

Organizadores:

Maick Felisberto Dias

Arthur Mendes Lobo

DESAFIOS DA **ADVOCACIA CORPORATIVA**





DESAFIOS DA **ADVOCACIA CORPORATIVA**

Curitiba
2014

Desafios da Advocacia Corporativa

Todos os direitos reservados. A reprodução não-autorizada desta publicação, em todo ou em parte, constitui violação de direitos autorais (Lei nº 9.610/98).

Editoração e Capa: Liquid

Organização e coordenação: Maick Felisberto Dias e Arthur Mendes Lobo

Os artigos publicados neste livro são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões não representam, necessariamente, pontos de vista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná.

Catálogo da Publicação na Fonte
Biblioteca: Rosilaine Ap. Pereira CRB-97/448
Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná

D441 Desafios da advocacia corporativa / Organizado por Maick Felisberto Dias e Arthur Mendes Lobo -- Curitiba: OABPR, 2014. (Coleção Comissões; v.16)
310 p.

SBN: 978-85-60543-07-6 (Versão eletrônica)

Vários autores
inclui Bibliografia

1. Advocacia corporativa. 2. Advogado corporativo. 3. Governança. I. Dias, Maick Felisberto. II. Lobo, Arthur Mendes. III. Coleção Comissões. V. Comissão Advocacia Corporativa.

CDD: 341.415

Índice para catálogo sistemático:

1. Advocacia corporativa 341.415
2. Advogado corporativo 341.415

OAB PARANÁ GESTÃO 2013 - 2015

Presidente: Juliano Jose Breda

Vice-Presidente: Cassio Lisandro Telles

Secretário-Geral: Eroulths Cortiano Junior

Secretária-Geral Adjunta: Iverly Antiqueira Dias Ferreira

Tesoureiro: Odercy Jose Bega

COMISSÃO DE ADVOGADOS CORPORATIVOS

Presidente: Maick Felisberto Dias

Vice-Presidente: Arthur Mendes Lobo

Secretário: Alexandre Gallas Mariath Costa

MEMBROS

Bianca Belotti

Bruno Luiz De Melo

Carlos Renato Godoy dos Santos

Caroline Farias dos Santos

Deise Samara Warken De Souza

Fernando Solá Soares

Giorgia Paula Mesquita

Giuliana Bonnet

Henrique Pinhatti Flores

Juliana Oliveira Nascimento

Luciana Kishino De Souza

Luiz Assi

Luiza Ferreira Miranda

Mariana Baos De Oliveira Ramos Biasi

Mauricio Kavinski

Rafael Santos Carneiro

Rita De Cacia De Medeiros Guerim

Roseli Isabel Pazzetto

Vanessa Podesta Castilho

Mensagem do Presidente

Ao adotar os *e-books* como formato padrão para os livros gerados pelas diversas Comissões constituídas na nossa Seccional, a OAB/PR dá um passo adiante no sentido de permitir acesso à tecnologia mais avançada aos advogados e estudantes de Direito paranaenses.

O que temos nesta coletânea é resultado do trabalho de um grupo de profissionais abnegados, advogados que não medem esforços para oferecer, gratuitamente, a visão doutrinária tão necessária ao aprimoramento da atividade.

Em todo o Paraná, temos centenas deles destinando parcela fundamental de seu tempo e talento para prover os colegas de obras que traduzem o conhecimento jurídico privilegiado de quem as concebeu.

Cada um dos e-books que editamos contém temas atuais, referentes aos mais diferentes ramos da advocacia, bem como as principais questões jurídicas, políticas e sociais em voga no país, franqueados à utilização pelos advogados em sua prática rotineira.

Esta é a contribuição que a Ordem está sempre disposta a patrocinar, como objetivo permanente no sentido de gerar benefícios substanciais capazes de elevar ainda mais o nome dos advogados e da advocacia paranaenses no cenário jurídico brasileiro e internacional.

Juliano Breda

Presidente da OAB/PR

Sumário

PREFÁCIO	9
-----------------------	---

OS DESAFIOS DO ADVOGADO CORPORATIVO NA GESTÃO

1. OS PILARES DA GOVERNANÇA DE UM JURÍDICO Lara Selem e Rodrigo Bertozzi	11
2. IMPLEMENTAÇÃO DO BALANCED SCORECARD EM DEPARTAMENTO JURÍDICO Maick Felisberto Dias	22
3. GESTÃO PROCESSUAL ESTRATÉGICA DE CONTENCIOSO Alexandre Gallas Mariath Costa e Victor Penzo Neto.....	47
4. INOVAÇÕES E TENDÊNCIAS NO RELACIONAMENTO ENTRE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA E DEPARTAMENTOS JURÍDICOS DAS EMPRESAS Arthur Mendes Lobo.....	63
5. TENDÊNCIAS EM ADMINISTRAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA Luiz Assi e Fernando de Siqueira	72

OS DESAFIO DO ADVOGADO CORPORATIVO NA RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS

6. A ARBITRAGEM EM CONTENDAS EMPRESARIAIS Guilherme Helfenberger Galino Cassi.....	89
7. NEGOCIAÇÃO ESTRATÉGICA: MINIMIZANDO RISCOS NAS NEGOCIAÇÕES E NAS TRANSAÇÕES COMERCIAIS ENTRE EMPRESAS Luciana Kishino De Souza.....	104

OS DESAFIOS DO ADVOGADO CORPORATIVO NA ÁREA DO DIREITO COMERCIAL

8. A PROTEÇÃO LEGAL DA MARCA COMO INSTRUMENTO PROMOTOR DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UM REFLEXO DO EXERCÍCIO SOCIALMENTE FUNCIONALIZADO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. Alysson Hautsch Oikawa e Mariana Mendes Cardoso Oikawa	120
---	-----

9. A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	
Stefano Donassolo	140

10. OS EFEITOS PRÁTICOS DA RATIFICAÇÃO PELO BRASIL DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS	
Vanessa Podestá Castilho.....	155

OS DESAFIOS DO ADVOGADO CORPORATIVO NA ÁREA TRIBUTÁRIA

11. COMENTÁRIOS SOBRE A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA NA DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO RELATIVO A QUOTAS DO CAPITAL SOCIAL QUANDO DA RETIRADA DO SÓCIO DA SOCIEDADE LIMITADA	
André L. Costa-Corrêa	172

OS DESAFIOS DO ADVOGADO CORPORATIVO PERANTE O ESTADO

12. PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO – INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA PRIVADA?	
Simone Michielin	222

13. AS INFLUÊNCIAS DAS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS, ECONÔMICAS E SOCIAIS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO PARA O SURGIMENTO E APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA NO BRASIL	
Lucas Martins Dias.....	239

14. O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE CORPORATIVA	
Juliana Oliveira Nascimento.....	255

OS DESAFIOS DO ADVOGADO CORPORATIVO NA ÁREA PROCESSUAL

15. OS NOVOS CONTORNOS DA INTERPRETAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: A IMPORTANTE MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Arthur Mendes Lobo.....	282

Dedicamos essa obra a todos os empresários sérios do Brasil, verdadeiros heróis, que canalizam suas energias em prol do desenvolvimento do país; que geram empregos; que tentam agregar valor ao trabalho humano e, no mais das vezes, conseguem gerar riqueza, sem a qual é impossível mudar a realidade social; que pagam altos tributos ao Estado; tudo isso sem o apoio adequado das instituições públicas.

PREFÁCIO

A nova realidade da advocacia corporativa exige que os advogados desenvolvam habilidades extracurriculares e que, de maneira constante e cada vez mais aprofundada, conheçam o mercado dos seus clientes (internos e externos) para concretizarem as potencialidades de novos negócios.

A presente obra tem por objetivo debater alguns dos principais temas de grande relevância para os advogados que trabalham em departamentos jurídicos de empresas, bem como aos advogados de escritórios de advocacia que prestam serviços preponderantemente a empresas.

Os desafios do advogado corporativo, na atualidade, permeiam vários ramos do direito, com influência de outras ciências, notadamente administração, gestão de negócios, informática, gestão de pessoas, contabilidade, comunicação, marketing etc.

Os temas publicados nessa coletânea foram levados à Comissão de Advogados Corporativos da OAB/PR, que se dedica a estudos, palestras, seminários e grupos de trabalho que reflitam sobre essas inquietantes indagações. Tudo isso graças ao apoio incondicional do Presidente da OAB-PR, Doutor Juliano Breda, grande incentivador de estudos que auxiliam e facilitam a vida profissional dos advogados.

A ideia da publicação de um livro, com a colaboração de membros da Comissão juntamente com outros estudiosos, foi do Presidente da Comissão de Advogados Corporativos, Doutor Maick Felisberto Dias.

A leitura dos artigos, escritos com o costumeiro cuidado e propriedade de seus autores, merece, portanto, o destaque e o reconhecimento de toda a comunidade jurídica.

O estudo aprofundado de cada um dos temas - os quais abrangem diversos aspectos da advocacia corporativa - é daqueles que nos levam a refletir e alimentar o pensamento crítico.

O leitor se sentirá responsável (e certamente será) pela mudança qualitativa na prestação de serviços jurídicos essenciais à Justiça.

Arthur Mendes Lobo

Advogado. Doutorando em Direito pela PUC-SP
Vice-Presidente da Comissão de Advogados Corporativos da OAB/PR



OS DESAFIOS DO ADVOGADO CORPORATIVO NA GESTÃO



1

OS PILARES DA GOVERNANÇA DE UM JURÍDICO

Lara Selem¹

Rodrigo Bertozzi²

RESUMO

O artigo trata dos pontos chave relacionados com a alta performance de um Departamento Jurídico, sob o ponto de vista dos stakeholders relacionados (Board – Diretoria Executiva – Departamento Jurídico – Escritórios de Advocacia Externos – Clientes Internos). A abordagem estratégica sugere um sistema integrado de causa e efeito, cujos pilares se ligam entre si: pessoas preparadas e motivadas realizam uma produção qualitativa e quantitativamente excelente, que gera satisfação plena ao cliente e impacta diretamente nos resultados financeiros da empresa. Essa visão dá uma perspectiva sustentável de longo prazo, na medida em que prepara o corpo jurídico para as mudanças e suscetibilidades do mercado, garantindo flexibilidade e senso de urgência para que a missão do Departamento Jurídico seja plenamente executada.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Legal – Governança – Alinhamento Estratégico – Cliente Interno – Resultados – Alta Performance – Pilares

¹ Mestre em International Executive Business Administration pela Baldwin-Wallace College (EUA), especialista em Gestão de Serviços Jurídicos pela FGV/SP e em Liderança de Empresas de Serviços Profissionais pela Harvard Business School (EUA). Advogada e Consultora especialista em Planejamento Estratégico, Composição Societária e Gestão de Pessoas na Advocacia. Sócia-fundadora da Selem, Bertozzi & Consultores Associados. Produção intelectual: autora dos livros "Advocacia: Gestão, Marketing & Outras Lendas", "Gestão de Escritório", "A Reinvenção da Advocacia", "Gestão Judiciária Estratégica", "Estratégia na Advocacia". Co-coordenadora do livro "Gestão Estratégica do Departamento Jurídico Moderno".

² MBA em Marketing. Administrador e Consultor especialista Estratégia de Mercado, em Comunicação e Marketing Jurídico. Produção intelectual: Autor dos livros "Advocacia: Gestão, Marketing & Outras Lendas", "Advogados: As Leis do Relacionamento com os Clientes", "A Reinvenção da Advocacia", "Marketing Jurídico Essencial", "Marketing Jurídico", "Revolution Marketing Place", "Depois da Tempestade", "O Senhor do Castelo" e "O Despertar".

1. INTRODUÇÃO

Que a Advocacia se modificou nos últimos anos, ninguém duvida. Elas provocaram uma ruptura, de uma vez por todas, dos paradigmas que nos trouxeram até aqui.

Por séculos, a Advocacia foi uma arte dominada por poucos “doutores” de notório saber jurídico. Tal conhecimento se restringia a alguns poucos privilegiados e, à grande massa, restava a ignorância no tocante às questões legais. Essa exclusividade fazia dos advogados seres intocáveis, especiais, “ungidos” e aptos a gozar de grande conforto, inclusive para impor suas condições de atendimento e de honorários aos clientes. Eram considerados “estrelas”, sem sombra de dúvida.

Ocorre que a lei do progresso é clara: tudo o que existe está em contínua evolução e ela vale tanto no âmbito biológico, como no moral, material e tecnológico. A escada que percorremos é ascendente e contínua. A prova está por todos os lados: já fomos *homo habilis*, hoje somos *homo digitalis*; escrevíamos em pedra, hoje teclamos em nossos smartphones; já nos utilizamos de lombo de animais para nos locomover, hoje voamos a 900 km/h; já caçamos para comer, e hoje a comida vem até nós.

Traçadas essas considerações, passamos a analisar os quatro pilares da governança de um Jurídico, dentro de um sistema de causa e efeito que torna possível que as metas estratégicas sejam atingidas sustentavelmente: pessoas preparadas e motivadas realizam uma produção qualitativa e quantitativamente excelente, que gera satisfação plena ao cliente e impacta diretamente nos resultados financeiros da empresa.

A construção dos pilares de sustentáculo para a complexa teia de desenvolvimento jurídico seguem algumas diretrizes testadas a exaustão no mercado regional, nacional e internacional – e que poucos se dispõem a enfrentar este desafio de quatro cabeças. No mundo jurídico e na advocacia de ponta, a alta performance é fruto direto de trabalho sério, comprometido e profissional.

2. PRIMEIRO PILAR: PESSOAS

A equipe de um Jurídico, tanto interna quanto externa, são o maior ativo da operação. A Advocacia é uma atividade personalíssima, logo, ter os melhores garantirá os melhores resultados. Ter ferramentas que propiciem visão de longo prazo na carreira, remuneração crescente e meritocrática, desenvolvimento individual e coletivo, atuação desafiadora e mais instigante fará com que os melhores adotem o projeto para si.

Muito mais que advogados, os membros do Jurídico devem atuar como grandes gestores Jurídicos, com visão legalista, mas também de administrador, preservando os interesses da empresa. Para tanto, alguns fatores precisam ser tratados pontualmente.

2.1. Cultura Organizacional do Jurídico

A cultura organizacional que um líder cultiva é essencial para manter o alto nível da performance. Costumamos dizer que a equipe tem a cara do líder. Mas a cultura, sozinha, não assegura o sucesso.

Ainda existem Jurídicos que operam, culturalmente, como escritórios de Advocacia. Cada advogado trabalha independentemente, tem seus próprios clientes (outros departamentos da empresa) e áreas de atuação específica, desenvolve seu próprio trabalho e mantém-no separado de todos os outros membros da equipe. Até os arquivos e a numeração de pastas são mantidas pelo advogado diferentemente da equipe. Em suma, ele não se abre para uma comunicação integrada.

A cultura que acabamos de descrever está totalmente fora de alinhamento com a intenção da empresa em operar com um time coordenado, sinérgico, forte e eficiente. Mudar essa cultura, no entanto, deve ser feito de acordo com o alinhamento dos sistemas e procedimentos operacionais do Jurídico.

A cultura também pode ser alinhada com o sistema de premiação estratégico que encoraje e incentive determinados comportamentos desejados.

2.2. Liderança e Gestão do Jurídico

Em muitas organizações e com uma certa frequência, os melhores são promovidos às posições de gerência, como recompensa por suas habilidades técnicas. Porém, tais habilidades nem sempre se traduzem automaticamente numa gerência capaz.

Os gerentes devem possuir um alto nível de comunicação, liderança, habilidades organizacionais e motivacionais, mais do que os que atuam simplesmente como advogados, responsáveis apenas por eles mesmos e pelo produto de seu trabalho pessoal.

Encontrar e promover os melhores “gerentes” é fundamental para o sucesso do Jurídico. O alinhamento desse fator é outro que contribui e muito para a performance de alto nível.

No entanto, ter os líderes e gerentes certos faz pouca diferença se eles não tiverem a informação e o treinamento adequados para gerenciar o Departamento Jurídico. Isso requer um alinhamento da tecnologia, sistemas e procedimentos.

2.3. Premiação e Motivação da Equipe Interna e Externa

Dirigir um Jurídico na direção certa requer um efetivo alinhamento do programa de premiação e motivação de seus profissionais, tanto internos como externos.

Quando falta clareza aos programas de desempenho de Departamento Jurídico, os

advogados ficam sem saber o que exatamente devem fazer para alcançar suas premiações (participações no resultado, etc.) pela performance individual. E isso faz com que aumente a dificuldade da Diretoria em influenciar o comportamento da equipe jurídica.

As tentativas de criar uma cultura de "time" podem ser frustradas caso não haja nenhum incentivo claro para que os advogados ajam de forma a atingir esse "espírito de corpo". A motivação também deve ser alinhada com a prestação de serviço ao cliente, com a organização e com a cultura. Se os advogados estiverem desmotivados, a pretensão de criar um time de alto nível falhará.

2.4. Escritórios de Advocacia Externos

Departamentos Jurídicos e Escritórios de Advocacia precisam um do outro. Indubitavelmente. Nenhum Departamento Jurídico pode prover toda necessidade jurídica de uma organização empresarial complexa e dinâmica, assim como os Escritórios de Advocacia precisam dos negócios de seus clientes corporativos para sobreviver e prosperar.

O aumento da complexidade das relações sociais vigentes forçou a segmentação, e hoje temos disponível no mercado serviços jurídicos totalmente diferentes, para atender as mais diferentes necessidades de clientes empresariais, com modelos de negócios e perfil de advogados igualmente diferentes. Compreender essa nova ordem será primordial para alinhar os prestadores de serviços jurídicos diante das demandas que se fazem presentes.

ADVOCACIA	PADRONIZADA	CUSTOMIZADA	ESPECIALIZADA	CIENTÍFICA
Necessidade do Cliente (Departamento Jurídico/Empresa)	Soluções eficientes para problemas comuns.	Ajuda na escolha de várias opções para resolver o problema.	A cura de um problema maior, mais complexo, do qual o cliente tem pouca ou nenhuma experiência.	Solução para um problema altamente complexo nunca vivido antes.
Habilidade-Chave do Escritório de Advocacia	Eficiência, baixo custo, metodologia, modelos e processos estabelecidos.	Dar conselhos amigáveis para reduzir a ansiedade do cliente na seleção da melhor opção.	Diagnóstico e julgamento preciso e imediato.	Gerar soluções inovadoras e únicas.

Fatores Críticos de Sucesso do Escritório de Advocacia	Metodologia, modelos e processos estabelecidos; sistema eficiente e de baixo custo; treinamento altamente eficiente.	Metodologia, modelos e processos estabelecidos; sistema eficiente e de baixo custo; habilidades de relacionamento interpessoal; gestão de custos.	Experiência com problemas similares; profundos conhecimentos técnicos ou funcionais; forte habilidade de relacionamento.	Habilidade de diagnóstico de alto nível; criatividade; conhecimento em nível de estado da arte; conceitos pioneiros.
O que Gera Resultado ao Escritório de Advocacia	Honorários menores unitariamente, grandes volumes, alta alavancagem.	Honorários médios, média alavancagem.	Honorários altos, baixa alavancagem.	Honorários altíssimos, baixa alavancagem.

Seja qual for o segmento, os escritórios têm buscado atender as demandas de seus clientes, no caso as empresas via seus Departamentos Jurídicos e cabe ao Jurídico endereçar da melhor forma suas questões a fim de obter o melhor resultado. Seu papel é orquestrar um sem numero de envolvidos, dentro e fora da empresa, para que a estratégia macro seja realizada.

Uma organização estrategicamente alinhada requer seleção, retenção e manutenção de escritórios que se ajustem às metas, aos objetivos e às estratégias da empresa. Selecionar e contratar o mais adequado escritório de Advocacia, não esquecendo da segmentação, é importante mas pouco eficiente se não estiver alinhado com o gerenciamento de sistemas de prática jurídica, de documentos e tecnologia.

3. SEGUNDO PILAR: PRODUÇÃO

O pilar da Produção estabelece como funcionará o sistema de controladoria de atividades, bem como uma série de procedimentos de segurança quanto a gestão qualitativa e quantitativa dos prazos. Define os procedimentos operacionais, organograma funcionais e o desenho estratégico da operação jurídica como um todo.

3.1. Estrutura Organizacional

A estrutura deve ser bem pensada e baseada nas necessidades organizacionais, e não nas pessoas. Para iniciar o processo é importante parar e refletir sobre a estrutura organizacional periodicamente.

Um Departamento Jurídico estruturado por áreas de atuação pode não apresentar uma interface amigável ao cliente, que é a própria empresa no qual está inserido o Departamento Jurídico. Tal formato pode fazer os advogados sentirem-se confortáveis, mas não é o melhor modelo de prestação de serviço numa grande empresa.

A estrutura também deve estar alinhada com a cultura organizacional e a fatores de

premiação e motivacionais. Em muitos casos, a estrutura organizacional de um Departamento Jurídico é achatada, o que sugere que há pouca oportunidade para crescimento e avanço na carreira de um executivo deste setor. Não raro vemos profissionais que migraram da área jurídica para a financeira, por exemplo.

Todas as estruturas organizacionais têm seus pontos fortes e fracos. No entanto, com mudanças rápidas, a prática jurídica corporativa muda igualmente rápido, pois seus clientes aparecem e desaparecem.

Para assegurar que o tempo, energia e recursos utilizados nessa constante reorganização sejam minimizados, é recomendável que um Departamento Jurídico seja organizacionalmente adaptável e flexível.

Com alinhamento e projeto apropriados, as premiações e o sistema motivacional podem compensar esse formato de estrutura organizacional, não obstante as responsabilidades de gerência. O alinhamento motivacional pode considerar como iniciativa de desempenho o uso das atribuições e responsabilidades pela gerência do cliente.

3.2. Sistemas e Procedimentos

Liderança e gerenciamento do Departamento Jurídico não poderão ser eficientes a menos que estejam alinhados com os sistemas e procedimentos.

Gerentes não conseguirão administrar bem se não dispuserem das ferramentas necessárias. Por exemplo, se controlar custos é uma atividade importante, gerentes devem ter periodicamente em suas mãos relatórios financeiros de controle de despesas para tomada de decisões.

Quando advogados utilizam boa parte do seu tempo criando documentos excelentes, um sistema de recuperação eficaz do produto do trabalho permitirá a reutilização destes originais chave e a economia de tempo em futuros trabalhos.

Tais sistemas devem estar alinhados com a produção de alta qualidade. Isso requer ferramentas apropriadas.

Sistemas e procedimentos requerem o alinhamento da cultura do Jurídico - uma aproximação da equipe, o que requer o alinhamento com premiações e incentivos.

3.3. Tecnologia

A tecnologia deve estar conectada aos sistemas e procedimentos, aos Escritórios de Advocacia externos, ao gerenciamento e à prestação de serviço ao cliente. O Departamento Jurídico será bem menos eficiente se a tecnologia não estiver alinhada a esses outros fatores.

A tecnologia sozinha não resolverá os problemas se os sistemas, procedimentos e cultura estiverem contraditórios.

3.4. Indicadores de Desempenho

O Jurídico é, dentro de uma empresa, um setor que atrai grandes expectativas, seja da diretoria executiva, seja do conselho de administração, seja do quadro de empregados que o circunda. Dele é esperada a solução dos problemas, tanto judiciais como extrajudiciais, mas a solução precisa vir sem que impeça a produção e os negócios da empresa. Há que se ressaltar que a função do advogado é remover obstáculos, não criá-los; e que o Departamento Jurídico é meio, e não fim. Ele não pode ser confundido com a empresa, já que o objetivo precípua desta corre a cargo de outros profissionais (engenheiros, economistas etc.), que não advogados.

Sua atuação opera em quatro campos distintos: preventiva (espontânea ou provocada), consultiva (específica ou operacional), negocial (assessoramento nas contratações, participação na solução consensual de litígios, elaboração e análise de contratos etc.) e contenciosa (judicial ou administrativa, ativa ou passiva). O controle dessas atividades (processos, contratos, documentos, dados financeiros, orçamento etc.) é primordial para que o Jurídico cumpra sua missão, conheça seu desempenho e atenda as expectativas de seus clientes (internos e externos).

Mas como conhecer o desempenho? Como saber que as expectativas estão sendo plenamente atendidas? A resposta é: avaliação. Somente avaliando periodicamente seus resultados é que o Jurídico conhecerá sua performance. Conhecendo a performance, poderá definir sua estratégia, corrigir desvios, tanto do grupo como individuais, em busca do aprimoramento constante.

Os elementos de uma avaliação podem ser objetivos (acentuada vinculação a quantidade, a números) e subjetivos (relacionados com o procedimento, a forma). A conjugação de ambos permitirá dimensionar a Qualidade.

Como exemplos de indicadores, podemos citar: diferença entre valores pedidos e desembolso efetivo, quando a atuação ocorre no pólo passivo; diferença entre pretensão e resultado obtido, quando a atuação se dá no pólo ativo; custos incorridos (atenção sempre ao valor da redução de custos). Estes dados fornecerão indicadores muito elucidativos. E ainda, número de decisões favoráveis; número de causas ganhas (esse é um indicador perigoso, pois o sucesso nem sempre depende da atuação jurídica, se vinculando à natureza das causas).

4. TERCEIRO PILAR: CLIENTES

Satisfazer o cliente interno, especialmente, é missão do Jurídico. Para tanto, torna-se vital que se utilize das estratégias de *marketing* e *endomarketing* jurídico, visando influenciar a percepção dos clientes sobre o peso intelectual de seus advogados e os resultados efetivos que estes entregam na prestação do serviço. O Jurídico deve ter sua expertise e alta reputação reconhecida pelos stakeholders da operação.

4.1. Serviços ao Cliente Interno

Ter uma excelente estrutura organizacional não é eficaz se apresentar problemas quanto à prestação de serviços ao cliente interno. Mesmo com advogados tecnicamente ótimos, os clientes podem sentir-se “sub-atendidos” ou “mal atendidos”.

É comum os clientes revelarem que não estejam recebendo o serviço no tempo adequado ou então que os advogados somente sabem como dizer “não”, sendo comumente apontados como um “mal necessário”.

Alinhar o sistema de premiação dos advogados internos e externos com os requisitos da prestação de serviços ao cliente é uma grande ferramenta.

Por exemplo: assegurar que as decisões de premiação sejam vinculadas às avaliações e feedbacks dos clientes. Isso deixará os advogados saberem que a prestação de serviços ao cliente é importante e que a opinião deles será considerada no sistema de premiação.

4.2. Ações de Endomarketing

A comunicação integrada entre o Jurídico e seus membros, e o Jurídico e as demais áreas de empresa que formam a carteira de clientes internos precisa ser primorosamente planejada. Quando falta a fluência da comunicação, alguns problemas passam a aparecer como vírus contagiosos.

- Temos o problema do elevador. O que os membros do Jurídico comentam sobre o Jurídico quando estão no elevador? A maioria dos profissionais reclama de onde trabalha (geralmente pelos mesmos motivos) por conta de políticas de remuneração e falta de clareza sobre papéis e perspectivas de futuro. Para combater o que os outros falam pelas costas, o primeiro passo é incentivar que falem diretamente aos interessados, sem intermediários.
- Também temos a “rádio peão”. Fofoca, essa praga que se espalha como fogo em mato seco. O pior é que não podemos ignorá-lo. Tudo de bom e de mal circula informalmente entre as pessoas.
- E ainda, o efeito insegurança. Acontece quando a equipe não sabe exatamente o que está realmente acontecendo, mas sente o cheiro de problema no ar. Isso geralmente ocorre pela falta de clareza na comunicação. Ninguém fala sobre uma mudança de rumos da empresa, ou sobre uma fusão com outra, ou medidas externas que atingirão o Jurídico. Em épocas de crise, a insegurança aumenta e a boataria se intensifica em níveis quase incontroláveis.

- Por fim, a dúvida das demais áreas da empresa sobre o real papel do Jurídico e os resultados que este gera. Não raro as demandas são endereçadas de forma equivocada, ou tem prazo para “ontem”, ou chegam com o espírito de que o Jurídico é um poço sem fundo no qual problemas são atirados e devolvidos tendo “não” como resposta.

O *endomarketing* é a ferramenta do *marketing* jurídico cuja missão é fazer com que as informações sigam um rumo ordenado, alinhado e criativo. Algumas idéias para combater os problemas citados acima:

- Criação do Jornal Mural. É um meio de comunicação simples que pode ser afixado nos locais de maior circulação da equipe. Eleger mensalmente um líder para que o Jornal sempre se desenvolva sem pesar para ninguém. Idéias de assuntos: novidades do Jurídico, desempenho de funcionários do *back office* e assim por diante.
- Criação do Comitê de Comunicação Interna. Treinar é a melhor metodologia para combater boatos, alinhar equipe e eliminar inseguranças em relação ao cliente interno. O mínimo é uma reunião mensal onde um tema é eleito (não necessariamente jurídico) para integrar a equipe. A duração nunca pode passar de 50 minutos. Salvo no caso de encontros maiores.
- Criação do Blog Cooperativo do Jurídico. Para acesso de todas as pessoas, membros e clientes internos, é uma forma maravilhosa de comunicação. Todos ficam conectados pelo blog, para que as notícias e informações sigam livremente. Comunicados, destaques do mês, uma nova norma a ser seguida, etc. Basta dizer que CEOs de grandes corporações adotam esta ferramenta para motivar e fortalecer a marca internamente.
- Criação de E-groups do Jurídico com o objetivo de discutir assuntos e/ou matérias de interesse dos advogados internos. Cada membro da equipe se inscreve naquele (ou naqueles) que tem mais interesse. Assim, é possível trocar informações técnicas, artigos, opiniões e alinhar projetos.

5. QUARTO PILAR: FINANÇAS

Os fundamentos financeiros e indicadores de desempenho asseguram uma gestão de custos, demonstrativos de resultados mensais, projeção de caixa de curto, médio e longo prazo, controle de budget.

5.1. Gestão de Custos

Um dos maiores desafios do Jurídico é equilibrar-se dentro do que determina o seu orçamento, sem que com isso perca a qualidade dos serviços que presta ou contrata. Estabelecer procedimentos eficientes rumo a um controle absoluto dos custos de um Jurídico pode ser fundamental para sua performance.

Uma das formas para conseguir isso é através do *budget* (ou orçamento) realizado anualmente. Ele deverá representar todo o numerário que o departamento precisará para cobrir todas as suas despesas (incluindo folha de pagamento dos empregados, custo dos advogados externos, despesas judiciais, locomoção, audiências, manutenção de todos os processos, valores eventuais de condenação, investimentos com biblioteca). O orçamento, devidamente aprovado pelos superiores hierárquicos, será controlado pelo Departamento Financeiro em conjunto com o Jurídico e serve de mapa para dimensionar os gastos do ano seguinte. Ele precisa ser bem dimensionado para que seja suficiente para cobrir todas as despesas.

5.2. Acordos

Muitas vezes manter um acervo enorme de processos jurídicos que, muitas vezes, já no seu início, demonstram-se temerários gera um custo de desgaste de imagem e de despesas com honorários que o Jurídico deve evitar. Assim, sempre que possível (excluídos os casos que possam criar precedentes), formalizar acordos é uma boa prática para reduzir os custos no curto prazo.

5.3. Contratação do Escritório de Advocacia Externo: custo x qualidade

Quando o Jurídico decide contratar um Escritório de Advocacia Externo, visando otimizar o resultado de determinadas demandas (de volume ou altamente especializada), corre-se o risco de ficar na mão dos escritórios externos, caso a quantidade de trabalho especializado em uma área seja muito grande.

A contratação de serviços jurídicos de escritórios externos não pode ser sempre feita com base em uma única fórmula, ou seja, não se contrata um Escritório de Advocacia especializado em volume nas mesmas bases que se contrata um especialista em Direito Tributário. A contratação de consultoria é completamente diferente da contratação do contencioso.

São várias as formas mais usuais de contratação: preço por hora; preço fechado; preço por tarefa; *success fee*. Ao contratar um serviço jurídico externo, o Departamento Jurídico deve escolher a forma que mais se ajustar às necessidades jurídicas, orçamento e ao perfil da empresa.

6. CONCLUSÃO

Muito mudou nas últimas décadas quando o assunto é o Departamento Jurídico e sua integração às demais áreas da empresa, bem como seu papel nos assuntos estratégicos. A

advocacia, de maneira geral, foi atingida frontalmente pela mudança da percepção da sociedade quanto aos seus direitos e a complexidade dos assuntos acabaram segmentando uma profissão cujo tradicionalismo foi e é testado em seu limite.

Já tivemos Jurídicos inchados na década de 80, os quais não passavam de grandes escritórios (podendo ter até 100 profissionais) internos, detentores de procedimentos burocráticos, sem assumir riscos da atividade-fim da empresa, com custo altíssimo e alta resistência.

Já tivemos também Jurídicos totalmente terceirizados na década de 90, o que não parecia razoável, pois a empresa perdia o comando nas questões estratégicas, delegando-as para advogados que não eram especialistas no negócio, e sim nas áreas do Direito de atuação.

O modelo atual tenta chegar a um equilíbrio, mantendo internamente um Jurídico enxuto, porém formado de advogados que entendem do negócio e tratam das questões de alto valor agregado para a empresa, e a terceirização dos serviços mais repetitivos e de massa, ou de altíssima especialização.

O que se deve perceber, é a necessidade de sinergia de uma série de fatores que garantam a participação do Jurídico nos negócios e total segurança na tomada de decisões. Alta performance hoje significa uma postura preventiva e pró-ativa do Jurídico, com iniciativas e fluxo de tarefas dinâmicos alinhados aos stakeholders desse emaranhado de atividades: Board – Diretoria Executiva – Áreas da Empresa (clientes internos) – Escritórios de Advocacia externos (parceiros).

É importante ter uma estrutura apropriada e um atendimento eficiente. Porém, se ele estiver estruturado de forma que seja difícil servir a seus clientes, ou que crie obstáculos para uma prestação de serviços eficiente, certamente ele está fora de alinhamento e, provavelmente, fora do jogo.

A execução do paradigma do alinhamento sugere revisão e teste de cada fator de desempenho do Departamento Jurídico contra os demais fatores. Essa revisão-teste, identificará os problemas de desalinhamento que poderão ser solucionados de forma mais eficiente.

Assim como as organizações evoluem e mudam, não é raro que os Departamentos Jurídicos tenham que desalinhar para depois desenvolver-se. Sem dedicar algum tempo e energia para refletir sobre a organização, seu nível de performance e seu alinhamento, o Departamento Jurídico continuará a operar numa performance bem aquém do que o seu potencial permite.

Administrar um organismo de relativa independência dentro de uma empresa, como é o caso do Departamento Jurídico, é tarefa para poucos. Capitalizar o alinhamento entre a estrutura organizacional, os serviços ao cliente (interno e externo), a cultura, a liderança e gestão, escritórios de advocacia externos (terceirizados), premiação e motivação da equipe (interna e externa), sistemas e procedimentos, tecnologia, gestão de custos, ações de endomarketing e indicadores de desempenho fará com que o Jurídico opere em capacidade máxima e atinja sua missão, que é prestar serviço jurídico eficaz e eficiente ao cliente corporativo.

2

IMPLEMENTAÇÃO DO *BALANCED SCORECARD* EM DEPARTAMENTO JURÍDICO

Maick Felisberto Dias¹

RESUMO

O Objeto deste trabalho é o estudo do BSC – *Balanced Scorecard* e sua aplicação no Departamento Jurídico de uma empresa, o tema é tratado a partir do advento desta moderna ferramenta de gestão, sua importância na governança corporativa e necessidade de utilização para maximização dos resultados na atividade empresarial. Discute questões sobre a missão do Departamento Jurídico e o inter-relacionamento entre a Ciência Jurídica e da Administração de Empresas nos dias atuais. Como fonte utiliza pesquisa bibliográfica. É relevante o estudo na medida em que situa o operador do direito e gestor a nova tendência mercadológica.

Palavras-Chave: *Balanced Scorecard* – Gestão Legal – Departamento Jurídico; Gestão Estratégica – *Balanced Scorecard*; Planejamento Estratégico – Direito.

¹ Presidente da Comissão dos Advogados Corporativos da OAB-PR, Membro da Subcomissão Jurídico Trabalhista da Federação Brasileira de Bancos, Pós-Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes, MBA em Gestão Empresarial pelo Centro de Pós-Graduação das Faculdades OPET, LLM em Business & Law pelo IBMEC, Especialista em Direito e Processo Tributário pela ABDCONST, Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela ABCONST, Professor Convidado do Curso de Especialização LLM. em Direito e Negócios da UNISINOS e Gerente Sênior do Departamento Jurídico Trabalhista do Grupo HSBC.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente é comum as grandes empresas implementarem ferramentas de gestão administrativa e operacional que ajudam na inteligência de seus negócios.

Desta forma, surge a importância de um melhor gerenciamento de áreas específicas, como a do departamento jurídico, que é uma área totalmente estratégica da empresa, em especial no Brasil, país que possui milhares de leis e um dos mais altos índices de litigiosidade do mundo.

A implantação de uma ferramenta para maximização dos resultados nessa área traz benefícios como a gestão de risco, adequação às regras de auditoria, transparência, automação dos procedimentos e, principalmente, acesso às informações que ajudam a empresa melhorar seu desempenho no mercado.

Assim, o *Balanced Scorecard* que é uma ferramenta (ou uma metodologia) que traduz a missão e a visão das empresas num conjunto abrangente de medidas de desempenho que serve de base para um sistema de medição e gestão estratégica, pode ser aplicado no departamento jurídico das organizações.

Ocorre que, a ciência do Direito é bastante tradicional, possui conceitos próprios e por esta razão a implementação desta ferramenta pode ser um desafio aos gestores e a própria empresa, devido as peculiaridades da atividade desenvolvida na área jurídica.

Nada obstante, a utilização de estratégias e em especial o alinhamento dos departamentos da organização aos objetivos comuns nunca foi tão importante na administração das empresas, o momento econômico mundial desafia os executivos no sentido de redução dos custos e aumento da receita a cada dia.

Em virtude do exposto é que foi escolhido como tema do presente trabalho “Implementação do *Balanced Scorecard* em Departamento Jurídico”, que tem como objetivo demonstrar a possibilidade de implementação desta moderna ferramenta de gestão a este departamento tão importante para a sustentabilidade empresarial.

Para embasar a temática proposta se falará sobre administração, estratégia, o surgimento e o desenvolvimento do *Balanced Scorecard*, bem como, a função do departamento jurídico na organização e os desafios e forma de utilização da ferramenta.

Após serem descritos os procedimentos que devem ser adotados para implementação do BSC, serão abordados os benefícios decorrentes da sua utilização, tais como, a de propiciar aos gestores o direcionamento de suas atividades com foco na maximização dos resultados, alinhar a estratégia do departamento ao da organização, direcionamento das metas individuais com os objetivos do departamento jurídico, maximização dos resultados, e outros que importarão na mensuração adequada da eficácia do departamento jurídico na atividade empresarial.

2. ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS E ADMINISTRAÇÃO ESTRATÉGICA

A realidade das empresas de hoje é muito diferente das empresas administradas no passado em especial pelo surgimento de varias inovações tecnológicas e com o próprio desenvolvimento intelectual do homem, assim é necessário muito mais do que intuição e percepção das oportunidades para obtenção de bons resultados nas organizações.

A administração necessita então de um amplo conhecimento e a aplicação correta dos princípios técnicos até agora formulados, de forma a combinar os meios e objetivos com eficiência e eficácia e nesta atividade o administrador tem papel fundamental.

Para Peter F. Drucker, em a Prática da Administração de Empresas(1975, o administrador é o elemento dinâmico e vital de toda e qualquer empresa. Sem sua liderança, os “recursos de produção” permanecem recursos e nunca se tornam produção. Assim, a administração é órgão da sociedade incumbido de tornar os recursos produtivos - isto é, por ser responsável pelo progresso econômico organizado.

A moderna administração surgiu no início do século XX, quando dois engenheiros publicaram suas experiências. Um era americano, Frederick Winslow Taylor (1856-1915) que veio a desenvolver a chamada Escola da Administração Científica, com a preocupação de aumentar a eficiência da indústria por meio da racionalização do trabalho dos operários.

O outro engenheiro era francês, Henri Fayol (1841-1925) que veio a desenvolver a chamada Escola Clássica da Administração, com a preocupação de aumentar a eficiência da empresa por meio de sua organização e da aplicação de princípios gerais de administração.

Embora esses precursores da administração jamais se tenham comunicado entre si e seus pontos de vista sejam diferentes, até mesmo opostos, o certo é que suas idéias se complementaram. A partir desses dois pioneiros, a pequena história da administração moderna começou a se desenvolver.

Segundo Hernan E. Contreras Alday, em seu artigo O Planejamento Estratégico dentro do Conceito de Administração Estratégica, o estudo da estratégia teve sua forma definida pela primeira vez após a Fundação Ford e a Carnegie Corporation patrocinarem, nos anos 50, a pesquisa no currículo das escolas de negócios, sendo que:

“Um resumo dessa pesquisa, chamada de relatório Gordon-Howell, recomendou que o ensino de negócios tivesse uma natureza mais ampla e incluísse um curso de capacitação em uma área chamada de política de negócios (GORDON e HOWELL, 1959). Tal curso deveria ter características muito distintas. Em vez de apresentar aos estudantes problemas de negócios para análise em áreas específicas, tais como marketing ou finanças, enfatizaria o desenvolvimento de conhecimentos na identificação, análise e solução de problemas do mundo real em amplas e importantes áreas de negócios. Assim, daria aos estudantes a

oportunidade de exercitar qualidades de julgamento que não são explicitamente exigidas em qualquer outro curso. O relatório também recomendou que o novo curso de política se concentrasse em integrar o conhecimento já adquirido em outros cursos e promovesse o desenvolvimento das habilidades dos estudantes usando aquele conhecimento. O relatório Gordon-Howell conseguiu ampla aceitação. Por volta dos anos 70, o curso fazia parte do currículo de muitas escolas de negócios. Entretanto, com o passar do tempo, o enfoque inicial do curso foi ampliado, incluindo a consideração da organização global e seu ambiente. Por exemplo, a responsabilidade social e ética, bem como o impacto potencial de fatores políticos, legislativos e econômicos sobre o êxito na operação de uma organização tornaram-se assuntos de interesse. Essa ênfase mais recente e mais ampla induziu os líderes da área a mudarem o nome do curso de Política de Negócios para Administração Estratégica (LEONTIADES, 1982).

Neste contexto, a Administração Estratégica foi definida como um processo contínuo e interativo que visa manter uma organização como um conjunto apropriadamente integrado o seu ambiente.

E por esta razão é que é importante tratarmos da gestão estratégica, por sua importância na atividade administrativa das organizações, bem como, da metodologia do BSC – *Balanced Scorecard*, como uma de suas ferramentas.

2. A GESTÃO ESTRATÉGICA

A gestão estratégica segundo Emílio Herrero Filho (2005, p.2) “é uma área do conhecimento relativamente nova, tendo sua origem na introdução da disciplina dos negócios, nas universidades americanas, na década de 1950.”

Sua evolução ocorreu principalmente pelo fato do rápido desenvolvimento dos conceitos de estratégia e sua crescente aplicação nas atividades empresariais, e, portanto a gestão estratégica foi obrigada a acompanhar essa evolução, tornando-se uma nova disciplina do estudo dos negócios.

Não há uma definição única e universalmente aceita para estratégia: diferentes autores e gerentes fazem uso do termo de maneiras distintas. Sabe-se, no entanto, que a discussão dos aspectos militares da estratégia está entre as literaturas mais antigas do mundo.

Para Chandler (1962) estratégia é a determinação dos objetivos básicos de longo prazo de uma empresa e a adoção das ações adequadas e afetação de recursos para atingir esses objetivos.

Segundo J. B. QUINN (1978) estratégia é:

“Padrão ou plano que integra as principais metas (objetivos), políticas e sequências de ações de uma organização em um todo coeso. Uma estratégia bem formulada ajuda a dirigir e alocar os recursos de uma organização em uma posição única e viável, baseada em suas competências internas e deficiências, mudanças no ambiente e movimentos inteligentes de oponentes.”

Para Hax e Majluf (1988) estratégia é o conjunto de decisões coerentes, unificadoras e integradoras que determina e revela a vontade da organização em termos de objetivos de longo prazo, programa de ações e prioridade na afetação de recursos.

Apesar desta diversidade de conceitos, uns mais outros menos abrangentes dois aspectos são particularmente importantes o primeiro diz respeito à idéia de futuro, ou seja, destino da organização e o segundo os processos de definição de objetivos dos meios e formas de atingir.

Para muitos estudiosos e executivos, estratégia é sinônimo de plano, um modelo de trabalho constantemente pretendida, um guia para atuar em uma situação. Por esta definição, estratégias possuem duas características primordiais: são anteriores as iniciativas e desenvolvidas conscientemente com um propósito.

Como um plano, a estratégia pode ser generalista ou específica, quando pode ser um estratagema, uma manobra focada para obter vantagem se comparado a um ou mais concorrentes. Neste sentido, a estratégia é frequentemente usada como um diferencial de lucratividade se comparado a outros integrantes do mercado.

Emílio Herrero Filho destaca que atualmente a estratégia é considerada como uma das principais responsabilidades de alta administração, neste sentido, a essência da gestão estratégica é elaborar, por meio de uma abordagem inovadora e criativa, uma estratégia competitiva que assegure o êxito da organização nos negócios atuais, ao mesmo tempo em que constrói as competências essenciais necessárias para o sucesso nos negócios futuros.

Neste contexto é que o *Balance Scorecard* é desenvolvido passando a fazer parte de uma nova gestão estratégia que vêm conquistando a cada dia novos defensores devido às dificuldades da alta administração e da equipe de colaboradores na execução de suas estratégias de negócios.

2.1. O *balanced scorecard*

Com a evolução da economia e dos modelos de produção as formas de controle e gerenciamento das atividades passaram por profundas mudanças, segundo Ana Paula Paulino da Costa (2008, p. 1), isto ocorreu pelo fato de que algumas ferramentas já não mais conseguiam atender as necessidades oriundas do mercado:

“O tradicional sistema contábil de custos baseado em premissas de produções de longo prazo de produtos padrões, sem mudanças de características e especificações, não era mais relevante no novo ambiente competitivo, principalmente após os EUA terem perdido a liderança de gestão e de tecnologia industrial para o Japão. A contabilidade não havia acompanhado adequadamente as mudanças. Os textos contábeis não continham um mínimo de discussão sobre técnicas, procedimentos ou propriedades da mensuração de produtividade. A mensuração da produtividade ainda não havia sido considerada parte da informação que dá suporte aos gestores em suas decisões e em suas atividades de controle.”

Neste contexto, se faz necessário o entendimento da origem do *Balanced Scorecard*, que remonta a 1990 quando o Instituto Nolan Norton, unidade de pesquisa da KPMG, patrocinou um estudo que envolvia diversas empresas, intitulado “Measuring Performance in the Organization of the Future”.

Tal demanda surgiu da necessidade de que os métodos para avaliação de desempenho empresarial estavam se tornando ultrapassados, em especial pelo fato de que os envolvidos acreditavam que depender de medidas de desempenho consolidadas, especialmente baseadas em dados financeiros, estaria prejudicando a capacidade das empresas em criar valor econômico para o futuro. Nesta oportunidade David Norton foi o líder do estudo e Robert Kaplan consultor acadêmico, sendo que bimestralmente representantes de dezenas de empresas se reuniam para desenvolver um novo modelo de medição de desempenho.

Segundo Robert S. Kaplan e David P. Norton (1997, Prefácio VII) no início do projeto ocorreu estudo de casos recentes sobre sistemas inovadores de mensuração de desempenho, sendo que um deles chamou atenção:

“Um deles, da Analog Devices, descrevia uma abordagem para a mensuração do índice de progresso em atividades de melhoria contínua. O estudo mostrava também como a Analog estava utilizando um recém-criado *scorecard* corporativo que continha, além de várias medidas financeiras tradicionais, outras medidas de desempenho relativas a prazos de entrega ao cliente, qualidade e ciclo de processos de produção, e também eficácia no desenvolvimento de novos produtos”.

As discussões realizadas foram direcionadas a uma ampliação do *scorecard* que se transformou no que atualmente denominamos *Balanced Scorecard*, organizado em torno de quatro perspectivas distintas: financeira, do cliente, interna e de inovação e aprendizado.

O nome dado reflete o equilíbrio que se pretende com a utilização desta ferramenta entre objetivos de curto e longo prazos, entre medidas financeiras e não-financeiras, entre indicadores de tendência (*leading*) e ocorrências (*lagging*) e entre perspectivas interna e externa de desempenho.

Segundo Roberto S. Kaplan e David P. Norton, a conclusão do estudo ocorreu em dezembro de 1990, com a prévia experimentação de protótipos do *Balanced Scorecard* em setores de algumas empresas, documentando a viabilidade e os benefícios do sistema equilibrado de medição estratégica.

Ao longo do tempo, o BSC deixou de ser apenas um sistema de medição aperfeiçoado para se transformar em um sistema gerencial essencial, necessário para gestão estratégia de uma determinada empresa.

Desta forma, *Balanced Scorecard* é uma ferramenta (ou uma metodologia) que na visão de Roberto S. Kaplan e David P. Norton “traduz a missão e a visão das empresas num conjunto

abrangente de medidas de desempenho que serve de base para um sistema de medição e gestão estratégica". Assim, possibilita aos empresários e executivos identificarem em quais atividades críticas a empresa está gerando valor para os acionistas, clientes, colaboradores, fornecedores e para a comunidade.

Ainda lembram os autores que o BSC está integrado ao fluxo de valor de uma organização e em seus livros e artigos exploram o conceito em diferentes perspectivas, como é mostrado na tabela abaixo:

<p>O Balanced Scorecard coloca a visão em movimento</p> <p>"A visão cria a imagem do destino, a estratégia define a lógica de concretização da visão. Os mapas estratégicos e o Balanced Scorecard fornecem as ferramentas para traduzir as declarações estratégicas genéricas em hipóteses, objetivos, indicadores e metas específicas".</p>
<p>O Balanced Scorecard narra a história da estratégia</p> <p>" O scorecard deve contar a história da estratégia, começando pelos objetivos financeiros de longo prazo e relacionando-os depois à sequência de ações que precisam ser tomadas em relação aos processos financeiros, dos clientes, dos processos internos e, por fim, dos funcionários e sistemas, a fim de que , a longo prazo, seja produzido o desempenho econômico desejado."</p>
<p>O Balanced Scorecard cria consciência estratégica nos colaboradores</p> <p>"As organizações focalizadas na estratégia exigem que todos os empregados compreendam a estratégia e conduzam suas tarefas cotidianas de modo a contribuir para o êxito da estratégia."</p>
<p>O Balanced Scorecard explicita o destino estratégico da organização</p> <p>"O processo de desenvolvimento do Balanced Scorecard dá à organização, normalmente pela primeira vez, uma clara visão do futuro e do caminho para chegar lá. Além de produzir e desenvolver um roteiro organizacional que viabiliza a sua visão, o processo de desenvolvimento do scorecard capta a energia e o comprometimento de toda a equipe da alta administração."</p>
<p>O Balanced Scorecard estimula o diálogo na organização</p> <p>"O scorecard incentiva o diálogo entre as unidades de negócios e os executivos diretores da empresa não apenas com relação aos objetivos financeiros de longo prazo, mas também com relação à formulação e implementação de uma estratégia destinada a produzir um desempenho excepcional no futuro"</p>

Tabela – O conceito do Balanced Scorecard por Kaplan e Norton

Assim, necessário se faz estudar o *Balanced Scorecard* em suas perspectivas: Financeira, Do Cliente, Dos Processos de Negócios e do Aprendizado e Crescimento.

2.1.1. A perspectiva financeira no *Balanced Scorecard*

A perspectiva financeira descreve os resultados tangíveis da estratégia em termos financeiros tradicionais, ela avalia a lucratividade da estratégia.

Para Robert S. Kaplan e David P. Norton (1997, p. 49) "A elaboração do *Balanced Scorecard* deve ser um incentivo para que as unidades de negócios vinculem seus objetivos financeiros à estratégia da empresa. Os objetivos financeiros servem de foco para os objetivos e medidas das outras perspectivas do *scorecard*."

Ela permite ainda medir e avaliar os resultados que o negócio proporciona e necessita para seu crescimento e desenvolvimento, assim como para satisfação dos seus acionistas. Entre os principais indicadores financeiros, estão o retorno sobre o investimento (ROI), o valor econômico agregado, a lucratividade, o aumento de receitas e a redução de custos.

Segundo Ana Paula Paulino da Costa (2008, p.26) "As medidas financeiras indicam se a empresa está obtendo êxito com as estratégias definidas, implementadas e executadas. Em geral, esse êxito é medido pela sua lucratividade, pelo crescimento do negócio e pelo incremento do valor para o acionista (*Shareholder value*). Se os indicadores financeiros não mostram o esperado, pode haver problemas na execução, na implementação ou até mesmo na definição das estratégias."

O BSC retém a perspectiva financeira como objetivo último de maximização do lucro pelas empresas. Os indicadores de desempenho financeiro mostram a estratégia da empresa, inclusive sua implementação e execução, e como está contribuindo para a melhoria da última linha da demonstração do resultado.

Basicamente, as estratégias financeiras são simples; as empresas ganham mais dinheiro vendendo mais e gastando menos. O desempenho financeiro da empresa melhora em consequência de duas abordagens básicas – crescimento da receita e aumento da produtividade.

Partindo desta premissa, Robert S. Kaplan e David P. Norton (1997, p. 50) lembra que os objetivos financeiros podem diferir consideravelmente em cada fase do ciclo de vida de uma empresa e assim descreve:

"A teoria da estratégia empresarial sugere várias estratégias diferentes que as unidades de negócios podem seguir desde o crescimento agressivo da participação de mercado à consolidação, saída e liquidação. Para simplificar, identificaremos apenas três fases: Crescimento, Sustentação e Colheita."

Na perspectiva financeira, a conexão com a estratégia ocorre quando as organizações decidem o equilíbrio entre as forças em geral contraditórias do crescimento e da produtividade.

As ações para acelerar o crescimento da receita geralmente demoram mais para criar valor do que as ações voltadas para o aumento da produtividade.

Assim, para maioria das empresas, temas financeiros relacionados ao aumento de receita, à melhoria de custos e produtividade, à maior utilização dos ativos e à redução dos riscos oferecerão os elos necessários entre as quadro perspectivas do *scorecard*.

2.1.2. A perspectiva dos clientes no *Balanced Scorecard*

Nesta perspectiva dos clientes, as empresas identificam os segmentos de clientes e mercado nos quais desejam competir. Esses segmentos representam as fontes que irão produzir o componente de receita dos objetivos financeiros da empresa.

A perspectiva clientes permite que as empresas alinhem suas medidas essenciais de resultados relacionados aos clientes, satisfação, fidelidade, retenção, captação e lucratividade, com segmentos específicos de clientes e mercados.

Para Robert S. Kaplan e David P. Norton (1997, p. 67) as empresas precisam compreender a necessidade dos seus clientes:

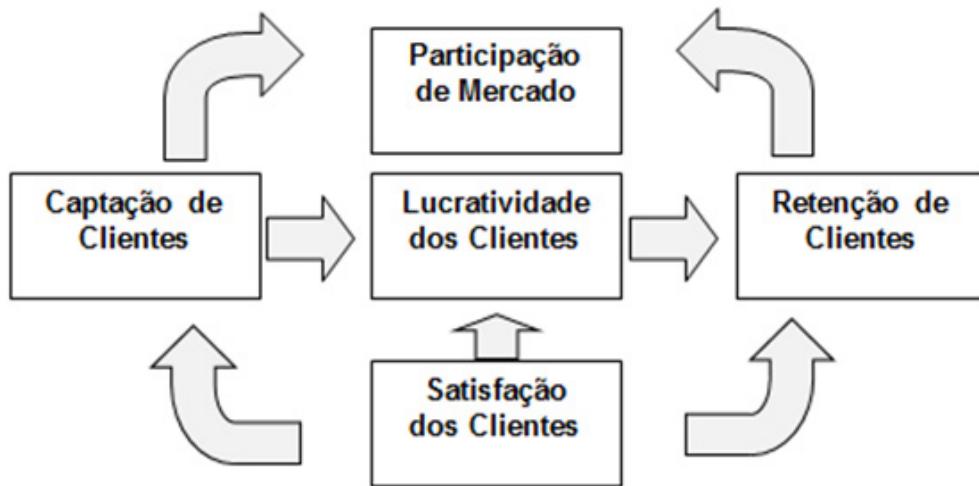
“Antes, as empresas podiam se concentrar em suas capacidades internas, enfatizando o desempenho dos produtos e a inovação tecnológica. Porém as empresas que não compreenderam as necessidades dos clientes acabaram constatando que os concorrentes lhes tomavam mercado oferecendo produtos ou serviços melhor alinhados às preferências desses clientes. Por isso, as empresas hoje estão voltando seu foco para fora, para os clientes.”

A preocupação dos clientes, em geral, situa-se em torno de quatro categorias: tempo, qualidade, desempenho e serviço. Os diretores identificam o segmento de clientes almejado, os respectivos objetos de negócio e seus correspondentes indicadores de desempenho. Essa perspectiva geralmente inclui vários indicadores para o acompanhamento dos resultados, sendo vistos em si mesmos como relações de causa e efeito: Retenção dos clientes, Captação de clientes, Satisfação de clientes e Lucratividade de clientes.

A proposição de valor ao cliente deve transmitir a diferenciação da empresa em relação aos concorrentes, podendo ser adotadas estratégias competitivas genéricas.

Para que haja o máximo de impacto no grupo de medidas essenciais dos clientes, elas devem ser customizadas para grupos específicos de clientes com os quais a unidade de negócios espera obter seu maior crescimento e lucratividade.

Estas medidas essenciais e suas aplicações são representadas por Robert S. Kaplan e David P. Norton, através da Figura 1, abaixo:



Participação de Mercado	Reflete a proporção de negócios num determinado mercado (em termos de clientes, valores gastos ou volume unitário vendido).
Captação de Clientes	Mede, em termos absolutos ou relativos, a intensidade com que uma unidade de negócios atrai ou conquista novos clientes ou negócios.
Retenção de Clientes	Controla, em termos absolutos ou relativos, a intensidade com relacionamentos contínuos com seus clientes.
Satisfação dos Clientes	Mede o nível de satisfação dos clientes de acordo com critérios específicos de desempenho dentro da proposta de valor.
Lucratividade dos Clientes	Mede o lucro líquido de cliente ou segmentos, depois de deduzidas as despesas específicas necessárias para sustentar esses clientes.

Figura 1 – A Perspectiva do Cliente – Medidas Essenciais – Norton e Kaplan

Se os clientes valorizam alto desempenho e inovação, as habilidades, os sistemas e processos que criam novos produtos e serviços com funcionalidade superior tornam-se de alto valor para esta organização. O alinhamento consistente das ações e habilidades com a proposição de valor para os clientes é essência da execução da estratégia.

Os objetivos e indicadores de determinada proposição de valor definem a estratégia da organização. Ao desenvolver objetivos e indicadores específicos para a proposição de valor, a organização traduz a estratégia em indicadores tangíveis, que todos os empregados possam compreender e com quais sejam capazes de trabalhar para melhoria da organização.

Neste aspecto cita Robert S. Kaplan e David P. Norton que empresas como Rockwell perceberam que a rápida evolução tecnológica e um mercado cada vez mais competitivo para seus produtos finais as impeliu a contar com seus fornecedores em busca de novas maneiras de reduzir custos. Embora o preço continuasse importante, a capacidade de oferecer abordagens mais inovadoras, com melhores relações de custo/benefício, influenciaria fortemente a escolha do fornecedor.

Embora, a empresa desejasse reter parte da fatia de clientes mais sensíveis ao preço, a Rockwater optou por uma estratégia que permitisse o aumento de sua participação de mercado junto a clientes que procuravam valor.

Desta maneira, conseqüentemente, suas medidas essenciais de *market share*, retenção, captação e satisfação se voltavam para clientes onde se haviam estabelecido relacionamentos de valor agregado. Para comunicar essa estratégia e avaliar seu sucesso, a Rockwater optou por medir o percentual de sua receita gerada pelas relação de valor agregado com os clientes, comunicando aos seus colaboradores o que permitia avaliar o quanto necessitavam trabalhar para alcançar os objetivos estratégicos estabelecidos.

