos, se mulher, e 30 anos, se homem). Nesse caso, a renda mensal será equivalente a 70% do salário de bene-

fício acrescido de 5% a cada ano adicional de tempo de serviço até no máximo 100%. Por fim, para os novos filiados à Previdência Social, já sob a égide das alterações trazidas pela E.C. nº 20/98, não há mais a possibilidade de concessão de aposentadoria proporcional, mas apenas de aposentadoria integral. É necessária a comprovação de 30 anos de tempo de contribuição, se mulher, e 35 anos de tempo de contribuição, se homem, independentemente da idade, e a aposentadoria será concedida com Renda Mensal Inicial equivalente a 100% do salário de benefício”. (TSUTSUI, Priscila Fialho. A aposentadoria proporcional e as regras de transição. Disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aposentadoria-proporcional-e-as-regras-de-transicao,50666.html#\\_ftnref3](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aposentadoria-proporcional-e-as-regras-de-transicao,50666.html#_ftnref3). Acesso em: 15.08.2018).

### \*Luiz Rodrigues Wambier

é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor no Programa de Mestrado e Doutorado do Instituto Brasiliense de Direito Público. Sócio em Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados.



DIVULGAÇÃO

### Guilherme Pupe da Nóbrega

é doutorando, mestre e especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor na área de Direito Processual Civil. Sócio em Mudrovitsch Advogados.



DIVULGAÇÃO

# DE ALUNO A PROFESSOR: AS OBSERVAÇÕES DE UM JOVEM DOCENTE

**Bernardo Salgado\***, advogado no **Terra Tavares Ferrari Elias Rosa Advogados**

Tão **importante** quanto aprender os **conceitos** é entender em que **conjuntura de sociedade** se encaixam

**R**ecebi honroso convite da Análise Editorial para escrever um artigo sobre a “importância de professores mais jovens na dinâmica do Direito (universitário)”. Diria que, em meio aos trabalhos que já tive a oportunidade de produzir, este, embora breve e opinativo, talvez seja um dos mais desafiadores.

Falando com franqueza, a simplicidade aparente do tema contrasta com a dificuldade de um professor jovem formular recomendações verdadeiramente aptas a contribuir com o ensino e a aplicação do Direito.

Em alternativa, nas linhas seguintes busquei compartilhar três ideias reunidas na prática conjugada da advocacia contenciosa com a atividade docente. A minha intenção é que estas notas reflitam muito mais um relato de predileções e impressões pessoais que qualquer espécie de orientação acadêmica.

Antes, para permitir a avaliação crítica do leitor, deixo registrado que, na data de elaboração deste texto, somo nove anos de prática jurídica, principalmente no contencioso cível, e quatro anos de magistério, como professor de Direito Civil. Sou advo-

gado no Terra Tavares Ferrari Elias Rosa Advogados, escritório dedicado ao contencioso estratégico e estabelecido em São Paulo, no Rio de Janeiro e em Brasília. Formei-me na graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e no mestrado em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Comecei a efetivamente exercer a docência em 2018, ainda na UERJ, em estágio docente sob orientação da talentosa professora Aline de Miranda Valverde Terra. Já há algum tempo, além de aulas pontuais a convite noutras instituições, tenho a oportunidade de atuar como professor convidado do Instituto de Direito da PUC-Rio, particularmente na pós-graduação lato sensu e em cursos de extensão. Afeito às ciências exatas quando mais jovem, encontrei no mundo jurídico a angústia que me atormentara desde os primeiros dias da faculdade: uma aparente impossibilidade de se alcançarem certezas no Direito.

A matemática do jurista é um tanto quanto particular. O legislador não é capaz de disciplinar antecipadamente todas as variáveis de acontecimentos. Já o ordenamento exprime, a um só tempo, produto da sociedade e instrumento de regulação social. Normas jurídicas, por sua vez, são o resultado da interpretação da lei à luz de específicas situações fáticas, que, diferentemente do que se costuma pensar, não se esgotam no raciocínio lógico da subsunção.

Os institutos jurídicos, além disso, são histórico-relativos, a denotar que seus significados mudam conforme se vire a página da história e a sociedade se transforme. Dado que a norma só é produzida sob as lentes da circunstância fática, afigura-se legítima a conclusão de que nem sempre se oferecem no Direito soluções seguramente concebíveis de antemão. De fato, cada caso é um caso.

Daí por que — eis uma primeira impressão que gostaria de dividir com o leitor — no ensino jurídico não se deve prescindir da realidade em que o jurista se insere e da função que exerce. Mesmo quando se atenta na historicidade e relatividade dos ins-

titutos, levando-os em conta no ensino jurídico, é insuficiente estudar o Direito atendo-se apenas a conceitos, tal como se cuidasse de um sistema perfeito, que ofereceria solução chapada a qualquer possível disputa, mediante simples recondução a parâmetros conceituais.

Não é, naturalmente, que os conceitos se revelem desimportantes. Ao contrário, são elementares para a ciência do Direito, porque indispensáveis para que se produza a ciência e se promova segurança jurídica, elemento em que repousa a paz coletiva. Todavia, tão importante quanto aprender os conceitos é entender em que conjuntura de sociedade se encaixam, a que servem e de que maneira podem ser úteis, em concreto, para dirimir questões sociais.

Já que a sociedade produz e recebe as normas jurídicas, não pode faltar ao jurista uma dose de realidade. Dito diversamente, acredito que a aplicação do Direito e o aprendizado jurídico se tornam mais simples quando realizados tendo em conta não apenas o universo da dogmática, mas, também, a realidade, o mundo real das coisas, das instituições e das pessoas, ao qual os conceitos se aplicam. Facilita a assimilação de uma ciência social essa constatação sobre o seu próprio ser.

Uma segunda ideia relativamente à prática da docência — aliás, também da advocacia — vem de premissa que soa a certo truísmo: o jurista fala sempre para pessoas. Essas pessoas são permanentemente movidas a emoções, sentimentos e pré-compreensões.

Somos influenciados por nossas histórias, enxergamos o mundo de uma maneira que é só nossa e, a qualquer informação recebida, sentimos. É ingênuo pensar que, na atuação da norma, o operador jurídico se desgarrar, por inteiro, das sensações que o movem e do condicionamento que sua vivência lhe impõe.

Daí advém mais um fundamento a evidenciar a insuficiência de pensar o ensino e a prática jurídica como um arquipélago de regras conceituais. Já

que se fala para pessoas, cujas emoções e pré-compreensões condicionam os processos de aprendizado e interpretação, é oportuno perseguir, continuamente, a melhor maneira de se transmitir uma ideia, ciente de que o destinatário não produz meros silogismos com as informações, mas forma suas convicções tendo em vista tanto o dado normativo quanto as experiências particulares e as sensações que o discurso lhe desperta. Transmitir o Direito de forma eficiente depende do compromisso com a compreensão do receptor da mensagem.

A terceira ideia que gostaria de compartilhar concerne à linguagem. Recordo-me que, há cerca de uma década, no início da minha atuação na advocacia, ainda quando estagiário de primeiro semestre da graduação, fui involuntariamente levado a acreditar que a utilização de palavras inusuais evidenciaria requintes de saber jurídico.

Esboço um sorriso ao lembrar que colecionava as expressões em latim identificadas em livros e petições, ansioso para encontrar situações concretas em que as pudesse aplicar. Achei que assim transmitiria sabedoria. E a verdade é que muitos textos doutrinários e petições que lia, em vez de me demoverem da ideia, estimulavam-na no meu inconsciente.

Tenho agora opinião diferente. A má comunicação escrita, por vezes disfarçada no culto desmedido à erudição, é causa de afastamento do jurista da sociedade e acaba por fomentar o obscurantismo.

É claro que, no domínio de uma ciência, não se deve nem se pode renunciar à terminologia técnica, que encerra pressuposto indeclinável de constituição do ordenamento. Mas o aplicador do Direito ciente de que sua ciência é meia, e não fim, precisa ser, antes de jurista, um bom contador de histórias, e as boas histórias, as mais inteligíveis, vivem na simplicidade. Na frase atribuída a Leonardo da Vinci, a simplicidade é o mais alto grau de sofisticação.

Certo é que, como alunos ou professores, todos temos preferências. Quando discente, por exem-

plo, eu não era o maior dos fãs das aulas baseadas apenas em leituras de apresentações em PowerPoint ou guiadas pela letra da lei, em estudo tópico de dispositivos legais. Excelentes professores têm talento bastante para adotar esses métodos e cumprir com esmero suas missões na docência. Como expliquei anteriormente, falo aqui de predileções.

Também me resenti, em algumas oportunidades, das faltas de exemplos que pudessem ajudar a traduzir noções particularmente complexas e cuja aplicabilidade prática eu não conseguia intuitivamente visualizar. Percebi, noutras vezes, que já se contava algum tempo entre as datas das aulas e a época em que possivelmente se conceberam lições que me foram transmitidas, despertando-me a dúvida sobre a valia do fluxo de informações que recebia.

De toda sorte, considero ter estudado o Direito com excelentes professores, dotados de vocação específica para o magistério. Na minha formação, foram fundamentais professores de todas as idades, alguns mais outros menos experientes. Foram raríssimos os meus momentos de desalento na academia.

Agora, como docente em início de carreira, busco aproveitar a proximidade da época em que estive do outro lado da sala, além da atuação na advocacia contenciosa, para cultivar e colocar em prática essas ideias despertadas pela vivência.

Gostaria de ter espaço para compartilhar outras. Por ora, tentando me manter fiel ao escopo do convite, reúno as três apresentadas neste breve texto de opinião.

A primeira é a de que o mundo dos conceitos se realiza e se resplandece no mundo dos fatos. Na construção do Direito, conceitos e fatos se correlacionam, a todo instante. A segunda é a de que o Direito é feito por pessoas e para pessoas, cujas inteligências não são dissociáveis das pré-compreensões e sensações; o discurso jurídico que negligencie elementos extranormativos é, por natureza, incompleto. A terceira ideia, finalmente, é a de que a

comunicação do Direito, em vez de desafiar o destinatário, deve cativá-lo. A boa técnica se torna ainda melhor quando encontra a simplicidade como veículo eficiente de divulgação.

---

### **\*Bernardo Salgado**

é bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), onde atua como professor convidado de Direito Civil da pós-graduação lato sensu, e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Além disso é autor e coautor de diversas obras jurídicas.



DIVULGAÇÃO

# FRAUDE À EXECUÇÃO

**Diego Caldeira Gonzales\***, advogado do  
**Carmona Maya, Martins e Medeiros**  
**Sociedade de Advogados**

## I. - Introdução.

O objetivo do presente trabalho é analisar o instituto da fraude à execução, sob o ângulo de uma das hipóteses de ocorrência, de acordo com sua disposição no Código de Processo Civil (art. 792, IV), a partir da conceituação técnica do gênero, incursão na espécie desejada, análise dos requisitos de sua configuração, e o modo de defesa dos suscitados.

Nesse sentido, será abordado como a doutrina se posiciona sobre a ocorrência de fraude à execução dentro do sistema do processo civil, prin-

cipalmente frente às inovações legislativas e o interesse do legislador, traduzido em maior positividade, a partir da promulgação do Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/15).

Sem embargo da indicação das outras hipóteses configuradoras, o presente estudo ficará restrito à análise da espécie tratada no inciso IV, do art. 792, do CPC, discorrendo-se sobre seus requisitos essenciais e suas características, sobretudo considerando a contribuição jurisprudencial para o tema.

Além de se incursionar no modo de defesa do executado, tratará o artigo,

Por tratar-se de ato **fraudulento gravíssimo**, não demanda procedimento especial e/ou com maiores **formalidades**

ainda, sobre a peculiaridade atrelada à defesa do terceiro adquirente, observando a eventual dupla hipótese do manejo de embargos de terceiro.

## II. - A Fraude à Execução.

A tutela executiva, compreendendo execuções de título extrajudicial e cumprimentos de sentença, se realiza, processualmente, a partir do momento em que o executado não adimple a obrigação, líquida certa e exigível, estampada em título executivo extrajudicial (art. 784, CPC) ou em sentença, compelindo o credor a, através do Poder Judiciário, respeitando o devido processo legal, restringir o patrimônio do devedor e, por sua vez, apropriá-lo para satisfazer o crédito.

Conseqüentemente, para que o processo de execução tenha efetividade, conforme legalmente assegurado (art. 4º, CPC), o credor deve ver satisfeito seu crédito, ao passo que o devedor, embora responda com seu patrimônio (art. 789, CPC), tem assegurada a impenhorabilidade de bens que salvaguardem sua subsistência (art. 833, CPC).

Destarte, invariavelmente, para atingir-se a finalidade do procedimento executivo, torna-se imprescindível que haja a constrição judicial de bens, sob pena de tornar-se aquele processo mais um dentre tantos infundáveis, o que resulta na assombrosa estatística de atuais 42 milhões de processos de execução em andamento[1].

Ocorre que na infeliz rotina de disputa entre localizar e restringir bens e, por outro lado, dificultar a consagração da tutela executiva, acaba-se verificando que determinado executado, imbuído de má-fé, aliena ou onera bens para desfaltar seu patrimônio visando lesar seu credor.

Nesse sentido, por cuidar-se de expediente que macula o processo de execução e, portanto, possui inquestionável destaque dentro do processo civil, a fraude à execução é objeto de extensa e complexa análise perante a doutrina brasileira.

Nas palavras de Rodrigo Frantz Becker:

Por fraude à execução tem-se o ato praticado pelo devedor tendente a violar a atividade jurisdicional do estado, consubstanciada na alienação ou oneração de seus bens no curso de um processo. Configura-se, portanto, quando o devedor aliena seus bens no curso de um processo judicial, seja na fase de conhecimento ou de execução, enquadrando-se em alguma das hipóteses expressamente previstas no art. 792 do Código de Processo Civil de 2015, presumindo-se, assim, a sua má-fé [2].

A seu turno, Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart destacam:

A fraude à execução constitui ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 774, I, CPC) e ilícito penal (art. 179, CP). Trata-se de manobra do executado que visa a subtrair à execução bem de seu patrimônio. Se reconhecida, a alienação ou oneração realizada considera-se ineficaz com relação ao exequente [3].

A fraude à execução, por tratar-se de ato fraudulento gravíssimo, não demanda procedimento especial e/ou com maiores formalidades, cabendo ao exequente que pretender sua decretação pleiteá-la por mera petição simples nos autos da execução.

Sobre a gravidade do ato, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ressaltam que

a fraude à execução é “ato atentatório à dignidade e à administração da justiça, muito mais grave do que a fraude pauliana. Na fraude contra credores o prejudicado direto é o credor; na fraude de execução o prejudicado imediato é o Estado-juiz”[4].

Em arremate, Humberto Theodoro Junior leciona:

A fraude frustra, então, a atuação da Justiça e, por isso, é repelida mais energicamente. Não há necessidade de nenhuma ação para anular ou desconstituir o ato de disposição fraudu-

lenta. A lei o considera simplesmente ineficaz perante o exequente. Não se cuida, como se vê de ato nulo ou anulável. O negócio jurídico, que fraudava a execução, diversamente do que se passa com o que fraudava credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exequente [5].

Por sua vez, quando decretada a fraude à execução, o ato fraudulento será considerado ineficaz perante aquele exequente (art. 792, § 1º, CPC), o que não significa dizer que o ato será invalidado, até porque o bem pertencerá na propriedade deste terceiro que, inclusive, terá direito à eventual sobejo do valor quando de eventual alienação.

Neste sentido, reconhece André Vasconcellos Roque:

Por isso mesmo, reconhecida a fraude à execução e levado a leilão bem de valor superior ao da dívida, o saldo remanescente será entregue ao terceiro/adquirente, e não ao devedor/alienante. Além disso, o reconhecimento da fraude à execução aproveita tão somente ao credor que a alegou, não beneficiando os demais credores do devedor/alienante, que deverão veicular tal matéria em seus respectivos processos[6].

Demonstrado, em síntese, do que se trata a fraude à execução no âmbito do processo civil, segue-se com a abordagem à sua espécie, que é o objeto deste trabalho.

### III. - O Inciso IV, do Art. 792, CPC.

Os incisos do artigo 792, do CPC, elencam as hipóteses de ocorrência de fraude à execução e, por isso, merecem transcrição integral:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - Quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averba-

da no respectivo registro público, se houver;

II - Quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - Quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo em que foi arguida a fraude;

IV - Quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

### V - Nos demais casos expressos em lei.

Com efeito, serão percorridos os requisitos que, cumulativamente preenchidos, ensejam a decretação de fraude à execução baseado no multicitado inciso IV, assim como suas características, de acordo com o entendimento jurisprudencial sobre o tema.

#### III.I. - A Citação do Executado.

Muito embora a decretação desta modalidade de fraude deva ocorrer, obviamente, em processo de execução, a citação prévia à alienação fraudulenta exigida pela legislação, não remonta à hipótese de citação para pagamento própria do processo executivo (art. 827, CPC).

Em outras palavras, a citação do devedor-alienante, para fins de preenchimento deste requisito, pode ocorrer em processo de conhecimento, uma vez que a partir de sua convocação para integrar a lide ainda não sentenciada, ele [o devedor] estará ciente de que seu patrimônio pode vir a ser afetado futuramente [7].

Nesse sentido, a doutrina esclarece que é imprescindível a litispendência quando do tempo da alienação aventada como fraudulenta:

Fundamental para caracterização da fraude à execução é a existência de litispendência ao tempo

da alienação ou oneração do bem passível de constrição executiva. Vale dizer: é imprescindível que o demandado tenha sido citado validamente para processo em curso [...].

O que interessa é que esse processo, por seu conteúdo, possa importar em responsabilidade patrimonial atual ou futura do demandado. Em outras palavras, pode o processo conter tanto uma ação que vise à condenação do demandado como à execução de seu patrimônio ou simples assecuração para execução futura [8].

Ponto interessante é que o Superior Tribunal de Justiça registra precedente admitindo que, para fins de configuração da fraude à execução e em não havendo a citação do alienante, o credor prove o conhecimento do adquirente sobre a demanda, ao tempo da aquisição:

Processual civil. Recurso Especial. Alienação de bem em fraude à execução. Citação do devedor. Conhecimento do adquirente sobre a pendência de demanda. Prova.

- A citação válida do devedor, exigida para o fim de caracterização de alienação em fraude à execução, pode ser aquela efetivada em ação de conhecimento, cujo julgamento possa reduzi-lo à insolvência.

- Para que exista fraude à execução é preciso que a alienação do bem tenha ocorrido após registrada a citação válida do devedor ou, então, que o credor prove o conhecimento do adquirente sobre a existência de demanda pendente contra o alienante, ao tempo da aquisição.

(Resp. n. 234.473/SP, relatora Nancy Andri ghi, Terceira Turma, DJ de 18/2/2002, p. 409.)

Finalmente, merece destaque o disposto no § 3º [9], do art. 792, CPC, ao apontar que, nos casos de instauração de incidente de descon sideração da personalidade jurídica, a fraude à execução poderá ser verificada a partir da citação da devedora principal, ou seja, “da parte cuja personalidade se pre-

tende desconsiderar”.

Isto é, em havendo alienação ou oneração dos bens do suscitado, dentre o preenchimento de outros requisitos, haverá fraude à execução, mesmo que ainda não tenha sido instaurado o incidente, sendo necessária apenas a citação da devedora principal.

O enunciado nº 52, da ENFAM enuncia que “A citação a que se refere o art. 792, § 3º, do CPC/2015 (fraude à execução) é a do executado originário, e não aquela prevista para o incidente de descon sideração da personalidade jurídica (art. 135 do CPC/2015)”.

André Vasconcelos Roque elucida a novidade advinda do CPC de 2015:

Contudo, nos casos em que é deferida a descon sideração da personalidade jurídica, a fraude à execução em relação ao atingido pela medida (que não era parte originária do processo) torna-se possível a partir de qual marco temporal - da citação da parte originária ou da citação do atingido pela descon sideração no incidente instaurado para a sua decretação (arts. 133 a 137)? À primeira vista, a solução mais coerente seria a segunda (pois é a partir desse momento que o devedor alienante passou a integrar a relação jurídica processual), como o Superior Tribunal de Justiça já decidiu tendo por perspectiva as regras do CPC/1973 (por exemplo, STJ, Resp. 1.391.830, Rel. Min. Nancy Andri ghi, j. 22.11.2016), mas o CPC/2015 optou pela primeira alternativa, ao se referir à “parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”, estendendo parte dos efeitos da citação do devedor originário ao atingido pela descon sideração. Ao que parece, o legislador buscou evitar que eventuais atos fraudulentos que tenham sido praticados antes do requerimento de descon sideração e que podem inclusive tê-lo motivado escapem dos domínios da fraude à execução [10].

Logo, em sentido contrário para ver decretada a fraude à execução, exige-se que a alienação dita fraudulenta necessariamente ocorra após a citação válida do alienante, seja em qualquer processo, contudo, não se tratando da única forma de obter

seu reconhecimento, admitindo-se duas mitigações: (1) comprovação de ciência inequívoca do adquirente sobre a existência daquela ação que possivelmente desfalaria o patrimônio do alienante, e (2) quando se tratar de incidente de desconsideração da personalidade jurídica e aquele responsabilizado posteriormente aliena ou onera após a citação do devedor originário.

### III.II. - A Insolvência do Devedor

Outro requisito que deve ser observado é o estado de insolvência do devedor-alienante, que deverá ser conduzido à esta situação justamente a partir da alienação investigada. Isto é, o credor deverá comprovar a inexistência de outros bens para satisfação da execução ou que os bens localizados não sejam suficientes.

Com efeito, não é proibido que o devedor aliene ou onere seus bens, evidentemente não constrictos judicialmente, desde que (até mesmo por um dever de boa-fé para com seus credores, com os quais livremente pactuou) possua outros livres, desembaraçados e líquidos para pagar suas dívidas.

Justamente por isso, a insolvência do devedor deve estar estritamente ligada à alienação ou oneração consideradas fraudulentas (voltadas a frustrar as investidas do credor sobre seu patrimônio), uma vez que, dolosamente, o devedor escapa ao cumprimento da obrigação e, automaticamente, o torna impossível à míngua de bens suficientes para satisfação do credor.

Humberto Theodoro Junior, acertadamente, a meu ver, pontua

Se se trata de fraude por ato causador da insolvência do devedor (art.792, IV), é indispensável que o bem alienado tenha desfalcado o acervo sobre o qual a responsabilidade patrimonial se assentava. Logo, se o devedor dispôs de bem impenhorável não há de se falar em fraude à execução, visto que o objeto da alienação jamais seria executível pelo credor que se diz prejudicado. Inexistindo possibilidade de penhorá-lo, nenhum interesse teria o credor na arguição de fraude à execução, que, aliás, na realidade nunca existiu. Da irrelevância do

bem para a execução, decorre a não configurabilidade de fraude no ato de disposição. É o que se passa com o imóvel destinado a moradia do devedor (“bem de família”), que mesmo sendo impenhorável, figura entre os bens disponíveis. Assim, quando o proprietário resolve vendê-lo, não comete fraude à execução, por não praticar redução na garantia patrimonial com que contavam seus credores. Não importa, in casu, a inexistência de outros bens do executado para garantir execução. Não terá sido a alienação do bem de família que criou ou agravou sua insolvabilidade [11].

Registre-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde 2010, na linha do entendimento doutrinário, consigna que a alienação de bem impenhorável não pode ser considerada fraude à execução:

Processual Civil. Bem de família. Impenhorabilidade. Decisão Irrecorrida. Preclusão. Fraude à execução. Impossibilidade. Irrelevância do bem para a execução.

1. Decidida a questão da impenhorabilidade do bem de família, nos termos da Lei n.º 8.009/90, não é dado ao magistrado, ao seu talante, rever a decisão anterior, porquanto operada a preclusão quanto a matéria.

2. Não há fraude à execução na alienação de bem impenhorável nos termos da Lei n.º 8.009/90, tendo em vista que o bem de família jamais será expropriado para satisfazer a execução, não tendo o exequente nenhum interesse jurídico em ter a venda considerada ineficaz.

3. “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Súmula n.º 375/STJ.

4. Recurso especial não conhecido.

(Resp. n. 976.566/RS, relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 4/5/2010.)

Destarte, nota-se a obrigatoriedade do exequente em, quando do pedido de decretação da fraude à execução, comprovar (por indícios) que o devedor não possui bens passíveis de constrição para satisfação do crédito, no sentido de evidenciar que, provavelmente, se não fosse a alienação fraudulenta, constriçaria o bem.

### III.III. - A *Consilium Fraudis*.

Por último, a construção jurisprudencial de maior impacto para constatação da fraude à execução certamente foi a edição da súmula nº 375, do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Ainda que seja tormentoso ao credor comprovar a má-fé do terceiro adquirente, fato é que se trata de um ônus seu, principalmente com a superveniência da referida súmula que, imparcialmente, deve ser respeitada e aplicada (art. 927, IV, CPC), notadamente considerando a opção do legislador, conforme reconhecido jurisprudencialmente, pela comprovação de má-fé do terceiro pelo exequente em vez de demonstração de boa-fé pelo próprio terceiro.

Contudo, vale destacar que quando cuidar-se de alienação gratuita, o cenário é invertido por força do disposto no art. 158, do Código Civil [12], presumindo-se a má-fé do terceiro, comumente donatário.

Sobre essa diferença, afirma André Vasconcelos Roque:

Nos negócios gratuitos, esse requisito subjetivo (má-fé do terceiro) é dispensado (art. 158 do Código Civil). Nos negócios jurídicos onerosos, por outro lado, deve a má-fé ser provada pelo credor, ressalvados os casos de insolvência notória, em que esta é presumida (art. 159 do Código Civil) [13].

Nessa mesma linha, foi o posicionamento do

STJ:

Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Embargos de Terceiros. Doação de devedor insolvente em favor do próprio filho. Fraude à execução configurada.

1. Considera-se em fraude de execução a doação de imóvel ao descendente quando, ao tempo da doação, corria contra os devedores demanda capaz de reduzi-los à insolvência.

2. A jurisprudência do STJ reconhece a importante proteção aos terceiros que adquirirem de boa-fé bem imóvel sem saber de ação executiva movida em face do alienante em estado de insolvência.

3. Entretanto, essa proteção não se justifica quando o doador procura blindar seu patrimônio dentro da própria família mediante a doação gratuita de seus bens para seu descendente, com objetivo de fraudar a execução já em curso.

4. Modificar o entendimento do acórdão recorrido no sentido de que a doação se efetivou de forma irregular, por meio de prática de ato de alienação em fraude à execução, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(Resp. n. 1.600.111/SP, relatora Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 7/10/2016.)

Por outro lado, entendo importantíssima a disposição do art. 159, do Código Civil:

Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Também sendo digno de nota o brocardo jurídico *fraus inter parentes facile praesumitur* (a fraude sempre se presume entre os parentes), pois nessa

situação, natural que ocorram tratativas clandestinas entre parentes, devendo o ônus da prova nessa situação recair sobre os suscitados, para buscar afastar a alegação de fraude.

Ademais, em outra situação a se relatar (diversa da anterior), o credor, diante da presença de transmissão onerosa (venda, por exemplo), certamente precisará demonstrar o dolo do terceiro adquirente, porquanto não seja transmissão gratuita e em estrita observância à supracitada súmula, o que poderá fazer com base em alguns elementos que justifiquem a conduta do terceiro.

Carlos Roberto Gonçalves relembra que:

Embora a insolvência não seja notória, pode o adquirente ter motivos para conhecê-la. JORGE AMERICANO, citado por SILVIO RODRIGUES'IO, refere-se a algumas presunções que decorrem das circunstâncias que envolvem o negócio e são reconhecidas pela jurisprudência. Assim, os contratos se presumem fraudulentos: “a) pela clandestinidade do ato; b) pela continuação dos bens alienados na posse do devedor quando, segundo a natureza do ato, deviam passar para o terceiro; c) pela falta de causa; d) pelo parentesco ou afinidade entre o devedor e o terceiro; e) pelo preço vil; f) pela alienação de todos os bens” [14].