2.1.3. A perspectiva dos processos internos da empresa no *Balanced Scorecard*

A perspectiva dos processos internos somente é elaborada após as perspectivas financeira e dos clientes, pois essas fornecem as diretrizes para seus objetivos. Os processos internos são as diversas atividades empreendidas dentro da organização que a possibilitam de realizar desde a identificação das necessidades até a satisfação dos clientes. Ela abrange os processos de inovação (criação de novos produtos e serviços), operacional (produção e comercialização) e de serviços pós-venda (suporte ao consumidor após as vendas). A melhoria dos processos internos no presente é um indicador chave do sucesso financeiro da empresa no futuro.

Para Robert S. Kaplan e David P. Norton (1997, p. 97-98), os executivos identificam os processos mais críticos para a realização dos objetivos dos clientes e acionistas fazendo a seguinte recomendação:

“Recomendamos que os executivos definam uma cadeia de valor completa dos processos internos que tenha início com o processo de inovação – identificação das necessidades atuais e futuras dos clientes e desenvolvimento de novas soluções para essas necessidades –, prossiga com os processos de operações – entrega dos produtos e prestação dos serviços aos clientes existentes – e termine com o serviço pós-venda – oferta de serviços pós-venda que complementem o valor proporcionado aos clientes pelos produtos ou serviços de uma empresa.”

A organização gerencia seus processos internos e o desenvolvimento do capital humano, da informação e organizacional para cumprir a proposição de valor diferenciada da estratégia.

Os processos internos segundo Emílio Herrero Filho (2005, p. 120) desempenham três importantes papéis na implementação do *Balanced Scorecard*:

- Concentram o foco da organização nas iniciativas que viabilizam a proposição de valor para o cliente.
- Contribuem para a elevação da produtividade e geração de valor econômico agregado.
- Indicam os novos conhecimentos e as novas competências que os empregados precisam dominar para gerar valor para o negócio.

É na perspectiva de processos internos que a empresa, segundo Ana Paula Paulino da Costa (2008, p.34) definirá o que precisa ser melhorado ou criado para atender aos atributos importantes mapeados nas perspectivas anteriores, sendo que os principais processos internos são organizados pelo BSC em quatro grupos: processos relacionados à gestão operacional, processos relacionados à gestão de clientes, processos de inovação e processos regulatórios e sociais.

Em suma, a perspectiva dos processos internos identifica os poucos processos críticos que devem exercer maior impacto sobre a estratégia. Assim, deve-se concentrar esforços nos processos que realmente agregam valor para os acionistas e clientes.

2.1.4. A perspectiva de aprendizado e crescimento no *Balanced Scorecard*

Esta perspectiva define os ativos intangíveis mais importantes para a estratégia da organização. Ela oferece a base para obtenção dos objetivos das outras perspectivas indicadas anteriormente. Identifica-se a infra-estrutura necessária para propiciar o crescimento e melhorias em longo prazo, as quais provêm de três fontes principais: pessoas, sistemas e procedimentos

operacionais.

Robert S. Kaplan e David P. Norton (1997) lembram que “executivos de várias empresas observam que, quando avaliados exclusivamente em relação ao desempenho financeiro a curto prazo quase sempre encontram dificuldades para sustentar investimentos no aumento da capacidade de seu pessoal, sistemas e processos organizacionais. Tais investimentos são tratados como despesas do exercício pelo modelo contábil financeiro, de modo que a redução desses investimentos é uma maneira simples de produzir ganhos incrementais a curto prazo.”

Nesta perspectiva identificam-se também as capacidades de que a empresa deve dispor para conseguir que seus processos internos sejam capazes de criar valor para os clientes e acionistas. São indicadores importantes neste caso: nível de satisfação dos funcionários, rotatividade dos funcionários, lucratividade por funcionário, capacitação e treinamento dos funcionários, e participação dos funcionários com sugestões para redução de custos e/ou aumento de receitas.

A perspectiva aprendizado e crescimento do *Balanced Scorecard* enfatiza a importância de alinhar os ativos intangíveis com a estratégia da organização, contendo os objetivos e indicadores dos três componentes dos ativos intangíveis, essenciais para a implementação da estratégia: capital humano, capital da informação e capital organizacional. Os objetivos desses três componentes devem estar alinhados com os objetivos dos processos internos e integrados uns aos outros.

3. DEPARTAMENTO JURÍDICO

3.1. Interdisciplinaridade entre o direito e administração

Para entender a função do Departamento Jurídico em uma empresa, é importante traçar um paralelo da importância da ciência do Direito no desenvolvimento da sociedade e seu relacionamento com a ciência da Administração.

O homem para poder sobreviver se juntou a outros homens, pois assim, um auxiliava o outro e se protegiam mutuamente. Dessa união nasceu a sociedade que ao longo do tempo foi disciplinada por regras jurídicas. Dentro das sociedades, outras sociedades menores foram se formando para conseguir atingir outros objetivos, pois sozinho não teria condições, quer econômica, tecnológica, ou qualquer outro tipo de limitação.

Essas sociedades menores, formadas para atingir objetivos comuns, que poderíamos chamar de corporações de ofício, igreja, associações de moradores ou até mesmo, modernamente, de indústria, necessitam se organizar de forma estrutural e gerencial, para atingir seus objetivos de maneira eficaz. Nasce daí uma ciência denominada de administração, como descreve Peter Drucker (2001, p. 29).

“A administração trata os seres humanos. Sua tarefa é capacitar as pessoas a funcionar em conjunto, efetivar suas forças e tornar irrelevantes suas fraquezas. É disso que trata uma organização, e esta é a razão pela qual a administração é um fator crítico e determinante. Hoje em dia, praticamente todos nós somos empregados por instituições administradas, grandes ou pequenas, empresariais ou não. Dependemos da administração para nossa sobrevivência. E a nossa capacidade de contribuição à sociedade também depende tanto da administração das organizações em que trabalhamos quanto de nosso próprio talento, dedicação e esforço.”

A importância do Direito para a Administração e desta para aquele, de longa data já se verifica. Textos da antiguidade já remontam à regulamentação da atividade privada, como por exemplo, o Código de Hamurabi, onde se verifica o direito de indenização por construções mal edificadas, o que poderíamos chamar hoje de, “empresas de engenharia”, Alberti Ramos (1989, p. 195) enfatiza este comportamento em sua obra.

“A sociedade centrada no mercado e o caráter social que produz são elementos históricos recentes, que se formaram na esteira de uma revolução industrial [...] a despeito de suas reivindicações isentas do conceito de valor, a ciência social contemporânea é normativa, na medida em que, na teoria e na prática, nada mais é do que um corpo de critérios de análise e planejamento de sistemas sociais induzidos a partir de uma configuração histórica particular.”

Por seu turno, as teorias administrativas que regem as organizações privadas, foram reconhecidamente importantes, para o desenvolvimento do Estado, este importante produtor do direito.

Os próprios administradores de empresas, também vêem no direito uma importante ferramenta no complemento do aprendizado dos futuros formandos do curso de bacharelado em administração.

Todavia, a tradicional ciência do Direito nos dias atuais recorre à ciência da administração para entendimento de alguns conceitos e ferramentas para buscar melhor administrar aplicação da ciência jurídica, notadamente na gestão de grandes escritórios, departamentos jurídicos de empresas e até mesmo porque não dizer o próprio judiciário.

Neste contexto é que descreveremos a função do departamento jurídico e sua importância para o funcionamento das empresas.

3.2. A função do departamento jurídico

O Departamento Jurídico procura proteger os interesses da atividade empresarial com aconselhamento jurídico sobre as várias leis e normas que direta ou indiretamente podem afetar todos os aspectos do negócio, inclusive atuando de forma preventiva, evitando prejuízos.

Ainda, direciona transações complexas, procura incessantemente por resoluções

favoráveis nas situações que lhe são propostas seja em juízo ou não, pode aconselhar os clientes externos sobre assuntos legais, revisa materiais promocionais, fiscaliza práticas ilegais de concorrência e faz a gestão e atua em juízo nas ações judiciais em que a empresa figura como parte.

É envolvido em todos os assuntos cíveis, trabalhistas, tributários, ambientais e imobiliários, conduz seminários educacionais além de ser o guardião da marca e patrimônio da empresa.

Por este motivo o Departamento Jurídico possui função primordial na organização das atividades empresariais, em especial na implementação de procedimentos adequados ao controle do risco legal.

Neste contexto é que a figura do advogado interno da empresa, que no passado era visto pelos demais executivos como “mero” fiscal da lei e cuja função algumas vezes podia ser considerada contrária ao empreendedorismo e dinamismo empresarial, deu lugar (ao longo dos anos 1990) ao advogado como integrante do grupo estratégico da empresa, e como tal alinhado e “parceiro” dos negócios.

O profissional que se dedica a esta atividade não deve ser apenas um conhecedor das leis e da dinâmica do judiciário no país, mas, deve dominar as melhores práticas de gestão administrativa do negócio, o segmento de atuação e muito bem os produtos e serviços que são oferecidos pela sua organização. O mercado ainda é carente de profissionais neste segmento, com formação multidisciplinar e aptos para atuar neste ambiente, até mesmo pelo fato de que os profissionais não tiveram a oportunidade de obter suporte teórico mínimo nos bancos das faculdades de direito.

Segundo Lara Selem (2008, p. 46) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil informa que mais de meio milhão de advogados estão habilitados a exercer a profissão no Brasil, sendo que em São Paulo são quase 200 mil, no Rio de Janeiro 100 mil advogados e no Paraná, 30 mil advogados inscritos, onde estima-se que existem mais de 15.000 sociedades de advogados regularmente inscritas sendo que 95% delas são compostas por até 5 advogados no quadro social.

Desta afirmação pode-se concluir que a maioria dos escritórios de advocacia e por consequência departamentos jurídicos são pequenos e por esta razão atrelado ao tradicionalismo do direito e portanto, pouco desenvolvidos na gestão de suas atividades.

Assim, necessário se faz a introdução de inovações gerenciais significativas, com a incorporação de tecnologia e visão estratégica o que permitiria o aumento da escala da prestação de serviços, redução dos custos e portanto maior lucratividade.

Segundo a mesma autora o domínio da ciência do direito e a especialização em alguns de seus ramos não é mais suficiente e, portanto os profissionais desta área devem estar preparados para esta nova demanda:

“Segundo a pesquisa da ALA, a “indústria jurídica” nos Estados Unidos transforma-se diariamente: escritórios se fundem; sócios e associados e mudam para outros escritórios; a competição cresce, oriunda de fontes sem número e inesperadamente; clientes demandam representação global; os ganhos dos advogados sobem como foguetes. Embora a prática da advocacia continue sendo uma profissão, a profissão em si se tornou um grande negócio. No Brasil não é diferente.”

Seguindo esta linha de raciocínio, não só os escritórios passam por esta transformação mais também os departamentos jurídicos de empresas, que em razão do crescimento dos negócios, fusões, incorporações acabam tendo que se adaptar a uma nova realidade, qual seja, aumento do número de processos judiciais sob a sua responsabilidade, realização de negócios cada vez mais complexos e com orçamentos cada vez menores. E por este motivo, os profissionais que atuam nos departamentos jurídicos devem estar preparados para desenvolver e implementar, nas palavras de Lara Selem, práticas empresariais de gerenciamento e de supervisão para complexa e dinâmica natureza do ambiente jurídico.

4. IMPLEMENTAÇÃO DO *BALANCED SCORECARD* EM DEPARTAMENTO JURÍDICO

4.1. DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇÃO

A implementação de estratégias e em especial o alinhamento dos departamentos da organização aos objetivos comuns nunca foi tão importante na administração das empresas, o momento econômico mundial desafia os executivos no sentido de redução dos custos e aumento da receita a cada dia.

Mas, sabe-se que por melhor que seja a estratégia o resultado só poderá ser alcançado se a sua execução for correta. Assim, a questão principal para qualquer departamento independentemente do tamanho, é o alinhamento das pessoas e processos com a estratégia da empresa. Essa questão aliada à afirmação de que “a capacidade de executar a estratégia é mais importante do que a qualidade da estratégia em si” (Kaplan e Norton, 2000), resultam nas estatísticas que rodeiam o mercado empresarial:

“Menos de 10% das estratégias efetivamente formuladas são eficientemente executadas” (Kiechel, W.,1982);

e também, “Na maioria das falhas- nós estimamos 70% - o problema não é estratégia ruim...É execução ruim!” (Charan, R.,1999).

Geralmente o fracasso da implementação das estratégias está relacionada a algumas barreiras que surgem no momento da sua execução. De acordo com a Symnetics as principais barreiras são:

- Barreira da Visão: Somente 5% dos colaboradores do nível operacional das empresas compreendem a estratégia. Este aspecto está relacionado a um problema de comunicação e de desdobramento das diretrizes empresariais entre os níveis gerencial e operacional.
- Barreira das Pessoas: Somente 25% dos colaboradores do nível gerencial possui incentivos vinculados ao alcance da estratégia. Isto pode estar relacionado com a falta de objetivos e metas estratégicas das empresas.
- Barreira de Recursos: 60% das empresas não vinculam recursos financeiros à estratégia. Entre outros aspectos, acreditamos que isso possa ser devido ao fraco ou nulo envolvimento dos gestores com as estratégias definidas.
- Barreira da Gestão: 85% dos gestores gastam menos de 1 hora por mês na avaliação e discussão da estratégia. Também aqui, entre outros aspectos, poderíamos considerar a falta de envolvimento e comprometimento dos gestores com a visão e estratégias da empresa.

Assim, além da elaboração da estratégia os gestores devem estar atendo a sua implementação, pois, caso contrário poderão não atingir os objetivos do mapa estratégico.

4.2. MAPA ESTRATÉGICO

Para Ana Paula Paulino da Costa (2008, p. 12), o primeiro passo para a implantação do BSC é o desenho do mapa estratégico. O mapa estratégico tem como finalidade decodificar os complexos processos de escolha frente aos quais os gestores de todos os níveis são expostos diariamente. É mediante o mapa estratégico que a alta administração monitora o cumprimento da estratégia. O mapa estratégico é o meio pelo qual se operacionaliza a vinculação do planejamento estratégico e o planejamento operacional.

Quando falamos do Departamento Jurídico temos que nos valer como premissa do mapa estratégico da organização e a partir deste construir o *Balanced Scorecard* do departamento. O objetivo é de que o Jurídico possa contribuir para o atingimento da estratégia como um todo e isso é possível já que tem influência nas principais decisões da empresa, muitas vezes gerencia despesas bastante significativas e dá suporte a maioria dos negócios realizados.

4.3. DEFINIÇÃO DO BSC DO DEPARTAMENTO

Antes de iniciar o processo de criação do *scorecard* em si, é recomendado ao departamento adotar duas providências:

1ª - Obter consenso da diretoria sobre os objetivos que estão levando à adoção dessa ferramenta.

2ª - Definir o arquiteto do processo, ou seja, a pessoa que comandará a implementação da ferramenta, geralmente um alto executivo, após, este deverá selecionar a equipe responsável pela sua implementação.

Ana Paula Paulino da Costa (2008, p. 13), esclarece:

“Objetivos, metas, medidas e ações não são uma invenção do BSC, são sim elementos necessários de qualquer sistema de gestão e controle. Qualquer sistema de controle pressupõe a existência de um modelo de mensuração de desempenho. A medida escolhida deve expressar adequadamente a magnitude do fenômeno que se deseja captar. Outro pressuposto do sistema de controle é a existência de um elemento avaliador, para se comparar o desempenho medido com uma referência.”

Neste sentido o estabelecimento de metas mensuráveis são imprescindíveis para composição da ferramenta.

Portanto, basicamente serão percorridas 4 etapas no processo de implementação do BSC no departamento:

I – Arquitetura do programa de medição;

II – Definição dos objetivos estratégicos;

III – Escolha dos indicadores estratégicos;

IV – Elaboração do plano de implementação.

4.3.1. Arquitetura do programa de medição

O grande objetivo desta etapa é promover uma compreensão e uma análise crítica dos direcionadores de negócio e da visão de futuro. Um segundo objetivo é resgatar as diretrizes estratégicas, analisando sua coerência com os direcionadores de negócio e visão de futuro.

Geralmente os departamentos jurídicos atuam nas áreas contenciosa e consultiva, sendo que na primeira é responsável pela gestão da representação da empresa em juízo ativa e passivamente, e portanto, administra custos bastante elevados, seja com pagamento de indenizações, honorários e recuperação de créditos. Na área consultiva envolve-se na formulação de contratos e esclarecimento das áreas de negócios dos eventuais riscos legais existentes na atividade. Ainda e de forma momentânea poderá o departamento jurídico estar passando por uma fase de transição de estrutura ou sistêmica e neste contexto alguns indicadores, atrelados aos objetivos da organização, poderão ser utilizados no estabelecimento das metas que serão acompanhadas no BSC.

Por este motivo, em algumas dessas atividades, pode-se entender que há dificuldade no estabelecimento de critérios de medição, nada obstante existem inúmeros indicadores que podem ser utilizados, como por exemplo:

Área Contenciosa:

- Índice de Decisões Favoráveis;
- Tempo médio de duração dos processos;
- Custo médio dos processos;
- % de Economia sobre risco;
- Recuperação de Crédito;
- Quantidade de Acordos;
- Quantidade de Condenações;
- Quantidade de Decisões Favoráveis;
- % redução ou crescimento da carteira;
- Custo médio de honorários;

- Custo médio de custas judiciais;
- % Atualização do acompanhamento processual;
- Atingimento do Orçamento.

Área Consultiva:

- Tempo médio de resposta;
- Volume de respostas por HC;
- Quantidade de novos produtos;
- Tempo médio de revisão dos contratos.

Tais critérios de medição estarão sempre atrelados ao mapa estratégico do departamento.

4.3.2. Definição dos Objetivos Estratégicos

As atividades desta etapa implicam na alocação dos objetivos estratégicos nas quatro dimensões do BSC, correlacionando-as entre si. Nesse processo poderão ou não surgir lacunas no inter-relacionamento, que deverão ser eliminadas ou preenchidas a partir de novas discussões e análises do planejamento estratégico da organização.

O alinhamento estratégico integra a estratégia empresarial, a infra-estrutura organizacional e os processos gerenciais, a estratégia da tecnologia da informação (TI) e infra-estrutura e os processos de tecnologia da informação.

Este momento é de suma importância para o desenho do plano estratégico, pois, dependendo do direcionamento que a empresa irá empreender no mercado os departamentos, e como consequência do Jurídico deverá estar preparado para absorver atividades relacionadas.

Isso é bastante comum quando uma determinada empresa entra em um novo segmento ou está desenvolvendo um novo produto, o Jurídico deverá trabalhar muito rápido para analisar e mitigar os riscos e em algumas situações até mesmo opinar quanto a inviabilidade do negócio.

4.3.3. Escolha dos indicadores estratégicos

O objetivo essencial da seleção de indicadores específicos para o BSC é a identificação dos indicadores que melhor comuniquem o significado da estratégia e para tanto é necessário entender de forma bastante clara os objetivos estratégicos da empresa.

Após, deve buscar junto às áreas de negócios suas perspectivas quanto a atuação do departamento Jurídico para atingimento destes objetivos e a partir destas informações definir os indicadores.

Um cuidado que deve ser tomado nesta fase é a de desenvolver indicadores que possam ser mensurados de forma eficiente, segundo Ana Paula Paulino da Costa, as barreiras mais frequentes a um sistema de mensuração eficiente são: (1) objetivos confusos; (2) confiança não justificada nos sistemas de *feedback* informais; (3) resistências geradas por imposição de sistemas de mensurações, sem envolvimento da equipe; (4) armadilha da atividade: quando a empresa foca a mensuração da atividade e não os resultados.

Assim, a escolha de indicadores claros e métrica na apuração dos resultados, são essenciais para o sucesso da ferramenta, além disso, recomenda-se que em um primeiro momento não sejam utilizados muitos indicadores, no máximo 10, para que se possa aferir de forma adequada a evolução de sua implementação.

4.3.4. Elaboração do plano de implementação

Uma vez definidos os indicadores associados aos diferentes objetivos estratégicos, são estruturadas as metas, planos de ação e responsáveis, a fim de direcionar a implementação da estratégia.

Segundo Ana Paula Paulino da Costa (2008, p. 53), muitas empresas passam por problemas na implantação da estratégia atingindo inclusive empresas mundialmente conhecidas:

“A estratégia competitiva da organização, em cada instante do tempo, impõe uma certa demanda à sua função de produção, que deve ser desenhada para cumprir os planos estratégicos. A alta administração, no entanto, de maneira contumaz e inconsciente, não define com precisão as estratégias que delega, aos níveis gerenciais mais baixos, na área de produção, uma grande parcela das decisões de políticas básicas. O resultado são decisões sobre equipamentos, plantas, pessoal e controles que retiram a capacidade competitiva das empresas, pois predomina uma excessiva simplificação no conceito de boa gestão fabril, reduzindo-o a equipamentos modernos, informatização do sistema de informações etc.”

Para mitigar o a possibilidade de problemas na fase de implementação do BSC esta deverá conter:

- Análise adequada da organização dos dirigentes para melhor formulação da estratégia de comunicação;
- Fase para legitimar os padrões que serão levados em consideração para mensuração do desempenho;
- Divulgação da ferramenta e estratégia a todos os níveis da organização;
- Cronograma factível de cumprimento, alguns planos podem levar, segundo a doutrina até 16 semanas para implementação;
- Forma para obtenção do comprometimento da alta administração e dos gerentes;
- Flexibilidade na implementação, pois, no momento da execução há possibilidade de se deparar com situação não prevista e que demandará adequação;
- Fase de reuniões periódicas para avaliar a ferramenta após a implementação.

Além da fase de implementação do BSC no departamento jurídico, caso o departamento trabalhe com prestadores de serviços terceirizados também recomenda-se a utilização da ferramenta junto a estes prestadores de serviço e por isso, devem ser envolvidos, pois, podem ser responsáveis pela execução de uma série de atividades.

Assim, também é necessária a divulgação de regras claras, preferencialmente no início do ano ou semestre, bem como, correção das performances com campanhas motivacionais (internas ou para rede de escritórios terceirizados), para que o plano seja atingido com sucesso.

4.4. Benefícios esperados com a implementação do bsc no departamento jurídico

O BSC apresenta-se, na prática, como um dos mais eficientes meios para implementar e controlar a estratégia e os resultados das organizações, permitindo dinâmica e clareza com relação às perspectivas adotadas e suas influências no planejamento estratégico.

Emilio Herrero Filho, em sua obra (2005, p. 232) cita como principais benefícios reportados e esperados em 300 empresas que implementaram a ferramenta do *Balanced Scorecard*, como sendo: 65% para alinhar a organização à estratégia; 61% para buscar sinergia organizacional; 57% para construir um sistema de gestão estratégica; 54% para vincular a estratégia ao planejamento e ao orçamento; 51% para definir as metas estratégicas; 50% para priorizar as iniciativas estratégicas; 47% para alinhar indivíduos com a estratégia.

Afirma ainda, que todos esses benefícios contribuem para os resultados financeiros das empresas. Também, com a implementação do BSC no Departamento Jurídico espera-se a obtenção do seguintes resultados:

- Alinhar a estratégia do departamento a estratégia da empresa;
- Propiciar aos gestores um controle de dimensões estratégicas, permitindo que direcionem suas atividades com foco na maximização dos resultados, ou seja, o gestor poderá visualizar a sua contribuição nos resultados globais;
- Alinhamento das metas estabelecidas aos segmentos do jurídico e aos colaboradores à estratégia do departamento;
- Comunicar, de forma clara qual o benefício individual de cada colaborador para o Departamento Jurídico e Organização;
- Discutir de forma adequada como os investimentos resultarão em benefícios futuros;
- Melhora nos resultados financeiros, com aumento da receita de recuperação de créditos e despesas nas ações judiciais de outra natureza;
- Mensuração adequada da eficácia do departamento jurídico no aproveitamento de seu orçamento anual através dos indicadores de ações judiciais;
- Envolvimento de todos os “atores” através da fixação das metas vinculadas aos objetivos estratégicos;
- Obter coordenação e sinergias com as unidades de negócio; Valorização do Departamento Jurídico junto às áreas de negócios e Diretoria Executiva.

Assim, o uso do BSC irá prevenir a sub-otimização dos recursos. Tratará variáveis chaves para a gestão de forma integrada, permitindo que os gestores analisem os efeitos da sua atuação e reflexos no desempenho da empresa, possibilitando de forma clara o acompanhamento e sustentação da estratégia traçada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *Balanced Scorecard* é uma ferramenta colocada a disposição das empresas para organizar os procedimentos necessários para alcançar a sua estratégia. Como se verificou ele

reflete o equilíbrio que se pretende, com a sua utilização, entre objetivos de curto e longo prazo, entre medidas financeiras e não-financeiras, entre indicadores de tendência e entre perspectivas interna e externa de desempenho.

Já o Departamento Jurídico procura proteger os interesses da atividade empresarial com aconselhamento jurídico sobre as várias leis e normas que direta ou indiretamente podem afetar todos os aspectos do negócio, com objetivo de atuar de forma preventiva, evitando prejuízos.

Atualmente as empresas passam a operar buscando em sua estrutura maior desempenho e sinergia entre todas as áreas de negócio, pois, a concorrência aumenta a cada dia, os custos devem ficar cada vez mais reduzidos e erros de gestão não são perdoados pelo mercado.

Por esta razão, é bastante importante que os Departamentos em especial o Jurídico, que possui função estratégica na empresa, passe a utilizar o BSC, permitindo maior conhecimento do negócio e colaboração para atingimento dos objetivos.

Assim, concluiu-se que é necessário em um ambiente empresarial cada vez mais concorrido, que o Departamento Jurídico esteja mais alinhado aos objetivos da Empresa, sendo certo, que a ferramenta de *Balanced Scorecard* é bastante eficaz e sua implementação pode colaborar para o desenvolvimento desta realidade.

Destacam-se a partir da implementação do BSC alguns benefícios, dentre os quais a mensuração adequada da eficácia do Departamento Jurídico e o valor que agrega na corporação, prevenindo a sub-otimização dos recursos.

Ainda, tratará de variáveis chaves para gestão de forma integrada, permitindo que os gestores jurídicos analisem os efeitos da sua atuação e reflexos no desempenho da empresa, possibilitando de forma clara o acompanhamento, correção e sustentação da estratégia traçada.

6. OBRAS CONSULTADAS

ALDAY, Hernan E. Contreras. **O Planejamento Estratégico dentro do Conceito de Administração Estratégica**. Disponível em: http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_da_fae/fae_v3_n2/o_planejamento_estrategico.pdf. Acesso em: 10 mai. 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.

COSTA, Ana Paula Paulino da. **Balanced scorecard: conceitos e guia de implementação**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DRUCKER, Peter Ferdinand. **O melhor de Peter Drucker: a administração**. São Paulo: Novak, 2001.

DRUCKER, Peter Ferdinand. **Prática da Administração de Empresas**. São Paulo: Thomson

Learning, 2002.

FILHO, Emílio Herrero. **Balanced scorecard e a gestão estratégica:** uma abordagem prática. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005 – 9ª. Reimpressão.

HAX, A. C. e N. S. Majluf. **“The concept of strategy and strategy formation process”**, *Interfaces*, vol.18, no.3, p. 99-109, 1988.

KAPLAN, Robert S., David P. Norton. **A estratégia em ação:** Balanced scorecard; tradução Luiz Euclydes Trindade Frazão Filho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997 – 24ª. Reimpressão.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Monografia Jurídica: Orientações metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso.** Porto Alegre: Editora Síntese, 2001.

QUINN, J. B. **Strategic Change:** Logical Incrementalism. Sloan Management Review, 1978.

RAMOS, Alberti Guerreiro. **A nova ciência das organizações:** Uma reconceituação da riqueza das nações. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1989.

SELEM, Lara. **Estratégia na Advocacia.** Curitiba: Juruá, 2008.

SYNMETICS Business Transformation. **O Que é o Balanced Scorecard.** Balanced Scorecard Colaborative e Synmetics, 2003

3

GESTÃO PROCESSUAL ESTRATÉGICA DE CONTENCIOSO

Alexandre Gallas Mariath Costa¹

Victor Penzo Neto²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como os pressupostos da Gestão Estratégica podem ser aplicados aos escritórios de advocacia que atuam com contencioso de massa, com foco no Direito Processual e, especificamente, no instituto da conciliação como instrumento de redução de custos e alcance da excelência operacional. Primeiramente, é descrita a Estratégia Empresarial, com a ênfase dirigida para a sua relevância para a prosperidade e perpetuação do negócio. Após, o Planejamento Estratégico é abordado como fonte de criação das vantagens competitivas e forma de detectar as oportunidades e ameaças do ambiente. Com essa base teórica, o acordo, sob as mais variadas perspectivas, é apresentado como o objetivo último a ser perseguido pelos advogados para o rápido deslinde da causa e consequente geração de economia. O artigo é finalizado com a demonstração de que a conciliação é a medida mais eficaz para a Gestão Estratégica dos escritórios de advocacia.

Palavras-chave: Estratégia. Contencioso de massa. Direito Processual.

¹ Advogado do Escritório Vanzin Pentead. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduado em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ) e em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Membro da Comissão de Advogados Corporativos da OAB-PR. Membro honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC).

² Advogado do Escritório Pereira Gionédis Advocacia. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo (UP). Pós-graduado em Planejamento e Gerenciamento Estratégico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestrando em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

1. INTRODUÇÃO

Na última década o mercado jurídico brasileiro tem passado por uma grande transição, desde uma prestação de serviços focada na pessoalidade para outra que objetiva atender de forma satisfatória a massiva busca pela tutela jurisdicional como forma de resolução de conflitos. Tal movimento é resultante de novas perspectivas culturais, políticas e socioeconômicas que têm sido construídas no período.

Dessa forma, existe a necessidade de adoção dos postulados da Administração Estratégica na gestão dos escritórios e departamentos jurídicos. Especificamente, trata-se de uma abordagem multidisciplinar, com os dirigentes jurídicos voltados não só para o melhor atendimento dos interesses de seus clientes, mas também refletindo sobre o posicionamento que a sua organização pode ter frente a um ambiente em constante transformação.

Todavia, essa quebra de paradigma conduz a uma constatação muito importante para o desenvolvimento deste trabalho, é dizer, a gestão de um escritório de advocacia ou de um departamento jurídico não é parte integrante da grade curricular dos cursos de Direito que proliferam em nosso país. Efetivamente, os estudantes de direito não são incentivados a refletir sobre tal circunstância, capaz de influir de modo decisivo em suas carreiras.

Por essa razão, o presente trabalho objetiva despertar na comunidade jurídica o interesse por temáticas relacionadas à gestão, partindo dos pressupostos gerais da estratégia empresarial e da análise do ambiente externo até a ênfase emprestada ao Direito Processual para a leitura do ambiente interno da organização, bem como os benefícios advindos desta abordagem para o alcance da excelência operacional e conseqüente aprimoramento e crescimento do negócio.

Assim, primeiramente discorre-se sobre o conceito de estratégia e sua importância para enfrentar a instabilidade intrínseca ao mercado atual, em detrimento à atuação dos escritórios de advocacia com modelos de gestão indefinidos ou inexistentes, recorrente até há pouco. Sob o mesmo enfoque, aborda-se o planejamento e o gerenciamento estratégico como fontes de vantagens competitivas, na medida em que devem traduzir o conhecimento intangível da organização, ou seja, o seu “diferencial”, meio pelo qual a inovação é produzida. Além disso, é analisada a tendência de surgimento do contencioso de massa e as razões estratégicas pelas quais os escritórios têm convergido para a atuação neste seguimento.

Igualmente, o Direito Processual é apresentado como uma ferramenta estratégica para lidar com os percalços do processo, bem como com a morosidade do judiciário brasileiro. Para a análise proposta, parte-se de um pressuposto de que, por alguma razão, as eventuais medidas de prevenção de litígios massificados, adotadas por muitas empresas, não foi suficiente para desmotivar o ingresso da ação.

Como se demonstrará, uma vez que iniciada a relação processual, há soluções que possibilitam a diminuição do impacto financeiro das demandas em massa no orçamento das empresas. São medidas de condução estratégica do processo que objetivam o seu encerramento da forma mais vantajosa, rápida e menos onerosa. Além disso, dentre as inúmeras possibilidades de defesa do réu, há que se considerar a que realmente se apresenta como uma tática inteligente, interessante e econômica.

Por fim, há que se considerar ainda a utilização da política processual, que pode ser adotada como forma de criar o cenário jurídico ideal de um entendimento, tornando-o favorável para empresa. Hoje no ordenamento processual já existem vários artigos que são decorrentes dessa política, de certa forma aliados das empresas quando se busca um processo célere e com menos gastos.

2. A ESTRATÉGIA EMPRESARIAL

A palavra “estratégia” é largamente utilizada no meio corporativo, na literatura acadêmica e, até mesmo, em publicações não especializadas para descrever inúmeras situações. De fato, uma revisão, não exaustiva, do conceito dos principais autores sobre o tema revela uma convergência da compreensão dos aspectos gerais do termo.

Nesse sentido, Mintzberg (1988) ensina que a estratégia empresarial consiste na mediação entre a organização e o meio na qual está inserida, consubstanciada através de um padrão no processo de tomada de decisões organizacionais que visa ao enfrentamento da instabilidade do mercado.

Nas palavras de Johnson, Scholes e Whittington (2007), trata-se da “direção e o escopo de uma organização no longo prazo, que obtém vantagem em um ambiente em mudança através de sua configuração de recursos e competências com o objetivo de atender às expectativas dos stakeholders”.

Porter (1980) leciona que a estratégia competitiva é um conjunto de “ações ofensivas ou defensivas para criar uma posição defensável numa indústria, para enfrentar com sucesso as forças competitivas e assim obter um retorno maior sobre o investimento”. Mais tarde, o autor trouxe uma elucidativa simplificação sobre o seu conceito, considerando que “estratégia é criar uma posição exclusiva e valiosa, envolvendo um diferente conjunto de atividades” (1999).

Vê-se a relação entre a organização e o ambiente em que atua, presente em todos os conceitos. Tal entendimento é fundante na teoria da Administração Estratégica, na medida em que é primordial a diferenciação entre os ambientes interno e externo da empresa para a operacionalização do planejamento estratégico, o qual será objeto de análise em tópico posterior. Igualmente, existe um direcionamento ao futuro da empresa, ou seja, um reflexo projetado à obtenção de resultados positivos e perpetuação das operações, possibilitado pela orientação

proporcionada pela concepção de uma estratégia.

Desde logo, afirma-se a ocorrência de divergências nos desdobramentos de cada corrente teórica descrita, bem como a existência de outros posicionamentos. Porém, para fins didáticos, objetivou-se a demonstração dos pontos de concordância entre os autores citados.

Para a elaboração de uma estratégia deliberada, Thompson e Strickland (2003) apud Bolzan (2007) construíram um modelo no qual explicitam as cinco tarefas que os gestores devem cumprir, organizadas conforme a figura 1:

- (a) decidir o negócio da empresa formando uma visão estratégica para onde ela será direcionada, traçando suas metas;
- (b) converter a visão e a missão em objetivos mensuráveis;
- (c) elaborar a estratégia a fim de atingir os objetivos propostos;
- (d) implementar e executar a estratégia escolhida;
- (e) avaliar o desempenho revisando e ajustando o planejamento estratégico.

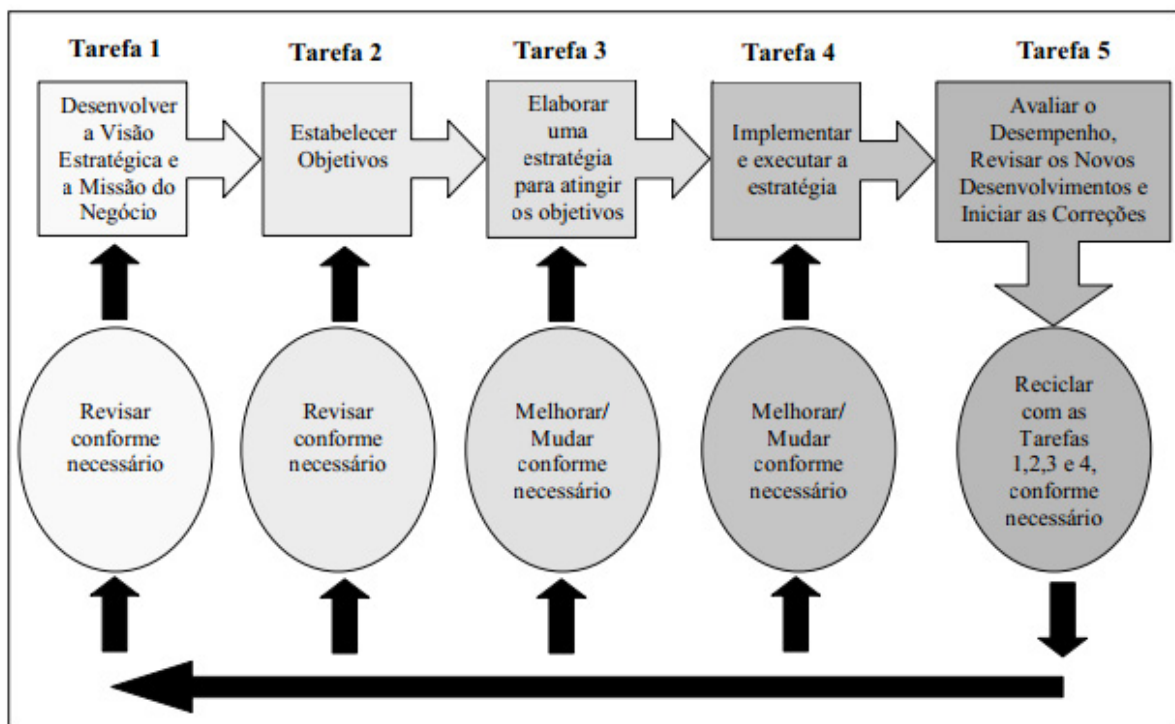


Figura 1: As cinco tarefas da gerência estratégica
Fonte: Thompson e Strickland (2003, p. 15) apud Bolzan (2007)

Para os autores, a elaboração da estratégia é um processo, com passos pré-determinados e sempre passíveis de revisão, visando seu constante aprimoramento. Cabe ressaltar que este modelo engloba o planejamento estratégico que, internamente, “envolve diferentes áreas da organização e suas funções, para que as decisões sejam tomadas em um mesmo nível. Os planejadores estratégicos são responsáveis por acumular as informações necessárias e repassá-las

aos implementadores da estratégia, elaborando análises, administrando uma revisão estratégica anual, podendo auxiliar os gerentes à preparar suas estratégias e tomar suas decisões de maneira mais eficiente". (BOLZAN, 2007).

Por outro lado, é imperioso destacar que o pensamento estratégico é dinâmico, isto é, muda conforme a percepção do estrategista sobre os aspectos mais relevantes do negócio. Desse modo, é vital que o gestor possua um leque de informações sobre a sua organização para desenvolver o processo decisório, pois "nenhuma estratégia é melhor que as informações da qual deriva. A informação tem a capacidade de reduzir a incerteza sobre as condições ambientais onde a empresa está inserida. O desafio é habilitar os gestores com informações que ajudem a alcançar os objetivos propostos para a organização, por meio do uso eficiente de seus recursos." Em suma, "mais importante do que ter um Plano Estratégico formalmente documentado, é o processo de formulação estratégica e implementação dos objetivos vitais à sobrevivência e prosperidade da organização." (Duclós e Santana, 2009).

Nesse passo, resta clara a necessidade da estratégia para uma atuação orientada, uma vez que em sua ausência a gestão ocorre de maneira iminentemente reativa. Assim, considerando-se a dinamicidade do mercado, não existirá nenhuma diretriz para a busca de oportunidades e tampouco possuirá dispositivos para enfrentar situações de crise, na medida em que atuará permanentemente de uma perspectiva de desconhecimento e potencial ilusão. Esses fatores influem na alocação equivocada de recursos, culminando no fracasso do negócio.

3. O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

A doutrina considera que o planejamento faz parte da racionalidade humana, sendo um instrumento utilizado pelo governo, pelas organizações e pelos indivíduos para coordenar suas atividades e assegurar que elas atinjam o objetivo almejado. É óbvio que o futuro não pode ser antevisto precisamente, porém também é notório que as organizações que planejam suas atividades são, em geral, mais prósperas em comparação com aquelas que não o fazem. Tal circunstância advém da preparação propiciada pelo processo de planejamento, de modo que quando feito adequadamente, "cria na organização uma mentalidade apta a responder às mudanças, sejam elas políticas, econômicas ou ambientais, em grande parte porque envolve a consideração detalhada de todos os fatores, desafios e oportunidades, internos e externos, que afetarão o ambiente empresarial no futuro previsível e a criação de estratégias para lidar com eles" (Andrews, 2002 *apud* Selem, 2003).

Como já dito, o planejamento estratégico é descrito como um processo, no qual todas as etapas devem ser devidamente cumpridas. Nesse sentido, Oliveira (2007) o define como um "processo administrativo que proporciona sustentação metodológica para se estabelecer a melhor direção a ser seguida pela empresa, visando ao otimizado grau de interação com os

fatores externos – não controláveis e atuando de forma inovadora e diferenciada.”.

3.1 As vantagens do planejamento estratégico

Além dos métodos de aproveitamento das oportunidades e defesa das ameaças encontradas no ambiente, o planejamento estratégico proporciona uma melhor definição dos objetivos, metas e indicadores da organização, com uma metodologia própria de acompanhamento e controle gerencial; envolve toda a equipe no processo de formulação do planejamento, comprometendo-a com o processo de mudança, através da participação; facilita a avaliação das perspectivas de curto, médio e longo prazo; racionaliza o processo de tomada de decisão; auxilia no desenvolvimento de diferenciais sobre os concorrentes; e antecipa situações desfavoráveis no mercado (Julio Reis, 2011, comunicado em aula).

Efetivamente, a característica mais relevante do planejamento estratégico é a sua contribuição para que o conhecimento sobre a organização pare sobre todos os seus níveis. Devido à sua intangibilidade, o pleno conhecimento de seus recursos e capacidades é fonte para a criação das vantagens competitivas que, por seu turno, são definidas como competências essenciais que a empresa executa especialmente bem em comparação aos concorrentes e adiciona valor ímpar aos seus bens e serviços por um longo período (HITT, IRELAND e HOSKISSON, 2002).

Para a identificação das competências essenciais, são listados quatro critérios interdependentes, ou seja, devem estar presentes concomitantemente na organização. O primeiro são as capacidades valiosas, pois geram valor para a empresa ao explorarem oportunidades ou neutralizar ameaças em seu ambiente externo; o segundo são as capacidades raras, aquelas que nenhum outro ou poucos concorrentes atuais ou em potencial possuem; o terceiro são as capacidades difíceis de imitar, haja vista a dificuldade dos concorrentes em desenvolvê-la; e o último são as capacidades insubstituíveis, pois não possuem equivalentes estratégicos (HITT, IRELAND e HOSKISSON, 2002).

Dessa circunstância decorre o alcance dos “oceanos azuis” descritos por Kim e Mauborgne (2005), entendidos como os espaços do mercado ainda inexplorados, onde existem grande potencial de criação de demanda e crescimento altamente lucrativo.

4. ESTRATÉGIA E CONTENCIOSO DE MASSA

Partindo dos preceitos gerais que norteiam a estratégia corporativa, resta saber como os departamentos jurídicos e grandes escritórios podem usufruir desse conhecimento numa visão processual do Direito.

Todavia, em caráter preliminar, é imperiosa uma elementar diferenciação do mercado do Direito Empresarial moderno. Isto porque, não se pode comparar a demanda específica de uma empresa em um ramo especializado do direito, como falimentar, marítimo ou sucessões,

com outra que devido à natureza de suas atividades, quase sempre envolvendo uma coletividade, possui um potencial de geração de passivo judicial mais elevado.

No primeiro exemplo, é muito mais simples administrar desde as mais elementares questões de logística jurídica (tais como protocolos, preparos e cópias), até as teses e estratégias, que pelo baixo número de casos, é personalizada e dirigida com relativa serenidade. Entretanto, quando o volume de ações é consideravelmente superior, conhecido no Direito como contencioso de massa ou de volume, a administração de todas as questões que envolvem o processo judicial, deve ser abarcada pelos conceitos de gestão estratégica.

Contudo, para lidar com processos jurídicos em larga escala, não basta apenas buscar elementos extraprocessuais, como tecnologias e mecanismos operacionais. É fato que as ferramentas tecnológicas são primordiais nas organizações máquinas, amplamente estudadas por Henry Mintzberg (2006), algo que é possível constatar nos departamentos e escritórios corporativos. Busca-se a maximização da operação com o menor tempo e gastos possíveis. Nesse viés, a tecnologia ganha uma especial relevância, especialmente os sistemas operacionais jurídicos e demais utensílios tecnológicos, como os atuais tablets e smartphones, entre outros, que se apresentam como requisito indispensável para o dinamismo necessário nesse tipo de contencioso.

Porém, de forma paralela é imprescindível criar um raciocínio estratégico, tal como o defendido por Michel Robert (1998), procurando determinar a aparência da organização em determinado momento futuro. Em outras palavras, e de forma aplicada ao jurídico massificado, é preciso que os gestores da operação, tanto nos departamentos, quanto nos escritórios, busquem estruturar o pensamento estratégico sob a ótica do direito processual, determinando a direção do processo no tempo.

Isto porque, quando se atua em um mercado em que o elevado número de ações impacta de forma direta no planejamento financeiro da empresa, é necessário que de forma constante se busquem soluções criativas e inteligentes, que auxiliem na diminuição dos custos. Trata-se de uma estratégia de alinhamento do pensamento jurídico com o econômico, na conhecida matéria de “Direito e Economia” amplamente estudada e difundida nos últimos tempos.

Todavia, o que deve ser ressaltado nesse contexto, é que o direito processual quando bem utilizado, apresenta-se como um excelente subterfúgio para diminuição dos custos operacionais.

4.1. Acordo como solução estratégica

São vários os fatores que determinam o ingresso de uma reclamação judicial. A violação de um direito trabalhista, a má prestação de um serviço e cobranças indevidas, são algumas das inúmeras matérias de Direito que os advogados corporativos se deparam nos tribunais brasileiros. Porém, o que realmente deve ser enfatizado é que o grande sustentáculo do litígio é a existência do conflito de interesses. Nesse sentido, pertinente e precisa é a conceituação de ação judicial

por Sergio Martins (2008), que seria “o direito de provocar o exercício da tutela jurisdicional pelo Estado, para solucionar dado conflito existente entre certas pessoas.”. Destarte, é evidente que enquanto as partes mantiverem posturas contrárias e conflituosas, a demanda continuará ativa.

Diante dessa conclusão simples é que deve surgir a estratégia processual. A meta de todo departamento jurídico a ser repassada aos escritórios deve ser a de suprimir o conflito de interesses o mais rápido possível. A ação judicial materializa a existência de um desacordo prévio entre as partes, que se nada for feito, apenas o judiciário dará o desfecho, nem sempre satisfatório para empresa.

Nesse sentido, com as modernas legislações do nosso ordenamento jurídico, impulsionadas pelos princípios constitucionais, há uma tutela aos interesses da parte hipossuficiente. Tais princípios interferem não só na lei, mas na jurisprudência em geral, o que sob a ótica empresarial, dificulta a minimização dos impactos financeiros das ações de contencioso no orçamento das empresas. Não se questiona a constitucionalidade dessa proteção, mas, uma vez existente, é algo a ser colocado em pauta pelos advogados corporativos na criação de um pensamento estratégico de defesa.

Uma estratégia adotada por muitas empresas, especialmente no âmbito trabalhista, é a instituição de Comissões de Conciliação Prévia, como prevê o artigo 625-A, da CLT. Todavia, não só na esfera do Direito do Trabalho é que se pode buscar essa tática. Diversas comissões ou órgãos similares se multiplicam pelo país, alguns até com sede física em órgãos do Poder Judiciário, como em Juizados Especiais, com foco em dirimir previamente conflitos principalmente envolvendo Direito do Consumidor, que por vezes são questionados na justiça. Paralelamente, as empresas devem adotar maior zelo com o sistema de serviço de atendimento ao cliente, buscando uma melhor preparação dos atendentes, evitando assim um espiral conflituoso desnecessário. Evitar o ingresso da ação é o mais indicado para qualquer empresa e pode ser feito com muito sucesso por meio de canais administrativos eficientes capazes de dirimir a existência do conflito na esfera judicial.

Cumprе salientar que apesar do processo em si ser compreendido, conforme dita Eduardo Lamy (2010), como um fenômeno não restrito à atividade jurisdicional, podendo ocorrer também no âmbito administrativo, é o processo jurisdicional o mais oneroso para as empresas. Quando se analisa os aspectos gerais do contencioso massificado, percebe-se que na maioria das vezes a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, bem como há uma inversão do ônus da prova, desfavorável e dispendiosa para a corporação.

Tal característica advém da facilidade ao acesso à justiça que, especialmente com a criação dos Juizados Especiais, abarrotou o judiciário com demandas de contencioso. Ao lado desse fato, desde 1950 (Lei 1.060/50) há o que se chama de assistência judiciária aos necessitados, garantindo a isenção não apenas dos honorários advocatícios, mas de todas as custas que envolvem o processo. Desse modo, tornou-se cada vez mais fácil, barato e principalmente lucrativo para população

ingressar com demandas contra as empresas, tanto para as causas cíveis como para as trabalhistas.

Portanto, a parte que realmente custeia a ação judicial acaba sendo a empresa, quase sempre no polo passivo da demanda, razão pela qual a composição entre as partes é estrategicamente interessante, pois quanto maior for o tempo despendido para o encerramento da demanda, maior será o prejuízo.

Contudo, obviamente que não se defende o acordo como ferramenta incondicional sob o prisma estratégico. Isto porque, em muitos casos inclusive é imprescindível que se avalie e se encontre o momento adequado para sua celebração, após uma ampla discussão jurídica acerca da questão colocada nos autos. Um mau acordo, prematuro e desprovido de uma reflexão macro, buscando-se problematizar e multiplicar seus efeitos sob o prisma extraprocessual para os casos análogos, certamente pode ser catastrófico para empresa. Sendo assim, havendo uma matéria inédita ou ainda pouco debatida, mesmo que potencialmente procedente o pedido em um estudo preliminar, é sempre aconselhável que se busque o retorno do judiciário em todas as instâncias possíveis, até mesmo para parametrizar os termos e alçada do acordo.

Em contrapartida, como leciona Marinoni (2012) a morosidade da justiça para alguns é algo conveniente, e por essa razão não é raro que haja a utilização de manobras processuais para tentar alargar o tempo do processo. Dessa forma, o autor salienta que não se pode acusar apenas os juízes pela demora da justiça, uma vez que há uma dimensão muito mais profunda em jogo, fruto de vários interesses, inclusive políticos para que haja essa demora. Em ações em face de órgãos estatais, por exemplo, pelo fato de haver uma gerência de verba pública o mais interessante acaba sendo procrastinar o deslinde do feito, devido à intensa burocracia que assola os órgãos públicos em geral.

Todavia, essa realidade jamais deve fazer parte do contexto corporativo privado. Usar de ardis processuais para mera protelação não auxiliam de forma efetiva na diminuição de custos. Caso não haja uma matéria relevante de Direito, especialmente de ordem pública, tais como prescrição e coisa julgada, tornando o processo diferenciado em meio aos demais, quase sempre a melhor opção é buscar o encerramento por meio da conciliação.

Uma vez recebida a citação, o processo passa a ser contabilizado como um passivo da empresa, cabendo ao departamento jurídico, já neste momento inicial, verificar se o caso tem ou não potencial para acordo. Em toda empresa é possível constatar por meio de pesquisas jurisprudenciais regionais as chances de êxito sobre determinada matéria, especialmente as repetitivas. Nesse ponto, ressalta-se o problema do judiciário brasileiro de não seguir um padrão nacional de entendimentos, ou seja, uma mesma questão algumas vezes é decidida de maneira diversa de acordo com o entendimento regional de cada tribunal de justiça, o que não deve acarretar a alteração da tática processual.

De qualquer forma, havendo a possibilidade e não sendo uma matéria inédita, é

importante que se busque um bom acordo se possível antes mesmo da apresentação de defesa, evitando assim gastos processuais em muitos casos desnecessários. Não sendo viável nessa fase, é interessante é solucionar o litígio antes de mais custos como perícias e recursos. Isto porque, para empresa o processo encarece consideravelmente com o decorrer do tempo.

Destarte, a composição entre as partes apresenta inúmeras vantagens que a tornam a melhor e, principalmente, mais eficaz forma de diminuição de custos jurídicos dos departamentos corporativos, já que há resolução do mérito do conflito, razão pela qual o grande desafio dos advogados é criar mecanismos eficientes capazes de multiplicar essa estratégia.

4.2 Argumentações estratégicas de defesa

Apesar de o acordo ser uma eficiente ferramenta para encerrar o litígio, importante registrar que para a sua celebração deve haver uma seleção bastante criteriosa, uma vez que mesmo em contencioso de massa, em que as matérias costumam ser repetitivas e até mesmo idênticas, há a necessidade de atenção com questões peculiares que não raramente aparecem e determinam os rumos da estratégia.

No direito corporativo brasileiro, não é raro que se encontrem diversas circunstâncias processuais que favorecem o réu. Isso decorre de uma característica um tanto quanto peculiar dessa esfera jurídica, resultante da universalidade do acesso à justiça para toda a população.

Nesse cenário, se muitos de fato buscam a tutela jurisdicional para dirimir um conflito pontual e legítimo existente, outros, por sua vez, visualizam na justiça uma fonte de renda extra, ingressando com pedidos idênticos, repetitivos, ilegítimos, prescritos, dentre outros. Tal fato se deve primeiro pelo resultado obtido em ações anteriores, criando uma falsa impressão de êxito incondicional em toda e qualquer causa, circunstância amparada na contradição jurídica do nosso ordenamento. Há também a situação de notícia de sucesso judicial por terceiros, que serve de motivação para se efetuar o mesmo pleito no judiciário.

Nesse ponto, há uma estratégia que auxilia os operadores de contencioso massificado, consubstanciadas nas variadas hipóteses previstas no artigo 267 e 269 do Código de Processo Civil. Por essa razão, mesmo em demandas repetitivas, com a produção em série da tese jurídica, cabe ao advogado corporativo se atentar para essas questões processuais elementares, que tem o condão de encerrar o processo de forma tão rápida quanto o acordo.

Entretanto, há que se fazer a ressalva de que a extinção sem o julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, do CPC, como ensina Rocha (2005), não resolve o problema proposto pelo autor, ou seja, não resolve a questão de mérito em si, permitindo a lei que a ação seja intentada novamente, desde que satisfeitas as condições legais. Sendo assim, havendo essa possibilidade, pode se tornar paliativo o encerramento já que há o risco do autor ingressar com nova demanda, sem as eventuais irregularidades que extinguiram a primeira, gerando assim novos custos para empresa.

De qualquer forma, a advocacia corporativa deve buscar em sede de defesa as inúmeras nulidades e irregularidades processuais possíveis. Isto porque, como preconiza José Rocha (2005) em seu livro *Teoria Geral do Processo*, a nulidade do ato causa a sua inaptidão para produção de efeitos jurídicos processuais. Sendo assim, uma vez constatada e alegada essa situação, abre-se uma maior possibilidade de improcedência da ação.

Por sua vez, conforme se extrai do artigo 297 do CPC, é facultado ao réu oferecer em petição escrita: contestação, exceção e reconvenção. Porém, em uma visão estratégica empresarial, cada forma de resposta apresenta uma característica peculiar que traz ou não vantagens para empresa.

Das opções de resposta, certamente a contestação é a mais utilizada não só no meio da advocacia corporativa, mas no direito em geral, pois é a que possibilita uma argumentação contrária aos fatos narrados, geralmente de forma suficiente e menos onerosa. Nesse ponto, importante a distinção elucidada por Marinoni (2012) de que a defesa apresentada através da contestação se divide entre questões de mérito e processuais. As primeiras dizem respeito à tutela do direito material em si, na qual cabe ao advogado buscar argumentos fáticos e legais para contrapor as alegações do réu. Já nas segundas ocorre em sede de preliminar a arguição de todos os possíveis vícios que impedem a apreciação do mérito, por dizerem ao processo e à ação, para os quais existem determinados requisitos para permitir o julgamento da pretensão jurídica exposta.

Sendo assim, a contestação apresenta uma ferramenta que são as preliminares, previstas no artigo 301 do CPC, capazes de fulminar a pretensão autoral sem nem mesmo adentrar ao mérito. Para a empresa isso é algo vantajoso, uma vez que não haverá dispêndio de valores, diminuindo o impacto financeiro dos processos judiciais. Além disso, conforme recorda Sergio Martins (2008), cumpre ressaltar que por força do artigo 769 da CLT, há de se aplicar subsidiariamente também na esfera trabalhista, as preliminares do artigo 301 do CPC. Dessa forma, independentemente do campo jurídico que se encontra o advogado corporativo, o foco nas preliminares representa uma excelente estratégia na busca pelo breve encerramento do litígio.

Porém, convém salientar que em alguns casos isolados será necessário aguardar o momento mais oportuno para arguir qualquer nulidade processual. Por vezes, no universo corporativo, especialmente quando surgem situações e teses novas, uma boa estratégia pode ser esperar a edificação do debate jurídico, aferir a força das provas, observar como os tribunais se comportam, para então utilizar alguma nulidade para por fim ao litígio. Sempre é válido estudar os argumentos colocados até mesmo para construir indicadores, reformular conceitos e futuramente fortalecer defesas em outros processos análogos. Mas certamente isso dependerá muito de uma análise isolada de cada caso e do contexto geral da corporação.

Outra forma de defesa são as exceções que aparecem como um mecanismo de alegação dos defeitos processuais. De acordo com o artigo 304 do CPC, apenas é possível a arguição por meio de exceção de incompetência relativa, impedimento e suspeição do juiz. Sendo assim, como

ressalta Marinoni (2012), todas as exceções possíveis são defesas processuais dilatórias, ou seja, nenhuma tem o condão de extinguir de fato a relação processual, dilatando apenas o processo no tempo ao submeter a causa para exame por outro órgão jurisdicional.

Dessa forma, o oferecimento de exceção na ótica estratégica de contencioso não é uma boa opção e deve ocorrer apenas quando de fato seja essencial para o deslinde do feito, tal como questões de competência em casos absurdos. Isto porque, a procrastinação processual majora os custos, além de que para apresentação de exceção há o recolhimento de mais custas processuais, tornando ainda mais onerosa a demanda para empresa.

Finalmente, por razão similar, a reconvenção normatizada no artigo 315 e seguintes do CPC, também prevista processualmente como forma de defesa, para advocacia de ações massificadas não é uma estratégia indicada. Em que pese ser inspirada no princípio da economia processual como atenta Arruda Alvim (2008), já que as ações contrapostas ficam unidas procedimentalmente, de certa forma é uma defesa não usual para demandas repetitivas. Isso decorre principalmente da matéria envolvida nesses conflitos, que não enseja uma resposta como esta. De qualquer forma, assim como as exceções, envolve um dispêndio de valores e principalmente tempo superior em comparação com a simples contestação.

Portanto, depois do acordo, a contestação é a maneira mais eficiente de lidar com contencioso massificado, pois é a espécie de defesa que possibilita de forma mais célere a exposição processual e fática do réu. Nesse ponto, ressalta-se a possibilidade de arguição das matérias estabelecidas nos artigos 267 e 269 do CPC, que devem sempre ser objeto de análise do advogado corporativo, já que possibilitam o breve encerramento do processo.

4.3. Política processual como estratégia

Se por um lado a empresa deve buscar o encerramento estratégico dos processos repetitivos ajuizados, por outro deve prosseguir com os que trouxeram uma discussão jurídica proeminente. Isto porque, deve haver uma busca política constante pela criação de jurisprudência favorável para empresa.

Dependendo da matéria, torna-se importantíssimo consolidar um entendimento majoritário, amplamente argumentado doutrinariamente, seja por inconstitucionalidade de determinada lei, ou por divergência na sua aplicação. Nesse ponto, o que determinará o interesse estratégico ou não, será o impacto econômico que a questão gera em larga escala de contencioso.

Por essa razão, recorrer para os tribunais superiores passa a ser interessante, na medida em que se possibilita a elaboração de súmulas que passam a ser avocadas nas instâncias inferiores. Dessa forma, torna-se viável tanto a improcedência da demanda, como a negociação, uma vez que diante de um posicionamento sumulado há uma tendência de passar a ser praticamente inquestionável determinada situação jurídica envolvendo o conflito.

Nesse contexto, cumpre ressaltar a importância estratégica do artigo 285-A, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.277/06, segundo o qual *“quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo houver sido proferida sentença de total improcedência, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”*. Apesar de não ser objeto de alegação de defesa, já que é aplicado de ofício pelo juiz antes mesmo da citação, o artigo apresenta uma ferramenta estratégica importante para lidar com contencioso de massa. Ademais, como elucida Marinoni (2012), é racional que o processo que objetiva uma decisão sobre uma matéria sobre a qual o juiz já firmou reiterados entendimentos de improcedência anteriormente seja encerrado o quanto antes, evitando assim custos para todas as partes, inclusive o Poder Judiciário.

Outra alteração importante trazida pela Lei nº 11.276/06, relacionada diretamente com o artigo 285-A, esta no artigo 518, § 1º, do CPC, autorizando o não recebimento do recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. Todavia, algo similar já estava previsto na redação do artigo 557, caput, do CPC, trazida pela Lei nº 9.756/98, estabelecendo que o relator pode negar seguimento a recurso, dentre outras situações, em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou tribunal superior.

Além do mais, desde a EC 45/04, conforme alteração do artigo 103-A, da Constituição Federal, o STF pode de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões, aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e administração pública direta ou indireta, nas esferas federais, estaduais e municipais. Destarte, o STF passa a ter um papel fundamental para consolidação de entendimentos controvertidos de matéria constitucional, já que de forma mais incisiva suas decisões passam a ser compulsórias a todos os órgãos do ordenamento jurídico.

Por outro lado, o STJ também apresenta um papel relevante na uniformização da jurisprudência infraconstitucional, uma vez que seus entendimentos e súmulas muitas vezes servem de arrimo para prolação de decisões judiciais em todas as instâncias e esferas do judiciário. Diante disso, é possível facilitar a argumentação que visa o acordo ou improcedência da ação quando existe um entendimento consolidado favorável dos tribunais superiores.

Sendo assim, a argumentação em torno de determinada matéria em que não há uma uniformidade de posicionamentos, prejudicando diretamente a empresa, deve ser administrada pelo advogado corporativo como estratégia processual. Isto porque, como se verifica pelos dispositivos legais supracitados, com um bom raciocínio jurídico em alguns casos de contencioso massificado, é possível a construção de um entendimento favorável para empresa. Além disso, existe a possibilidade dos tribunais superiores consolidarem súmulas sobre o tema, viabilizando a improcedência automática de demandas futuras, ou o não recebimento dos recursos dos adversos.

Dessa forma, é necessário utilizar na advocacia corporativa sempre que possível as

ferramentas processuais expostas, decorrentes de políticas de argumentação junto aos tribunais, uma vez que havendo a construção de um entendimento favorável, ele auxilia no encerramento do processo, seja por improcedência, o que gera uma grande economia para empresa, seja por acordo com base em súmulas e jurisprudências.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo de diversos entendimentos doutrinários, delineou-se a importância da concepção de uma estratégia deliberada para a continuidade dos negócios de uma organização e, mais enfaticamente, para a sua prosperidade e perpetuação.

De fato, a gestão estratégica é tema relativamente novo entre os operadores jurídicos, carecendo de uma definição de princípios característicos, de modo a se construir uma teoria autônoma que explique essa realidade. Trata-se de uma tarefa árdua, haja vista a quase ausência de estudos específicos sobre o tema no território brasileiro, salvo algumas notáveis exceções, facilitada pelo terreno fecundo que uma prática ainda incipiente proporciona. Cabe ressaltar as peculiaridades pertinentes ao setor, decorrentes, em grande parte, da observância aos postulados do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse íterim, a estratégia empresarial em si, desde o seu conceito até a sua efetiva elaboração foi objeto de análise, assim como o planejamento estratégico e sua função na criação das vantagens competitivas.

Por sua vez, utilizando dos conhecimentos e preceitos de gestão empresarial, é possível delinear uma estratégia processual na condução de demandas judiciais em massa. Isto porque, como ensina Eduardo Lamy (2010), na esfera jurisdicional o processo é o instrumento utilizado pelo Estado para solucionar o conflito entre os litigantes. Sendo assim, o mesmo instrumento utilizado pelos autores pode ser utilizado pelas empresas na defesa de seus interesses estratégicos.

Uma relevante opção, que aparece como uma tática a ser adotada no meio empresarial de contencioso, é a busca pelo acordo. Feito um estudo preliminar de viabilidade, encerrar o processo por essa ferramenta já no seu início, é a melhor forma de se reduzir os custos e o impacto de um número expressivo e crescente de ações repetitivas em face das empresas.

Por outro lado, como existem algumas hipóteses em que resta inviável a composição entre as partes, há que se adotar uma boa estratégia de defesa. Nesse ponto, o artigo 297 do CPC estabelece como opções a contestação, exceção e reconvenção. Como consequência da necessidade de precisão e celeridade, a contestação apresenta uma vantagem em relação às demais enquanto forma, uma vez que possibilita a arguição preliminar de inúmeras situações previstas nos artigos 267 e 269 do CPC, que encerram de forma eficiente o processo.

Por fim, como grande alicerce da estratégia processual em contencioso massificado, a política processual ganha força na medida em que o entendimento dos tribunais superiores, para

algumas matérias de interesse empresarial, molda-se de forma favorável. Além disso, com um posicionamento consolidado por meio de jurisprudências e súmulas favoráveis, é possível nortear o rumo estratégico de uma batelada de processos repetitivos. Isso favorece, inclusive, a negociação na fase instrutória já que havendo uma grande probabilidade de êxito mesmo que parcial da empresa nas grandes instâncias, a parte autora tende a rever seus pedidos e posicionamentos. Sendo assim, levar um assunto para ser debatido nessa esfera é algo essencial para lidar com grandes volumes de ações.

Destarte, resta evidenciada a necessidade das empresas que enfrentam ações de contencioso massificado de direcionarem com grande intensidade os conceitos, muitas vezes já utilizados em outras diretrizes do negócio, envolvendo a gestão estratégica. Deve-se buscar uma visão global, considerando os impactos econômicos gerados por uma onda de demandas com pedidos similares e adotando medidas processuais para mitigar as consequências negativas. Nesse ponto, o processo deve ser visto como uma ferramenta aliada da empresa quando estrategicamente bem utilizada.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 12ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOLSAN, Alexandre Galina. **Gestão Estratégicas e as Competências Gerenciais na Estrutura Administrativa das Organizações**. Disponível em <http://www.ufsm.br/adm/mestrado/dissertacoes/gallina/dissertacao_gallina.pdf> Acesso em: 28 set. 2012.

DUCLÓS, Luiz Carlos; SANTANA, Valdinei Leandro de; **Ciclo estratégico da informação: como colocar a TI no seu devido lugar**. Curitiba: Champagnat, 2009.

JOHNSON, Gerry; SCHOLLES, Kevan; WHITTINGTON, Richard. **Explorando a estratégia corporativa: textos e casos**. Porto Alegre: Bookman, 2007

KIM, W. Chan. **A estratégia do oceano azul: como criar novos mercados e tornar a concorrência irrelevante**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de Processo Civil: Teoria geral do processo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARTH, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense**; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

MINTZBERG, Henry, **Generic Strategies: Toward a Comprehensive Framework. Advances in Strategic Management**, v.5 JAI Press Greenwich - CT p.1-67, 1988.

MINTZBERG, Henry; LAMPEL, Joseph; QUINN James Brian; GHOSHAL, Sumantra. **O processo da estratégia: conceitos, contextos e casos selecionados**. Tradução Luciana de Oliveira da Rocha. 4ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2006. 496 p.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Planejamento Estratégico: conceitos, metodologias e práticas**. 29ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, D. P. R. **Planejamento Estratégico: conceito, metodologias e práticas**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PORTER, Michael. **Competição - Estratégias Competitivas Essenciais**. Ed. Campus, 1999.

PORTER, Michael., 1980, **Estratégia Competitiva-Técnicas para análise de indústrias e da concorrência**. Editora Campus, Ltda., trad. 1986.

RENÓ, Bruno de Oliveira; QUADROS, Rafael de Souza; KROM, Valdevino. **Estratégia Empresarial: Construindo Estratégia Para Vencer no Mercado Competitivo**. Disponível em: <http://www.inicepg.univap.br/cd/INIC_2004/trabalhos/inic/pdf/IC6-19.pdf> Acesso em: 28 set. 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2005.

ROBERT, Michel. **Estratégia: como empresas vencedoras dominam seus concorrentes**. Tradução June Camargo. São Paulo: Negócio Editora, 1998.

THOMPSON, A.A. & STRICKLAND III, A.J. **Planejamento estratégico: elaboração, implementação e execução**. São Paulo: Pioneira, 2003

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil, volume 2: execução**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

4

INOVAÇÕES E TENDÊNCIAS NO RELACIONAMENTO ENTRE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA E DEPARTAMENTOS JURÍDICOS DAS EMPRESAS.

Arthur Mendes Lobo¹

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de analisar algumas das principais necessidades do mercado jurídico corporativo atual, confrontando as exigências dos departamentos jurídicos e o perfil dos escritórios de advocacia que atendem preponderantemente empresas. Propõe-se, sem a pretensão de esgotar o tema, uma breve reflexão sobre a nova postura e exigências do mercado jurídico e demanda por novas habilidades e conhecimentos dos advogados que representam empresas brasileiras e multinacionais.

Palavras-chave: Departamento Jurídico – Escritórios de Advocacia – Sociedade de Advogados – Empreendedorismo – Risco – Gestão Estratégica – Administração.

¹ Doutorando em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Professor de cursos de pós-graduação. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Na década de 80, o Departamento Jurídico, de modo geral, era como se fosse um escritório de advocacia situado dentro da empresa. O chefe do departamento, na maioria das vezes, só atendia outros funcionários e até gerentes da empresa com hora marcada.

O Departamento Jurídico tinha custo elevado, mas sua atividade continha procedimentos lentos e extremamente burocráticos. Os diretores jurídicos tinham uma visão conservadora na tomada de decisões da empresa. Não assumiam riscos. Com essa postura, os Departamentos Jurídicos criavam muitas objeções aos negócios.

Na visão do empresário, os Diretores de Departamento Jurídico atrapalhavam mais do que ajudavam. Era um departamento caro, porém necessário para se evitarem conflitos e prejuízos ainda maiores.

Nas reuniões do Departamento Jurídico, as conversas eram sobre direito, leis, decretos, enfim, eram discutidas, preponderantemente, questões jurídicas. Os advogados de Departamentos Jurídicos elaboravam as peças processuais e controlavam os processos, tudo pessoalmente, sem terceirização. Isso dava uma sensação de segurança ao empresário, mas tinha um custo alto e fazia com que os Departamentos Jurídicos focassem na solução dos problemas, e não na prevenção deles.

A linguagem rebuscada era utilizada frequentemente, afastando do diálogo funcionários, gerentes e pessoas que não tinham formação jurídica.

Ainda na década de 80, os Escritórios de Advocacia tinham estruturas arcaicas. Normalmente se uniam em sociedade para dividir e diminuir os custos como aluguel de sala, telefone, fax, secretária, energia elétrica, papel. A advocacia tinha um custo muito alto para os clientes, notadamente para as pessoas jurídicas.

Por isso, as empresas só procuravam por Escritórios de Advocacia quando era extremamente necessário, por exemplo, quando o problema já estava sendo discutido em juízo ou quando era preciso ajuizar uma ação judicial para receber um crédito.

A linguagem adotada também contemplava palavras rebuscadas, brocardos em latim e termos técnico-jurídicos. Isso criava barreiras culturais e incompreensões nas reuniões entre clientes e advogados.

Nessa época, raramente os Departamentos Jurídicos contratavam Escritórios de Advocacia para consultoria preventiva ou para realizar a mediação de conflitos.

Somente na década de 90 é que surgiu, com maior expressão quantitativa, a terceirização dos serviços advocatícios. Em muitas corporações, a condução dos processos judiciais passou dos Departamentos Jurídicos para os Escritórios de Advocacia. Porém, os Departamentos Jurídicos não acompanhavam as diligências e andamentos processuais. Isso gerou ausência de controle

dos processos.

A falta de uma controladoria com fluxo constante de informações sobre os riscos dos processos e sua correta avaliação gerou grande insegurança aos empresários. Isso porque os Departamentos Jurídicos, de modo geral, delegavam todo o serviço advocatício nos processos judiciais e, na maioria das vezes, não tinham informações precisas e atualizadas sobre os andamentos dos processos.

Diante dessa falta de controle e lentidão na comunicação com os Escritórios de Advocacia, nasciam incompatibilidades entre os valores que deveriam ser provisionados pelas empresas para evitar penhora de bens nas ações passivas, bem como entre a previsão de receitas nas ações ativas envolvendo recuperação de crédito.

Em suma, o modelo adotado na década de 90 gerou uma grande insegurança jurídica às empresas. E mais, elevou o custo, o pequeno o número de Escritórios de Advocacia que atuavam no mercado corporativo fez com que os honorários atingissem montantes elevados.

A falta de Escritórios de Advocacia no mercado e a grande demanda pela terceirização dos serviços fez com que muitos advogados de Departamentos Jurídicos saíssem da condição de empregados para abrirem suas próprias bancas.

Foi nesse período que surgiram as grandes bancas de advocacia. Muitas bancas propuseram, nessa época, um atendimento *full service*, ou seja, contrataram advogados especializados em diferentes áreas, para abranger o máximo de áreas do Direito.

Para aproveitar o período fértil, ofereciam serviços para solucionar problemas em quaisquer áreas da empresa, e também problemas pessoais da diretoria da empresa e de seus funcionários.

Porém, isso fez com que os Escritórios de Advocacia, de modo geral, ficassem com estruturas inchadas, sem foco e sem controle financeiro. Havia falha na comunicação, pois a linguagem rebuscada utilizada pelos operadores do direito e os procedimentos burocráticos que não ordenavam informações atualizadas sobre os andamentos processuais e os riscos das demandas, notadamente em processos de massa, ainda distanciavam o empresário dos advogados terceirizados.

Na visão do empresário, os escritórios de advocacia eram uma elite intelectual que não compreendia a atividade empresarial.

A década de 2000, os Departamentos Jurídicos passaram a apresentar estruturas mais enxutas. Houve redução da burocracia nos procedimentos externos e internos.

Os chefes dos Departamentos Jurídicos, de um modo geral, passaram a adotar fluxo de tarefas mais dinâmicos. A evolução tecnológica, notadamente com o uso constante de microcomputadores com acesso à internet incrementou o fluxo de informações.

A troca de informações e documentos; a estruturação de planilhas contendo dados

sobre os processos; e a redução de procedimentos burocráticos são exemplos de medidas que permitiram que fosse estruturado um novo modelo de gestão dos Departamentos Jurídicos.

Os colaboradores dos Departamentos Jurídicos passaram a ter mais tarefas, pois na visão da empresa eles precisam ajudar mais. Essa fase de racionalização do serviço aumentou a competição dentro dos Departamentos Jurídicos e a exigência de uma maior capacitação e especialização dos seus colaboradores.

Ainda na década de 2000, os Escritórios de Advocacia passaram por uma fase crítica. As estruturas inchadas e sistemas burocráticos, sem um planejamento financeiro exigiram que as bancas passassem por um momento de reestruturação.

Além disso, a concorrência entre Escritórios de Advocacia foi acirrada pelo grande número de novos escritórios que surgiram nessa primeira década de 2000.

Muitos desses novos escritórios foram constituídos por advogados que saíram de bancas famosas. Ou seja, muitos dos sócios das novas sociedades de advogados entraram no mercado jurídico com experiência e uma visão mais dinâmica se comparados aos tradicionais. Some-se a isso o fato de que, nessa primeira década de 2000, o Brasil passou por diversas reformas legislativas, em todas as áreas do direito. Isso exigiu dos advogados a participação em cursos de atualização e especializações.

Todo esse movimento de reestruturação tinha por objetivo entender melhor a empresa, leia-se, Departamento Jurídico, para prestar-lhe um serviço qualitativamente melhor e mais direcionado aos seus propósitos, com o menor custo possível.

Como avaliar o mercado da advocacia corporativa nos dias de hoje? Qual o perfil dos Escritórios de Advocacia? Quais habilidades devem ser desenvolvidas para os advogados se diferenciarem no mercado jurídico? Como os Departamentos Jurídicos vão se portar nessa década? Quais aptidões serão exigidas dos gerentes jurídicos nas empresas?

Essas instigantes perguntas serão analisadas no tópico a seguir.

Porém, antes de enfrentarmos essas indagações, é importante verificar que o mercado jurídico está intimamente ligado ao desempenho dos cursos de direito, já que os seus profissionais obtêm qualificação técnica nessas escolas.

Em 1960, o Brasil tinha 69 cursos de Direito.

Em 2004, havia 800 cursos de Direito no Brasil.

Atualmente, há 1.240 cursos de Direito em todo o território nacional. Equivale dizer, que temos mais cursos para a formação de advogados no Brasil do que a soma de todos os cursos de Direito do restante do mundo. Significa dizer que, de acordo com os últimos números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, o Brasil tem 1.240 faculdades de direito, enquanto que o restante do mundo, incluindo China, Estados Unidos, Europa e África, tem cerca de 1.100 cursos.

O professor da Universidade Federal do Paraná, Clèmerson Clève em palestra proferida², em outubro de 2012, afirmou que:

“O que mais preocupa não é a grande quantidade, mas sim a falta de qualidade de vários cursos. Boa parte dos cerca de 4 (quatro) milhões de estudantes brasileiros de direito não têm a formação ideal para a carreira jurídica. Essa formação deve ir além do simples estudo das normativas legais. Daí a importância de disciplinas que vão além do direito”.

O Brasil tem, hoje, cerca de 800 mil advogados, menos apenas que Estados Unidos e Índia.

Então, perguntamos: qual o reflexo desse número no mercado jurídico da advocacia corporativa? A falta de qualidade dos cursos de direito afeta o relacionamento dos Departamentos Jurídicos com os Escritórios de Advocacia? Em que medida? O que fazer para aperfeiçoar a advocacia corporativa no que tange à capacitação dos advogados inseridos nas empresas e nos escritórios terceirizados?

Essas e outras perguntas serão objeto de reflexão no tópico a seguir.

2. O MERCADO JURÍDICO DA ADVOCACIA CORPORATIVA NA DÉCADA ATUAL: VELOCIDADE, CONHECIMENTO TÉCNICO E COMPETITIVIDADE COM ÉTICA.

Atualmente, o mercado jurídico está aquecido. Isso porque nosso país pretende figurar no cenário internacional dentre os países desenvolvidos. Para tanto terá que priorizar investimentos em infraestrutura.

A perspectiva, portanto, é de que, nos próximos anos, os investimentos sejam instrumentalizados por milhares de contratos (de trabalho, de crédito, de fornecimento de equipamentos, insumos, mercadorias e serviços).

Quanto maior o número de contratos públicos e privados, maior a circulação de riqueza e viabilização do desenvolvimento.

Como esses contratos estão sujeitos a interpretações diversas, inadimplementos, dívidas, incidência juros, correção monetária, rescisões, anulabilidades, nulidades e incidência de diversos tributos, é possível afirmar, sem muitas chances de erro, que estamos vivendo tempos de muito trabalho no campo da advocacia corporativa.

Quanto aos Departamentos Jurídicos, diante das inúmeras relações contratuais firmadas diariamente, eles se mostram essenciais às empresas, qualquer que seja o seu porte. Um Departamento Jurídico auxilia na elaboração e revisão de contratos de modo a prevenir conflitos.

Diminui o custo final da atividade produtiva porque auxilia no planejamento tributário e

² Clèmerson Merlin Clève, em palestra proferida no “XI Congresso Goiano da Magistratura”, em Goiânia/GO, no auditório da Associação dos Magistrados de Goiás, ocorrido em 26.10.2012. Extrato disponível em: <<http://www.portal730.com.br/politica/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todo-o-resto-do-mundo-somado>>. Acesso em 28.12.2012.

financeiro da empresa.

Além disso, o Departamento Jurídico faz o controle de processos judiciais, o que auxilia o empresário na programação custos e previsão de recebimento de créditos.

Dentre outras funções relevantes, o Departamento Jurídico orienta a tomada de decisões na compra, venda, tomada de crédito, recuperação empresarial, renegociação de débitos e estipulação de obrigações contratuais. E ainda viabiliza a composição amigável de conflitos sem maiores perdas, mormente nas demandas de alto risco.

A importância de diretores e gerentes de departamentos jurídicos nunca esteve tão em alta. Atualmente, sofremos um apagão de mão de obra nesse setor, pois os cursos de direito não formam especialistas em gestão de pessoas, gestão de processos, planejamento estratégico, nem tampouco têm oferecido cursos práticos na área de finanças e economia.

Significa dizer que os gerentes e diretores de Departamentos Jurídicos que têm experiência de mercado estão sendo muito disputados pelas empresas e são recrutados com altos salários. Aumentou a rotatividade desses profissionais nas corporações.

Com isso, é constante a mudança de padrões de relatórios exigidos, de sistemas de informática adotados e de métodos para envio de informações, pois muda a diretoria jurídica, muda também a cultura do Departamento Jurídico e a forma de se relacionar com os Escritórios de Advocacia.

Quanto aos Escritórios de Advocacia, o mercado também é promissor em termos de rendimentos e produtividade. Não é atoa que inúmeras bancas de advocacia de outros países querem se instalar no Brasil.

A concorrência entre os Escritórios de Advocacia aumentou muito na década de 2010. Escritórios menores e mais especializados, também chamados de “Escritório Boutique”, surgiram com o propósito de prestar serviço mais direcionado a determinado ramo do setor produtivo atuando em uma área específica, como por exemplo, direito bancário, direito do seguro, direito ambiental, direito minerário, direito médico, direito agrário etc.

A estruturação dos Escritórios Boutique, de um modo geral, é impulsionada pelo objetivo de prestar um serviço mais especializado, personalizado, com intenso contato com o cliente, atendimento por advogados sócios do Escritório com experiência e foco no *business* da empresa.

Toda essa atenção e o nível de especialização agregam, por óbvio, um custo mais elevado, ou seja, cobram-se das empresas honorários diferenciados por um serviço diferenciado. Também se intensificaram e se aperfeiçoaram, na década de 2010, os escritórios especializados em ações de massa, chamados Escritório de Massa.

Esses Escritórios cuidam de ações que contemplam causa de pedir e pedidos semelhantes, normalmente em causas que discutem ou cobram obrigações previstas em contratos de adesão, em áreas como, por exemplo, direito do consumidor, direito do trabalho.

Os Escritórios de Massa trabalham com grande volume de processos, sendo certo que eles tinham altíssimo custo nas décadas anteriores, notadamente em razão dos gastos com pessoal, com estrutura e gestão das informações. Esse custo foi mitigado (embora ainda continue alto) com o advento do processo eletrônico e dos *softwares* de gerenciamento de processos.

Sabemos que os Departamentos Jurídicos e Escritórios de Advocacia são formados por advogados. Atualmente, esses advogados buscam se diferenciar no mercado jurídico valendo-se de suas habilidades pessoais.

Isso porque a competitividade deve sempre observar o Código de Ética da OAB, que proíbe a captação de clientela e a propaganda.

Mas quais habilidades são exigidas do advogado corporativo?

Além do conhecimento técnico-jurídico, que é extremamente importante ao advogado corporativo, ele deve demonstrar que possui “novas competências”, tais como ter iniciativa, dedicação e comprometimento com os resultados almejados pelo escritório e pelo departamento jurídico.

Saber qual é o negócio do cliente é fundamental. E isso exige conhecimento multidisciplinar, já que o advogado corporativo deverá entender, ainda que superficialmente, de matérias como economia, política, contabilidade, finanças, técnicas de vendas, exportação, importação, marketing etc, tudo isso para conseguir integrar e encontrar novas soluções e alternativas de negócios para seu cliente.

Além dessas qualidades acima, o advogado corporativo deve ter postura ética e agir com responsabilidade social, pois esse será o alicerce da sua carreira. Qualquer distorção de comportamento ético-social pode comprometer a imagem do escritório ou do departamento jurídico em que estiver inserido.

É importante ter essa consciência, principalmente porque hoje vivemos relações sociais cada vez mais intensas nas redes sociais da internet, onde a privacidade e o diálogo ao público, sem interlocutores pré-determinados, acontece com grande frequência.

Então, qualquer palavra que ofenda a ética pode derrubar anos de estudo e dedicação profissional.

Ademais, o advogado deve ter foco nos estudos. cursar Especialização, Mestrado e Doutorado são bons métodos de aprendizagem que podem impulsionar a carreira. Cursos nas áreas de negociação, tecnologia da informação e planejamento estratégico são cada vez mais bem avaliados pelo mercado jurídico corporativo.

Todos esses conhecimentos não terão valor agregado suficiente para o sucesso de um Escritório de Advocacia se, no relacionamento com os Departamentos Jurídicos das empresas, o advogado terceirizado não tiver foco no cliente.

Foco no cliente significa foco na atividade do cliente, no mercado em que o cliente

atua, no perfil dos consumidores e fornecedores do cliente, conhecimento sobre as agências reguladoras e órgãos de fiscalização do cliente e na concorrência do seu cliente.

Em suma, é necessário conhecer muito bem o seu cliente para entender o que ele precisa ou até mesmo para sugerir soluções que ele ainda não tenha enxergado.

O relacionamento dos Escritórios de Advocacia com foco no cliente tem muito mais chances de gerar oportunidades e negócios.

Os Escritórios de Advocacia que já perceberam isso repensaram sua estrutura organizacional.

O relacionamento entre os Escritórios de Advocacia e as empresas passa atualmente pela atenção ao *business* da empresa. Em outras palavras, saber qual é o negócio da empresa, como são as operações, quem são os competidores, qual o público alvo, quais são os fornecedores, como agem e pensam os funcionários e diretores na execução das tarefas, quais os principais desafios da empresa na atual conjuntura econômica, quais são as metas da diretoria e expectativas dos acionistas, qual a linha de responsabilidade social da empresa etc, são elementos muito importantes na criação de oportunidades de negócios pelo Escritório de Advocacia.

Por isso, é necessário repensar os sistemas de informação e comunicação com o cliente.

Além disso, o Escritório de Advocacia deve estar atento ao perfil e remuneração dos seus colaboradores.

A dificuldade de contato com o cliente, a ausência de envio célere de informações e a falta de atenção em assuntos críticos têm sido motivos relevantes para dispensa de serviços de um escritório de advocacia. Esses fatores pesam mais do que o valor dos honorários na hora da rescisão de contrato.

Os Departamentos Jurídicos têm priorizado a disponibilidade e rápido atendimento e a experiência na hora de contratar um Escritório de Advocacia. Esses fatores são mais relevantes, no mais das vezes, que a flexibilidade na negociação de honorários contratuais.

O Departamento Jurídico, enquanto cliente, deve ter uma visão completa do Escritório de Advocacia para contratar bem. Não basta uma visão fragmentada.

Em outras palavras, o cliente deve conhecer as pessoas com as quais terá contato, sendo que a postura delas na comunicação há de ser homogênea, para escolher quais os meios e sistemas de informação considera mais adequado à rotina da empresa, de forma a ter uma visão única do Escritório de Advocacia.

Todo esse alinhamento dos sistemas de informação tem uma razão de ser: são importantíssimos o provisionamento e as reservas de contingências do Departamento Jurídico. E eles devem ser geridos na medida certa.

Não pode sobrar dinheiro, porque imobiliza (ou pouco rentabiliza) o numerário

provisionado. Nem pode faltar dinheiro, porque pode prejudicar as atividades, os investimentos e operações da empresa.

Aliás, a falta de dinheiro em reserva de contingência e provisionamento é causa frequente de demissão de executivos em Departamentos Jurídicos, tamanha a sua gravidade e prejuízos gerados.

Equivale dizer, o correto provisionamento tem impactos nos resultados da Empresa e, conseqüentemente, do Departamento Jurídico. Assim, nesse ponto, é importante que os objetivos, as metas e o orçamentos sejam os mais realistas possíveis. Daí a relevância de auditorias, *compliance* e outros mecanismos de controle.

3. CONCLUSÃO

Na atualidade, constata-se que há grandes oportunidades de negócios para os Escritórios de Advocacia.

Para identificar e aproveitar tais oportunidades, a gestão estratégica é essencial.

A nova realidade de mercado da advocacia corporativa exige que os advogados desenvolvam habilidades extracurriculares e que, de maneira constante, conheçam o mercado dos seus clientes e explorem as potencialidades de novos negócios.

Há grandes oportunidades em parcerias entre Escritórios de Advocacia notadamente quando atuam em áreas complementares.

O *networking* é essencial na criação e manutenção de uma rede relacionamentos profissionais e permite alavancar contatos e negócios. Além disso, os Escritórios de Advocacia aprimoram a publicação de informativos direcionados aos seus clientes, prestando-lhes informações relevantes e novidades na tramitação de projetos de lei, teses jurídicas de vanguarda, jurisprudência inovadora etc.

O Escritório de Advocacia na atualidade, ao prestar serviços para uma empresa, deve estar preocupado, mais com o sucesso dos negócios do cliente do que apenas com o serviço a ser prestado.

Com essa atenção e aproximação, todos ganham, uma vez que o Escritório de Advocacia terá plenas condições de enxergar oportunidades, prevenir conflitos, fechar acordos em demandas complexas e baixar a ansiedade do cliente, mostrando a ele o melhor caminho a seguir.

Não seria desmedido afirmar, fazendo uma metáfora, que a satisfação do cliente é a bússola da nova advocacia corporativa.

5

TENDÊNCIAS EM ADMINISTRAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

Luiz Assi¹

Fernando de Siqueira²

RESUMO

Este artigo apresenta uma visão panorâmica sobre o ambiente contemporâneo da advocacia corporativa, e algumas proposições de gerenciamento empresarial nas atividades dos escritórios de advocacia que atuam neste segmento (direito corporativo). O trabalho visa discutir o caminho para o aperfeiçoamento de uma advocacia de resultados (qualidade e eficiência), sempre tendo como premissa maior o respeito aos ditames legais e éticos que a nobre profissão exige. O desenvolvimento do assunto se deu a partir de estudos de livros técnicos de Administração e de Direito, juntamente com artigos científicos das ciências mencionadas, além das experiências dos autores, que já atuam nesta seara há longa data.

Palavras-chave: advocacia, corporativa, gestão, jurídico, administrar.

¹ Pós-graduando em Gestão Estratégica de Empresas, MBA (Master of Business Administration) em curso na ISAE/FGV. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Curitiba. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Membro da Comissão de Advogados Corporativos da OAB/PR. Advogado sócio do escritório Cabanellos Schuh Advogados Associados.

² Acadêmico do 4º período do curso de Direito da Universidade Positivo (Curitiba-PR), e estagiário no escritório Cabanellos Schuh Advogados Associados.

1. INTRODUÇÃO

A realidade dos escritórios de advocacia, especialmente daqueles que atuam no ambiente corporativo, modificou-se consideravelmente nos últimos dez anos.

A mudança é tamanha que, na 9ª edição da FENALAW – Exposição e Congressos para o Mercado Jurídico, considerado o maior evento da área na América Latina, ocorrido em outubro de 2012, já se debateu a abertura de capital das sociedades de advogados. No encontro, dentre outros temas, se trouxe também à discussão (i) a possibilidade do escritório de advocacia contar com sócios que não sejam advogados, (ii) e a transformação da estrutura do escritório em sociedade empresária, permitindo-se o ingresso de pessoas jurídicas na sociedade.³

Mudanças deste porte exigirão muito debate, por evidente. Mas há outras transformações já em curso e que estão exigindo dos escritórios profissionalização e reestruturação.

Essa mudança de cenário, conforme constata Lara Selem, estudiosa do tema, se deve a um crescimento sem precedentes, na última década, do mercado de prestação de serviços jurídicos no Brasil, alavancado pelo “elevado número de processos movimentados na Justiça, o aumento do volume de serviços de consultoria, a difusão da arbitragem, dentre outros fatores.”⁴ E alerta a escritora, em outra obra, escrita em parceria com Rodrigo Bertozzi, que “uma mão invisível empurra-nos para novas dimensões, por isso chegou o momento exato de revirar tudo: sua carreira, seu escritório e, por fim, sua vida.”⁵

Essas mudanças vêm exigindo uma nova postura dos profissionais que trilham carreira na advocacia. Novas habilidades, antes alheias à esfera de domínio do profissional do Direito, agora lhe são exigidas, como a habilidade em gerir (seja o contencioso, os recursos financeiros, as pessoas do escritório etc.).

O conhecimento da linguagem negocial é outra aptidão essencial para que o advogado corporativo trace uma trajetória de sucesso no cenário atual.

O presente trabalho adentrará no campo arenoso da aplicação dos conceitos de administração empresarial em escritórios de advocacia, sobretudo daqueles que atuam em larga escala, e tentará responder a indagações como a feita por Peter Drucker, considerado o pai da administração moderna: “Mas o que exatamente podemos fazer para um trabalho melhor de gerenciamento?”⁶

Examinar-se-á o cenário atual vivido pelos escritórios de advocacia, sugerindo e analisando métodos e ferramentas considerados eficazes no gerenciamento dessas organizações.

³ AMORIM, Felipe. **Escritórios-empresa impõem debate polêmico sobre abertura de capital das sociedades de advogados. Disponível em** <http://www.estrategianaadvocacia.com.br/noticias2.asp?id=5953> (acesso em 23/12/2012).

⁴ SELEM, Lara. **Estratégia na Advocacia**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25.

⁵ SELEM, Lara; BERTOZZI, Rodrigo. **A Reinvenção da Advocacia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 3.

⁶ DRUCKER, Peter Ferdinand. **A profissão de administrador**. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 68.

Logicamente, a intenção não é esgotar o tema, um tanto quanto complexo, mas despertar interesse e subsidiar o leitor - principalmente o advogado corporativo - de munição para enfrentamento dessa difícil batalha.

2. ADMINISTRAR E PLANEJAR

A nova realidade da advocacia corporativa impôs aos escritórios que atuam neste segmento, como bem coloca Lara Selem e Rodrigo Bertozzi, na obra “A Reinvenção da Advocacia”, reinventarem-se e inovarem-se.

Para vencer essa dificuldade dos novos tempos os escritórios têm investido em gestão e planejamento estratégico. Profissionais do Direito tiveram que agregar aos seus conhecimentos outras habilidades, de outra ciência, a administração.

Gerir é administrar, dirigir, gerenciar. Gestão de contencioso, de pessoas, financeira, de riscos, tudo isso passou a fazer parte do dia a dia do advogado corporativo.

Além das habilidades em gestão, os advogados corporativos se viram na premência de desenvolver outras, como o domínio da linguagem e da realidade dos negócios. Termos técnicos do ambiente negocial, noções de estratégia e de análise de mercado tiveram que ser assimilados e compreendidos, vez que o advogado corporativo passou a compor a mesa de reuniões da diretoria das empresas, auxiliando os executivos na tomada de decisões importantes da organização. O risco jurídico ganhou importância na análise das estratégias e dos planos de ação das corporações.

Para atuar com eficiência neste complexo ambiente de negócios, os escritórios de advocacia corporativa buscaram apoio em ferramentas. Áreas como de TI (Tecnologia da Informação), de gerenciamento de riscos, entre outras, passaram a fazer parte da sua estrutura.

E para que esse arcabouço organizacional possa ser eficazmente administrado, muitos escritórios de advocacia reestruturaram-se, dividindo seus colaboradores em corpo **técnico** (advogados que conduzem processos) e de gestão (gerentes, coordenadores, supervisores, etc.).

Com o escritório estruturado adequadamente, os obstáculos naturais do dia a dia do advogado corporativo serão mais facilmente vencidos. Mas, como alerta mais uma vez Lara Selem, que é quem mais escreveu sobre o assunto, há que se tomar cuidado para que oportunidades não se transformem em ameaças, o que pode se dar “caso os recursos humanos e financeiros não sejam otimizados; caso não se atente ao controle rigoroso na qualidade dos serviços; caso não se atinja uma alta performance técnica; enfim, caso as ações administrativas não sejam devidamente planejadas.”⁷

Para evitar essas ameaças, assinala a escritora antes citada, importante o escritório contar com um planejamento estratégico, identificando cenários e trabalhando adversidades e

⁷ SELEM, Lara. **Estratégia na Advocacia**. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 26.

oportunidades.

A palavra estratégia tem origem grega. Vem de *strategós*, de *stratos*, exército, e *ago*, liderança ou comando (Wikipédia). Sua origem, portanto, é voltada ao comando militar, às táticas utilizadas para vencer a guerra. A literatura relaciona a palavra a políticas, guerras ou jogos.

A área da gestão empresarial possui métodos e ferramentas adequados para enfrentamento das ameaças do mundo dos negócios. O BSC (*balanced scorecard*) é um eficaz método a esse serviço. Trata-se de “um sistema de integração da gestão estratégica a curto, médio e longo prazos que visa ao aprendizado e ao crescimento organizacional.”⁸ Foi criado por Robert Kaplan e David Norton, professores da Harvard Business School, em 1992.

O BSC tem caráter complementar em relação às demais ferramentas utilizadas pela organização, e tem o condão de promover o alinhamento e o controle das estratégias traçadas, valendo-se de medidas financeiras e não financeiras, sob quatro perspectivas, que são: (i) financeira, (ii) dos clientes, (iii) dos processos internos e (iv) do aprendizado e crescimento.

Considerando estas perspectivas, o gestor trabalhará estratégias de o que deve fazer para ser bem-sucedido financeiramente (perspectiva financeira); como quer ser visto pelos seus clientes (perspectiva dos clientes); em quais processos internos deve buscar a excelência (perspectiva dos processos internos); como trabalhar a capacidade de mudar e melhorar (perspectiva do aprendizado e crescimento).

Alinhada e traçada a estratégia, a sua execução pode ser acompanhada e controlada pelo BSC.

Poderia se escrever, facilmente, um livro sobre o BSC. Não é este o objetivo deste trabalho, que procura apenas fazer menção a ferramentas que podem auxiliar os advogados-gestores na sua difícil função de administrar seus escritórios.

Outra ferramenta de gestão que pode ser trazida para utilização **nos escritórios de advocacia** é a matriz de Swot, abreviatura em inglês das palavras *strengths*, *weakness*, *opportunities* and *threats*, que podem ser traduzidas para o português como: forças, oportunidades, fraquezas e ameaças da organização.

Esses quatro quadrantes (forças, oportunidades, fraquezas e ameaças) servem de indicadores da situação da organização.

A doutrina empresarial trabalha com um quadro que denomina de Diagnóstico de Swot, o qual pondera as seguintes relações:⁹

⁸ LOBATO, David Menezes; FILHO, Jamil Moysés; TORRES, Maria Cândida Sotelino; RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert. **Estratégia de Empresas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 160.

⁹ LOBATO, David Menezes; FILHO, Jamil Moysés; TORRES, Maria Cândida Sotelino; RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert. **Estratégia de Empresas**. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 106.

Diagnóstico Swot

Oportunidades		Ameaças
Forças	1. Alavancagem da capacidade ofensiva	2. Capacidades defensivas
Fraquezas	3. Restrições ou debilidades	4. Crise ou vulnerabilidade

Sobre os quadrantes ensinam os administradores:

Os quatro quadrantes servem como sinalizadores da situação da organização. No primeiro, tem-se a alavancagem na capacidade ofensiva, que representa as forças e as capacidades da organização para aproveitar as oportunidades identificadas. O quadrante da crise representa a fraqueza da organização para lidar com as ameaças, podendo sinalizar uma fase de vulnerabilidade e declínio da organização. Na posição do quadrante de capacidades defensivas identificam-se as forças da organização que formam barreiras às ameaças do ambiente externo. Já no quadrante de restrições ou debilidades, as fraquezas da organização impedem ou dificultam o aproveitamento das oportunidades.¹⁰

O gestor do escritório de advocacia não é empresário, já que as sociedades de advogados não são empresas; são, pela nobreza e especificidades da profissão (única referida no texto constitucional, art. 133), sociedades *sui generis*, disciplinadas por legislação especial (Lei nº 8.906/1994).

Mas, no cenário atual vivido pelos escritórios de advocacia, o advogado-gestor deverá contar com o domínio, ainda que mínimo, de ferramentas de gestão e trabalhar com planejamento estratégico, estruturando-se empresarialmente, sob pena de inviabilizar sua administração. Para isso, é recomendável buscar conhecimentos técnicos na ciência da administração e, até mesmo, buscar cursos de especialização nesta área.

3. GESTÃO DE PESSOAS

Muito se houve falar em transformações tecnológicas. No âmbito jurídico são notórios seus impactos positivos, como, por exemplo, a celeridade e as facilidades proporcionadas pelo processo eletrônico. No entanto, o elemento mais importante de qualquer organização continua sendo, e acreditamos que assim sempre vai ser, as pessoas que a compõem.

O guru da administração, Peter Drucker, já dizia que o foco da administração não são tecnologias, nem empresas e nem negócios: é a pessoa.

Daniel Domeneghetti,¹¹ especialista em estratégia corporativa e criação de valor, em

¹⁰ *Idem.*

¹¹ DOMENEGHETTI, Daniel. Jack Welch, Clemente Nóbrega e a Relação da Gestão de RH com o Valor das Empresas. **DOM Strategy Partners**. Disponível em: <http://www.domsp.com.br/midia/ultimos-artigos/jack-welch-clemente-nobrega-e-a-relacao-da-gestao> (acesso em: 07/11/2012).

artigo por ele desenvolvido, cita célebre frase do criativo Walt Disney, para quem “você pode ter todos os prédios do mundo, mas apenas as pessoas são necessárias para tornar um sonho realidade.”

E de fato assim é. As pessoas jurídicas ou afins não passam de criações fictícias. Elas existem e são movimentadas pelas pessoas que a compõe.

Idalberto Chiavenato chama a atenção para o fato de que o capital humano tornou-se uma vantagem competitiva para as organizações bem-sucedidas. Apregoa referido autor:

Na era da informação, lidar com as pessoas deixou de ser um problema e passou a ser a solução para as organizações. Mais do que isso, deixou de ser um desafio e passou a ser vantagem competitiva para as organizações bem-sucedidas.¹²

Mas nem tudo são flores neste campo. Também reside aqui - na gestão de pessoas - as maiores dificuldades encontradas pelo administrador à frente de uma organização, seja ela um escritório de advocacia, uma empresa ou coisa que o valha.

O elemento humano, tão fascinante por sua complexidade e diversidade, é campo de muitas indagações ainda sem respostas. Trabalhar com pessoas é algo que exige muita habilidade e compreensão.

Assim, é altamente recomendável que os escritórios de advocacia tenham sua área de gestão de pessoas, com profissionais especializados neste campo.

Mas, até mesmo por ser o patrimônio mais valioso da organização, como acima referido, a gestão de pessoas deve contar com a participação de perto dos sócios e gestores do escritório. É salutar que cada gestor de área participe ativamente do gerenciamento de sua equipe, tendo no RH (Recursos Humanos) um apoio técnico e um parceiro para que bem possa exercer essa difícil atividade. Os sócios e gestores deverão ainda planejar e estruturar seu escritório para que as pessoas que nele trabalhem possam visualizar oportunidades de crescimento na organização, de ali estabelecer sua carreira, fincar raízes.

Dentre outros, entendemos que são pontos que podem ser trabalhados: (i) planos de carreira e de remuneração; (ii) incentivo para o aperfeiçoamento técnico (subsídio financeiro); (iii) programa de participação nos resultados (PPR); (iv) premiação por ideias que tragam melhoria à organização (Boas Práticas).

Zig Ziglar, escritor e palestrante americano, foi muito feliz ao verbalizar o seguinte pensamento: “As pessoas dizem frequentemente que a motivação não dura. Bem, nem o banho – e é por isso que ele é recomendado diariamente.”

De fato, o gestor deve estar atento a este alerta. A motivação deve ser trabalhada diariamente, e isso exige atenção, dedicação e compreensão do cenário que o cerca, o qual, diga-se, está sujeito a constantes mudanças.

12 CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de pessoas. O novo papel dos recursos humanos nas organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p.34.

Outro ponto importante na gestão de pessoas é manter um programa de avaliação de desempenho, recomendável a cada ciclo de um ano. Essa avaliação não se confunde com os *feedbacks* que devem ocorrer sempre que necessários, de forma clara e objetiva. No programa de avaliação o que se trabalha é o acompanhamento periódico do profissional. Este é o momento ideal para se traçar planos de ação, para desenvolvimento das habilidades do profissional que necessitam ser trabalhadas.

Outro ponto que exige atenção do advogado-gestor é que nos escritórios de advocacia é comum o confronto de gerações. Pessoas da chamada geração "X" (nascidas a partir do início dos anos 60 até o fim dos anos 70) dividem atividades com pessoas da chamada geração "Y" (nascidas a partir do início dos anos 80 até meados dos anos 90). Isso exige habilidade para negociar conflitos que possam surgir das diferenças existentes entre uma e outra geração, e para trabalhar racionalmente com ambas, a fim de compreender seus anseios e maximizar seus potenciais, aproveitando o que há de melhor de cada uma. Também é importante trabalhar para que as diferentes gerações se entendam, se tolerem, e possam trocar experiências e conhecimentos.

Para manter o ambiente de trabalho saudável, importante medir o clima organizacional, com pesquisas periódicas com tal finalidade. Uma medição a cada ano parece ser o ideal.

Como estamos falando de escritório de advocacia, na área de gestão de pessoas é essencial que se trabalhe o aperfeiçoamento técnico do corpo de colaboradores. Programas de subsídio de pós-graduação (*lato* ou *stricto sensu*) e programas internos que ajudem no desenvolvimento da formação do profissional, como encontros periódicos para discussão de temas do dia a dia da organização, é uma boa pedida.

Pesquisa realizada pelo Progep/FIA – Programa de Estudos em Gestão de Pessoas, da Fundação Instituto de Administração¹³, que entrevistou especialistas no tema, acadêmicos, consultores e profissionais de grandes empresas, elencou as principais tendências para as políticas de Recursos Humanos até 2015. As tendências, segundo a pesquisa são: Gestão dos talentos (31,9%); Avaliação de resultados em gestão de pessoas (18,1%); Gestão estratégica de pessoas (11,1%); Gestão do conhecimento e aprendizagem organizacional (8,3%); e Gestão e integração das novas gerações no trabalho (8,3%).

Ao que parece, a pesquisa está em consonância com o que se trouxe acima.

Evidentemente, quando se trabalha com pessoas não há fórmula exata. O gestor há que ter sensibilidade para identificar as aspirações de sua equipe e trabalhá-las de forma a mantê-la motivada.

¹³

Disponível em http://www.fundacaofia.com.br/clipping_do_professor/2011/noticias/31.pdf (acesso em: 08/11/2012).

4. GESTÃO DE DESEMPENHO: MENSURAÇÕES E METAS

Quando se trabalha numa realidade macro, é importante que se estabeleçam formas de mensuração e controles.

Em relação à mensuração, como bem disse Jack Welch, ex-presidente da General Electric, citado por Lara Selem e Rodrigo Bertozzi¹⁴, “se você não medir, não tem uma empresa, você tem um hobby.”

Portanto, há que se trabalhar com indicadores que demonstrem o desempenho do escritório. O fluxo diário, mensal, anual deve ser cuidadosamente analisado. Números como (i) de entrada e de encerramento de processos; (ii) de tipos de ações ingressadas e encerradas; (iii) motivos de encerramento; (iv) de comarca de origem das demandas; (v) de número de peças confeccionadas; (vi) de protocolos realizados; (vii) de prazos cumpridos; (viii) de audiências realizadas; (ix) de tempo despendido em cada processo/tarefa; (x) de decisões do Judiciário neste ou naquele sentido... todos esses, e outros, são dados que devem estar à disposição do advogado-gestor do escritório, para subsidiá-lo na tomada de decisões.

Para obtenção dessas informações o gestor deverá se socorrer da tecnologia. *Softwares* eficientes podem lhe fornecer esses dados de forma bastante simples e rápida, como se explanará abaixo, quando da abordagem do tópico Tecnologia da Informação.

Ciente dos números que o cercam, o advogado-gestor terá o cenário em que está inserido, e poderá traçar a melhor estratégia para a consecução dos objetivos da organização.

William Edwards Deming, chamado “pai do controle estatístico de qualidade”, bem pondera que: “Não se gerencia o que não se mede, não se mede o que não se define, não se define o que não se entende, não há sucesso no que não se gerencia¹⁵”

Portanto, para um gerenciamento eficaz e para se traçar estratégias e planos futuros, necessário conhecer muito bem a realidade na qual está inserido, para o que é essencial o conhecimento dos números que o cercam.

Pertinente às metas, no ambiente corporativo é muito comum os clientes imporem aos escritórios diretrizes de desempenho, e inclusive ranqueá-los de acordo com a sua performance. Também é comum o escritório estabelecer suas próprias metas, como de qualidade/performance, de resultado financeiro, etc.

O desempenho do escritório nas metas estabelecidas por si e, principalmente pelo cliente, ditará seu futuro no mercado jurídico.

Em síntese, é preciso mensurar e atingir os resultados objetivados. Mensurar para se conhecer o cenário no qual está envolto, e atingir os resultados para que atenda às pretensões do cliente e da própria organização. E para isso é necessário manter um rígido controle de dados que possibilitem ao gestor esse mapeamento.

¹⁴ SELEM, Lara; BERTOZZI, Rodrigo. **A Reinvenção da Advocacia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 62.

¹⁵ DEMING, W. Edwards. **Qualidade: A revolução da administração**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1990.

5. GESTÃO DE RISCOS

Em decorrência das transformações mencionadas nos tópicos anteriores, percebe-se que, assim como em todo e qualquer empreendimento empresarial, a advocacia está sujeita a riscos.

Pesquisa realizada pelo CNJ, que apresenta os dados da “Justiça em números” do ano de 2011, revela que tramitaram ao longo daquele ano quase 90 milhões de processos. Desse quantitativo, 71% (63 milhões) já estavam pendentes desde o início do ano (estoque) e os 27 milhões restantes ingressaram durante o ano. Foram baixados aproximadamente 26 milhões de processos, quase o mesmo quantitativo ingressado, e foram proferidas 23,7 milhões de sentenças e decisões.¹⁶ Esses números apontam para um Poder Judiciário mais acessível, o que gera uma aglomeração da quantidade de processos.

Já a pesquisa desenvolvida pela respeitada Revista Análise,¹⁷ revela o aumento dos escritórios que atuam em grande escala. Segundo a pesquisa, em 2006 a maior banca de advogados do país contava com 392 profissionais, e apenas 18 assessorias contavam com mais de 100 advogados. Já em 2011 a maior banca de advogados do país passou a contar com 641 profissionais, e 40 escritórios detinham em suas bancas mais de 100 advogados.

Nota-se, assim, que o Poder Judiciário está trabalhado com uma quantidade elevadíssima de processos, e também que aumentou consideravelmente a quantidade de escritórios de advocacia com um grande número de advogados. Tem-se, pois, que o setor jurídico está trabalhando com números em larga escala.

Esse quadro evidencia os riscos inerentes ao exercício da atividade, os quais têm sua intensidade e incidência realçadas pela proporção dos números apresentados. Com isso, o risco ganhou maior foco nos escritórios de advocacia (pelo menos naqueles que têm uma visão gerencial mais apurada), que passaram a estudá-lo e a buscar seu controle.

Muito pouco se escreveu, até o momento, sobre gestão de riscos nos escritórios de advocacia. Por isso, para a aplicação de seus conceitos e controles nesta seara, sentiu-se a necessidade de buscar práticas de gerenciamento de riscos de outras áreas, como as do ambiente empresarial.

Nesta trilha, para tratar do tema, amparo-nos em estudiosos como Paulo Baraldi, especialista em gerenciamento de riscos empresariais, que faz uma afirmação sobre o assunto seguida de uma interessante indagação:

¹⁶ O Relatório Justiça em Números 2012 é regido pela Resolução n.º 76 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 12 de maio de 2009, e compõe o Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ), coordenado pelo CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/> (acesso em: 01-11-2012).

¹⁷ Revista Análise Advocacia 2011. 500 Os escritórios e advogados mais admirados do Brasil. p. 18.

Riscos (inclusive fraudes) e oportunidades estão no ar. Qual a vantagem e a desvantagem em gerenciar riscos e oportunidades?¹⁸

Prossegue o estudioso assim definindo o processo de gerenciamento de riscos:

O processo de gerenciamento dos riscos e das suas causas e consequências e da percepção das oportunidades pode ser resumido como: identificar, quantificar, selecionar, decidir (administrar, evitar ou transferir), informar e comunicar, acompanhar e aperfeiçoar de forma completa, exata, atualizada, oportuna e aprovada. Alguns riscos e suas respectivas causas e consequências podem interagir entre si, potencializando ou reduzindo seus efeitos na consecução dos objetivos. Mapear essas situações é uma das funções eficientes do gerenciamento de riscos.¹⁹

O respeitado Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) lançou um “Guia de Orientação para Gerenciamento de Riscos Corporativos”, que tem como objetivo expor informações práticas que possam contribuir para o aprimoramento e o bom funcionamento do mercado empresarial.²⁰

O IBGC aborda distintas metodologias e estruturas para o desenvolvimento e implantação da gestão de riscos corporativos dentro de uma empresa. Descreve seis etapas para sua implementação e aborda práticas e conceitos relevantes para qualquer empreendimento. As fases são subdivididas em: identificação e classificação, avaliação, mensuração, tratamento, monitoramento, informação e comunicação dos riscos.

Dentro do Sistema Financeiro, a Resolução nº 003380, de 29 de junho de 2006, do Banco Central do Brasil (BACEN),²¹ dispõe sobre a implementação de estrutura de gerenciamento do risco operacional.

A Resolução dirige-se às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, e determina a elas a implementação de estrutura de gerenciamento do risco operacional, que deve ser compatível com a natureza e a complexidade dos produtos, serviços, atividades, processos e sistemas da instituição (art. 1º e seu § Ú da Resolução).

Referida normativa do BACEN define o risco operacional como “a possibilidade de ocorrência de perdas resultantes de falha, deficiência ou inadequação de processos internos, pessoas e sistemas, ou de eventos externos” (art. 2º). Prossegue dizendo que também se considera risco operacional:

(...) o risco legal associado à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, bem como a sanções em razão de descumprimento de dispositivos legais e a indenizações por danos a terceiros decorrentes das atividades desenvolvidas pela instituição.²²

¹⁸ BARALDI, Paulo. **Gerenciamento de riscos empresariais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p 9.

¹⁹ Ibidem. p 14 e 15.

²⁰ IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Guia de Orientação para Gerenciamento de Riscos Corporativos** (PDF), criado em 21 de ago. 2007.

²¹ BRASIL. Resolução nº 003380, de 29 de junho de 2006, do Banco Central do Brasil. Disponível em <https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=106196825> (acesso em: 05/11/2012).

²² Ibidem, parágrafo único do artigo 1º.

Como se vê dos estudos suprarreferidos, o processo de gerenciamento de riscos envolve, fundamentalmente, (i) a identificação (mapeamento), (ii) a classificação, avaliação ou mensuração do risco, (iii) o estabelecimento de ferramentas de controle (iv) e o seu monitoramento.

Já há escritórios que contam com uma área específica para esse fim (gerenciamento dos riscos) dentro da sua estrutura, o que lhes confere maior segurança e credibilidade frente aos seus clientes.

Práticas como trabalhar com prazo ficto, realizar duplo checklist dos prazos cumpridos, controle das agendas dos prazos e das audiências, controle dos protocolos, das informações lançadas no *software* jurídico do escritório e do cliente, são algumas das atividades de competência da área de gestão de riscos. Há inúmeros outros riscos que merecem atenção, como o da segurança da informação, os riscos de queda de energia e do sinal da internet (principalmente com a vinda forte e sem volta do processo eletrônico), que igualmente merecem atenção.

A sabedoria popular ensina que é fácil fazer difícil, difícil é fazer fácil. A gestão de riscos deve buscar isso, tornar fácil – e seguro – aquilo que para outros é difícil.

Enfim, a gestão de riscos dentro dos escritórios de advocacia é uma ferramenta para proteger e estimular a melhoria de desempenho, colaborando para a identificação e correção de erros, o que fatalmente gerará maior credibilidade frente aos clientes e, conseqüentemente, agregará maior valor ao negócio.

Dessa forma, o gerenciamento contínuo dos riscos na cadeia logística de um escritório de advocacia passa a ser fonte de estudo e de vantagem competitiva frente a um mercado tão exigente, aperfeiçoando suas relações internas e potencializando as suas relações com os clientes e com o mercado.

6. TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

A tecnologia da informação invadiu a vida das organizações e das pessoas provocando inúmeras transformações, tornando-se parceira indispensável para qualquer área de atuação.

Lara Selem assim resume os benefícios trazidos pela tecnologia aos escritórios de advocacia:

Um dos temas que mais evoluíram foi o que diz respeito à tecnologia sob medida para escritórios, já que permite, além da divulgação dos serviços e melhoria das relações com os clientes, o aperfeiçoamento da mobilidade de advogados, o peticionamento eletrônico, expansão do uso da internet, e o crescimento das atividades com economias de escala. Além disso, permite a diminuição de erros nos serviços prestados e, como conseqüência, dos riscos de responsabilidade civil por parte dos profissionais. Com a integração dos sistemas, inclusive o financeiro do escritório, já é possível traçar análises gerenciais mais consistentes e seguras.²³

²³ SELEM, Lara. **Estratégia na Advocacia**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 33.

Com grandes contingentes, na casa dos milhares de processos, significativo número de colaboradores, atuação em múltiplos estados, várias cidades, a tecnologia, de fato, tornou-se aliada indispensável na gestão dos escritórios de advocacia. A proliferação dos processos eletrônicos também exige do advogado conhecimentos e domínios cada vez mais apurados das ferramentas tecnológicas.

Questões como segurança da comunicação, interna e externa, controle da carteira de processos, dos prazos e audiências diários, necessitam forte atenção e ferramentas adequadas de controle e prevenção de riscos.

Por isso, os escritórios de advocacia já têm optado por manter uma área de TI (Tecnologia da Informação) em sua estrutura interna.

Outra escolha que têm feito alguns escritórios é criar e manter seus próprios sistemas de controle de processos. Isso facilita a adaptação do *software* às necessidades da organização, com a criação e o desenvolvimento de ferramentas que aperfeiçoem o fluxo de trabalho.

Ter seu próprio *software* jurídico de controle de processos também facilita a integração de informações com os sistemas mantidos pelos clientes, desde a disponibilização de visualização de abas da ferramenta, até a troca automática de dados entre os sistemas.

Outro ponto importante e que merece a atenção dos escritórios de advocacia é a digitalização de documentos. Já houve tempo em que escritórios mantinham grandes espaços destinados apenas para arquivo. Evidentemente que isso importa em custo, de elevada monta.

Com a evolução tecnológica, hoje já há escritórios que trabalham com 100%, ou quase isso, de seus arquivos digitalizados.

Outra contribuição importante da tecnologia nos escritórios de advocacia é a facilidade gerada na mensuração das atividades e dos resultados. Acompanhamento diário da entrada de processos, tipos de ação, comarcas, de atos aptos ao faturamento etc., tudo isso se tem à mão, sem dificuldade, com alguns cliques, com a geração de relatórios gerenciais.

Enfim, a tecnologia muda constantemente, e parece ser uma realidade com a qual conviveremos perenemente. E sendo assim, por evidente, a área merece toda a atenção das organizações modernas, o que não é diferente nos escritórios de advocacia.

7. INVESTINDO NA CAPACIDADE INTELECTUAL

A advocacia é uma atividade intelectual por excelência. Daniela Vasconcelos de Melo Borges, em artigo publicado no *site* Migalhas, cita J. Guimarães, que, na sua obra "A advocacia como arte", tece as seguintes considerações sobre o advogado:

Afora o uso de seu cabedal científico, tem o advogado de afazer e consubstanciar o material de seu ofício; ora – podemos resumir, - seu ofício é o verbo. Com o manejo da palavra, o advogado expõe, postula, pleiteia e convence. A palavra é para ele, o mais útil e o mais plástico dos meios de trabalho; mas é, ao mesmo passo, o de mais difícil utilização.²⁴

Realmente, o trabalho do advogado exige produção intelectual intensa. Para isso, o profissional deve deter o conhecimento necessário para o desempenho de sua nobre atividade. E isso exige constante estudo e aprimoramento. Ainda mais num país de tão intensa produção legislativa, como é o nosso.