À título exemplificativo, vale colacionar precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual reconhece a ocorrência de fraude à execução, a partir da análise do preço da transmissão, da clandestinidade do ato e, também pela falta de causa:

Embargos de Terceiro – Penhora de Imóvel - Embargantes alegam que alienado o imóvel matriculado sob o número 120.329 do 8º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo/SP pelo Executado João César a Danielson em 05 de outubro de 2001, que posteriormente alienou o bem aos Embargantes (em 18 de dezembro de 2014) - Embargantes adquiriram o imóvel por preço vil e sem a outorga uxória da companheira do Executado João César (que se

declarou solteiro) - Demonstrada a má-fé dos Embargantes e do Executado João César - Embargantes reconhecem que houve a simulação do negócio jurídico (simularam a aquisição do imóvel de Danielson pelo valor de R\$ 250.000,00, mas declararam falsamente que adquiriram o bem do Executado João César pelo valor irrisório de R\$ 75.000,00) - Embargantes e Danielson não declararam ao Imposto de Renda a transação dissimulada - Caracterizada a fraude à execução - Sentença de Improcedência - Controversos os fatos alegados - Necessária a dilação probatória - Partes pediram a produção de provas - Recurso dos embargantes provido, para afastar a sentença, com o prosseguimento do feito (na vara de origem), para a produção de prova oral em audiência de instrução e julgamento.

(TJSP; Apelação Cível 1101015-88.2020.8.26.0100; Relator (a): Flavio Abramovici; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 36ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/05/2022; Data de Registro: 09/05/2022)

Logo, ainda que se reconheça a dificuldade cotidiana-forense de demonstrar o intuito fraudulento do terceiro, é possível ao exequente, diante de transmissão onerosa, ver decretada a fraude à execução, com o reconhecimento da consilium fraudis, a partir da investigação dos elementos que cercam àquela transmissão.

#### IV. - Meios de Defesa.

É indiscutível que o Código de Processo Civil de 2015, ainda mais, decidiu prestigiar o devido processo legal, conferindo às partes previsão do exercício pleno do contraditório (arts. 7º, 9º e 10, CPC).

Logo, ainda que o CPC tenha previsto apenas a hipótese de apresentação de defesa pelo terceiro adquirente, via embargos de terceiro (art. 792, § 4º, CPC), certamente ao executado deverá ser permitido voltar-se contra o pedido mediante manifestação simples nos autos.

Por sua vez, com relação ao terceiro adquirente, interessante notar que ele será intimado (e não ci-

tado) para, querendo, ofertar embargos de terceiro.

Interessante porque, segundo a doutrina, atenta à dupla disposição de embargos de terceiro no CPC/2015 (arts. 674 e seguintes; e 792, § 4º), costuma-se diferenciar a hipótese de embargos preventivos (art. 792, § 4º) e repressivos (arts. 674 e seguintes), divergindo-se inclusive se a apresentação do primeiro implica em preclusão para o segundo:

Enunciado 191, FPPC: “191. (arts. 792, § 4º, 675, caput, parágrafo único) O prazo de quinze dias para opor embargos de terceiro, disposto no § 4º do art. 792, é aplicável exclusivamente aos casos de declaração de fraude à execução; os demais casos de embargos de terceiro são regidos pelo prazo do caput do art. 675”.

Enunciado 54, ENFAM: “A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no art. 792, § 4º, do CPC/2015 implica preclusão para fins do art. 675, caput, do mesmo código”.

Enunciado 102, da I Jornada de Direito Processual Civil: “A falta de oposição dos embargos de terceiros preventivos no prazo do art. 792, § 4º, do CPC não impede a propositura dos embargos de terceiro repressivos no prazo do art. 675 do mesmo Código”.

Novamente, André Vasconcellos Roque esclarece:

O § 4º do dispositivo em análise, inovando na matéria, estabelece prazo específico para o oferecimento de embargos de terceiro, qual seja, de quinze dias (úteis, por se tratar de prazo processual), contados na forma do art. 231 (data da juntada aos autos do mandado de intimação, entre outras possibilidades), a partir da intimação do terceiro adquirente acerca do ato de constrição sobre o bem de sua titularidade. Se não houve intimação direcionada ao terceiro (por exemplo, porque foi celebrada promessa de compra e venda

por instrumento particular, sem que tal fato tivesse sido informado no processo), evidentemente, não terá início tal prazo - nada impedindo, contudo, que o adquirente apresente embargos de terceiro espontaneamente. Se o terceiro não tinha conhecimento do ato de constrição, o prazo deve ser contado da data em que se efetiva a turbação ou o esbulho de sua posse, ainda que a arrematação já tenha ocorrido (STJ, Resp. 974.249, Rel. Min. Joao Otávio de Noronha, j. 12.02.2008) [15].

Com efeito, parece adequado considerar que o terceiro adquirente, intimado para responder à pretensão de decretação da fraude à execução sobre seu bem, deve cumpri-lo dentro do prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do dispositivo específico, ainda que não tenha conhecimento de eventual constrição, sendo impedido de valer-se dos embargos de terceiro, dispostos nos arts. 674 e seguintes, do CPC.

## V. - Conclusão.

Deste modo, pode-se concluir que o instituto da fraude à execução - cujo estudo é caríssimo para quem, sobretudo, atua na prática forense com processos de execução - é expediente perpetrado pelo devedor, normalmente, em conluio com terceiro adquirente (parente ou não), a fim de prejudicar tanto o credor como o próprio Estado que, além de não ver satisfeita a tutela que concedeu, encontra-se, verdadeiramente, abarrotado por literalmente milhões de processos de execução infundáveis.

Por cuidar-se de ato gravíssimo, sua decretação deve percorrer e reconhecer o preenchimento cumulativo de diversos requisitos que, pela maturação do instituto e aprimoramento legal, recebe bastante atenção tanto da doutrina como da jurisprudência que auxiliam no balizamento das diretrizes de suas características.

## VI. - Referências Bibliográficas.

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%->

C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em 19.05.2022.

Becker, Rodrigo Frantz. Manual do Processo de Execução dos Títulos Judiciais e Extrajudiciais. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p.120.

MITIDIERO, Daniel et. al., Novo Código de Processo Civil Comentado, p. 863.

Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 14ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1241.

Junior, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. III. 50ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 329.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e outros, Execução e recursos: comentários ao CPC 15, comentários aos artigos 789 a 796.

Junior, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. III. 50ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 329-330.

Roberto Gonçalves, Carlos. Direito Civil Brasileiro: Parte geral. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 456.

[1] <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 19.05.2022.

[2] Becker, Rodrigo Frantz. Manual do Processo de Execução dos Títulos Judiciais e Extrajudiciais. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p.120.

[3] MITIDIERO, Daniel et. al., Novo Código de Processo Civil Comentado, p. 863.

[4] Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 14ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1241.

[5] Junior, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. III. 50ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 329.

[6] GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e outros, Execução e recursos: comentários ao CPC 15, comentários aos artigos 789 a 796.

[7] (REsp n. 97.646/SP, relator Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 18/11/1996, p. 44901.). Ao tempo da antiga legislação processual, o STJ já reconhecia que a citação válida pode ser aquela realizada no processo de conhecimento.

[8] MITIDIERO, Daniel et. al., Novo Código de Processo Civil Comentado, p. 863.

[9] § 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

[10] GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e outros, Execução e recursos: comentários ao CPC 15, comentários aos artigos 789 a 796.

[11] Junior, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. III. 50ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 329-330.

[12] Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

[13] GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e outros, Execução e recursos: comentários ao CPC 15, comentários aos artigos 789 a 796.

[14] Roberto Gonçalves, Carlos. Direito Civil Brasileiro: Parte geral. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 456.

[15] GAJARDONI, Fernando da Fonseca, e outros, Execução e recursos: comentários ao CPC 15, comentários aos artigos 789 a 796.

## \*Diego Caldeira Gonzales

é graduado em Direito pelo Centro Universitário FMU e pós-graduado em Processo Civil na Fundação Getúlio Vargas.



DIVULGAÇÃO

# LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO: O QUE, DE FATO, É RECONHECIDO COMO DÍVIDA?

**Amanda Brighenti** e **Giovanna Camargo\***, advogadas do **Lima Junior, Domene e Advogados Associados**

São reconhecidos como **dívidas** quaisquer **compromissos** financeiros decorrentes da **relação de consumo**

**A** Lei nº 14.181/2021, conhecida como Lei do Superendividamento, sancionada em julho de 2021, carrega mecanismos de prevenção e tratamento do consumidor inadimplente, a fim de permitir o cumprimento das obrigações contraídas com seus fornecedores sem o comprometimento da renda necessária para a sobrevivência, denominada mínimo existencial.

Além de reforçar as medidas de informação e prevenção do superendividamento, a recente legislação cria um procedimento para a tentativa de conciliação e repactuação de dívidas do consumidor superendividado,

que deverá proteger as garantias e as formas originalmente pactuadas.

Assim, nos termos da legislação, são reconhecidos como dívidas quaisquer compromissos financeiros decorrentes da relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada. No entanto, não estão englobadas as dívidas assumidas em função de aquisições de serviços de luxo de alto valor, provenientes de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento, bem como contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural.

Contudo, como a supracitada Lei não regula-menta objetivamente a definição de mínimo existencial, o conceito foi implementado pelo Decreto nº 11.150/2022, que determina ser esse montante o equivalente a 25% do salário-mínimo vigente na data de publicação do mencionado Decreto. Ainda, como agravante, a atualização do valor é de competência do Conselho Monetário Nacional, ou seja, o reajuste anual do salário-mínimo não implicará na atualização tácita do importe instituído pelo Decreto.

Na teoria, a adequação do parcelamento das dívidas em respeito ao valor identificado como mínimo existencial culminaria em maiores chances de adimplência do consumidor (devedor) com as obrigações contraídas face aos fornecedores (credores), corroborando com a eficiência do plano de pagamento estabelecido.

O Decreto regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, supostamente nos termos do disposto no Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, sob esse prisma, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) propõe que o mínimo existencial deveria ser um índice de comprometimento de renda a ser aplicado casuisticamente, e não um critério fixo.

Em outras palavras, o valor estabelecido para ser respeitado como mínimo existencial é considerado irrisório face aos gastos contemporâneos com despesas básicas, o que não apenas acarretaria impactos negativos para a cadeia financeira do tomador de crédito, como também agravaria as condições de sobrevivência dos brasileiros, motivo pelo qual a normativa foi alvo de diversas críticas nesse sentido pelos órgãos de defesa do consumidor.

Nesse diapasão, a definição de mínimo existencial instituída de forma rasa e objetiva sequer permite a materialização de direitos sociais constitucionalmente garantidos, o que resulta na atual dis-

cussão doutrinária chamada de paradigma da essencialidade.

Sob o prisma prático, se mantido nesses termos, o Decreto permite que o cidadão brasileiro tenha quase a totalidade de sua renda destinada à repactuação de dívidas contraídas, desde que garantido o valor aproximado de R\$ 303,05 para todas as suas despesas de sobrevivência, que equivale à 25% do salário-mínimo.

Portanto, a constitucionalidade do Decreto 11.150/22 divide e efervesce discussões entre os profissionais do Direito, tendo em vista não apenas o Princípio da Proibição do Retrocesso, como também a expectativa de risco inerente à aplicabilidade do procedimento retirar o efeito útil da proteção constitucional ao consumidor, o que extrapola o poder regulamentador transferido pela Lei nº 14.181/21.

### \*Amanda Brighenti

atua na área de Relações de Consumo do escritório. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino em Bauru, com pós-graduação em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).



DIVULGAÇÃO

### Giovanna Camargo

é estagiária da área de Relações de Consumo do escritório. Está no último semestre de Direito na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Com experiência em escritórios de advocacia nas áreas de direito privado, contratos e acordos, dentre outros.



DIVULGAÇÃO

# OS PROCESSOS **KYC** E OS DESAFIOS DAS INSTITUIÇÕES NA **ERA** **DIGITAL**

**Flávia Alcassa\***, sócia-fundadora do  
**Alcassa & Pappert Advogados**

A chave é pensar no KYC como uma **jornada digital** que **começa cedo** no relacionamento entre **EMPRESA x CLIENTE**

**K**now Your Customer — também conhecido pela sigla KYC ou, pelo termo “Conheça Seu Cliente” — é uma expressão recorrente no mundo dos negócios, especialmente nos mercados financeiros. As diretrizes de KYC buscam garantir o equilíbrio do mercado, evitar riscos financeiros e combater o fomento a atividades ilícitas, como lavagem de dinheiro, atividades de financiamento do terrorismo, corrupção etc.

Os processos KYC também são empregados por empresas, independente do porte, com o objetivo de ga-

rantir a conformidade de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, contemplando, inclusive, os funcionários, os parceiros e os prestadores de serviços terceirizados.

Apesar disto, as organizações têm, portanto, uma responsabilidade de contribuir proativamente para o combate de práticas fraudulentas. Isto pode ser alcançado por meio de um sistema de gestão de compliance eficaz em toda a organização, e por meio de uma liderança comprometida no estabelecimento de uma cultura de integridade, ética e transparência.

A maneira como as empresas operam no Brasil e no mundo pós-crise do Covid-19 mudou drasticamente, o que, por sua vez, acelerou a demanda por transformação digital de negócios e adoção de novas tecnologias. Embora a digitalização permita resiliência e continuidade de negócios, também expõe as organizações a um risco maior de crimes financeiros, incluindo abuso de mercado, incidentes de dados e fraudes.

Neste artigo discutiremos como as organizações podem adaptar com sucesso seus procedimentos de KYC e integração para responder ao ambiente de mercado em mudança e aos requisitos regulatórios na era digital.

### 1.1 ETAPAS A SEREM REALIZADAS PARA CUMPRIR AS NORMAS KYC

A lista de verificação para conformidades a serem realizadas para KYC varia de empresa para empresa. No entanto, aqui está uma lista de regras comuns que devem ser cumpridas sob a KYC nas instituições:

- Realizar um processo completo de due diligence do cliente antes de entrar em uma transação;
- Incluir a obtenção, a verificação e a validação da autenticidade de informações de identificação do cliente, inclusive, se necessário, mediante confrontação dessas informações.
- Realizar um programa vigoroso de identificação de clientes para garantir a autenticidade e precisão das informações dos clientes e para identificar quaisquer discrepâncias.
- Realizar verificações racionais de solidez para garantir que as informações enviadas pelo cliente sejam autenticadas em comparação

com os registros armazenados nos reguladores;

- Monitorar as transações do cliente de forma rotineira para ficar de olho em quaisquer atividades suspeitas.
- Garantir o comprometimento da alta administração com a efetividade e a melhoria contínua da política, dos procedimentos e dos controles internos relacionados com a prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.
- Comunicar operações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf);
- Avaliar os riscos identificados quanto à sua probabilidade de ocorrência e à magnitude dos impactos financeiro, jurídico, reputacional e socioambiental para a instituição.

### 1.2 POLÍTICA DE KYC NO MUNDO

O Reserve Bank of India (“RBI”), a fim de garantir um sistema contínuo, seguro e robusto para compartilhamento de dados financeiros, solicitou que cada entidade financeira conduzisse o KYC de cada cliente antes ou no momento da inscrição para aproveitar serviços financeiros e estabeleceu os mecanismos regulatórios para KYC vide Master Direction - Know Your Customer (KYC) Direction, 2016 [RBI/DBR/2015-16/18] sob a Seção 35A da Lei de Regulamentação Bancária de 1949 (“Lei de Regulamentação Bancária”), e Regra 9(14) das Regras de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (Manutenção de Registros), 2005.

O RBI coordenou com todas as instituições financeiras, incluindo bancos, para executar as regras KYC, a fim de garantir que as instituições financeiras conduzam o Processo de Identificação do Cliente (“CIP”) enquanto realizam transações para

garantir que o cliente que utiliza esses serviços financeiros seja uma entidade legítima, legal e genuína. Caso alguma instituição financeira descumpra a KYC Master Direction, é obrigada a enfrentar a punição imposta pela Lei de Regulação Bancária.

### 1.3 DESAFIOS E PROCESSO KYC COMO UMA JORNADA DIGITAL

Os processos KYC não precisam ser uma barreira para uma boa experiência do cliente. É crucial que uma empresa aprenda sobre seus clientes antes de entrar em uma transação com eles. Portanto, é de suma importância que as instituições realizem o processo de KYC antes de entrar na transação para proteger sua empresa de qualquer potencial fraude financeira, atividades de lavagem de dinheiro, manipulação etc.

A melhor maneira de enfrentar esse desafio é tornar os processos KYC mais digitais. Um ótimo primeiro passo é pensar no processo KYC como uma jornada que abrange todos os pontos de contato ao longo do ciclo de vida do cliente. As instituições podem alcançar a conformidade com regulamentações emergentes, como KYC, enquanto aprimoram a experiência do cliente ao mesmo tempo,

introduzindo fluxos de trabalho simplificados e padrões consistentes de governança de dados em todos os departamentos. As jornadas de KYC digital que podem ser ajustadas e alteradas conforme exigido pelas regras e padrões de conformidade em constante evolução são fundamentais

## 2. CONCLUSÃO

Desafios não faltam para as instituições, em especial, as financeiras, pois elas devem fornecer aos clientes total visibilidade e controle sobre seus dados, ao mesmo tempo em que cumprem regulamentos rígidos que regem a confidencialidade do cliente. A chave é pensar no KYC como uma jornada digital que começa cedo no relacionamento entre EMPRESA x CLIENTE, projetada para acompanhar as mudanças nas regulamentações e as ameaças crescentes, proporcionando uma experiência fluida ao cliente.

### Referências:

<https://amlegals.com/grey-areas-of-kyc-challenges-arising-in-digital-world/>

<https://www.easysend.io/blog/compliance-and-kyc-digital-trends-in-banking>

### \*Flávia Alcassa

é advogada, especialista em Direito Digital|DPO Data Privacy|Corporate. Especialista em Direito Empresarial e Propriedade intelectual em empresas de tecnologia, startups e fintechs. Atuação

nas esferas consultiva e contenciosa do Direito Digital. Extensão em “Proteção de Dados e Segurança Digital (Fundação Getúlio Vargas – FGV – 2020). Extensão em “Direito Contratual” (Fundação Getúlio Vargas – FGV – 2015). Ministra palestras e treinamentos. Membro do comitê jurídico da ANPPD® - Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados. Membro da ANADD - Associação Nacional de Advogados do direito digital. Certificação: EXIN Privacy and Data Protection.



DIVULGAÇÃO

# NEGOCIANDO COM TITÃS: COMO O ADVOGADO DE NEGÓCIOS GANHOU **DESTAQUE** NO MERCADO **JURÍDICO**

**Giovani Loss\***, sócio do **Mattos Filho**

**E**m 2019, John Oller, autor e ex-associado do tradicional escritório de advocacia Willkie Farr, de Nova Iorque, publicou seu livro chamado “White Shoe”. O termo é utilizado para denominar as mais tradicionais firmas de advocacia norte-americanas, referindo-se àqueles advogados da elite, que comumente usavam sapatos brancos com terno, o que sinalizava a formação nas melhores escolas de Direito do país e a associação a uma das grandes bancas de advocacia.

Tal como no Brasil, a profissão jurídica nos Estados Unidos se iniciou centrada nas disputas judiciais. A visão genérica da atividade realizada pelo advogado estava ligada à defesa de interesses em juízo, perante um

juiz e, em alguns casos, também perante um júri.

Foi por volta de 1900 que nasceu, no mercado norte-americano, um novo tipo de advogado: o de negócios (business lawyer), aquele que entende a lógica do negócio quase tanto quanto da lei e que assessorava seu cliente de forma estratégica.

John Oller retrata em sua obra, de forma detalhada, como esse grupo de advogados visionários ajudou os Estados Unidos a se tornarem uma potência econômica e Wall Street a se consolidar como o centro financeiro do mundo, moldando a forma como eram feitas as negociações no século XX.

A briga entre Thomas Edison e Ge-

No Brasil, a era dos **advogados de negócios** começou bem mais recente, na **década de 1990**

orge Westinghouse, que originou o filme *The Current War*, a criação do Canal do Panamá e as disputas entre JP Morgan e o governo norte-americano pela manutenção do seu império financeiro são mostrados, no livro, sob a ótica de seus advogados, sócios-fundadores ou integrantes de prestigiadas bancas do país, como Sullivan & Cromwell, Davis Polk e Cravath.

Tais advogados deixaram seus legados para a sociedade e, particularmente, para os advogados de negócios em todo mundo. Seus escritórios são instituições que fazem parte da cultura norte-americana, frequentemente citadas ou retratadas em séries e filmes, tais como *Billion Dollar Code* e *The Insider*.

## Gigantes brasileiros

No Brasil, a era dos advogados de negócios começou bem mais recente, na década de 1990. Assessorando em grandes privatizações, vários escritórios, que hoje são a elite do meio jurídico brasileiro, cresceram e se organizaram como empresas, utilizando princípios inspirados também no modelo norte-americano tradicional, o Cravath System.

Moldando a forma como os grandes negócios são feitos no país, incluindo as operações de M&A, o desenvolvimento do mercado de capitais e de várias novas estruturas de financiamento, a advocacia moderna brasileira segue em crescimento. E tem uma vantagem: ter alguns de seus “Titãs” — que fundaram suas instituições — na ativa e outros que se aposentaram recentemente, ou infelizmente faleceram, inspirando os sucessores com quem conviveram.

Norte-americanos e ingleses líderes na advocacia internacional são tradicionalmente melhores em recordar sua história. Por isso, privilegiados são aqueles advogados brasileiros que souberem reconhecer o momento que estamos vivendo, de consolidação da nossa advocacia corporativa, quando vários dos nossos gigantes advogados ainda estão presentes, influenciando a forma como fazemos a advocacia de negócios.

Da mesma forma, sinto-me honrado por ter tra-

balhado no escritório norte-americano que possuía Leon Jaworski, procurador-chefe do Caso Watergate, dentre um dos seus expoentes; sinto-me privilegiado por ter integrado o escritório do Dr. Pinheiro, como respeitosamente era chamado José Martins Pinheiro Neto, nos tempos em que comparecia ao escritório de forma esporádica.

Todas as interações que tive com o Dr. Ary, fundador do Mattos Filho e o primeiro diretor da Escola de Direito da FGV/SP, e com Roberto Quiroga, que me inspirou em muitos aspectos profissionais, estão registradas de forma permanente na minha memória.

Assim como negociações e conversas ao longo dos anos com Paulo Aragão e com o amigo Chico Müssnich, do BMA, com Dr. Meyer, do Machado Meyer, e discursos emocionados que presenciei de Ronaldo Veirano, do Veirano Advogados, e de Syllas Tozzini, do TozziniFreire.

Todos acima, além de outros que por limitação de espaço não pude citar, integrantes da primeira geração de Titãs da nossa advocacia, a qual instrumentalizou a profissão e o mundo de negócios brasileiro e nos permitiu, ano após anos, como classe, chegar à liderança nos mais diversos rankings de advocacia da América Latina.

Como bons titãs jurídicos e por experiência própria, posso dizer que são negociadores duros, muitas vezes com personalidade forte, mas criadores e formadores generosos, que devem ser aplaudidos e emulados.

## \*Giovani Loss

é bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Possui mestrado em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito (LL.M.) pela Stanford Law School, EUA, além de Doutorado em Energia pela Universidade de São Paulo (USP).



DIVULGAÇÃO

# DA MULTIDISCIPLINARIDADE DOS ESCRITÓRIOS

**Antonio Rodrigo Sant'Ana\***, sócio do **Sant'Ana, Bertolami e Colonhese Advogados**

**É** cada vez mais parte do passado o tempo em que escritórios de advocacia contavam unicamente com advogados: estes precisavam dividir seu tempo entre atuar em sua área de expertise e executar tarefas administrativas. Em escritórios menores, pode até ser possível. Mas em escritórios mais robustos, é impraticável.

A boa gestão administrativa do escritório é determinante para um bom desempenho da advocacia e ela funciona melhor quando conta com profissionais especializados para cada área administrativa — e estes não necessariamente seriam advogados.

Atualmente (e com os recursos tecnológicos que temos), a atuação dos escritórios se estende a tarefas que requerem a participação de profissionais de TI, comunicação, marketing: tarefas alheias à advocacia, mas indispensáveis para que os advogados se ocupem apenas de suas expertises jurídicas.

Não adianta ter o melhor de todos os softwares, a mais avançada inteligência artificial e o melhor programa de gestão de processos se o escritório não dispõe de profissionais que saibam operá-los e interpretar seus dados.

---

Nos dias de hoje, **escritórios** de advocacia devem ser **organismos autônomos**

Ainda que algumas áreas sejam terceirizadas — manutenção e Recursos Humanos, por exemplo —, um escritório competitivo conta com times multidisciplinares por trás de seus advogados.

Os próprios advogados devem ter boa mobilidade em softwares de gestão de processos e análise de dados. Isso não significa que eles estejam saindo de sua área de expertise, pelo contrário: ao lançar mão da tecnologia em suas práticas eles refinam sua forma de lidar com processos e clientes, baseados em dados concretos.

Passa pela especialização profissional do advo-

gado contemporâneo a capacidade de gerar e interpretar dados dos próprios processos em que atua. Com um arquivo digital bem-organizado, é possível gerar uma base de dados significativa e que pode até servir para fins de treinamento, por exemplo.

Nos dias de hoje, escritórios de advocacia devem ser organismos autônomos. Isso é possível de alcançar apenas com parcerias entre diferentes áreas, uma boa gestão administrativa, uma sólida política de compliance e advogados que saibam que a tecnologia vai expandir suas capacidades.

---

**\*Antonio  
Rodrigo  
Sant’Ana**

atua na área cível e é pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). É palestrante e membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).



DIVULGAÇÃO

# #TRENDINGTOPICS PARA A MODERNIZAÇÃO DO JURÍDICO

**Maria Alicia Lima Peralta** e **Paulo Samico\***, sócia-fundadora da **LegalStudio** e legal counsel business support da **Mondelêz Brasil**, respectivamente

**Gestão** orientada a dados e por **objetivos** mensurados: “Os **dados são o novo petróleo**”

**I**nstabilidade. Nos últimos dois anos, o mundo tem enfrentado um desafio atrás do outro, mostrando a importância da disrupção para as empresas. Nas áreas de negócios, o ecossistema de inovação está inserido. A logística está munida de dashboards e gráficos para mapear rotas inteligentes. A área de vendas utiliza a inteligência de mercado para o público consumidor. O RH usa dados dos seus colaboradores rumo à melhoria organizacional contínua; além disso, aproveitam o modelo de trabalho remoto para flexibilizar e criar uma cultura, no qual a distância física não é mais um critério limita-

dor na contratação de candidatos.

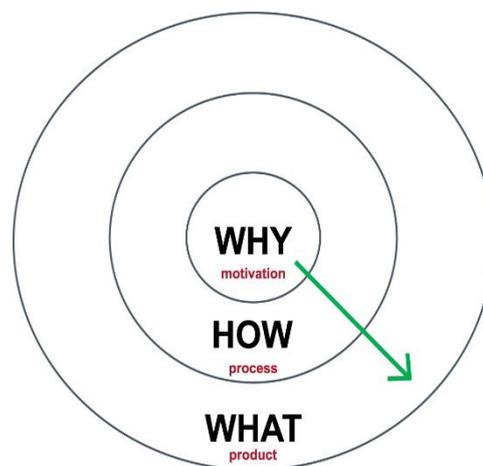
No jurídico, a postura inovadora é recente, traduzida não apenas por softwares, mas por uma nova maneira de enxergar as funções do advogado, no movimento denominado “Advocacia 4.0”. Ainda que as opiniões acerca da inovação no universo jurídico não sejam unânimes, a verdade é que a tecnologia viabilizou suas atividades nos meses mais críticos de isolamento. No entanto, a chamada Quarta Revolução Industrial ainda é ignorada, uma vez que muitos advogados foram solicitados no retorno para a atividade presencial integral.