Segundo o Instituto Avante Brasil, dirigido pelos juristas Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o início de novembro de 2011 foram produzidas no Brasil 4.353.665 (quatro milhões, trezentos e cinquenta e três mil, seiscentos e cinquenta e cinco) normas jurídicas, no âmbito federal, estadual e municipal.²⁵ Número assustador, que confere substância à crítica feita pelo referido Instituto, de que este cenário – produção demasiada de normas – favorece o desconhecimento do arcabouço legal.

Novas normas editadas significam produção de doutrina e novas decisões dos tribunais, em busca da consolidação jurisprudencial. Logo, trabalho para o advogado.

Cientes disso, os escritórios de advocacia devem investir em constante atualização e aprimoramento técnico de seus profissionais. Isso pode se dar de várias formas. Pode ser por meio de incentivos para o estudo (seja contribuindo com um percentual dos custos da capacitação do advogado, seja considerando o título conquistado pelo profissional para a evolução no plano de carreira do escritório); pode ser com a criação de cursos *in company*; com a criação de espaços para debates sobre temas de interesse do escritório etc.

O importante é ter a preocupação do investimento em conhecimento, sem o qual o escritório não conseguirá manter-se atuante.

8. MARKETING JURÍDICO: A ESTRATÉGIA DO RELACIONAMENTO COM O CLIENTE

Os escritórios de advocacia que atuam (ou pretendem atuar) no ambiente corporativo se deparam com um mercado cada vez mais concorrido, e lidam com clientes cada vez mais exigentes. Assim, para conquistá-los e fidelizá-los, além da necessidade de prestar serviços altamente qualificados, valer-se de um modelo eficiente e sustentável de gestão é imperativo.

E o escritório tem que transpirar, exalar resultado e eficiência. Tem que mostrar sua cara,

²⁴ BORGES, Daniela Vasconcelos de Melo. **A atividade intelectual exercida pelo advogado**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4482,21048-Empresa+de+trabalho+intelectual+A+atividade+intelectual+exercida+pelo> (acesso em 24 de outubro de 2012).

²⁵ GOMES, Luiz Flávio; MACEDO, Natália. **Desde a CF de 1988: mais de 4 milhões de normas foram editadas**. Disponível em <http://www.institutoavantebrasil.com.br/artigos-do-prof-lfg/desde-cf-de-1988-mais-de-4-milhoes-de-normas-foram-editadas/> (acesso em: 25-10-2012).

sua identidade. Entra aí o chamado *marketing* jurídico, o qual, segundo Rodrigo Bertozzi, “pretende influir na maneira como os clientes percebem o escritório. Não basta ser bom; as pessoas precisam perceber isso.”²⁶

E em meio a um cenário altamente dinâmico e ao mesmo tempo conservador, o *marketing* jurídico tem ganhado notoriedade.

A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) disciplina a publicidade dos serviços advocatícios no seu Código de Ética e Disciplina (CED), capítulo IV. Também o Provimento nº 94/2000, da OAB Federal, corrobora para a regulamentação do aludido tema.

Nos termos do Código de Ética e Disciplina da Ordem, “o advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade” (art. 28).

Segundo Bertozzi, “o maior segredo do *marketing* jurídico é aprender a construir uma percepção vencedora da marca em diferentes ambientes segmentados. Para cada segmento, uma comunicação absolutamente adaptada.”²⁷

De fato, o profissional advogado ou o escritório deve trabalhar sua marca. A marca jurídica é um bem intangível, e, como ensina mais uma vez Bertozzi, especialista no assunto, “é uma identidade e ela consegue representar características fundamentais que são percebidas pelo mercado.”²⁸

Eleito o ambiente de atuação há que nele se especializar de tal forma a ser conhecido, reconhecido e respeitado no meio escolhido. Esse é o *marketing* jurídico. É trabalhar com tamanha eficiência que isso possa ser notado e possa tornar-se sua marca, seu DNA.

Dentro do *marketing* jurídico está estudar e conhecer seus clientes e suas necessidades. É isso mesmo, o *marketing* é mais simples do que parece. No entanto, é algo que necessita de atenção e investimento por parte dos escritórios.

Ronald Swift, especialista nas áreas de gerência e relacionamento com clientes, nos ensina uma abordagem simplificada a respeito da otimização da relação com o cliente. Em seu livro “O revolucionário *marketing* de relacionamento com clientes”, preconiza uma propositura denominada Customer Relationship Management (CRM) que é definida como:

Gerencia de Relacionamento com Clientes é uma abordagem empresarial destinada a entender e influenciar o comportamento dos clientes, por meio de comunicações significativas para melhorar (...), a retenção, a lealdade e a lucratividade *deles*. (...) um processo *iterativo* que transforma informações sobre os clientes em relacionamentos positivos com os mesmos²⁹.

²⁶ BERTOZZI, Rodrigo. **Marketing jurídico essencial**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47.

²⁷ Ibidem, p. 25.

²⁸ Ibidem, p. 49.

²⁹ SWIFT, Ronald. **CRM, customer relationship management: o revolucionário marketing de relacionamento com clientes**. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 12-13.

A partir disso e ressalvadas as terminologias expostas por Swift, direcionadas ao ambiente empresarial, é basicamente isso: há que se ter uma fina sintonia com seu cliente. Conhecer suas necessidades, seus objetivos, o que almeja e, a partir disso, ajudá-lo a alcançar suas aspirações. Cumprindo essa simples, mas complexa tarefa, você estará construindo sua marca.

Como prossegue ensinando Swift, há que se construir um relacionamento com o cliente. E o escritor dá a dica de como deve se dar esta construção:

Para que ocorra um relacionamento, as comunicações devem ser de mão dupla, integradas, registradas e gerenciadas. Sem dados históricos, transações detalhadas, comunicações focalizadas e categorizadas dos clientes, um relacionamento não pode ser efetivamente mantido³⁰.

Há que se alertar que o advogado trabalha, basicamente, com a confiança do cliente. Sem esse sentimento de tão elevada estirpe, o relacionamento se torna de difícil sustentação.

Então, não é necessário fazer publicidade nos meios de comunicação para demonstrar sua capacidade, o que inclusive é vedado no ambiente da advocacia. Basta trabalhar com qualidade e em busca da consecução dos objetivos de seus clientes e, assim, construir sua marca jurídica. Trabalhar a produção intelectual, estudando, discutindo e escrevendo sobre questões jurídicas, de maior ou menor complexidade. Como escreve Rodrigo Bertozzi, "a finalidade do *marketing* jurídico é servir de elo conclusivo entre o mercado (demandas jurídicas possíveis) e os advogados, criando e oferecendo serviços de valor definitivamente percebidos pelos clientes"³¹.

Não há muito mais o que dizer. *Marketing* jurídico é consolidar uma marca, e isso exige muito estudo e trabalho. Tudo perfeitamente alcançável, com uma boa dose de dedicação e paciência, já que isso não acontece da noite para o dia.

9. CONCLUSÃO

A partir de uma análise percuciente dos textos dos renomados autores citados no decorrer do presente artigo, e das práticas vivenciadas no dia a dia, podemos concluir que no ambiente da advocacia corporativa não existem fórmulas ou teorias mágicas para alcançar o sucesso, mais sim muito suor e trabalho árduo. Além disso, compreensão, investimento e ousadia para assumir (e não correr) riscos (calculados) são essenciais.

Importante consignar que a teoria dissociada da prática não passa de palavra sem vida, conhecimento não exteriorizado.


A adoção de ferramentas de gestão empresarial, para uma advocacia responsável e sustentável, mais do que uma boa alternativa se mostra necessário para que as bancas, principalmente as que trabalham no ambiente corporativo, se mantenham no mercado jurídico.

³⁰ Ibidem, p. 13.


³¹ BERTOZZI, Rodrigo. *Marketing jurídico essencial*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 45.

Certamente há muito o que evoluir na gestão dos escritórios de advocacia. Muito o que se escrever e o que se apreender com experiências de países que se encontram num estágio mais avançado do que o nosso, como os Estados Unidos, onde as bancas se preocupam com estas questões desde longa data.

Mas fica a certeza de que o tema já merece acalorado debate por aqui, e há escritórios que já há algum tempo enfrentam com seriedade o assunto.



**OS DESAFIO DO ADVOGADO
CORPORATIVO NA RESOLUÇÃO
EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS**



6

A ARBITRAGEM EM CONTENDAS EMPRESARIAIS

Guilherme Helfenberger Galino Cassi¹

RESUMO

Os institutos jurídicos utilizados no trato do direito empresarial devem acompanhar o mesmo compasso dinâmico que norteia o ramo dos negócios. A arbitragem, como método de resolução de controvérsias, é um instrumento que há muitos anos é entendido como compatível às necessidades do empresariado, pois é mais eficiente que a tutela estatal e diminui os custos de transação. Desta forma, a segurança que o marco legal trouxe à aplicação do instituto faz com hoje ele seja o mais adequado à solução de controvérsias empresariais.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito empresarial. Cláusula compromissória. Compromisso arbitral. Lei 9.307. Negócios internacionais. Relações de consumo. Societário.

¹ Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/PR. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Em alguns anos a arbitragem será o método de resolução de conflitos mais utilizado no âmbito do direito empresarial e substituirá a atual cultura de apego à jurisdição estatal. Tal afirmação é forte, porém se justifica na constatação de que o uso de juízos arbitrais é muito mais adequado a litígios que envolvem negócios empresariais. Não há dúvida de que as relações desta natureza, seja em sua vertente societária, de consumo, ou qualquer outra, são o maior exemplo do dinamismo da atual sociedade de informação e, por este motivo, mostram-se diametralmente opostas à morosidade e insegurança resultantes do abarrotamento do Poder Judiciário e suas instituições.

Se no século XIX, através do Código Comercial, o próprio legislador nacional já havia estipulado que causas comerciais deveriam ser resolvidas através desse meio extrajudicial, pois não coadunavam com a jurisdição estatal, quanto mais se diga na época presente.

Ainda mais, parte-se da premissa que todo empresário preza por conferir mais eficiência aos seus negócios ao mesmo tempo busca a maximização dos seus resultados através da diminuição dos custos de transação. Dois preceitos básicos que são atendidos pela adoção da arbitragem e fazem deste instituto jurídico tão atraente e promissor.

Neste contexto, uma série de fatores, como o sigilo, a paridade de armas dadas aos litigantes, o conhecimento especializado dos árbitros, a rapidez e certeza na resolução dos litígios, fazem com que a arbitragem traga uma maior dinamicidade às relações empresariais e uma economia quando comparado o seu custo e benefício.

Acrescente-se que outra grande vantagem é que instituto arbitral não tem por mote a aplicação da lei em si, mas principalmente do conceito do justo, até porque um termo não necessariamente redundante do outro. Neste sentido, a arbitragem difere-se do meio jurisdicional tradicional quanto à fonte primária na solução de casos concretos, pois, enquanto o juiz de direito deve (ou deveria) recorrer primeiramente à lei, o árbitro pode valer-se unicamente da equidade, dos princípios gerais de direito, usos, costumes e regras internacionais de comércio, mesmo que contraditório a texto legislativo expresso.

Isso sem falar que cada ação que é instaurada perante o juízo arbitral representa uma a menos na quase infinita contagem de processos empilhados nos órgãos do Poder Judiciário. É, portanto, um sistema que favorece todos os participantes.

Mas então, o que falta para que a arbitragem seja utilizada em larga escala quando o assunto é direito empresarial? A resposta é uníssona: o critério cultural enraizado no nosso país de que apenas a tutela jurisdicional possui força suficiente para dirimir controvérsias.

Embora essa ausência da cultura da resolução do litígio fora da via judicial, tem-se que há 15 anos existe no Brasil um marco normativo que difere totalmente desta visão estatal do processo,

sendo que a superação do preconceito com a utilização da arbitragem não prescinde de uma nova estruturação jurídica sobre o tema, mas apenas um novo olhar dos juristas e jurisdicionados sobre ele.

2. HISTÓRIA E CULTURA ARBITRAL

Recorre-se à história para demonstrar que o receio ao método extrajudicial é o reflexo de nosso tempo, pois, por mais recente e excepcional que o instituto da arbitragem possa aparentar ser, a sua utilização no mundo e no próprio Brasil remonta a épocas muito antigas, inclusive ao ser a regra na solução de litígios, e não exceção.

A primeira remissão pode ser feita à Grécia antiga, quando, em um território altamente politizado, era comum o conflito entre Cidades-Estados, principalmente no que diz respeito aos seus limites e influências. Desde aquela época a resolução destes impasses dava-se através da eleição, por ambos os Estados interessados, de um terceiro árbitro que possuía a incumbência de analisar os fatos e sentenciar conforme a equidade.

O instituto da arbitragem também foi utilizado durante o auge de Roma, com grande destaque ao surgimento da cláusula compromissória do juízo arbitral nos contratos firmados entre os romanos. Por previsão, inclusive, da Lei da XII Tábuas, a existência do pacto arbitral fazia com que o pretor, imbuído do poder estatal, elegesse um árbitro, denominado *receptur arbitri*, para sentenciar a controvérsia sem, necessariamente, utilizar-se da lei positivada.

Em tempos mais recentes, já no que diz respeito à legislação brasileira, o Código Comercial de 1850, considerada uma das leis mais importantes do Império, estabelecia a obrigatoriedade de uso do juízo arbitral nas em causas de âmbito societário:

Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

O tema também foi tratado no chamado Regulamento 737, legislação que normatizava o incipiente direito processual civil brasileiro e estendia a utilização obrigatória da arbitragem a todas as demandas cujo objeto de litígio fosse comercial.

Tal posicionamento da legislação brasileira durou pouco tempo, pois, com o intuito de retomar o controle pleno da atividade jurisdicional, a lei 1.350 de 14.09.1866 revogou todas as disposições relativas à arbitragem compulsória presentes no citado Regulamento.

Posteriormente, influenciado pelas tendências internacionais, o Código de Processo Civil de 1939 (assim como o atual, de 1973) previu a possibilidade de utilização da arbitragem, porém de maneira facultativa entre as partes, mesmo que houvesse prévia cláusula contratual que estipulasse o seu uso.

Neste contexto normativo, a ausência de um marco legal que conferisse força ao

instituto, com garantias rígidas e fortes, principalmente no que diz respeito ao cumprimento de suas decisões, fez com que a arbitragem no Brasil restasse completamente à margem da forma tradicional de resolução de controvérsias, criando-se uma cultura altamente enraizada de que apenas a tutela estatal teria a segurança necessária para solucionar conflitos.

Este apontamento, inclusive, é a maior justificativa da reticência para que as partes contratantes (e aqui leia-se também os operadores do direito que auxiliam a redação de contratos) elejam o juízo arbitral como aquele responsável por resolver eventuais conflitos.

O critério cultural é ainda tão presente que, não raras vezes, os próprios cursos de direito não incluem em sua grade curricular qualquer cadeira sobre os meios alternativos de resolução de conflitos – dentre os quais a arbitragem – e desta forma dão continuidade ao ciclo de formação de profissionais que compreendem o instituto como uma ferramenta altamente excepcional.

Não obstante, a cada ano que passa cresce o número de procedimentos que são levados às cortes arbitrais, o que demonstra uma readequação na inteligência comum no que diz respeito ao instituto. Esta modificação de conceito advém, por certo, da constatação de que a utilização da arbitragem é em vários aspectos mais vantajosa que a litigância perante o Poder Judiciário quando o objeto em discussão deriva de um contrato.

3. SIGILO

Um dos principais atrativos da arbitragem, principalmente quando envolvidos interesses comerciais, é o sigilo que envolve todo o procedimento, mostrando-se de grande valia àquelas empresas que não desejam que eventuais litígios, acordos ou decisões sejam conhecidos por outros parceiros, concorrentes ou pela própria clientela.

Esta característica é tão predominante nos juízos arbitrais que o número de pessoas que se envolvem nos julgamentos é sempre reduzido: restringe-se aos árbitros eleitos, às próprias partes junto a seus procuradores e, por fim, aos poucos funcionários da câmara de arbitragem que têm acesso aos procedimentos instaurados.

Conforme convenção arbitral, todos os participantes podem ser obrigados a manter a confidencialidade sobre todos os atos praticados, inclusive sobre o resultado da sentença.

O descumprimento deste preceito redundará no dever da parte inconfidente em indenizar a parte prejudicada, cujo valor poderá ser previamente estabelecido por decisão do tribunal arbitral ou então ser levado ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de uma ação indenizatória comum.

A cláusula de confidencialidade é muito comum, por exemplo, nos contratos de franquia, em que não é interessante ao franqueador que eventual descontentamento ou concessão feita a determinado franqueado seja conhecido por outros contratantes em mesma situação.

4. SEGURANÇA

É notório que o ajuizamento de uma ação judicial não é garantia de que a prestação jurisdicional final se dará de maneira adequada ao caso concreto. Apesar de o juiz togado ser um profissional altamente qualificado no que diz respeito ao direito positivado, pode ocorrer de que certa matéria, cuja resolução depende muito mais da experiência técnica do que do conhecimento jurídico, fuja ao alcance intelectual dos órgãos julgadores e deixe a desejar em sua resolução. Tal situação é ainda mais preocupante quando se fala em relações empresariais, em que a prática cotidiana muitas vezes não é refletida na lei.

Já quando se fala em arbitragem tal fator pode ser mitigado com a indicação de um ou mais árbitros que sejam *experts* em determinado tema, ainda por cima escolhidos pelos litigantes e que, presume-se, gozem do prestígio destes. Desta forma, a adoção do juízo arbitral traz uma sensação mais forte de que a sentença pode não ser favorável, porém será justa. A certeza de justiça, por sua vez, é segurança jurídica.

Pode-se dizer também da atual tendência do Poder Judiciário em se desfazer do texto expresso da lei em benefício de um entendimento jurisprudencial contrário à vontade do legislador. Por mais que o intuito dos julgadores seja o melhor possível, o que acontece é a dificuldade da parte em saber se as leis, sendo-lhes favoráveis ou não, serão aplicadas. É o caso, por exemplo, de as partes desistirem de um recurso na esfera judicial e o Tribunal responsável insistir no julgamento².

Por outro lado no compromisso arbitral permite-se que as partes elejam a letra crua da lei para resolver um assunto, ou, em desapego a ela, os princípios gerais de direito, os usos e costumes, ou mesmo as regras internacionais de comércio. Aqui a arbitragem novamente mostra-se mais interessante ao propiciar às partes a escolha de quais serão as “regras do jogo”, o que, conseqüentemente, traz uma sensação de mais confiança a ambos.

5. DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

É comum no meio jurídico o entendimento de que o grande empecilho quando se fala na adoção em massa do juízo arbitral são os preços envolvidos. Diferente da via judicial, onde a remuneração dos serventuários públicos é custeada pelo Estado e, no que diz respeito aos emolumentos processuais, a parte pode valer-se dos benefícios da gratuidade de justiça, a adoção da arbitragem acarreta no ônus das partes em responder por todos os custos administrativos do feito. Há a obrigação em remuneração dos árbitros e por todas as despesas havidas, além, quando escolhida uma câmara de arbitragem, remunerar o órgão pela condução do procedimento. Estes preços podem ser acrescidos de honorários periciais, despesas de viagem, atos de comunicação e tantos outros, o que resulta em se afirmar que sim, a arbitragem é, na maioria das ocasiões, mais cara que a via judicial.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1308830/RS.

Entretanto, apesar deste fator, a adoção da arbitragem pode corresponder a uma grande economia ao sujeito que atua no âmbito do direito empresarial, ou seja, a relação X benefício pode ser muito favorável. Tal afirmação resulta da diminuição dos chamados custos de transação pela escolha da arbitragem, os quais vão muito além dos simples custos administrativos e podem ser compreendidos como os ônus de se negociar ou fazer cumprir acordos.

Segundo lição trazida por Castelar e Saddi³, a correta aplicação do contrato, a cobrança de indenização por prejuízos às partes ou se estas não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, bem como os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados, são custos de transação que devem ser considerados quando se realiza uma contratação empresarial.

A expectativa em se litigar, portanto, se justifica no fato de que quando as partes vão contratar elas são permeadas pelo sentimento de incerteza trazida pela ausência de informações. Não se sabe, por exemplo, se um dos contratantes cumprirá fielmente os termos entabulados, ou mesmo qual será a conjuntura econômica no país e quais os seus reflexos no desenvolver contratual. É por esse motivo, inclusive, que é comum aos contratos sempre preverem qual o foro competente para resolver as divergências futuras. Há sempre a desconfiança, a qual gera o risco, que por sua vez faz aumentar os custos de se fazer um contrato.

Neste contexto, os custos de transação em face do litígio aumentam ainda mais quando ele é levado ao conhecimento do Poder Judiciário. O uso da máquina judiciária prescinde do dispêndio de custas administrativas, como as despesas de cartório e honorários advocatícios e periciais, e outros custos que são implícitos à existência de um processo judicial, como a demora no fornecimento da tutela jurisdicional e o impacto que isto tem no gerenciamento de recursos, a insegurança jurídica quanto à correta interpretação do caso pelo julgador, a possibilidade de corrupção, a abertura de precedente jurisprudencial negativo, entre tantos outros.

E é justamente quando verificados os custos implícitos que a adoção da arbitragem se mostra mais interessante que a da tutela estatal. A Lei de Arbitragem, mais a frente esclarecida, traz que o procedimento arbitral deve concluir-se em seis meses contados da instituição da arbitragem. É claro que a estipulação do prazo de seis meses é muitas vezes utópica (porém não inalcançável), mas a prática demonstra que as sentenças arbitrais são lavradas em menos de um ano, dependendo da complexidade do litígio e da verificação das provas.

O andamento procedimental é alavancado pelo tratamento quase que especial que é dado a cada caso, pois a primazia neste aspecto é sempre uma bandeira levantada pelas câmaras de arbitragem. Assim, é difícil dizer que o procedimento “está parado”, como por vezes acontece com os processos judiciais. Além disso, o procedimento arbitral possui apenas uma única instância, sem que a parte vencida possa recorrer indefinidamente para protelar o cumprimento de suas obrigações. Menos tempo é menos custo para o empresário. Um processo mais rápido é mais

³ SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 62.

interessante ao advogado. Todos ganham.

Outro ponto interessante diz respeito à confiança que é conferida aos árbitros e, em especial, aos órgãos especializados em arbitragem. No que diz respeito aos julgadores, eles são escolhidos conforme sua destreza e idoneidade entre as partes e permanecem equidistantes de ambos, ou seja, são altamente imparciais. As câmaras de arbitragem, ao seu turno, precisam da reputação de lisura para que possam viabilizar a oferta deste serviço. A atenção à confidencialidade, ausência de corrupção, atenção aos procedimentos, são todos requisitos indispensáveis para manter sempre hígida a imagem da instituição.

Desta forma, ao mesmo tempo em que o procedimento arbitral é mais vantajoso quando comparado ao processo judicial, o contrato empresarial torna-se menos custoso pela certeza das partes de que eventual inadimplemento será resolvido de maneira ágil, eficiente e justa, diminuindo os riscos que envolvem o negócio.

6. A MUDANÇA DE PARADIGMA - LEI 9.307/96

As vantagens da arbitragem sempre foram conhecidas, porém faltava ao instituto um marco normativo que permitisse rivalizar com a tradição e segurança do meio judicial de resolução de conflitos.

Ao seguir tendências mundiais, o instituto da arbitragem tomou novos contornos com a criação da lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. A norma, cujo projeto foi de iniciativa do então Senador Marco Maciel, incutiu ao ordenamento jurídico nacional a força necessária para que a arbitragem seja encarada como uma alternativa real ao uso da tutela jurisdicional do Estado.

A partir de então, o árbitro passou a ser considerado como um juiz de fato e de direito, cuja sentença proferida não estará sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

Tal previsão é um importante componente da Lei de Arbitragem. Uma atitude sábia do legislador que reconheceu que as partes elegem o juízo arbitral justamente por ser mais eficiente quando comparado ao Poder Judiciário, sendo que de nada adiantaria ser necessária a chancela estatal à decisão por ele proferida.

Uma segunda característica reside na inexistência de qualquer analogia ao duplo grau de jurisdição. Diferente do Poder Judiciário em que questões de fato e de direito são conhecidos e dirimidos por um, dois, três ou mais órgãos de julgamento, na arbitragem ela ocorre uma vez.

Afasta-se, portanto, a cultura do recurso, principalmente daquele protelatório, com o simples intuito de se postergar o cumprimento de uma obrigação.

Ademais, a sentença arbitral passou a ter, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

O questionamento da sentença arbitral perante o Poder Judiciário ainda é possível,

porém a matéria versada ficará restrita às hipóteses de nulidade trazidas pela lei 9.307. Assim, apesar de excepcionar a completa e irrestrita autonomia do juízo arbitral, a Lei de Arbitragem afasta a possibilidade de a parte descontente questionar judicialmente o mérito decidido na sentença, ou, como consequência lógica, que o juiz de direito possa reverter a decisão em favor de uma das partes. A intervenção judicial será, no máximo, de declaração de nulidade da decisão, devendo o procedimento arbitral ser repetido em obediência aos preceitos legais, salvo quando nulo for o pacto compromissório.

No que diz respeito aos julgadores, denominados árbitros, traz a lei que eles podem ser qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, sempre em número ímpar.

Em regra será escolhida uma pessoa com conhecimentos técnicos suficientes a dirimir o objeto litigioso da melhor forma, tanto que essa é uma das melhores características do procedimento arbitral, pois a lide estará sob conhecimento de alguém gabaritado no tema, o que, por sua vez, traz uma presunção de segurança jurídica, porque o que for de direito e justo será conferido.

Merece destaque a recente Súmula 485 do Superior Tribunal de Justiça que pacificou o entendimento de que as regras da lei 9.307 se aplicam mesmo àqueles contratos firmados antes de sua publicação. Desta forma caem por terra as muitas demandas judiciais que questionam perante o Poder Judiciário a aplicabilidade de certos preceitos nestes casos, como a obrigatoriedade de adoção do juízo arbitral quando houver cláusula compromissória.

7. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

A promulgação da Lei de Arbitragem e sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional trouxe à luz o debate sobre a sua constitucionalidade, pois, de uma forma ou de outra, a cláusula compromissória possui o condão de impedir o conhecimento de um litígio pelo Poder Judiciário em favor de um juízo extrajudicial.

Como era de se esperar, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião de um recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira⁴, precisou discutir se a Lei de Arbitragem era ou não compatível com a Carta da República.

O resultado do julgamento, obtido por maioria, sedimentou, contudo, que o procedimento arbitral é plenamente compatível com a ordem jurídica constitucional. No que diz respeito à possível ofensa ao artigo 5º, XXXV, o voto do então ministro Carlos Velloso salientou que a arbitragem trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, o princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição representa um direito à ação, e não um dever, sendo que pode ser renunciado pelas partes.

Assim, passada pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, a Lei de Arbitragem pode ser

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7 (MBV v. Resil), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, julgado em 12.12.2001, DJ de 30.04.2002.

considerada como um instrumento sólido e dotado de extrema segurança a resolver litígios oriundos de relações negociais.

8. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O COMPROMISSO ARBITRAL

Duas são as formas de se submeter um litígio à arbitragem: a primeira oportunidade é quando da contratação, através da chamada “cláusula compromissória”, na qual as partes se comprometem a levar qualquer futuro litígio relativo ao contrato a um tribunal arbitral; a segunda verifica-se quando, após deflagrada a lide, as partes, em comum acordo, porém sem prévia cláusula compromissória, decidem buscar a resolução através da arbitragem.

A cláusula compromissória é um elemento de suma importância quando contratada, pois, dentro do novo paradigma constituído após a lei 9.307, a sua previsão torna compulsório aos contratantes o uso do juízo arbitral para dirimir suas controvérsias.

Apesar da obrigatoriedade trazida pelo pacto, pode o instrumento contratual também estabelecer um foro judicial além do arbitral, pois, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a cláusula de eleição de foro poder valer para um âmbito de abrangência distinto do da arbitragem, servindo, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência ou a execução da sentença⁵.

Seja com a previsão em contrato ou não, configurada a pretensão resistida a parte interessada dirige-se ao órgão arbitral que conhecerá da causa e requer a comunicação da outra para que, juntos, firmem o chamado “compromisso arbitral”.

O compromisso arbitral é um termo firmado por ambos os litigantes em que ratificam a escolha da arbitragem. É o momento no qual se escolhe os árbitros e o procedimento (sequencia de atos pré-determinados até se chegar à sentença) a ser adotado. Este momento pode ser encarado como aquele que triangulariza a relação arbitral, tal qual é a citação válida no processo civil.

Já o estabelecimento da cláusula compromissória em contrato poderá se dar de forma “vazia” ou “cheia”. A cláusula compromissória “vazia” é aquela em que as partes simplesmente fazem constar no instrumento contratual que eventual litígio será resolvido através de arbitragem, sem especificar qual será o órgão responsável pelo julgamento e/ou qual o procedimento que deverá ser adotado. A cláusula compromissória “cheia”, por sua vez, mais do que estabelecer o uso do juízo arbitral de forma abstrata, direciona a resolução de eventual litígio a determinado órgão arbitral, ou ainda estabelece quais as regras procedimentais que deverão ser seguidas.

Na formação dos contratos a diferença entre a adoção da cláusula “vazia” ou “cheia” vai muito mais além do que a simples primazia pela completude do instrumento contratual,

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012

principalmente se considerado que a parte demandada poderá posteriormente recusar-se a cumprir o pacto compromissório.

Imagine-se que as partes de um contrato estabeleceram a adoção do juízo arbitral (independente de ser cláusula cheia ou vazia) para qualquer litígio oriundo de um negócio jurídico. No desenrolar do contrato uma das partes descumpra o que fora inicialmente pactuado e gera ao lesado o interesse em levar a questão ao juízo arbitral. Entretanto, quando da intimação do reclamado para firmar o compromisso arbitral, este recusa-se, pois refuta a adoção de qualquer procedimento que não o judicial.

Nesta hipótese, traz a lei que o interessado em usar do procedimento arbitral deverá levar a questão ao Poder Judiciário para que o juiz, após o conhecimento sumário dos fatos e argumentos, supra a vontade do insurgente em firmar o compromisso arbitral e dar início à arbitragem.

Entretanto, não traz a lei que o juiz, em se tratando de cláusula compromissória vazia, deverá - ao seu alvedrio - estipular qual o órgão arbitral a ser utilizado no julgamento da causa, bem como o procedimento que deve ser adotado, enquanto, se houver previsão no contrato quanto ao órgão arbitral e o procedimento (cláusula cheia), apenas ordenará o cumprimento do dispositivo nos termos pactuados.

Um segundo apontamento é que, apesar de controverso, a praxis arbitral traz que em se tratando de cláusula cheia a ausência da assinatura do compromisso arbitral por uma das partes não impede que o procedimento seja instaurado, mas simplesmente faz com que ele exista e corra "à revelia". Nesta hipótese, apesar de inexistir a anuência de uma das partes, entende o Poder Judiciário que não há qualquer nulidade que possa macular o procedimento ⁶.

Nesta hipótese, apenas a parte interessada se manifestará no procedimento até o seu final, o que não impede, porém, que aquele contratante ausente seja comunicado de todos os atos praticados (via carta por exemplo) e possa ingressar no feito a qualquer momento.

Pode-se perguntar se tal atitude não seria fato gerador de nulidade do procedimento, podendo posteriormente ser questionado em juízo (artigo 32, I, Lei 9.307). Com o respeito a opinião divergente, a partir do momento em que as partes elegem um órgão arbitral específico (cláusula cheia) e a adoção do seu procedimento padrão, entende-se que o regulamento daquela instituição passa a fazer parte do contrato, sendo que muitas câmaras de arbitragem preveem a dispensa do termo de compromisso arbitral se a cláusula é cheia. A partir desta premissa, presume-se que as partes desde a formação do contrato já teriam anuído com a instauração da arbitragem independentemente do compromisso.

Desta forma, com a escolha da cláusula cheia, tem-se que o procedimento, mesmo sem o compromisso arbitral por uma das partes, pode ser considerado completamente válido.

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Embargos Infringentes nº 428.067-1/10.

9. A FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO

No que diz respeito ao procedimento arbitral em si, nada impede que as partes, quando da contratação ou na assinatura do compromisso arbitral, elejam um tribunal arbitral “ad hoc” especialmente voltado à solução dos litígios pendentes àquele caso. Conhecida como arbitragem avulsa, estabelece-se a sequência de atos até a prolação da sentença e quais serão os árbitros que julgarão o tema, tudo nos termos da lei.

No mesmo passo, além da utilização da arbitragem avulsa, é possível utilizar aquela conhecida como institucional, sendo que cresce no Brasil o número de câmaras de julgamento especializadas, em sua maioria voltadas a determinados ramos do direito empresarial.

Ao se escolher a chamada arbitragem institucional as partes podem poupar-se em determinar o andamento do procedimento arbitral, pois, em regra, o próprio órgão traz uma sequência de atos próprios que pode ser utilizada pelos interessados.

Nesta hipótese nada impede que todo o procedimento estabelecido pelo órgão arbitral seja flexibilizado em comum acordo entre as partes, seja com a redução ou o aumento de prazos, criação de atos procedimentais, entre tantas outras hipóteses.

10. A SENTENÇA ARBITRAL E SUA EXECUÇÃO

A sentença arbitral, não sujeita a recurso, assemelha-se à sentença judicial em alguns de seus aspectos. A decisão sempre se dará em documento escrito e tem por requisitos a lavratura de um relatório, dos fundamentos da decisão e, por óbvio, do dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão.

A Lei da Arbitragem também traz como requisito essencial a menção em sentença da data e do lugar em que foi proferida. Tal regra se justifica pelo fato de que a inobservância do prazo ou do local de proferimento da decisão estabelecidos no compromisso arbitral são componentes suficientes para se questionar a validade da decisão.

A sentença arbitral decide o objeto em discussão e a repartição das custas, bem como outras providências de caráter mandamental que se fizerem necessárias ao seu cumprimento. Havendo previsão neste sentido, o vencido também poderá ser condenado em litigância de má-fé e em honorários de sucumbência.

Decidida a causa a parte interessa poderá, no prazo de cinco dias a contar de sua ciência, solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que corrija erro material no julgado ou sane eventual omissão, obscuridade, dúvida ou contradição nele existente. Este pedido de esclarecimento é instrumento análogo aos embargos de declaração presentes no Código de Processo Civil.

A possibilidade de inexecução espontânea da sentença arbitral permite que o interessado use da força coercitiva do estado para promover a satisfação dos pontos decididos. Assim, a fim de dar mais segurança ao instituto, a onda reformista trazida pela lei nº 11.232, de 2005, acrescentou o artigo 475 – N ao Código de Processo Civil e, mais especificamente em seu inciso IV, elegeu a sentença arbitral como um título executivo judicial.

Desta forma, o procedimento sumário de execução trazido pelo instituto do cumprimento de sentença pode ser instaurado perante o juízo que seria competente para conhecer do litígio.

A partir deste momento todas as vantagens da tutela estatal são concedidas ao exequente, tal como imposição de multa, uso força policial, penhora, e medidas expropriatórias que se fizerem necessárias ao cumprimento da sentença arbitral.

11. ARBITRAGEM NOS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

Ao se adentrar a algumas relações negociais em espécie, digno de menção é a cultura arbitral no que tange às relações empresariais, pois nesta esfera o instituto é, há tempos, entendido como uma alternativa mais eficiente quando comparada à tutela jurisdicional dos Estados.

Neste campo merecem ressalva os tratados internacionais sobre a matéria que foram ratificados pelo Brasil, bem como a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no país.

O primeiro deles é o Protocolo de Genebra, de 1923, chancelado em 1931 pelo então presidente Getúlio Vargas. Através deste Protocolo os países signatários firmaram o compromisso de respeitar a escolha das partes contratantes, quando sujeitas a jurisdições nacionais diversas, em usar do procedimento arbitral.

A importância desta norma legal foi evidenciada em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça que, ao reafirmar o entendimento sedimentado naquela E. Corte, dispôs que “pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contratantes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial. Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923”⁷.

Tal decisão analisou sentença arbitral estrangeira anterior à edição da lei 9.307, época na qual o cumprimento do pacto compromissório ainda não era obrigatório entre os contratantes. Todavia, apesar de o recorrente argumentar que a adoção do juízo arbitral não era de sua vontade, o respeito ao citado Protocolo fez com que o STJ reconhecesse a validade da sentença condenatória arbitral.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 933.371/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 20/10/2010.

No que diz respeito ao cumprimento de decisões internacionais, apenas em 2002 o Brasil ratificou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, formalizada em Nova York nos idos de junho de 1958.

Tal como traz o artigo segundo da Convenção de Nova York, cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

A ratificação da supracitada Convenção tem efeito apenas protocolar, pois pleonástica em relação à Lei de Arbitragem.

Conforme trazido pela lei 9.307, a homologação de sentença arbitral estrangeira estaria sujeita à provocação da parte interessada e deveria ser feita pelo Supremo Tribunal Federal. Com a promulgação da emenda constitucional nº 45, conhecida como a propulsora da reforma do Judiciário, a competência para tanto foi repassada ao Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe, hoje, verificar se a sentença que se busca ver executada é apta a produzir efeitos jurídicos no país.

12. RELACÕES DE CONSUMO E CONTRATOS DE ADESÃO

A lei 9.307 apresenta que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Fora a capacidade, que é expressamente delimitada pela lei substantiva civil, os direitos patrimoniais são aqueles de cunho obrigacional, nos quais sempre se enquadram os negócios jurídicos empresariais. A disponibilidade trazida pela norma reflete-se na capacidade de alienação, renúncia, transação ou qualquer outra forma de livre disposição de um direito.

Não há que se negar que dentro desta esfera de direitos patrimoniais disponíveis temos as obrigações contraídas em razão de relações de consumo, existentes entre um consumidor final e um fornecedor habitual por ocasião da transmissão de um produto ou pela prestação de um serviço. Todavia, há de se perguntar se um litígio oriundo desta espécie pode ser levado ao conhecimento juízo arbitral.

A resposta, assentada na lei 8.078, parte da presunção de vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor para declarar nula de pleno direito as cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória da arbitragem (artigo 51, VII, lei 8.078/90). Desta forma, apesar de o projeto inicial da lei 9.307 ter proposto a revogação do dispositivo, o texto final não conseguiu ilidir a exceção feita à cláusula compromissória.

Assim posto há que se destacar que a utilização do juízo arbitral em si não é vedada às partes em um contrato de consumo, pois ambas poderão decidir pela arbitragem após a ocorrência da lide, desde que o façam através do compromisso arbitral, porém o consumidor não será obrigado a assim proceder.

No que diz respeito aos contratos de adesão constituídos fora da esfera das relações de consumo, traz a legislação que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

O contrato inegociável, aquele em que a parte contratante não tem o poder de barganhar a inclusão ou alteração de cláusulas contratuais, deve, invariavelmente, trazer a arbitragem compulsória em pleno destaque, isto sob pena de não instauração do procedimento arbitral ou, em pior hipótese, posterior declaração de nulidade pelo Poder Judiciário.

A prática arbitral demonstra que muitos procedimentos decorrentes desta espécie de contrato restam prejudicados por conta da incorreta inclusão da cláusula compromissória. A inobservância das cautelas legais ocasiona, inclusive, um incremento nos custos de transação, pois por vezes o procedimento arbitral será instaurado e, somente em seu curso, será declarada a incompetência daquele tribunal em conhecer da demanda.

13.RELAÇÕES SOCIETÁRIAS

As estatísticas quanto à natureza das demandas que são processadas perante às câmaras de arbitragem demonstram que é crescente o número de divergências societárias que são encaminhadas para a solução arbitral. O fenômeno é justificado pelas grandes vantagens que este meio extrajudicial possui frente ao tradicional processo judicial. O sigilo, a segurança, a celeridade e a eficiência são elementos absolutamente compatíveis com qualquer litígio envolvendo uma sociedade e atraem cada vez mais adeptos.

A história já nos conta que o Código Comercial de 1850 previa em seu artigo 294 que “todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”, ou seja, o próprio legislador do século XIX já coadunava com a ideia de que a arbitragem mostrava-se mais compatível ao cotidiano das sociedades.

Apesar do hiato que existiu entre a revogação da arbitragem compulsória e a renovação legislativa trazida pela lei 9.307, a cultura de resolução destes conflitos sem a interferência do poder público mostra-se como uma tendência.

Assim, poderá a sociedade incluir em seu instrumento social cláusula compromissória que discipline a obrigação de que todos os conflitos originados em relações entre os sócios, e entre estes e a sociedade, sejam resolvidos pelo juízo arbitral. Inclusive, a lei 10.303/2001, a qual trouxe diversas modificações à lei 6.404/76, acresceu o § 3º ao artigo 109 da LSA, cuja redação confirma que “o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser

solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

Ademais, acaso os membros da sociedade queiram resguardar o sigilo da arbitragem compulsória e do procedimento arbitral, violado pela publicidade inerente ao ato constitutivo, nada impede que a cláusula compromissória seja estipulada em um acordo de sócios, instrumento particular e de conhecimento restrito. Nesta hipótese, contudo, a abrangência da arbitragem ficará restrita aos sócios signatários, sem comprometer a sociedade à adoção do juízo arbitral.

14. CONCLUSÃO

Dadas todas as premissas aventadas no presente trabalho é possível afirmar que a arbitragem é um instituto promissor no Brasil, especialmente quando considerada a utilidade que pode ter às relações negociais. A certeza de que eventuais litígios surgidos serão resolvidos de maneira eficiente e segura faz com que os riscos pelo uso do Poder Judiciário restem minimizados, fator que é essencial na formalização e cumprimento dos contratos, especialmente no que diz respeito ao impacto que isso ocasiona na confiança das partes contratantes.

Apesar do incremento das despesas administrativas, os custos de transação são diminuídos em face do sigilo, agilidade, especialidade e flexibilidade que advém do juízo arbitral, de modo que a relação entre ônus e benefícios é sempre favorável à arbitragem.

Com a existência de um marco legal sólido e completo sobre o instituto, cuja constitucionalidade já foi sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, espera-se que o fator cultural de apego à jurisdição estatal seja pouco a pouco superado em favor deste meio extrajudicial de resolução de conflitos, o que, conseqüentemente, trará vantagens a todos os envolvidos, desde os litigantes até ao próprio Estado, que poderá cada vez mais ver-se desincumbido da obrigação em resolver lides que envolvam direitos disponíveis.

7

NEGOCIAÇÃO ESTRATÉGICA

Minimizando Riscos nas Negociações e nas Transações Comerciais entre Empresas

Luciana Kishino De Souza¹

RESUMO

Acionar o Poder Judiciário para a satisfação de um crédito não é a solução mais rápida nem a mais eficaz, e mesmo quando esses obstáculos são ultrapassados, a inexistência de patrimônio do devedor é óbice quase intransponível para o credor exercer seu direito. É nesse cenário que a negociação estratégica, incluindo uma parceria com o próprio devedor, aparece como a solução mais plausível para a higidez e continuidade das transações comerciais com o adimplemento das obrigações contraídas.

PALAVRAS-CHAVE: Crédito – Risco - Inadimplência – Poder Judiciário – Negociação Estratégica – Patrimônio – Desconsideração da Personalidade Jurídica – Avaliação de Inadimplência

¹ Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada atuante na área cível, comercial e consumerista. Sócia de Becker, Pizzatto & Advogados Associados. Autora dos Artigos: "Responsabilidade tributária do sócio administrador da sociedade limitada" in Revista Ibero-Americana de Direito Público, v. XV. Editora América Jurídica. Coordenação: Ives Gandra da Silva Martins e Mauro Roberto Gomes de Mattos. "Habilidade na concessão do crédito" in Gazeta do Povo, edição de 10.11.2010. "Negociação Estratégica: quando e por que negociar na recuperação de crédito" in <http://www.creditsolutions.com.br/carregaArquivo.html?idArquivo=86>. "Ganhar e não levar, a realidade do Poder Judiciário".

1. INTRODUÇÃO

O fortalecimento da classe C e a mudança do perfil socioeconômico do Brasil (entre 2004 e 2010, 32 milhões de pessoas ascenderam à classe média e 19,3 milhões saíram da pobreza) acarretaram o crescimento na oferta de crédito, que vem sendo disponibilizado em várias frentes, como o setor imobiliário, a aquisição de bens duráveis e empréstimos de curto e longo prazo, entre outros.

Entretanto, a fatura de crédito não autoriza descuido na análise do tomador do crédito, de modo que a concessão de crédito impõe que as instituições concedentes desenvolvam habilidades no gerenciamento do risco, permitindo o seu correto dimensionamento.

Quanto menor o dimensionamento do risco, maior a inadimplência. No mundo corporativo esta realidade é bastante presente, uma vez que as próprias empresas produtivas são concedentes de crédito a seus clientes, forçando, desta maneira, que referidas empresas criem uma cultura para o dimensionamento de seus riscos, de forma a possibilitar que a realização de transações comerciais não implique em aumento do número de inadimplência.

Limites de crédito concedidos por fornecedores, por exemplo, para serem oferecidos devem passar por uma minuciosa análise pela empresa concedente, que deve conhecer efetivamente alguns aspectos da realidade econômica da empresa tomadora: o endividamento, a imagem, o cenário econômico do ramo de atuação, a situação patrimonial, clientes e fornecedores, relacionamento com as instituições financeiras, o comportamento enquanto pagadora, a possibilidade de concessão de garantias, etc.

Não bastassem esses indicativos, existem sinais de alerta que a empresa tomadora pode dar durante uma negociação e que podem ser decisivos na concessão do crédito, como, por exemplo, a mudança de gestão, investimentos realizados em atividades distintas da da empresa e administradores com histórico de insucesso.

A análise não pode restringir-se à possibilidade de concessão ou não, mas entrar na avaliação do *quantum* a ser concedido, pois a concessão elevada de crédito (overdose de crédito) pode quebrar a empresa tomadora, fazendo com que ela faça aquisições que ultrapassem sua real capacidade financeira.

Fato é que o modelo de avaliação de risco atual, seja no mercado financeiro ou em transações comerciais, é impreciso, submetendo algumas empresas a riscos que poderiam ser evitados ou, pelo menos, melhor dimensionados.

Por esse motivo é importante a mudança do modelo atual de concessão de crédito, especialmente entre empresas não-financeiras, inclusive do ponto de vista cultural, para que o mercado mantenha-se aquecido e sem sustos desnecessários nas relações comerciais, os quais, certamente, podem representar enorme prejuízo econômico para as empresas.

A dimensão desse prejuízo é extraordinário porque atualmente é grande o desafio de recuperar valores junto aos devedores que descumprem suas obrigações. Ao mesmo tempo em que o processo de recuperação de valores deixou de resolver-se com a simples propositura de uma ação judicial, passou também a exigir um trabalho de avaliação de oportunidades, domínio de um processo de negociação, criação de ajustes contratuais para dar segurança às operações, entre outras providências.

Para começar a reflexão sobre as dificuldades na recuperação de valores, nada melhor do que conhecer a realidade do Poder Judiciário, que constantemente frustram os operadores do direito com os resultados alcançados.

Analizadas as dificuldades da busca de solução no Poder Judiciário, passar-se-á à análise das alternativas para a melhora e a satisfação do crédito. Afinal, o advogado deixou de ser um mero instrumento para a atuação no Poder Judiciário para assumir um papel de orientador e gestor dos interesses do cliente, em especial das empresas que dependem das relações comerciais para a continuidade de sua atividade.

2. A REALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

As ações judiciais, na maioria das vezes, enfrentam duas importantes fases: uma delas quando se busca o reconhecimento de um direito e outra quando, ao ter sido o direito já reconhecido, busca-se a sua satisfação, ou seja, a concretização financeira do resultado positivo do processo (levar o que se ganhou).

Exemplo de reconhecimento de um direito é o que acontece quando alguém que empresta um dinheiro a outra pessoa sem que tenha contrato escrito ou qualquer título de crédito não recebe a devolução do empréstimo e busca o Poder Judiciário para comprovar o direito à devolução (prova testemunhal, extrato bancário, etc).

A decisão judicial favorável ao seu interesse é o reconhecimento do direito que lhe assiste. Ao final desta fase inicial, tecnicamente chamada “processo de conhecimento”, o credor terá um título judicial reconhecedor do seu direito.

A harmonia e efetividade desse processo, no entanto, são maculadas pelo transcurso temporal porque entre o início da ação judicial e a resposta da tutela almejada passam-se anos – e não raramente mais de década –, consequência de uma realidade absurda de morosidade pela qual passa o Poder Judiciário.

Segundo a última pesquisa desenvolvida pela Fundação Getúlio Vargas, PUC-PR e PUC-RS, por solicitação do CNJ², no final de 2010, vários são os problemas que contribuem com a morosidade, entre eles:

² http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpj.pdf

- a) número elevado de ações judiciais em razão do baixo custo do acesso à justiça (pedido de justiça gratuita, Juizados Especiais) e da busca de ganhos fáceis (indústria do dano moral, por exemplo);
- b) falta de preparo técnico de servidores e juízes (falta de especialização para julgamento de algumas causas);
- c) número elevado de processos envolvendo União, Estados e Municípios;
- d) número elevado de recursos e comportamento abusivo das partes.

Uma pesquisa conduzida pelo Instituto Paulista de Magistratura (Ipam) apontou a proporção entre juízes (incluídos os desembargadores) por habitantes no Brasil, que é uma das menores do mundo, como outra causa da morosidade judiciária. Enquanto na Alemanha, país com uma das justiças mais ágeis do mundo, existem 24 magistrados para 100 pessoas, no Brasil são 6,2 juízes para o mesmo grupo populacional (na Bahia a situação é ainda mais crítica, onde são 4 juízes para cada 10.000 moradores).

Outro apontamento da pesquisa do Ipam é o orçamento da Justiça. O orçamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, é quase integralmente empregado para o pagamento de salários. Apenas 0,1% do total de despesas em 2010 e 0,8% em 2009 foram destinados a investimentos. O restante foi absorvido para pessoal e custeio. No Tribunal do Rio Grande a situação é um pouco melhor, com 12,7% do orçamento destinado a investimento. Na Europa a proporção sobe para 30%.

Agravando a defasagem no número de magistrados, a pesquisa do Ipam indica que cerca de 70% dos juízes do Estado de São Paulo (Estado que responde por 41% dos processos que aguardam sentença do país) acumulam funções, dividindo o expediente entre a vara de origem, os juizados especiais e as turmas recursais.

Refutando o número de juízes como causa da morosidade do Poder Judiciário, uma pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros diz que um maior número de juízes não significa redução no congestionamento dos Tribunais, pois o problema está na necessidade de melhor gerenciamento dos recursos, tanto humanos quanto materiais. A assertiva tem por fundamento o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que apresenta o índice de maior despesa e melhor proporção de juízes e de pessoal auxiliar por 100 mil habitantes.

Incluindo os recursos processuais na lista de motivos para a morosidade judiciária, em um de seus pronunciamentos, o Ex-Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, disse que “a multiplicidade de recursos aliada ao sistema de quatro instâncias da Justiça brasileira é a principal causa da longa duração dos processos no país,

que muitas vezes levam décadas para terminar”³.

Em se tratando de temas afetos ao relacionamento comercial entre empresas, o uso instrumental da Justiça passa a ser uma relevante causa para a morosidade do Poder Judiciário. Muitos se utilizam do Judiciário para fins protelatórios, pensando em forçar a contraparte à negociação ou ganhando tempo para blindar seu patrimônio, quando então a celeridade não é interessante.

Exemplos do uso instrumental do Poder Judiciário: ação de sustação de protesto como forma de criar discussão sobre um título para protelar o cumprimento de uma obrigação e com isso ter benefícios em uma negociação ou ter tempo para blindar o patrimônio; criar discussões infundadas afirmando cobrança de encargos excessivos e exigindo prova pericial para ganhar tempo ou ainda afirmando a inexistência de entrega de mercadoria. Cada discussão como esta leva anos para serem definidas, fazendo com que o devedor infelizmente obtenha êxito em seu intento de enfraquecer ou frustrar a situação do credor.

Segundo o Ministro Peluso, “a morosidade da justiça tem sido usada para fins protelatórios, por partes que se aproveitam do congestionamento dos processos, e esse ciclo tem que ser urgentemente rompido. Para isso, é preciso identificar os gargalos e inoperâncias da Justiça, pois com base nesse diagnóstico serão discutidas propostas”⁴.

Existem inúmeras propostas para dar maior agilidade à prestação jurisdicional, entre elas a própria reforma do Código de Processo Civil, norma legal que define, entre outros temas, os recursos cabíveis em ações judiciais.

Apesar da emergencial reforma do Poder Judiciário, infelizmente a tão sonhada eficiência jurisdicional não será a solução de todos os problemas enfrentados pelos credores que precisam lutar pelo direito de receber o crédito, já que de nada adianta “ganhar rápido” se a satisfação do direito depende da concretização do direito judicialmente reconhecido, ou seja, depende da efetiva devolução ou adimplemento do crédito por parte do devedor.

A busca pela satisfação do direito reconhecido, a segunda fase do processo judicial, apresenta outros entraves, e sem sombra de dúvida é o grande motivo da frustração dos credores, razão pela qual merece também especial atenção.

3. A SATISFAÇÃO DO DIREITO RECONHECIDO – “GANHAR E NÃO LEVAR”

Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça, o maior gargalo da Justiça Brasileira está na fase de execução, que é quando se busca concretizar aquilo a que tem direito.

A quantidade de ações de execução paradas chega a ser quase 25 pontos percentuais

³ <http://www.cnj.jus.br/boletim-diario-cnj/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-54-boletim-do-magistrado>

⁴ <http://www.cnj.jus.br/boletim-diario-cnj/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-54-boletim-do-magistrado>

maior do que as que estão na fase de conhecimento.

Segundo a última pesquisa publicada pelo CNJ, o congestionamento de processos na fase de conhecimento na Justiça Estadual totalizou 67,2% em 2009, mas chegou a 87,7% na fase de execução. O mesmo acontece com a Justiça Federal, que tinha congestionamento de 58% na fase de conhecimento e de 82% na de execução.

De cada cem processos em tramitação em 2009 na Justiça brasileira (Justiça Federal, do Trabalho e Estadual), apenas 29 foram finalizados no mesmo período.

Dados estatísticos do Tribunal de Justiça de Pernambuco referente ao primeiro trimestre de 2012 revelam que nas Varas Cíveis, nas Varas da Fazenda Pública e nas Varas dos Executivos Fiscais da Capital (Recife), por exemplo, 40,42% das varas estão com a taxa de congestionamento na fase de execução do 1º grau entre 99% e 99,99%. 21,28% das varas estão com 100% de taxa de paralisação dos processos na faixa de execução. E nenhuma das varas tem índice inferior a 90% de taxa de paralisação⁵. O menor índice de taxa de congestionamento no Estado de Pernambuco é da 2ª Vara Cível da Comarca de Gravatá, com 57,88%.

Sem dúvida que as recentes reformas legislativas, que redesenharam e redefiniram conceitos no processo de execução, estabeleceram mais rapidez ao processo e maiores garantias processuais ao credor. Entretanto, de nada adianta a alteração de conceitos se o efetivo recebimento do crédito ainda depende da capacidade de pagar do devedor.

O sucesso de uma ação de execução ou cobrança de qualquer natureza não depende apenas da agilidade do processo, mas também, e principalmente, da situação financeiro-econômica do devedor, da existência de patrimônio penhorável em seu nome.

Por esse motivo a avaliação da carteira de inadimplência passou a ser uma etapa necessária e extremamente importante em qualquer empresa.

4. A AVALIAÇÃO DA CARTEIRA DE INADIMPLÊNCIA

O ajuizamento de ação judicial deixou de ser a principal recomendação para que o credor receba seu crédito, sendo salutar que ele sempre avalie se é prudente colocar dinheiro “bom” em causas perdidas sem saber as reais possibilidades de conseguir receber algum valor ao final.

Em se tratando de relacionamento comercial entre empresas, quando o devedor é pessoa jurídica, é de extrema importância averiguar a situação da empresa devedora, analisando-se, em suma:

- a) a existência de patrimônio em nome da empresa devedora (busca de bens junto aos registros imobiliários e Departamentos Estaduais de Trânsito e busca de informações cadastrais) para avaliar a chance de sucesso em penhora de bens;

- b) se a empresa devedora está em atividade e, se possível, sua previsão de receitas

⁵ A lista completa de todas as varas do Estado de Pernambuco está disponível no site http://www.tjpe.jus.br/coplan/Relat%C3%B3rio_Estat%C3%ADstico_1Trimestre_2012.pdf

(recebíveis) (busca de referências comerciais - informações com clientes e fornecedores, verificação *in loco* pelos representantes comerciais ou vendedores). O objetivo é a análise da possibilidade de penhora do faturamento, penhora de créditos/recebíveis;

- c) passivos preferenciais (trabalhista, fisco);
- d) análise dos indicadores da empresa (SERASA). Verificar classificação de risco, informações sobre protesto de títulos, cheques sem fundos e ações judiciais;
- e) situação financeira e patrimonial dos sócios – possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da empresa (se possuem bens móveis e imóveis, se são sócios de outras empresas, etc);
- f) conhecer os motivos que levaram à inadimplência da empresa devedora e avaliar as chances de recuperação do cliente/devedor.

É essencial averiguar a situação dos sócios da empresa devedora, de forma a verificar a possibilidade de atingir o patrimônio pessoal deles e aumentar a chance de receber o crédito. A desconsideração da personalidade jurídica, que vem sendo cada vez mais aplicada pelos juízes, é a forma de atingir diretamente o patrimônio dos sócios como se a empresa não existisse e muitas vezes é utilizada quando os proprietários valem-se da pessoa jurídica como cortina para mascarar fraudes que prejudicam terceiros com quem se negociou.

Da doutrina extraem-se as palavras de José Eduardo Soares de Melo sobre a desconsideração da personalidade jurídica:

“Considerando o estatuído no art. 135 do CTN, configura-se a existência de uma teoria do superamento da personalidade jurídica, que se positiva nos casos de abusos de direito, em que os sócios, mediante atuação dolosa, cometem fraude a credores e manifesta violação a prescrições legais. É evidente que não basta o mero descumprimento de uma obrigação, ou inadimplemento a um dever (trabalhista, comercial ou fiscal), até mesmo compreensível devido às gestões e dificuldades empresariais. Só se deve ignorar a personalidade jurídica para o fim de ser responsabilizado patrimonialmente o verdadeiro autor da fraude, tornando-se necessária a transposição da pessoa jurídica para este intuito. É compreensível que o princípio da personalidade jurídica da empresa não pode servir para fins contrários ao Direito, de modo a consagrar-se a simulação, o abuso de direito. A teoria em causa não tem por irredutível escopo anular a

personalidade da sociedade de forma total, mas somente desconstituir a figura societária no que concerne às pessoas que a integram, mediante declaração de ineficácia para efeitos determinados e precisos”⁶.

Ainda que admitida somente em situações excepcionais, a desconsideração da personalidade jurídica é uma situação bastante frequente nas decisões jurisprudenciais, das quais se citam, apenas a título exemplificativo, as seguintes ementas:

“Assim, a desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional, sendo apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de dissolução irregular da empresa, que nada mais é que infração à lei. No caso dos autos, o Tribunal de origem, quando apreciou a questão, fundamentou-se nos seguintes termos (fls. 255/256, e-STJ): “Logo, é dever do sócio administrador, diante da paralisação definitiva das atividades, promover-lhe a regular liquidação, realizando o ativo, pagando o passivo e rateando o remanescente entre os sócios ou os acionistas (art. 1.103 do Código Civil e arts.344 e 345 do Código Comercial). Não cumprindo tal mister, nasce a presunção de apropriação indébita dos bens da sociedade, autorizando o redirecionamento do feito contra seus sócios administradores/gerentes contemporâneos à dissolução irregular. Neste sentido foi lançada a súmula 435 do STJ: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. O redirecionamento é possível ao gestor que exerceu suas funções ao tempo da dissolução irregular, por ser, em tese, o responsável pela dissipação dos bens da empresa, uma vez que, durante o período de sua gestão, estava a par da situação de inadimplência fiscal, cabendo-lhe solver os débitos da pessoa jurídica”. (STJ – AREsp 215921 – Relator: Ministro Humberto Martins – DJ 23/08/2012)

Importante registrar que não é a mera inexistência de patrimônio em nome do devedor que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica. Para sua aplicação é inafastável a constatação de fraude ou abuso da personalidade jurídica. Da jurisprudência extraem-se os seguintes exemplos:

“A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica é medida excepcional de alcance do patrimônio dos sócios ou administradores a partir de dívidas contraídas pela pessoa jurídica por eles administradas, aplicando-se quando constatada a fraude ou abuso da personalidade jurídica. No caso concreto, sequer se demonstra o encerramento das atividades da empresa, não havendo,

⁶ MELO, José Eduardo Soares. Curso de Direito Tributário. 9. ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 292

por outro lado, documentos nos autos que comprovem, inequivocamente, que a agravada tenha praticado fraude contra credores ou utilizado do expediente do abuso de direito. A mera inexistência de bens passíveis de constrição não é suficiente para a aplicação da teoria em tela”. (STJ – AREsp 194970 – Ministro Raul Araújo – DJ 20/08/2012).

“DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DESCABIMENTO INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS HIPÓTESES ELECADAS NO ART. 50, DO CÓDIGO CIVIL PROVAS FRÁGEIS E AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS PARA COMPROVAR POSSÍVEL ATO FRAUDULENTO, ABUSO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. I “(..) A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato.” (STJ - REsp 876.974/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007 p. 236). II - “2. Os sócios respondem não pela circunstância da sociedade estar em débito, não porque são sócios, mas pelo cometimento de ato ilícito, por utilizarem da pessoa jurídica para fins diversos dos que justificaram a sua criação. Por isso que, a inexistência de bens para garantia de eventuais credores e o encerramento da atividade econômica não autoriza, só por isso, desconsiderar a pessoa jurídica para responsabilização dos sócios pelas dívidas contraídas, se não evidenciada a presença dos pressupostos legais, insertos no art. 50, do Código Civil em vigor”. (TJPR AI 366.999-0 XIII CCv Rel. Airvaldo Stela Alves. Pub: 19/01/2007.) DECISÃO UNIPESSOAL DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO PELO RELATOR (ART. 557, CPC) Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (TJPR – Agravo de Instrumento 924629-5 – Relator: Gamaliel Seme Scaff – DJ 27.08.2012)

Mapeado todo o cenário e concluindo que a ação judicial não aparenta ser um caminho promissor, a tentativa de negociação passa a ser uma opção bastante interessante e eficaz.

Se antes era o devedor que implorava por uma oportunidade de liquidar seu débito de forma amigável, hoje é o credor quem faz inúmeras concessões na tentativa de ver satisfeito o seu crédito porque sabe que uma demanda judicial pode resultar no enfraquecimento da possibilidade de receber os valores pleiteados

5. QUANDO E POR QUE NEGOCIAR - MAXIMIZANDO O RESULTADO COM NEGOCIAÇÕES SEGURAS E RENTÁVEIS

Avaliar as oportunidades, definir as possíveis concessões a serem feitas durante o processo de negociação, traçar as melhores estratégias, criar alternativas e definir qual o resultado final esperado são pontos de especial relevância em um processo de negociação.

Qualquer negociação deve buscar o estabelecimento de acordos produtivos, visando, sempre que haja interesse, a manutenção do relacionamento comercial entre as empresas devedora e credora. É certo hoje que para se ter a preferência no recebimento e a atenção do devedor a empresa credora deve apresentar-se como um parceiro estratégico, ainda que não seja este o seu principal interesse.

Uma negociação estratégica pode permitir que o credor alcance os objetivos abaixo explicitados, que seguramente aumentarão as suas chances de atingir o seu principal objetivo, qual seja a recuperação dos valores que lhe são devidos:

a) Tornar-se um credor preferencial

A chance de recebimento do crédito aumenta na medida em que o credor assume uma condição de preferência sobre os demais credores. Preferir, em termos jurídicos, significa “vir primeiro” numa ordem de pagamento. Desse modo, para buscar a preferência é essencial que os credores sempre busquem garantias que melhorem a sua condição.

A obtenção de garantia pode ser a solução para que o recebimento do seu crédito não dependa do valor devido ao Fisco, por exemplo, que não raramente suplanta todos os ativos da empresa.

Pela Lei nº 11.101/2005 (que regula a Recuperação Judicial, Extrajudicial e a Falência do empresário e da empresa), um credor com garantia real (hipotecária, por exemplo) é o segundo na ordem de preferência a receber em caso de falência, seguido dos credores trabalhistas e na frente dos créditos tributários, os quais, normalmente, assumem a posição de maior volume de débitos em uma empresa que está em processo de falência⁷.

Um credor que não tem garantia alguma só receberá após o pagamento dos créditos

⁷ Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidente de trabalho;

II – créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber: *(omissis)*

V – créditos com privilégio geral, a saber: *(omissis)*

VI – créditos quirografários, a saber: *(omissis)*

trabalhistas, dos com garantia real, dos créditos tributários e outros créditos com privilégios especiais, ou seja, na prática é comum que nunca venham a receber seu crédito. Assim, a obtenção de garantias nos contratos buscando imóveis para serem hipotecados e máquinas para serem empenhadas pode ser, sem dúvida, uma providência que merece total atenção dentro das empresas que fornecem crédito de alguma forma.

Existe ainda a possibilidade de o crédito tornar-se preferencial na recuperação judicial se a empresa credora continuar como fornecedora da empresa devedora. É o que autoriza o art. 67 da Lei nº 11.101/2005:

“Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período de recuperação”.

b) Tornar-se um parceiro estratégico para evitar danos comerciais a longo prazo

É neste momento que os credores devem posicionar-se de forma estratégica, sendo parceiro comercial e um facilitador do negócio do seu cliente/devedor.

A manutenção das operações comerciais, desde que não implique em majoração dos riscos, ou seja, desde que novos limites de crédito não sejam concedidos, permitirá que o credor mantenha-se informado sobre os passos do seu cliente/devedor e tenha preferência no recebimento do seu crédito, diante da sua posição de fornecedor parceiro e ainda promova novos negócios.

É importante neste momento atrelar que parte do valor adiantado para a realização de novas compras tenha um percentual destinado ao pagamento das dívidas passadas.

Tal conduta não apenas permitirá que o credor satisfaça o seu crédito de forma segura, contentando a área financeira da companhia, como também permitirá o atingimento de metas comerciais, já que bons negócios podem ser revelados.

Qualquer que seja a negociação deve o credor potencializar os resultados e eliminar os riscos, utilizando-se de amarrações contratuais seguras e adequadas ao caso, e que, ao final, podem inclusive favorecer a sua condição (obtenção de garantias reais, fiadores, etc).

É fato inconteste, portanto, que deverão os credores preparar-se cada vez mais para as negociações, desenvolvendo não só habilidades negociais como também ajustes contratuais que darão segurança à operação, como conhecer o negócio do devedor e avaliar o cenário/mercado; restabelecer laços comerciais auxiliando a empresa devedora no pagamento da dívida e gerar novos negócios.

Muitas vezes a inadimplência pode não ser voluntária, mas resultado de um problema temporário que está sendo enfrentado pelo devedor, situação em que a parceria estratégica pode representar a única possibilidade de recuperação do devedor e a única chance real de recuperação do crédito por parte do credor. E nesse caminho pode ser salutar o envolvimento da área comercial da empresa, já que um dos propósitos é o fomento de negócios futuros, os quais podem ser promissores diante da parceria firmada em um momento de crise.

c) Aumentar o número de garantidores

Quando o credor já tem de antemão conhecimento de que um acordo com o devedor não será efetivamente cumprido, ou que as chances de isso ocorrer são grandes, uma negociação com o propósito de buscar outros garantidores no cumprimento das obrigações do acordo aumentará as chances de recuperação do crédito. Nesse tipo de negociação é possível até mesmo que seja feito um maior número de concessões negociais, já que o propósito é mesmo colher a assinatura daqueles que também se obrigam pela dívida.

Em sendo possível, trazer o garantidor como devedor solidário, sendo ele obrigado ao pagamento da dívida da empresa em condições de igualdade.

Em figurando o garantidor como fiador, é importante que qualquer instrumento firmado com os fiadores traga expressamente cláusula em que o fiador declare renunciar o benefício de ordem, nos termos do artigo 828, inciso I, do Código Civil Brasileiro.

“Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

I – se ele renunciou expressamente;

II – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;

III – se o devedor for insolvente, ou falido”.

Tal condição evita com que o credor tenha que demandar primeiro a empresa para, após demonstrar a inexistência de patrimônio desta, perseguir os bens dos sócios.

De igual modo, no caso de se constituir fiadores casados em regime que não seja de separação de bens, devem os credores ficar atentos com a necessidade de outorga uxória da

esposa, nos termos do artigo 1647⁸, do mesmo diploma legal.

Fato é que, atento as regras legais para validar a condição dos garantidores, a sua existência torna maiores as chances de recebimento da dívida, já que o patrimônio pessoal deles (conta corrente, imóveis, veículos, quotas sociais em outras empresas, etc) poderá responder pela dívida da empresa.

d) Melhorar a “qualidade” do crédito, evitando discussões judiciais (trocar dívida velha por dívida nova para evitar prescrição, tornar incontroversa a dívida se não houver conhecimento de transporte, etc)

Apenas para demonstrar como a decisão por negociar deve ser bem avaliada, é possível que a negociação seja definida com o objetivo de melhorar o direito que o credor possui, ou seja, constituir um documento de reconhecimento da dívida com o intuito, por exemplo, de evitar discussões, ainda que infundadas, sobre a qualidade dos produtos fornecidos, sobre eventual prescrição dos valores cobrados, etc. Neste momento o credor/fornecedor estará buscando reduzir seus riscos em caso de uma demanda judicial, evitando surpresas desfavoráveis durante o processo e reduzindo as chances de discussões meramente protelatórias.

Enfim, inúmeros são os motivos que podem justificar uma tentativa de negociação, sendo certo que hoje os advogados devem atentar para todas as possibilidades, buscando sempre oferecer soluções jurídicas aos seus clientes, auxiliando na tomada de suas decisões e garantindo segurança em suas transações.

6. FORMALIZAÇÃO EFICAZ

Ao fazer qualquer negociação, cuidados mínimos devem ser observados de forma a não prejudicar a condição do credor, a exemplo dos abaixo indicados, que devem estar presentes em qualquer contrato de confissão de dívida.

- estabelecer cláusulas de vencimento antecipado;
- estabelecimento de descontos condicionados ao correto adimplemento das condições de acordo;
- obtenção de garantias pessoais e/ou reais, atendendo as devidas formalidades legais, como, por exemplo, a realização de registro nos Registros de Imóveis em caso de hipoteca e penhor;

⁸ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

(...)

III - prestar fiança ou aval;

- estabelecimento de multas e encargos moratórios, entre outros.

Em que pese a teoria da aparência, é importante ainda que o credor atente para os poderes daquele que negocia e assina qualquer documento, tendo a certeza que tem poderes para se obrigar pela empresa devedora.

Fato é que uma negociação exige cuidados no momento da formalização, avaliando inclusive a conveniência de se falar em novação de dívida. Qualquer negociação bem conduzida, mas incorretamente formalizada, pode implicar em prejuízo ao credor, deixando de ser estratégica para ser prejudicial à satisfação do crédito.

7. CONCLUSÃO

É notório que a garantia constitucional da duração razoável do processo judicial não é assegurada, seja pelo comportamento abusivo das partes, pela ineficiência do processo em si, entre outros entraves. Na fase executiva de um processo, quando aquele que ganhou busca receber o que é devido, os obstáculos são ainda mais graves, já que dependem da existência de interesse e patrimônio do devedor para cumprir uma obrigação ou pagar uma dívida.

Não se olvide que o Brasil é um país onde os devedores têm muitos privilégios e cada vez mais fica difícil que os credores obtenham judicialmente o resultado que esperam. É o chamado “ganha mas não leva”.

Diante deste cenário é salutar que os credores passem a avaliar sua carteira de inadimplência de modo a definir qual a atenção que deve despender em cada cliente/devedor, quais as chances de conseguir recuperar algum valor com o ajuizamento de uma ação judicial, os custos envolvidos, os motivos que levaram à inadimplência, as chances de recuperação do cliente/devedor, qual a chance de uma parceria estratégica facilitar a recuperação do crédito, entre outros pontos de especial relevância.


A avaliação da carteira de inadimplência é um passo decisivo no processo de negociação, na medida em que permite sopesar as oportunidades, definir as possíveis concessões a serem feitas durante o processo de negociação, traçar as melhores estratégias, criar alternativas e definir qual o resultado final esperado.

Independente da decisão a ser tomada, não se pode ignorar a verificação básica que deve ser realizada antes de qualquer ação executiva, avaliando corretamente a situação do devedor e a existência de patrimônio em seu nome. De nada adianta ajuizar uma demanda sem que o devedor possua dinheiro em contas bancárias passível de ser penhorado; faturamento passível de bloqueio em favor do credor; bens móveis e imóveis para servirem de garantia, entre outros.


Enfim, inúmeras são as motivações que podem levar ao início de uma negociação, sendo que cada uma delas exige a definição de uma estratégia e, por óbvio, uma formalização eficaz (documento com cláusulas de vencimento antecipado, estabelecimento de descontos

condicionados, obtenção de garantias pessoais e/ou reais, entre outros).

Nunca é demais lembrar que se no passado os advogados preferiam litigar, hoje eles devem oferecer soluções jurídicas aos seus clientes, auxiliando na tomada de suas decisões e garantindo segurança em suas transações.



**OS DESAFIOS DO ADVOGADO
CORPORATIVO NA ÁREA DO
DIREITO COMERCIAL**



8

A PROTEÇÃO LEGAL DA MARCA COMO INSTRUMENTO PROMOTOR DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UM REFLEXO DO EXERCÍCIO SOCIALMENTE FUNCIONALIZADO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL.

Alysson Hautsch Oikawa¹

Mariana Mendes Cardoso Oikawa²

RESUMO

O direito reconhece a importância econômica da marca para a organização, garantindo a propriedade por meio do registro validamente concedido por autoridade competente. As normas aplicáveis possibilitam ao titular inibir e coibir usos indevidos, além de reclamar perdas e danos. Mas apesar da legislação de propriedade industrial ter como fundamento a proteção do legítimo titular contra atos de concorrência desleal, a utilização indevida de marca deve ser reprimida em razão de garantias outras, relacionadas à promoção da Política Nacional das Relações de Consumo. É desta outra forma de tutela que se ocupa o presente estudo, analisando-a como um efeito da função social da atividade empresarial.

Palavras-chave: Marca. Distintividade. Concorrência desleal. Livre concorrência. Defesa do consumidor. Relações de consumo. Função social da empresa.

¹ Mestre em Direito (Master of Laws, LL.M.) pela University Of Illinois at Urbana-Champaign, EUA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de cursos de graduação no UNICURITIBA e de Pós-graduação no UNICURITIBA, na PUCPR, na Universidade Positivo e na FAE Business School. Advogado (OAB/ PR 33.346).

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora do curso de graduação em Direito da Faculdade de Pinhais (FAPI). Advogada (OAB/ PR 43.021).

1. INTRODUÇÃO

Em artigo recente sobre como empresas de economias emergentes vêm buscando desenvolver marcas globais, a célebre publicação *The Economist*³ afirmou que negócios sem marcas trabalham com margens brutas de 3-8% e estão constantemente em risco de serem superadas por concorrentes mais baratos. Por sua vez, as empresas que identificam suas atividades com marcas se beneficiam de margens maiores (15% ou mais) e de consumidores mais fiéis. Os dados reforçam a importância da marca na manutenção e expansão das organizações, principalmente diante dos graves desequilíbrios financeiros que, desde 2008, afetam praticamente todas as economias do mundo.

O cenário internacional traz óbvios reflexos para a atuação de empresas brasileiras. Em tempos de incerteza econômica, de retração de investimentos, a demanda por determinados produtos é afetada, principalmente em relação a mercadorias sem marca, como commodities. Conforme relatório da Organização das Nações Unidas divulgado em junho de 2012⁴, os preços das commodities caíram significativamente na segunda metade de 2011 e, com exceção do petróleo e derivados, a volatilidade dos preços continua a ser motivo de preocupação para exportadores e importadores.

Enquanto a crise econômica demanda ajustes em margens financeiras, o consumidor exige produtos e serviços mais baratos e que atendam melhor as suas expectativas. Afinal, as tecnologias de comunicação aproximam o público dos detalhes necessários à decisão de compra. Qualquer fornecedor que deseje se destacar perante a concorrência deve compreender que a audiência vem se tornando sofisticada e mais sensível na avaliação de mensagens publicitárias. Em tempos em que a sustentabilidade social e ambiental ganha relevância, as empresas precisam demonstrar maior responsabilidade para com suas atividades. São desafios que impõem a constante necessidade de se redescobrir soluções criativas e inovadoras, fomentadas por investimentos em marketing, pesquisa e desenvolvimento, com vistas à manutenção e melhoramento de sua reputação (“*goodwill*”) perante o mercado e, principalmente, perante os consumidores⁵.

É a boa reputação percebida pelo público que incita o primeiro contato e que fomenta a fidelidade da clientela. O que simboliza essa reputação é a marca. Não por acaso, a marca é frequentemente tratada como o ativo mais importante da empresa. A percepção de que somente

³ “Brand new: Emerging-market companies are trying to build global brands”. *The Economist*. 04/08/2012. Disponível em <<http://www.economist.com/node/2159894>>, acesso em 07 de outubro de 2012.

⁴ O relatório intitulado “*World Economic Situation and Prospects - Update as of mid-2012*” foi lançado 08 de junho de 2012 e está disponível em <<http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/index.shtml>>, acesso em 08 de outubro de 2012.

⁵ “É sintomático que os anglo-saxões chamem de *goodwill* [a] diferença entre o preço pago e o valor líquido contábil da empresa. Afinal, o que remunera de fato esse *goodwill* contábil e financeiro? Precisamente o *goodwill* psicológico por parte dos consumidores e dos distribuidores de todos os membros das áreas administrativa [...], ou seja, ‘boa vontade’ no sentido literal, ‘atitudes e predisposições favoráveis’. Existe, portanto, uma estreita relação entre a análise financeira e a análise de *marketing* da marca. O *goodwill* contábil (em francês *survaleur*) é a avaliação monetária do *goodwill* psicológico que a marca soube focalizar sobre o nome por meio de esforços, tempo, investimentos e constância. Pode-se notar o quanto o termo inglês *goodwill*, ao cobrir as duas facetas do problema, esclarece a fonte do valor da marca.” (destaques no original) KAPFERER. Jean-Noël. *As marcas, capital da empresa: criar e desenvolver marcas fortes*. p. 20-21.

ativos tangíveis possuíam valor foi superada há muitos anos. Os principais estudos sobre as marcas globais mais valiosas apontam nos primeiros lugares aquelas que se notabilizaram por distinguir, sobretudo, bens intangíveis. Cite-se, por exemplo, a consultoria britânica BrandFinance⁶, que coloca a marca “APPLE” como a mais valiosa do mundo, com valor estimado em mais de US\$ 70 bilhões, seguida das marcas “GOOGLE” (US\$ 47,4 bilhões), “MICROSOFT” (US\$ 45,8 bilhões) e “IBM” (US\$ 39,1 bilhões).

O direito reconhece a importância da marca para a organização, possibilitando ao titular reclamar exclusividade uma vez que atenda os requisitos para a obtenção de registro. Uma vez assegurada a propriedade através do registro validamente concedido, as normas aplicáveis garantem ao titular a prerrogativa de exigir que terceiros cessem ameaça ou a lesão à marca, além de reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Contudo, apesar da legislação de propriedade industrial ter como fundamento principal proteger os interesses do legítimo titular contra atos de concorrência desleal, o uso indevido de marcas deve ser reprimido em razão de garantias outras, relacionadas à promoção da Política Nacional das Relações de Consumo. É desta outra forma de tutela que se ocupa o presente estudo, analisando-a como um efeito da função social da atividade empresarial.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A PROTEÇÃO LEGAL DE MARCAS: CONCEITO, NATUREZA E FUNÇÕES.

A proteção legal de marcas integra o ramo jurídico da propriedade industrial⁷ (ou direito industrial), como explica Fábio Ulhoa Coelho⁸:

“São bens integrantes da propriedade industrial: a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca. O direito de exploração com exclusividade dos dois primeiros se materializa no ato de concessão da respectiva *patente* (documentado pela “carta-patente”); em relação aos dois últimos, concede-se o *registro* (documentado pelo “certificado”). A concessão da patente ou do registro compete a uma autarquia federal denominada Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.” (destaques no original)

⁶ Segundo estudo intitulado “BrandFinance Global 500 2012”, disponível em <http://brandfinance.com/images/upload/bf_g500_2012_web_dp.pdf>, acesso em 08 de outubro de 2012. A marca “APPLE” também foi considerada como a mais valiosa pela consultoria estadunidense Millward Brown (valor estimado em US\$ 182,9 bilhões), seguida por “IBM” (US\$ 115,9 bilhões) e “GOOGLE” (US\$ 107,8 bilhões), conforme seu estudo “2012 BrandZ Top 100”, disponível em <http://www.millwardbrown.com/BrandZ/Top_100_Global_Brands.aspx>, acesso em 08 de outubro de 2012. Por sua vez, a consultoria Interbrand destacou a marca “COCA-COLA” como a mais valiosa (US\$ 77,8 bilhões), colocando a marca “APPLE” em segundo lugar (US\$ 76,5 bilhões), seguida por “IBM” (US\$ 75,5 bilhões), “GOOGLE” (US\$ 69,7 bilhões) e “MICROSOFT” (US\$ 57,8 bilhões).

⁷ Conforme o art. 1º, (2), da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883 (Revisão de Estocolmo, 1967, promulgada pelo Decreto nº 75.572, de 08 de abril de 1975): “A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal”.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 1. p. 136.

No Brasil, tal proteção foi elevada à categoria de garantia fundamental, tal qual previsto no inciso XXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988:

“XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”

Observa-se claramente a opção do constituinte em conferir às marcas natureza jurídica de direito de propriedade⁹. Em nível infraconstitucional, os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial são regulados pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei da Propriedade Industrial – LPI), a qual trilha o mesmo caminho. O artigo 5º da LPI qualifica como bens móveis os direitos de propriedade industrial. E, como espécie de bem móvel, a marca devidamente registrada¹⁰ integra o patrimônio de sua titular, seja ela pessoa física ou jurídica¹¹. Assim, no que tange à natureza do direito sobre as marcas, ele pode ser definido como um “direito privado patrimonial, de natureza real, que tem por objeto bens ou coisas incorpóreas, tal como os outros direitos que compõem o quadro da propriedade imaterial”¹² (ou propriedade intelectual).

Do ponto de vista mercadológico, a palavra “marca” pode ser entendida como “o ponto de referência de todas as impressões positivas e negativas” assimiladas pelo consumidor ao longo do tempo, quando se depara com produtos ou serviços designados pela marca, e também com a sua rede de distribuição, seu pessoal, e sua comunicação¹³. A marca cria um vínculo com o público-alvo, representado “o que o consumidor é e o que acredita que a marca oferece para ajuda-lo a reforçar o seu lugar na sociedade”¹⁴. De acordo com Kotler e Armstrong¹⁵:

“Marca é um nome, termo, signo, símbolo ou *design*, ou uma combinação desses elementos, para identificar os produtos ou serviços de um vendedor ou grupo de vendedores e diferenciá-los de seus concorrentes. A marca é uma promessa do vendedor de oferecer, de forma consistente, um grupo específico de características, benefícios e serviços aos compradores. As melhores marcas apresentam uma garantia de qualidade. [...] Os significados mais duradouros de uma marca são seu valores e sua personalidade – eles definem a essência da marca.”

⁹ “A definição da marca como um direito de propriedade, na Constituição, é portanto, de ordem direta e explícita.” BAS-SO, Maristela. *Propriedade intelectual e importação paralela*, p. 55.

¹⁰ Segundo o art. 129 da Lei nº 9.279/96, “[a] propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido [...], sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional [...]”

¹¹ Conforme estabelecem o art. 128 e §1º da Lei nº 9.279/96, podem requerer registro de marca as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou de direito privado, sendo que as de direito privado só podem requerer registro de marca relativo à atividade que exerçam efetiva e licitamente, de modo direto ou através de empresas que controlem direta ou indiretamente.

¹² CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. v. I. p. 351.

¹³ KAPFERER, Jean-Noël. *Op. cit.* p. 20.

¹⁴ SCHULTZ, Don E; BARNES, Beth E. *Campanhas estratégicas de comunicação de marca*. p. 44. “[É] importante entender que a marca tem duas formas de valor: o valor para a organização de *marketing* e o valor para o consumidor. [...] Do ponto de vista do cliente ou consumidor, a marca é um conjunto de muitas formas, fatores, funções e contextos que lhe dão significado no mercado.” SCHULTZ, Don E; BARNES, Beth E. *Campanhas estratégicas de comunicação de marca*. p. 44-45.

¹⁵ KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. *Princípios de Marketing*. p. 195.

A definição legal de “marca” incorpora alguns dos atributos apontados pelos estudiosos do marketing, admitindo-a como signo que diferencia mercadorias e atividades daquelas oferecidas pela concorrência. Neste sentido, o artigo 123, inciso I, da LPI, considera marca de produto ou serviço “aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”. A LPI segue a doutrina mais tradicional sobre a matéria, liderada pelo tratadista Gama Cerqueira¹⁶, que define “marca de fábrica e de comércio” como:

“Todo sinal distintivo aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa. As marcas consistem essencialmente, como o próprio nome indica, em um *sinal* colocado nas mercadorias para distingui-las.” (destaques no original)

A referência legislativa a itens “de origem diversa” não escapa de críticas¹⁷ motivadas, primeiramente, pela coexistência de mercadorias de natureza e finalidade similares, identificadas por diferentes signos que pertencem à mesma titular, atendendo a estratégias comerciais sensíveis a peculiaridades do público-alvo (“target”) e de canais de distribuição¹⁸. Além disso, coexistem no mercado produtos semelhantes, designados por marcas de titulares concorrentes, mas fabricados sob regime de licenças pelo mesmo fornecedor¹⁹. Diante dessas particularidades quanto à noção de “origem” na proteção legal de marcas, vale mencionar os esclarecimentos de Denis Borges Barbosa²⁰:

¹⁶ CERQUEIRA, João da Gama. *Op. cit.* p. 364-365. O renomado tratadista elucida sua definição da seguinte forma: “Dizendo, pois, *todo sinal distintivo*, abrangemos qualquer sinal suscetível de constituir marca, exceto, como é, óbvio, os que a lei explícita ou implicitamente proíbe; *aposto facultativamente aos produtos e artigos*, acrescentamos, porque a marca não é obrigatória, nem precisa ser inerente ao produto, podendo ser aposta de qualquer modo; *das indústrias em geral*, porque o uso das marcas não se restringe a certas e de terminadas indústrias; *para identificá-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa*, porque, embora se aponte como principal função da marca a de distinguir o produto pela sua origem, não é essencial que conte da marca o nome do produtor ou vendedor, de modo que, nesses casos, a marca individualiza e identifica o produto, distinguindo-o de seus similares de origem diversa pelo próprio emblema ou denominação adotada. A definição abrange as duas hipóteses.” (destaques no original) CERQUEIRA, João da Gama. *Op. cit.* p. 365.

¹⁷ Segundo Maurício Lopes de Oliveira: “É imprecisa a definição legal ao determinar que a marca deve distinguir produto ou serviço de outro idêntico ou semelhante de *origem diversa*. Afinal, uma marca também serve para distinguir um produto ou serviço de outro idêntico mesmo quando ambos tenham uma única e mesma origem. [...] Assim, a verdade é que uma marca deve ter suficiente capacidade distintiva para diferenciar produtos ou serviços de outros, tenham ou não origem diversa.” (grifos no original) OLIVEIRA, Maurício Lopes. *Direito de marcas*. p. 1-2.

¹⁸ Há vários exemplos de empresas que oferecem ao consumidor diferentes opções de produtos dentro dos respectivos segmentos de mercado. Dentre outras famosas titulares de registros perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, destacam-se: a) a norte-americana *The Coca-Cola Company* e suas marcas de refrigerantes “COCA-COLA” (registro nº 002399504); “SPRITE” (registro nº 003395367), “FANTA” (registro nº 003351521) e “KUAT” (registro nº 819880248); b) a francesa *Renault S.A.S.* e seus modelos de automóveis “CLIO” (registro nº 818615699), “FLUENCE” (registro nº 826353070), “SANDERO” (registro nº 828202230), e “SYMBOL” (registro nº 900037423); e, c) a brasileira *São Paulo Alpargatas S/A* e seus calçados “HAVAIANAS” (registro nº 811181197), “RAINHA” (registro nº 003011194), “TOPPER” (registro nº 006648371), e “SETE LÉGUAS” (registro nº 810931761).

¹⁹ A taiwanesa *Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, conhecida pela marca “FOXCONN”, é uma das líderes mundiais na fabricação de componentes eletrônicos (mais informações disponíveis no site oficial da empresa disponível em <<http://www.foxconn.com/>>, acesso em 07 de outubro de 2012). Além do fornecimento de componentes, a *Foxconn* também produz, sob licença das respectivas titulares, computadores e outros equipamentos de marcas concorrentes como “SONY”, “DELL”, “HP” e “APPLE” (Vide: “Foxconn fará investimento de R\$ 1 bi em nova unidade em SP”. *Valor Econômico*. 18/09/2012. Disponível em <<http://www.valor.com.br/empresas/2834744/foxconn-fara-investimento-de-r-1-bi-em-nova-unidade-em-sp#ixzz28eghJqTq>>, acesso em 07 de outubro de 2012).

²⁰ BARBOSA, Denis Borges. *O fator semiológico na construção do signo marcário*. p. 21.

“A “origem” a que se refere o direito de marcas é simplesmente o valor concorrencial resultante da coesão e consistência dos produtos e serviços vinculados à marca, que, na perspectiva do consumidor, minoram seu custo de busca de alternativas, e, da perspectiva do investidor, representam a expectativa razoável de uma clientela. Esta relação fática e bilateral, que se realimenta, transcende as licenças, prescinde da garantia de qualidade, ignora a geografia e as peculiaridades de um estabelecimento fabril.”

Ainda sobre a discussão envolvendo as marcas e sua função de indicação de origem, transcreve-se a opinião de Newton Silveira²¹:

“[A marca] não é, também, sinal de origem dos produtos, no sentido de que tenham sido fabricados em determinado local. É sinal de origem no sentido de que o proprietário do sinal é o responsável pela fabricação do produto (quando se tratar de marca de indústria), determinando quem é e como o fará. A aposição da marca ao produto significa que ele foi feito sob responsabilidade do proprietário do sinal, por ele fabricado ou como se tivera sido fabricado por ele. O crédito ou descrédito resultantes incidirão sobre o proprietário da marca, influenciando de forma positiva ou negativa sobre o aviamento do estabelecimento.”

Se, por um lado, é controversa a conformidade da expressão “origem diversa”, por outro, o legislador tratou corretamente da *função distintiva* da marca. Além do mencionado inciso I, de seu artigo 123, a LPI ressalta essa finalidade no artigo 122, que determina serem suscetíveis de registro como marca “os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. Neste mesmo sentido já reconheceu nossa jurisprudência²², “a função primordial da marca é identificar um produto, distingui-lo de outros iguais ou similares existentes no mercado”.

Nesse ponto, ressalte-se, a LPI está de acordo com tratados internacionais sobre a matéria ratificados pelo Brasil, notadamente, a Convenção da União de Paris – CUP, de 1883 (Revisão de Estocolmo, de 1967)²³, e o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPS, de 1994²⁴. Ao tratar dos casos em que o registro de marcas poderá ser recusado ou invalidado, o artigo 6º *quinquies*, B, da CUP traz a hipótese de marcas “desprovidas de qualquer caráter distintivo”. E nos termos do artigo 15, parágrafo 1º, do TRIPS:

“1. Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras,

²¹ SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial: (Lei n. 9.279, de 14-5-1996)*. p. 24. Vide, ainda, a explicação de Gama Cerqueira citada na nota 14, *supra*.

²² TRF-2, 2ª Turma Especializada – Rem. Ex Offício em Ação Cível nº 2004.51.01.520924-9, Rel. Des. Fed. Liliane Roriz, j. 27/04/2011.

²³ Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883 (Revisão de Estocolmo, 1967, promulgada pelo Decreto nº 75.572, de 08 de abril de 1975).

²⁴ Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – ADPIC, mais conhecido pela sigla no idioma inglês “TRIPS”. Trata-se do Anexo 1C da Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Marrakesh, em 12 de abril de 1994, que constitui o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC (promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994).

numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.”

A função distintiva também é destacada no conceito de “marca” adotado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI²⁵:

“A trademark is a *distinctive sign* which identifies certain goods or services as those produced or provided by a specific person or enterprise. Its origin dates back to ancient times, when craftsmen reproduced their signatures, or “marks” on their artistic or utilitarian products. Over the years these marks evolved into today’s system of trademark registration and protection. The system helps consumers identify and purchase a product or service because its nature and quality, indicated by its *unique* trademark, meets their needs.”²⁶ (destaques no original)

Vê-se, portanto, que a distintividade constitui a essência do conceito legal de marca e reflete seu papel mais evidente²⁷. Mas a doutrina também ressalta a função econômica da marca, que se destina a assegurar o investimento do empresário “no valor concorrencial da imagem que a atuação específica da empresa, identificada pelo signo, adquire junto aos consumidores”²⁸. Gama Cerqueira²⁹ já reconhecia a relevância econômica da marca, conforme explicitado abaixo:

“Além de identificar os produtos ou de lhes indicar a procedência, as marcas, como observou Carvalho de Mendonça, “assumem valiosa função econômica, garantindo o trabalho e o esforço humano, representando fator do tráfego e tornando-se elemento de êxito e de segurança às transações”. “Amparando

²⁵ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI foi instituída por meio de Convenção assinada em Estocolmo em 14 de julho de 1967 (“Convenção da OMPI”, promulgada pelo Decreto nº 75.541, de 31 de março 1975). Goza, portanto, de personalidade jurídica internacional. Com sede em Genebra, Suíça, a OMPI tornou-se organismo especializado da Organização das Nações Unidas em 17 de dezembro 1974. O artigo 3º da Convenção da OMPI especifica os fins da Organização: “i) promover a proteção da propriedade intelectual em todo o mundo, pela cooperação dos Estados, em colaboração, se for caso disso, com qualquer outra organização internacional; ii) assegurar a cooperação administrativa entre as Uniões.” Mais informações sobre suas funções e formas de atuação estão disponíveis no web site oficial: <<http://www.wipo.int/>> (acesso em 08 de outubro de 2012).

²⁶ Disponível em: <<http://www.wipo.int/trademarks/en/trademarks.html>>, acesso em 08 de outubro de 2012. Tradução livre: “A marca é um sinal distintivo que identifica certas mercadorias e serviços como aqueles produzidos ou fornecidos por uma pessoa ou empresa específica. Suas origens datam desde os tempos antigos, quando artesãos reproduziam suas assinaturas, ou ‘marcas’ nos seus produtos artísticos ou utilitários. Com o passar dos anos, essas marcas evoluíram para o sistema atual de registro e proteção de marcas. O sistema auxilia consumidores a identificar e adquirir um produto ou serviço porque sua natureza e qualidade, indicada por sua marca única, preenche suas necessidades.”

²⁷ “O sentido da proteção jurídica à marca recai sobre a sua capacidade distintiva, o que explica o teor do artigo 122, da LPI, que estabelece serem suscetíveis de registro como marca os sinais *distintivos*” (destaques no original). OLIVEIRA, Maurício Lopes de. *Op. cit.* p. 4.

²⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.* p. 11.

²⁹ CERQUEIRA. João da Gama. *Op. cit.* p. 349.

as marcas com medidas excepcionais” – acrescenta – “a lei não visa proteger a simples combinação de emblemas ou de palavras, mas proteger o direito, resultado trabalho, da capacidade, da inteligência e da propriedade do industrial ou do comerciante”.”

Nos seus esclarecimentos sobre o sentido da marca na economia, Jean-Noël Kapferer enaltece a reputação adquirida perante o público³⁰:

“A marca só tem valor na medida em que esse símbolo adquire um significado exclusivo, positivo, que se sobressai na mente do maior número de clientes. [...] Esses significados são adquiridos (no sentido literal) por um investimento contínuo da empresa em produção para manter um nível superior de qualidade, em pesquisa de novos produtos adaptados às evoluções dos consumidores, em uma rede de distribuição, em uma campanha de vendas na Europa e em todo o mundo, em despesas de comunicação, em defesas jurídicas contra a falsificação, etc. [...] Com o tempo, os investimentos financeiros e humanos, a regularidade da qualidade, a adaptação às novas expectativas e a proximidade (pela distribuição e pela comunicação) fazem com que o símbolo adquira sentido, através de um conjunto de informações duráveis e difundidas. À diferença da publicidade, que é rapidamente esquecida, a marca permanece na memória com as promessas que a ela são associadas pelo público. Nesta condição, ela está “estocada” na mente dos clientes potenciais e constitui, portanto, um ativo da empresa, que ocupa, graças a ela, uma parte das mentes [...]. Assim, trata-se, de fato, de um ativo no sentido contábil: efetivamente, serve de maneira duradoura para as atividades da empresa e não é consumido em sua primeira utilização.”

Destarte, a marca constitui importante ativo econômico, resultante de esforços em pesquisa e desenvolvimento, controles de qualidade, em marketing e em distribuição, o qual, em vários casos, resulta no item de maior valor no patrimônio da titular. O direito reconhece essa importância ao garantir direitos exclusivos (propriedade) por meio do registro validamente concedido³¹. Conforme observado pelo advogado e economista José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho³²:

“Criada a reputação [de uma marca], o produtor conseguirá maiores lucros em função das repetições de compra, das novas vendas e das economias em custos de busca. Se o direito não conferisse exclusividade ao uso da marca, outros empresários iriam se apropriar dos investimentos

³⁰ KAPFERER, Jean-Noël. *Op. cit.* p. 21.

³¹ As proteções especiais concedidas às *marcas notoriamente conhecidas* e às *marcas de alto renome* são exemplos de como o direito reconhece a importância econômica das marcas para o empresário, buscando evitar seu aproveitamento ilícito. O art. 6º *bis* da CUP estabelece o compromisso dos países signatários em recusar ou invalidar o registro e a proibir o uso de reprodução ou imitação de marca notoriamente conhecida em seu segmento de mercado. Essa marca terá proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil, conforme art. 126 da LPI. Por sua vez, o art. 125 da LPI determina que a marca de alto renome registrada no Brasil também terá proteção especial, em todos os ramos de atividade.

³² PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *Notas sobre direito e economia das marcas*. p. 7.

feitos pelo titular do signo distintivo, via contrafação, eliminando os incentivos econômicos para construção da marca, em primeiro lugar, ou destruindo o seu capital informacional, na medida em que o titular do signo distintivo não teria mais como assegurar consistência da qualidade ou das informações transmitidas pela marca.”

Enquanto a natureza jurídica da marca é de direito de propriedade, conforme acima explicitado, o fundamento do amparo legal é inibir o aproveitamento parasitário da sua reputação, através da prática de concorrência desleal por meio de atos confusórios³³. Newton Silveira³⁴ entende que o conceito de propriedade industrial não pode ser desvinculado da noção de concorrência desleal. Para esse autor, “a repressão à concorrência desleal é, de um lado, fundamento do direito industrial, e de outro, elemento desse direito”³⁵.

O caráter desleal resulta tanto do aproveitamento parasitário da marca do concorrente³⁶, quanto da consequente confusão ou associação causada nos consumidores, os quais se valem da marca como indicação de proveniência. Numa clássica definição de marca, o juiz estadunidense Learned Hand afirmou o seguinte, em decisão proferida no ano de 1928³⁷: “[A merchant’s] mark is his authentic seal; by it he vouches for the goods which bear it; it carries his name for good or ill. If another uses it, he borrows the owner’s reputation, whose quality no longer lies within his own control.” Sobre o tema, destaca-se posicionamento extraído de duas decisões que formaram jurisprudência:

“Com efeito, a marca é um sinal distintivo, destinando-se a distinguir produtos e serviços, ou seja, para indicar que foram produzidos ou fornecidos por determinada empresa ou pessoa, servindo para diferenciá-los dos produtos de seus concorrentes, o que auxilia o consumidor a reconhecê-los, levando-o a adquiri-los porque a natureza e a qualidade dos mesmos atendem às suas necessidades.”³⁸

“A finalidade da proteção ao uso das marcas é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de

³³ Conforme Wilson Pinheiro Jabur, atos confusórios “são aqueles tendentes a causar confusão entre concorrentes, quer entre seus estabelecimentos, produtos ou serviços.” O autor cita José de Oliveira Ascensão ao destacar que a essência desses atos “está em concorrente se enfeitar com penas alheias de maneira a fazer-se passar por outro, ou levar uma confusão no respeitante ao estabelecimento ou aos produtos ou serviços.” JABUR, Wilson Pinheiro. *Pressupostos do ato de concorrência desleal*, p. 352.

³⁴ SILVEIRA, Newton. *Sinais distintivos da empresa*. p. 7.

³⁵ Vide art. 2º, V, da LPI: “A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico do país, efetua-se mediante: [...] V - repressão à concorrência desleal.”

³⁶ Nos casos das *marcas de alto renome* (art. 125 da LPI), “a proteção contra seu uso em produtos inteiramente distintos tem o objetivo de impedir a erosão ou diluição destas; o que há a salvaguardar, neste âmbito, não é tanto a indicação de proveniência, pois pode não existir qualquer risco de confusão entre os produtos, mas sim, e primordialmente, o valor comercial da marca e seu poder de atrair o público.” ADIERS, Cláudia Marins. *As importações paralelas à luz do princípio de exaustão do direito de marca e dos aspectos contratuais e concorrenciais*. p. 46.

³⁷ Trecho do voto proferido no caso *Yale Electric Corp. v. Robertson*, 26 F.2d 971 (2d Cir.1928), tal qual citado em MAGGS, Peter B.; SCHECHTER, Roger E. *Trademark and unfair competition law: cases and comments*. p. 26. Tradução livre: “A marca de um comerciante é o seu selo autêntico; por meio da marca ele atesta as mercadorias que a ostentam; ele leva seu nome para o bem ou para o mal. Se outro utilizá-la, ele empresta a reputação do titular, cuja qualidade já não se encontra sob seu próprio controle.”

³⁸ TRF-2, 2ª Turma Especializada – Rem. Ex Officio em Ação Cível nº 2004.51.01.520924-9, Rel. Des. Fed. Liliane Roriz, j. 27/04/2011.

clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art.4º, VI, do CDC). No tocante a esse último aspecto, o que se vê é que a marca confere uma imagem aos produtos e serviços prestados pelo empresário, agregando, com o tempo, elementos para a aferição da origem do produto e do serviço. Por essa razão, a propriedade das marcas registradas no INPI tem proteção garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da CF/88 [...].”³⁹

Em tempos atuais, além de resguardar essencialmente o empresário contra a concorrência desleal, ganha força o amparo de interesses difusos em relação às marcas utilizadas nas relações de consumo. Mais do que indicar a ligação com a empresa titular, a marca assume finalidade de individualizar o produto ou serviço em face da concorrência, tornando-se “meio hábil e competente” para atestar a legitimidade do produto ou serviço, “posto que o consumidor pouco se preocupa com a sua origem”⁴⁰. Como veremos a seguir, a proteção de marcas serve a propósitos públicos, pois permite que consumidores identifiquem produtos ou serviços que lhe satisfizeram no passado ou que podem corresponder as suas expectativas atuais.

3. A PROTEÇÃO LEGAL DE MARCA SE A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: A TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO DA COIBIÇÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL E AO USO INDEVIDO DE MARCA.

De início, adverte-se, há que ser abandonada aquela visão reducionista, e porque não dizer ideológica, sobre o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), segundo a qual teria ele a função única de tutelar os interesses deste, desprezando os outros partícipes da relação consumerista. O objetivo primordial do referido Código é, como não poderia deixar de ser, “a harmonia das sobreditas relações de consumo”⁴¹.

É evidente que a legislação consumerista não poderia se furtar da proteção ao consumidor, a parte evidentemente mais vulnerável no mercado livre de uma sociedade caracterizada pelo consumo. Entretanto, também se mostra incontestado que o CDC não poderia abandonar o fornecedor, desconsiderando o relevantíssimo papel socioeconômico por este exercido. Se de um lado a vulnerabilidade do consumidor deve ser reconhecida e tutelada, por outro deve ser propiciado e fomentado o desenvolvimento econômico.

Neste sentido, o CDC busca estabelecer um equilíbrio de forças para que se mostrem efetivamente harmônicas as relações estabelecidas entre ambas as partes das relações de consumo. Assim, ao tratar das necessidades e da melhoria da qualidade de vida dos consumidores,

³⁹ STJ, 3ª Turma – REsp 1.105.422/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/05/2011.

⁴⁰ PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*, p. 63.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. p. 17 e 66.

ao proteger a sua dignidade, a sua saúde a sua segurança e os seus interesses econômicos, o legislador o faz com a preocupação de não obstar o exercício da atividade empresarial, essencial ao desenvolvimento nacional.

Este objetivo de pacificação a que se propõe o Código de Defesa do Consumidor é bem observado quando da análise do seu Capítulo II, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo. Já no *caput* do seu primeiro artigo, evidencia-se tal preocupação, a qual é confirmada na redação dos incisos subsequentes⁴².

Merece destaque, para os fins que se propõe este estudo, o inciso VI do acima mencionado artigo 4º. De acordo com este dispositivo, são princípios da citada Política a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.

O referido dispositivo bem demonstra o equilíbrio relacional buscado pelo CDC. Este se socorre das leis de defesa do mercado e de proteção da propriedade industrial para garantir a liberdade das relações mercadológicas, a sadia concorrência e o ativo intelectual dos fornecedores, o que, conseqüentemente, irá proteger o consumidor, o “destinatário final de tudo quanto é colocado no mercado de consumo”⁴³.

Não há aqui o interesse de retirar a importância da repressão ao abuso econômico para a tutela das relações de consumo. Contudo, conforme delineado nos itens anteriores, o artigo em questão tem por preocupação o estudo da proteção legal da marca como instrumento promotor da Política Nacional das Relações de Consumo, por tal razão este voltará suas atenções para a coibição à concorrência desleal e à utilização indevida daquela.

Cabe demonstrar de que forma a repressão à concorrência desleal é relevante para fins de proteção das relações de consumo. Para tanto, há que se destacar que o dispositivo em questão tem perfeita consonância com o artigo 170 da Constituição Federal, o qual trata, sabidamente, da

⁴² “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.”

⁴³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor;”

ordem econômica. Esta, de acordo com o texto constitucional é informada, dentre outros, pelos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor⁴⁴.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o primeiro objetivo da livre concorrência é garantir “a proteção à liberdade subjetiva dos concorrentes, ou seja, a proteção à defesa dos interesses dos comerciantes”⁴⁵. É em um segundo momento, entretanto, que se atinge o outro objetivo da garantia de livre concorrência, qual seja, a tutela dos interesses dos consumidores.

A noção de livre concorrência encontra-se umbilicalmente ligada a de livre iniciativa, uma vez que, pode-se afirmar, inexistente uma real liberdade de empreender se não for garantida a liberdade de concorrer. Ora, a competição tem por intuito a conquista do mercado através da cativação de consumidores para os seus serviços e produtos, revestindo-se com contornos de essencialidade para fins da manutenção e da prosperidade da atividade empresária.

No que se refere aos consumidores, pode-se afirmar que é através das práticas concorrenciais lícitas que se garante a estes o pagamento de preços justos, assim como se estimula o desenvolvimento tecnológico, o qual determina a melhora da qualidade dos produtos e serviços oferecidos para consumo.

A competição, por ser econômica e socialmente salutar, deve ser a todos garantida. O que não se admite, neste contexto, é que a ânsia por lucro dos fornecedores acabe atingindo esta liberdade concorrencial, através da utilização de meios indevidos para a sua promoção. O resultado de tal prática será, certamente, o aumento dos preços e a queda da qualidade dos produtos e serviços, a redução das alternativas de compras e do direito de opção dos consumidores, além da estagnação tecnológica⁴⁶.

Fábio Ulhoa Coelho⁴⁷ ressalta a dificuldade de se diferenciar a concorrência leal da desleal, pois, em ambos os casos, o empresário objetiva causar dano aos concorrentes, com o intuito de obter maior participação no mercado. Para o autor, “são os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem”, e arremata: “Há meios idôneos e meios inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento de concorrentes. Será assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva.”

Na falta de uma definição legal para o conceito de “concorrência desleal”, valemos do disposto no artigo 10 *bis* da Convenção da União de Paris, que dispõe: “Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrária aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.” O dispositivo enumera algumas das condutas que devem ser particularmente reprimidas: a) os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; b) falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Op. cit.* p. 104.

⁴⁵ JABUR, Wilson Pinheiro. *Op. cit.* p. 340-341.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Op. cit.* p. 95.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* p. 190-191.

a atividade industrial ou comercial de um concorrente; e c) indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

No artigo 195 da Lei nº 9.279/ 1996 encontramos catorze incisos que tipificam os chamados crimes de concorrência desleal. Para deste estudo, que foca na vertente confusional da concorrência desleal, destaca-se a conduta do inciso III do mencionado artigo 195, i.e., o emprego de meio fraudulento com vistas ao desvio de clientela de outrem. Este meio nos parece constituir o fundamento da concorrência desleal⁴⁸, e a ele detém-se o presente artigo, ante a sua relação com o uso indevido de marca, outra prática coibida pelo inciso VI, do artigo 4º, do CDC.

Não há dúvidas que pode uma marca ser indevidamente utilizada com fins concorrenciais desleais, ante a possibilidade de confusão que representa. O consumidor pode ser levado a adquirir um produto ou um serviço por acreditar possuir esta determinada proveniência ou qualidade que não corresponde à verdadeira; é o que a doutrina especializada denomina de “aproveitamento parasitário da fama e do prestígio de marcas”⁴⁹.

Conforme tratado em tópico anterior, a marca representa ao consumidor uma garantia de origem, a qual reduz o seu custo de busca por alternativas, ao passo que ao fornecedor significa uma expectativa de clientela⁵⁰. Assim, a utilização indevida desta causa uma frustração em ambas as partes da relação de consumo.

Com relação ao fornecedor, afastam-se os clientes, reduzindo os seus ganhos, podendo representar, a longo prazo, a perda do valor econômico deste ativo intelectual. Com relação ao consumidor, tal erro perpassa a mera confusão, uma vez que esta pode representar o não atingimento da expectativa esperada com relação à qualidade do produto ou serviço⁵¹.

Há que se observar que os danos aos consumidores decorrentes da qualidade de produtos

48 “Sob a denominação genérica de concorrência desleal, costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de lhes causar prejuízos. Deve-se observar que esses atos são igualmente condenáveis quando praticados pelo comerciante ou industrial para conservar e defender a sua clientela, em face de outros competidores que lhe disputem por meios leais ou desleais. Tõda a luta da concorrência econômica, no comércio e na indústria, como, aliás, em outras profissões, desenrola-se em torno da clientela, esforçando-se uns para formar a própria freguesia, atraindo para si a alheia, ao passo que outros porfiam em conservar e aumentar a clientela adquirida.” CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial. v. II. Tomo II. p. 365-366.*

49 OLIVEIRA, Mauricio Lopes de. *Op. cit.* p. 99.

50 BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.* p. 21.

51 Importante mencionar que as marcas não se limitam àquelas que identificam um produto ou serviço. No que se refere à saúde e à segurança dos consumidores, assumem as marcas de certificação papel fundamental. De acordo com o inciso II, do artigo 123, da LPI, a marca de certificação é “aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada”. É o caso, por exemplo, da marca “INMETRO”, a qual atesta o atendimento de requisitos mínimos de qualidade e de segurança, é correntemente objeto de utilização indevida. O reconhecido “selo do INMETRO” é uma marca mista devidamente registrada junto ao INPI sob o nº 821105124, de titularidade do Inmetro - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Este registro foi depositado em 01/10/1998, e concedido em 18/09/2001, na classe internacional NCL(7) 42, com a especificação “regulamentação metrológica, verificação e fiscalização de instrumentos de medição e mercadorias pré-medidas. manutenção e disseminação dos padrões das unidades de medida, referenciando-os, direta ou indiretamente aos padrões internacionais”.

indevidamente identificados com determinada marca podem trazer sérios prejuízos a sua saúde e segurança. Vivenciando um momento em que existe uma profusão de fornecedores, das mais diversas e remotas procedências origens, a utilização inidônea de marca significa a possibilidade de riscos à saúde e à segurança dos consumidores é cada vez maior⁵².

Neste exato sentido, recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ. No julgamento do Recurso Especial nº 1.207.952 – AM, declara já na ementa do acórdão que “a marca é importante elemento do aviamento, sendo bem imaterial, componente do estabelecimento do empresário, de indiscutível feição econômica”, e, além disso, ela “é fundamental instrumento para garantia da higidez das relações de consumo. Desse modo, outra noção importante a ser observada quanto à marca é o seu elemento subjetivo, que permite ao consumidor correlacionar a marca ao produto ou serviço, evitando, por outro lado, o desleal desvio de clientela”⁵³.

Ainda na busca por demonstrar que a proteção legal da marca, através da coibição do seu uso indevido, é mecanismo para a tutela das relações de consumo, importante destacar alguns dos direitos básicos do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 6º um rol, não exaustivo, dos direitos básicos do consumidor. Dentre estes, destaque merece o previsto no inciso IV, o qual aponta como sendo um de tais direitos “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”⁵⁴.

Não há dúvidas de que o uso indevido da marca, bem como a concorrência desleal decorrente de tal prática, enquadram-se como métodos comerciais desleais, afrontando o direito básico dos consumidores acima enunciado. E, no combate para esta afronta, não resta outra arma, senão a proteção legal das marcas, a qual, repete-se, tem importante papel econômico para a empresa e essencial importância social para o consumidor.

4. O OBRIGATÓRIO EXERCÍCIO SOCIALMENTE FUNCIONALIZADO DA EMPRESA: A REALIZAÇÃO DO CONTEÚDO FINALÍSTICO IMPOSTO À ATIVIDADE EMPRESARIAL POR MEIO DA PROTEÇÃO LEGAL DE MARCAS.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Op. cit.* p. 104.

⁵³ STJ, 4ª. Turma – REsp nº 1.207.952/AM, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23/08/2011. Neste mesmo sentido, vide decisão referenciada na nota 37, *supra*.

⁵⁴ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...]”

Conforme tratado nos tópicos a este antecedentes, a proteção legal das marcas é mecanismo essencial à atividade empresarial, tendo em vista a enorme importância econômica que possui. Em uma sociedade estruturada no consumo, a marca adquire agigantada relevância, resguardando a reputação dos produtos e serviços colocados no mercado e, assim, garantindo uma maior clientela para estes. Destaque-se aqui, como já mencionado, o fato de, não raro, serem as marcas os ativos mais valiosos de diversas empresas.

Não há que se deixar de lado a função econômica da atividade empresarial, assim como de todos os seus elementos. Entretanto, é importante refletir, neste ponto, sobre a função social que estes, desde que instaurada a atual ordem constitucional, devem necessariamente possuir.

No que se refere à realidade legislativa nacional, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 estabelece um marco à função social da propriedade, da qual decorre o princípio da função social da empresa. O mesmo faz com a ordem econômica e financeira, dando a esta os contornos típicos do Estado Social de Direito. O artigo 170 da Carta Magna estabelece que a ordem econômica deve promover a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, de forma a assegurar a dignidade humana e a justiça social. É neste sentido que deve ser entendida a função social da empresa em nosso ordenamento.

É indiscutível é a importância socioeconômica da atividade empresarial. Esta é, desde a Revolução Industrial, o grande motor da economia e, conseqüentemente, da sociedade. Contudo, para alcançar uma mudança social, como a que pretendeu o Estado Social⁵⁵, necessário mostrou-se alterar substancialmente a forma de exercício da atividade empresária.

Em um panorama liberal, a empresa voltava-se apenas ao incremento de seus ganhos na busca pelo enriquecimento de seus proprietários. À medida que este panorama se mostrou contrário aos interesses sociais buscados pela sociedade e pelo Estado, passou este a intervir na atividade econômica, na busca da alteração do seu escopo. Abandonou-se, portanto, a premissa liberal de atividade empresarial voltada apenas para a maximização dos lucros em prol de seus proprietários. O Estado Social, na busca pela real liberdade dos indivíduos e pelo fim das desigualdades materiais, passa a intervir na atividade econômica, atribuindo novos papéis à empresa.

Em outras palavras, reconhece-se na atividade empresarial uma função outra, que não a meramente econômica. A sua funcionalização social determina uma atuação não apenas voltada para os interesses de incremento de lucro dos empresários, mas também atenta às necessidades sociais que a ela se interligam, buscando, através de sua atuação, a concretização do princípio da

⁵⁵ Fala-se aqui em Estado Social em oposição ao Estado Liberal anteriormente vigente. Este, alicerçado nos ideais burgueses pós-revolução francesa, pautavam-se na independência do indivíduo frente ao Estado, na liberdade das relações comerciais e, principalmente, no estabelecimento legal de garantias aos cidadãos. Contudo, como bem destaca Paulo Bonavides em sua obra *“Do Estado Liberal ao Estado Social”*, tais garantias mostraram-se apenas formais, não se aplicando substancialmente, de forma a determinar um novo quadro de dominação, desta vez de cunho econômico. Diante de tal situação, Estado, sob o clamor de parte da sociedade, passa a interferir novamente nesta, de forma a buscar a real materialização dos direitos legalmente previstos.

dignidade da pessoa humana.

Destaque-se que, evidentemente, permanece a função econômica da empresa de produção de riquezas, afinal interessa ao Estado a manutenção da atividade empresária ante a sua já citada importância. Contudo, a produção de riquezas deve englobar proprietários e não proprietários, além de observar outros interesses que perpassam a questão econômica. Em resumo, verifica-se a necessidade da empresa desempenhar, juntamente com a sua função econômica, uma função social⁵⁶.

Eduardo Tomasevicius Filho afirma constituir a função social da empresa “o poder dever do empresário e administradores de empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo os interesses da sociedade, mediante a obediência a determinados deveres, positivos e negativos”⁵⁷.

Afirma a melhor doutrina que, por meio desta funcionalização social, o Estado impõe à atividade econômica um novo conteúdo finalístico, segundo o qual toda e qualquer atividade empresarial encontra-se obrigada com a realidade social em que se encontra, devendo não atuar apenas de acordo com os interesses de seus proprietários, mas também com aqueles dos não proprietários. Sobre este conteúdo, bem esclarece Francisco Cardozo Oliveira⁵⁸:

“O caráter finalístico da atividade empresarial, tomado na perspectiva do exercício dos poderes proprietários, ganha contornos nítidos no quadro pautado pela concretização da justiça social e de vida digna em sociedade. Os parâmetros de justiça social e de vida digna devem ser tomados a partir do arcabouço de princípios e regras da Constituição de 1988, que procura conciliar, em linha de complementaridade, a garantia dos direitos fundamentais de cidadania e a tutela do modelo de economia de mercado. No plano de conciliação de interesses e de complementaridade de direitos e deveres, é possível conceber o princípio de direito à vida digna como aquela situação teórico-prática em que, na atividade administrativa empresarial, resultam preservados os interesses de trabalhadores, consumidores e, de maneira mais ampla, os interesses difusos das pessoas em sociedade.”

A fim de melhor explicar o alcance deste novo conteúdo finalístico, vale utilizar o termo *stakeholder*. Termo largamente utilizado pela administração de empresas, entende-se serem *stakeholders* de uma empresa todos aqueles que são por sua atividade empresarial influenciados, sejam eles indivíduos, grupos, instituições, meio ambiente etc. A imposição deste conteúdo finalístico à empresa exige que esta adquira uma nova racionalidade quando do exercício de suas atividades, de forma que não atue apenas no seu interesse, mas também dos seus *stakeholders* (fornecedores, empregados, consumidores, comunidade vizinha, dentre outros)⁵⁹.

⁵⁶ GOMES, Daniela Vasconcellos. *Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo*. p. 136.

⁵⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. p. 40.

⁵⁸ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Uma nova racionalidade administrativa empresarial*. p. 124.

⁵⁹ PEREIRA, Henrique Viana. *A função social da empresa*. p. 82.

Assim, na busca da dignidade humana e da justiça social, a empresa, em todos os ramos de sua atuação, é atingida pela ideia de funcionalização social. Todas as ações do empresário, assim como seu patrimônio, devem estar imbuídos do anteriormente tratado conteúdo finalístico, incluídos aqui, obviamente, todos os seus ativos de propriedade industrial.