A Deloitte elencou as “5 principais barreiras para a modernização do departamento jurídico”. São elas:

- Ausência de um projeto estratégico: a falta de um business case claro, com métricas para demonstrar os benefícios de modernização e tecnologias dificulta a aprovação de um orçamento;
- Ausência de intersecção entre as áreas do jurídico: sistemas segregados, competências de avaliação disformes e falta interação entre o contencioso e consultivo dificultam a gestão data-driven e quebram a colaboração organizacional;
- Métricas inadequadas ou ausentes: os medidores de desempenho (KPIs) não são usados na avaliação de performance individual e/ou da equipe;
- Confusão na gestão de documentos e de conteúdo: não há o uso de um sistema de gerenciamento de documentos e tomada de decisões, facilitando a perda de histórico de informações e a desgovernança;
- Falta de conhecimento sobre Gestão de Mudanças (GMUD ou Change Management, no termo em inglês): entender sobre a razão das transformações, o que será preciso mudar, potenciais riscos e quais os recursos necessários para o processo de modernização e implementação de novas tecnologias é cada vez mais essencial.
- O jurídico também foi associado como um dos últimos a passar pela transformação digital. A presença de uma única barreira é, muitas vezes, suficiente para ficar de fora das tendências do mercado. Investir na inovação é indispensável para que se aproxime das estratégias de negócios e da própria organização, criando insights e planos focados na produtividade e de um trabalho de alta qualidade.

## Por onde começar?

Antes de elencar as #trendingtopics que já fazem parte da realidade de algumas empresas, é necessário começar pelo PORQUÊ. Simon Sinek ensina por meio de um desenho simples e genial:



Por que o Jurídico é indispensável? A resposta pode parecer óbvia, mas a verdade é que muitos gestores jurídicos levarão algum tempo elaborando a resposta. Muitos consideram apenas as tarefas (o “produto”) e a maneira (o “como”) através da qual irão executá-las. É essencial estabelecer o propósito do departamento jurídico que construirá a forma como este deve ser alcançado e quais produtos serão entregues.

Em seguida, os demais setores da empresa devem responder: como o jurídico é definido? Por que é necessário? Os advogados são vistos como facilitadores ou associados à burocracia, lentidão e falta de clareza nos posicionamentos?

O que se quer, evidentemente, é que o jurídico seja visto como visionário ante à estratégia e os objetivos da empresa. Parceiro do negócio, agregador de eficiência e segurança. Assim, é importante direcionar o olhar para as mudanças a curto e longo prazo, avaliar o tipo de gestão e identificar barreiras e futuros possíveis. O letramento digital e a cultura da tecnologia inclusiva tornaram-se competências fundamentais para que o gestor jurídico possa abraçar algumas das principais transformações da advocacia nos próximos anos:

A consolidação da área de Legal Operations: desenvolver a área de LegalOps, núcleo de profissionais multidisciplinares voltados para a execução de tarefas a partir de dados, geração de insights, gestão de indicadores, orçamento e parceiros. Uma das ferramentas disponíveis no mercado é a LawOp, solução de monitoramento da Sem Processo, que promete tornar o jurídico mais eficiente, diminuindo os custos e imprevistos das operações;

Ampliação do modelo Legal Business Partner: combinar técnica jurídica com o entendimento do negócio, dar suporte para decisões, ter apetite por boas entregas, utilizar dados para o mapeamento de riscos e promover a cultura do não-litígio são algumas de suas características;

Gestão orientada a dados e por objetivos mensurados: “Os dados são o novo petróleo”. A frase, do matemático Clive Humby, define que o uso interligado de dados não pode mais ser desprezado. As estatísticas e as probabilidades devem fazer parte da tomada de decisão do jurídico. A atividade de Data Analytics ou Legal Intelligence calcula as chances de êxito nas ações, filtra a geografia das demandas, os pedidos e toda a representatividade financeira da ação, como gastos com escritório, custas processuais e possíveis impactos. Ainda, sustentar por meio de números, a representatividade do jurídico para toda a organização (passivo, quantificação dos resultados por consultorias, cost avoidance, entre outros) é atribuição do gestor jurídico considerado inovador. A tecnologia da AskLisa é um exemplo de apoio à gestão na automação de consultorias e criação de um banco de dados confiável;

Workflows automatizados e uso de Inteligência Artificial: trocar e-mails para colher as informações e construir a defesa? Investir na Gestão Eletrônica de Documentos (GED) para automatizar fluxos e manter o histórico em torno de ações judiciais — incluindo as decisões — é solução essencial; e não só para o contencioso. O consultivo pode utilizar um workflow automatizado para aprovar as iniciativas e a conformidade regulatória, por exemplo. Em relação à inteligência artificial, é notável o pro-

gresso na criação de aplicações que aceleram tarefas repetitivas, tais como o preenchimento de minutas contratuais ou defesas judiciais sobre o mesmo tema. O atingimento do potencial verdadeiro da IA ainda está longe de ser alcançado, mas conhecê-la é importante para estar inserido nas novidades do mercado;

Equilíbrio entre vida profissional e pessoal ou “worklife balance”: a automação reduz as atividades repetitivas e operacionais, para que o colaborador tenha mais tempo para se dedicar às atividades que agreguem valor. Assim, o colaborador tem flexibilidade para investir na vida pessoal, praticar esportes e conviver mais com a família. A Universidade de Oxford diz que colaboradores que trabalham felizes são 13% mais produtivos;

Formação de times diversos e retenção de talentos: diferentes visões de mundo, gêneros, histórias, etnias e orientação sexual são exemplos de estratégias de Diversidade & Inclusão que alavancam uma organização e impactam financeiramente. De acordo com a McKinsey, empresas com mais de 30% de mulheres executivas apresentam melhores resultados. Além de mais representatividade significar resultados mais expressivos, uma empresa que retém talentos é sinônimo de sucesso e preserva seu DNA. Investir na efetivação de estagiários, criar planos de desenvolvimento e preparar advogados em início de carreira para ser a liderança no futuro são boas medidas para reter pessoas e fazer do jurídico um celeiro de bons profissionais;

Legal Phygital e Cultura: o termo vem da fusão das palavras físico e digital. As experiências de retomada ao ambiente presencial incentivam tecnologias imersivas e espaços físicos conectados. Um jurídico inovador deve defender este modelo, capaz de atender os clientes internos em uma estrutura omnichannel (em múltiplos canais), oferecendo inovações sensoriais e permitindo interações mais intuitivas, adequando o ecossistema tech para a implementação do metaverso. Quanto à cultura, revisar o portfólio de parceiros é algo fundamental para conferir se os escritórios estão alinhados a esses valores. Não adianta pensar em

inovação e simplificação e atuar com parceiros que não são adeptos de assinaturas eletrônicas e assinam contratos manualmente;

Acompanhamento legislativo: em setores regulados, estar atento às novas normas é essencial para evitar surpresas. O Jurídico e a área de Relações Governamentais precisam estar vigilantes e sintonizados com os movimentos institucionais;

Metodologia ágil: para suportar múltiplas entregas e garantir a qualidade, é necessário adotar uma metodologia de equipe. Há algumas soluções especializadas em metodologia ágil voltada para advogados e departamentos jurídicos, caso da lawtech Lawgile;

Educação e o futuro do Direito: garantir que todos do jurídico estejam na mesma página e com o espírito de somar ao negócio, não é fácil. Para contornar o grupo do “nós sempre fizemos assim” e o time “isso nunca vai mudar”, investir na atualização da cultura organizacional é fundamental. A Future Law é uma edtech que pode auxiliar a conexão entre o jurídico e o futuro do Direito, ajudando a definir a missão, os valores e o perfil do time que irá (re)nascido.

Alguns desses tópicos são projetados pela KPMG nas funções do jurídico para 2025. No estudo, os dados apostam que os advogados poderão perder espaço dentro das empresas para os especialistas em tecnologias; isso porque as demandas jurídicas, em maioria, serão alvos de processos padronizados. Também previram que a entrega jurídica terá foco no U.X. (experiência do usuário) e que LegalOps poderá assumir uma função maior, atendendo toda a organização.

Portanto, é fundamental avaliar como a aplicação dos #trendingtopics elencados neste artigo podem contribuir para a modernização do jurídico. Há mais de dois mil anos, o filósofo Heráclito de Éfeso, “pai da dialética”, disse que “nada é permanente, exceto a mudança”. Entender o presente para projetar desdobramentos prováveis e construir um time de advogados preparados para a transformação digital nunca foi tão necessário.

Segundo a futuróloga Yvette Montero Salvati, “o futuro se baseia no presente e, ao agirmos no presente estamos criando possíveis futuros. Ainda que talvez pensemos no futuro de forma inconsciente, devemos tornar isso parte consciente do processo decisório para que os passos adicionais que damos hoje nos levem ao futuro que desejamos construir.” Que este artigo sirva como inspiração para deixar-se de lado o ceticismo e a aversão às novas tecnologias no mundo jurídico, de forma que advogados possam ser associados à inovação, agilidade e eficiência para todos na organização.

### \*Maria Alicia Lima Peralta

executiva com mais de 25 anos de experiência em advocacia corporativa. Ocupou os cargos de VP jurídica na Amil, general counsel da UnitedHealth Global e diretora jurídica e de relações institucionais na Souza Cruz. Além de fundadora da legaltech LegalStudio, é coordenadora executiva do Programa de Habilitação em Seguros na FGV Conhecimento.



DIVULGAÇÃO

### Paulo Samico

é gerente jurídico com quase dez anos de experiência em advocacia corporativa. É professor pela Future Law e membro fundador do núcleo de departamentos jurídicos na Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), tendo atuado como coordenador na BAT Brasil (Souza Cruz). Além disso, é pesquisador acadêmico na FGV Conhecimento.



DIVULGAÇÃO

LGPD

# QUEM SE IMPORTA, VENCE: A **PRIVACIDADE** PARA ALÉM DO PILAR DA **GOVERNANÇA** ESG

**Bruna Leite Mattos\***, advogada do  
**Martorelli Advogados**

Eles não apenas se conectam. Em verdade, não é possível **falar de ESG** sem **falar de privacidade**

**A**os leitores que ainda não estão familiarizados com o tema, explico: a sigla ESG advém da expressão em inglês Environmental, Social and Governance - ou, em português, ASG, referindo-se aos aspectos Ambiental, Social e de Governança de uma instituição. Já a sigla LGPD, é o apelido carinhoso da (famosa) Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil.

Embora os acrônimos tenham ganhado notoriedade no Brasil há relativamente pouco tempo, os temas já eram objetos de estudos e debates no exterior há décadas. No que se refere à LGPD, não seria inadequado

resumir sua trajetória como uma resposta tupiniquim a uma tendência internacional. Encabeçado pela Europa, o movimento por mais ética e transparência na utilização de dados pessoais remonta, em nível comunitário europeu, a legislações da década de 1970, como é o caso do Hessisches Datenschutzgesetz (Ato de Proteção de Dados de Hesse), no Estado de Hesse, na Alemanha.

Quanto à ESG, a expressão foi utilizada pela primeira vez por ocasião do Pacto Global realizado em 2004 e empregado pelo então Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Kofi Annan, na

publicação do evento denominada “Who Cares Wins”. Por óbvio, as preocupações com impactos sociais, ambientais e de governança não datam do início dos anos 2000, mas foi nessa ocasião que se tornaram um referencial para instituições financeiras, com o lançamento do relatório Freshfield pela UNEP-FI, reforçando a importância da implementação do ESG como uma forma de avaliar financeiramente uma empresa.

O curioso dessas duas siglas, que aparentemente tiveram caminhos e origens tão distintas, é que elas são e estão muito mais ligadas uma à outra, dependentes uma da outra, necessárias uma à outra do que se poderia imaginar.

Sob a ótica da Governança, peça chave do ESG, sem o que é praticamente inviável se falar em “E” ou “S”, a Lei Geral de Proteção de Dados não apenas prevê a obrigatoriedade da criação de um projeto de governança em privacidade integrado às estruturas gerais de governança corporativa da organização, como dedica uma seção inteira à descrição das medidas aptas à criação do referido programa. A relação da privacidade com a governança se torna fácil e, com o perdão da palavra, óbvia, em razão da própria previsão legal, pelo que não me parece necessário discorrer sobre os princípios e conceitos gerais de governança para compreender que uma está intrinsecamente ligada à outra.

Saindo do lugar comum e no intuito provocativo que o tema merece, o objetivo, aqui, é mostrar que não apenas um, mas dois, dos pilares que compõem o tripé do ESG estão alicerçados na privacidade. E o segundo deles é o pilar Social.

Poderia iniciar um longo e prolixo texto descrevendo a importância da proteção de dados pessoais para a sociedade, para a democracia e para as liberdades individuais. Poderia dizer, por exemplo, que desde a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos pela ONU em 1948, a privacidade já era considerada um direito fundamental, que no Brasil, a privacidade foi recentemente enquadrada como uma garantia constitucional, dentre várias outras coisas.

Contudo, isso não seria suficiente para demonstrar o real impacto social da privacidade na construção dessa era social. Na verdade, todos os livros da biblioteca de Alexandria não seriam suficientes para descrever esse fenômeno. Então vamos nos ater a uma situação histórica que tomou proporções assustadoras e que, infelizmente, não teve a repercussão merecida no Ocidente.

Estamos falando do genocídio da população rohingya, em Mianmar, que se iniciou em 2012, comandado por militares. Sem prejuízo da complexidade do tema, em linhas gerais o conflito se deu em razão de uma disputa entre a maioria budista e a minoria muçumana no país. O discurso que lastreou a aprovação social da atuação dos militares era de que os rohingyas deveriam ser expulsos do país porque seriam “imigrantes ilegais trazidos pelo Império britânico” e protagonistas de “uma invasão muçumana”, como afirmou o então líder budista Ashin Wirathu. Estima-se que cerca de 700 mil rohingyas tiveram que fugir da opressão em Mianmar até abril de 2018, e cerca de 25 mil indivíduos foram mortos no massacre.

Mas o que isso tem a ver com privacidade e proteção de dados? O discurso higienista foi amplamente divulgado no país por meio da rede social Facebook, com utilização de mecanismos de perfilamento comportamental e microtargeting para atingir e persuadir a sociedade de que a população muçumana era uma ameaça. Não apenas o Facebook reconheceu a sua responsabilidade pela falta de monitoramento dos discursos de ódio no país, como está sendo processado pela minoria muçumana numa ação indenizatória de US\$ 150 bilhões.

Os exemplos e casos de impactos catastróficos à humanidade decorrentes da falta de políticas de proteção de dados pessoais poderiam continuar por laudas sem fim. Mas, como já dito, esse não é o objetivo do presente texto.

O que se espera é fazer com que o leitor compreenda que ESG não está apenas ligado à LGPD. Eles não apenas se conectam. Em verdade, não é possível falar de ESG sem falar de privacidade. A verda-

de nua e crua é que nenhum programa ESG que se preze poderá passar ao largo da proteção de dados pessoais, sob pena de ser apenas uma casca oca.

Dito isto, ficam aqui alguns conselhos ao leitor: se você investe em empresas que se declaram ESG, procure se informar sobre a solidez do programa de

privacidade (ou mesmo se existe algum programa nesse sentido). Se você pretende adequar a sua própria empresa aos pilares de ESG, comece pela LGPD: é quase certo que será bem mais orgânico, robusto e eficiente para a empresa trilhar esse caminho, à medida que a organização vai amadurecendo os seus pilares ESG a partir da privacidade by design.

---

**\*Bruna Leite Mattos**

é graduada pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE), além de Pós-Graduada em Civil e Empresarial pela mesma instituição. Ingressou no Martorelli Advogados em

2015. Possui vasta experiência em Direito Empresarial, com especial foco na elaboração e negociação de contratos nacionais e internacionais, gestão de demandas consultivas e suporte a departamentos jurídicos dos mais diversos setores da economia. Além disso, possui sólida formação na área de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, sendo atualmente membro da International Association of Privacy Professionals (IAPP), e certificada internacionalmente em gestão de Programas de Privacidade (CIPM - IAPP).



DIVULGAÇÃO

# DIREITO AO ARQUIVAMENTO: DECISÃO É COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO?

**Alexandre Secco\***, jornalista, advogado, sócio e membro do **conselho editorial da Análise Editorial**

**A** recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que considerou o direito ao esquecimento incompatível com a Constituição Federal, resolve aspectos essenciais, mas não encerra a discussão.

Entende-se que o direito ao esquecimento é um rótulo aplicado segundo critérios exageradamente elásticos, o que acaba por dificultar a solução de demandas mais simples e objetivas, nas quais não se pretende apagamento ou censura.

Argumenta-se que os provedores de buscas vão muito além de simples

pontes até a informação e que adotam critérios que contribuem para perpetuar erros que geram graves constrangimentos, como o destaque dado a informações desatualizadas ou falsas em detrimento de fatos novos e verdadeiros.

Propõe-se que o direito ao arquivamento, entendido pela reindexação ou desindexação de informações, é uma solução viável do ponto de vista técnico e perfeitamente alinhada aos preceitos constitucionais.

Conclui-se com o entendimento de que as soluções propostas, apesar de já conhecidas, dependem de uma

---

Os **arquivos** sempre foram vistos como **locais seguros** para **preservar** a **história**. E continuam sendo

nova compreensão a respeito do que é o direito ao esquecimento e do papel dos provedores de busca na materialização desse direito.

## Um direito em busca de significado

O STF posicionou recentemente sobre o chamado direito ao esquecimento, concluindo pela incompatibilidade com a Constituição Federal. Fixou tese, de repercussão geral, ao negar provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1.010.606, conhecido como caso Aída Curi. Embora o julgado resolva aspectos centrais sobre o tema, a discussão parece estar longe de esgotada e merece ser aprofundada.

Inclusive, já está em curso o debate sobre a delimitação da decisão do STF. O caso Aída Curi, primeiro em que a tese foi aplicada, já foi devolvido à Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça para reanálise e eventual juízo de retratação.

Ademais, a vice-presidência da corte também liberou para reanálise o Recurso Especial (Resp.) 1.660.168, relacionado a caso de 2018, no qual foi aplicado direito ao esquecimento para determinar que Yahoo, Google e Microsoft filtrassem informações sobre supostas fraudes em concurso público.

Além disso, parece fundamental trabalhar em uma definição mais adequada sobre o significado e a abrangência do chamado direito ao esquecimento. O uso comum adotou a expressão popularizada pelo direito europeu, o “right to be forgotten”; mas, enquanto lá já foi definida e enquadrada, aqui ainda vem sendo usada de forma quase universal.

O direito ao esquecimento abriga pretensões de natureza diversa, sendo mais frequentemente a desindexação, a remoção de conteúdos da internet e, como no caso discutido pelo STF, o impedimento para que fatos do passado sejam reavivados.

Como ideia, o direito ao esquecimento é ainda mais impreciso. A expressão parece estar envolta em uma nuvem de carga negativa, associada às pretensões de mudar, censurar ou apagar a história.

O “X” da questão é que interpretações muito

abrangentes ou imprecisas sempre criam dificuldades adicionais para a solução de demandas eventualmente mais limitadas e objetivas, prejudicando a prestação jurisdicional. Esse é o ponto que nos interessa. Informações ultrapassadas, imprecisas ou até mesmo falsas são abundantes na internet; criam graves constrangimentos para suas vítimas, que enfrentam diversos obstáculos, por vezes intransponíveis, para obter reparação.

Em muitos casos, não se deseja apagar fatos do passado ou sequer impedir acesso a eles, nem mesmo que sejam esquecidos. O que se pretende é apenas o arquivamento, como era a regra na era pré-internet; ou seja, deixar que certa informação deixe de ser destacada pelos buscadores. Aliás, geralmente, é disso que se fala no direito europeu quando é invocado o direito ao esquecimento.

Se, no lugar de esquecimento, pensarmos em arquivamento, veremos que não há, necessariamente, um conflito entre os interesses da sociedade e dos indivíduos que buscam algum tipo de reparação pela exposição de informações indevidas.

Em abril de 2018, a revista eletrônica Consultor Jurídico noticiou decisão da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que autorizou um médico a alterar seu nome a fim de que pudesse se livrar de vê-lo associado às notícias falsas que, encontradas na internet, lhe causaram graves constrangimentos, prejuízos e dificuldades para o exercício de sua profissão.

Apesar de provada a inocência do médico, o Google continuou apresentando links para notícias antigas e falsas relacionando-o ao crime. O relator do caso, desembargador Ênio Santarelli Zuliani, propôs uma saída inusitada: não vislumbrando outra alternativa, decidiu que o médico poderia mudar de nome.

O direito ao arquivamento aqui proposto parece ser uma melhor solução para esse tipo de situação, extremamente comum nos tribunais. O caso é emblemático.

## A guerra bilionária pela primeira página do Google

Há um detalhe fundamental em defesa da tese do arquivamento. Por padrão, o Google oferece dez links a cada busca, sendo que 60% das pessoas se contentam com o que encontram na primeira página, entre esses links.

Por isso, há uma guerra permanente pelo espaço da primeira página, que envolve desde empresas vendendo produtos até pessoas tentando construir uma reputação.

Segundo uma reportagem da edição americana da revista Forbes, as empresas gastam anualmente 80 bilhões de dólares em ações para posicionar seus produtos e serviços nesse espaço. Ou seja, o que aparece em primeiro lugar faz toda diferença, porque a maior parte das pessoas nunca irá além.

Voltemos ao caso do médico. A cada vez que seu nome era pesquisado, o Google apresentava em sua primeira página as mesmas informações antigas e falsas sobre um crime que ele não cometeu, dificultando o acesso à verdade; comportava-se de forma tão reprovável como um editor que insistisse em publicar a mesma manchete, com dados falsos, todos os dias.

## Uma nova visão sobre os provedores de buscas

Avançar nessa discussão depende de um conhecimento mais detalhado sobre o funcionamento dos provedores de buscas e de seus propósitos. Eventualmente, de uma revisão de conceitos que há muito tempo balizam decisões nos tribunais.

Como se sabe, a responsabilização dos provedores de buscas como o Google pelos conteúdos que apresentam vem sendo sistematicamente afastada. Um dos marcos para consolidação desse entendimento é uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 2013, sobre o caso da apresentadora Xuxa Meneghel.

Ela reivindicou a remoção de conteúdos com referências a uma cena de nudez, que protagonizou

ao lado de um adolescente, em um filme gravado no início de sua carreira. Em um voto importante da ministra relatora, Nancy Andrichi, entendeu-se que os buscadores apenas indicam onde os conteúdos podem ser encontrados, não sendo responsáveis por eles. Mais tarde, essa interpretação foi incorporada pelo Marco Civil da Internet, Lei Nº 12.965/2014.

Porém, embora não produza informação, faz um trabalho muito parecido com o que é feito por qualquer editor, a saber: coletar, selecionar, hierarquizar e publicar as informações produzidas pelo repórter, mandando as consideradas mais importantes para a primeira página — onde chamam mais atenção —, e as demais para os rodapés, onde quase ninguém lê.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), nº 13.709/2018, dá pistas importantes para se repensar os limites de responsabilidade do Google. Segundo o inciso X do artigo 5º, a lei define como tratamento de dados pessoais “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

O rol descreve, com precisão, algumas das atividades executadas pelo Google. A possibilidade de se enquadrar o Google como agente de tratamento, nos termos da LGPD, é uma discussão que merece atenção, ainda que limitada a um exercício teórico a fim de se entender melhor o papel dos provedores de buscas.

## Conclusão

A essa altura, cabe voltar à pergunta: com tanta inteligência algorítmica, o que explica o fato de o Google, reiteradas vezes, apresentar notícias antigas e falsas com destaque, ao passo de que esconde informações atualizadas? Por que, diferente dos jornais, o Google apresenta em sua “manchete” a

mesma informação defasada, por décadas?

O médico aqui mencionado, que teve seu caso discutido pelo TJ-SP e ganhou direito a mudar de nome, suportou as mesmas agruras enfrentadas por um cidadão espanhol que acabou famoso por sua luta contra os algoritmos.

Mario Costeja, indignado com informações ultrapassadas que encontrava sobre si no Google, levou seu caso até a última esfera de discussão, até ver reconhecido o que se chamou de Direito ao Esquecimento, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Na verdade, Costeja conseguiu o direito de quebrar os links entre seu nome e notícias defasadas apresentadas pelo Google. As informações ainda estão lá, nos veículos que as publicaram. Talvez, o dito direito ao esquecimento, nesse caso, tenha sido um exagero, um abuso da retórica.

A decisão da corte europeia obrigou o Google a receber e avaliar pedidos de desindexação de todos os cidadãos europeus. Segundo noticiado pela a National Public Radio (NPR), dos Estados Unidos,

650 mil requisições foram apresentadas até 2018.

A concessão do direito obedece a uma série de critérios, que passam pela relevância da informação, das pessoas envolvidas, a existência de falsidades e, sobretudo, o interesse da sociedade no fato que se pretende ver desindexado.

Embora limitado, o arquivamento por meio da reindexação mostra-se uma solução adequada, em certos casos, pois não se oculta a informação, nem se cria grandes barreiras intransponíveis para acessá-las. Não se apaga. Não se esconde. Apenas impede a exibição de fato falso e irrelevante.

Muitos dos que pedem o esquecimento provavelmente se satisfariam com solução mais simples e eficientes: o arquivamento, pela quebra de links, ou a reindexação, de modo a atribuir mais destaque aos novos e corretos, em detrimento do antigos e falsos. É tecnicamente viável e plenamente de acordo com a decisão do STF.

Os arquivos sempre foram vistos como locais seguros para preservar a história. E continuam sendo.

### \*Alexandre Secco

é formado tanto em Direito quanto em Jornalismo, além de ser pós-graduando em Direito Digital. É sócio fundador da Análise Editorial e diretor da Deep Content, sendo especializado em gestão de reputação, privacidade e informação. Em sua trajetória profissional, atuou como repórter e editor em veículos como Folha de S.Paulo, Veja e Exame.



DIVULGAÇÃO

LGPD

# AGRONEGÓCIO PRECISA SE ADEQUAR À LGPD PARA REDUZIR O RISCO DE INCIDENTES E EVITAR PUNIÇÕES E PROBLEMAS REPUTACIONAIS

**Tania Liberman\***, sócia do **Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Advogados**

Apenas **31,13%** das empresas do **agronegócio** haviam se **adequado** à **LGPD** até agosto de **2021**

**A** Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) trouxe às empresas a necessidade de adaptações e da realização de diversas mudanças em suas rotinas diárias. Porém, apesar da LGPD já ter entrado em vigor há mais de um ano, o número de empresas que se adequaram à lei está aquém do esperado. Em relação ao setor de agronegócio, um dos mais importantes para o país, esse número é ainda mais reduzido.

Um levantamento da Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES), em conjunto com a Ernest Young (EY), apontou que apenas 31,13% das empresas do agrone-

gócio haviam se adequado à LGPD até agosto de 2021. Isso mostra que é preciso haver uma mudança de cultura no segmento, pois muitas empresas do setor ainda tratam dados sem os devidos cuidados necessários.

Todas as informações relacionadas a uma pessoa natural, desde um simples nome em um pedaço de papel, até uma foto ou um endereço de IP, estão sujeitas à proteção da LGPD. Dados de produtores rurais, empregados, clientes e fornecedores (em relação a esses dois últimos, se forem pessoas físicas) ou seus representantes, constantes de planilhas, sistemas, contratos agrários ou de

qualquer outra documentação são protegidos pela legislação, independentemente do meio onde estejam armazenados.

Importante ressaltar que a definição de “tratamento” prevista em lei é bastante ampla, e envolve tanto a coleta de dados pessoais quanto o armazenamento, uso, compartilhamento, transferência e descarte. Ou seja, mesmo que o dado esteja simplesmente armazenado em um sistema, mas não seja utilizado pela empresa, ele está sendo tratado e isso deve ser feito de acordo com a legislação aplicável. Assim, é importante que todas as empresas se adequem à LGPD com a implementação de um programa de privacidade adequado.

O primeiro passo é nivelar o conhecimento de todos os colaboradores sobre questões relacionadas à proteção de dados com treinamentos, workshops ou eventos similares sobre a importância e os conceitos básicos da LGPD. Assim, estarão aptos a participarem da segunda fase, o mapeamento.

Nessa fase, devem ser feitas entrevistas com os colaboradores para que seja entendido qual o fluxo de tratamento de dados pessoais em cada setor da empresa. O resultado dessas entrevistas será uma planilha descrevendo o processo que gerou o tratamento dos dados pessoais, a finalidade do tratamento, a base legal adequada, onde e por quanto tempo os dados pessoais serão registrados, se são dados sensíveis ou não, se são compartilhados com terceiros ou transferidos para outros países, além das medidas de segurança para proteção.