É tema do presente estudo a proteção legal das marcas. De acordo com o até então esboçado, é certo que estas, por se tratarem de importante ativo empresarial, devem possuir função social para além da meramente econômica. E esta função social, no caso das marcas, faz especial referência às relações de consumo. Ao proteger legalmente as suas marcas (e ao utilizá-las nos limites legalmente estabelecidos⁶⁰), o empresário, para além de obter o proveito econômico delas decorrentes, garante que elas cumpram seu conteúdo finalístico, atuando na direção da harmonização das relações consumeristas através da coibição do seu uso indevido.

As marcas, portanto, cumprem verdadeiramente a sua função social quando se encontram legalmente protegidas. Contrariamente, em inexistindo legal proteção, as marcas não são capazes de coibir eficientemente o seu uso indevido, não combatendo, conforme esperado, a concorrência desleal e a confusão por parte do consumidor. Neste contexto, seu registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, adquire ares de essencialidade, já que é ele que garantirá às marcas a proteção legal que elas necessitam para promover os seus objetivos econômicos e sociais.

Por outro lado, há que se observar, que aquelas empresas que não respeitam o patrimônio intelectual das demais, utilizando indevidamente suas marcas, ferem o princípio da função social. O uso indevido de marcas não reflete apenas uma situação que causa gravame à esfera econômica alheia, mas atinge frontalmente o interesse público.

Ao utilizar indevidamente uma marca, os empresários estabelecem um quadro de concorrência desleal. Tal situação causa um desequilíbrio das relações comerciais, o qual atinge não apenas os demais fornecedores, mas também os consumidores. Conforme anotado em tópico anterior, desvios concorrenciais são capazes de determinar o aumento dos preços, a queda da qualidade dos produtos e serviços, a redução das alternativas de compras e do direito de opção dos consumidores, além da estagnação tecnológica.

Além disso, o uso indevido de marcas pode determinar ao consumidor uma situação de confusão. Nos termos já analisados, este quadro confusional, para além de impossibilitar a determinação da real procedência de um produto ou um serviço pelo consumidor, poder levar este a adquirir produtos ou serviços com inferior qualidade, colocando em risco a sua segurança e a sua saúde.

⁶⁰ O art. 132 da LPI estabelece que “[o] titular da marca não poderá: I - impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização; II - impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência; III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e IV - impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.”

Neste contexto, há que se considerar a utilização de marca alheia de forma indevida um problema que perpassa a questão comercial. Configura-se, nestes casos, um completo descaso e desrespeito com os direitos básicos do consumidor. Tal atuação deve ser analisada também pela ótica social, de onde se concluirá que determinam um poderoso desequilíbrio das relações de consumo.

5. CONCLUSÃO

Por força do texto constitucional, incide obrigatoriamente sobre a empresa o princípio da função social, o qual impõe à atividade empresarial o exercício de uma nova racionalidade. Socialmente funcionalizada, deve esta ser direcionada em prol não apenas dos interesses de seus proprietários, mas também dos não proprietários. Que não se olvide que os fins econômicos devem ser observados, porém sempre em consonância com os objetivos sociais.

Obviamente as marcas, por se tratarem de um dos mais importantes ativos empresariais, devem apontar nesta mesma direção: a convergência da busca pela lucratividade e pela concretização dos interesses difusos da sociedade. Não há como desprezar a importância econômica das marcas para a atividade empresarial, contudo deve-se observar que estas não apenas podem, mas devem, exercer outras funções de cunho social.

Reconhece-se que, para além das relevantíssimas funções econômica, distintiva e indicadora de proveniência, possuem as marcas um verdadeiro poder-dever de trabalhar em prol da sociedade. Esta atuação social é muito evidente quando considerada a sua íntima ligação com as relações de consumo, a qual é reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com o referido Código, as marcas possuem papel de destaque na concretização da Política Nacional das Relações de Consumo. Ao prever a necessidade de coibição da concorrência desleal e da utilização indevida de marcas, reconhece o legislador a importância destas para a consecução do seu principal objetivo, qual seja, a harmonia e o real equilíbrio das relações de consumo.

Neste contexto, o registro da marca se mostra essencial. É apenas por meio deste que tal ativo encontrará proteção legal, esta essencial não apenas aos objetivos lucrativos dos empresários, mas também à defesa dos interesses dos consumidores. Inexistindo legal proteção, as marcas não são capazes de coibir eficientemente o seu uso indevido, não combatendo, conforme esperado, a concorrência desleal e a confusão por parte do consumidor.

Em sentido diverso, há que se observar que o uso indevido de marcas não reflete apenas uma situação que causa gravame à esfera econômica alheia, mas atinge frontalmente o interesse público. Ao utilizar indevidamente uma marca, os empresários estabelecem um quadro de concorrência desleal. Tal situação causa um desequilíbrio das relações comerciais, o qual atinge não apenas os demais fornecedores, mas também os consumidores, determinando aumento

de preços, queda da qualidade dos produtos e serviços, redução das alternativas de compras e estagnação tecnológica. Além disso, o uso indevido de marcas pode determinar quadros de confusão, levando o consumidor à aquisição de produtos ou serviços de proveniência desconhecida, com inferior qualidade, arriscando a sua segurança e a sua saúde.

Diante de uma ordem constitucional que veda o conteúdo exclusivamente econômico da atividade empresarial, não se pode admitir que a questão do uso indevido de marcas deva ser tratada exclusivamente sobre esta ótica. Há que se considerar a utilização de marca alheia de forma indevida um problema que perpassa a questão comercial e que atinge os frontalmente os direitos básicos do consumidor, determinando o combatido desequilíbrio das relações de consumo.

O uso indevido de marcas representa, sem sombra de dúvidas, um problema de ordem econômica. Entretanto, deve ser encarado como um verdadeiro ato contrário aos interesses sociais, um atentado às relações de consumo. É neste sentido que se posiciona o nosso ordenamento e assim devem se posicionar os empresários, bem como os seus advogados e os magistrados quando do enfrentamento dos casos que se apresentam dia a dia.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADIERS, Cláudia Marins. As importações paralelas à luz do princípio de exaustão do direito de marca e dos aspectos contratuais e concorrenciais. In: BARBOSA, Denis Borges (Org.). *Aspectos polêmicos da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.35-120.

BARBOSA, Denis Borges. *O fator semiológico na construção do signo marcário*. 404 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/tesetoda.pdf>>, acesso em 07/10/2012.

BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual e importação paralela*. São Paulo: Atlas, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

_____. *Tratado da propriedade industrial*. v. II. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Função social do contrato e da empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo. In: *Desenvolvimento em questão*. Jan./ jun., ano/ vol. 4, n. 7.

GRINOVER, Ada Pellegrini e Outros. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JABUR, Wilson Pinheiro. Pressupostos do ato de concorrência desleal. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

KAPFERER, Jean-Noël. *As marcas, capital da empresa: criar e desenvolver marcas fortes*. trad. Arnaldo Ryngeblum. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2003.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. *Princípios de Marketing*. trad. Vera Wately. 7. ed. Rio de Janeiro: Prentice-Hall, 1998.

MAGGS, Peter B.; SCHECHTER, Roger E. *Trademark and unfair competition law: cases and comments*. 6. ed. St. Paul, E.U.A.: West Group, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. In: GEVAERD, Jair & TONIN, Marta Marília. *Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2006.

OLIVEIRA, Mauricio Lopes de. *Direito de marcas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Henrique Viana. A função social da empresa. Belo Horizonte: 2010. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHV_1.pdf>, acesso em 07/01/2012.

PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Notas sobre direito e economia das marcas. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n. 101, p.3-8, Jul/Ago 2009.

SCHULTZ, Don E; BARNES, Beth E. *Campanhas estratégicas de comunicação de marca*. trad. Maria Clara. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual e a nova lei de propriedade industrial: (Lei n. 9.279, de 14-5-1996)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Sinais distintivos da empresa. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, n.98, p.3-8, Jan/Fev 2009.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 92, p. 33-50, Abril 2003.

9

A SUBCAPITALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Stefano Donassolo¹

RESUMO

O presente artigo analisa a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica nos casos de subcapitalização. A pessoa jurídica é o instrumento pelo qual é possível atribuir a um sujeito de direito um patrimônio autônomo, podendo o direito conceder o privilégio da limitação da responsabilidade. Apesar da questionável função de o capital social tutelar terceiros, é ele que indicará se a empresa possui as mínimas condições de realizar o objeto social com a mínima segurança exigida em relação a terceiros e a sua própria atividade. Por isso, entende-se que há um dever implícito de o sócio capitalizar adequadamente a sociedade, sob pena de responder pessoalmente pelas dívidas sociais. Portanto, entende-se que a subcapitalização pode ser considerada como um fundamento para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: Direito Privado. Direito Societário. Desconsideração. Personalidade Jurídica. Subcapitalização.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e Advogado em Porto Alegre/RS (OAB/RS 85.830)

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas que continua a causar perplexidade tanto na doutrina quanto na jurisprudência é o da desconsideração da personalidade jurídica, porquanto essa teoria contrariaria um dos princípios mais importantes para o desenvolvimento econômico: a limitação da responsabilidade dos sócios. O presente trabalho aborda não a teoria da desconsideração em si, mas sim de um fundamento específico que historicamente enseja sua aplicação mas que não está previsto no Código Civil e tampouco é explorado com profundidade na doutrina e na jurisprudência brasileira: a subcapitalização societária. Enfim, a personalidade jurídica de uma sociedade pode ser desconsiderada apenas em virtude de seu capital social insuficiente? Como admitir essa possibilidade em um ordenamento que, ao contrário de muitos outros, não exige sequer um capital mínimo para a constituição da sociedade?

Para responder tais questionamentos, expor-se-ão as modalidades de subcapitalização existentes no nosso ordenamento e no direito comparado, bem assim o pressuposto legal que exige das sociedades com limitação de responsabilidade a devida e a adequada capitalização, a fim de que o capital social esteja em consonância com a atividade econômica explicitada no objeto social. Posteriormente, demonstrar-se-ão as situações que, no Brasil, permitem a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de admitir a supressão do princípio de responsabilidade limitada nos casos de subcapitalização societária.

Portanto, a despeito da pouca discussão acadêmica e jurisprudencial desta matéria e da nossa escolha legislativa em não adotar um regime de capital mínimo para as sociedades com responsabilidade limitada, o intuito desse trabalho é (i) demonstrar que é possível aplicar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica quando constatada a insuficiência de capital social para o desempenho da atividade e (ii) verificar em quais hipóteses isso é possível.

2. A CARACTERIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL INSUFICIENTE.

A complexidade da caracterização de uma sociedade subcapitalizada já se inicia com a genérica e com a abstrata noção de capital social insuficiente, porquanto inexistem critérios específicos e uniformes para a sua constatação; a situação agrava-se, ainda, em virtude da multiplicidade de formas que a subcapitalização pode se apresentar, seja sob um aspecto temporal (subcapitalização inicial ou sucessiva) seja sob um aspecto formal (subcapitalização legal) ou ainda sob um aspecto substancial (subcapitalização em razão da incongruência entre capital e objeto sociais).

Não fosse isso, a questão do capital social inadequado transborda a questão da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando presente a hipótese

de insuficiência do capital social. A questão da obrigatoriedade de um capital mínimo para a constituição de determinado tipo societário ou para a realização de determinada atividade transcende a matéria jurídica para questões de conveniência política e econômica, competindo ao direito apenas sua regulação.²

2.1 SUBCAPITALIZAÇÃO LEGAL

Algumas legislações, além de tutelarem o capital social por meio de normas destinadas a este fim específico (princípio da intangibilidade, da integridade e da fixidez do capital social), vão além, fixando um capital mínimo como requisito para a concessão da personalidade jurídica a alguns tipos societários – notoriamente àqueles com maior limitação de responsabilidade. Em outras palavras, só se permite a constituição de uma sociedade se o capital social for igual ou superior ao disposto na lei.³

Em ordenamentos jurídicos em que haja expressa disposição de lei sobre a necessidade de capital mínimo, não há maiores dificuldades para a constatação de uma empresa subcapitalizada sob este aspecto formal. Bastaria a redução do capital social para valor aquém do previsto em lei para que se verificasse, automaticamente, o capital inadequado.

Nesse caso, há uma presunção *jure et de jure* de que a sociedade está subcapitalizada. Essa hipótese ensejaria a dissolução da sociedade pela impossibilidade de preencher seu fim. Obviamente a contestação do capital social inadequado sob a ótica da subcapitalização legal se dá quando o capital é reduzido no desenvolvimento da atividade social (subcapitalização sucessiva). Isso porque sequer seria outorgada personalidade jurídica a uma sociedade que, já em sua constituição, não obedece ao regime mínimo de capital estipulado por lei.⁴

ZANINI e PORTALE, abordando o tema da conveniência de a lei regulamentar o capital social mínimo, conclui pela sua ineficácia, pelo menos no que se refere às sociedades anônimas⁵. Os fundamentos do autor são os seguintes: (i) inexistência de mandamento legal no sentido de que os bens aportados pelos sócios sejam expropriáveis⁶, (ii) ausência de disposição no sentido de obrigar a realização de avaliações periódicas dos bens imobilizados subscritos, (iii) a ausência de atualização legislativa do valor mínimo acabaria por fazer com que a inflação esvaziasse sua finalidade, (iv) a legislação não dá conta de estipular um capital mínimo de acordo com cada tipo de atividade econômica, sendo simplista a solução de um capital mínimo genérico para todas as sociedades anônimas, (v) a habitual preferência por obtenção de financiamentos pela sociedade para o desenvolvimento de um empreendimento específico à capitalização da sociedade pelos

² TONELLO, Matteo. L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali. Padova: CEDAM, 1999, p. 102.

³ COMPARATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 451.

⁴ ZANINI, Carlos Klein. A dissolução judicial da sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133 e 142.

⁵ PORTALE, Guisepe B. Capitale sociale e società per azione sottocapitalizzata. In Rivista delle Società; Anno 36, Fasc. 1, genn. /febr. 1991, p. 03-124, p. 15-18 e ZANINI, 2005, p. 141.

⁶ PORTALE, 2002, p. 16-17.

próprios sócios (*project finance*) e (vi) a ausência de previsão expressa e mandamental no sentido de reduzir o capital social em caso de realização de prejuízos.⁷

Como visto, além de muitas, são sólidas as razões a rejeitar a adoção de um regime de capital mínimo. Entretanto, não são poucos os países que o adotam, como Alemanha e Itália, que exigem capital mínimo tanto para as Sociedades Limitadas quanto para as Sociedades Anônimas, e França e Inglaterra, que o exigem apenas para a Sociedade Anônima. No Brasil, não há, via de regra, exigência de capital mínimo para a constituição de sociedades. Os sócios são livres para estipular no estatuto social o montante que entendam adequado para a realização do objeto social. Há, todavia, duas hipóteses em que a legislação brasileira prevê a existência de um capital mínimo. A primeira delas são as instituições financeiras em geral e seguradoras, conforme Resolução nº 2607 do Banco Central do Brasil e Resolução CNSP nº 155 do Conselho Nacional de Seguros Privados. A segunda hipótese é a recém-criada Empresa Individual de Responsabilidade Limitada cujo capital mínimo integralizado para sua constituição deve ser de, no mínimo, 100 (cem) salários-mínimos nacionais.

2.2. SUBCAPITALIZAÇÃO SUBSTANCIAL

2.2.1. Incongruência entre o capital e o objeto sociais

Ao contrário da subcapitalização legal, facilmente constatada a partir do momento em que o capital social torna-se inferior ao montante limite previsto em lei, a subcapitalização substancial ocorre quando o capital social não é proporcional ao objeto social previsto no estatuto, em desobediência ao princípio da adequação do capital social.⁸

PORTALE eleva a obrigatoriedade de congruência entre (i) capital social e (ii) objetivo social e dimensão da atividade econômica à categoria de princípio imperativo, de modo que sua infringência acarretaria não a nulidade da sociedade, mas sim a responsabilidade direta dos sócios, com a desconsideração do privilégio da limitação da responsabilidade.⁹ A adequação entre objeto e capital social, para PORTALE, está embasada indiretamente na interpretação conjunta dos artigos 2445 e 2448, nº 2, do Código Civil italiano, que preveem, respectivamente, a redução do capital social quando este se torna excessivo para o desempenho do objeto social e a possibilidade de dissolução da sociedade quando da impossibilidade de esta alcançar o seu objeto social. Isso porque a primeira norma cria uma regra de proporção entre capital e objeto sociais e a segunda por exigir do sócio uma capitalização adequada para o desenvolvimento do objeto social.¹⁰

Adaptando a argumentação do autor italiano ao ordenamento jurídico brasileiro, pode-se extrair a mesma conclusão no sentido de que o objeto social deve ser condizente com o objeto

⁷ ZANINI, 2005, p. 138-141.

⁸ PORTALE, 1991, p. 30.

⁹ PORTALE, 1991, p. 33.

¹⁰ PORTALE, 1991, p. 46 e p. 57.

e os riscos da atividade empresária. Tanto o artigo 1.082, inciso II, do Código Civil quanto o artigo 173 da Lei das Sociedades Anônimas exigem a congruência *capital x objeto* sociais. Isso porque há previsão expressa autorizando a redução do capital social quando constatado seu excesso. É que, considerando o método de interpretação segundo o qual a lei não contém palavras inúteis, é evidente que o excesso refere-se e relaciona-se ao objeto social, de forma a permitir a redução do capital quando constatada sua incompatibilidade com o objeto.¹¹

Não fosse isso, PORTALE ainda argumenta que não é por coincidência que o objeto social deve vir precisamente especificado, não bastando sua descrição genérica.¹² Conforme o artigo 2º, §2º, da Lei das Sociedades Anônimas, *“o estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo”*. A determinação de um objeto preciso possui, pois, também a função de permitir a análise e a comparação entre capital social e objeto. Os sócios, ao constituírem uma sociedade, devem ter em mente que a concessão da responsabilidade limitada pressupõe sua participação nos riscos que qualquer atividade econômica representa. Isso porque quem almeja obter as inúmeras vantagens oferecidas pela limitação da responsabilidade deve suportar também seus eventuais infortúnios, sendo-lhes vedada a transferência dos riscos a terceiros. Daí porque há um dever indireto de a sociedade constituída oferecer as condições mínimas de exequibilidade do objeto definido pelos sócios, começando por um capital adequado. Conforme sustenta PORTALE: *“Il capitale sociale che i soci devono apportare e conservare serve ad impedire una translazione unilaterale del rischio sui creditori sociali; pertanto, l’insufficiente dotazione di mezzi propri comporta un abuso del diritto.”*¹³

Portanto, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro também exige a conformidade entre o capital social e a atividade empresária descrita no objeto empresarial (princípio da adequação do capital social).¹⁴ Eventual descompasso dá ensejo à subcapitalização substancial, a qual pode, por sua vez, caracterizar-se de duas formas:

2.2.1.1 Subcapitalização nominal

Tem-se a subcapitalização nominal quando, para a manutenção da congruência entre o capital próprio e as necessidades da atividade social, os sócios, ao invés de integralizarem novos bens à sociedade, realizam empréstimos diretos ou indiretos à sociedade. Sobre o assunto, assim conceituou PORTALE: *“L’impresa sociale è dotata sí dei mezzi necessari al suo esercizio, ma questo si realizza – non attraverso l’apporto di mezzi propri (= conferimenti imputati in capitale: “capitale proprio” o “capitale di rischio”) che anzi è effettuato in misura del tutto inadeguata –, ma con la concessione diretta o indiretta di prestiti (“capitale di credito”) da parte dei soci.”*¹⁵

A continuidade da exploração econômica pela sociedade não se dá pelo êxito da própria

¹¹ ZANINI, 2005, p. 143.

¹² PORTALE, 1991, p. 59.

¹³ PORTALE, 1991, p. 32-33 e p. 97.

¹⁴ No mesmo sentido é a posição de COMPARATO. Este sustenta que *“o dever de capitalização da empresa é um princípio geral do direito mercantil”*. (COMPARATO, 2005, p. 451)

¹⁵ PORTALE, 1991, p. 29.

sociedade, mas sim via concessão de crédito pelos próprios sócios, de modo que a harmonia entre o capital próprio e a atividade social é artificial e indiretamente mantida pelos compartes. Consequência disso é a translação do risco do empreendimento para os credores sociais. Cria-se, nessa hipótese, a possibilidade de os próprios sócios, em eventual insucesso de seu próprio negócio, participarem da liquidação da sociedade como credores concursais, dependendo até com status privilegiado e preferencial, de sua própria empresa.¹⁶ Há, em verdade, o aumento do patrimônio da empresa sem o correspondente aumento da responsabilidade dos sócios. Em suma, a capitalização, ao invés de ocorrer por meio de aumento do capital próprio, realiza-se por meio de capital de crédito dos próprios sócios.

Entre as práticas comuns e as situações que caracterizam a subcapitalização nominal temos: (i) um desequilíbrio entre as fontes de financiamento internas (meios próprios de financiamento: reserva de capital, capital de risco, etc.) e externas da sociedade; (ii) a habitual e excessiva concessão de aval ou garantia pelos sócios por dívidas da sociedade, visto que o capital social não é suficiente para tal; (iii) a usual doação e aporte de valores pelos sócios à sociedade para cobertura de prejuízos ou para o desenvolvimento das atividades sociais; (iv) a desproporção entre aporte financeiro dos sócios e capital social;¹⁷ (v) *"a atribuição de valor excessivo aos bens com que o sócio contribuiu para a formação do capital social"*.¹⁸

A solução encontrada é a equiparação dos empréstimos concedidos a aporte de capital, com base no princípio geral de que é dever dos sócios promover a adequada capitalização da sociedade,¹⁹ bem assim na proibição de transferência do risco inerente à atividade empresarial para os credores, em benefício dos sócios.²⁰

2.2.1.2. Subcapitalização material

A subcapitalização material é o conceito estrito de incongruência entre o capital social e o objeto da sociedade, não havendo, sequer, a realização de mútuo por parte dos sócios a fim de manter a aparência de adequada capitalização. Não é demais referir os ensinamentos de PORTALE, ao afirmar que uma sociedade é materialmente subcapitalizada quando *"dotada di un capitale del tutto sproporzionato rispetto all'oggetto sociale, non è coperto nemmeno con prestiti dei soci"*.²¹ ²²

A subcapitalização legal e a material são independentes. Em países em que haja um regime de capital mínimo, por exemplo, a constituição de uma sociedade com o capital superior

¹⁶ PORTALE, 1991, p. 30-31.

¹⁷ TONELLO, 1999, p. 246-249.

¹⁸ OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 414.

¹⁹ ZANINI, 2005, p. 145.

²⁰ PORTALE, 1999, p. 31.

²¹ PORTALE, 1991, p. 29-30.

²² (...) sottocapitalizzazione nominale, in cui l'esercizio sociale si attua oltre che con mezzi propri, recorrendo al capitale di rischio, mediante prestiti dei soci, che possono assumere la forma di finanziamenti (capitale de credito.) o di sottocapitalizzazione materiale, in cui il capitale è insufficiente per il raggiungimento dell'oggetto sociale e rimane insufficiente, anche ricorrendo ai prestiti dei soci. (MAGGIORE, Giuseppe Ragusa. Trattato delle società. Padova: CEDAM, 2003, p. 198-199. (Grifou-se).

ao exigido pela lei, mas inadequado para o desenvolvimento daquela atividade econômica, pode significar a ocorrência da subcapitalização material. Isso porque para a sua constatação deve-se avaliar a proporção do binômio capital-objeto, e não se o capital mínimo foi atingido.²³

Não obstante, a caracterização do capital social insuficiente é assaz difícil de demonstrar, ainda mais se inexistente o parâmetro do capital mínimo. Genericamente, pode-se afirmar que é dever do sócio fornecer à sociedade os meios adequados para o desenvolvimento da atividade econômica descrita detalhadamente no estatuto, segundo sua *natureza, dimensão e risco social*.²⁴

2.3. Subcapitalização inicial ou originária

Há subcapitalização inicial quando a empresa, desde a sua constituição, não é dotada de capital próprio suficiente para o adequado desempenho de sua atividade. A partir dessa premissa, pode-se presumir que, se a sociedade já foi constituída de modo a inviabilizar desempenho objeto social, os sócios buscavam tão-só o privilégio da responsabilidade limitada, não oferecendo, em contrapartida, os elementos mínimos para o desempenho da atividade econômica formalmente descrita no estatuto ou contrato social. Daí porque há de se cogitar no uso da pessoa jurídica com intuito meramente pessoal, caracterizando sua instrumentalização.²⁵ Nesse caso, deve ser atribuída responsabilidade pessoal a todos os sócios fundadores, pois a todos pode ser imputada a insuficiência de capital.²⁶

2.4. Subcapitalização sucessiva

Já a subcapitalização sucessiva ocorre no desenvolvimento da vida social. A sociedade, ao ser constituída, detém um capital próprio adequado à natureza, à dimensão e aos riscos inerentes ao objeto social. A despeito disso, com o passar do tempo, a sociedade vai lentamente perdendo a proporção outrora existente. A descapitalização sucessiva pode ocorrer por meio de pagamentos de remuneração aos sócios, distribuição irregular de dividendos ou qualquer outra forma de concessão, pela sociedade, de prestações em dinheiro, *in natura* ou de garantia fiduciária em benefício dos sócios e em detrimento da sociedade. A sociedade torna-se mero instrumento nas mãos dos sócios, por meio do “furto” dos lucros (*milking* ou *siphning of profits*).²⁷ Matteo TONELLO, por fim, adverte que a averiguação da subcapitalização sucessiva, a par de complexa, necessita ainda da avaliação geral do momento econômico por que passa a empresa. Períodos de recessão econômica, instabilidade ou imprevisibilidade de mercado, problemas de gestão, etc., devem ser devidamente avaliados a fim de não culpar os sócios simplesmente pelo insucesso de sua atividade.

²³ Pier Giusto JAEGER exemplifica essa situação, afirmando que uma sociedade dotada de um capital social equivalente ao mínimo legal não poderia gerir uma central nuclear. (JAEGER, 1994, p. 237).

²⁴ PORTALE, 1991, p. 36.

²⁵ TONELLO, 1999, p. 102-103 e p. 242.

²⁶ PORTALE, 1991, p. 104.

²⁷ TONELLO, 1999, p. 242.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS CASOS DE SUBCAPITALIZAÇÃO

3.1 A subcapitalização como fundamento único para a desconsideração da personalidade jurídica. Ante o acima exposto, podemos referir que o ordenamento jurídico brasileiro aceita a desconsideração a personalidade jurídica quando constatada a incongruência entre o capital social e o objeto social? Em quais casos é possível sua aplicação?

É possível desconsiderar a personalidade jurídica em casos de subcapitalização, mesmo que nem o artigo 50 do código civil nem os demais diplomas legais (Código Tributário Nacional, Código de Defesa do Consumidor) prevejam-no.

O diploma civilista prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em casos de abuso de direito, sendo considerado, *ope lege*, modalidades de exercício abusivo da pessoa jurídica o *desvio de finalidade* e a *confusão patrimonial*. Mas a possibilidade de tornar momentaneamente ineficaz o princípio da limitação de responsabilidade não se restringe apenas a essas duas hipóteses.

MAC-DONALD²⁸, citando Fábio Konder COMPARATO²⁹ e Judith MARTINS-COSTA³⁰, aduz que a regra exposta no artigo 50 do Código Civil é uma regra genérica e aberta. As cláusulas gerais, justamente pela imprecisão de sua *fattispecie*, permitem que a desconsideração da pessoa jurídica seja utilizada como um “modelo jurídico” facilmente adaptável às exigências da sociedade, não sendo restrita apenas quando constatado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial. Certamente tal amplitude não pode ser comparada a “*prevention of injustice*” ou a solução dos conflitos com base na “*equity*”, como nos tribunais da Common Law, mas a dinamicidade ofertada pela indeterminação do conceito legal certamente possibilita a aplicação dessa teoria em uma ampla e variada gama de situações.

Portanto, a utilização dessas cláusulas abertas permite a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica sempre que utilizada em desconformidade com o próprio direito, como, *e.g.*, (a) confusão patrimonial, (b) pelo desvio de finalidade, (c) pela ofensa à boa-fé objetiva ou bons costumes ou, ainda, (d) pelo excesso dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, (e) pela fraude a credores ou a terceiros e em diversas circunstâncias que podem vir a requerer a utilização desse instituto, como a subcapitalização.³¹

²⁸ MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – Sociedade Unipessoal – Contratualismo). In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul. Porto Alegre. Vol. 22, 2002, p. 300-375, p. 365-366.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1997.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre v. 15, p. 129-154, 1998.

³¹ MAC-DONALD, 2002, 360-370.

A subcapitalização, por conseguinte, pode ser considerada como uma das mais diversas situações aptas ensejar a aplicação da *disregard doctrine*, tendo em vista a opção de nosso legislador de permitir que a norma do artigo 50 do Código Civil seja vista como uma cláusula genérica. A existência de uma sociedade subcapitalizada vai de encontro, pois, com (i) o princípio da adequação do capital social e (ii) com o benefício da limitação da responsabilidade, porquanto o privilégio deste apenas é concedido quando a sociedade possui meios razoavelmente suficientes para garantir terceiros e credores dos riscos inerentes à atividade econômica. Apenas isso já permite que a desconsideração, conforme PORTALE.³²

Outrossim, pode uma sociedade com capital inadequado indicar a ocorrência de uma circunstância perfeitamente subsumível à *fattispecie* do desvio de finalidade e da confusão patrimonial, nos casos de subcapitalização material e da subcapitalização nominal.

3.2. A subcapitalização como desvio de finalidade

Com base nas lições de PORTALE, pode-se admitir que o capital social deixa de ser apenas um instrumento de garantia de terceiros, cuja função daquele passa a ser *“il conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa (...) nell'ambito di tutti i mezzi di cui la società ha bisogno per conseguire l'oggetto sociale”*.³³

Portanto, se é função do capital social possibilitar o desenvolvimento de uma atividade econômica, é evidente que seu montante deve ser adequado para consecução de tal atividade. Daí porque se pode admitir a existência um desvio de finalidade em uma sociedade subcapitalizada, visto que seu capital social não permite – por si só – o desenvolvimento do objeto a que a sociedade se dispusera a cumprir. Essa posição vai ao encontro da doutrina germânica, que, com base na teoria da finalidade normativa, considera a “deficiente capitalização da companhia como desvio de função ou finalidade do instituto”.³⁴

Importante advertir que o simples fato de a sociedade ser ou estar subcapitalizada não induz nem faz presumir existência de desvio de finalidade. Como será visto a seguir, apenas em alguns casos a subcapitalização *pode* indicar o desvio de finalidade – ensejando excepcionalmente a aplicação da *disregard doctrine*, quando comprovado que a sociedade não foi constituída para o desenvolvimento da atividade econômica prevista no estatuto.

3.3 A subcapitalização como confusão patrimonial

A subcapitalização nominal, por sua vez, valendo-se desde já da mesma observação do parágrafo imediatamente anterior, pode também indicar estar a sociedade defronte a uma

³² “la questione della sottocapitalizzazione (...) deve essere vista, come problema di responsabilità dei soci in quanto tali, a prescindere, pertanto, dal concorso di altri possibili fenomeni patologici, alteranti la struttura della società (ad es.: forme di «tirannia» da parte dei soci o di «confusione» o di «cosmosi» tra il patrimonio della società e quello dei soci.” (PORTALE, 1991, p. 84)

³³ PORTALE, 1991, p. 19.

³⁴ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 452.

situação de confusão patrimonial. A empresa nominalmente subcapitalizada distingue-se da materialmente subcapitalizada justamente em função de que aquela possui os meios adequados para a o exercício de seu objeto social, não em virtude dos meios próprios – como o aumento do capital social –, mas sim em razão das prestações dos sócios ou de crédito. Ora, se existe um princípio do dever da adequada capitalização por parte dos sócios, e estes o fazem por meio inadequado e em prejuízo dos credores, está-se diante de uma situação de confusão patrimonial.

A confusão patrimonial normalmente ocorre quando os sócios utilizam-se do patrimônio da sociedade pra fins pessoais. Neste caso, ao contrário, é a sociedade que utiliza do patrimônio pessoal dos sócios. or exigência do objeto social, os sócios deveriam aportar bens a fim de promover a capitalização societária, e não via concessão de empréstimos.

Nosso ordenamento não proíbe a concessão de empréstimos dos sócios às sociedades, mas isso não impede que certos valores aportados à sociedade na qualidade de comodato ou mútuo sejam considerados como aumento de capital. É que, se a sociedade depende desse crédito para desempenhar sua atividade, está-se diante de uma situação de subcapitalização, e não de apenas de um empréstimo pontual para a realização de um ato isolado. Por conseguinte, se averiguado que a sociedade depende exclusivamente dessas prestações financeiras dos sócios, realizados de forma habitual, é possível examinar a subcapitalização nominal sob o aspecto da confusão patrimonial, a fim de justificar a desconsideração da pessoa jurídica nesses casos.³⁵

O TJRJ teve a oportunidade de afirmar, não expressamente, é verdade, que a subcapitalização pode indicar a confusão patrimonial.³⁶ No caso, a sociedade limitada Parques Temáticos Administração LTDA. (cujo capital social era de R\$900,00 (novecentos reais) e objeto social consistia na *“administração, operação, coordenação, controle, e gerenciamento de empreendimentos imobiliários em geral, podendo ainda participar em outras sociedades como sócia ou acionista”*) detinha uma dívida de fornecimento de energia elétrica no valor de 4 milhões de reais. A dívida era oriunda da atividade prestada pela sociedade anônima Parques Temáticos S.A., com capital social de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais) e objeto social *“a incorporação, instalação e operação de um parque de diversões”*, coligada com a primeira e com mesmo quadro societário e de administração.

Ao aplicar a teoria da desconsideração, o Relator dispôs no sentido de que a contração da dívida pela sociedade com capital social irrisório para o desempenho da atividade da sociedade coligada caracterizava-se como abusivo e com a finalidade de causar prejuízos a terceiros, configurando a confusão patrimonial: *“a confusão patrimonial salta aos olhos. A manobra utilizada pelas sociedades, cuja estrutura social é praticamente a mesma, revela-se injustificável, mormente quando se verifica que uma sociedade de capital ínfimo, nos autos de uma concordata requerida por “sociedade diversa”, assume o pagamento de quantia de tamanho vulto.”*

³⁵ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 494-495.

³⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2008.002.30061, 18ª Câmara Cível, Relator Rogerio de Oliveira Souza, julgado em 14/10/2008, Diário de Justiça de 17/10/2008, p. 173/179, acessado em 10/10/2012, às 22h30min.

3.4. Subcapitalização legal

A subcapitalização legal não enseja a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. No momento em que o capital social torna-se aquém do mínimo legal, a sociedade simplesmente desfaz-se, ou seja, despessoaliza-se. COMPARATO brilhantemente diferencia a técnica da desconsideração da de despessoalização. Aquela é suspensão momentânea do princípio da limitação de responsabilidade, de modo que a “autonomia subjetiva” da pessoa jurídica é mantida, mas provisoriamente paralisada; nesta (despessoalização), a pessoa jurídica desaparece com ente autônomo.³⁷

Merecem destaques as observações de ZANINI a esse respeito. Nos casos de subcapitalização legal no direito comparado, não há a imediata dissolução da sociedade. Ao contrário, oferece-se-lhe uma última chance de promover sua capitalização, tendo em vista o princípio da preservação da empresa. No direito brasileiro, a redução abaixo do mínimo legal acarreta a liquidação extrajudicial da sociedade, quanto às financeiras e securitizadoras;³⁸ quanto à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, é caso de dissolução.

3.5. Subcapitalização simples e qualificada

Um dos poucos doutrinadores brasileiros que trata da possibilidade de aplicação do método da desconsideração aos casos de subcapitalização, Calixto SALOMÃO FILHO, em uma breve passagem, julga necessário diferenciar a subcapitalização simples da qualificada: *Na última, o capital inicial é claramente insuficiente ao cumprimento dos objetivos e da atividade social e conseqüentemente o perigo criado pelo(s) sócio(s) no exercício do comércio é suficiente para caracterizar a responsabilidade. Quanto à subcapitalização simples: “quando, ao contrário, a subcapitalização não é evidente, é necessário demonstrar o elemento subjetivo, ou seja, a culpa ou o dolo do(s) sócio(s) em não prover o capital suficiente à atividade social.”*³⁹

Para o comercialista brasileiro, portanto, caberia a desconsideração da personalidade jurídica em caso de subcapitalização quando a incongruência entre o objeto social e o capital social fosse facilmente demonstrada – subcapitalização qualificada. Noutro sentido, quando a subcapitalização não fosse tão evidente, far-se-ia necessário comprovar a culpa ou o dolo em constituir uma sociedade que, por si, não possui condições de desenvolver sua atividade fim. No mesmo sentido é a opinião de PORTALE.⁴⁰

O direito civil também possui normas capazes de atribuir responsabilidade aos sócios por dívidas sociais. PORTALE explica que determinadas condutas dos sócios podem ser consideradas

³⁷ COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 353.

³⁸ ZANINI, 2005, p. 136-137.

³⁹ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 186.

⁴⁰ PORTALE compartilha a opinião de SALOMÃO FILHO, afirmando que apenas a “*sottocapitalizzazione qualificata*” e a “*sottocapitalizzazione manifesta*” permitem a sanção jurídica. Conforme o autor italiano, “*il giudizio non è più di «congruità» ma di «manifesta incongruità»*” (PORTALE, 1991, p. 70).

como ato ilícito. É possível, conseqüentemente, provar a culpa ou o dolo dos sócios que causem dano a terceiros. Nesse sentido, diz-se que a subcapitalização, por exemplo, poderia ser vista sob a ótica de lesão ao patrimônio de terceiros (credores sociais).⁴¹ Essa concepção de ato ilícito, aplicável aos casos de subcapitalização simples, atribui aos credores o ônus de prova quanto ao elemento subjetivo do ato ilícito e o nexo de causalidade entre o capital inadequado e o dano.⁴² Daí porque o autor brasileiro refere a dificuldade da aplicação da *disregard doctrine* nos casos de subcapitalização simples.

No que se refere à subcapitalização nominal, SALOMÃO FILHO aduz que é mais vantajoso considerar os aportes financeiros dos sócios como aumento de capital, com base em uma “visão realista e ampla do capital social”, do que desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica.⁴³ PORTALE, no mesmo sentido, refere que é possível tal concepção, desde que as prestações efetuadas pelo sócios sejam feitas em benefício da sociedade, e não em prejuízo dos credores.⁴⁴

Entretanto, o doutrinador italiano admite que, em regra, a jurisprudência vem entendendo essa situação como um caso típico de atribuição de responsabilidade aos sócios.⁴⁵ Isto é, estando-se diante de uma subcapitalização nominal qualificada, é o caso de desconsideração da pessoa jurídica, a menos que a simples requalificação dos empréstimos seja suficiente para satisfazer e não prejudicar terceiros. Nesta última hipótese, será que a mera requalificação não seria a aplicação *ipso facto* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica? COMPARATO entende sim, opinião com a qual se concorda. Ora, viu-se que há um dever implícito em nosso direito de que o objeto social deve guardar relação o capital social, de modo que este seja um instrumento hábil e capaz de concretizar a atividade econômica prevista no estatuto. Para o Autor, ainda, o controlador, ao invés de financiar a sociedade por meio de mútuos, deve fazê-lo por meio de aumento de capital, sob pena de burlar o sistema de limitação de responsabilidade – via desenvolvimento de atividade econômica sem a participação em seus inerentes riscos.⁴⁶

Não fosse isso, situações como essas podem indicar uma tentativa de fraudar credores, na medida em que os sócios, em eventual caso de insolvência da sociedade, poderão ingressar no processo na qualidade de credores concursais. A simulação de que a sociedade possui capital social suficiente para o desenvolvimento de sua atividade, quando na realidade depende de empréstimos

⁴¹ PORTALE, 1991, p. 90.

⁴² “non può non restare a carico dei terzi denneggiati (=creditori social) l'onere dela prova sai per quanto attiene all'emento suggetivo del fato illecito (colpa o dolo) sia per quanto attiene alla prova del nesso de causalità tra sottocapitalizzazione e danno subito” (PORTALE, 1991, p. 93.)

⁴³ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 187.

⁴⁴ PORTALE, 1991, p. 109.

⁴⁵ PORTALE, 1991, p. 111.

⁴⁶ “Um dos deveres do controlador, em relação aos credores sociais, é o de prover adequadamente a companhia de capital, tendo em vista o fato de que este representa a principal garantia do passivo social. Nessas condições, se a sociedade necessita de um incremento de recursos próprios, para continuar a exercer, satisfatoriamente, a sua atividade empresarial, não compete ao controlador fazer-lhe empréstimos, mas subscrever e integralizar aumentos de capital. Ao colocar-se na posição de credor mutuante, e não de subscritor de novas ações, ele quis, sem dúvida, furtar-se ao risco do investimento. Mas este constitui uma das regras essenciais do jogo. A lei não pode coonestar a sua supressão.” (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 495.)

do sócio, é uma situação muito grave que merece a aplicação desse instituto excepcional.⁴⁷ Até porque a finalidade da *disregard doctrine* é atingir, em raras ocasiões, o patrimônio dos sócios para saldar obrigações sociais. A requalificação de empréstimos a aumento de capital social é exatamente isso. A subcapitalização nominal, por fim, pode ser analisada sob a ótica da boa-fé objetiva, à luz dos implícitos princípios de proibição de *venire contra factum proprium* e *exceptio doli generalis*.⁴⁸ Quanto ao primeiro, pode-se afirmar que o reiterado ato (atividade) dos sócios em aportar indiretamente valores à sociedade pelo meio equivocado pode induzir os credores legitimamente crer que o continuarão a fazer; quanto ao segundo, pode-se dizer que a má-fé dos sócios em emprestar – e não capitalizar a sociedade – não lhes pode favorecer.

Em suma, conforme a doutrina mais especializada, temos que tanto SALOMÃO FILHO quanto PORTALE concordam que a subcapitalização pode ensejar a responsabilidade pessoal dos sócios quando for manifesta a incongruência entre o capital social e o objeto social (subcapitalização qualificada). Isso porque a subcapitalização qualificada é considerada, por si só, uma infringência ao direito. Já a subcapitalização simples, faz-se necessário comprovar o dolo ou a culpa dos sócios, conforme SALOMÃO FILHO⁴⁹.

3.6. Responsabilidade contratual e extracontratual

A natureza da responsabilidade – se contratual ou extracontratual – da sociedade também pode ser um fator determinante para a aplicação ou não da *disregard doctrine*.

A espécie de responsabilidade modifica substancialmente a ótica sob a qual devemos explorar a teoria da desconsideração. Isso porque enquanto na responsabilidade contratual o credor da sociedade tem a oportunidade de deliberar acerca do risco em oferecer crédito a uma sociedade subcapitalizada, na responsabilidade extracontratual não há falar nessa oportunidade.⁵⁰ Essa é a posição de HAMILTON: E complementa o mesmo Autor, em outra obra: "*in a tort case, on the other hand, there is usually no element of voluntary dealing*".⁵¹ Já no que se refere aos casos de responsabilidade extracontratual, não é oferecido ao credor a possibilidade de escolha. Daí porque os Tribunais americanos vêm aplicando a *disregard doctrine* nesses casos com maior frequência, como forma da concretização da justiça substancial.

Compartilhando a opinião do autor americano, não deve ser aplicada a teoria da desconsideração em casos em que o credor, por vontade própria, assumiu o risco de negociar com uma sociedade com capital inadequado. Ao credor caberia requerer o oferecimento de garantia idônea se houver preocupação acerca da insolvabilidade da companhia, sem sequer

⁴⁷ TONELLO, 1999, p. 103.

⁴⁸ PORTALE, 1991, p. 111-112.

⁴⁹ SALOMÃO FILHO, 2002, p. 187.

⁵⁰ *Several cases involving contractual liability accept the argument that a third party who knowingly and voluntarily agrees to deal with a marginally financed corporation without requesting assurances from the shareholders personally cannot hold the shareholders personally liable.* (HAMILTON, 2004, p. 323)

⁵¹ HAMILTON, Robert W. *The law of corporations: in a nutshell*. Saint Paul, Minn.: West, 2000, p. 139.

requerer a prestação de garantia idônea. Se não o fez, não se vê outra alternativa senão admitir que o credor assumiu o risco de não ter seu crédito adimplido.⁵² Daí porque entende-se que não deve o Judiciário interferir na autonomia da vontade de partes capazes, ainda mais se considerada sua condição de comerciante.

Registre-se que para imputar aos credores o dever de diligência necessário para averiguar as condições financeiras da sociedade e, por conseguinte, o nível de capitalização desta, ambos os contratantes devem estar em condições de isonomia material. A exigência do dever de cautela aplica-se, pois, a contratantes em pé de igualdade, sendo descabido este requisito quando existente relação de consumo ou manifesta vulnerabilidade de uma das partes contratantes, já que a autonomia da vontade de um deles é reduzida. Em casos de culpa ou dolo, por evidente, como nos casos em que os sócios de modo fraudulento induzem em erro os credores contratuais, essa exceção não deve ser considerada.

Outra característica considerada nos casos de credores involuntários é a existência de seguro. Nessa situação, "*liability insurance should count as capitalization*"⁵³, porquanto há uma clara demonstração da sociedade em mitigar os riscos inerentes do desenvolvimento de sua atividade econômica.

Outrossim, se a subcapitalização for simples, mas sem existência de dolo ou de culpa grave, também se entende, conforme SALOMÃO FILHO, que não é caso de desconsideração. Isso porque é da vida social a aceitação de prejuízos em casos em que a parte devedora, desde que de boa-fé, não tenha condições de arcar patrimonialmente com os danos causados. Ninguém está livre de não ser indenizado em casos em que o devedor, com todo o seu patrimônio, não possui condições de satisfazer seu débito. Isso deve ser ponderado tanto quando o devedor é pessoa jurídica ou pessoa física.

Portanto, em casos de subcapitalização qualificada sem a presença de dolo ou culpa, conclui-se que apenas em caso de responsabilidade extracontratual é de se cogitar da aplicação da *disregard doctrine*; em casos de responsabilidade contratual, a seu turno, tendo em vista que o credor sabia ou deveria saber que estava contratando com uma sociedade marginalmente capitalizada, não há falar em desconsideração.

4. CONCLUSÃO

A *disregard doctrine* é para o princípio da limitação da responsabilidade como um lado e outro de uma moda, pois é vista como resposta do direito à utilização abusiva e disfuncional desse benefício criado unicamente a fim de concretizar o progresso econômico e social.

Há no direito brasileiro o postulado segundo o qual o capital social deve ser proporcional à atividade econômica prevista no estatuto da sociedade, de modo que haja uma congruidade

⁵² HAMILTON, 2000, p. 138.

⁵³ HAMILTON, 2000, p. 139.

entre capital e objeto social. Um dos principais motivos para tal exigência é a vedação de os sócios transferirem a terceiros os riscos da atividade que desempenham através da sociedade. Eventual descompasso entre tais fatores, portanto, pode indicar, consoante a teorização da casuística americana aos casos de *piercing the veil of corporate entity*, o uso instrumental da pessoa jurídica, como meio de atingir fins diversos do que os previstos no estatuto ou de desenvolver uma atividade econômica sem a devida cautela quanto a seus inerentes riscos. Tal instrumentalização, por consequência, consubstancia-se na utilização abusiva da pessoa jurídica, principal fundamento para a aplicação da *disregard doctrine* no Brasil.

Por conseguinte, a subcapitalização é um dos possíveis fatores para a aplicação da *disregard doctrine*.

O artigo 50 do Código Civil é uma cláusula geral e aberta que admite a aplicação da teoria da desconideração nos mais variados casos em que verificada a utilização contrária ao direito a ao princípio da separação patrimonial. Assim, a mera subcapitalização societária, pode ser capaz de ensejar a aplicação desse instituto. Entretanto, pode também ser vista a inadequada capitalização como um indicativo das situações expressamente previstas no referido dispositivo legal, seja pelo desvio de finalidade seja pela confusão patrimonial.

A multiplicidade de espécies de subcapitalização, o elemento subjetivo do sócio em permitir que o capital social seja ou torne-se insuficiente, bem como o elemento volitivo do credor em contratar com a sociedade marginalmente capitalizada são fatores importantíssimos para que se admita a desconideração da personalidade jurídica por tal fundamento. Até porque o ordenamento jurídico prevê, acertadamente, que não basta o mero inadimplemento ou insolvência da sociedade para a aplicação da *disregard doctrine*. É requisito essencial para a desconideração da personalidade jurídica sua utilização em desconformidade com o direito, na forma da teoria maior majoritariamente aplicada.

Portanto, coordenando as regras de desconideração, bem como as modalidades de subcapitalização existentes no direito brasileiro, pode-se resumir às seguintes situações em que é viável a desconideração da personalidade jurídica nos casos de incongruência entre capital social e objeto social:

- (i) Subcapitalização simples ou qualificada com a presença de dolo ou culpa grave: é possível a desconideração tanto em casos de responsabilidade extracontratual quanto de responsabilidade contratual.
- (ii) Subcapitalização simples sem o elemento subjetivo: não é possível a aplicação da *disregard doctrine*.
- (iii) Subcapitalização qualificada sem dolo: o *pierce the corporate veil* deve ser aplicado apenas em casos de responsabilidade extracontratual, e não em casos em que os credores conheciam e tinham consciência da situação da sociedade.

10

OS EFEITOS PRÁTICOS DA RATIFICAÇÃO PELO BRASIL DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

Vanessa Podestá Castilho¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é expor os efeitos práticos da ratificação pelo Brasil da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena em 11 de abril de 1980, conhecida pela sigla em inglês CISG e em vigor desde 1988, mas que somente foi ratificada pelo Brasil em 04 de março de 2013. Desse modo, é realizada a análise das situações em que a incorporação pela legislação brasileira da referida Convenção, no âmbito dos contratos internacionais, acarretará consequências no plano prático. De igual modo, sustenta-se a importância da adesão pelo Brasil ao texto da CISG, e seus efeitos imediatos, tanto pela harmonização das normas brasileiras quanto pela aceitação da evolução normativa internacional para o fim de integração econômica e política. Por último, realiza-se um estudo comparativo com o artigo 19 da CISG, considerado como um dos mais polêmicos. Conclui-se que a aprovação pelo Brasil da CISG sem reservas foi acertada e somente trará benefícios para o Brasil, desde que os advogados brasileiros estejam preparados para utilizá-la adequadamente.

Palavras-chave: COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. RATIFICAÇÃO DA CISG PELO BRASIL. CONVENÇÃO DE VIENA.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo IBEJ. Pós-Graduada em Direito Societário pela Unicuritiba. Pós-Graduada em Direito Contemporâneo pelo Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. Advogada corporativa especializada em contratos e direito societário. Pós-Graduada do Curso de: Direito, Logística e Negócios Internacionais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo demonstrar a importância da incorporação pela legislação brasileira, da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Deste modo, buscou-se demonstrar de forma inequívoca os benefícios da aplicação da referida Convenção aos contratos internacionais.

Para fundamentar este artigo foram feitas pesquisas bibliográficas, legislativas e, ao mesmo tempo, acessos a sites de organismos internacionais, como serão demonstradas no desenvolvimento deste estudo.

Em uma primeira parte do artigo, na esteira da notícia da ratificação da CISG pelo Brasil, será discorrido sobre a grande importância de se ter um sistema harmonizado de normas para se chegar à melhor forma de solução de eventuais controvérsias oriundas de contratos de compra e venda internacionais de natureza mercantil.

Diante da necessidade dos empresários brasileiros de aumentar as negociações internacionais, como alternativa para o mercado interno nesta época de baixo crescimento econômico, a Convenção de Viena é bem vinda ao contexto jurídico nacional, pois contribuirá para uma maior confiança dos estrangeiros no cenário jurídico nacional.

Entretanto, considerando que a CISG já pode ser utilizada quando indicada em uma cláusula arbitral, pretende-se analisar na segunda parte do artigo, os casos em que efetivamente a incorporação da CISG pela legislação brasileira trará mudanças, permitindo-se a aplicação da CISG onde atualmente não é possível.

Por último, será realizado um estudo comparativo entre a CISG e o Código Civil Brasileiro no que tange a formação dos contratos, já que a adesão do Brasil à CISG surtirá profundas mudanças nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, a partir do momento em que esse diploma entrar em vigor, pois tais contratos passarão a ser regidos pelo direito uniforme da CISG e não mais pela legislação doméstica. Por esta razão, as empresas e os advogados que atuam na área internacional precisam conhecer as regras da Convenção, que versam sobre a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do comprador e do vendedor, tendo em vista que no que se refere a estas matérias, a CISG passa a ser o direito aplicável, e não o Código Civil brasileiro.

2. A IMPORTÂNCIA DA RATIFICAÇÃO DA CISG PELO BRASIL E O PROCEDIMENTO DE INTERNALIZAÇÃO

A convenção das Nações Unidas para Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods), conhecida pela sua

sigla em inglês CISG², é um projeto da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL), que foi aprovado em Viena, capital da Áustria, no dia 11 de abril de 1980, por uma conferência diplomática que contou com a participação de 62 Estados, convocada especialmente para esse fim. Sendo que a referida Convenção entrou em vigor em 11 de abril de 1988, para os onze primeiros Estados que depositaram, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, os respectivos instrumentos de adoção. Tais Estados foram: Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesoto, Síria e Zâmbia.

A CISG é atualmente um dos principais instrumentos de harmonização do Comércio Internacional. Sendo que com a adesão da Turquia e da República Dominicana, em 7 de julho de 2010, do Benin, em 1º de agosto de 2011 e de San Marino em 20 de fevereiro de 2012, a CISG passou a ser adotada por 78 países que, em conjunto, respondem por cerca de 90% do valor negociado no comércio mundial³, incluindo dos parceiros comerciais mais importantes do Brasil, como a China, os países membros do Mercosul, Estados Unidos, Canadá e várias nações europeias.

O texto da CISG foi o resultado de um notável esforço coordenado de países de culturas jurídicas e graus de desenvolvimento econômico diferentes, de diversas partes do mundo, visando não favorecer nenhuma nação em especial e fornecer um instrumento simples para reger a compra e venda internacional de mercadorias, sob a coordenação da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional – UNCITRAL.

Embora o Brasil tenha participado dos trabalhos preparatórios da CISG, somente em 04 de novembro de 2010, iniciou o processo formal de adesão ao texto da Convenção de Viena, data em que a Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 636, contendo o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, acompanhado da Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado, interino, das Relações Exteriores Antônio de Aguiar Patriota, contendo o seguinte: “2. Na LXIX Reunião do Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex), realizada em 15 de dezembro de 2009 concordou-se que a Convenção, por padronizar regras aplicáveis aos contratos internacionais, contribui para a segurança jurídica e a estabilidade das relações comerciais entre as empresas estabelecidas em diferentes países.”⁴

O texto da CISG foi finalmente aprovado pelo Congresso Nacional, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, por intermédio do Decreto Legislativo nº

² Doravante neste artigo, será referida à Convenção das Nações Unidas para Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias somente pela sigla CISG ou simplesmente Convenção.

³ ONU. Brasil adere à Convenção da ONU sobre contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

⁴ Encaminhamento de Projeto de Mensagem nº 00131/2010. Disponível no site <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/815192.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2013.

538 de 18 de outubro de 2012, publicado no Diário Oficial da União de 19 de outubro de 2012, em cumprimento ao disposto no artigo 49, I, da Constituição Federal do Brasil.

Com esta aprovação pelo Congresso Nacional e publicação, iniciaram-se os procedimentos cabíveis para a sua entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro⁵. Por se tratar de um ato multilateral, foi necessária a ratificação da CISG, ou seja, foi depositado pela **décima vez** o instrumento de adesão perante o Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, na data de 04 de março de 2013, tornando o Brasil o 79º Estado a aderir à CISG⁶. Sendo que a quantidade necessária de instrumentos depositados e o prazo para que entre em vigor foram estabelecidos no artigo 99 (2) da CISG, abaixo transcrito:

(2) Quando um Estado ratificar, aceitar, aceder ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aderir, após haver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, a Convenção, salvo a Parte excluída, entrará em vigor com relação a esse Estado no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que haja depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo⁷.

Portanto, perante as Nações Unidas, a CISG entrará em vigor para o Brasil em 1º de abril de 2014, conforme notificação de depósito C.N.177.2013.TREATIES-X.10 das Nações Unidas.

No entanto, a prática brasileira tem exigido, após o depósito do instrumento de ratificação, deva o Presidente da República, a quem a Constituição dá competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII), expedir um decreto de execução, promulgando e publicando no Diário Oficial da União o conteúdo dos tratados, materializando-os, assim, internamente.

Esta exigência da promulgação não encontra respaldo direto da Constituição Federal, sendo o decreto de promulgação, um “produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um *decreto*, unicamente por que os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais [grifo do autor].”⁸

Em razão disto, no Brasil promulgam-se todos os tratados aprovados pelo Congresso Nacional, valendo como ato de publicidade. Desta forma, a entrada em vigor está dependendo unicamente desta formalidade, o que ainda que demore, necessariamente deverá ocorrer, por ser

⁵ MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O Poder Legislativo e os tratados internacionais**: o treaty making power na Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTVJustica/portalTVJusticaNoticia/anexo/Artigo__Poder_Legislativo_e_Tratados_Internacionais__Valerio_Mazzuoli.pdf. Acesso em: 27 jun. 2013.

⁶ Para o status atualizado da Convenção, c.f. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

⁷ O parágrafo (6) faz menção à necessidade dos Estados partes da Convenção de Haia de 1964 sobre a Formação dos Contratos de compra e venda internacional de mercadorias ou da Convenção de Haia de 1964 sobre a Compra e Venda Internacional de mercadorias, realizarem a denúncia destes tratados, já que a CISG é a sucessora de ambos. Este parágrafo não é aplicável ao Brasil porque não aderiu a nenhum destes tratados, cf. consulta realizada no website da Unicitral: <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-64ulis.pdf> e <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-64ulf.pdf>.

⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

um ato de mera publicidade.

No entanto, caso até 1º de abril de 2014, data em esta convenção entrará em vigor, segundo as Nações Unidas e em conformidade com o disposto na CISG, ainda não tenha ocorrido a promulgação, não será possível a aplicação no território nacional, conforme ensinamento de Nádía de Araújo a seguir transcrito:

Neste ponto reside um dos problemas com relação à internalização dos tratados no Brasil, pois o STF tem se pronunciado no sentido de que somente com a promulgação passa o tratado a ser obrigatório em todo o território nacional. A imprescindibilidade da promulgação para a validade dos tratados no Brasil foi estabelecida de forma concreta em recente julgamento de carta rogatória proveniente da Argentina, fundamentada no Protocolo de Medidas Cautelares, tratado que, apesar de ratificado, não havia sido promulgado, pelo que entendeu o STF não estar ainda em vigor no território nacional. Esta conclusão se deu apesar da norma contida no art. 29 de que a sua entrada em vigor se daria 30 dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados-Partes que o ratificassem. Como a data do instrumento de ratificação do Brasil era em 18 de março, o ministro presidente decidiu que o aludido Protocolo não integrava ainda, para efeitos domésticos, o ordenamento jurídico positivo, vigente no País, pois lhe faltava a promulgação por decreto do Presidente da República.⁹

Ainda que pendente de promulgação, o que apenas pode acarretar uma maior demora na incorporação da CISG, a ratificação desta convenção foi um importante passo para que o Brasil participe desta tendência internacional, coordenada pela UNCITRAL, de harmonização das regras aplicáveis à formação e ao conjunto de direitos e obrigações decorrentes dos contratos internacionais, o que diminuirá os custos de transação dos contratos e facilitará a maior participação do Brasil no comércio internacional.

No comércio internacional, as empresas precisam firmar contratos internacionais de compra e venda de mercadorias com os vendedores dos insumos que pretendem importar, negociar seus produtos com possíveis compradores de outras nacionalidades, contratar o seguro das mercadorias, e estabelecer as condições do pagamento, dentre outras atividades. “Na hipótese de aplicação dos dispositivos da CISG, deixa-se de adotar os sistemas jurídicos internos, e assim a tendência é diminuir a necessidade de contratação de especialistas no direito de outros países para acompanhar os contratos de compras e venda internacional de bens, o que reduz os custos e traz mais competitividade a tais transações comerciais.”¹⁰

Apenas a título de exemplo da segurança jurídica proporcionada pela CISG, com relação

⁹ ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 147.