Posteriormente, é elaborado um relatório de riscos e um plano de ação com todas as medidas a serem implementadas. Elas incluem a elaboração de cláusulas contratuais, aditivos a contratos, políticas (de privacidade de site ou de colaboradores, por exemplo), diretrizes de resposta a titulares e avaliação de fornecedores, planos de resposta a incidentes e outros. A utilização de sistemas que possam fazer correções e apagar dados pessoais e a contratação de uma equipe capacitada e preparada para lidar com os dados também são etapas importantes.

A empresa também deve estar atenta à LGPD em relação aos seus fornecedores, uma vez que um incidente com eles pode afetar dados pessoais “controlados” pela empresa de agro. Por exemplo, a empresa de agro pode ter problemas com seus empregados e com as autoridades se uma empresa terceirizada é contratada e trata os dados de maneira inadequada. É importante que as empresas avaliem a maturidade dos seus fornecedores em relação à lei, mediante o envio de questionários de privacidade e análise das políticas. Importante também celebrar acordos relacionados ao tratamento de dados pessoais com esses fornecedores (DPAs) descrevendo as responsabilidades, obrigações e direitos das partes.

O não cumprimento da legislação aplicável à proteção de dados pessoais pode implicar na aplicação de diversas sanções pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), como multas, que podem chegar a até 2% do faturamento da empresa e a suspensão de atividades relacionadas ao tratamento de dados pessoais. Além disso, já temos visto diversos pedidos de indenizações, tanto pelos titulares de dados quanto por autoridades governamentais, nas áreas civil e trabalhista, em decorrência de tratamentos de dados inadequados.

Mas a questão mais delicada ainda é a reputação de uma empresa. Seguros, bons advogados e uma situação financeira sólida podem ajudar uma empresa a pagar ou se defender das ações, mas um problema reputacional pode levar qualquer empresa à falência. Desta forma, é essencial que a liderança dê a devida importância para questões envolvendo dados pessoais e estimule a cultura da privacidade dentro da empresa. Sabemos que todos estão sujeitos a incidentes, por maior que seja a proteção, mas problemas que ocorrem de forma repetitiva ou que são resolvidos de forma insatisfatória acendem uma luz vermelha. Dados pessoais são valiosos e um vazamento de informações de uma empresa pode ser catastrófico. Como nenhum empresário quer isso, é hora de se adaptar e investir no cuidado com a LGPD.

---

**\*Tania Liberman**

possui ampla experiência em negócios multijurisdicionais para advogados e clientes, sobretudo nos Estados Unidos, negociações de contratos envolvendo propriedade intelectual, proteção de dados e tecnologia da informação. Também já atuou com M&A, Direito Societário e Contratual.



DIVULGAÇÃO

LGPD

# HERANÇA DIGITAL

**Débora Batistella Gomes das Novas\***,  
advogada na **Pereira Advogados**

**V**ocês sabem o que é “herança digital”?

Com a tecnologia inserida cada vez mais no cotidiano das pessoas, surge no direito à denominada “herança digital”, que nada mais é do que um acervo de direitos e bens publicados, guardados ou usados em plataformas digitais, servidores ou em nuvens de titularidade de uma pessoa falecida.

Com a morte de uma pessoa, surge o questionamento de qual destino deve ser dado ao seu “acúmulo digital”, uma vez que a transmissão de algum bem digital aos seus herdeiros

deve preservar os direitos fundamentais de uma pessoa, notadamente o direito de privacidade, personalidade e intimidade, que é resguardado pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X da Constituição Federal).

Neste contexto, é fato que não há uma legislação própria que regulamente a herança digital, sendo usualmente aplicadas as regras previstas no Código Civil, assim como, a Lei nº 12.865/14 (chamada de Lei do Marco Civil da internet), bem como, a Lei de Direitos Autorais, em conjunto com a Lei geral de Proteção de Dados - LGPD, cabendo aos operadores do

---

O ideal é tratar da **sucessão digital** em vida, **assegurando**, assim, **a vontade** do seu titular

Direito e/ou ao Poder Judiciário fazer a interpretação sistemática das normas existentes.

Na prática, com a ausência de uma regulamentação específica, tem sido comumente indicado à realização de testamentos (art. 1.857 do Código Civil), com o objetivo de elencar a existência de bens digitais, declarando a vontade do testador quanto à manutenção do sigilo ou resguardo das informações relativas ao seu acervo digital, autorizando,

por exemplo, o acesso de determinada pessoa as suas contas eletrônicas e, até mesmo, a sua vontade de existir em redes sociais, após a sua morte.

Portanto, quando se trata de “herança digital”, até que haja uma regulamentação específica sobre o assunto, o ideal é tratar da sucessão digital em vida, assegurando, assim, a vontade do seu titular, bem como o direito do herdeiro em poder usufruir de determinado bem.

---

**\*Débora  
Batistella Gomes  
das Novas**

é bacharel em Direito no Centro Universitário de Rio Preto, pós-graduada em Direito Processual Cível na Fundação Armando Álvares Penteado e pós-graduada lato sensu em Especialização, Direito Imobiliário Aplicado na Escola Paulista de Direito.



DIVULGAÇÃO

# DADO NEURAL E PRIVACIDADE: LGPD JÁ ESTÁ DESATUALIZADA?

**Alessandra Montebelo Gonsales e Tae Young Cho\***, sócias do Gonsales e Cho Advogados Associados

A preocupação está na **transparência** e na **gestão** da finalidade **no tratamento** dos dados neurais

**N**este primeiro ano de vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, as polêmicas envolvendo a interpretação de seus dispositivos e a eficácia de sua aplicação fizeram parte do nosso cotidiano de notícias em jornais, revistas e mídias digitais.

Testemunhamos também algumas iniciativas junto à Câmara dos Deputados, em forma de projetos de lei, visando à modificação de dispositivos da LGPD. Dentre essas iniciativas está o Projeto de Lei nº 1.229/2021, de autoria de Carlos Henrique Gaguim, que “cria regras para garantir a pro-

teção de dados do sistema nervoso central, definidos como dados neurais, obtidos a partir de qualquer sistema eletrônico, óptico ou magnético”, conforme publicado na Agência Câmara de Notícias.

A PL 1.229/21 parece ser reflexo de discussões que estão acontecendo mais fortemente em outros países, em torno dos riscos envolvidos no acesso e uso por terceiros de “neural data” (dados neurais, numa tradução simples), coletados, por exemplo, por entidades de saúde ou centros de pesquisas de seus pacientes no tratamento de doenças ou na condução de pesquisas clínicas.

Dados neurais são dados gerados pelo cérebro humano. Na medida em que os dados neurais podem ser relacionados a uma pessoa identificada ou identificável, e revelam processos íntimos da esfera privada do indivíduo, há discussão se os dados neurais são dados pessoais, portanto, passíveis de amparo jurídico pela legislação de privacidade e proteção de dados.

Alguns estudos científicos sugerem que, com o rápido desenvolvimento de neurotecnologias não invasivas e escalonáveis, há riscos específicos associados à coleta, análise e uso de dados neurais orientadas a pacientes, mas para outras aplicações não-clínicas, por exemplo, em casos educacionais ou relacionadas ao trabalho e em algumas situações até para fins discriminatórios, como negativa de crédito, exclusão do plano de saúde.

Em 2019, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou uma recomendação sobre Inovação Responsável em Neurotecnologia, reconhecendo que a neurotecnologia se movimenta rapidamente, às vezes segue caminhos incertos, acerta diretamente questões relacionadas à liberdade e privacidade, tem um grande potencial para o uso não-intencional, levanta inúmeras questões éticas e legais, e pode exigir formas ágeis de governança. De fato, a inovação em neurotecnologia exigirá ação conjunta em todos os níveis governamentais e nos setores privados.

Essas discussões, por exemplo, fomentaram a apresentação de um projeto de lei no Senado do Chile, em outubro de 2020, com o fim de realizar uma reforma constitucional para a neuroproteção. Basicamente, a coleta, o armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados neurais dos indivíduos devem estar em conformidade com as disposições da lei local de doação e transplante de órgãos, e, no que for aplicável, ao código de saúde do país, sendo vedada a sua comercialização sob qualquer forma.

Muito embora, o autor da PL 1.229/21 tenha se inspirado na iniciativa chilena, sua proposta não é

de criar uma lei autônoma ou de emenda constitucional, mas sim de incluir na LGPD o conceito de dado neural (“qualquer informação obtida, direta ou indiretamente, da atividade do sistema nervoso central e cujo acesso é realizado por meio de interfaces cérebro-computador invasivas ou não-invasivas”), classificá-lo como uma categoria especial de dado sensível relacionado à saúde, e, submetendo o seu tratamento (coleta, uso, armazenamento, compartilhamento) à obtenção do consentimento da pessoa a quem o dado neural se refere (titular dos dados, conforme LGPD).

Na justificação de motivos do referido PL 1.229/21, consta preocupação de seu autor quanto à manipulação de informações coletadas diretamente dos sistemas neurais de um indivíduo por empresas e Estados. Nesse sentido, consta no PL 1.229/21 a previsão de que as regras de exceção do artigo 4º da LGPD não se aplicam aos dados neurais. Isto quer dizer, que os dados neurais não poderão ser utilizados sem o prévio consentimento do indivíduo, mesmo que o seja para fins não lucrativos ou uso pelo Estado para fins de segurança pública ou defesa nacional. O tema é complexo.

Reconhece-se a iniciativa trazida na PL 1.229/21 e há que se fomentar discussões técnicas sobre os dados neurais, como as que foram conduzidas para determinar quando e porque os dados biométricos se tornam dados pessoais sensíveis e, portanto, devem integrar o rol de dados de proteção pela LGPD.

No entanto, um ponto a se debater é considerar ou não o dado neural em uma categoria independente, devendo ser submetido a uma proteção maior em relação aos demais dados pessoais sensíveis. Veja-se que há um reconhecimento na justificação do próprio autor da PL 1.229/21 de que o dado neural é um dado relacionado à saúde.

De fato, os dados neurais podem revelar o sucesso ou não de uma pesquisa clínica relacionado ao Alzheimer, por exemplo. Os dados de saúde, por sua vez, já estão classificados como dados pessoais sensíveis. Da mesma forma, os dados genéticos e os dados biométricos, que representam dados únicos

e sensíveis do indivíduo, estão na categoria de dados pessoais sensíveis. Nesse sentido, o dado neural poderia ser incluído como um tipo da categoria de dado pessoal sensível que, com base na LGPD, já deve estar sujeito a um mecanismo de proteção mais elevada.

Outro ponto de revisão reside em tratar o consentimento como a única base legal de tratamento do dado neural. Na LGPD, o consentimento é uma das oito bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis.

Dentro da sistemática adotada na LGPD, a base legal vai depender do fluxo e da finalidade de tratamento dos dados pessoais sensíveis. Se um paciente com tendência genética a ter Alzheimer procura uma clínica especializada para coletar e acompanhar os seus dados neurais, a base legal para esse tratamento será a tutela de saúde. No entanto, se o mesmo paciente se voluntaria a uma pesquisa clínica, em um primeiro momento, o seu consentimento o coloca dentro do grupo de pesquisa, e após, o procedimento deve transcorrer conforme a aprovação do comitê de ética e regulamentação legal específica.

Por outro lado, a vedação do compartilhamento de dados neurais trazido pelo PL 1.229/21, nos relembra as discussões sobre a possibilidade de compartilhamento de dados sensíveis referentes à saúde. No exemplo dado sobre pesquisa clínica, o médico pesquisador precisa compartilhar os resultados da pesquisa com a empresa que patrocina a eficiência de seu medicamento no tratamento da doença. A pandemia da Covid-19 nos mostrou os benefícios da pesquisa clínica ao nos fornecer as vacinas.

Creemos que a preocupação está na transparência e na gestão da finalidade no tratamento dos dados neurais, pontos que já integram os dispositivos da LGPD e são mandatórios.

### \*Alessandra Montebelo Gonsales

é graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista em Direito Empresarial pelo COGEAE/PUC-SP, MBA em Gestão Empresarial pela FGV e mestre em Direito Comercial pela PUC-SP, tendo conduzido as pesquisas acadêmicas na Universidade de Harvard – EUA. É sócia fundadora da LEC – \_Legal, Ethics and Compliance, única escola brasileira especializada em Compliance. Professora de diversos cursos da LEC e da TEC – Monterrey – México.



DIVULGAÇÃO

### Tae Young Cho

é graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), pós-graduada em Direito Empresarial pelo COGEAE/PUC-SP, Mestre em Direito Comercial e Doutora em Direito Econômico pela PUC-SP. É Professora Associada de Direito Empresarial no curso de Direito da FAAP/SP. Coordenadora do Curso de Compliance em Proteção de Dados da Legal, Ethics & Compliance – LEC. Membro Notável da Comissão de Proteção de Dados da OAB/SP.



DIVULGAÇÃO

# DESAFIOS E INOVAÇÕES DA LEI DO DIREITO DE RESPOSTA

**Pedro Batistoti Boller\***, advogado do **Ernesto Borges Advogados**

A frequente evolução das mídias sociais e as constantes mudanças decorrentes de novos formatos de comunicação, mais rápidos e de maior difusão e impacto, levaram à necessidade de se aprimorar os mecanismos jurídicos de controle e de reparação extrapatrimonial, evitando que, respaldados pelo direito à livre expressão do pensamento, fossem cometidos excessos hábeis a gerar danos.

O marco legal de maior expressão, no que se refere à proteção dos direitos de personalidade do indivíduo atingido por ofensas proferidas por veículos de comunicação ou mídias

sociais, foi a Lei n. 13.188/2015, que dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Logo em seus primeiros artigos, a citada lei regulamenta o exercício do Direito de Resposta no mesmo dia, horário e por igual período ao utilizado pelo ofensor, em consonância com o disposto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º.

Não por outra razão, referida lei ficou conhecida como Lei do Direito de Resposta e, ao longo dos últimos sete anos, embasou a propositura de

Importante destacar que a **Lei** trouxe **inequívoco avanço** na proteção dos **direitos individuais**

diversos processos, com o escopo de buscar compelir ofensores a reparar danos causados à imagem e honra de ofendidos por conteúdo transmitido em veículos de mídia.

Importante destacar que a Lei trouxe inequívoco avanço na proteção dos direitos individuais, contendo abusos perpetrados por aqueles que se excedem no regular exercício destes direitos sem, contudo, desbordar em arbítrio. Não se vislumbra, dentre o rol de seus quinze artigos, qualquer mecanismo ao qual seja possível atribuir o condão de instrumento apto a ensejar a censura, limitando-se somente a corrigir eventuais distorções, permitindo ao ofendido a sua exposição dos fatos.

No mesmo sentido, cabe destacar que a norma em comento também supriu importante lacuna deixada pela revogação da Lei de Imprensa, resquício do período em que o país esteve sob a égide da ditadura militar, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em meados do ano de 2009, sem que houvesse, à época, a regulamentação da reparação de danos decorrentes do abuso do exercício do direito à livre expressão de pensamento e opinião.

Todavia, entende-se que alguns dispositivos legais da norma em questão ainda necessitam de aperfeiçoamento, visto que, no que se refere a aspectos práticos e de feitura executiva, a legislação ainda se mostra afastada da realidade; embora tenha como objetivo conferir celeridade ao processo de reparação do dano, acaba por negligenciar fundamentos essenciais do ordenamento jurídico pátrio.

Neste sentido, em seu artigo 5º, § 2º disciplina o regramento para tramitação do processo para exercício do direito de resposta, prevendo que: “A ação de rito especial de que trata esta Lei será instruída com as provas do agravo e do pedido de resposta ou retificação não atendido, bem como com o texto da resposta ou retificação a ser divulgado, publicado ou transmitido, sob pena de inépcia da inicial, e processada no prazo máximo de 30 (trinta) dias”.

Sendo assim, ao estabelecer a celeridade como regra para o processamento e julgamento dos casos envolvendo a réplica, a legislação atinge dupla finalidade: i) eficácia, assegurando seu cumprimento dentro de certos parâmetros de razoabilidade e, ii) efetividade, resguardando a realização em tempo razoável, permitindo que os atingidos pela mensagem veiculada pelo apontado ofensor tomem conhecimento também da resposta do ofendido.

Entretanto, em que pese o escopo de celeridade e eficácia conferidos pelo legislador, o prazo estabelecido no referido artigo 5º merece considerações, notadamente quanto à não observância de preceitos fundamentais do ordenamento jurídico nacional, em especial os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque, ao prever que o prazo para julgamento de mérito não pode exceder o prazo de 30 (trinta) dias, a Lei cria perigosa lacuna, porquanto o curto lapso temporal significa prejuízo à necessária dilação probatória exigível à apuração dos fatos, sobretudo quando se trata de casos de grande repercussão social, no qual a atenção da mídia e a reverberação social demandam maior cuidado na análise do objeto do processo.

Além disso, não obstante restar inviabilizada a dilação probatória, a imposição de prazo para conclusão do rito também cria incertezas quanto à interposição de recursos contra eventual decisão interlocutória proferida no curso da instrução processual, haja vista os prazos para Agravo serem, em alguns casos, equivalentes ao termo previsto para o magistrado processar e julgar todo o procedimento.

Também consiste em obstáculo ao regular exercício do contraditório e da ampla defesa a impossibilidade de arguição de exceção da verdade (parágrafo único, artigo 6º) quando ao ofensor for imputado a prática de injúria.

Tal impedimento obsta ao réu eventual comprovação de que o ato a ele imputado não configuraria dano à vítima, porquanto tratar-se de fato de

conhecimento público, sem o condão de se caracterizar como injúria. Ou seja, ainda que se trate de fato notório, a legislação abre perigoso espaço para que o ofendido se valha dos meios de comunicação para fazer valer a sua versão dos fatos.

Assim, apesar dos inegáveis avanços conferidos pela legislação com a finalidade de resguardar a imagem do indivíduo contra ofensas proferidas

por terceiros, ainda é necessário o aprimoramento dos mecanismos legais com vistas a assegurar o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Com pequenos ajustes, já se tornaria possível manter a garantia da obtenção da verdade real dos fatos sem, contudo, dar causa a condenações prematuras que acabam servindo de sustento à busca por autopromoção e ascensão midiática.

---

### **\*Pedro Batistoti Boller**

é formado pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), pós-graduado em Direito Penal pela Escola de Direito do Ministério Público (EDAMP) e pós-graduando em Direito do Agronegócio pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Possui ampla experiência em Direito Civil e Processual Civil, como foco em contencioso cível.



DIVULGAÇÃO

# PROTEÇÃO DE OBRAS PUBLICITÁRIAS: DESAFIOS DO DIREITO AUTORAL

**Juliana Gebara Sene Santos**  
**Ikeda Gabriela Soares Mussalam\***,  
sócia coordenadora da prática de  
Propriedade Intelectual e Life Sciences  
e estagiária, respectivamente, do  
**Azevedo Sette Advogados**

No Brasil,  
os **direitos**  
**patrimoniais**  
do **autor** são  
assegurados por  
**70** (setenta) **anos**

**N**o Brasil, a proteção dos direitos autorais sobre uma obra, seja ela artística, literária ou musical, encontram amparo na Lei nº 9.610/98 (“LDA”). A referida lei tem como base a Convenção de Berna, atualmente ratificada por 175 países. A maior vantagem desse texto internacional é que ele assegura a proteção autoral em todos os países signatários, independentemente de registro.

A LDA abrange, entre outras coisas, diversas formas de trabalhos publicitários, como por exemplo, textos, fotos, desenhos, músicas (jingles) e obras audiovisuais (comerciais). A proteção conferida pela lei em tela abrange dois aspectos: o moral e o patrimonial.

O autor é sempre uma pessoa física, criador da obra protegida, aos quais a lei confere os direitos morais

sobre a obra — direitos esses que são inalienáveis e irrenunciáveis. Por sua vez, os direitos patrimoniais são aqueles referentes à exploração da obra e podem ser transferidos, inclusive para pessoas jurídicas.

No mais, importante ressaltar que, no Brasil, os direitos patrimoniais do autor são assegurados por 70 (setenta) anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação — enquanto os direitos morais são perpétuos.

Como mencionado, diversos tipos de obras publicitárias podem ser protegidas pela LDA. Se protegidas pela égide do Direito Autoral, direitos morais e patrimoniais deverão ser considerados. Neste sentido, convém destacar que grande parte das obras publicitárias são concebidas por agências de publicidade (pessoas jurídicas), normalmente contratadas por anunciantes (pessoas jurídicas). No entanto, na prática, essas obras são criadas por pessoas físicas, os autores, detentores dos direitos morais, restando às agências, como organizadores da obra, somente seus direitos patrimoniais.

São inúmeros problemas decorrentes dessa sistemática. Primeiramente, em regra, não cabe ao cliente/anunciante contratante da agência de publicidade qualquer titularidade sobre a obra publicitária, independentemente de seus investimentos, salvo se os direitos patrimoniais forem expressamente cedidos pelos titulares originais através de contrato de cessão de direitos.

Por outro lado, o art. 51 da LDA dispõe que a cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos. Isto é, ainda que o contrato de encomenda de obra publicitária estabeleça a cessão do trabalho ao cliente, para que a cessão ocorra de forma definitiva, será necessário que a agência e seus respectivos autores cedam seus direitos de forma apartada, especificando as obras cedidas.

Ainda com relação ao contrato de cessão de direitos, é importante destacar que tal contrato de-

verá ser interpretado de maneira restrita. Isso significa que o contrato de produção de obra por encomenda precisa prever, em detalhes, quais as formas de utilização do trabalho criado. Todavia, isso muitas vezes não é possível. Um exemplo de debate recente: um filme publicitário concebido para ser veiculado na televisão e na internet, poderá ser veiculado no metaverso?

Além disso, cabe ressaltar novamente que os direitos morais são irrenunciáveis e intransferíveis. Consequentemente, os autores da obra sempre poderão, entre outras coisas, utilizar de seus direitos morais previstos no art. 24 da LDA, contestando modificações de sua obra e até mesmo a retirando de circulação, se entenderem que sua utilização possa atingir sua imagem.

Por último, mas não menos importante, é a limitação temporal de proteção das obras publicitárias. Apesar de extensa, já existem casos em que sua prorrogação parece necessária. Personagens como Mickey e Pateta, até hoje diretamente associados à Disney, já teriam caído em domínio público, se não fosse pelo lobby da empresa para alterar sua lei aplicável, que acabou por prorrogar os direitos autorais da Disney até 2023 (por enquanto). No entanto, mesmo que o personagem Mickey caia em domínio público, outras empresas poderiam utilizá-lo, ainda que associando sua imagem de forma indevida com a Disney?

Ora, não são poucos os desafios e debates que envolvem as obras publicitárias e os direitos autorais. O presente artigo não pretende esgotar esses temas, mas pode apresentar algumas alternativas. Além das previsões contratuais anteriormente mencionadas, é fato que algumas obras podem ser protegidas também pelo direito marcário e dispositivos legais de concorrência desleal. Por exemplo, desenhos associados a marcas podem ser registrados como marcas figurativas e, assim, poderão ser perpetuamente protegidos. Em matéria de concorrência desleal, tipificada no art. 195 da Lei nº 9.279/96, os titulares de direitos autorais podem reprimir diversas condutas diretamente ligadas à publicidade com base nesse dispositivo.

Por todo o exposto, anunciantes, agências de publicidade e criadores autônomos devem se atentar aos contratos envolvendo a criação de obras publicitárias, além de tentarem proteger suas obras de diferentes maneiras sempre que possível.

---

**\*Juliana  
Gebara Sene  
Santos Ikeda**

é pós-graduada em Contratos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e mestre (LL.M) em Propriedade Intelectual pela Universidade de Turim, da Itália, e na Organização Mundial de Propriedade Intelectual.



DIVULGAÇÃO

---

**Gabriela Soares  
Mussalam**

no escritório de 2021, é graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e já atuou como estagiária em outras bancas reconhecidas nacionalmente.



DIVULGAÇÃO

Penal

# PENAS LONGAS NÃO DIMINUEM A CRIMINALIDADE

**Luiz Marcello de Almeida Pereira\***, mestre em Direito Constitucional e **professor universitário**

A CNC estimou a **perda** de receita de **1,8%** para o **trade turístico** no **RJ**, a **cada 10%** de **aumento** na **criminalidade**

**T**emos um problema enorme de segurança pública no Brasil. Afeta pesadamente os setores de turismo e lazer, mas também tem impacto nos serviços, em geral, porque diminuem a demanda por muitos deles. Além do impacto sobre consumidores, a insegurança requer que qualquer negócio instalado no país considere a contratação de segurança privada em seus estabelecimentos. A Confederação Nacional de Comércio estimou a perda de receita de 1,8% para o trade turístico no Rio de Janeiro, a cada 10% de aumento na criminalidade. Não há motivo para deixar de extrapolar os números para o restante do país.

Por isso mesmo, empresários e administradores que sofrem com a insegurança, em suas vidas pessoais e nos seus negócios, muitas vezes são vítimas de ilusões a respeito das políticas de segurança pública. Uma dessas ilusões são as propostas de aumento de pena. Agora, durante as eleições, o discurso é bastante popular e angaria votos e apoios, mas é apenas mais uma falácia.

O National Institute of Justice é órgão do equivalente americano ao nosso Ministério da Justiça. Faz pesquisas sobre segurança interna, crime e assuntos de Justiça. Seu lema é “Fortalecer a ciência. Avançar a jus-

tiça”. Pesquisa e desenvolve certezas a respeito da atuação do Estado contra o crime (polícias, Judiciário, responsáveis pela acusação judicial de criminosos e outros profissionais). Forma, assim, bases científicas para auxiliar na construção social de segurança para os cidadãos. Uma dessas bases é que a certeza de ser pego tem impacto largamente superior à elevação de penas. Outra é que o aumento do tempo em penitenciárias pouco faz para deter os criminosos.

O psicólogo e economista comportamental Dan Ariely ilustra o assunto comparando dois cenários. No bolsão de estacionamento por zona azul “A”, o valor da multa por estacionar sem pagar é de 5 dólares, mas a fiscalização está presente 10 vezes por dia. No bolsão “B” a multa é de 100 dólares e a fiscalização acontece uma vez por semana. Claro que as condições são extremas, tanto nos valores quanto na periodicidade do policiamento. A frequência de pessoas estacionando sem pagar o parquímetro, entretanto, é gigantesca e maior no bolsão “B”. A sanção, mesmo enorme, não diminui o “delito” porque o ambiente gera enorme impunidade.

Mas o Congresso Nacional todo ano cria tipos criminais (o total já está perto dos 1.700), como também sempre aumenta a lista de crimes hediondos, cujas penas são cumpridas com maior rigor. O motivo é a “legislação simbólica”, termo popularizado pelo jurista Marcelo Neves.

Para aumentar, na cabeça do criminoso, a certeza de que será pego, o Estado precisa investir na investigação dos crimes, em inteligência policial, laboratórios, tecnologias de rastreamento de valores, bem como treinamento de profissionais em todos os órgãos e entidades. Ou seja, investir na Polícia Civil e no Ministério Público.

Aumentar pena significa simplesmente mudar uma lei. Na cabeça dos cidadãos fica a impressão de que os políticos envolvidos estão fazendo alguma coisa. Há um efeito simbólico importante na criação dessas leis, porque a ação transparece cuidado com a segurança. Há um aumento de apoio a esses políticos e a essas políticas públicas, mesmo que os resultados sejam pífios.

### \*Luiz Marcello de Almeida Pereira

é advogado e atua há mais de vinte como professor de Direito Inconstitucional e História do Direito. Atualmente leciona na Universidade Estácio de Sá. É bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Marília (UNIMAR).



DIVULGAÇÃO

Penal

# A CAPTAÇÃO AMBIENTAL COMO MEIO DE PROVA:

Uma análise da derrubada do veto presencial ao art. 7º da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime) e a necessidade de revisitação do tema pela jurisprudência

**Alice Kok** e **Nicole Mizrahi Dentes**, advogada no **Galvão e Raca Advogados** e advogada no **Antun Advogados Associados**, respectivamente

**E**m matéria de prova penal, a captação ambiental ou gravação ambiental era comumente definida, pela jurisprudência, como a gravação de diálogo, feita por um dos próprios interlocutores, sem que o outro tivesse ciência de que estava sendo gravado.

Ainda segundo a jurisprudência firmada anteriormente à edição da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime), a captação ou gravação ambiental diferenciava-se da interceptação, na medida em que esta última constituía o registro de comunicação alheia sem o consentimento de nenhum dos interlocutores - assim como a intercepta-

ção telefônica executada pela autoridade policial, após autorização judicial; e da escuta, que é a captação de conversa por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores. A temática foi, recentemente, abordada no pacote anticrime, o qual trouxe alterações substanciais à Lei 9.296/96 - que regulamenta as modalidades de captação de comunicações.

Na referida lei, o legislador, inadvertidamente, passou a utilizar a expressão captação ambiental para se referir a toda gravação de sinais eletromagnéticos, seja ela feita por um dos interlocutores sem o consentimento dos demais - conforme con-

A sede **punitivista** e a velha máxima de “**tudo vale pelo combate à criminalidade**” já se mostraram **falhas**

ceito jurisprudencial -, seja ela executada, por exemplo, pela autoridade policial, após autorização judicial.

Seja como for, especificamente no que diz respeito à captação ambiental enquanto gravação de conversa, por um dos interlocutores, sem que o outro tenha conhecimento, muito se discute sobre a legalidade da medida ou, melhor, sobre a validade da prova obtida por tal meio. Questiona-se: é, afinal, admissível a prova obtida por tal meio? E, caso positivo, em que circunstâncias isso seria possível?

O presente artigo se propõe, então, a debater estes e outros questionamentos, tanto a partir do entendimento jurisprudencial firmado ao longo dos últimos anos, quanto, mais recentemente, da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, que prevê, em seu art. 7º, a introdução do art. 8º-A, §4º, na Lei 9.296/96, instituindo a admissibilidade da captação ambiental apenas em matéria de defesa - ou seja, para beneficiar réu ou investigado -, conforme será analisado, com maior precisão, nas linhas abaixo.

Destaca-se, nesse contexto, que muito embora não houvesse clara disposição legislativa sobre a matéria, a captação de conversa, por um dos interlocutores, sem o conhecimento dos demais, foi, em diversas oportunidades, aceita pelos Tribunais Superiores - STJ e STF - como meio de prova, tanto em matéria de defesa, quanto de acusação, servindo, inclusive, para embasar condenações. As cortes destacavam a licitude da medida, sob a justificativa de que a disponibilização desse tipo de conteúdo, por partícipe da conversação, significaria tão somente dispor daquilo que também é seu.

Por muito tempo, esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em 2008, ao negar provimento ao RE 402.717, interposto pelo Ministério Público Federal, assentou a licitude da prova obtida por gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. No caso analisado em sede de Recurso Extraordinário, o interlocutor responsável pela gravação era investigado em inquérito policial que apurava a prática do crime de corrupção de testemu-

nhas (art. 343, CP) e gravou conversas que manteve com a suposta vítima, sem seu consentimento, requerendo, posteriormente, o aproveitamento da gravação para a composição do substrato probatório do caso. Diante disso, o Ministério Público Federal alegou que tal medida se equipararia à interceptação telefônica e “viola[ria] a garantia processual de proteção à intimidade, a qual somente pode ser afastada por autorização judicial”. O relator do recurso, Ministro Cezar Peluso, contudo, assentou que:

“(…) não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova”.

O Ministro ressaltou, também e como já mencionado, que tal gravação não se equipararia à interceptação, na medida em que “quem revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação”. O mesmo entendimento foi replicado, depois, na Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 583.937 e em muitas oportunidades posteriores.

Em ambos os casos, a Corte decidiu pela licitude desse tipo de prova em favor da defesa, mas na Questão de Ordem no Inquérito 2.116, por exemplo, julgada em 2011, a decisão favoreceu a acusação, para determinar o prosseguimento de investigações contra determinado agente detentor de prerrogativa de foro. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, o Pleno do STF assentou que “se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhe-

cer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental”.

Já o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o habeas corpus 512.290, também se manifestou pela licitude de prova decorrente de gravação clandestina tomada por colaborador - e utilizada pela acusação -, amparando-se em precedentes do Supremo Tribunal Federal, sob a justificativa de que a legislação nunca delimitou que a captação ambiental somente seria lícita se utilizada em matéria de defesa, confira-se:

“O entendimento do Tribunal a quo não diverge do precedente do Supremo Tribunal Federal, exarado na QO-RG RE n. 583.937/RJ, de que, desde que não haja causa legal de sigilo, ‘é lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro’ (Tema 237). Na oportunidade, o Colegiado concluiu que a disponibilização de conteúdo de conversa por participante, emissor ou receptor, significaria apenas dispor daquilo que também é seu, sem que se possa falar em interceptação, sigilo de comunicação ou de intromissão furtiva em situação comunicativa. Não se delimitou que a gravação de conversa por um dos participantes do diálogo seria lícita somente se utilizada em defesa própria, nunca como meio de prova da acusação. Aliás, se adotarmos os argumentos da defesa, também seria inválido o depoimento de Manoel na fase judicial, como testemunha, a respeito do conteúdo da mesma comunicação? Penso que não”.

Mais recentemente, em 2018, a Primeira Turma do STF, em paradigmático precedente nos autos do Inquérito 4.506, recebeu denúncia por corrupção passiva e por tentativa de obstrução à investigação de organização criminal, reputando lícita a “gravação ambiental realizada por Joesley Batista, (...) na qual Aécio Neves da Cunha reitera a solicitação de dinheiro feita por sua irmã e combina a entrega de valores”.

No entendimento mais recente dos Tribunais superiores, portanto, a gravação clandestina poderia, sim, ser utilizada em qualquer hipótese, seja

para instruir o argumento da acusação, seja para respaldar a defesa - desde que não dissesse respeito à captação de diálogos acobertados por sigilo, a exemplo de interação entre advogado e cliente -, já que uma prova não poderia ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiaria, sob risco de contrariar o interesse público.

Essa mesma justificativa foi utilizada, há poucos meses, pelo Presidente da República, ao vetar dispositivo da “Lei Anticrime” que incorporava a captação ambiental ao ordenamento processual brasileiro, já consignando, como requisito de admissibilidade, a possibilidade de utilização da prova obtida unicamente em matéria de defesa. Com efeito, o parágrafo 4º, do artigo 8º, da Lei 9.296/96, incorporada à legislação brasileira no final de 2019, restringe, textualmente, a possibilidade de se utilizar a captação ambiental, condicionando a licitude da prova obtida ao seu uso em matéria de defesa de investigados e réus em inquéritos e processos criminais. Verbis:

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

Ao fazê-lo, o Presidente da República sublinhou, como justificativa das suas razões, que a limitação da utilização de prova obtida a partir de captação ambiental a apenas uma das partes do procedimento criminal - a defesa - seria inadmissível, por tratar diferentemente os sujeitos processuais, além de que, na sua visão, ainda que sem embasamento, implicaria em retrocessos no combate à criminalidade:

“(...) uma prova não deve ser considerada lícita ou ilícita unicamente em razão da parte que beneficiará, sob pena de ofensa ao princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, além de se representar um retrocesso legislativo no combate ao crime”[1].

Todas essas considerações foram, porém, logo

refutadas. Em abril desse ano, o Congresso derrubou alguns dos vetos presidenciais à “Lei Anticrime”, dentre os quais, o que recaía sobre o mencionado artigo, possibilitando a reativação da sua vigência. E os motivos para tanto não poderiam ser mais acertados.

Os pilares democráticos do processo criminal, robustamente estruturados pelos princípios da Constituição Federal de 1988, têm como ponto central a observância às formas procedimentais (devido processo legal), como maneira de assegurar, ao investigado, a necessária participação e ciência de todo o processo que poderá implicar sua condenação criminal. Exatamente por isso, não há espaço, no Brasil democrático, para qualquer procedimento ou, especialmente, método de obtenção de prova criminal, que fuja às previsões legais. Na mesma medida, e pretendendo evitar a ocorrência desses procedimentos ilegítimos, quaisquer condutas que abram margem a ilegalidades processuais também devem ser postas em xeque.

Com isso em mente, a captação ambiental se coloca, invariavelmente, como método de obtenção de prova que não assegura a observância ao devido processo legal, exatamente por se dar de forma alheia ao conhecimento - e ao consentimento - de ao menos um dos interlocutores da conversa captada, e sem prévia concordância das autoridades Estatais (cuja função é, exatamente, zelar pelo devido decurso processual).

De fato, há enorme risco de o Estado se utilizar de um particular para obter de forma sub-reptícia a confissão da prática de algum crime de pessoa investigada em ambiente privado, por exemplo. Ou, ainda, de um indivíduo manipular uma situação para simular a ocorrência de um crime (por exemplo, de um crime contra a honra, ou de alguma situação de violência verbal), incriminando pessoa inocente.

E a imposição constitucional de observância ao devido processo legal ganha força com a percepção de que, no Direito Criminal, os sujeitos processuais não têm a mesma medida de força. Ao contrário

do que ocorre no Direito Privado, por exemplo, em que civis litigiam entre si, dispondo dos mesmos meios de prova e dos mesmos mecanismos de acesso à Justiça (onde prevalece, de fato, o princípio de cooperação entre as partes); no Direito Criminal, fala-se em contraposição entre o Estado, na figura do Órgão Acusador, o Ministério Público, e um indivíduo exposto ao risco da mais alta sanção do ordenamento legal, a pena privativa de liberdade. Tratam-se, indiscutivelmente, de partes com forças desproporcionais no âmbito processual. Carlos Alberto Carbone explica, com precisão, que:

“por este princípio se quiere que el Estado litigante esté en pie de igualdad, pero que a más de abarcar la igualdad de armas respecto a las mismas posibilidades de contradecir, ofrecer prueba, recurrir, etcétera, supone también contemplar la igualdad de recursos estructurales y materiales”. [2]

E, nessa medida, a observância aos requisitos processuais legais é dever intrínseco à natureza do Órgão Estatal Acusador, e deve sempre parametrizar a condenação criminal de um cidadão. Mas, por outro lado, não parece razoável exigir, de um mero cidadão, o acesso a meios de prova e o pleno conhecimento de todos os requisitos legais, para que possa, simplesmente, demonstrar sua inocência e, com isso, evitar sua condenação criminal.

É por isso que, no Brasil, admite-se quaisquer provas - mesmo as ilegítimas, ou seja, que tenham sido obtidas por meios diversos daqueles previstos legalmente - em matéria de defesa. E a prevalência do mérito sob a forma, exclusivamente em matéria de defesa, não poderia ser diferente em relação à captação ambiental.

É claro que, ainda assim, o processo penal se resguarda de provas manipuladas ou questionáveis, independentemente se obtidas em observância aos requisitos e parâmetros estipulados pela legislação. Tanto que, ao incluir no ordenamento penal brasileiro a captação ambiental, o Pacote Anticrime firmou a “integridade da gravação” como requisito, além da sua utilização em matéria de defesa.

Ao fazê-lo, o dispositivo legal ficou em completa assonância com os princípios e bases constitucionais que regem o processo penal brasileiro, que foram, todas, exaltadas na justificação da derrubada do veto presencial, pelo Congresso Nacional, em abril desse ano.

Não surpreendentemente, porém, com o reingresso do dispositivo do art. 8º-A, § 4º, da Lei nº 9296/1996 em vigor, propostas legislativas surgiram com o intuito de reformar a legislação brasileira e permitir que a acusação também possa lançar mão de tal meio de prova, reaquecendo os argumentos anteriormente lançados nesse sentido, inclusive o mencionado pelo Presidente da República, em seu já reformado veto. É o caso, por exemplo, do Projeto de Lei nº 1503/2021, do Senador Federal Randolfe Rodrigues (REDE-AP).

Caso aprovados, esses dispositivos representariam, sim, enorme retrocesso ao Direito Processual Penal brasileiro e, ainda mais, às garantias individuais que parametrizam - ou que, ao menos, deveriam parametrizar - a persecução penal no Brasil Democrático.

De todo modo, é fundamental aprofundar a discussão sobre os meios de obtenção de prova no âmbito do direito penal - que remontam à própria legalidade do processo e à validade de eventual condenação. Nunca é demais lembrar que estamos em terreno arenoso, que diz respeito a liberdades individuais, e o uso da captação ambiental em matéria de acusação pode levar a consequências esdrúxulas, como a efetivação de condenações fora dos parâmetros constitucionais, ou, até mesmo, de pessoas inocentes.

A sede punitivista e a velha máxima de “tudo vale pelo combate à criminalidade” já se mostraram falhas; não podem e não devem se prestar a alargar balizas e garantias penais e processuais penais de tal modo que se admita a captação ambiental para a acusação.

## NOTAS

[1] Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8060285&t-s=1630417745588&disposition=inline>.

[2] CARBONE, Carlos. Principios y problemas del proceso penal adversarial. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2019. p. 49-50.

---

### \*Alice Kok

graduada em Direito pela Fundação Getúlio Vargas, com atuação anterior nos escritórios Tofic Simantob, Perez e Ortiz Advogados e Antun Advogados e Associados.



DIVULGAÇÃO

---

### Nicole Mizrahi Dentes

graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Especializada em Direito Processual Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra (IDPEE) em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim).



DIVULGAÇÃO

# OUTUBRO ROSA E OS **DIREITOS** DOS **PACIENTES** COM CÂNCER

**Sabrina Donatti\***, especialista em Direito da Mulher

**O**utubro é o mês da prevenção do Câncer de Mama, mas é necessário que se fale também dos direitos que o paciente com essa doença tem e a maioria não sabe.

Alguns dos benefícios está na isenção do Imposto de Renda, Saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), prioridade na tramitação de processos jurídicos ou administrativos e até na compra de veículos.

A intenção na criação desses direitos é o de visar garantir a dignidade das pessoas que estão passando por

esse momento em que há gastos e restrições em muitos aspectos.

Abaixo, a bacharel em Direito Sabrina Donatti exemplifica os direitos e como os portadores dessa doença podem solicitar os benefícios:

Auxílio-Doença - esse é o direito que qualquer trabalhador tem de quando precisa se ausentar do trabalho por mais de 15 dias por motivo de doença, a diferença é que com o câncer, não precisa se cumprir a carência, ou seja, se a pessoa entrou ontem no INSS e descobriu a doença tem esse direito.

Saque do FGTS e PIS/PASEP - a

É necessário que se fale também dos **direitos** que o **paciente** com essa doença tem e a **maioria não sabe**

Lei 8922, de 1994, autoriza a movimentação da conta do trabalhador com a doença ou de alguém que tenha o dependente com câncer. Para requerer o direito é necessário apresentar atestado médico carimbado com o número do Conselho Regional de Medicina (CRM) e validade não superior a 30 dias.

Nesse documento é preciso constar o diagnóstico e o estado clínico do paciente, fora isso, o requerente deve apresentar Carteira de Trabalho e Cartão Cidadão ou Inscrição do PIS/PASEP. O pedido deve ser feito em uma agência da Caixa Econômica Federal ou no caso de PASEP, a requisição deve ser feita no Banco do Brasil.

Aposentadoria por Invalidez - É concedida desde que a incapacidade para o trabalho seja considerada definitiva pela perícia médica do INSS. O portador do câncer terá o benefício independente da contribuição, desde que esteja na qualidade de segurado e pode ter um acréscimo de 25% da aposentadoria se necessitar de assistência permanente de outra pessoa.

Isenção de Imposto de Renda na aposentadoria - Os pacientes estão isentos do imposto relativos aos rendimentos de aposentadoria, reforma e pensão, inclusive as complementações. Também é importante ressaltar que já existe o entendimento dos tribunais que qualquer pessoa que teve câncer tem esse direito, não importa o tempo e a comprovação de sintomas, nem comprovação de possível reincidência da doença. Para solicitar a isenção, a pessoa deve procurar o órgão pagador da sua aposentadoria munido de requerimento fornecido pela Receita Federal.

Compra de veículos adaptados ou especiais - Os pacientes com câncer podem obter isenção referente aos impostos de aquisição de veículos, em caso de deficiência física dos membros inferiores ou superiores, que impeçam a pessoa de dirigir veículos comuns.

Os pacientes podem requerer mediante a apresentação de laudo médico a isenção do Imposto

sobre produtos industrializados (IPI) para compra de carros, mas isso não é um benefício somente em função do câncer, por exemplo, uma pessoa que tira as mamas pode ter sequelas e precisar de um carro com direção hidráulica então ela se enquadra como pessoa com deficiência.

Quais são os veículos que podem ser adquiridos com isenção de IPI? Automóveis de passageiros ou veículos de uso misto, de fabricação nacional movidos a combustíveis de origem renovável. O veículo precisa apresentar características especiais, originais ou resultantes de adaptação que permitam a sua adequada utilização por portadores de deficiência física.

Entre essas características, está o câmbio automático ou hidramático e a direção hidráulica. A adaptação do veículo poderá ser feita na própria montadora ou oficinas especializadas. O benefício somente poderá ser utilizado uma vez, mas se o veículo tiver sido adquirido há mais de 3 anos, poderá ser utilizado uma segunda vez.

Isenção de IPVA, mas como é um imposto estadual nem todos apresentam tal regulamentação, nem todos os estados, por isso é indicado que se procure o órgão estadual responsável para mais informações;

Reconstrução de mama - Mulheres que em função de um câncer tiverem o seio total ou parcialmente retirado tem o direito a cirurgia plástica reconstrutora das mamas tanto pelo SUS quanto em planos de saúde privados.

Prioridade na tramitação de processos jurídicos ou administrativos - O paciente com câncer também pode solicitar ao juiz ou órgão público prioridade na tramitação de processos, isso acontece para ele ver o resultado da ação, porque infelizmente, alguns cânceres são graves e se o processo demorar a pessoa pode não usufruir.

Acesso a tratamento e medicamento pelo SUS - Todo mundo sabe desse direito, mas é sempre bom ressaltar que a Lei 12732 de 2012 assegura o direito

dos pacientes diagnosticados com neoplasias malignas (câncer) se submeterem ao primeiro tratamento o SUS em um prazo máximo de 60 dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico.

O perfeito cumprimento desse prazo estipulado se considera efetivamente iniciado o primeiro tratamento do câncer com a realização de terapia cirúrgica, ou com início de radioterapia ou de qui-

mioterapia conforme a necessidade do caso.

Se o prazo não for respeitado, o mais indicado é solicitar o seu cumprimento através das vias administrativas, como curadoria do hospital ou secretaria estadual da saúde. Caso não adiante tem a possibilidade de recorrer ao judiciário e pode ser até nas pequenas causas, mas é sugerido que se tente primeiro em vias administrativas, pois o processo pode ser mais rápido de ser executado.

---

### **\*Sabrina Donatti**

Se formou em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), atualmente mora no Rio Grande do Sul (RS) e tem uma filha de 10 anos, Maria Luísa.



DIVULGAÇÃO

Saúde

# ABERTURA DO MERCADO BRASILEIRO DE RADIOFÁRMACOS: OPORTUNIDADES TRAZIDAS PELA EC 118/2022

**Ricardo Campello, Mário Norris e Rodrigo Coimbra**, sócio, advogado e estagiário do **Licks Attorneys**, respectivamente

**E**m abril de 2022, o Congresso Nacional extinguiu o monopólio da União para a produção de radiofármacos ao promulgar a Emenda Constitucional 118/2022, que alterou o art. 21, XXIII, alíneas b e c.

Os radiofármacos são medicamentos compostos por uma parte radioativa, o radioisótopo, e outra não radioativa, o fármaco, e são usados na investigação e tratamento de diversas doenças, principalmente cancerígenas. Por exemplo, eles são usados no diagnóstico feito com o iodo-131, aplicado na detecção de possíveis doenças na glândula tireoide, além da Bomba de Cobalto, usada no tratamento de tumores.

Até a EC 118/2022, os dispositivos alterados autorizavam, sob regime de permissão, “a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais” (alínea b) e, também sob o regime de permissão, “a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas” (alínea c). A EC 118/2002 retirou da alínea c a restrição sobre a produção desses produtos, que estava limitada aos radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas.

A restrição se justificava por preocupações em torno da segurança nuclear, pois quanto maior a meia-vida de um radioisótopo, maior a necessidade de controlar sua produção e ma-

Mais de **430 clínicas** e hospitais em todo o país são clientes dos **24** produtos **registrados** na **ANVISA** pela **CNEN**

nuseio, mas também em grande parte por razões ideológicas. Para justificar a mudança, parlamentares favoráveis sustentaram que a quebra do monopólio e a competição privada irão expandir o setor, dando fim à crise de desabastecimento, ampliando a oferta e levando a medicina nuclear - atualmente concentrada nos centros urbanos do Sudeste - para o interior do país.

O monopólio da União na produção de radiofármacos era exercido principalmente através do IPEN (Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares), órgão inserido em uma complexa estrutura jurídica, administrativa e financeira. Criado em 1979 como autarquia do Estado de São Paulo, o IPEN foi vinculado à Secretaria de Estado da Indústria, Comércio, Ciência e Tecnologia e associada à USP para fins didáticos.

Através de convênio celebrado entre o Estado de São Paulo e a União (em vigor até 2037), o IPEN passou a ser mantido financeiramente e gerido técnica e administrativamente pela CNEN (Comissão Nacional de Energia Nuclear), autarquia federal vinculada ao atual Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, que era o órgão federal responsável por exercer o até então monopólio da União sobre a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, inciso XXIII da Constituição Federal).

Apesar dessa relevante função, desde o início de 2020 o IPEN sofreu severos cortes orçamentários do MCTI e da CNEN. Ao mesmo tempo, o instituto sofreu com as variações do câmbio, que elevaram sua despesa anual com importações de insumos para algo em torno de US\$ 15 a 20 milhões por ano. Para completar, o IPEN não ficava com a receita que arrecadava com a venda de radiofármacos (R\$ 122 milhões em 2019), que era repassada integralmente à CNEN. Essa combinação de fatores fez com que, em 2021, o IPEN anunciasse a suspensão da sua produção [1]. Com a crise de desabastecimento de radiofármacos, o debate sobre a quebra do monopólio da União ganhou força no Congresso e a PEC 517/2010 foi aprovada e convertida na EC 118/2022.

Agora, a tendência é que a CNEN e o IPEN reduzam sua atuação nesse mercado, movimento já anunciado no Relatório de Gestão da CNEN de 2019, em que constam as projeções de que, com a flexibilização do monopólio e a maior participação do mercado privado, a participação da CNEN no fornecimento de radiofármacos será reduzida.

Assim, a promulgação da EC 118/2022 e a consequente quebra do monopólio da União na produção de radioisótopos pode representar uma oportunidade para o mercado farmacêutico privado. Atualmente, o IPEN produz sozinho aproximadamente 85% dos radiofármacos utilizados no Brasil, o que lhe rendeu R\$ 122 milhões em 2019. Mais de 430 clínicas e hospitais em todo o país são clientes dos 24 produtos registrados na ANVISA pela CNEN e fabricados pelo IPEN. O principal, mais utilizado na medicina nuclear, é o gerador de  $^{99}\text{Mo}/^{99\text{m}}\text{Tc}$ , sendo que há mais de 40 anos o Instituto é o único produtor desse radioisótopo de meia-vida de seis horas, que permite marcar, com formulações liofilizadas, moléculas de interesse biológico (ideal para procedimentos de diagnósticos).

[1] G1. Ipen anuncia suspensão de produção de insumos para tratamento de câncer no Brasil por falta de verba federal. Disponível em < Ipen anuncia suspensão de produção de insumos para tratamento de câncer no Brasil por falta de verba federal | São Paulo | G1 (globo.com).

### **\*Ricardo Campello**

possui ampla atuação em Direito de Alimentos e Medicamentos para empresas dos setores de biotecnologia, farmacêutica, dispositivos médicos e cosméticos. Auxilia seus clientes em suas operações comerciais diárias, bem como em questões regulatórias específicas nas áreas de processo de revisão ética de ensaios clínicos, inspeções de GMP, solicitação de aprovação de comercialização, alterações pós-comercialização, responsabilidade do produto, rotulagem e requisitos de publicidade.



DIVULGAÇÃO

### **Mário Norris**

ingressou no escritório Licks do Rio de Janeiro como advogado em 2021. A prática de Mário se concentra em disputas regulatórias judiciais e administrativas, bem como em contratos governamentais. Antes de ingressar na Licks Advogados, atuou como procurador-geral da comarca de Barra do Piráí, no Rio de Janeiro



DIVULGAÇÃO

### **Rodrigo Coimbra**

estagiário do Licks, é bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), com atuação anterior na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Advocacia-geral da União (AGU) e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ).



DIVULGAÇÃO

# EVOLUÇÃO DO MERCADO E DA **REGULAMENTAÇÃO** DOS **E-SPORTS** NO BRASIL

**André Sica** e **André Thomas Fehér Junior\***, sócio e associado, respectivamente, da área de Esporte, Entretenimento e E-Sports do **CSMV Advogados**

O país possui uma **audiência** anual de **18.6 milhões** de entusiastas assistindo **competições** dos mais diversos **games**

**O**s números que o mercado de esports geram no país são vultosos. Recente pesquisa da principal fonte do setor — a Newzoo — aponta o status do Brasil como terceiro maior mercado do mundo. O país possui uma audiência anual de 18.6 milhões de entusiastas assistindo competições dos mais diversos games, bem como uma receita gerada com a venda de jogos eletrônicos no montante de US\$ 1,2 bilhão. São números que vêm crescendo em progressão geométrica desde 2011, ano que marcou a chegada das desenvolvedoras de jogos eletrônicos Valve e Riot Games ao Brasil.

Em razão da evolução dos números de transmissão, de engajamento da comunidade e dos praticantes no país, foi necessária também uma melhoria na infraestrutura para a prática da atividade dos esportes eletrônicos no Brasil, bem como na exposição de produtos e serviços atrelados a este mercado.

Da mesma forma, a aplicação do Direito aos Esports começou a enfrentar desafios até então desconhecidos. Até meados de 2016, o mercado de esports possuía uma lacuna de regulamentação, trazendo insegurança às discussões jurídicas das relações entre os players do mercado e à

construção da formalização de negócios em geral.

Com isso, os principais atores do mercado de esportes, principalmente equipes e cyber atletas, buscaram o entendimento sobre como eram enquadrados juridicamente. Os clubes, àquela época, mantinham apenas contratos de patrocínio ou de licenciamento de uso de imagem junto aos atletas — uma vez que a imagem era muito explorada em canais de mídia e redes sociais; porém, sem a preocupação de que a relação existente, em muitos casos, possuía também um vínculo laboral.

Nesse sentido, é possível dizer que a construção da jurisprudência — conjunto de decisões judiciais — foi essencial para a definição de pontos fundamentais na aplicação do Direito aos esportes, assim como na confirmação de seu enquadramento jurídico.

O primeiro caso emblemático que chamou atenção envolvia um atleta do jogo League of Legends, da equipe KaBuM! eSports, que teve o reconhecimento do vínculo empregatício com a aplicação da Lei 9.615/98, conhecida como Lei Pelé.

Tal decisão foi importante para se compreender que as atividades praticadas pelos cybers atletas, além do vínculo empregatício, se enquadram nos requisitos de uma atividade desportiva, principalmente pela presença da natureza competitiva. Mesmo apresentando diferenças em relação às demais modalidades tradicionais, como o futebol, ao se debruçarem sobre o tema, diversos especialistas da área de educação física — em território brasileiro e internacional — se posicionaram categoricamente, classificando os esportes como esporte.

Ao se depararem com esse novo contexto, os principais clubes de esportes buscaram entender junto ao Ministério do Esporte se a sua atividade seria reconhecida ou não como um esporte e qual seria a legislação aplicável. Após tal provocação, no parecer jurídico de 91/2015, o Ministério do Esporte manifestou-se no sentido de que o “esporte é um direito social, não cabendo às leis reconhecer a existência ou prática dos mesmos (sic), apenas fomentar a sua prática, independente da modalidade

escolhida”.