¹⁰ OLIVEIRA, Maria Fátima B. Arraes de Oliveira; GABRIEL, Amélia Regina Mussi. O procedimento de incorporação da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias no ordenamento jurídico brasileiro. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 301-302.

ao seguro, embora não seja objeto da CISG, esta estabelece condições mínimas de garantia a este respeito, conforme disposto no artigo 32 (2) e (3), in verbis:

(2) Se o vendedor estiver obrigado a providenciar o transporte das mercadorias, deverá celebrar os contratos necessários para que tal transporte seja efetuado até o lugar previsto, por meios adequados às circunstâncias e nas condições usuais para tanto.

(3) Se não estiver obrigado a contratar o seguro de transporte, o vendedor deverá fornecer ao comprador, a pedido deste, toda informação disponível que for necessária para a contratação de tal seguro.

Espera-se que a entrada em vigor da CISG no ordenamento jurídico brasileiro, prevista para o dia 1º de abril de 2014, auxilie o Brasil a melhorar a sua participação nas exportações, que além de pequena, sofreu uma retração de 0,1% de 2011 para 2012, pois segundo dados divulgados pela Organização Mundial do Comércio – OMC, o Brasil se manteve na 22ª posição entre os maiores exportadores mundiais, com meros 1,3% do comércio mundial em 2012. Enquanto em 2011, o Brasil representava 1,4% das exportações do mundo¹¹.

3. CASOS PRÁTICOS EM QUE A CISG SOMENTE PODERÁ SER UTILIZADA APÓS A SUA INCORPORAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, é importante distinguir a eleição do foro (*choice of forum*) da eleição da lei aplicável (*choice of law*), sendo que aquela é permitida pela legislação brasileira¹², enquanto esta não é permitida, salvo na arbitragem, conforme será exposto a seguir. Portanto, necessariamente a competência do foro brasileiro acarretará a aplicação exclusivamente das leis integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, incluídos os tratados, depois de realizado todo o trâmite de internalização explanado no item 2 deste artigo.

“A regra geral para a lei aplicável é a do local da constituição da obrigação (art. 9º da LICC). Repetiu-se a Introdução ao Código Civil de 1917. A única modificação foi a supressão da expressão ‘salvo estipulação em contrário’, que acarretou a proibição à autonomia da vontade.”¹³

Esta ausência da autonomia das partes na escolha da lei aplicável é uma das causas do aumento do custo de transação, pois o contratante estrangeiro, nas palavras de João Grandino Rodas, “ao sopesar o ‘custo Brasil’, leva em conta, também, a certeza jurídica propiciada ou não pelas regras jurídicas internas relativas à contratação internacional. Sendo tais regras obsoletas ou não possibilitando a necessária certeza, a curva estatística representativa dos contratos internacionais,

¹¹ Cf. <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=1361984&tit=Brasil-perde-participacao-no-comercio-mundial>.

¹² Exceto nas hipóteses de competência exclusiva previstas no artigo 89 do Código de Processo Civil brasileiro, as quais nunca serão objeto de um contrato de compra e venda internacional sujeito à aplicação da CISG, pois essas hipóteses envolvem imóveis.

¹³ ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 368.

entre os quais figuram os de exportação, tenderá a declinar.”¹⁴

No entanto, considerando que há um consenso quanto à opção pela utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos nos contratos internacionais e que na Lei de Arbitragem brasileira nº 9.307/96, artigo 2º, é permitida a escolha da lei aplicável e, portanto é permitida a eleição da aplicação da CISG, independentemente da sua ratificação pelo Brasil: em quais casos, que somente com a entrada em vigor da CISG no Brasil, esta poderá ser aplicada? Ou seja, quais serão os efeitos práticos da entrada em vigor da CISG no Brasil?

Em primeiro lugar, quando houver a preferência das partes em redigir um contrato, elegendo o foro brasileiro para dirimir eventuais conflitos e sem uma cláusula compromissória, a CISG, a partir da entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, será a lei aplicável em detrimento ao Código Civil Brasileiro, em razão da sua posterioridade e especialidade.

Em segundo lugar, ainda que haja uma cláusula compromissória prevista no contrato, esta deverá ser previamente negociada, inclusive a opção pela aplicação da CISG, pois o árbitro, ao contrário do Juiz, possui autonomia quanto à decisão da lei aplicável. E a argumentação de que o Brasil não ratificou a CISG seria um motivo para recurso, que embora infundado, alimentará uma lide, protelando a solução do conflito.

Em terceiro lugar, no caso de um contrato mal redigido, em que concomitante à cláusula compromissória, seja estabelecida uma cláusula de foro, a justiça brasileira entende que a cláusula compromissória é nula, considerando válida somente a cláusula de foro.

Em quarto lugar, considerando a agilidade que os comerciantes buscam nas suas transações, tanto aqueles que praticam o comércio propriamente dito, buscando vender as suas mercadorias, quanto **àqueles** que participam da manufatura de produtos e precisam de determinados insumos ou equipamentos importados para não paralisarem a sua produção, é frequente as partes efetuarem estas transações somente mediante proposta ou pedido de compra, sem cláusulas contratuais mínimas, em especial a de resolução de conflitos.

Esta última situação é agravada pela cultura ainda predominante no Brasil de que a assessoria jurídica representa um custo para a empresa, além de atraso na conclusão dos negócios, em especial se a empresa não possui um departamento jurídico interno, o que acarreta o “atropelamento” da conclusão de um negócio devidamente sem o devido respaldo de uma assessoria jurídica que atue na **prevenção de** conflitos futuros.

Neste sentido, fica o alerta de Jeffrey A. Talpis quanto à necessidade de ser utilizado o direito preventivo de conflitos nas transações comerciais internacionais, antes mesmo de serem pensadas as ADR – Alternative Dispute Resolutions¹⁵, que inclui a arbitragem, o que poderá ser feito no momento de elaboração dos contratos, já se antecipando a conflitos futuros.

¹⁴ RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 63-64.

¹⁵ TALPIS, Jeffrey A. Prevenção de disputas decorrentes de negócios internacionais. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONALVES, Oksandro (coord). **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 9, p. 43-45, jan./jun. 2008.

Sendo que, com a rapidez da informação e a possibilidade de realizar contratos via internet, as características de um contrato internacional podem ser “disfarçadas” e conseqüentemente, dispensados os cuidados necessários. Senão vejamos:

Conforme o comércio vem tornando-se cada vez mais “internacional”, as partes contratantes e seus assessores jurídicos devem pensar “internacionalmente”, e serem sensíveis ao potencial de aplicação das leis de diferentes jurisdições e da possibilidade do litígio ser levado perante os tribunais de diferentes Estados, inclusive concomitantemente. Que estas considerações são relevantes e importantes é com certeza óbvia para as transações, que desde seu início, podem ser caracterizadas como internacionais, em razão da situação geográfica das partes ou das circunstâncias. Todavia, os contratos, que aparentam ser puramente nacionais no seu início, podem tornar-se internacionais com o ‘clique de um mouse’ ou uma tecla em um teclado ou uma transferência eletrônica de fundos via telefone. Estes contratos, que aparentam ser domésticos, portanto, não são imunes a estas considerações e os consultores jurídicos envolvidos nos processos de elaboração e negociação, conseqüentemente precisam ser sensíveis a esta possibilidade¹⁶.

A última situação em que a incorporação da CISG será benéfica é quando a jurisdição brasileira é concorrente em razão do disposto no artigo 88 do Código de Processo Civil Brasileiro, aceitando para si a competência, ainda que haja uma cláusula estabelecendo foro diverso do brasileiro.

Embora também haja decisões em sentido contrário, há abundância de jurisprudência tanto no STJ, quanto nos tribunais estaduais admitindo esta possibilidade.

(...) a jurisprudência do STJ (STJ, Resp. 251.438-RJ, 4ª Turma, Relator Barros Monteiro) e de diversos tribunais estaduais, como o TJ-RJ (Apelação Cível nº 3.058/2003, 11ª Câmara Cível), o TJ-SP (Câmara Especial, Agravo de Instrumento nº 3.124-0, 17.11.1983), o TJ-PR (Agravo de Instrumento nº 76.753.100, 10.08.1999) e também de algumas Câmaras do 1º TAC-SP (Apelação Cível nº 835.916-8; Agravo de Instrumento nº 610.580-8) e do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (TA/RS) (Agravo de Instrumento nº 196.040.638, Sexta Câmara Cível, em 23.05.1996) não admitem a exclusividade da cláusula de eleição de foro aposta ao contrato internacional, admitindo processar e julgar determinada matéria quando acionado o tribunal doméstico, ainda que a cláusula remeta a foro estrangeiro.

A argumentação que sustenta esse posicionamento reside na doutrina processualista abalizada de José B. de Mesquita (1998), que defende que os particulares não podem criar ou estabelecer jurisdição ou competência, sendo esta uma atribuição da legislação diante do monopólio estatal da jurisdição e do aspecto de soberania daí derivado. Nessa linha de

¹⁶ Tradução livre. “As commerce has become increasingly “international”, contracting parties and their legal advisors must think “internationally”, and be sensitive to the potential application of the laws of different jurisdictions and of the possibility of litigation being brought before the courts of different states, even at the same time. That these considerations are relevant and important is, of course, obvious for transactions, which at their outset can be characterized as “cross-border”, because of the geographical situation of the parties or because of their circumstances. However, contracts, which appear to be purely domestic at their outset, may become international with the ‘click of a mouse’ or a key on a keyboard or a telephone wire transfer of funds. These contracts, which appear to be domestic, are therefore not immune to these considerations and the legal advisors engaged in the drafting and negotiating processes therefore need to be sensitive to this possibility.” Ibid, 46-47.

pensamento, entende-se que os artigos 88 e 89 são normas de ordem pública inderrogáveis. Desta forma, as cortes nacionais sempre mantêm inafastável a sua competência concorrente, a despeito da eleição de foro estrangeiro.¹⁷

Assim, qualquer contrato firmado com uma empresa brasileira, que se enquadre nas hipóteses elencadas no artigo 88 do Código de Processo Civil Brasileiro, poderá ter a justiça brasileira com competência concorrente para dirimir seus litígios.

O posicionamento do STF indica uma preferência pelo respeito à cláusula de eleição de foro porque caso a parte domiciliada em território nacional seja citada em foro estrangeiro eleito contratualmente, dele não poderá escapar, sob pena de revelia (STF, Sentença Estrangeira nº 4.415).¹⁸

Os efeitos deste posicionamento da jurisprudência brasileira nos custos de transação serão suavizados pela aplicação da CISG, na resolução dos conflitos atinentes aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, já que a parte obrigada a submeter-se à jurisdição brasileira, ao menos poderá contar, a partir da entrada em vigor da CISG no ordenamento jurídico brasileiro, com a aplicação desta Convenção, não sendo necessário conhecer as normas brasileiras a este respeito.

Neste ponto, é importante destacar, que o Brasil não fez nenhuma reserva à **convenção**, em consonância com a opinião da doutrina nacional, ao contrário dos Estados Unidos, que declarou a reserva prevista no artigo 95 da CISG, segundo o qual “Qualquer Estado poderá declarar, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a disposição da alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção”.

Portanto, a reserva a este artigo, implica que a CISG somente será aplicada no caso do foro competente ser de um estado norte-americano, quando este contratar com um Estado Parte da Convenção. Um dos argumentos dos Estados Unidos para declarar esta reserva foi de que “este dispositivo [alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1 da CISG] seria sempre mais favorável à lei estrangeira: caso as regras de conflito apontassem para a lei doméstica norte-americana (v.g. Código Comercial Uniforme), esta seria substituída pela Convenção; todavia, a lei estrangeira prevaleceria quando o resultado fosse a lei de Estado não Contratante.”¹⁹

A ausência da reserva do artigo 95 por parte do Brasil também apaziguará o receio de Estados não contratantes em submeter-se à legislação brasileira, permitindo a aplicação da CISG também nestes casos, o que constitui uma enorme vantagem competitiva para o Brasil porque “a relação do Brasil com Estados não Contratantes representa aproximadamente 25% de suas

¹⁷ TIMM, Luciano Benetti. A cláusula de eleição de foro versus a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes? Disponível em: <http://www.cmtded.com.br/restrito/upload/artigos/40.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

¹⁸ Ibid, p. 12.

¹⁹ ÁRABE NETO, Abrão M. Reservas à Convenção de Viena de 1980: qual a melhor opção para o Brasil? In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem Internacional**: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 190.

operações de comércio exterior.”²⁰

Abrindo um parêntesis, além de proporcionar maior segurança jurídica para os Estados não contratantes da CISG, o Brasil ainda será beneficiado nas negociações com os Estados Unidos porque atualmente, em razão desta reserva norte americana ao artigo 95 da CISG, o Brasil está obrigado a sujeitar-se à legislação norte americana, ou mais precisa e prejudicialmente, a uma legislação específica de um dos estados norte americanos, quando o contrato estabelecer o foro competente deste estado para dirimir os conflitos decorrentes do contrato de compra e venda. Portanto, a partir da entrada em vigor da CISG no Brasil, por se tratar de um Estado contratante, nas relações com os Estados Unidos será aplicada esta convenção invés da legislação de um estado norte americano, conforme disposto no artigo 1 (a), da Convenção.

Os efeitos positivos e amenizadores quanto ao receio causado pela atratividade da competência jurisdicional brasileira e conseqüentemente da aplicação da legislação brasileira, decorrem em especial da CISG simplificar as relações jurídicas comerciais, afastando a necessidade das partes conhecerem a lei interna de cada país onde elas comerciam. Da mesma forma, os comerciantes brasileiros não precisarão contratar advogados alienígenas antes de celebrarem contratos de compra e venda com países contratantes da Convenção. Bastando somente conhecer um instrumento: o texto da Convenção.

Diante dos cenários supra indicados, a incorporação da CISG no ordenamento jurídico brasileiro será benéfica, ainda mais considerando que a aplicação suplementar “das regras da Convenção de Viena ao Código Civil Brasileiro, em matéria de interpretação de contratos comerciais, é capaz de fornecer aos aplicadores do Direito a ferramenta que falta ao nosso ordenamento para promover uma profunda análise das relações contratuais em disputa, atingindo-se resultados mais equânimes e bem fundamentados.”²¹

4, ESTUDO COMPARATIVO DA CISG COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO À FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Dentre os dispositivos da CISG que tratam sobre a formação do contrato, artigos 14 a 24, foi definido como objeto deste estudo comparativo, o artigo 19 porque é o mais polêmico. No entanto, todos os artigos que tratam da formação do contrato são importantes, pois a formação do contrato tem diversas implicações que perdurarão durante toda a vigência dos contratos, tais como: a determinação do momento limite para a retratação de uma oferta, a determinação do momento de transferência dos riscos da coisa alienada e a lei aplicável ao contrato.²²

²⁰ Ibid, p. 193.

²¹ NEVES, Fávia Bittar; RADAEL, Gisely Moura. Interpretação dos contratos comerciais internacionais: um estudo comparado. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 245.

²² CASADO FILHO, Napoleão. Considerações sobre a formação do contrato de compra e venda na Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias e no Direito Brasileiro. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. P. 342.

Com relação à formação dos contratos, que implica em uma oferta e aceitação, a principal inovação, que será o foco deste estudo comparativo, foi trazida pelo artigo 19 da CISG. Este dispositivo traz a possibilidade da vinculação pelo silêncio, caso o proponente não rejeite as alterações “não substanciais” propostas pelo destinatário na aceitação, fazendo com que as condições do contrato sejam consideradas com as modificações propostas na aceitação, conforme artigo 19 (2), da CISG, *in verbis*:

(2) Se, todavia, a resposta que pretender constituir aceitação contiver elementos complementares ou diferentes, mas que não alterem substancialmente²³ as condições da proposta, tal resposta constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou enviar uma comunicação a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato serão as constantes da proposta, com as modificações contidas na aceitação.”

Portanto, pode-se inferir do dispositivo supra transcrito, que há uma previsão expressa na CISG em que o silêncio obrigará o proponente inicial a aceitar modificações na sua proposta, consistindo em uma exceção à regra geral do artigo 18 (1), da CISG: “Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.” Esta consequência jurídica não existe no Código Civil Brasileiro, que se limita a determinar que modificações na proposta importarão em uma nova proposta: “Art. 431. *A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.*” Uma vez consideradas as alterações como uma nova proposta, não será necessária a oposição do ofertante inicial, que não estará vinculado à proposta modificada.

Embora conste no artigo 19, (3), da CISG, a definição do que seria uma modificação substancial, “(3) Serão consideradas alterações substanciais das condições da proposta, entre outras, as adições ou diferenças relacionadas ao preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou o meio de solução de controvérsias” há muito espaço para dúvida, o que gera a chamada “batalha das formas” pelos doutrinadores que escreveram sobre o assunto, conforme artigos disponibilizados na biblioteca eletrônica sobre a CISG²⁴.

Para encontrar uma solução para o conflito da batalha das formas não é fácil. A situação é complicada pela prática frequente de envio de ofertas e aceitações que contenham condições gerais que revelam contradições. Questões levantadas no litígio da batalha das formas são: “Nestas circunstâncias, há um contrato concluído?” e “Caso afirmativo, quais são os termos do contrato?” A prática mostra que a resposta para a primeira pergunta é frequentemente afirmativa. Normalmente, as partes seguem em frente com o contrato, embora cada um tenha

²³ A tradução dos artigos da CISG foi extraída da tradução oficial que foi encaminhada com o Projeto de Decreto para o Congresso Nacional. No entanto, entendo que a expressão contida neste artigo, qual seja “materially” poderia ser traduzida também como “materialmente” porque parece que a intenção foi excluir as alterações formais.

²⁴ www.cisg.law.pace.edu

se referido às suas próprias condições gerais, o problema sendo a determinação do conteúdo do contrato.²⁵

Nesta linha, a acadêmica Andrea Fejős,²⁶ em seu artigo sobre a batalha das formas, explica que na Convenção de Viena, o artigo 19 (2) da CISG constituiu umas das mais controversas questões. Como uma concessão, o artigo 19 (3) foi adicionado com uma lista de alterações que seriam consideradas materiais (substanciais). Entretanto, o objetivo deste parágrafo adicional de esclarecer quais seriam as alterações materiais, não foi atingido em razão da expressão “entre outras” que tornou este rol não exaustivo.

Como uma consequência da lista abrangente de alterações acobertadas pelo rol não exaustivo do artigo 19 (3), da CISG, as alterações imateriais ou não substanciais seriam somente as alterações gramaticais, erros de digitação ou matérias insignificantes tais como especificação de detalhes, que já estejam implicitamente incluídas na oferta. Entretanto, uma interpretação diferente é possível, considerando que o objeto de alterações não substanciais pode ser considerado tudo o que não é da substância da questão. Conseqüentemente, a aceitação não precisa utilizar a exata redação da oferta, com tanto que a diferença na linguagem não altere as obrigações das partes, acarretando uma desvantagem indubitável de uma parte em relação à outra. Portanto, modificações “neutras” ou que favoreçam o ofertante serão usualmente consideradas imateriais.

A acadêmica acima citada, afirma que de acordo com a jurisprudência pesquisada, envolvendo decisões da Corte de Apelação de Paris e da Alemanha, além de câmara arbitral na China, as seguintes modificações tem sido consideradas imateriais: uma resposta que modificou a oferta, atestando que o preço poderia ser ajustado para mais ou para menos de acordo com o preço de mercado e alteração de entrega de um item; o termo padrão do vendedor que estabelece o direito de alterar a data de entrega; uma solicitação para que o contrato seja considerado confidencial até que as partes façam um anúncio público; e uma exigência contratual para que o comprador somente possa rejeitar as mercadorias dentro de um determinado período.

A conclusão que pode ser retirada das possíveis soluções fornecidas pela doutrina e a jurisprudência é que a linha divisória entre as alterações materiais e imateriais é tênue. Além das pequenas alterações, compostas em sua maioria de alterações gramaticais, não há um consenso sobre o que constitui uma alteração não essencial, dependendo sempre da análise do caso concreto. Considerando o objetivo da CISG de promover a harmonização e a preservação dos negócios, uma interpretação restritiva sobre a definição de mudança imaterial deve prevalecer.

²⁵ Tradução livre. “To find a solution to the conflict of the battle of the forms is not easy. The situation is complicated by the frequent practice of sending offers and acceptances that contain general conditions that reveal contradictions. Questions raised in battle-of-the-forms litigation are: “Under these circumstances, has a contract been concluded?” and, “If so, what are the terms of the contract?” Practice shows that the answer to the first question is often affirmative. Usually the parties go ahead with the contract although each has referred to its own general conditions, the problem being the determination of the content of the contract.” VISCASILLAS, Pilar Perales. **Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002.** Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales2.html>. Acesso em: 05 jul. 2013.

²⁶ FEJÓS, Andreia. **Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC.** Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/fejios.html>. Acesso em: 06 jul. 2013.

Os casos analisados acima, que entenderam de forma errada ou mais acuradamente desconsideraram o artigo 19, (3), da CISG, demonstram a importância prática da exceção contida no artigo 19, (2), da CISG. Esta provisão foi criada para proteger o ofertante inicial, caso ele não concorde com as adições contidas na aceitação, sendo que a objeção impede a formação do contrato. Entretanto, com uma interpretação extensiva das cortes, para as quais qualquer alteração é elegível a ser qualificada como uma alteração imaterial, a proteção almejada não é atingida. Há um perigo na prática, os ofertantes poderão se encontrar vinculados a alterações cruciais sobre as quais não expressaram o seu consentimento.²⁷

Analisando a questão do ponto de vista da legislação brasileira, este dispositivo da CISG poderá produzir consequências opostas em uma mesma situação regulada no Brasil, pois de acordo com a CISG, somente a proposta modificada de forma essencial constitui uma nova proposta, somente neste caso haverá a alteração do proponente, o que implicará inclusive na determinação do foro competente para julgar conflitos decorrentes desta relação comercial, supondo-se que não houve cláusula de eleição de foro, nem foi instituída cláusula compromissória no contrato.

Neste ponto, há uma diferença em relação à legislação brasileira, já que qualquer modificação será considerada nova proposta, e como bem define Nádia de Araújo, nos termos do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, não será considerada a proposta como sendo a inicial, mas sim a última versão porque a lei brasileira adota a teoria da expedição da resposta como o momento em que se aperfeiçoa a obrigação nos contratos entre ausentes.²⁸

Portanto, o silêncio do proponente poderá vinculá-lo de acordo com o disposto na CISG, enquanto na legislação brasileira tal consequência não é possível.

Caso ambas as partes acordem sobre os termos da proposta, ou seja, não haja discussão sobre a formação do contrato, a questão de qual será o foro do proponente é resolvida na maioria dos casos pela jurisprudência internacional, da mesma forma que a brasileira, considerando-se a última proposta como a determinante, o que em inglês é chamado de "last-shot rule".²⁹

Diante de todo o exposto, verifica-se que as divergências e dúvidas que pairam sobre o artigo 19 da CISG não são suficientes para desacreditá-lo, sendo necessário tão somente que os advogados brasileiros que assessoram empresas que realizam transações internacionais, estejam preparados para orientá-las de acordo com as normas da CISG, sendo vantajoso para o Brasil não mais precisar contratar um advogado nos Estados Unidos para entender a legislação de um determinado estado, já que com a ratificação da CISG, o Brasil tornou-se um Estado Parte deste tratado, que ao contratar com outro Estado Parte, terá o seu conflito submetido às normas da

²⁷ Tradução livre. "The cases, analyzed above, that misinterpret or more accurately disregard Art. 19(3) CISG, show the practical importance of the exception in Art. 19(2) CISG. The provision is designed to protect the initial offeror,[97] in case it does not agree with the additions contained in the acceptance its objection will withhold the contract formation. However, with an extensive interpretation of the courts, where every change is eligible to be qualified as an immaterial the aimed protection has not been achieved. There is a danger that in practice, offerors would find themselves bound to crucial changes without expressing an assent." FEJÓS, *ibid.*

²⁸ ARAÚJO, *Direito Internacional Privado*, op. cit., p. 369.

²⁹ VISCASILLAS, op. cit.

CISG, salvo se expressamente afastada da aplicação no contrato, pois a CISG privilegia a autonomia da vontade, permitindo que a sua aplicação total ou parcial seja afastada pela vontade das partes contratantes.

5. CONCLUSÃO

Este artigo jurídico procurou demonstrar a importância da incorporação pela legislação brasileira, da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Embora ainda pendente de promulgação, a qual constitui um mero ato de publicidade da ratificação, e que se espera seja realizada até a data de entrada em vigor do Brasil como Estado Parte, prevista para 1º de abril de 2014, a ratificação desta convenção foi um importante passo para que o Brasil participe desta tendência internacional, coordenada pela UNCITRAL, de harmonização das regras aplicáveis à formação e ao conjunto de direitos e obrigações decorrentes dos contratos internacionais, o que diminuirá os custos de transação dos contratos e facilitará a maior participação do Brasil no comércio internacional.

Verificou-se que foi importante a aprovação da CISG pelo Brasil sem reservas, em especial quanto ao artigo 95, o que também apaziguará o receio de Estados não contratantes em submeter-se à legislação brasileira, permitindo a aplicação da CISG também nestes casos, o que constitui uma enorme vantagem competitiva para o Brasil, considerando que a relação do Brasil com Estados não Contratantes representa aproximadamente um quarto de todas as suas operações de comércio exterior.

Os efeitos positivos e amenizadores quanto ao receio causado pela atratividade da competência jurisdicional brasileira e conseqüentemente da aplicação da legislação brasileira, decorrem em especial da CISG simplificar as relações jurídicas comerciais, afastando a necessidade das partes conhecerem a lei interna de cada país onde elas comerciam. Da mesma forma, os comerciantes brasileiros não precisarão contratar advogados alienígenas antes de celebrarem contratos de compra e venda com países contratantes da Convenção. Bastando somente conhecer um instrumento: o texto da Convenção.

Diante dos cenários indicados no item 3 deste artigo, a incorporação da CISG no ordenamento jurídico brasileiro será benéfica, ainda mais considerando que esta foi elaborada com a intenção de regular de forma específica as compras e vendas internacionais, as quais não são e nem poderiam ser regulamentadas de forma satisfatória pelo Código Civil Brasileiro, fornecendo aos aplicadores do Direito a ferramenta que faltava para atingir resultados mais equilibrados na resolução de conflitos decorrentes destas transações.

Por fim, diante de todo o exposto, verifica-se que as divergências e dúvidas que pairam em especial sobre o artigo 19 da CISG não são suficientes para desacreditá-lo, sendo necessário

tão somente que os advogados brasileiros que assessoram empresas que realizam transações internacionais, estejam preparados para orientá-las de acordo com as normas da CISG, sendo vantajoso para o Brasil não mais precisar contratar um advogado nos Estados Unidos para entender a legislação de um determinado estado, já que com a ratificação da CISG, o Brasil tornou-se um Estado Parte deste tratado, que ao contratar com outro Estado Parte, terá o seu conflito submetido às normas da CISG, salvo se expressamente afastada da aplicação no contrato, pois a CISG, ao contrário da legislação brasileira, privilegia a autonomia da vontade das partes quanto à escolha da lei aplicável, permitindo que a sua aplicação total ou parcial seja afastada pela vontade das partes contratantes.

6.REFERÊNCIAS

ÁRABE NETO, Abrão M. Reservas à Convenção de Viena de 1980: qual a melhor opção para o Brasil? In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO

FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem Internacional:** UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 183-195.

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais:** autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional privado:** teoria e prática brasileira. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CASADO FILHO, Napoleão. Considerações sobre a formação do contrato de compra e venda na Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias e no Direito Brasileiro. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.;

CASADO FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem Internacional:** UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 341-354.

FEJÓS, Andreia. **Formation of Contracts in International Transactions:** The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html>Acesso em: 06 jul. 2013.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **O Poder Legislativo e os tratados internacionais:** o treaty making power na Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo__Poder_Legislativo_e_Tratados_Internacionais__Valerio_Mazzuoli.pdf. Acesso em: 27 jun. 2013.

NEVES, Fávia Bittar; RADAEL, Gisely Moura. Interpretação dos contratos comerciais internacionais:

um estudo comparado. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan B.; CASADO FILHO, Napoleão (coord.). **Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 227-246.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos Internacionais**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 19-65.

TALPIS, Jeffrey A. Prevenção de disputas decorrentes de negócios internacionais. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GONALVES, Oksandro (coord). **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 9, p. 43-74, jan./jun. 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **A cláusula de eleição de foro versus a cláusula arbitral em contratos internacionais: qual é a melhor opção para a solução de disputas entre as partes?** Disponível em: <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/40.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

VISCASILLAS, Pilar Perales. **Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002**. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales2.html>>. Acesso em: 05 jul. 2013.



OS DESAFIOS DO ADVOGADO CORPORATIVO NA ÁREA TRIBUTÁRIA



11

COMENTÁRIOS SOBRE A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA NA DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO RELATIVO A QUOTAS DO CAPITAL SOCIAL QUANDO DA RETIRADA DO SÓCIO DA SOCIEDADE LIMITADA

André L. Costa-Corrêa¹

RESUMO

O presente estudo visa lançar algumas luzes sobre a incidência do imposto de renda na devolução do patrimônio relativo a quotas do capital social quando da retirada e exclusão de um sócio de uma sociedade limitada. A importância de tal estudo se dá, sobretudo, pela necessidade de se analisar a implicação tributária sobre os valores recebidos em razão do direito de retirada dos sócios das sociedades limitadas.

PALAVRAS-CHAVE: Quotas sociais – Sociedades Limitadas - Imposto de renda – Transferência – Retirada dos sócios

¹ Doutor em direito constitucional pela PUC-SP. Especialista em direito tributário pela PUC-SP e pelo CEU. Coordenador e professor-convidado no CEU/IICS. Professor e pró-reitor licenciado de graduação do UniCIESA. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ) – cadeira 26. Conferencista e consultor em direito público.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente estudo visa lançar algumas luzes sobre a incidência do imposto de renda na devolução do patrimônio relativo a quotas do capital social quando da retirada e exclusão de um sócio de uma sociedade limitada. A importância de tal estudo se dá, sobretudo, pela necessidade de se analisar a implicação tributária sobre os valores recebidos em razão do direito de retirada dos sócios das sociedades limitadas.

Inicialmente estabelecer-se-á um rápido estudo sobre os pressupostos necessários que possibilitam justificar a proposta sobre a possível não incidência do Imposto de Renda na devolução do patrimônio relativo a quotas do capital social quando da retirada do sócio da sociedade limitada. Para tanto, analisar-se-á a distinção da personalidade jurídica das sociedades e de seus sócios, a natureza das quotas sociais e alguns pressupostos do sistema tributário nacional no tocante às competências tributárias e ao campo material de incidência destas. Em seguida, será analisada a incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, focando-se, em especial, a materialidade deste tributo e a sua possível incidência sobre a devolução do patrimônio relativo a quotas do capital social quando da retirada ou exclusão de um sócio de uma sociedade limitada.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA E A CONDIÇÃO DOS SÓCIOS DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Preliminarmente, é importante ressaltar que personalidade é a “aptidão para ser sujeito de direito²”. Personalidade vem a ser, então, aptidão para ser pessoa, ou seja, personalidade é o quid que faz com que algo seja pessoa, isto é, seja sujeito de direitos e de obrigações. Entretanto, o termo “personalidade” pode ser compreendido, também, como representativo de um valor objetivo, associado à expressão do ser humano, como interesse central do ordenamento e como bem juridicamente relevante, isto é, a personalidade adquire neste sentido a expressão do “valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana e da consideração pelo direito civil do ser humano em sua complexidade³”. Assim, é por meio da personalidade que a pessoa (física ou jurídica) poderá adquirir e defender os demais bens, visto que é a partir desta “que emanam os demais bens jurídicos⁴”.

² MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 16.

³ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p. 02-03.

⁴ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela, p. 35.

Cabe mencionar, ainda, que personalidade pode ser igualada à capacidade jurídica⁵, apesar de que a personalidade, mesmo sendo geralmente compreendida como “susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas”⁶, nada tem haver com os direitos e as obrigações em si, sendo, tão-somente, mera “essência de uma simples qualidade jurídica”⁷, porque a capacidade jurídica constitui a pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.

Em relação às sociedades, estas são constituídas por pessoas físicas ou jurídicas que “reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981, Código Civil 2002). Sendo que as mesmas podem se constituir na modalidade empresária – quando tiver por objeto o exercício de qualquer atividade própria de empresário sujeito a registro – ou simples. E, somente adquirem personalidade jurídica com a sua inscrição dos seus atos constitutivos, no registro próprio e na forma da lei – e, no tocante à sociedade empresária, a aquisição de sua personalidade jurídica pode necessitar prévia autorização ou aprovação do Poder Executivo⁸.

Não obstante, para que as sociedades realizem o registro de seus atos constitutivos é necessário que identifiquem, dentre outras informações, o nome e a individualização dos seus sócios⁹, fundadores ou instituidores (vide: art. 45; inciso II do art. 46; art. 997 e arts. 1.150 a 1.153,

⁵ Cifuentes contesta a posição de De Cupis por não compreender como possível a igualdade entre os termos personalidade e capacidade, porque entende ser impossível tal igualdade em razão do conceito de personalidade não admitir as possibilidades de graduação, limitação ou extensão suportadas pelo conceito de capacidade; além do que, afirma ainda o autor que o conceito de capacidade é um conceito que expressa dinâmica, enquanto que o de personalidade expressa estática (personalidade, segundo o autor, “es más bien de situación, de estática pura, de existencia elemental: existe o no; se es con ella, o sin ella no se es”). Apesar de tal entendimento, afirma o autor que em grau extremo tais termos possuem certa correlação, porque, apesar de tais termos não se confundirem, um ente sem nenhum tipo de capacidade de direito é um ente sem personalidade. Em razão disto, afirma que personalidade é a qualidade jurídica formal, invariável e objetiva que aderindo à substância “homem” a faz evoluir para a condição de pessoa; portanto, personalidade é o complexo de faculdades correspondentes a quem é pessoa, ou seja, personalidade é a capacidade em geral de ter direitos, isto é, é o pressuposto de todos os direitos, e, por isso, também o é o pressuposto dos direitos sobre a própria pessoa (CIFUENTES, Santos. Derechos personalísimos, p. 143).

⁶ De Cupis acrescenta que “óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferentes destes; mas para ser ‘susceptibilidade’ é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de ‘sujeito’” (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade, p. 13 e 15).

⁷ De Cupis acrescenta que “óbvio é que, enquanto simples susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, deve ser algo diferentes destes; mas para ser ‘susceptibilidade’ é ao mesmo tempo fundamento sem o qual os mesmos direitos e obrigações não podem subsistir. Não se pode ser sujeito de direitos e obrigações se não se está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de ‘sujeito’” (CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade, p. 13 e 15).

⁸ Esclarece Tzirulnik que “pela teoria pré-normativista, entende-se que a existência da pessoa jurídica é anterior e independente da ordem jurídica que, assim, apenas estaria reconhecendo e organizando o que já existe de fato. Trata-se de teoria orgânica e de realidade objetiva. Por outro lado, a teoria normativista defende que a pessoa jurídica surge do direito, não existindo fora da previsão legal. Trata-se, por sua vez, de teoria ficcionista e de realidade jurídica” (TZIRULNIK, Luiz. Empresas e empresários no novo Código Civil, p. 48).

⁹ Nesse sentido, o Código Civil de 2002 estabelece que:

(...)

“Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

todos do Código Civil de 2002) – isto se dá porque uma sociedade é constituída porque dois ou mais indivíduos (ou, duas ou mais pessoas jurídicas de direito privado ou público ou pessoas físicas e jurídicas de direito privado ou público) apresentam um contínuo e renovado consentimento (*in eodem consensu perseverare*) para, em conjunto, exercerem determinadas atividades, determinados objetivos comuns (*consensus perseverans*); condição que é mais do que a mera *affectio societatis* comum.

Razão pela qual as obrigações dos sócios começam imediatamente a partir da assinatura do contrato¹⁰, quando este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguem as responsabilidades sociais (conforme art. 1.001, Código Civil de 2002). Ressalvando-se que, nas hipóteses de retirada e exclusão de sócios, a responsabilidade social destes é estendida, independentemente desta quanto às obrigações anteriores, pelo prazo de dois anos, enquanto não se requerer a averbação de sua retirada ou exclusão.

Tais condições implicam no reconhecimento de que, a partir do competente registro do contrato social, a esfera jurídica da sociedade se distingue da personalidade jurídica dos seus sócios para todos os atos jurídicos – neste sentido, o Código Civil de 2002 estabelece sistematicamente, dentre outras previsões, que: 1) “os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum” (art. 988); 2) a contribuição do sócio participante em sociedade em conta de participação constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais – sendo que a mencionada especialização patrimonial somente produz efeitos em relação aos sócios da referida sociedade (§1º e caput do art. 994); 3) “se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária” (art. 1.023); e 4) “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais” (art. 1.024).

Nesse sentido, Tzirulnik pontua que “pessoa jurídica refere-se a uma entidade constituída de acordo com a lei, a partir do agrupamento (sociedade) de pessoas que se organizam, de maneira estável, visando fins de utilidade pública ou privada. É a pessoa jurídica completamente distinta da pessoa dos indivíduos que a compõem, sendo-lhe facultada capacidade legal de contrair obrigações e de exercer direitos¹¹”.

Tanto são verdadeiras tais considerações que a legislação civil identifica, a título de

VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto no instrumento do contrato”.

¹⁰ Nesse sentido, Tzirulnik ressalta que “a doutrina acata que, a rigor, desde o momento em que os sócios passam a atuar em conjunto para a exploração de atividade econômica, a pessoa jurídica já existe. Em outras palavras, nasce a pessoa jurídica a partir do momento em que está formulado o contrato, seja expresso ou verbal, de formação da sociedade. Tanto isto parece ser verdade que a própria lei prevê a hipótese de a pessoa jurídica ser considerada sociedade em comum, até que obtenha a sua inscrição; e, não obstante a sociedade em comum constituir sociedade não personificada, ela encontra na legislação normas sobre as quais fundamentar os seus atos” (TZIRULNIK, Luiz. Empresas e empresários no novo Código Civil, p. 52).

¹¹ TZIRULNIK, Luiz. Empresas e empresários no novo Código Civil, p. 48.

exceção, condição punitiva à independência da pessoa jurídica de direito privado quando estabelece que em havendo abuso da personalidade jurídica (i. e., sendo caracterizado desvio de finalidade da pessoa jurídica de direito privado ou confusão patrimonial entre essa e seus sócios), poderá o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (vide art. 50, Código Civil de 2002).

Em face da mencionada distinção entre a personalidade da sociedade e de seus sócios, verifica-se a constituição de uma autonomia patrimonial entre a sociedade e seus membros constituintes, visto que, salvo nas situações anteriormente mencionadas, estes não podem ser considerados como titulares de direitos nem como devedores de prestações no exercício da atividade empresária.

Por conseguinte, a personalidade jurídica da sociedade implica que esta possua titularidade obrigacional, processual e responsabilidade patrimonial. Em especial quanto à responsabilidade patrimonial, distingue-se, na condição de cada estatuto próprio, o patrimônio da referida sociedade da esfera patrimonial de seus sócios. Nesse sentido, compreende-se que todo e qualquer bem atribuído à sociedade é de sua exclusiva propriedade, restando a seus sócios a propriedade indireta destes pela subscrição/integralização das quotas ou ações daquela – cabe mencionar, que “a participação societária de um sócio não se confunde com uma parcela dos bens titularizados pela pessoa jurídica¹²” porque o grupo de bens retirados da esfera patrimonial dos sócios para a constituição da sociedade passam a constituir elementos da esfera patrimonial desta e, portanto, comum aos seus sócios; tanto que se um dos sócios integralizar suas quotas em patrimônio imobiliário e os demais em espécie monetária, o referido imóvel passa a constituir esfera patrimonial indireta de todos os sócios, bem como o montante em espécie, a ser partilhado se houver a dissolução/liquidação da pessoa jurídica de direito privado.

Ademais, se houver a ruptura da *affectio societatis* ou a compreensão de que seja impossível manter o esforço de ações para um bem societário comum, poder-se-á proceder a dissolução parcial ou total da sociedade. Isto porque a consequência lógica para a ruptura daquela intenção comum permanente é a extinção da sociedade ou a retirada e/ou exclusão dos sócios que não comunguem mais da *affectio* ou da intenção societária comum. Assim, “a perda inteira ou a insuficiência dos cabedais necessários para à consecução do objeto social, o descumprimento por parte dos sócios de suas obrigações sociais e, principalmente, o desaparecimento entre os sócios da *affectio societatis*, em decorrência de desinteligência grave entre eles, que impossibilitassem a sociedade de preencher seu fim social¹³” são causas de dissolução *ex rebus* e *ex actione*¹⁴ da

12 TZIRULNIK, Luiz. Empresas e empresários no novo Código Civil, p. 50.

13 LEÃES, Luiz Gustavo Paes de Barros. Resolução de acordo de acionistas por quebra de *affectio societatis*, p. 445.

14 Leães ressalta que “no tocante às hipóteses de dissolução *ex rebus* e *ex actione*, o art. 336 do Código Comercial facultou a qualquer sócio o poder de requerer judicialmente a dissolução da sociedade, antes do período marcado no contrato, desde que mostrasse que seria impossível à sociedade preencher o intuito ou o fim social, em virtude de perda ou insuficiência do capital social ou falta da *affectio societatis*, caracterizada por desinteligência grave, profunda e insuperável entre os sócios. A divergência entre os sócios, por si, não geraria a dissolução da sociedade, mas esta ocorreria quando se elevasse a um grau

sociedade ou do vínculo societário.

Ressalte-se que não há de se falar, nesse caso, em preservação forçada da sociedade em razão de suposta compreensão ampla do que seja função social da propriedade ou, inclusive, pela suposição de que este princípio se sobrepõe ao valor da livre iniciativa e à garantia fundamental da livre associação. Isto porque se compreende que a intervenção do Estado sobre a livre iniciativa somente pode se concretizar, face o estrito campo dos ditames da justiça social (art. 170 da CF/88), por meio de restrições, condições ou supressões do exercício daquela em determinados setores da atividade econômica e desde que seja para garantir e assegurar a todos uma existência digna – apesar de se reconhecer que a liberdade de iniciativa econômica e de associação não pode ser exercida ilimitadamente, posto que, conforme jurisprudência assentada na Corte Suprema, todos os direitos e garantias fundamentais apresentam limites materiais para o seu exercício. Não sendo possível afirmar que, em face de uma função social da empresa, seus sócios estejam impedidos de se retirarem ou serem excluídos dos quadros societários.

Cabe mencionar, ainda, que sendo a sociedade constituída por meio de um contrato plurilateral, *bonae fidei* e *intuitu personae*, a alteração do quadro societário com a introdução de novo sócio pode provocar a quebra da *affectio societatis* ou a modificação substancial do interesse societário por parte de alguns de seus membros, possibilitando, assim, a retirada do quadro social dos sócios descontentes com as novas ações sociais, quando tal situação promova a perda da vontade de colaboração continuamente manifestada pelas partes para a realização de um fim comum, de um fim-causa¹⁵ (fim social) – situação que pode ser verificada, inclusive, a qualquer tempo, e independentemente da modificação do quadro societário (condição prevista no art. 1.029 do Código Civil de 2002)¹⁶ – ou pela ruptura da *affectio societatis*.

que lhe impossibilitasse atingir a finalidade a que se destinava. Ora, essas hipóteses de dissolução por 'inexequibilidade do fim social' são mantidas, como se sabe, em toda sua plenitude, pelo art. 1.034, II, do Código Civil de 2002 e pelo art. 206, II, 'b', da Lei das Sociedades Anônimas, pois não teria sentido o prosseguimento da sociedade se ela estiver incapacitada de preencher a finalidade econômica ou social para qual foi constituída" (LEÃES, Luiz Gustavo Paes de Barros. Resolução de acordo de acionistas por quebra de *affectio societatis*, p. 446).

¹⁵ Segundo Leães, na tese Negócio Jurídico e Declaração Negocial de Antônio Junqueira de Azevedo, este autor "adverte que há ao menos cinco diferentes significados para o termo 'causa' no campo do Direito: causa de juridicidade do negócio (*causa civilis ou naturalis*), causa-fato jurídico (*causa efficiens*), causa-motivo do ato (*causa impulsiva*), causa de atribuição patrimonial (*causa cedendi, causa donandi, causa solvendi*) e, por fim, a causa do negócio propriamente dita (*causa finalis*). A causa do negócio, que aqui nos interessa, é a causa final, hoje conceituada em seu perfil objetivo de causa-função, ou seja, causa tendo em vista a função econômico-social que o negócio jurídico procura e concretamente, desempenhar (*finis effectus*). Numa sociedade essa causa final é a atividade que os sócios procuram exercer em comum; num acordo de controle (para ficarmos só nesse tipo de acordo de acionistas, que é o que interessa no presente contexto) essa causa final é a disciplina do comando compartilhado da companhia, de tal forma que todas as decisões dos pactuantes devam ser tomadas em conjunto e na estrita boa-fé para proceder a essa gestão conjunta" (LEÃES, Luiz Gustavo Paes de Barros. Resolução de acordo de acionistas por quebra de *affectio societatis*, p. 450-451).

¹⁶ Nesse sentido, Fonseca ressalta que "por dois modos diversos pode-se dar o afastamento do sócio da sociedade voluntariamente, por meio de retirada, ou compulsoriamente, mediante exclusão, a qual pode ser deliberada pelos demais sócios ou vir a ser judicialmente decretada. Conquanto a expulsão configure instituto de defesa da sociedade e dos demais sócios contra aquele que, com ou sem culpa, constitua empecilho ao normal desenvolvimento da atividade social, o direito de retirada, por seu turno, foi concebido como medida de proteção a cada sócio, individualmente" (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, p. 24).

3. Da natureza jurídica das quotas sociais e a correlação com o patrimônio social

Em relação às sociedades personificadas, o Código Civil de 2002 prescreve que estas se constituem “mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: (...) III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; IV - a quota¹⁷ de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la” (art. 997, Código Civil de 2002). Quanto às sociedades limitadas, em especial, o referido Código determina que o seu capital social possa ser dividido em quotas iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio (art. 1.055, Código Civil de 2002). Sendo que a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor integralizado de suas quotas, apesar de todos os sócios responderem solidariamente pela integralização do capital social (art. 1.052, Código Civil de 2002) – razão pela qual estabelece o Código Civil que “pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade” (§1º do art. 1.055, Código Civil de 2002)¹⁸.

Assim, as quotas representam o contingente de bens, coisas, valores ou serviço¹⁹ com o qual cada um dos sócios contribui ou se obriga²⁰ a contribuir para a formação do capital social

¹⁷ Não se pode confundir quotas com as ações das sociedades anônimas, apesar de ambas representam o patrimônio inicial pelo qual se constitui o patrimônio da sociedade ou o patrimônio afetado pelos sócios para a consecução dos fins sociais. Isto porque as ações das sociedades anônimas “são representadas por certificados, que gozam da natureza de título de crédito, favorecendo-se com o princípio da cartularidade, que lhes empresta a qualidade de cousas móveis. As quotas, ao revés, não são tituladas, não sendo representadas em certificados” (REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, vol. I, p. 478).

¹⁸ Neste sentido, Requião ressalta que “impõe-se, portanto, a todos os sócios o dever de avaliar ou conferir o valor atribuído a todo bem ou direito destinado a compor o capital social, não importando que o objeto ou direito pertença a um ou poucos, apenas. A regra focaliza a hipótese de incorporação de bens na constituição da sociedade, ao referir ‘data de registro da sociedade’ como ponto de partida do prazo de cinco anos da responsabilidade solidária do sócio. Pode ocorrer incorporação de bens no caso do aumento de capital social de sociedade empresária já constituída. O dever do sócio de velar, neste caso, pela exata estimação do valor do bem ou direito conferido para compor o aumento de capital não desaparece, embora se possa sustentar que não haverá responsabilidade solidária. De qualquer modo, a responsabilidade dos sócios pela exata estimação do valor do bem conferido persiste, e caso não seja respeitada, os sócios responderão, por culpa, pelo prejuízo causado à sociedade e a terceiros” (REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, vol. I, p. 389).

¹⁹ Cabe mencionar mencionar que tal possibilidade é exclusiva das sociedades simples, conforme previsto no inciso V do art. 997 do Código Civil de 2002. Sendo vedada expressamente para a integralização das quotas de capital social das sociedades limitadas, conforme previsão do §2º do art. 1.055 do Código Civil de 2002.

²⁰ Segundo Muniz, existe uma prática corriqueira e hodierna de se integralizar o capital social de uma sociedade limitada por meio de nota promissória *pro soluto*. Nesse sentido, “tal nota promissória seria emitida pelo subscritor em caráter *pro soluto*, ou seja, um título autônomo e totalmente desvinculado da obrigação de integralização do capital assumido pelo sócio subscritor”. Por outro lado, Muniz ressalta, ainda, que “a situação muda de figura, quando pretende o subscritor dar o seu capital por integralmente realizado e integralizado, mediante a mera emissão de uma nota promissória de sua emissão, em caráter *pro soluto*. O parágrafo único do artigo 10 da Lei das S.A. se dirige à situação em que o subscritor integraliza o capital com créditos de sua propriedade contra terceiros”. Razão pela qual conclui que “de um ponto de vista literal, a prática teria o mais amplo respaldo da legislação. Entretanto, admitir que o subscritor, mediante a emissão de uma nota promissória, dê como adimplida a sua obrigação de realizar o capital social claramente conflita com o princípio da integralidade do capital social. A posição da sociedade perante o sócio ou acionista permanece inalterada. O risco de crédito permaneceu exatamente o mesmo, razão por que se pode pretender que tal prática infringe a *mens legis*, ou seja, o espírito da lei” (MUNIZ, Ian. Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários, p. 50-53). Porém, nesse caso é importante se verificar que, apesar de não haver restrição de que a subscrição ou o aumento de capital seja realizado mediante a utilização de um título de crédito, “este título de crédito represente, efetivamente, um recebível, e não um mero documento, sem conteúdo, emitido com a exclusiva participação dos beneficiários do ganho de capital que, em razão dele, deixaria de existir (...) e cuja breve existência se presta, apenas, a descaracterizar a versão de patrimônio (...) em montante superior àquele ao qual a interessada, inicialmente, teria direito” (nesse sentido, ver: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO. Acórdão n. 1101-00.496. 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Sessão 30 de junho de 2011, Rel Edeli Pereira Bessa).

da sociedade²¹ ²². Porém, é possível que, após a constituição do capital social da sociedade, seja necessário o aumento do patrimônio afetado pelos sócios para a consecução dos fins da sociedade, o que pode implicar na emissão de nova quotas do capital social e, por consequência, no aumento do capital social da sociedade²³ – sendo que, nesta hipótese, o art. 2.438 do Código Civil de 2002 estabelece como condição para a realização do aumento do capital que o capital anteriormente subscrito esteja totalmente integralizado pelos sócios²⁴. Ou, também, que seja necessária a diminuição do capital social, por ter sido este constituído de forma excessiva quando da constituição da sociedade.

As quotas representam, portanto, o conjunto patrimonial afetado pelos sócios para a constituição do capital social das sociedades personificadas²⁵ – onde o capital social é, por consequência, a soma representativa das contribuições dos sócios²⁶ para a consecução dos fins da sociedade e que, nos termos da lei, garantirá os créditos dos credores da sociedade. Assim, o capital social representa “o valor dos bens conferidos à sociedade ou prometidos pelos sócios em futura integralização do capital subscrito²⁷” para que aquela possa concretizar seu objetivo – ressaltando-se que o patrimônio líquido da sociedade refletirá apenas o capital social efetivamente integralizado. Constitui, portanto, o patrimônio *a quo* para o desenvolvimento das atividades sociais.

²¹ Neste sentido, Muniz esclarece que por subscrição deve ser compreendido “o ato jurídico pelo qual uma pessoa assume a obrigação de contribuir recursos (em dinheiro ou em bens, suscetíveis de avaliação em dinheiro) para a sociedade, tornando-se, assim, sócio ou acionista, ou, caso já o seja, mantendo ou aumentando o seu percentual de participação no capital social. Em suma, uma vez que alguém subscreve um aumento de capital de uma sociedade, terá assumido uma obrigação, que é a de transferir valores para a sociedade, recebendo em troca o direito de participar no capital social”. Enquanto que integralização “pode ser definida como sendo o ato pelo qual o sócio ou acionista cumpre com sua obrigação de realizar o capital, mediante a transferência, para a sociedade, de dinheiro ou bens, como contrapartida pelo capital subscrito, conforme pactuado no contrato social ou no boletim de subscrição de uma sociedade por ações” (MUNIZ, Ian. Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários, p. 37-39).

²² Concorde-se com Muniz que “a coisa se complica, no entanto, quando ocorre a integralização do capital social com bens suscetíveis de avaliação em dinheiro”, posto que o Código Civil não traz regra para determinar a razoabilidade da avaliação do bem apresentado pelo sócio para fins de integralização de capital subscrito. Razão pela qual, apesar de não existir regra específica, compreende-se que a regra do art. 8º da Lei n. 6.404/1976 poderá ser utilizado analogicamente para direcionar como devem ser avaliados os bens que forem indicados pelos sócios para integralização das quotas da sociedade limitada – independentemente da previsão do art. 1.005 do Código Civil.

²³ Neste sentido, Wald ressalta que “o aumento de capital pode ocorrer com a emissão de novas quotas ou com a elevação do valor das quotas já existentes, de acordo com a vontade dos sócios. Ressalte-se que o aumento do valor unitário das quotas, se não houver a participação da totalidade dos sócios, poderá dar origem a quotas com valores diferentes, o que é permitido nos termos do art. 1.055 do Código Civil”. E, também, que “o aumento de capital pode exigir o aporte de novos recursos, pelos sócios ou por terceiros, para a integralização de novas quotas, com dinheiro ou bens, ou se dar em virtude de incorporação de outra sociedade, acarretando também incremento do patrimônio social. Pode também ser realizado sem a elevação do patrimônio, em decorrência da incorporação de reservas” (WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 421).

²⁴ Ademais, segundo o inciso III do art. 997, do Código Civil de 2002, o contrato deve especificar o valor atual do capital social, de forma que, cada vez que os sócios decidem aumentá-lo, é necessário que se realize alteração contratual para que conste a nova cifra do capital social, assim como a eventual modificação na configuração dos percentuais de participação de cada sócio e, eventualmente, o ingresso de terceiros no quadro social.

²⁵ Neste sentido, Muniz pondera que “a subscrição de ações ou quotas de capital importa na assunção da obrigação, pelo subscritor, de contribuir com uma determinada quantia em dinheiro ou de transferir determinados bens para a sociedade, adquirindo, em contrapartida, um certo número de quotas ou ações representativas do capital social da sociedade” (MUNIZ, Ian. Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários, p. 39).

²⁶ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, vol. I, p. 388.

²⁷ WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 388.

Cabe mencionar, ainda, que a participação dos sócios no total do capital social pode ser diferenciada seja pela subscrição e integralização de quantidades distintas de quotas sociais ou pela indicação de representação econômica distinta para as quotas subscritas e integralizadas. Assim, apesar da vontade de colaboração comum manifestada pelas partes de uma sociedade para a realização do fim societário, é comum se verificar contribuições de capital com valores desiguais entre os sócios²⁸. Implicando, assim, em representações distintas no patrimônio *a quo* da sociedade e, por consequência, em maiores ou menores esforços para a realização do fim societário.

Destarte, as quotas não representam apenas a participação do sócio no capital social²⁹. As quotas representam, também, a participação jurídico-econômica dos sócios no patrimônio da sociedade. A quotas são a porção que a cada sócio cabe na sociedade, i. e., a porção que cada sócio tem no patrimônio social³⁰ - presente e futuro. Isto porque capital social não se confunde com o patrimônio social. O capital social constitui o fundo³¹ inicial, o patrimônio originário, com o qual se tornará viável o início da vida econômica da sociedade³². Tanto que o capital social representa apenas parcela do patrimônio social da sociedade. Entretanto, o capital social, conforme mencionado, confere aos sócios, no limite de sua proporção na totalidade deste, direito patrimonial sobre o restante do patrimônio social³³ – tanto que, se houver a liquidação da sociedade, cada sócio receberá o resíduo patrimonial, liberto das obrigações sociais, independentemente deste ser igual, superior ou inferior ao capital social anteriormente integralizado – e, em especial, dos lucros, presente ou futuro, da sociedade³⁴.

²⁸ Tal possibilidade não implica em desconsideração do previsto no art. 1.010 do Código Civil de 2002.

²⁹ Neste sentido, ver voto do Min. Moreira Alves quando do julgamento do RE 85.271/MG, Rel. Min. Leitão de Abreu, D. J.26.09.1980.

³⁰ Wald acresce que “estes dois significados de quota (parte de contribuição dos sócios e parte do capital social) ficam claros no sistema alemão, que utiliza expressões diferentes para cada um dos significados. A contribuição de cada sócio para o capital denomina-se *tammeinlage*. Já *Geschäftsanteil* significa a aquisição da posição social e refere-se à complexidade de direitos e deveres que se ganha a partir da contribuição dada à sociedade. Assim, a *Stammeinlage* (quota como contribuição) representa a aquisição da *Geschäftsanteil* (quota como titularidade da posição de sócio, ou seja, do *status socii*), que significa a participação social que pode ser alienada e está relacionada com os direitos sociais e patrimoniais” (WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 393-394).

³¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, vol. I, p. 392.

³² Segundo Requião, “tem o capital social, expresso nominalmente em valor monetário, a precípua função de servir de base para aferimento dos resultados da exploração mercantil, dos lucros e prejuízos, em determinado período de tempo que se chama exercício financeiro; para cálculo de divisão proporcional dos lucris ou prejuízos verificados; ou, ainda, para verificação dos resultados finais da sociedade, na dissolução e liquidação, com a partilha dos lucros líquidos verificados ou prejuízos sofridos” (REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, vol. I, p. 392).

³³ Segundo Wald, “i) o patrimônio da sociedade é destinado à consecução do objeto social e representa a garantia dos credores sociais; ii) a participação social tem um valor econômico, por representar parcela do patrimônio social, e, por consequência, pode ser utilizada para a satisfação dos credores pessoais dos sócios, quando não houver outros bens em seu patrimônio; e iii) a participação social confere ao seu titular uma série de direitos patrimoniais e de participação” (WALD, Arnold. Direito civil: direito de empresa, vol. 08, p. 333).

³⁴ Neste sentido, Wald afirma que “as quotas representam frações do capital social e sua importância está relacionada tanto com a contribuição dos sócios para a sociedade quanto com a divisão interna do poder de decisão e a distribuição dos resultados. Em outras palavras, as quotas determinam o montante que o sócio está obrigado a entregar à sociedade e o percentual presumido de participação dos sócios no capital social e nos lucros” (WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 391-392).

O patrimônio social é, portanto, mais amplo do que o capital social. Aquele é a soma de todos os ativos e passivos da sociedade, no qual o capital social é apenas parcela. Assim, o capital social será equivalente ao patrimônio social somente no momento inicial de constituição da sociedade, posto que a partir do início das atividades da sociedade seu patrimônio social sofrerá variações positivas e/ou negativas – podendo implicar, inclusive, que o patrimônio social seja inferior ao capital social se a sociedade possuir significativos prejuízos que corrompam o seu patrimônio social.

Tais argumentos são reforçados pela análise da identificação contábil das quotas sociais. As quotas sociais fazem parte do patrimônio líquido da sociedade – ao lado, inclusive, das reservas de capital, dos ajustes de avaliação patrimonial, das reservas de lucros, das ações ou quotas em tesouraria, dos prejuízos acumulados, se legalmente admitido, dos lucros acumulados e das demais contas exigidas pelas normas emitidas pelo CFC (vide 106A da NBC T 19.27)³⁵. Enquanto que o patrimônio da empresa é identificado pela somatória do seu ativo circulante (composto por todos os bens e direitos que a sociedade espera que seja realizado em até doze meses após a data do balanço – i. e., que pretende que seja vendido ou consumido no decurso normal do seu ciclo operacional – ou que sejam mantidos essencialmente com o propósito de serem negociados e pelo caixa ou equivalente de caixa – conforme definido na NBC T 3.8 – a menos que sua troca ou uso para liquidação de passivo se encontre vedada durante pelo menos doze meses após a data do balanço) e por seu ativo não-circulante (este composto por ativos tangíveis, intangíveis e ativos financeiros de natureza associada a longo prazo – podendo, para tanto, estes serem classificados em realizável a longo prazo, investimentos, imobilizado e intangível) – vide 66, 67 e 67.A da NBC T 19.27.