Entretanto, mesmo sem o reconhecimento expresso do Governo, que de é fato desnecessário, o reconhecimento tácito veio de diversas formas. O Ministério do Trabalho passou a conceder visto de trabalho aos jogadores estrangeiros de esportes eletrônicos, na qualidade de “atletas”. Já o próprio Ministério do Esporte passou a aceitar e aprovar projetos nas modalidades de esportes dentro da Lei de Incentivo ao Esporte (Lei nº 11.438/06).

Com essas claras manifestações de entendimento, o mercado como um todo passou a se organizar e a adotar a corrente que levava os esportes para o caminho das demais modalidades esportivas.

A partir de então, os clubes passaram a formalizar suas relações junto aos atletas por meio de contratos especiais de trabalho desportivo para prever as relações decorrentes da prática das atividades de atleta profissional competitivo, e em paralelo, instrumentos de licenciamento do uso de imagem para regular as atividades de exploração junto a canais de mídia; ambos fundamentados com base na Lei Pelé.

Além disso, as próprias desenvolvedoras dos jogos eletrônicos passaram a assumir mecanismos conhecidos em outras modalidades esportivas tradicionais, a exemplo das janelas de transferência de atletas (período de tempo determinado em que os atletas podem ser transferidos entre os clubes), para que fosse possível o intercâmbio dos jogadores entre os clubes com uma maior transparência e segurança.

Como consequência dessa autodeterminação, o mercado se posicionou de forma mais atrativa às empresas patrocinadoras, investidores e desenvolvedoras dos jogos eletrônicos com a definição de parâmetros para campeonatos.

Porém, apesar da aplicação da Lei Pelé na relação entre clubes e cyber atletas, foi possível identificar outras carências e lacunas legislativas nas relações entre os demais players do mercado de esportes.

As desenvolvedoras de jogos eletrônicos (publishers) passaram a exigir diversas contrapartidas aos clubes e atletas para a participação de suas competições, e ao mesmo tempo, limitar algumas atividades que contrariassem suas políticas de uso do jogo. Afinal, vale destacar que os jogos eletrônicos possuem algo extremamente distinto da maioria das modalidades tradicionais: a propriedade intelectual do jogo eletrônico.

Como desafio ao operador do Direito, foi necessário aplicar outras leis na relação entre os agentes do mercado de esports, tais como a Lei 9.610/98 - Lei de Direitos Autorais e Propriedade Intelectual, ao tratarmos de direitos decorrentes do jogo eletrônico. Outrossim, como forma de regular as relações de consumo incidentes neste mercado nas relações de prestação de serviços, foi fundamental a aplicação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Não menos importante, a pandemia ocasionada pela Covid-19 em 2020 gerou novos desafios na regulamentação do mercado. A suspensão de torneios presenciais de League of Legends, como o CBLol e o Circuito Desafiante, organizados pela publisher Riot Games, fez com que a adaptação a diversos novos meios de comunicação e tecnologia acelerasse o processo de uma nova forma de desenvolvimento desse esporte. A boa notícia é que, naquele momento, o mercado de esports talvez fosse o mais preparado para absorver os novos conceitos de distanciamento social e prática não presencial.

Nesse sentido, ao invés de se preocuparem apenas com regulamentos e a transmissão dos campeonatos, já que as demais ações eram controladas presencialmente, as desenvolvedoras tiveram a necessidade de se proteger contra episódios de fraude à nova tecnologia. Como exemplo, foram registrados casos em que cyber atletas trocaram de conta durante as competições sem a autorização das publishers e, até mesmo, inseriram hardwares que tinham como objetivo um melhor desempenho desportivo nas partidas — o doping digital.

Para solucionar e garantir a estabilidade nas competições, as desenvolvedoras passaram a licenciar os jogos eletrônicos para empresas organizadoras de competição, popularmente conhecidas como ligas independentes, que contribuíram para a criação e o aprimoramento de regras e ambiente de disputas.

Não por acaso, sistemas anticheat, plataformas de tecnologia de última geração e regulamentos de proteção de dados, entre outros mecanismos de tecnologia, passaram a ter ainda mais evidência nesse mercado, tendo sido adotados de início pelas ligas independentes. Logo, foi necessário um cuidado ainda maior pelo operador do Direito ao se preocupar com a aplicação de outras legislações, como a Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados.

Essa breve perspectiva histórica revela uma rápida evolução da aplicação do Direito ao ecossistema dos esports. Se em um primeiro momento havia insegurança, inclusive quanto ao seu melhor tratamento jurídico, atualmente não restam mais dúvidas acerca de seu enquadramento como esporte, conforme consolidado pela jurisprudência e pela doutrina.

Isso não significa, contudo, que os desafios tenham se esgotado; pelo contrário. O pleno desenvolvimento do sistema competitivo e a crescente atração de investimentos desafiam constantemente o operador do Direito a construir um conhecimento simultaneamente especializado, com expertise no segmento, e multidisciplinar, capaz de atender às necessidades de cada um dos diversos stakeholders do ecossistema.

Diante da característica inovadora deste segmento e do desenvolvimento em altíssima velocidade, não há dúvidas de que as atuais demandas jurídicas relacionadas aos esports são absolutamente distintas daquelas de dez anos atrás. Tampouco serão iguais às que surgirão na próxima década, ainda mais considerando os novos conceitos de Metaverso, Web3 e NFTs, que estão adentrando de maneira sinérgica o mercado dos esports.

---

**\*André Sica**

sócio da área Esporte, Entretenimento, e Esports do CSMV Advogados. É formado pela Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pós-graduado em Direito Desportivo pela Kings College de Londres, país onde possui associação com o escritório Hammonds & Hammons. Atua perante os tribunais arbitrais da FIFA e do CAS, além de lecionar Direito Desportivo na CBF Academy, na Escola Superior de Advocacia (ESA) e na Federação Paulista de Futebol.



DIVULGAÇÃO

---

**André Thomas Fehér Junior**

associado da área Esporte, Entretenimento, e Esports do CSMV Advogados. É bacharel pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), pós-graduado em Contratos Típicos e Atípicos pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP) e mestre (LL.M) em Direito Desportivo Internacional pelo Instituto Superior de Derecho y Economía, em Madrid.



DIVULGAÇÃO

# AS PLATAFORMAS ELETRÔNICAS E O ADMIRÁVEL MUNDO NOVO DOS CONFLITOS

**Joaquim de Paiva Muniz\***, sócio do  
**Trench Rossi Watanabe**

---

Os **riscos cibernéticos** são a principal **preocupação** para as **empresas** em todo **mundo**

**E**m 2020, havia mais de 75 milhões de ações judiciais pendentes de julgamento, parte significativa delas relacionadas a questões de consumo. A partir da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, a expansão dos direitos foi acompanhada por uma explosão de ações, gerando uma situação paradoxal: um mundo ideal no papel, só que com longa espera para que o jurisdicionado obtenha a proteção de abusos no poder judiciário, soterrado por uma avalanche de demandas. E, em que pese o hercúleo trabalho de nossos juízes em enxugar gelo, é

comum que uma justiça demorada seja percebida como injusta.

A mediação sempre foi vista como um dos remédios para desengarrar o acesso à justiça, até porque tem um efeito colateral altamente positivo: ela pacifica as partes. Por um lado, quando um juiz decide, é comum que uma parte fique feliz e a outra insatisfeita — dependendo das circunstâncias, ambas podem acabar descontentes. Por outro lado, quando as partes conseguem chegar a um acordo, o resultado se mostra, de certa forma, mais aceitável para ambos os lados.

Diante disso, não foram poucas as políticas públicas para incentivar as soluções consensuais, desde a Resolução CNJ 125/2010 fomentando os meios amigáveis de resolução de conflitos até a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil de 2015, prevendo uma primeira etapa conciliatória em processos judiciais. Contudo, o resultado prático na quantidade de transações e redução de processo está aquém do esperado.

Os motivos são vários, dependendo do ângulo que se olha. Do ponto de vista subjetivo, há a cultura do litígio atrapalhando não só as partes, mas também os seus advogados a realmente se dedicarem com mente aberta e espírito desarmado para que a mediação termine com um acordo.

Já em uma perspectiva prática, muitas vezes falta investimento em infraestrutura, como maior remuneração e treinamento aos mediadores. Sob a ótica do Direito, embora o CPC de 2015 tente fortalecer um sistema de precedentes, persiste uma insegurança jurídica sobre diversas matérias importantes. E, sem poder antever com certa nitidez o possível desenlace do processo, fica mais difícil para a parte aceitar um acordo. Em uma visão pragmática, talvez faltem incentivos regulatórios para que empresas que são litigantes frequentes se esforcem mais em celebrar transações.

Mas há algo de novo no front: os meios de Online Dispute Resolution (ODRs), especialmente em plataformas eletrônicas de resolução de conflito. Esse movimento favorável a meios extrajudiciais provém principalmente de três fontes: o surgimento de provedores de serviços de mediação online; a popularização de plataformas eletrônicas de vendas, especialmente depois da pandemia de COVID-19, que contêm não só sistemas online de atendimento a clientes, como também canais de resolução virtual de desavenças, sem a necessidade de judicialização; e o fortalecimento da plataforma Consumidor.gov, serviço do Ministério da Justiça que permite a interlocução direta entre o consumidor e as empresas, sob a supervisão dos Procons e da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (SENACON).

Isso tem o potencial de revolucionar a cultura de métodos extrajudiciais, pela facilidade de acesso por parte do consumidor e a rapidez de resposta. Ainda mais em um contexto no qual, primeiro com o processo digital e atualmente com as audiências online, cada vez mais pessoas se familiarizam com o acesso virtual para solucionar conflitos. Além disso, os ODRs barateiam drasticamente os custos de uma negociação de acordo, pois não requerem infraestrutura física. Inclusive, isso pode mudar totalmente o jogo para as empresas que são rês frequentes e gastam fortunas com batalhões de advogados e prepostos pulando de foro em foro.

E o benefício para as empresas não para por aí. É muito mais fácil controlar as negociações até os valores finais de acordos em um sistema online do que realizar o acompanhamento de um grande número de audiências de conciliação e mediação. Sem contar que, com big data e inteligência artificial, ao longo do tempo ficará mais fácil antever os melhores termos e condições para transação.

O calcanhar de Aquiles dos ODRs talvez esteja na assimetria de informações entre as empresas e os consumidores. As litigantes frequentes conseguirão ter uma melhor visão do todo para estimar o quanto o consumidor aceitaria em um acordo, enquanto este negociaria no escuro; nesse ponto, a assistência de advogado experiente seria benéfica para alcançar um equilíbrio. Além disso, os órgãos públicos e as entidades privadas de defesa do consumidor deveriam investir em big data e fazer campanhas para o público informando sobre posicionamentos judiciais relativos a matérias sensíveis, para uniformizar conhecimento.

Em concreto, há duas medidas práticas que poderiam fomentar a mediação e outras soluções extrajudiciais, aproveitando o sucesso das ODR's.

A primeira seria consolidar a jurisprudência de que, quando a empresa está no Consumidor.gov ou possui plataforma eletrônica devidamente estruturada para atendimento a reclamações — com tratamento razoável e resposta rápida —, o consumidor deverá primeiro utilizar estes canais an-

tes de propor ação judicial. A cultura só mudará quando as partes deixarem de ver o poder judiciário como única saída, ignorando outras opções. Afinal, o sistema judicial costuma ser barato para o consumidor, mas é caro para o contribuinte — somos um dos países que mais gastam com judiciário em relação ao PIB. O princípio constitucional do livre acesso à justiça estatal não serve para justificar oportunismos ou desperdícios como esses.

A segunda seria adotar a proposta de alteração da plataforma Consumidor.gov, derivada de estu-

do encomendado pelo SENACON, o que permitiria que se realizasse ali não só negociações diretas entre empresas e consumidor, como também mediações sofisticadas e até arbitragens. A plataforma se tornaria um canal multiportas — quiçá até no futuro com link para propositura de ação judicial, de forma mais simples do que atualmente —, em que o consumidor teria disponível um “cardápio de opções” para resolver sua insatisfação. Disponíveis todas as alternativas, a propensão seria resolver grande parte dos conflitos amigavelmente, levando ao judiciário apenas o que merece mais atenção.

---

### **\*Joaquim de Paiva Muniz**

além de sócio do escritório, é líder grupo de métodos extrajudiciais de resolução de conflito, com foco em arbitragem e mediação. O advogado é, também, professor de Arbitragem, M&A e Direito Societário, membro e coordenador de diversas comissões e diretor de arbitragem do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA).



DIVULGAÇÃO

# COMO OS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA PODEM **MINIMIZAR** O RISCO DE UM **ATAQUE CIBERNÉTICO**

**Ana Albuquerque\***, head de linhas financeiras da consultoria **WTW Brasil**

**O**s escritórios de advocacia são considerados alvos atraentes por criminosos cibernéticos devido ao potencial de acesso a informações confidenciais e que muitas vezes podem envolver grandes somas de dinheiro mantidas sobre processos, negócios e transações de seus clientes. Dados são extremamente valiosos para hackers que podem sequestrar informações e ameaçar empresas em troca de dinheiro, na grande maioria através da modalidade de ataque cibernético, conhecido como ransomware. Importante dizer que o Brasil tem sido um dos principais alvos de ataques de cibernéticos no mundo, tendo o

sequestro de dados das empresas o grande objetivo dos cibercriminosos.

Segundo o relatório Allianz Risk Barometer de 2022, os riscos cibernéticos são a principal preocupação para as empresas em todo mundo. Por isso, a segurança cibernética eficaz deve ser uma característica integral de todas as estratégias e dos orçamentos de negócios, independentemente de seu segmento e tamanho.

Em 2020, um ataque ransomware ao STJ Superior Tribunal de Justiça (STJ) impediu o acesso a processos e paralisou os trabalhos do órgão público. Isso prova que a importância ou

Na. Ex eos sum  
qui rest, a culpa  
nimporeTem  
quaspelis sit,  
que pelest eum  
et magniate  
laccumqui qui  
**dolo im ducimag**

status não intimidam os criminosos cibernéticos. Anos antes, em outubro de 2017, o escritório de advocacia offshore, Appleby, sofreu uma violação de dados catastrófica que ficou conhecida como Paradise Papers, expondo nomes e informações financeiras de clientes de alto perfil e alto patrimônio.

As medidas necessárias devem ser tomadas pelos escritórios de advocacia para minimizar sua exposição a ataques cibernéticos, especialmente porque esses incidentes estão se tornando cada vez mais sofisticados. As lideranças devem estar totalmente cientes desse tipo de ameaça aos seus negócios e ter uma compreensão real da exposição potencial.

As consequências de ser vítima de um ataque deste tipo podem ser complicadas e caras, com implicações não apenas para proteção de dados, conformidade regulatória e impacto financeiro, mas também danos à reputação e a preocupação adicional sobre se há cobertura de seguro para tal evento.

Se o escritório não estiver em conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados, (LGPD), por exemplo, as penalidades podem variar entre a aplicação de multas (de até 2% do faturamento, limitado a R\$ 50 milhões), suspensão do banco de dados, proibição ou suspensão da atividade de tratamento dos dados e outros.

Apesar das legislações vigentes, a tecnologia continua evoluindo e novas modalidades de crimes aparecem a todo momento. Para pelo menos manter o ritmo, os setores privado e público precisam trabalhar juntos e ter ferramentas eficazes para combater o crime cibernético.

É importante, portanto, que os escritórios de advocacia implementem políticas, controles e procedimentos eficazes e robustos de resposta a incidentes de segurança cibernética, a fim de minimizar sua exposição aos riscos, que devem ser mantidos sob constante revisão e testados regularmente para garantir que sejam eficazes e adequados.

O seguro é uma das ferramentas para proteção

financeira em caso deste tipo de ataque, uma vez que cobre, entre outras coisas, prejuízos financeiros devido à reclamação de terceiros por violação de privacidade e segurança da informação; além de perdas do próprio segurado que envolve casos de interrupção de rede e lucros cessantes; restauração dos dados digitais que tenham sido destruídos, perdidos, danificados ou alterados durante um comprometimento de rede, cyber extorsão, entre outros.

A educação contínua e a conscientização também são consideradas ferramentas poderosas disponíveis. É essencial estabelecer uma forte cultura de conscientização cibernética com treinamento regular para todos os membros da equipe, mesmo para o nível mais alto da administração. Embora haja uma maior compreensão desses riscos como resultado do aumento da cobertura de notícias de violações de segurança cibernética e da crescente proeminência na vida das pessoas, esse tema ainda precisa ser trabalhado de forma clara e mostrado como uma questão de extrema importância para a empresa.

Neste momento que avançamos no processo de flexibilização das restrições impostas pela COVID-19 e estamos retomando algumas rotinas presenciais, é uma boa oportunidade para os escritórios reavaliarem suas estratégias de segurança cibernética e revisar suas políticas, controles e procedimentos para avaliar e testar sua eficácia.

### \*Ana Albuquerque

Head de linhas financeiras da consultoria WTW Brasil. Advogada com mais de 20 anos de carreira, é formada na Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, fez MBA em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e Master Management pela Fundação Dom Cabral.



DIVULGAÇÃO

# JURIMETRIA COMO MOTOR DE INOVAÇÃO NA PROFISSÃO JURÍDICA

**Paulo Silvestre** e **Sávio Andrade\***, advogados  
do **Machado Meyer Advogados**

O avanço tecnológico tem impulsionado diversas mudanças no Direito e dentre as mais transformadoras está a combinação de Estatística, Business Intelligence e Inteligência Artificial (IA) para obter insights valiosos, delinear estratégias que podem gerar vantagens competitivas e mitigar de forma mais eficaz eventuais riscos - a chamada jurimetria.

Em verdade, a Jurimetria não é um assunto tão novo. O termo foi cunhado em 1949 por Lee Loevinger, ao falar da complexidade, inacessibilidade e obscuridade do conjunto de regras que constituem o Direito e são utilizadas para se decidir um litígio. Uma de suas reflexões era como aproveitar o advento das “máquinas que imitavam os processos de pensamento” para solu-

ção de operações lógicas nas decisões exaradas em litígios.

Mais de 70 anos depois, o termo ganhou novos e animadores contornos influenciados pela Ciência de Dados - em especial nos seus aspectos estatísticos - e pela modalidade de IA chamada de aprendizado de máquina ou machine learning, que por sua vez avançou significativamente nas últimas décadas devido ao grande volume, velocidade e variedade de dados disponíveis.

Quando aplicadas a estatística e a IA ao grande volume de dados do judiciário, disponíveis prontamente graças ao processo eletrônico, é possível atingir uma melhor sistematização de aspectos que vão desde o tempo médio de duração de um determinado tipo de

---

Mais de 70 anos depois, o termo ganhou **novos** e animadores **contornos** influenciados pela **Ciência de Dados**

processo até o tipo de decisão que diferentes juízes ou tribunais adotam ao tratar de determinado assunto. A partir disso, inferências podem ser feitas com acurácia estatisticamente aceitável para identificar tendências e padrões.

## E qual a utilidade prática de tudo isso?

Segundo um dos fundadores da Associação Brasileira de Jurimetria, Júlio Trecenti, a jurimetria pode transformar o Jurídico de uma empresa, por exemplo, de um centro de custos para um centro de diagnósticos, transformando o pensamento abstrato em pensamento concreto.

Sim, porque há uma diferença significativa entre imaginar abstratamente que um determinado processo ou conjunto deles pode tomar esse ou aquele rumo e, de outro lado, basear-se em dados estatísticos decorrentes de um grande conjunto de dados para prever com razoável segurança esse rumo.

Essa previsibilidade possibilita, por exemplo, a definição da melhor forma de atuar nos litígios, a provisão contábil mais correta a realizar, e mesmo as estratégias possivelmente mais bem sucedidas para prevenir litígios semelhantes. Trata-se de uma análise prospectiva sugerindo ações específicas para que se possa alcançar o resultado desejado, comparando e contrastando vários resultados com base em diferentes litígios.

Os avanços vêm sendo tão significativos que, no âmbito da jurimetria, já foram delineados quatro tipos de análise, classificadas segundo as ferramentas utilizadas, os conceitos estatísticos empregados e os produtos finais resultantes. Tem-se, então a análise descritiva, diagnóstica, preditiva e prescritiva.

O profissional jurídico que incorpora ferramentas dessa natureza à sua atuação deixa de ser aquele que emitia uma opinião essencialmente intuitiva e com base na sua experiência individualmente agregada, passando a fundamentar suas sugestões e decisões com base em dados concretos, de modo a promover uma atuação verdadeiramente centrada no cliente e no seu ambiente de negócios.

Assim, ele deixa de ser apenas um resolvidor de

problemas e passa a ser também um identificador de problemas. Sua atuação, por consequência, atinge patamares verdadeiramente inovadores. Talvez por isso, entendemos que o uso da Jurimetria revela uma das facetas mais evidentes da tão desejada inovação, lado a lado com outras formas de utilização de IA na profissão jurídica.

A tecnologia é, sem dúvida, um dos aspectos importantes da atuação inovadora, afinal vivemos em um momento de transformação, onde a análise de dados, aprendizado de máquina, processamento de linguagem natural e outras tecnologias irão mudar profundamente a forma como os profissionais jurídicos desenvolvem suas atividades.

A inovação, contudo, passa pela adoção e exploração da tecnologia aliada a habilidades pessoais como pensamento criativo, espírito colaborativo, conhecimento do negócio e do cliente, multidisciplinaridade, entre outros, para prestar um serviço alinhado com as expectativas e necessidades reais dos clientes. E é exatamente isso que vemos na aplicação da Jurimetria.

### \*Paulo Silvestre

é head de inovação e desenvolvimento no Machado Meyer, atuando em projetos de excelência operacional e experiência do cliente. Pós-graduado em Gestão Estratégica pelo IBTA e em Business Innovation pela FIAP, especialista em Inovação Corporativa e Estratégia Digital pelo MIT, Estados Unidos.



DIVULGAÇÃO

### Sávio Andrade

é advogado sênior no Machado Meyer, com foco em Inteligência Artificial e Inovação. Mestrando em Direito e Tecnologia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), e pós-graduado em Data Science, Big Data e Inteligência Artificial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).



DIVULGAÇÃO

# O SETOR JURÍDICO ENFRENTA SEU FUTURO DIGITAL

**Marcelo Carreira\***, vice-presidente  
Go-To-Market América Latina da **Access**

Se os **escritórios** de advocacia **não evoluírem** digitalmente para acompanhar, os **clientes** **poderão ir para outro** lugar

**A** tecnologia nos escritórios de advocacia, em geral, tem ficado restrita à automação e não à transformação em seu núcleo. No entanto, grandes escritórios de advocacia já começam a embarcar em um programa de digitalização mais abrangente. Eles estão repensando o que pode ser alcançado quando os negócios são sustentados pela nuvem, operações digitais e dados; uma mudança que também está sendo impulsionada pelos clientes, que estão exigindo mais.

Embora a tecnologia jurídica tenha obtido ganhos significativos, os próprios escritórios de advocacia histo-

ricamente demoraram a evoluir. Tradição, cultura, atitudes conservadoras e estruturas de cobrança são alguns dos motivos da inércia. “Por que mudar se somos lucrativos e bem-sucedidos?” é uma declaração comum, mas uma evolução está acontecendo em ritmo acelerado.

Alguns escritórios de advocacia estão recalibrando a forma como prestam serviços jurídicos a clientes que implantam serviços e dados digitais no núcleo. A pandemia de Covid apertou as margens, pressionou os advogados a fazer mais com menos recursos, com demandas por tempos de resposta mais rápidos, além de

maior inovação. Se os escritórios de advocacia não evoluírem digitalmente para acompanhar, os clientes poderão ir para outro lugar.

## Clientes e funcionários são a chave para impulsionar a mudança

Os clientes são os principais impulsionadores da mudança, pois esperam fluência digital de seus escritórios de advocacia. No entanto, o desafio é a velocidade da mudança dentro da profissão. Para alguns, trata-se de uma revolução cultural interna. Se “pessoas, processos e tecnologia” é o novo mantra, ele é ordenado dessa maneira por um motivo, com os funcionários em primeiro lugar.

Muitos escritórios de advocacia também precisam acelerar a adoção de processos e plataformas, incluindo migração para a nuvem, eliminação de dados em silos e racionalização de sistemas digitais. Nos últimos anos, os escritórios de advocacia vêm automatizando processos em alta velocidade. Alguns vêm adotando tecnologia legal e criando padrões de excelência de serviço, que levam em conta o uso de tecnologia aliada às melhores práticas.

## Uma abordagem holística para a mudança

Há também uma percepção cada vez maior de que grande parte da mudança que precisa ser entregue não é sobre o departamento de TI adotar a tecnologia ou as plataformas mais recentes e distribuí-las para parceiros e associados. Não se trata apenas de equipes digitais ou desenvolvimento de negócios e marketing. Trata-se de incluir todos. Quando todos começam a ser envolvidos, vemos a verdadeira transformação tanto nos negócios quanto digitalmente.

É fundamental articular a gestão da mudança com parceiros e líderes em escritórios de advocacia. O engajamento e a comunicação são vitais. Trata-se do negócio como um todo, impulsionando a adoção e a inovação de tecnologia de forma mais ampla. Mas nem sempre é uma venda fácil, pois a

mudança pode ser difícil dentro de qualquer grande corporação.

## Maior centralidade no cliente

Esse passo envolve também a mudança para uma abordagem mais centrada no cliente, uma vez que os escritórios de advocacia já estão reavaliando a experiência do cliente.

Os clientes dos escritórios de advocacia também são muito mais experientes do que no passado. Entendem e examinam muito mais seus gastos jurídicos, esperam mais transparência e têm expectativas mais altas. Isso está gerando um novo impulso.

Como é o futuro? É provável que seja impulsionado por uma geração mais jovem de advogados que estão entusiasmados com a tecnologia. É provável que um escritório de advocacia nas próximas décadas seja ampliado por uma tecnologia mais padronizada, combinando o poder da experiência humana, insights de dados, produção e digitalização. Também é provável que envolva mais colaboração entre escritórios de advocacia, clientes e provedores de tecnologia.

### \*Marcelo Carreira

é graduado em Publicidade e Propaganda pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) e pós-graduado em Marketing pela Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM). Desenvolve estratégias de mercado e culturas que possam solucionar problemas e agregar valor aos clientes e organizações.



DIVULGAÇÃO

# PROTEGENDO O SETOR DE SERVIÇOS FINANCEIROS CONTRA ATAQUES CIBERNÉTICOS

**Carlos Rodrigues\***, vice-presidente da **Varonis Latam**

Os riscos **cibernéticos** são considerados um dos **principais riscos globais** para o setor financeiro e economia

**A** pandemia acelerou a transformação digital. As instituições financeiras aumentaram o uso da tecnologia da informação. Elas dependem agora mais fortemente de soluções digitais e remotas para realizar suas operações diárias e fornecer seus serviços aos clientes. Embora isso tenha trazido benefícios, a crescente dependência de soluções digitais também expandiu o risco de ataques cibernéticos.

Os riscos cibernéticos são considerados um dos principais riscos globais para o setor financeiro e economia como um todo. O tipo de riscos de TIC a que os empreendimentos estão expostos não se alterou nos úl-

timos anos, no entanto, a frequência dos incidentes e a magnitude do seu impacto nas entidades financeiras aumentou.

À medida que as ameaças de segurança cibernética se intensificam, os bancos e as instituições financeiras não têm escolha a não ser se tornarem proativos e investir na construção de resiliência cibernética.

## **Ameaças de segurança cibernética**

As organizações de serviços financeiros sempre foram o principal alvo dos cibercriminosos, mas hoje estão mais vulneráveis. Os esforços de

transformação digital no setor foram acelerados drasticamente devido à mudança de comportamento e preferências dos clientes, às interrupções causadas pela pandemia e ao aumento do trabalho remoto.

Bancos e instituições financeiras sempre foram alvos lucrativos com seus vastos ativos financeiros e ricos recursos de dados. No entanto, os esforços de transformação digital levaram as organizações a gerar muito mais dados hoje, informações que os cibercriminosos podem usar sozinhos, vender no mercado ilegal ou ameaçar destruir a empresa a menos que um resgate seja pago.

Apesar das iniciativas de transformação digital, o setor de serviços financeiros ainda possui muita tecnologia legada e sistemas de TI fragmentados que não podem ser substituídos, pelo menos no curto prazo, devido às suas principais funcionalidades ou dados.

### **Hoje, as 5 principais ameaças à segurança cibernética para o setor financeiro são:**

- Phishing;
- Ransomware;
- Ataques DDoS;
- Falsificação;
- Serviços de terceiros inseguros.

## **7 MANEIRAS DE SE PROTEGER CONTRA ATAQUES CIBERNÉTICOS**

### **1 - Estabeleça e implemente uma estrutura de segurança formal**

As organizações de serviços financeiros devem alinhar seus imperativos de negócios com os padrões regulatórios e de conformidade relevantes. Várias estruturas formais de segurança estão disponíveis para que as instituições do setor gerenciem seus riscos cibernéticos de forma mais eficaz, cumprindo as obrigações de conformidade.

### **2 - Tenha uma estratégia proativa e abrangente de gerenciamento de riscos**

As organizações de serviços financeiros precisam adotar uma perspectiva proativa e abrangente para o gerenciamento de riscos. Essa tática, deve ter uma visão holística dos riscos cibernéticos entre pessoas, processos, tecnologia e terceiros, em vez de se concentrar apenas na tecnologia ou nos processos.

### **3 - Realize continuamente o monitoramento inteligente de ameaças**

Os invasores podem entrar nas redes financeiras e permanecer lá sem serem detectados por meses e até anos, causando danos irreparáveis. Para evitar ameaças cibernéticas ao setor financeiro, você precisa estar em vantagem. E para isso, o monitoramento inteligente e em tempo real de ameaças é essencial. Todas as solicitações, atividades de rede, comportamento do usuário, padrões de tráfego e assim por diante precisam ser monitorados de perto e continuamente.

### **4 - Implemente processos eficazes de gerenciamento de vulnerabilidades**

Vulnerabilidades não seguras criam brechas em sua postura de segurança, fornecendo aos invasores pontos de entrada fáceis em seus sistemas e infraestrutura. Diante da intensificação das ameaças de segurança cibernética ao setor financeiro, você precisa de processos robustos e eficazes de gerenciamento.

Eles ajudam você a identificar proativamente pontos fracos de segurança, vulnerabilidades e configurações incorretas e priorizá-los e protegê-los antes que os invasores os encontrem. Eles oferecem visibilidade 24 horas por dia, 7 dias por semana, sobre sua postura de segurança e ajudam você a continuar fortalecendo-a.

## 5 - Não se esqueça dos riscos de terceiros

Serviços inseguros de terceiros estão entre as cinco principais ameaças ao setor de financeiro. Portanto, sua estratégia e processos de segurança devem incluir o gerenciamento de riscos de terceiros.

Verifique cuidadosamente os parceiros/fornecedores/prestadores de serviços antes de integrar os serviços;

Continue monitorando sua rede em busca de ameaças que permeiam suas redes e dispositivos;

Aperte os controles de acesso;

Continue auditando sua postura de segurança e conformidade regulatória periodicamente.

## 6 - Crie uma cultura de segurança cibernética dentro da organização

Isso ajudará a garantir que todos entendam a segurança e não a considerem uma prerrogativa de TI. Quando a alta administração vê a segurança como uma prioridade, eles estarão mais dispostos a investir os recursos certos. Em segundo lugar, ajuda a garantir a adesão de todas as partes interessadas. Portanto, há um maior alinhamento com a cultura de segurança.

## 7 - Elabore planos robustos de resposta a incidentes

Apesar de todos os esforços, as defesas de segurança de sua organização de serviços financeiros serão testadas em algum momento. Nesse caso, ter planos robustos de resposta a incidentes ajudará você a minimizar o impacto do ataque e a se recuperar rapidamente.

As ameaças de segurança cibernética ao setor financeiro são prejudiciais, mas evitáveis com uma abordagem proativa baseada em risco e medidas de segurança robustas.

### \*Carlos Rodrigues

é vice-presidente da Varonis Latam. Especialista em Start Up's, Desenvolvimento de Negócios e Gestão de Operações de Marketing e Vendas (Varejo, Canal, Contas Globais e Vendas Diretas) totalmente familiarizado com o cenário Brasileiro de Varejo, Consumo e TI.



DIVULGAÇÃO

# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO MUNDO JURÍDICO - EXEMPLOS PRÁTICOS DO USO DE JURIMETRIA

**Lucas Ciarrocchi Malavasi\***, CEO do  
**Claudio Zalaf Advogados Associados**

**É** correto afirmar que, nos últimos anos, mudanças sem precedentes - como o aumento do número de Alternative Legal Service Providers e os avanços em tecnologia - vêm impactando frontalmente a prestação de serviços jurídicos e a advocacia em si.

A pandemia da Covid-19 alterou a operação do Direito entre todos seus agentes e usuários - Judiciário, partes, advogados e órgãos administrativos. A virtualização de processos e de todos os atos nunca esteve tão evidente, culminando em um volume maior de decisões prolatadas e, por via de consequência, da prestação da

atividade jurisdicional. Torna-se notável e evidente o ganho de efetividade que a tecnologia traz à dinâmica de funcionamento do Judiciário. São várias as ferramentas de uso, como, por exemplo, softwares de buscas patrimoniais (como o Sisbajud, por exemplo), a virtualização de audiências e atos processuais, em muitos casos, possíveis de cumprimento e realização pelos celulares, e a informatização dos processos judiciais (Lei nº 11.419/06).

No dia a dia da advocacia e escritórios, a customização dos softwares que fazem gerenciamento dos escritórios, automatizando atividades e,

---

Torna-se notável e evidente o ganho de **efetividade** que a **tecnologia** traz à dinâmica de **funcionamento** do **Judiciário**

por consequência, otimizando o tempo, é essencial para promover revisões da rotina de indicadores e direcionar o tratamento à causa raiz dos problemas, tanto internas quanto externas.

Dada a devida introdução, gostaria de direcionar a concentração do presente texto para a jurimetria, que, em linhas gerais, pode ser definida como a análise estatística de dados jurídicos, cujo objetivo é permitir a tomada de decisões estratégicas.

Contudo, a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) destaca que essa definição geral não esclarece aspectos práticos importantes. Segundo a ABJ, ao fazer a jurimetria, busca-se dar concretude às normas e instituições, sendo certo que o Judiciário deve ser visto como um grande gerador de dados que descreve o funcionamento completo do sistema, e o Direito deve ser analisado através das marcas que deixa na sociedade.

Em meio a tal cenário, com o apoio da tecnologia e da ciência de dados, as bancas de advocacia podem melhorar sobremaneira a entrega dos serviços jurídicos aos seus clientes. Não se trata de modo algum de perfumaria, mas de um trabalho habilidoso e técnico de um (a) advogado (a) caprichoso (a) e competente aliado às melhores práticas tecnológicas de apoio - pensem em cirurgões e hospitais de antigamente, cujas ferramentas eram bisturis, material de anestesia, mesa e bandeja cirúrgica, tesoura cirúrgica e etc., e cirurgões e hospitais atuais, onde é possível ter robôs auxiliando com precisão, trazendo melhores resultados aos pacientes, e salas de cirurgia em que um único aparelho detecta exatamente onde estão os vasos sanguíneos do paciente - algo fundamental tanto para infundir medicamentos quanto para fazer tratamentos contra AVC e derrames, e isso tudo numa velocidade alta, sem necessidade de aguardar exames.

Em fevereiro de 2018, escrevi um artigo chamado “Inteligência artificial no mundo jurídico - too big to fail”, através do qual fiz uma reflexão sobre as velozes e irreversíveis mudanças que a tecnologia começava a provocar no segmento jurídico na-

cional. Passados quase 04 (quatro) anos, penso que o presente texto conseguirá solidificar e confirmar o raciocínio lá atrás exposto, deixando evidente que não existe volta.

Vale fazer um paralelo entre a tecnologia jurídica atual e método de orientação antiga. Antes de existirem conceitos de norte, sul, leste e oeste em navegações, as pessoas usavam as posições das estrelas e do sol para sua localização. Após os mapas aparecerem, os lugares também passaram a ser referências de localização. Em latim, existe uma expressão chamada “sole oriente”, que significa onde o sol nasce. As pessoas que sabiam a direção do oriente e compreendiam a expressão “sole oriente”, estavam orientadas; as que não sabiam, ficavam desorientadas.

Customizar uma tecnologia ao escritório de advocacia funciona muito, mas, caso não seja possível, diante de expansão do presente tema e dos valores hoje muito mais acessíveis, terceirizar a função para empresas que oferecem serviços de tecnologia jurídica atinge o objetivo. Obviamente, assim como o exemplo de cirurgiões e hospitais, a tecnologia jurídica por si só ainda não caminha sozinha, motivo pelo qual os treinamentos e atualizações devem ser periódicos, tanto os da ferramenta e suas novas funções quanto os institucionais, de modo a orientar o uso pelo escritório como um todo. Além de melhorar a qualidade e eficiência dos serviços jurídicos, a jurimetria ainda representa uma vantagem competitiva: 95% dos advogados brasileiros não utilizam quaisquer ferramentas de jurimetria, como constatado por uma pesquisa realizada em setembro de 2019 pela Turivius, com colaboração e participação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).

Trazendo para o nosso dia a dia, num exemplo prático e isolado de determinado cliente, usamos a jurimetria processual trabalhista para entregar uma análise detalhada das decisões de cada localidade de atuação nacional, por órgão julgador e objetos (pedidos de reclamações trabalhistas), com comparação, inclusive, de concorrentes de segmento, o que possibilitou uma tomada de decisão

assertiva pela empresa. Em outras palavras, o trabalho de jurimetria mostrou que o ticket médio de condenação desfavorável aos interesses de um cliente, em determinada jurisdição e para determinados objetos, estava em crescimento diante de uma prática institucional segmentada há anos, o que subsidiava condenações. O trabalho seguinte foi imergir na cultura organizacional do cliente e corrigir nacionalmente uma cláusula de determinado tipo de contrato interno, o que travou, inclusive, a distribuição de ações, medida semanalmente através da jurimetria.

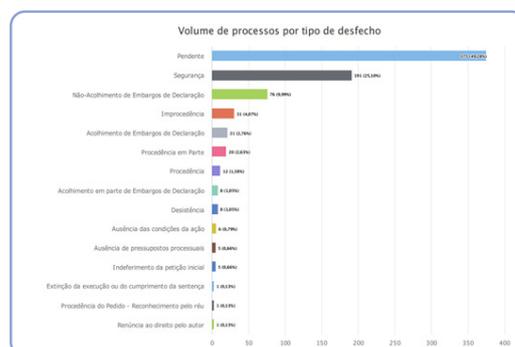
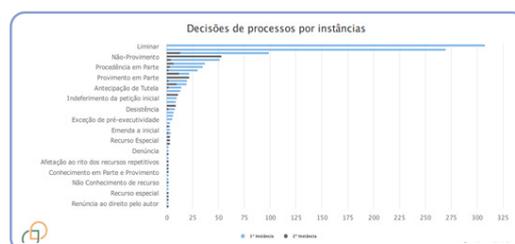
É possível realizar tal trabalho sem a jurimetria? Sim, eu mesmo, enquanto estagiário e advogado, sempre buscando dados e evidências para tomada de decisão, procurava mapear ao máximo o Judiciário Trabalhista através de sites, muitas vezes para apresentações internas e externas. Mas além do tempo que isso me tomava (e era muito tempo), também havia a porcentagem de erro humano. Com as ferramentas de tecnologia, especificamente a jurimetria, os advogados conseguem trazer informações e insights em tempo real, no dia a dia, a qualquer momento e para qualquer trabalho - ainda mais se o seu sistema de jurimetria está no celular de todos os seus advogados.

Em outro caso - notem a especificidade do assunto - também com o uso de jurimetria processual trabalhista, foi possível mapear todas as decisões de 2017 até 2021 que envolviam [1] sequelas de Guillain Barré (distúrbio autoimune), [2] com empregado afastado sem nunca se beneficiar pelo benefício B-91, [3] exercendo função readaptada e [4] ligando seu quadro de saúde atual a um episódio ocorrido na empresa. Com tal varredura, foi possível apresentar um conteúdo de visual simples (com uso de Visual Law), muito informativo e com uma análise SWOT totalmente jurídica e com dados do Judiciário para tomada de decisão sobre valor e sequência ou não de uma homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho. E, por óbvio, em uma atuação com desdobramento eficiente, com atingimento dos objetivos empresariais, o ganho é conjunto e os reflexos positivos da atuação repercutem também diretamente ao escritório. São mui-

tos os mecanismos da implementação tecnológica na atuação jurídica e enormes as possibilidades, por meio de recursos que trazem qualidade, assertividade e melhor direcionamento das tratativas fáticas relacionadas às ações jurídicas e consultas preventivas. Os usuários das ferramentas não são apenas os clientes, mas o próprio Judiciário, partes, peritos, testemunhas, advogados e a própria sociedade como um todo, porque, no final do dia, todos ganham com os avanços tecnológicos no Direito - assim como na Medicina.

Na área tributária, como mais um exemplo prático de jurimetria, numa pesquisa simples realizada, foi possível ver que dentre os mais de 14 milhões de processos em âmbito federal, que totalizam, aproximadamente, R\$ 248 trilhões de reais, há cerca de 1.366 processos discutindo apenas sobre as contribuições previdenciárias, folha de pagamento e encargos fiscais.

De tal recorte, os citados processos possuem um valor envolvido, em média, de cerca de R\$ 17 bilhões de reais e a grande maioria deles teve liminares deferidas, mas ainda metade deste volume de ações permanece pendente de decisão final. Vejam alguns números:



Com a análise acima e mais algumas informações dos julgadores locais, tipos de provas levadas em consideração, configuração dos processos ven-

cedores e tempo de duração dos processos, a tomada de decisão ficou mais simples.

Uma outra ferramenta que pode e deve acompanhar a advocacia na própria formatação de suas minutas é o Legal Design, que é a customização das peças jurídicas com o uso de recursos visuais e aspectos tecnológicos (Código QR e ícones, por exemplo), que facilitam o entendimento de tudo que é apresentado ao Judiciário (termos técnicos e o próprio conjunto probatório).

A aceitação pelo Judiciário cresce a cada dia, sendo o Legal Design uma ferramenta poderosíssima e com infinita possibilidade de uso pelo usuário e pelo destinatário, que vai desde um vídeo institucional com esclarecimentos orais até vídeos de demonstração de como funciona uma linha de produção industrial, um setor de logística, de reparação de maquinário, colheitas, fazendas, safras, supermercados, restaurantes, postos de gasolina etc., minorando, assim, as chances de acolhimento das alegações da parte adversa em sentido contrário sobre o cotidiano de tais setores e segmentos, não

ficando os clientes reféns apenas de testemunhas, prepostos e documentos.

Investir em tecnologias como jurimetria e Legal Design é fundamental, desde que apoiadas num quadro de profissionais que entendem bem a ferramenta, competentes, caprichosos e dispostos. Em 2018, quando do meu primeiro artigo sobre o tema, e até mesmo quando da pesquisa acima da Turivius e FGV/SP, poderiam tais ferramentas servirem como uma grande e notável vantagem competitiva, mas penso que a “revolução” e adaptação terminaram e a nova realidade se estabilizou, parecendo razoável afirmar que uma advocacia de vanguarda e preocupada com os resultados internos e de seus clientes não conseguirá se manter em alto nível por muito tempo sem o uso de tais ferramentas. Um notebook e uma tela de apoio na mesa para cada advogado (a) e estagiário (a) não eram comuns há pouco tempo.

As informações e ferramentas de qualidade estão muito mais acessíveis e disponíveis do que há 04 anos e, com um uso técnico e maduro pelos operadores do Direito, toda a sociedade ganha.

### \*Lucas Ciarrocchi Malavasi

CEO na Claudio Zalaf Advogados Associados. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialização em Gestão de Negócios pela Fundação Dom Cabral.



DIVULGAÇÃO

Trabalhista

# INDENIZAÇÕES TRABALHISTAS ATRELADAS À COTAÇÃO CAMBIAL

**Bruno Freire e Silva\***, sócio do escritório  
**Bruno Freire Advogados**

Os mesmos **direitos** aplicados aos **trabalhadores** de todos os níveis valem para **executivos** no **exterior**

A jurisprudência sobre o pagamento de indenizações trabalhistas atreladas à cotação cambial torna-se mais clara em função de recente decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais). Estas situações envolvem profissionais contratados no Brasil para atuar no estrangeiro com remuneração fixada em moeda externa com pagamento feito na nossa rede bancária.

Na medida em que, especialmente neste século, as grandes corporações nacionais expandiram sua atuação além-fronteiras foi-se construindo uma rota natural de disputas a par-

tir das desavenças não antecipadas nas relações de trabalho. Se os pontos de atrito podiam ser minimizados enquanto da continuidade da relação de trabalho, as arestas consequentes de uma dispensa dificilmente conseguiam ser aplainadas entre as partes.

Com os julgamentos de mérito das disputas processualmente avaliados e decididos, foi se construindo, em partes, uma espécie de cartilha de procedimentos capaz de guiar as áreas de recursos humanos e seus consultores jurídicos a aprimorar a redação dos contratos de trabalho.

Entre importantes pontos trata-

dos nos últimos anos podem ser destacados que os feriados a serem gozados e pagos são os do país onde o executivo atua e não os do calendário brasileiro. Remuneração de férias e 13º devem ser pagos mesmo que estes formatos inexistam onde o profissional atue de fato. Enfim, os mesmos direitos aplicados aos trabalhadores de todos os níveis valem para executivos no exterior.

Diversos adicionais podem também ser integrados nos cálculos remuneratórios conforme suas características e verossimilhança com os nossos códigos.

O que o TRT3 recém-esclareceu foi um aspecto que poderia ampliar as disputas nesse perfil de enfrentamentos.

O ponto decidido em sentença foi esse: os cálculos para conversão de valores em dólar para o real devem respeitar a evolução do câmbio oficial, na data em que o pagamento é exigível pela legislação brasileira, ou seja, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, a teor do artigo 459, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ainda assim, o autor da ação, na condição de reclamante, obteve vitória ao seu pleito em primeira instância no sentido de ter o seu salário reconhecido em dólar e ter todos os cálculos de seus direitos feitos e pagos na moeda norte-americana.

Essa decisão foi reformada pela décima turma do TRT mineiro.

Conforme o juízo da corte regional, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei n. 691, de 18.07.1969, “a taxa de conversão da moeda estrangeira será, para todos os efeitos, a da data do vencimento da obrigação”. De acordo com entendimento pacificado no TST, é nula a estipulação contratual de pagamento do salário em moeda estrangeira ou a indexação do salário à cotação desta em moeda nacional, por sujeitar o valor da contraprestação salarial à variação cambial. No entanto, estabelecidos e realizados os pagamentos em moeda estrangeira, deve-se considerar, na apuração dos valores devidos, a cotação cambial da moeda estrangeira na data da contratação, salvo se o câmbio na data de vencimento da obrigação salarial (5º dia útil) for mais favorável ao empregado, a fim de evitar variação cambial prejudicial ao empregado, em violação ao princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, da CR).

Assim, nosso pleito para retificação dos cálculos foi provido para que a cotação cambial da moeda estrangeira fosse realizada de acordo com a data do vencimento de cada obrigação salarial, o quinto dia útil do mês subsequente.

O Tribunal mineiro ainda decidiu que o acórdão fosse enviado para análise e estudo de sua Escola Judicial.

### \*Bruno Freire e Silva

é Doutor em Direito Processual (PUC-SP), leciona Direito Processual do Trabalho na UERJ, sócio de Bruno Freire Advogados.



DIVULGAÇÃO

# EXCLUSÃO DE SÓCIO E OS CONCEITOS DE **JUSTA CAUSA** E **FALTA GRAVE**

**Fernanda Regina Negro de Oliveira\***, coordenadora jurídica do **Ernesto Borges Advogados**

Mais **importante** do que descrever possíveis ‘faltas graves’ é **entender a intenção** do **legislador**

O exercício de atividades econômicas, sejam comerciais ou de prestação de serviços, sempre foi praticado por pessoas físicas, acompanhadas de outras pessoas ou não. Contudo, com o tempo, a junção de mais de uma pessoa natural para o exercício de uma atividade econômica adquiriu complexidade e envergadura exigindo a criação de novas pessoas fictícias que fossem capazes de exercer aquelas atividades econômicas por si próprias, criaram-se assim, as pessoas jurídicas e, dentre elas, as sociedades.

As relações dessas pessoas jurídi-

cas, empresariais e societárias, são regidas no Direito brasileiro pelo Livro II do Código Civil - Direito de Empresa que dispõe, em especial no Título II sobre as regras de formação, administração, resolução e dissolução das sociedades, sejam elas empresárias ou simples (não empresárias), sendo de importante destaque para o presente trabalho os artigos 1.030 e 1.085, além dos demais trazidos na Seção V, acerca da Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio.

Dispõe a citada Seção V, em especial o artigo 1.030 acerca da dissolução parcial da sociedade, ou seja, quando um dos sócios, por iniciati-

va própria ou dos demais, é retirado da sociedade, em casos de morte, exercício do direito de retirada ou exclusão pelo cometimento de falta grave no cumprimento de suas obrigações. Além disso, traz ainda o artigo 1.085 a possibilidade de exclusão de sócio que esteja pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade.

Contudo, da simples análise dos artigos citados é possível verificar que os conceitos utilizados na legislação são indeterminados e elásticos, não havendo na lei algo que fixe o que deve ser entendido como a falta grave e os atos de inegável gravidade dispostos no texto legal, restando à doutrina, à deliberação social e à jurisprudência delimitar as atitudes capazes de dar aos demais sócios o direito de excluir aquele que esteja agindo de maneira que coloque em risco os interesses da sociedade.

Dispondo tanto o artigo 1.030 quanto o artigo 1.085 do Código Civil sobre a possibilidade de exclusão de sócio, é importante trazer aqui a principal diferença havida entre as duas hipóteses. Da leitura do artigo 1.030 verifica-se que este dispõe que “pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios”, enquanto o artigo 1.085 dispõe que a maioria dos sócios, mediante alteração do contrato social, poderá excluir o sócio que esteja pondo em risco a continuidade da empresa.

Nesse ponto, é importante o destaque realizado pelos professores Ivo Bari e Laura Freitas de que “nem o art. 1.030 e nem o art. 1.085 colocam como requisito para a exclusão do sócio a verificação de dano à sociedade”, ou seja, basta o sócio colocar em risco a continuidade da empresa para que os demais possam buscar a sua exclusão.

Esse requisito mais fluido é necessário justamente para se evitar que apenas após caracterizado o prejuízo possa ser o sócio excluído; busca-se assim justamente prevenir a ocorrência do dano. No entanto, sendo suficiente a mera ameaça de direito, é importante que a doutrina fixe parâmetros, que os sócios procedam com razoabilidade e que a jurisprudência analise os casos concretos de modo

a não haver injustiças.

Aqui é fundamental trazer a importante lição de Luis Felipe Spinelli. Em sua tese de doutorado, dispôs que, acaso se permitisse a exclusão sem motivação, se estaria abrindo caminho para o abuso do poder de controle, além de afrontar o direito à conservação da ‘membridade’ (direito de propriedade da participação social) e retiraria a indispensável proteção dos sócios minoritários, trazendo insegurança ao sistema.

Em se tratando de conceitos indeterminados, como já devidamente mencionado, caberá à pesquisa, “à luz da realidade específica da sociedade”, acerca dos atos entendidos como suficientes a ensejar a exclusão do sócio, tais como atos contrários aos seus deveres e às disposições do contrato social, deixar-se guiar pelos interesses próprios em conflito com os da sociedade, além de utilizar-se do nome e dos bens da sociedade em benefício próprio.

Paulo Bardella bem sintetizou ao trazer o acerto do legislador em deixar os conceitos abertos, na medida em que a intenção é justamente prestigiar o princípio da preservação da empresa em detrimento de atitudes isoladas de um sócio que possam prejudicar a continuidade do negócio. De acordo com o especialista: “Mais importante do que descrever possíveis ‘faltas graves’ é entender a intenção do legislador, que busca a preservação da empresa em detrimento do sócio, o qual deve ser excluído como medida extrema para garantir a continuidade da sociedade, preservando-se a sua função social.”

Sendo os conceitos de falta grave e atos de inegável gravidade abertos e indeterminados, trouxe o legislador a necessidade de comprovação dessa gravidade, seja para excluir-se judicialmente o sócio com fundamento no artigo 1.030, ou demonstrar-se a regularidade da exclusão extrajudicial realizada com suporte no artigo 1.085 do Código Civil.

Quanto à primeira hipótese de exclusão judicial, é importante mencionar as disposições trazidas

pelo Código de Processo Civil no Título III sobre os Procedimentos Especiais, notadamente o Capítulo V que trata da Ação de Dissolução Parcial da Sociedade, e o fato de que já bem delimitou o Superior Tribunal de Justiça ao fixar que a exclusão de membro da sociedade é medida extrema e precisa ser bem demonstrada em juízo (AgInt no AREsp 989.990/RJ).

Já no que diz respeito à exclusão extrajudicial, para que seja tida como regular, é importante que sejam seguidos todos os requisitos trazidos no artigo 1.085, quais sejam, maioria dos sócios, represen-

tativa de mais da metade do capital social, atos de inegável gravidade e que coloquem em risco a continuidade da empresa, além da prévia disposição no contrato social.

Diante disso, tem-se que a escolha do legislador em deixar os conceitos de justa causa, falta grave e atos de inegável gravidade como indeterminados foi, de fato, a mais acertada na medida em que possibilita a realização de análises que levam em consideração as particularidades de cada sociedade sem, contudo, deixar de exigir a fundamental comprovação da sua ocorrência.

### **\*Fernanda Regina Negro de Oliveira**

coordenadora jurídica do Ernesto Borges Advogados. É bacharel pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera/Uniderp e especialista (LL.M) em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). No escritório, além de atuar como coordenadora, trabalha também no contencioso estratégico e consultivo; é membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/MS.



DIVULGAÇÃO

# OS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DE UMA GUERRA, E OS REFLEXOS NO DIREITO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Felipe Zalaf\*, sócio do Claudio Zalaf Advogados Associados

Além do custo humanitário, a guerra também é muito cara financeiramente para qualquer nação

A humanidade está quase saindo de uma guerra contra a Covid-19 resultante de uma pandemia que já matou milhares de pessoas, desestruturou inúmeras famílias e gerou um custo global incomensurável. Esta batalha é da humanidade contra um vírus, protagonista de uma crise sanitária mundial.

Agora neste momento é inacreditável, a ponto de ser inaceitável, o que estamos vivendo acerca da invasão da Rússia na Ucrânia, mas não pretendemos nos posicionar sobre o evento político, especificamente, até porque

esse não é objetivo deste artigo.

Quando um país soberano está envolvido em uma guerra externa, o custo interno de financiá-la exige dos cofres públicos e da população um desembolso gigantesco para permitir sua manutenção e subsistência.

A guerra envolve tudo e todos, desde armamentos, soldados, logística, indenizações, alimentações, medicamentos, etc.

Segundo o site da Forbes (<https://forbes.com.br/listas/2017/04/8-guer->

ras-mais-caras-da-historia/#foto1) foram elencadas as 8 guerras as mais caras da história:

- Segunda Guerra Mundial (1939-1941) - US\$ 4,1 trilhões
- Guerra do Iraque (2003-2011) - US\$ 2 trilhões
- Guerra do Afeganistão (começou em 2001) - US\$ 770 bilhões
- Guerra do Vietnã (1959-1975) - US\$ 738 bilhões
- Guerra da Coreia (1950-1953) - US\$ 341 bilhões
- Primeira Guerra Mundial (1914-1918) - US\$ 334 bilhões
- Guerra do Golfo (1990-1991) - US\$ 102 bilhões
- Guerra de Secessão (1861-1865) - US\$ 79,7 bilhões

Ou seja, além do custo humanitário, a guerra também é muito cara financeiramente para qualquer nação.

E, neste estado de exceção, o Estado como governo, em geral, cria regras emergenciais e estipula medidas internas para possibilitar a sustentação e financiamento da guerra enquanto perdurar aquele período.

Trazendo à nossa realidade no Brasil, nossa Constituição Federal de 1988 dispõe que a União pode instituir empréstimos compulsórios para atender às despesas extraordinárias de guerra externa ou de sua iminência.

Na mesma linha, pode ainda a União instituir na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação, sem necessidade de atender ao Princípio da Anterioridade.

Estas medidas constitucionais são gatilhos tributários que eventualmente poderão ser utilizados, mas acreditamos que não chegaremos a tal ponto na presente situação entre Rússia e Ucrânia.

Porém, o Brasil já vem sofrendo outros efeitos decorrentes deste conflito.

Somos importadores de trigo não somente da Rússia, mas em sua maior parte da Argentina. Ocorre que, por se tratar de uma commodity, o trigo tem sua formação de preços de acordo com o mercado internacional, no qual há ameaça de escassez causada pelas sanções comerciais feitas à Rússia, fazendo com que os preços subam.

Outra commodity que afetará os preços da cadeia produtiva dos alimentos são os fertilizantes.

Aumentando-se os preços das commodities há o risco de maior inflação no Brasil, fazendo com que o Bacen aumente a taxa Selic (que já está em patamares muito mais altos que de costume).

Assim, para manter o país forte, a economia precisa também ser forte, por meio de um PIB em crescimento, alavancado principalmente na arrecadação de tributos.

E a arrecadação poderá sofrer os efeitos do conflito, pois num cenário de alta de juros, o crédito fica mais caro e inibe o consumo das famílias, acarretando uma fase de recessão.

Havendo uma diminuição (ou seleção dos produtos) a serem consumidos/comprados, a indústria poderá se enfraquecer e diminuir a capacidade de investimentos e crescimento.

É uma equação complicada, pois funcionamos como uma engrenagem e em cascata para diversos setores. Ademais, o país ainda vem retomando seu crescimento e economia após o período mais grave da pandemia e o presente conflito pode dificultar ainda mais esse processo.

Caberá ao governo a difícil missão de avaliar as medidas a serem tomadas para que a indústria, o comércio e os prestadores de serviço não voltem a sofrer uma crise e possam manter a retomada pós-pandemia. Para tanto, o governo terá que sopesar as medidas voltadas especificamente ao aumento

da arrecadação com aquelas destinadas à desoneração dos setores da economia.

Outro ponto que possui uma conexão com o presente tema são os processos de natureza tributária que estão em pauta no STF em 2022 [1]. Temos, por exemplo:

Discussão dos efeitos de decisão transitada em julgado em matéria tributária quando há, posteriormente, pronunciamento em sentido contrário pelo STF (Tema 885);

Discussão do aproveitamento de créditos de PIS e Cofins sobre todas as compras de bens e serviços necessários ao exercício das atividades da empresa, e não apenas os considerados essenciais e relevantes, ou seja, se as leis 10.637/02 e 10.833/03 ferem o princípio da não cumulatividade (Tema 756);

Discussão sobre planejamento tributário abusivo (ADI 2446), ou seja, voltada a constitucionalidade da “norma geral antielisão”, prevista no parágrafo único do artigo 116 do CTN, voltada a combater planejamentos tributários tidos como abusivos pelo fisco;

Discussão sobre PIS/Cofins em suas próprias ba-

ses de cálculo ou bases sobrepostas (Tema 1067);

Discussão sobre a constitucionalidade da multa isolada no percentual de 50% por compensação não homologada (Tema nº 736);

Discussão sobre a inconstitucionalidade da incidência da Contribuição CIDE nas remessas para o exterior (Tema 914).

São temas milionários que afetariam diretamente os cofres públicos quanto mais vitoriosos saíssem os contribuintes destas disputas judiciais, pois as contas públicas teriam de se adequar diante de cada cenário.

Assim, não estamos vivendo o conflito, diretamente, e nos solidarizamos com todos aqueles que, diariamente, têm buscado sobreviver aos efeitos dos interesses políticos em jogo.

Expusemos, de maneira bastante sintética, como o mundo está inteiramente interligado, como os interesses de um grupo provocam consequências políticas e econômicas globalizadas, e como os efeitos são sentidos por todos nós, mesmo vivendo na aparente segurança de nossos lares.

### \*Felipe Zalaf,

pós-graduado em Direito Tributário *Latu Sensu* pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Aprovado no Curso de Educação Continuada de Direito Tributário na FGVLaw-EDESP em São Paulo, realizado no segundo semestre de 2003. Pós-graduado em MBA em Gestão Empresarial na FGV-BI



DIVULGAÇÃO

# A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E A ESTRITA LEGALIDADE

**Luiz Carlos Fróes Del Fiorentino\***, advogado do **Dias de Souza Advogados**

Na verdade, em matéria de **transação tributária**, a **estrita legalidade** é uma **via de mão dupla**

**T**endo como tema a linha tênue entre Administração e o Direito Tributário, o presente texto irá discorrer sobre a transação tributária e sua relação com a Estrita Legalidade.

A transação tributária, como se sabe, está prevista no art. 171 do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual “a lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária, celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário”.

O CTN exige, portanto, que haja lei ordinária que preveja os contornos da transação. A mesma exigência pode ser extraída do § 6º do art. 150 da Constituição Federal, inserido pela EC 3/1993, pois “qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g”.

Com base nesse arcabouço normativo, a Lei nº 13.988, de 2020, conhecida como “Lei da Transação Fiscal”, estabelece, dentre outras coisas, parâmetros permanentes para que os contribuintes possam obter descontos e parcelamentos para pagar tributos inscritos ou não em Dívida Ativa da União.

Trata-se de solução institucional que se afasta do modelo que considera exclusivamente o interesse privado, sem qualquer análise casuística do perfil de cada devedor e, conseqüentemente, aproxima-se de diretriz alinhada à justiça fiscal, pautando o instituto sob o viés da conveniência e da ótica do interesse da arrecadação e do interesse público.

Não por acaso o art. 1º, § 2º, da Lei 13.988, de 2020 estabelece que “serão observados, dentre outros, os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e, resguardadas as informações protegidas por sigilo, o princípio da publicidade”.

A despeito das especificidades dessa Lei Federal, parece não haver dúvidas quanto à necessidade de previsão em lei ordinária para que se opere a transação tributária.

Entretanto, devemos verificar a existência de eventual incompatibilidade da transação com o princípio da Legalidade Estrita em matéria tributária (art. 5º, II e art. 150, I, ambos da CF/88). Em outras palavras, devemos examinar o grau de exatidão que a lei ordinária que disciplina a transação tributária necessita ter.

Isso porque, o fato de a lei prever que o ajuste de vontade possa ser utilizado como instrumento de determinação de um objeto litigioso, fixando-lhe um sentido único da interpretação legal, de forma a permitir a aplicação pacificada do Direito e a conseqüente extinção do crédito tributário, não retira deste ato consensual nem a origem legal, nem a vinculação à lei do procedimento de cobrança, conforme já explanado.

A estrita legalidade não permite o exercício de

discricionariedade por parte das Autoridades Administrativas em matéria tributária, de modo que não é dado à lei que versa sobre transação ser tão ampla a ponto de conferir aos servidores públicos o exercício de juízo de conveniência e oportunidade quanto à diminuição de multas e juros decorrentes do tributo.

O critério decisório deverá estar previsto em lei, não se admitindo conferir à Autoridade Administrativa margem de decisão quanto a aspectos como obrigação tributária, penalidades, acréscimos legais e aspectos instrumentais.

Na verdade, em matéria de transação tributária, a estrita legalidade é uma via de mão dupla. Ao contribuinte só resta anular com os termos da legislação que previu a transação, descabendo qualquer ingerência nos termos do favor concedido pela lei. A Autoridade Administrativa, por seu turno, só pode fazer aquilo que a lei prevê, não havendo espaço de manobra fora da estrita previsão legal.

Nem ao Poder Judiciário cabe, em relação a favores fiscais, alterar condições fixadas em lei para o benefício fiscal, ou revê-las. Em decisão que aqui pode ser invocada, “mutatis mutandis”, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), em um julgamento ocorrido em 18/12/2012, com o então ministro Ricardo Lewandowski, que “(...) Ante a impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, não cabe a ele, com base no princípio da isonomia, afastar limitação para concessão de benefício fiscal a contribuintes não abrangidos pela legislação pertinente”.

A Autoridade Administrativa, no exercício de sua função pública, não é titular de modo exclusivo do interesse do tributo e de sua arrecadação. Pelo contrário, o grande detentor desse poder é o cidadão, que entrega dinheiro ao Estado para satisfazer as necessidades públicas; a Autoridade Administrativa é apenas a representação do poder tributário, responsável pela operacionalização da busca da receita pública, não havendo espaço para utilização ou emprego do crédito tributário se inexistente a autorização legislativa.

Nesse sentido, a transação tributária é forma de extinção do crédito tributário, nos moldes já previstos no Código Tributário Nacional, em seu art. 156, inciso II, desde que sejam observados critérios rígidos para a sua realização, devendo ser apreciado caso a caso, e, principalmente, que tais pressupostos sejam editados por lei formal.

Normas infralegais e editadas unilateralmente não podem sobrepor-se à lei, seja nas questões de imposição tributária, seja nas questões de exoneração total ou parcial do crédito tributário, dentre as quais se encontra a transação tributária.

É um típico caso em que a Administração não pode se sobrepor ao Direito Tributário. No que se refere à transação tributária, os servidores públicos — representantes da Administração — ficam sujeitos às amarras da Estrita Legalidade, princípio tão caro ao Direito Tributário. Nessa linha tênue de interdependência, a Administração só pode fazer aquilo que a lei permite.

A máxima de Seabra Fagundes de que “Administrar é aplicar a lei de ofício”, espelha com clareza a subordinação da Administração à lei, encartada também no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

---

### **\*Luiz Carlos Fróes Del Fiorentino**

é formado em Administração pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), onde também realizou seu mestrado em Direito Econômico e Financeiro.



DIVULGAÇÃO

# MUDANÇAS NA JURISPRUDÊNCIA DO CARF APÓS O FIM DO VOTO DE QUALIDADE

Ricardo Maitto e Débora Dolfini Agliardi\*,  
tributaristas do **TozziniFreire Advogados**

A **jurisprudência** do CARF **oscila** em razão das **mudanças** de **composição** das **Turmas** de Julgamentos

**T**oda empresa que sofre uma autuação fiscal relativa a tributos federais tem a prerrogativa de discutir o mérito da questão por meio de processo administrativo, inaugurando um litígio entre o contribuinte e a Administração Tributária. Esse litígio é julgado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), tribunal com composição paritária formado por juízes (conselheiros) indicados pelo Fisco e pelos contribuintes.

Até abril de 2020, os julgamentos do CARF que resultassem em empate eram decididos por voto de qualidade, sendo essa prerrogativa atri-

buída ao presidente da Turma de Julgamento (representante do Fisco). Essa mecânica de “voto duplo” vinha causando desconforto entre os contribuintes, já que viola o princípio do in dubio pro reo, isto é, a ideia de que, na existência de dúvida, a norma deve ser interpretada em favor do acusado (contribuinte). A aplicação desse princípio, na esfera tributária, está prevista no art. 112 do Código Tributário Nacional.

Tal critério, contudo, foi alterado com a Lei nº 13.988/2020, por meio da qual foi inserido o art. 19-E na Lei nº 10.522/2002, determinando que, no caso de empate em julgamento en-

volvendo a exigência do crédito tributário, resolve-se a questão favoravelmente ao contribuinte. A norma em questão não extinguiu o voto de qualidade, que continua sendo aplicado em temas de natureza processual, discussões sobre compensação tributária, entre outros.

Atualmente existem três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) questionando a nova regra. As ADIs sustentam haver inconstitucionalidade formal do novo dispositivo, já que ele teria sido introduzido por uma Medida Provisória sem pertinência temática com a regulação do CARF. Ademais, pleiteiam a inconstitucionalidade material, por conta do suposto desequilíbrio entre as partes no processo e a perda de arrecadação.

Embora exista maioria entre os ministros do STF para não admitir os pedidos formulados nas ADIs, não há certeza sobre o desfecho, já que o min. Nunes Marques pediu vista dos processos e pode haver reversão de votos.

O que o presente artigo pretende destacar é que o novo critério de desempate tem revertido diversos posicionamentos do CARF, que até então eram desfavoráveis aos contribuintes. Por óbvio, não se pode atribuir um caráter “definitivo” aos novos posicionamentos, já que a jurisprudência do CARF oscila em razão das mudanças de composição das Turmas de Julgamentos. No entanto, a observância ao princípio *in dubio pro reo* deve ser celebrada, porque favorece a melhoria do ambiente de negócios no país.

Um dos temas em que se verifica uma reversão de jurisprudência diz respeito à aplicação da multa qualificada (150%) nos casos relativos ao aproveitamento fiscal de ágio gerado na aquisição de participações societárias. Em fevereiro de 2022, a 1ª Turma da CSRF entendeu pela não aplicação da multa qualificada nos casos de aproveitamento de ágio gerado em operações societárias intragrupo (o chamado ágio interno) ocorridas antes da vigência da Lei nº 12.973/2014, uma vez que à época a “proibição” de tal prática decorria de mera divergência de interpretação da legislação, e não de norma legal

expressa (Acórdão nº 9101-005.973).

Outro tema envolvendo penalidades refere-se à aplicação de multa isolada em concomitância com a multa de ofício na hipótese de suposta ausência de recolhimento das antecipações mensais de IRPJ/CSLL. Em setembro de 2020, a 1ª Turma da CSRF afastou a aplicação concomitante das multas em razão do princípio da consunção, isto é, a ideia de que uma multa absorve a outra, impedindo a dupla penalização do contribuinte (Acórdão nº 9101-005.080). No entanto, vale observar que houve decisão desfavorável em 2022 da mesma Turma (Acórdão nº 9101-006.056), em razão de mudança na composição dos julgadores.

No que se refere à temática de ágio, em fevereiro de 2022, a 1ª Turma da CSRF se manifestou favoravelmente ao contribuinte quanto à contemporaneidade do laudo de avaliação do investimento. A Turma entendeu que, antes da Lei nº 12.973/2014, não existia dispositivo legal expresso quanto ao prazo de preparação do laudo de avaliação para fundamentar o registro (e posterior aproveitamento fiscal) do ágio, bastando, assim, a contemporaneidade do laudo à operação societária (Acórdão nº 9101-005.974).

Outra temática relevante ligada ao aproveitamento de ágio refere-se à tese da invalidade do ágio em razão do uso de “empresa veículo”. Tal tese normalmente é suscitada em situações em que um investidor constitui uma sociedade com o objetivo de adquirir participação societária com ágio e, na sequência, tal empresa é incorporada pela empresa adquirida, passando esta última a ser detida diretamente pelo investidor. Sobre o tema, a 1ª Turma da CSRF entendeu que a interposição de “empresa veículo” para viabilizar a operação, por si só, não representa elemento suficiente para a desconsideração do negócio (Acórdão nº 9101-006.049).

Outro tema que sofreu reversão de jurisprudência é a discussão em torno do aproveitamento de prejuízos fiscais na hipótese de extinção da empresa. Em setembro de 2021, a 1ª Turma da CSRF

entendeu que, nas hipóteses de extinção da pessoa jurídica, não se aplica a “trava dos 30%” quanto ao abatimento de lucros tributáveis com prejuízos de anos anteriores, uma vez que essa “trava” pressupõe a continuidade da empresa, o que não ocorre no caso de extinção (Acórdão nº 9101-005.728). O entendimento acima foi reafirmado na sessão realizada no mês de julho (Processo nº 19515.005446/2009-03).

Também sobre o aproveitamento de prejuízos fiscais, a 3ª Turma da CSRF entendeu, em sessão realizada em fevereiro de 2022, que o prazo decadencial de 5 anos para glosa dos prejuízos fiscais compensados deve ser contado a partir da apuração do prejuízo, e não na data em que realizada a sua compensação. Na prática, fica reduzido o período para a Fiscalização questionar o saldo de prejuízos fiscais acumulados das empresas, trazendo mais segurança jurídica aos contribuintes quanto à apuração do IRPJ/CSLL (Acórdão nº 9303-012.808).

Houve também reversão de entendimento do CARF quanto à possibilidade de pagamento de Juros sobre Capital Próprio (JCP) com base em resultados de períodos anteriores. A 1ª Turma da CSRF entendeu como válida a dedução do chamado “JCP extemporâneo”. O fundamento do julgado foi de que a Lei nº 9.249/1995, que regula a matéria, não prevê nenhum limitador temporal para dedução desses valores, sendo inaplicáveis eventuais regulamentações infralegais em sentido contrário (Acórdão nº 9101-005.757).

Outro tema que tem surpreendido os contribuintes positivamente, pela reversão de entendimento do CARF, refere-se à aplicação de acordos de bitributação para afastar a tributação automática de lucros auferidos no exterior. De acordo com a legislação brasileira, o lucro de empresas controladas ou coligadas estrangeiras deve ser reconhecido e tributado no País, independentemente da sua distribuição para a controladora brasileira. No entanto, a 1ª Turma da CSRF entendeu que os acordos de bitributação bloqueiam a tributação automática desses lucros, limitando a aplicação das re-

gras brasileiras para situações em que não há acordo entre os países envolvidos ou em que a empresa esteja localizada em paraíso fiscal (Acórdãos nºs 9101-005.808 e 9101.005.809). O Brasil possui acordos de bitributação com mais de 35 países, e sua importância é ressaltada por esse novo posicionamento do CARF.

Houve reversão de jurisprudência também em relação ao regime tributário da incorporação de ações. Havia uma controvérsia recorrente no CARF sobre esse tipo de operação: o Fisco sustenta que, se da incorporação de ações resultar uma diferença positiva entre o valor das ações incorporadas e o valor das ações emitidas pela empresa incorporadora, deve ser recolhido o Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) no momento da incorporação. No entanto, a 2ª Turma da CSRF deu provimento ao recurso do contribuinte, pela aplicação do critério de desempate, por entender que o ganho de capital decorrente de incorporação de ações por pessoas físicas deve ser apurado somente quando houver a disponibilidade financeira do rendimento, por conta da aplicação do regime de caixa para as pessoas físicas (Acórdão nº 9202-009.948).

O CARF proferiu diversas decisões positivas em matéria previdenciária, revertendo posições anteriores contrárias aos contribuintes. A título de exemplo, recentemente a 2ª Turma da CSRF afastou a incidência de contribuição previdenciária sobre bônus de contratação (hiring bonus), por entender que a verba não possui natureza salarial (Acórdão nº 9202-009.762).

Ademais, a mesma Turma afastou a incidência de contribuições previdenciárias sobre os valores fornecidos mediante “ticket-refeição”, por entender que tal instrumento equivale ao fornecimento de alimentação in natura, estando coberto pela regra de isenção das contribuições (Acórdão nº 9202-009.981), e sobre valores pagos a estagiários, por entender que não há vínculo empregatício nas relações empresa-estagiário, desde que cumpridos os requisitos legais da lei de estágio (Acórdão nº 9202-009.895).

Outro tema relevante que ganhou posicionamento favorável por conta do novo critério de desempate foi o da tributação dos planos de stock options. Em novembro de 2021, a 1ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF anulou a autuação, entendendo pela não incidência de IRPF sobre o plano de opções de ações oferecidos a diretores e executivos de empresas, por não configurar remuneração, mas contrato de natureza mercantil (Acórdão nº 2402-010.654).

Esses foram alguns temas relevantes que em geral eram decididos de maneira desfavorável ao contribuinte e que agora são impactados pela aplicação do novo critério. Além disso, com o retorno dos julgamentos presenciais, após longo período de suspensão por conta da pandemia, a expectativa é de que mais casos relevantes, que não foram julgados em sessão virtual por conta do alto valor envolvido, sejam julgados nos próximos meses e, conseqüentemente, possam ser afetados pela nova regra.

---

### \*Ricardo Maitto

é sócio do TozziniFreire desde 2020. Atua há 18 anos em consultoria tributária e societária, e também é especialista contábil. Bacharel em Direito e mestre em Direito Econômico e Financeiro, ambos pela Universidade de São Paulo (USP). Coordena o curso de introdução ao Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT).



DIVULGAÇÃO

---

### Débora Dolfini Agliardi

é advogada do TozziniFreire desde 2022. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), pós-graduada em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), e atualmente graduanda em Ciências Contábeis pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FIPECAFI).



DIVULGAÇÃO

Tributário

# PGR NÃO PODE OBRIGAR O CONTRIBUINTE A RECOLHER TRIBUTO ANTES DO TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Ilídio Benites de Oliveira Alves\*, sócio fundador do **Oliveira Alves Advogados**

A norma atacada **proíbe** o início da **persecução** penal **antes** do esgotamento da via **administrativa**

**A** PGR ingressou com a ADI 4.980, distribuída para o ministro Nunes Marques, para obter a declaração de inconstitucionalidade do artigo 83, da Lei nº 9.430/1996, alterado pela Lei nº 12.350/2010, alegando violação aos artigos 3º, 150, inciso II, 194, caput e inciso V, e 195, da Constituição Federal (página 24, da inicial da ADI).

A norma atacada proíbe o início da persecução penal antes do esgotamento da via administrativa, garan-

tindo ampla defesa do contribuinte. A PGR ao pretender afastar a referida norma protetiva, visa pressionar o contribuinte e forçá-lo a pagar tributos cuja exigibilidade ainda esteja em discussão administrativa, apesar do efeito suspensivo concedido pelo artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Essa pretensão encontra forte obstáculo no enunciado da Súmula Vinculante nº 24, que impede o início de qualquer procedimento penal

antes do exaurimento da via administrativa, para os crimes de natureza material, justamente para garantir ao contribuinte o direito de ampla defesa de seus direitos. Nesse sentido, é bastante razoável estender esse entendimento sumular também para os crimes de previstos no artigo 2º, da Lei nº. 8.137/1990, especialmente porque, neste caso específico, a descrição da conduta delituosa pressupõe que o tributo seja devido. Se ficar assentado no julgamento administrativo que não há obrigação tributária a ser observada pelo contribuinte, não haverá a caracterização de crime, porque não houve ofensa ao bem jurídico tutelado, o que afastaria amplamente a regra punitiva, tanto no aspecto material, quanto no formal.

A PGR sustenta que não é razoável aguardar o fim do processo administrativo para coibir eventual crime tributário, especialmente os relativos à previdência social. Para reforçar seu entendimento, afirma que os crimes tributários descritos no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, são de natureza formal, cuja caracterização independente do resultado pretendido pelo agente. Desse modo, pouco importa se a presumida sonegação não ocorreu. O que interessa para a persecução penal é a verificação da mera conduta do contribuinte. Por exemplo, a simples declaração falsa, a falsificação de documento, ou a retenção de tributo, indicam a ocorrência formal do fato típico penal, que não será analisada na via administrativa, porque está adstrita à observância de aspectos acessórios da obrigação tributária, voltada apenas para identificação da obrigatoriedade do recolhimento do tributo.

Pelo argumento da PGR, não importa se no processo administrativo afinal ficar reconhecido que o tributo é indevido. Mesmo nesse caso, haverá a prática de crime formal, identificado no artigo 2º, da Lei 8.137/1990, consistente na declaração falsa, na omissão ou retenção de receita, na alteração de nota fiscal, fatura, duplicata ou nota de venda, ainda que disso não resulte supressão ou a diminuição do valor devido ao Erário a título de contribuição previdenciária (art. 168-A, do CP).

Esse argumento da PGR é imperfeito porque extrapola o objeto protegido pela norma legal. Crime tributário só haverá se o tributo for devido. Se não for, não há nada a ser protegido pela ordem penal tributária, sendo impossível a pretensão punitiva. Mas quem determinará se o tributo é devido ou não? Certamente não será na instância penal que esse tema se resolverá. Essa matéria é especificamente tributária, sendo o foro competente para sua discussão o administrativo fiscal e não o penal, ainda que se trate de suposto crime formal, porque, neste caso específico, a conduta delituosa também depende da prévia confirmação de que o tributo é realmente devido.

Portanto, é logicamente incorreto pretender iniciar o processo persecutório contra o contribuinte antes da instância administrativa competente decidir sobre a legitimidade da cobrança do tributo.

Por outro lado, a PGR procura substituir a norma aplicável ao seu intento, deslocando a aplicação da regra legal específica (Lei nº 8.137/1.990) para a disciplina geral (Artigo 168-A Código Penal). Essa manobra também é irregular, porque no âmbito tributário também vigora o princípio de que a norma específica prevalece sobre a de natureza geral, indicando claramente que em matéria tributária penal deve-se aplicar a norma própria editada para disciplinar as relações tributárias e não a lei punitiva geral contida no código penal.

A distinção neste caso é importante, porque a lei específica tributária exige a obtenção do resultado (não recolhimento de tributo efetivamente devido) para configuração dos tipos penais descritos no seu artigo 2º. Se houver dúvida sobre a legitimidade da conduta não se caracterizará o tipo penal, não sendo admissível a aplicação de regras gerais contidas no código penal para dirimir qualquer controvérsia sobre a natureza do suposto crime tributário, justamente porque a lei penal específica não trata dessa questão, nem distingue entre crimes materiais e formais.

Por esta razão, fica claro que o procedimento penal somente poderá ser iniciado após o esgotamento da via administrativa, em que se confirme a legitimidade da exigência fiscal e o seu descumprimento.

Esperemos que a Suprema Corte afaste a pretensão da PGR, mantendo a correta interpretação das normas tributárias, livrando o tão combatido contribuinte de mais uma investida da sanha fiscal.

---

### **\*Ilídio Benites de Oliveira Alves**

é sócio fundador do escritório Oliveira Alves Advogados. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui LL.M em Direito Tributário pelo Insper.



DIVULGAÇÃO



**Conselho editorial** Eduardo Oinegue, Silvana Quaglio e Alexandre Secco

**Diretora-presidente** Silvana Quaglio

**Diretor Comercial** Alexandre Raciskas

Rua Major Quedinho, 111 – 16º andar • CEP: 01050-904, São Paulo-SP •

Tel. (55 11) 3201-2300 • FAX (55 11) 3201-2310

[www.analise.com](http://www.analise.com)

## análise **opinião**

**Publisher:** Silvana Quaglio

**Curadoria:** Alexandre Secco e Ligia Donatelli

**Coordenadora de conteúdo:** Aline Fraga

**Fechamento:** Aline Fraga e Bruna Abjon

**Coordenador de arte e designer:** Régis Schwert

**Plataforma digital** ([www.analise.com](http://www.analise.com)): Alexandre Secco (consultor)

**Coordenadora de conteúdo:** Aline Fraga **Coordenador de arte e designer:** Régis Schwert

**Produção de conteúdo:** Elizama Modesto, Pedro Pupulim, Lucas Pascoto, Isabella Alonso Panho e João Pedro Adania **Tecnologia:** Cristiano Carlos (coordenador), Jonathan Argentão e Henrique Dergado (analistas) **Marketing Digital:** Henrique Dergado, Maria Beatriz Alves Ramalho e Rebeca Morais

**Publicidade/Gerentes de negócios:** Alessandra Soares e Marcia Pires Executivos: Alencar Silva, Gabriele Ribeiro, Guilherme Lima, Guilherme Moraes, Karini Rodrigues, Larissa Mantuan e Priscila Souza

**Gerente de pesquisa e distribuição:** Ligia Donatelli **Coordenadora de distribuição:** Juliane Almeida **Coordenador de arte e design:** Régis Schwert **Coordenadora de pesquisa e fechamento:** Mayara Reinaldo **Pesquisa de dados e conteúdo:** Bruna Abjon, Camille Campos, Carolina Milani, Eshlyn Cañete, Gabriel Oliveira, Gean Carmo, Marcela Abreu, Munyr Savellis, Nathalia Camile, Pedro Soares, Victória Gomes e Vitória Cavallaro

**Atendimento e apoio administrativo:** Fabio Lopes e Giseli Monteiro

[analise.com](http://analise.com)





**análise**

[www.analise.com](http://www.analise.com)

**opiniã~o**

**analise.com**