Assim, o capital social tem, em face disso, caráter permanente. Alterando-se apenas quando houver deliberação dos sócios no sentido de aumentá-lo ou diminuí-lo³⁶.

Ademais, cabe mencionar que a integralização das quotas possibilita a constituição de um direito patrimonial e de um direito pessoal aos sócios³⁷. O direito patrimonial identifica “um direito de crédito consistente em perceber o quinhão de lucros durante a existência social e, em particular, na partilha da massa residual, depois de liquidada a sociedade³⁸”. Enquanto que o direito

³⁵ Cabe mencionar que a Lei n. 6.404/1976 prescreve no caput de seu art. 182 que “a conta do capital social discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada”. E, também, que “serão classificadas como reservas de capital as contas que registrarem: a) a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social, inclusive nos casos de conversão em ações de debêntures ou partes beneficiárias; b) o produto da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição”.

³⁶ Segundo Muniz, “a redução de capital é uma forma de reorganização societária que permite a devolução de ativos empresariais pertencentes a uma sociedade, mediante a sua transferência para os sócios ou acionistas”. Nesse sentido, “existem, basicamente, dois tipos distintos de redução de capital: (i) a restituição de capital aos sócios ou acionistas, por julgá-lo excessivo; (ii) a absorção de prejuízos, mediante débito do seu saldo à conta do capital social” – sendo que, “existem, ainda, outras hipóteses relevantes, como, por exemplo, a redução de capital para o pagamento dos haveres do acionista ou sócio dissidente, no caso do exercício do direito de recesso (art. 45 da Lei das S.A.)” (MUNIZ, Ian. Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários, p. 54).

³⁷ Neste sentido, ver: REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, vol. I, p. 391; WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 383.

³⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, vol. I, p. 391.

pessoal, decorrente do status de sócio, identifica o direito deste de participar da administração da sociedade diretamente como gerente ou como simples “conselheiro”, fiscalizando os atos de administração.

Tal direito patrimonial e pessoal dos sócios representado pelas quotas sociais garante ao sócio, ainda, a preferência para participar do aumento do capital social, na proporção das quotas de que seja titular (§1º do art. 1.081, Código Civil de 2002). E, também, no direito de exigir, do sócio controlador, justificativa econômica para o aporte de novos recursos, a fim de garantir que tal operação de aumento de capital não caracterize mera operação de diluição de sua participação minoritária no capital social e, por consequência, no patrimônio social³⁹.

Não obstante, as quotas identificam e corporificam um bem incorpóreo dotado de conteúdo econômico e relevância jurídica. Representa, portanto, um complexo de direitos originários da posição de sócio e, portanto, tem um valor pecuniário⁴⁰.

Por fim, conforme mencionado alhures, como as quotas sociais guardam estrita correlação com o patrimônio da sociedade, o direito de retirada e de exclusão do sócio do capital social⁴¹ deve possibilitar com que os ativos empresariais sejam transferidos pela sociedade para os seus sócios. Isto se dá porque, se o contrato social nada estabelecer sobre a sistemática e/ou critérios a serem utilizados para determinar o valor de reembolso e a forma de pagamento⁴², o valor da quota social efetivamente integralizada será liquidada “com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantados” (art. 1.031, Código Civil de 2002) – sendo que, conforme previsão da Súmula n. 265 do STF, na apuração de haveres não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou⁴³. E, sobretudo, porque, apesar desta operação pressupor que a sociedade pague aos seus sócios o valor do capital restituído em dinheiro, é perfeitamente admissível que haja a restituição do capital social mediante a transferência da propriedade de ativos empresariais para os sócios retirantes.

³⁹ Neste sentido, concorda-se com Wald que “da mesma forma, não é permitido ao minoritário aproveitar-se do quorum legalmente exigido para impedir injustificadamente a realização do aumento, o que constituiria abuso de direito. Tanto a conduta do majoritário como a do minoritário devem obedecer ao princípio da boa-fé, considerado essencial no Código Civil (arts. 113 e 422)” (WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 420-421).

⁴⁰ Neste sentido, ver: WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 394.

⁴¹ Neste sentido, Wald ressalta que o “Código Civil de 2002, salvo estipulação contratual, igualou a forma de apuração dos haveres no direito de retirada e na dissolução parcial da sociedade, pois tanto o art. 1.086 quanto o art. 1.077, que disciplina o direito de retirada, reportam-se ao art. 1.031, que determina que os haveres sejam apurados com base no valor patrimonial da sociedade, desde que o contrato social não contenha regra própria” (WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 470).

⁴² Wald pontua, ainda, que “a apreciação patrimonial do sócio que é excluído deve ser efetuada na data da exclusão, de modo que reflita o esforço comum dos sócios até esta data específica, mas este montante deverá, em seguida, ser indexado de acordo com a inflação, obtendo, pois, a correção monetária e ser acrescido de juros até a data do pagamento efetivo” (WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 470).

⁴³ Segundo Fonseca, “prevaleceu, assim, o entendimento de que o critério mais justo para a apuração dos haveres seria o levantamento de um balanço de determinação, especialmente elaborado por ocasião da retirada do sócio. E, tendo em vista que, segundo o Supremo Tribunal Federal, o art. 15 ‘não autoriza uma forma conveniente de liquidação de bens sociais, mas sim a apuração dos haveres segundo último balanço aprovado’, nossos pretórios orientaram-se por outorgar ao dissidente, por suposta e indesejável analogia, a avaliação de seus haveres ‘com a exata verificação física e contábil dos valores do ativo, sem as restrições do artigo 15 do Dec. 3.708 de 1919’. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal acabou por converter a forma de reembolso própria do direito de recesso àquela que, até então, era apenas peculiar às dissoluções parciais, equiparando, assim, os dois institutos” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, p. 193).

Reforça tal compreensão a interpretação teleológica da imunidade prevista no inciso I do §2º do art. 156 da Constituição Federal. Na medida em que – tendo o legislador constituinte ressalvado que o imposto previsto no inciso II do art. 156 da Constituição Federal de 1988 (a saber, sobre transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição) não incide “sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil” – reconheceu que não se opera simples transferência de bens ou direitos para a integralização de quotas sociais, mas sim verdadeira “afetação” de bens próprios para o desempenho das atividades, objetivos e fins da sociedade que passam a integralizar. Isto porque se compreende que o legislador constituinte reforçou a ideia de que os bens e direitos utilizados pelos indivíduos e/ou sociedades para a integralização de quotas de sociedade, mesmo que transferidos para esta, passam a ser representados no conjunto patrimonial daqueles pelas quotas sociais integralizadas. Implicando, por conseguinte, através de interpretação extensiva, a defesa da neutralidade tributária sobre a transferência destes, também, quando da devolução dos bens imóveis ao sócio dissidente e/ou excluído.

Verifica-se, assim, que é “assegurado ao sócio que se desliga a maior amplitude na apuração de seus haveres, calculados com base em valores reais de mercado, atualizados até a data do efetivo pagamento, incidindo sobre todos os bens que compõem o ativo social da empresa, aí compreendidos os corpóreos (móveis, imóveis, equipamentos, veículos etc.) e incorpóreos (fundo de comércio⁴⁴, ponto, marca, patente etc.)⁴⁵ 46. Neste sentido, cabe uma apuração “ampla” dos haveres do sócio excluído ou dissidente, i. e., deve ser realizada uma verificação econômica da situação patrimonial da sociedade de modo que sejam atingidos os efeitos que seriam próximos da venda ou cessão dos direitos sobre as quotas⁴⁷. Assim, a apuração da situação patrimonial da sociedade deve considerar o ativo e passivo da sociedade, os quais serão apresentados em “balanço de determinação⁴⁸” levantado no dia da ocorrência do evento que resulte na efetiva saída do sócio do quadro social, “levando-se em conta o valor de mercado de todos os bens da sociedade em

⁴⁴ Segundo Fonseca, “a expressão fundo de comércio é também empregada, frequentemente, como sinônima de estabelecimento, significando, portanto, o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos de que se utiliza o empresário, de forma organizada, para o exercício de sua atividade”(FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, p. 217).

⁴⁵ WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 470.

⁴⁶ Neste sentido, ver: REsp 45.401 e RE 71.468.

⁴⁷ Neste sentido, ver: WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 471.

⁴⁸ Segundo Fonseca, “tal levantamento consiste, basicamente, em verdadeiro balanço de todo o patrimônio da sociedade, devendo o perito, para ultimá-lo, proceder ao inventário dos bens integrantes do ativo da sociedade, a discriminação do passivo, assim como a avaliação a preço de mercado daqueles valores, procedendo, de igual modo, em relação aos bens intangíveis, conforme, aliás, já se revelou anteriormente” (FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, p. 185).

um inventário completo (bens móveis, imóveis, corpóreos e incorpóreos)⁴⁹. Devendo-se apurar, também, valores a título de *good will* e possíveis valores referentes a compensação dos sócios em relação aos lucros futuros da sociedade (custo de oportunidade). Não se impedindo, inclusive, que o valor representativo das quotas indique um ágio de pagamento ao sócio retirante ou excluído.

Fonseca ressalta que “a dissolução parcial foi concebida à imagem e semelhança da dissolução total, motivo pelo qual, e embora não se liquide realmente o ativo e o passivo da sociedade, deve o perito proceder como se o estivesse efetivamente fazendo – daí por que, com frequência, aludir-se a tal procedimento como ‘liquidação ficta’, pois, tal como determinado pela Mais Alta Corte, impõe-se, na espécie, ‘exata verificação física e contábil dos valores do ativo’. Ou seja, ‘a apuração dos haveres do sócio que pretende o recesso não deve limitar-se à simples leitura contábil e fiscal do último balanço da empresa, operando-se a real pesquisa acerca do seu acervo patrimonial⁵⁰”.

Ao sócio dissidente ou excluído caberá, portanto, receber, proporcionalmente às quotas devidas, percentual do acervo real da sociedade ou valor que lhe represente.

Tais considerações implicam na conclusão de que, independentemente da dissolução ou exclusão de sócio da sociedade, qualquer parcela do capital social integralizado expressa proporção do patrimônio da sociedade – presente e futuro⁵¹.

4. SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL – PRESSUPOSTOS DE CONCRETIZAÇÃO

Preliminarmente é importante ressaltar que o conjunto de normas do campo tributário é fornecido pela compreensão sistemática dos dispositivos que “expressa ou implicitamente, imediata ou mediatamente, entrem em contato com os bens jurídicos restringidos na concretização da relação obrigacional tributária⁵²” – e, em especial, que envolva o imposto sobre a renda.

E, também, que o subsistema de enunciados e normas jurídico-tributárias apresenta uma rigidez formal e material maior que os demais enunciados e normas jurídicas não tributárias – salvo as ressalvas pela previsão do §4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988. Tanto que estabelece um amplo rol de enunciados estruturantes da concretização dos enunciados jurídico-tributários (como, por exemplo, as regras de competência, as hipóteses de incidência de cada um dos tributos, os princípios fundamentais e gerais aplicáveis à tributação, etc.).

E, sobretudo, que “a concretização da relação obrigacional tributária (que tem por objeto o pagamento do imposto sobre a renda) provoca, necessariamente, a incidência de determinadas normas jurídicas: de um lado, das normas, princípios e regras que protegem os bens jurídicos cuja

⁴⁹ WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 471.

⁵⁰ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, p. 187.

⁵¹ A representação de patrimônio futuro da sociedade deve ser compreendida como sendo equivalente à indenização pelos lucros cessantes que o sócio retirante deixará de obter pela sua retirada da sociedade.

⁵² ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 14.

realização é por ela restringida, a seguir designadas de normas materiais – como as que garantem a realização da dignidade humana, da propriedade e da liberdade, quer como direitos, quer como fins; de outro, das normas que estabelecem como devem ser repartidos aqueles bens protegidos ou realizadas aquelas finalidades devidas, a seguir chamadas de deveres de medida – como os que instituem os deveres de igualdade, de proporcionalidade e de razoabilidade⁵³”.

Ademais, o subsistema tributário impõe que os enunciados jurídico-tributários sejam interpretados conforme as previsões dos artigos 107 a 112 do Código Tributário Nacional. Em especial, que os princípios gerais de direito privado devem ser utilizados para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, sendo vedada sua utilização, por conseguinte, para definição dos respectivos efeitos tributários. E, também, que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”; e, também, que na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade – sendo que o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei e o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

5. DO CAMPO NEGATIVO DE TRIBUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: IMUNIDADES E MATERIALIDADE DAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

Precisa é a lição de Chiesa de que “as normas jurídicas que contemplam hipóteses de imunidade estão contidas na Constituição Federal e dirigem-se aos legisladores das pessoas políticas de direito constitucional interno, determinando que se abstenham de instituir tributos sobre determinadas situações, bens ou pessoas. São normas que, juntamente com as de competência, delineiam o campo impositivo dos entes tributantes⁵⁴”. E, por consequência, as imunidades “são normas constitucionais completas que não admitem a atuação do legislador infraconstitucional com o objetivo de demarcar o seu conteúdo e alcance. São normas cujo arcabouço está todo delineado no próprio texto constitucional, não admitindo, nesse aspecto, nenhuma participação do legislador ordinário para complementá-lo. Toda e qualquer incursão legislativa nesse campo, se não tiver caráter meramente explicativo, será inválida⁵⁵”.

Nesse sentido, compreende-se que as normas de imunidades são limitações ao campo

⁵³ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 16.

⁵⁴ CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, p. 925.

⁵⁵ CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, p. 926.

impositivo dos entes tributantes^{56 57} e, também, mesmo que indiretamente, servem de mecanismo de contenção das forças econômicas e sociais⁵⁸. Isto porque a não-incidência pura e simples se dá quando são inexistentes os pressupostos de fato idôneos para desencadear a incidência realizada concretamente (fato gerador). Assim, a imunidade é uma “não-incidência juridicamente qualificada” por ser a indicação constitucional de que determinados indivíduos, objetos ou fatos não podem se constituir nos pressupostos de fato idôneos para desencadear específicas incidências tributárias⁵⁹.

Por consequência, as imunidades tributárias são “normas jurídicas contempladas na Constituição Federal que estabelecem a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para instituírem tributos sobre certas situações nela especificadas⁶⁰” – na medida em que as imunidades são “normas de estrutura que se dirigem ao legislador das pessoas políticas, delimitando o seu campo impositivo de forma negativa, estipulando que somente podem editar normas que criem tributos no âmbito de suas competências desde que não alcancem as situações contempladas pelas regras de imunidade⁶¹”.

Neste sentido, concorda-se com Ávila que as limitações acabam por formar o próprio poder que visam limitar porque impõem a este, de forma isolada ou conjuntamente, os deveres de abstenção, de ação e de compensação. E, também, porque, quando estabelecem limites, são paradoxalmente limitadas⁶².

Cabe mencionar, ainda, que as imunidades são uma espécie das várias limitações ao campo impositivo tributário dos entes políticos estabelecidas pelo legislador constituinte. Assim,

⁵⁶ Chiesa ressalta que “defender que a imunidade é a supressão ou exclusão do ‘poder tributário’ pressupõe admitir cronologia entre as normas que outorgam competência aos entes tributantes e às normas imunizantes. É como se primeiro ocorresse a incidência das normas imunizantes e, ato contínuo, ocorresse a supressão ou exclusão de parte dessa competência”. Porém, reconhece o referido autor que “não há sucessão cronológica entre normas jurídicas quanto à incidência delas aos fatos que ocorrem no mundo fenomênico. Assim, tanto as normas que disciplinam a competência quanto as que contemplam as hipóteses de imunidades propagam seus efeitos no mesmo instante, dimensionando o campo tributável”. Cabe mencionar, ainda, que o referido autor defende que, apesar de cativante, as imunidades não são exclusões, supressões ou limitações ao poder de tributar porque compreende que “juridicamente não preexiste um poder de tributar que antecede à confecção do texto constitucional e que passa por restrição. Juridicamente, não há um poder que antecede à sua própria criação” (CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, p. 930-931).

⁵⁷ Segundo Ávila, “as imunidades não são, porém, princípios, mas regras, ou melhor regras de exceção, no sentido de que somente adquirem significado quando postas em correlação com as normas que repartem a competência tributária. Entre essas normas existe – de acordo com GUASTINI – uma relação de hierarquia lógica, que diz respeito à relação entre normas, decorrente da estrutura da linguagem. As regras de competência são, portanto, o resultado da relação lógica entre o poder de tributar e sua exclusão (interna ao próprio ordenamento jurídico) por meio das regras de imunidade. O conteúdo normativo do poder de tributar é resultado de uma metáfora ‘subtração’ do âmbito material das regras de competência pelas regras de imunidade” (ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 80-81).

⁵⁸ Nesse sentido, ver: ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 73.

⁵⁹ Chiesa esclarece que “a locução não incidência pode ser tomada pelo menos em dois sentidos: um para se reportar aos fatos não juridicizados, ou seja, os irrelevantes juridicamente e o outro para se referir à não ocorrência dos pressupostos necessários descritos em uma determinada hipótese normativa como suficientes para dar ensejo ao nascimento da obrigação tributária”. Razão pela qual defende que “a utilização da referida expressão para representar o fenômeno das imunidades, tanto num sentido como em outro, é tecnicamente inadequada, pois ele não está fora dos lindes do Direito nem coincide com a ideia do surgimento, ou não, da obrigação tributária, em virtude de haver, ou não, a subsunção do conceito de determinado fato ocorrido no mundo fenomênico a uma hipótese normativa” (CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, p. 928).

⁶⁰ CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, p. 932.

⁶¹ CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, p. 933.

⁶² Nesse sentido, ver: ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 72.

são espécies de limitações ao campo impositivo dos entes tributantes as regras de competência, os princípios, as garantias e os direitos fundamentais⁶³. Entretanto, enquanto as imunidades limitam a repartição de competência, as demais limitações limitam o exercício legítimo das competências⁶⁴.

Ademais, cabe mencionar que sendo as normas jurídicas entidades abstratas construídas a partir dos textos normativos, estas estarão sempre contidas na implicitude dos textos⁶⁵. Assim, “se for analisada a forma de exteriorização, há cláusulas de reserva e prescrições comportamentais que são expressas enquanto explicitamente estabelecidas pela ordem jurídica e a partir das quais são instituídas limitações ao poder de tributar⁶⁶”; bem como, é passível de se verificar a existência de “limitações implícitas, construídas a partir de um ou mais dispositivos⁶⁷”. Razão pela qual não há necessidade de que haja a previsão literal no texto constitucional de que determinada situação está afastada da tributação para que se verifique uma imunidade⁶⁸, basta que a interpretação dos enunciados constitucionais possibilite a construção da norma de imunidade.

No tocante à materialidade das competências tributárias, compreende-se que a Constituição Federal foi minuciosa e exaustiva quando da repartição das competências tributárias. O legislador constituinte, por sua vez, delineou, de modo preciso, o campo material de cada ente competente tributante – além do campo formal para o exercício da competência tributária⁶⁹ – a fim de compor os limites materiais ao poder de tributar⁷⁰.

Melhor dizendo. A Carta constitucional de 1988 estabeleceu minuciosamente os limites formais (pressupostos), para o exercício da competência tributária, indicando, sobretudo, o procedimento e a forma pela qual devem ser instituídos e cobrados os tributos e as condições temporais de eficácia das normas tributárias. E, também, previu os pressupostos de fato, enquanto limites substanciais positivos e negativos para o exercício do poder tributário para cada ente tributante – “essas limitações materiais conteudísticas são descobertas a partir das normas constitucionais. Especialmente a partir das regras de competência, que predeterminam o potencial conteúdo do poder de tributar, e dos direitos fundamentais, que garantem direitos aos cidadãos e limitam a restrição tributária⁷¹”.

⁶³ Nesse sentido, ver: ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 71.

⁶⁴ Nesse sentido, ver: ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 81.

⁶⁵ Nesse sentido, ver: CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, p. 934.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 74.

⁶⁷ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 74.

⁶⁸ Nesse sentido, ver: CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, p. 935.

⁶⁹ Segundo Ávila, “não se pode esquecer que ambas as limitações – formal e material – devem ser seguidas no exercício do poder de tributar. Uma pressupõe a outra ou pode irradiar efeitos sobre a outra. A instituição e cobrança de tributos não deve apenas preencher requisitos jurídicos formais, mas obedecer também a pressupostos jurídicos materiais relacionados ao conteúdo da tributação. A obediência a requisitos materiais de conteúdo só pode ser verificada quando o procedimento e a forma forem seguidos. É preciso mencionar, ainda, que uma limitação formal, que determina a forma ou instrumento a ser utilizado na instituição de tributos, também pode possuir um conteúdo material em sentido amplo” (ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 78).

⁷⁰ Segundo Ávila, “na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, as regras de competência qualificam-se do seguinte modo: quanto ao nível em que se situam, caracterizam-se como limitações de primeiro grau, porquanto se encontram no âmbito das normas que serão objeto de aplicação; quanto ao objeto, qualificam-se como limitações positivas, na medida em que exigem, na atuação legislativa de instituição e aumento de qualquer tributo, a observância do quadro fático constitucionalmente traçado; quanto à forma, revelam-se como limitações expressas e materiais, na medida em que, sobre serem expressamente previstas na Constituição Federal (arts. 153 a 156), estabelecem pontos de partida para a determinabilidade conteudística do poder de tributar” (ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 164).

⁷¹ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 79.

Assim, é possível afirmar que os campos materiais das diversas competências tributárias se constituem em verdadeiros conceitos⁷² dos pressupostos de fatos, i. e., que as normas de competência delimitam um determinado número prévio de elementos fáticos que podem ser elencados na norma tributária⁷³. E, pela compreensão de que há uma determinação constitucional do campo fático das competências tributárias, prevalece no sistema jurídico brasileiro a ideia de uma tipicidade taxativa dos fatos tributários, o que impede, por exemplo, que os tributos possam ser cobrados por meio de analogia, que as hipóteses de incidência pressupostas não possam ser alteradas pelas instâncias aplicadoras e que o halo conceitual indeterminado seja delimitado pela interpretação⁷⁴, levando-se em conta o significado mínimo dos termos que compõem o campo material da competência tributária.

Não obstante, compreende-se que o sistema constitucional tributário deixa transparecer que existe uma “proibição de livre ponderação do legislador a respeito dos fatos que ele gostaria de tributar, mas que a Constituição deixou de prever⁷⁵” – tanto que o que não estiver contido na materialidade das competências tributárias expressamente determinadas na Constituição Federal estará sujeito à competência residual da União Federal (conforme previsão do art. 154 da Carta Magna). Razão pela qual “ampliar a competência tributária com base nos princípios da dignidade humana ou da solidariedade social é contrariar a dimensão normativa escolhida pela Constituição⁷⁶”.

Por fim, concorda-se com Ávila que o significado dos signos dos enunciados constitucionais não pode ser desprezado pelos intérpretes, posto que, do contrário, tal desprezo implicaria violação do texto constitucional pela desconsideração do postulado da supremacia da Constituição⁷⁷. Sobretudo, o intérprete não pode desprezar o significado dos signos utilizados para configurar a competência tributária dos entes federados porque não lhe cabe ampliar ou

⁷² Concorde-se com Ávila que “conceito é uma forma de pensamento com a qual se apreende um significado. Os conceitos servem para apreender dados contedutísticos diferentes, o que altera integralmente a sua interpretação” (ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 176).

⁷³ Nesse sentido, ver: ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 170.

⁷⁴ Nesse sentido, Ávila afirma que “as regras de competência devem ser interpretadas mediante regras de argumentação que privilegiem os seus significados mínimos decorrentes da prévia existência de regras de uso ordinário ou técnico” (ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 172).

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 163-164.

⁷⁶ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 164.

⁷⁷ Segundo Ávila, a Constituição Federal reserva conteúdos para si, afastando sua manipulação pelo legislador infraconstitucional. Sendo que “esta reserva material constitucional pode ser feita direta ou indiretamente. A reserva material constitucional é estabelecida diretamente nos casos em que a Constituição utiliza expressões como renda, rendimento, capital, faturamento ou salário, que já possuem sentidos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem. A Constituição atribui a essas expressões determinados conceitos de forma expressa ou implícita. Expressamente, na hipótese de a Constituição fazer referência a uma expressão que já tenha um conceito construído pela doutrina e pela jurisprudência. Esse é o caso da palavra ‘salário’, conceituada, legal e doutrinariamente, como exprimindo a remuneração obtida pelo empregado numa relação de subordinação com seu empregador. Implícitamente, na hipótese de a Constituição utilizar, no próprio ordenamento constitucional, expressões similares que permitem que o intérprete, mediante operações de aproximação e distanciamento conceituais, construa um conceito constitucional. Esse é o caso da palavra ‘renda’, cujo significado, ao ser confrontado com o de faturamento, de receita, de capital, de produto e de rendimento, só pode ser o de resultado patrimonial líquido auferido por uma fonte econômica em um período determinado de tempo”. Enquanto que, “a reserva material é estabelecida indiretamente nos casos em que a Constituição, implementando a sua divisão de competências no Estado Federal, ao atribuir poder para uma entidade política tributar um fato, implícitamente atribui poder para outra entidade política tributar fato diverso” (ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 206-207).

reformular a competência estabelecida pelo legislador constituinte originário – visto que se defende, inclusive, que o campo material das competências tributárias é cláusula pétrea. Não obstante, cabe ao intérprete, sempre, verificar se há ou não um conceito técnico (em linguagem jurídica) previsto no direito infraconstitucional (pré-constitucional ou não) dos elementos que consubstanciam as normas de competência, a fim de verificar se os limites conceituais previstos nas regras de competência foram os não respeitados⁷⁸ pelo legislador ordinário quando da concretização daquele poder.

6. DA TRIBUTAÇÃO DA RENDA – O CONCEITO DE RENDA, PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA E A IDEIA DE PATRIMÔNIO PARA O ESTUDO DO IMPOSTO DE RENDA

Concorda-se, de certa forma, com Oliveira que o conceito de patrimônio é “parte indissociável do núcleo da hipótese de incidência⁷⁹” do imposto de renda, visto que é comum a assertiva dogmática e jurisprudencial⁸⁰ de que o imposto de renda possui como núcleo material de sua incidência o “acrécimo patrimonial”. Mas, sobretudo, porque se verifica que a ideia de patrimônio é fundamental e integrante do núcleo do evento descrito na hipótese de incidência do imposto de renda e, também, da base de cálculo necessária para a apuração deste⁸¹.

E, também, que poucos são os agentes do sistema jurídico que deitam maiores atenções na análise do que seja o conceito de “patrimônio”⁸². Sobretudo porque não existe enunciado jurídico, no Código Tributário Nacional ou em qualquer outra lei complementar em matéria tributária, que traga a lume definição do que seja ou de que dados evidenciam a existência, caso por caso, da aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre acréscimo de patrimônio consistente em renda, assim compreendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de proventos de qualquer natureza⁸³ (conforme previsão do art. 43 do CTN).

Não obstante, cabe mencionar que o sistema impositivo do mencionado tributo prevê que este seja informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade – cabendo ao legislador definir os lindes de tais critérios (art. 153, §2º, I, Constituição Federal de 1988).

⁷⁸ Nesse sentido, ver: RE n. 166.772-9, STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Marco Aurélio, julgado em 12.05.94, DJ 16.12.94; RE n. 203.075-9, Primeira Turma, Min. Rel. Maurício Corrêa, julgado em 05.08.98, DJ 29.10.99.

⁷⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 38.

⁸⁰ Nesse sentido, o Min. Cunha Peixoto, quando do julgamento do RE 89.791-7/RJ, proclamou que “na verdade, por mais variado que seja o conceito de renda, todos os economistas, financista e juristas se unem em um ponto: renda é sempre um ganho ou acréscimo do patrimônio”. O Min. Rel. Carlos Veloso, quando do julgamento do RE 117.887-6/SP, defendeu que “rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial, que ocorrem mediante o ingresso ou auferimento de algo, a título oneroso”.

⁸¹ Neste sentido, Oliveira afirma, ainda, que “pode-se intuir que o conceito de ‘patrimônio’ quase chega à estatura de um princípio informador das definições do fato gerador e da base de cálculo do imposto de renda” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 39).

⁸² Neste sentido, ver: OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 39.

⁸³ Nesse sentido, ver: SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Ulhôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 02.

Neste sentido, concorda-se com Carrazza⁸⁴ que “é certo que o legislador goza de uma liberdade relativa” para formular os conceitos de “renda” e de “proventos de qualquer natureza”, posto que, não existindo um conceito constitucional do que sejam “renda” e “proventos de qualquer natureza”, não pode o legislador desprestigiar e alterar o significado destes (seja no campo do direito privado, seja no campo do direito público) para fixar livremente o significado tributário daqueles⁸⁵. Assim, o legislador tributário deve escolher parcela do significado dinâmico dos conceitos fornecidos pelo direito privado para construir a tradução daqueles para a linguagem jurídica tributária – isto porque “há na Constituição Federal conteúdos semânticos mínimos (noções genéricas) quer de renda, quer de proventos de qualquer natureza, a serem obrigatoriamente levados em conta na criação *in abstracto* do imposto em tela⁸⁶”.

Concorda-se, portanto, com Carvalho e Murgel que apesar de a Constituição Federal não fornecer todos os elementos para que o legislador ordinário institua o tributo, ao utilizar a expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, reconheceu que esta apresenta uma significação mínima, a qual dispensa, em termos, maiores digressões. Isto porque imaginar que o legislador constitucional devesse conceituar textualmente todos os termos utilizados por si quando da emissão dos enunciados constitucionais é, além de absurdo, “verdadeira chacota à linguagem e com adoção de premissa segundo a qual inexistem limites semânticos aos termos empregados pelo legislador, conferindo a ele ampla liberdade para adotar definições que lhe fossem convenientes⁸⁷”.

Por conseguinte, concorda-se com Souza, Canto e Muniz que se pode concluir, a partir dos mencionados enunciados do Código Tributário Nacional, que o legislador “poderá ficar aquém, mas não pode ir além dos limites conceituais que a regra exprime⁸⁸”. Isto é, que o legislador “poderá apropriar-se, para fins de fixar o campo impositivo sob sua disciplina, de apenas algumas hipóteses de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimo patrimonial, mas não pode estender a incidência a casos em que não se verifique aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre acréscimo patrimonial⁸⁹”.

Por consequência, cabe compreender o que venha a ser efetivamente “aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica”, posto que, por exemplo, somente a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos é que constitui o fato que

⁸⁴ Nesse sentido, ver: CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 35.

⁸⁵ Nesse sentido, Carrazza enfatiza que o art. 153, III, da Constituição Federal “não deu ao legislador ordinário federal plena liberdade para assestar o imposto contra tudo o que considere renda ou proventos de qualquer natureza. Muito pelo contrário, limitou-se a conferir-lhe a faculdade de, observados os ditames constitucionais, fazê-lo incidir apenas sobre o que ao lume da Ciência Jurídica, realmente tipifique um destes fatos” (CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 35-36).

⁸⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 36.

⁸⁷ CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. A nova lei das S/As e seus possíveis reflexos na tributação pelo imposto sobre a renda, p. 105.

⁸⁸ SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uihôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 02.

⁸⁹ SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uihôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 02.

possibilitará a tributação desta por meio de imposto de renda. E, sobretudo, porque tributar outros objetos como se fossem renda ou proventos importa em desvio de poder no exercício da função legislativo-tributária⁹⁰.

Por fim, compreende-se que seja possível se obter o significado dos termos “renda” e “proventos de qualquer natureza” através do contexto da tributação da renda fixado nos enunciados constitucionais⁹¹. E, também, que é possível se fixar limites para os referidos termos⁹² através dos enunciados constitucionais.

7. IDENTIFICAÇÃO DOS SIGNIFICADOS JURÍDICOS DOS TERMOS “RENDA”, “PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA” E “PATRIMÔNIO” PARA A TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA

Partindo dos inúmeros *type's* para os signos “renda” e “provetos” na Constituição Federal, Carvalho e Murgel identificam que o termo “renda” enunciado no inciso III do artigo 153 da Carta Magna tem como significado o “rendimento ou produto de alguma fonte⁹³”. Enquanto que o signo “provento” representa os “rendimentos recebidos a título de aposentadorias e pensões⁹⁴”.

Por outro lado, Carrazza defende que “renda não é, juridicamente, o mesmo que rendimento. Este é qualquer ganho, isoladamente considerado; ao passo que aquela (...) é o excedente de riqueza obtido num dado período de tempo, deduzidos os gastos necessários à sua obtenção e manutenção⁹⁵” – condição que possibilita com que Carrazza defenda que renda e proventos⁹⁶ de qualquer natureza sejam tão somente “os ganhos econômicos do contribuinte

⁹⁰ Nesse sentido, ver: CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 37.

⁹¹ Neste sentido, ver: CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 36; CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. A nova lei das S/As e seus possíveis reflexos na tributação pelo imposto sobre a renda, p. 105.

⁹² Nesse sentido, Carrazza ressalta que “num primeiro relance, observamos que renda e proventos de qualquer natureza no Brasil é algo que não se confunde com a materialidade dos demais impostos contemplados nos arts. 153, 154, I, 155 e 156 da CF. portanto, de logo podemos afirmar que renda não é nem importação, nem exportação, nem operação financeira, nem propriedade territorial rural, nem patrimônio, nem propriedade predial e territorial urbana etc. Em suma, o legislador federal não tem liberdade para formular um conceito, seja de renda, se de proventos de qualquer natureza, que abarque a prática de operações mercantis, a prestação onerosa de serviços, o patrmônio imobiliário e os demais fatos econômicos que compõem a base de cálculo de outros impostos, inclusive os compreendidos na chamada competência residual, de resto, somente exercitável por meio de lei complementar” (CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 36-37).

⁹³ CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. A nova lei das S/As e seus possíveis reflexos na tributação pelo imposto sobre a renda, p. 106-107.

⁹⁴ CARVALHO, Fábio Junqueira de e MURGEL, Maria Inês. A nova lei das S/As e seus possíveis reflexos na tributação pelo imposto sobre a renda, p. 107.

⁹⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 37.

⁹⁶ Afirma Carrazza, “ainda que se possa sustentar – é nossa modesta opinião – que proventos não são apenas os rendimentos dos aposentados e pensionistas, mas também dos seus cônjuges e herdeiros (em razão, é claro, da aposentadoria do segurado ou do servidor público), o fato é que eles estão necessariamente atados ao conceito de renda, derivando, pois, também, eles do ‘capital, do trabalho ou da combinação de ambos’. Traduzem, em suma, para quem os recebe, um aumento patrimonial, entre dois momentos de tempo”. Razão pela qual defende que “de qualquer modo, os proventos tributáveis são aqueles que aumentam a riqueza econômica do contribuinte. Têm, pois, juridicamente, a mesma acepção da renda, já que ambos levam em conta acréscimos patrimoniais” (CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 56).

gerados por seu capital, por seu trabalho ou pela combinação de ambos e apurados após o confronto das entradas e saídas verificadas em seu patrimônio, num certo lapso de tempo⁹⁷. Assim, somente será possível se falar em renda ou em proventos de qualquer natureza se o capital, o trabalho ou a conjugação de ambos produzirem, entre dois momentos, riqueza nova⁹⁸ (acréscimos patrimoniais), destacada daquela que lhe deu origem e capaz de gerar outra⁹⁹ e, também, que exprima a efetiva capacidade contributiva do seu adquirente¹⁰⁰ (ou seja, que não constitua parcela do “mínimo vital¹⁰¹”) – apesar de que o mesmo reconhece que “para que uma riqueza nova seja havida por renda tributável não é necessária sua efetiva, periódica e constante reprodução; basta exista, em tese, a possibilidade de isto vir a acontecer¹⁰²”.

Neste sentido, Ávila afirma que “o conceito de renda pressupõe uma fonte produtiva. Ora, somente uma atividade organizada para o ganho é que pode perceber ‘renda¹⁰³’ – razão pela qual renda “não pode ser nem patrimônio, nem capital, nem lucro, nem faturamento¹⁰⁴”. Enquanto que o “conceito de proventos de qualquer natureza compreende todos os acréscimos patrimoniais não incluídos na noção de renda. Tudo aquilo que foi acrescido ao conjunto de direitos e obrigações de um sujeito considera-se acréscimo patrimonial. Nesse patrimônio incluem-se, em função do princípio da capacidade contributiva, apenas os direitos avaliáveis economicamente que são acrescidos ao patrimônio¹⁰⁵”. O que possibilita concluir que o significado da expressão “rendas e proventos de qualquer natureza” seja “o resultado positivo entre receitas e despesas de acordo com a capacidade contributiva¹⁰⁶”, i. e., que tal expressão represente tão somente o “produto líquido (receitas menos as despesas necessárias à manutenção da fonte produtora ou da existência digna do contribuinte) calculado durante o período de um ano¹⁰⁷”¹⁰⁸.

Buscando um significado eminentemente constitucional para o termo “renda” (visto que

⁹⁷ CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 37.

⁹⁸ Nesse sentido, Carrazza ressalta que “o imposto igualmente passa ao largo do patrimônio, isto é, da renda realizada no passado e já acumulada. A equação não se altera diante de pagamentos ou transferências de capital, desde que não haja lucro”. Da mesma forma que o referido imposto “não pode incidir quando ausente o ganho real do contribuinte (v. g., no reembolso de despesas), ou diante de meras recomposições patrimoniais (caso da indenização)” (CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 41 e 42).

⁹⁹ Nesse sentido, ver: CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 38.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Carrazza conclui que “contrastando com os valores vida, igualdade e dignidade da pessoa humana, renda e proventos deixam de ser meros resultados da atividade econômica, para assumirem a conotação de acréscimos patrimoniais, excluídos os valores necessários à manutenção da personalidade digna e dos próprios mecanismos de produção de renda” (CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 51).

¹⁰¹ Para Carrazza, “é tarefa difícil precisar o que vem a ser mínimo vital. De qualquer modo, dá para entender que ele gravita em torno dos bens mais preciosos do ser humano: a vida, a saúde, a cultura – quer próprias, quer dos familiares e dependentes. Minudenciando a asserção, os valores monetários que garantem o direito à vida, à saúde, à educação, à morada, ao lazer, etc., do contribuinte ou de seus familiares e dependentes, não podem ser computados – mesmo que apenas em parte – para fins de determinação quer da renda, quer dos proventos” (CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 52).

¹⁰² CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 38.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 32.

¹⁰⁴ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 33.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 32.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 33.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 34.

¹⁰⁸ Nesse sentido, ver: ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário, p. 207.

compreende que a expressão s gnica “proventos de qualquer natureza” é uma espécie daquele¹⁰⁹), Gonalves afirma que tendo a Constituio Federal referido-se ao critério material da regra-matriz de incidência tributária do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza para o fim de proceder à repartio de competência tributária impositiva, o significado dos referidos termos não pode ficar   disposio do legislador ordin rio¹¹⁰. Pelo contrário. O significado de tais termos é fornecido pela própria Constituio, mesmo que de forma implícita, posto que “o âmbito semântico dos veículos linguísticos por ela adotados para traduzir o conteúdo dessas regras de competência não pode ficar   disposio de quem recebe a outorga de compet ncia¹¹¹” – razão pela qual o legislador ordinário somente poderá trabalhar com as variáveis do suporte fático, tanto para identificao da ocorrência destes quanto para a mensurao da base de cáculo que visa tornar concreta a obrigao tributária decorrente da realizao dos fatos jurídicos tributários desencadeadores da relao obrigacional tribut ria^{112 113}. Razão pela qual, através de conceitos que se aproximam ou tengenciam, Gonalves afirma que a Constituio Federal de 1988, implícita e sistematicamente, compreende que “renda” é o “(i) saldo positivo¹¹⁴ resultante do (ii) confronto ntre (ii.a) certas entradas e (ii.b) certas sa das¹¹⁵, ocorridas ao longo de um dado (iii) per odo^{116 117}” – razão pela qual para que haja renda   necessário que se verifique um acréscimo patrimonial (compreendido como incremento material ou imaterial, representado por qualquer espécie de direitos ou bens, de qualquer natureza) ao conjunto líquido de direitos de um dado sujeito¹¹⁸.

¹⁰⁹ Neste sentido, ver: GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 174.

¹¹⁰ Neste sentido, ressalta que “admitir o contrário implica conferir ao legislador infraconstitucional competência para bulir com o âmbito das próprias competências tributárias impositivas constitucionalmente estabelecidas, o que é – para quem aceita o pressuposto básico do escalonamento hierárquico da ordem jurídica – impossível” (GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 170).

¹¹¹ GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 171.

¹¹² Isto porque se compreende que “o critério quantitativo da regra-matriz de incidência tributária – no pertinente à base de cáculo – tem a virtude de descaracterizar o próprio critério material, quando com ele for incompatível” (GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 190).

¹¹³ Neste sentido, ver: GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 190.

¹¹⁴ Ressalta, ainda, que “a ideia de saldo positivo traduz a noo de plus, de extra, de algo a mais, de acréscimo. Fácil perceber, preliminarmente, que essas nooes representam dados relativos, daos que pressup es a sua comparao com outro ou outros”. Razão pela qual defende, também, que “não se constata acréscimo, não se vislumbra plus, a não ser a partir de um dado preestabelecido, sobre o qual o acréscimo, o plus, possa ser reputado como havido”- sendo que “essa colocao evidência, de forma extraordinária, a contraposio da (1) ‘dinâmica’ ínsita à ideia de renda   (2) ‘est tica’ peculiar à ideia de patrimônio” (GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 180).

¹¹⁵ Segundo Gonalves, “a percepo de renda – já assentada como acréscimo – decorre de confronto entre elementos que ‘acrescem’ ao que denominamos aqui como patrimônio e elementos que ‘subtraem’ do patrimônio”. Sendo que “a restrio a ‘certas’ entradas e ‘certas’ saídas é imperativo do corte necessário   análise, somente, daqueles eventos que tenham ontologicamente significado relacionado ao conceito do acréscimo patrimonial que entendemos configurar renda”. Assim, “nem todo ingresso é relevante para o conceito de renda – por exemplo, o ingresso decorrente de financiameto ou o aumento de capital pelos sócios são totalmente descompromissados com a noo de acréscimo –, impondo-se selecionar, somente, as entradas que possam significar o, ou influir no, pesquisado incremento” (GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 182).

¹¹⁶ Segundo Gonalves, “a partir de uma considerao sistemática da Constituio, pensamos que as exigências implícitas   noo de período, como ocorre com o conceito de renda, devam ser consideradas em harmonia com as demais disposioes que tratam da mesma questão. Oarece, portanto, que – em matéria de imposto sobre a renda – a Constituio não se limita a impor, implicitamente, a considerao de um período. Entendemos que ela estabelece – ainda que de forma também implícita – que esse período seja anual” (GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 185).

¹¹⁷ GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 179.

¹¹⁸ Nesse sentido, ver: GONALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais, p. 180.

Destarte, Souza, Canto e Muniz afirmam que “aquisição de disponibilidade” significa “o poder de dispor ou o aperfeiçoamento, no seu titular, de todos os atributos necessários a que ele tenha a faculdade de dar ao bem ou direito de que se trate a utilidade que deseje¹¹⁹”. Por consequência, entendem os referidos autores que “não há aquisição de disponibilidade de bem ou direito de que alguém não tenha a faculdade de usar, ou em relação ao qual não se esteja em condições de exercer os demais atributos do domínio¹²⁰”. Nestes termos, identificam que existe disponibilidade econômica “quando alguém pode, efetivamente, tomar, usar e alienar bem ou direito¹²¹”; sendo jurídica, “a disponibilidade quando o seu titular pode, embora não haja recebido fisicamente a coisa ou o direito, deles fazer uso ou tirar os proveitos resultantes do domínio porque a lei ou o contrato lho permitem, mesmo sem que seja preciso ter a sua detenção material¹²²”.

Em relação à compreensão do que seja aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, Ávila pontua que a feição econômica da disponibilidade é representada pela “efetiva percepção em dinheiro ou em outros valores¹²³”, enquanto que sua feição jurídica é representada pelo “direito incondicional, atual e efetivo de aferir a renda e de sobre ela dispor livremente¹²⁴” – sendo que para existir disponibilidade jurídica não se pode verificar “qualquer condição ou obstáculo ao efetivo ingresso da renda no patrimônio do contribuinte¹²⁵”.

No tocante às expressões “proventos de qualquer natureza” e “acréscimos patrimoniais”, Souza, Canto e Muniz ressaltam que a expressão “proventos de qualquer natureza” sempre se prestou a equívocos, posto que o termo “proventos” sempre foi utilizada, na legislação, para significar quaisquer importâncias relacionadas com a prestação de serviços sob relação de emprego, com maior pertinência quando vinculada à ideia de pensões e outros benefícios pagos a inativos¹²⁶. E, também, que a Comissão Especial que elaborou o projeto de reforma constitucional tributária, convertido, com alterações, na Emenda Constitucional n. 18/65, ponderou a conveniência de adotar para a referida expressão a expressão “ganhos de capital” – condição que não logrou êxito à época e, nem mesmo, quando da Constituinte que possibilitou a atual Carta Magna de 1988.

Não obstante, Souza, Canto e Muniz afirmam que a análise do mencionado inciso II do art. 43 do CTN implica reconhecer que este torna extensiva a ideia de acréscimo de patrimônio à renda, definida no inciso I, quando preceitua que “... proventos de qualquer natureza, assim

¹¹⁹ SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uihôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 05.

¹²⁰ SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uihôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 05.

¹²¹ SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uihôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 05.

¹²² SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uihôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 05.

¹²³ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 35.

¹²⁴ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 35.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais, p. 35.

¹²⁶ SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uihôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 07.

entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior” – sobretudo, porque “indica, de maneira clara, que a espécie contemplada no inciso I também se caracteriza como sendo de acréscimo patrimonial¹²⁷”.

Destarte, Oliveira afirma que “se proventos de qualquer natureza são entendidos como ‘os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior’, (..) tanto renda quanto proventos de qualquer natureza são fatores de produção de acréscimo patrimonial, os proventos por esta sua própria definição contida no inciso II do art. 43, que lhes dá a característica (efeito produtor) de serem ‘acréscimos patrimoniais’, ao passo que as rendas também têm a mesma característica (o mesmo efeito produtor) porque o inciso II alude a proventos como sendo os ‘demais acréscimos’ não provenientes do capital, do trabalho ou da combinação de ambos (isto é, não provenientes da renda, tratada no inciso I), o que significa (em virtude da palavra ‘demais’) que não somente os proventos, mas também os produtos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos (portanto, a renda), são fatores de acréscimo patrimonial¹²⁸”.

Transpassadas essas considerações, Oliveira avança na identificação do significado jurídico do termo “patrimônio”¹²⁹ indicando que esse “congrega direitos de propriedade sobre bens em geral, materiais ou imateriais¹³⁰”. Onde tais direitos de propriedade decorrem de previsões jurídicas, posto que estes “não advêm de uma apreensão física da coisa, que seria arbitrária e contestável por outros homens, mas existem na medida em que seja possível impedir o uso da coisa por outros homens quando, ao usá-la, causem prejuízo ao proprietário ou ao possuidor¹³¹” daquela – situação que se adequa perfeitamente à previsão do art. 1.228 do Código Civil de 2002.

Ademais, compreende-se que é da essência da própria noção de patrimônio a sua variabilidade no tempo. Isto porque “o natural dinamismo das relações entre pessoas e o próprio crescimento vegetativo de certos bens, dando origem a que os haveres do seu titular aumentem em quantidade, proporção e valor, de um lado, e o contraimento de encargos, obrigações e débitos, de outro lado, modificam o total das exigibilidades¹³²”.

Cabe mencionar, ainda, que a verificação de acréscimo patrimonial não pode possibilitar que escape à tributação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, em especial no tocante às pessoas físicas, a parcela consumida destes.

Discorda-se, portanto, de Oliveira quanto à conclusão de que “quando vemos normas tributárias dizendo que, para os seus fins, considera-se que algo do direito privado seja isto ou aquilo, quer para encará-lo diferentemente do que o é no direito privado – por exemplo, para

¹²⁷ SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uilhôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 10.

¹²⁸ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 41.

¹²⁹ Nesse sentido, Oliveira esclarece que “é, portanto, o direito, e nada mais do que ele, que suporta a constituição de um patrimônio pessoal, e, por isso, é somente nele que devemos buscar a intelecção do seu conceito, do seu conteúdo e dos seus limites” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 50).

¹³⁰ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 48.

¹³¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 49.

¹³² SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uilhôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 09.

que uma pessoa natural exercente de certa atividade seja considerada pessoa jurídica para fins de imposto de renda –, quer para equiparar um ente do direito privado a outro que no direito privado lhe é distinto – por exemplo, para que aluguel e ‘royalty’ tenham o mesmo tratamento para efeito de dedução da base de cálculo do imposto de renda –, a lei tributária não lhes está dando nova identidade, mas apenas lhes atribuindo efeitos tributários¹³³. Isto porque tal conclusão somente pode ser justaposta ao segundo exemplo, visto que no primeiro caso (i. e., quando modifica o significado de algo do direito privado) não está conferindo meros efeitos tributários para os termos, mas, sim, conferindo novo *type* para o signo representativo do referido objeto na linguagem jurídica tributária – apesar de que a equiparação para efeitos tributários não implica em instituição de *type* específico para a linguagem jurídica tributária.

Ademais, conforme mencionado alhures, o subsistema tributário do sistema jurídico brasileiro impõe que os enunciados jurídico-tributários sejam interpretados conforme as previsões dos artigos 107 a 112 do Código Tributário Nacional. Em especial, que os princípios gerais de direito privado sejam utilizados para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários; e, também, que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

Tais enunciados visam “limitar cada competência tributária ao que está previsto na Constituição, impedindo alargamentos por construções legislativas extravasantes das fronteiras daquela, inclusive por meio de simples equiparações¹³⁴”.

Nesse sentido, Oliveira defende que, por força do art. 109 do Código Tributário Nacional, “patrimônio é o que é segundo a lei privada, não sendo admissível outra definição para fins tributários¹³⁵”. E que por isso, “não há a menor possibilidade de que algo que não seja parte do patrimônio de acordo com o direito privado seja considerado como integrante dele apenas para fins tributários, pois isto significaria inutilizar por completo a norma desse dispositivo. O mesmo ocorreria se algo que seja parte do patrimônio fosse tributariamente considerado como estranho a ele¹³⁶”. Apesar de que, segundo o referido autor, “violar o conceito de ‘patrimônio’ seria violar um conceito do direito privado absorvido implicitamente pela definição constitucional de competência tributária (embora expressamente pelo CTN) e, neste caso, aplica-se o art. 110, que se refere textualmente a conceitos de direito privado utilizados ‘implicitamente’ pela Constituição Federal para definir ou limitar competências tributárias¹³⁷”.

Entretanto, concorda-se com Souza, Canto e Muniz que seria lícito ao legislador tributário

¹³³ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 51.

¹³⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 53.

¹³⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 53.

¹³⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 53.

¹³⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 54.

instituidor ou regulador do imposto sobre a renda enunciar o conceito do que seja, para efeitos tributários, aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre acréscimo de patrimônio consistente em renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, ou de proventos de qualquer natureza – desde que, por óbvio, não fosse contrário a conceito que por ventura exista na lei não tributária de natureza geral ou implícito na competência tributária, relativa à atividade econômica geradora de renda ou de proventos de outra natureza¹³⁸.

8. A RESTRIÇÃO HERMENÊUTICA DOS TERMOS “RENDA” E “PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA” PELA INEXISTÊNCIA DE UM SIGNIFICADO JURÍDICO

Conforme mencionado alhures, compreende-se que o legislador goza de uma liberdade relativa para formular os conceitos de “renda” e de “proventos de qualquer natureza”, posto que, não se verificando um conceito constitucional expresso do que sejam “renda” e “proventos de qualquer natureza”, não pode o legislador desprestigiar e alterar o significado destes no campo do direito privado para fixar livremente o significado tributário daqueles. Assim, o legislador tributário deve escolher parcela do significado dinâmico dos conceitos fornecidos pelo direito privado para construir a tradução daqueles para a linguagem jurídica tributária.

Ademais, compreende-se que “entender que o legislador é inteiramente livre para fixar o conceito de renda e de proventos importa deixar sem qualquer significação o preceito constitucional respectivo. A Constituição alude a renda e a proventos, ao cuidar da atribuição de competências tributárias. Entender-se que o legislador ordinário possa conceituar livremente essas categorias implica que esse legislador ordinário cuide da própria atribuição de competências, e tal não se pode conceber em um sistema jurídico tributário como o brasileiro¹³⁹”.

Nesse sentido, o Min. Oswaldo Trigueiro, quando do julgamento do RE 71.758, Rel. Min. Thompsov Flores, aduziu voto no sentido de que “quaisquer que sejam as nuances doutrinárias sobre o conceito de renda, parece-me acima de toda dúvida razoável que, legalmente, a renda pressupõe ganho, lucro, receita, crédito, acréscimo patrimonial, ou, como diz o preceito transcrito, aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica. Concordo em que a lei pode, casuisticamente, dizer que é ou que não é renda tributável. Mas não deve ir além dos limites semânticos, que são intransponíveis. Entendo, por isso, que ela não pode considerar renda, para efeito de taxação, o que é, de maneira incontestável, ônus, dispêndio, encargo ou diminuição patrimonial, resultante do pagamento de um débito”. E, também, que “dir-se-á que a lei pode alterar a definição de qualquer imposto, como pode, para fazê-lo, recorrer ao expediente das ficções jurídicas. No caso, porém, esse argumento não tem préstimo, porque estamos diante de um conceito da Constituição, explicitado pelo Código Tributário Nacional. Ora, este Código, como declarado em seu art. 1º,

¹³⁸ Nesse sentido, ver: SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Ulhôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 03.

¹³⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 248.

regula as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, ao Estados e aos Municípios, matéria sobre a qual o Poder Legislativo somente pode dispor através de lei complementar, *ex vi* do preceituado no art. 18, § 1º, da Lei Maior. Assim, sendo, não pode ele ser revogado senão por lei que, em sua tramitação, obedeça ao disposto no art. 50”.

Ademais, concorda-se que não é possível que sejam fixados fatos jurídicos ensejadores da tributação sobre a renda e proventos de qualquer natureza por meio de ficção jurídica, posto que o legislador ordinário e/ou complementar não pode considerar como “renda” ou como “proventos de qualquer natureza” o que não se constitua efetivamente como renda ou como provento¹⁴⁰.

9. DA TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA DA PESSOA FÍSICA

No tocante à tributação sobre imposto de renda e proventos de qualquer natureza referentes à pessoa física, tal tributo será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos (art. 2º da Lei n. 7.713/1988). Sendo que o referido tributo, conforme previsão do art. 3º da Lei n. 7.713/1988, incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução (ressalvado o disposto nos arts. 9 a 14 da referida Lei). Para tanto, será considerado como rendimento bruto “todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados” (§1º do art. 3º, Lei n. 7.713/1988) – tal enunciado foi repetido quando da edição do Decreto n. 3.000/1999 (vide art. 37 deste diploma legal). E, também, que “integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente” (observado o disposto nos arts. 15 a 22 da mencionada Lei).

No tocante à apuração do ganho de capital, o §3º do art. 3º da Lei n. 7.713/1988 estabelece que serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

Não obstante tais previsões, a Lei n. 7.713/1988 determina, ainda, que a tributação sobre a renda e proventos de qualquer natureza “independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título” –

¹⁴⁰

Nesse sentido, ver: MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 270.

enunciado repetido quando da edição do Decreto n. 3.000/1999 (vide art. 38) e que espelha o previsto no §1º do art. 43 do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, o art. 6º da Lei n. 7.713/1988 preceitua que

“Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

I - a alimentação, o transporte e os uniformes ou vestimentas especiais de trabalho, fornecidos gratuitamente pelo empregador a seus empregados, ou a diferença entre o preço cobrado e o valor de mercado;

II - as diárias destinadas, exclusivamente, ao pagamento de despesas de alimentação e pousada, por serviço eventual realizado em município diferente do da sede de trabalho;

III - o valor locativo do prédio construído, quando ocupado por seu proprietário ou cedido gratuitamente para uso do cônjuge ou de parentes de primeiro grau;

IV - as indenizações por acidentes de trabalho;

V - a indenização e o aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido por lei, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores, ou respectivos beneficiários, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço;

VI - o montante dos depósitos, juros, correção monetária e quotas-partes creditados em contas individuais pelo Programa de Integração Social e pelo Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público;

VII - os seguros recebidos de entidades de previdência privada decorrentes de morte ou invalidez permanente do participante. (Redação dada pela Lei nº 9.250, de 1995)

VIII - as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes;

IX - os valores resgatados dos Planos de Poupança e Investimento - PAIT, de

que trata o Decreto-Lei nº 2.292, de 21 de novembro de 1986, relativamente à parcela correspondente às contribuições efetuadas pelo participante;

X - as contribuições empresariais a Plano de Poupança e Investimento - PAIT, a que se refere o art. 5º, § 2º, do Decreto-Lei nº 2.292, de 21 de novembro de 1986;

XI - o pecúlio recebido pelos aposentados que voltam a trabalhar em atividade sujeita ao regime previdenciário, quando dela se afastarem, e pelos trabalhadores que ingressarem nesse regime após completarem sessenta anos de idade, pago pelo Instituto Nacional de Previdência Social ao segurado ou a seus dependentes, após sua morte, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.243, de 24 de setembro de 1975;

XII - as pensões e os proventos concedidos de acordo com os Decretos-Leis, nºs 8.794 e 8.795, de 23 de janeiro de 1946, e Lei nº 2.579, de 23 de agosto de 1955, e art. 30 da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, em decorrência de reforma ou falecimento de ex-combatente da Força Expedicionária Brasileira;

XIII - capital das apólices de seguro ou pecúlio pago por morte do segurado, bem como os prêmios de seguro restituídos em qualquer caso, inclusive no de renúncia do contrato;

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (Redação dada pela Lei nº 11.052, de 2004)

XV - os rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, de transferência para a reserva remunerada ou de reforma pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por qualquer pessoa jurídica de direito público interno ou por entidade de previdência privada, a partir do mês em que o contribuinte completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, sem prejuízo da parcela isenta prevista na tabela de incidência mensal do imposto, até o valor de: (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007)

a) R\$ 1.313,69 (mil, trezentos e treze reais e sessenta e nove centavos), por mês, para o ano-calendário de 2007; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

b) R\$ 1.372,81 (mil, trezentos e setenta e dois reais e oitenta e um centavos), por mês, para o ano-calendário de 2008; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

c) R\$ 1.434,59 (mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e cinquenta e nove centavos), por mês, para o ano-calendário de 2009; (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007)

d) R\$ 1.499,15 (mil, quatrocentos e noventa e nove reais e quinze centavos), por mês, para o ano-calendário de 2010; (Redação dada pela Lei nº 12.469, de 2011)

e) R\$ 1.566,61 (mil, quinhentos e sessenta e seis reais e sessenta e um centavos), por mês, para o ano-calendário de 2011; (Incluída pela Lei nº 12.469, de 2011)

f) R\$ 1.637,11 (mil, seiscentos e trinta e sete reais e onze centavos), por mês, para o ano-calendário de 2012; (Incluída pela Lei nº 12.469, de 2011)

g) R\$ 1.710,78 (mil, setecentos e dez reais e setenta e oito centavos), por mês, para o ano-calendário de 2013; (Incluída pela Lei nº 12.469, de 2011)

h) R\$ 1.787,77 (mil, setecentos e oitenta e sete reais e setenta e sete centavos), por mês, a partir do ano-calendário de 2014. (Incluída pela Lei nº 12.469, de 2011)

XVI - o valor dos bens adquiridos por doação ou herança;

XVII - os valores decorrentes de aumento de capital:

a) mediante a incorporação de reservas ou lucros que tenham sido tributados na forma do art. 36 desta Lei;

b) efetuado com observância do disposto no art. 63 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, relativamente aos lucros apurados em períodos-base encerrados anteriormente à vigência desta Lei;

XVIII - a correção monetária de investimentos, calculada aos mesmos índices

aprovados para os Bônus do Tesouro Nacional - BTN, e desde que seu pagamento ou crédito ocorra em intervalos não inferiores a trinta dias; (Redação dada pela Lei nº 7.799, de 1989)

XIX - a diferença entre o valor de aplicação e o de resgate de quotas de fundos de aplicações de curto prazo;

XX - ajuda de custo destinada a atender às despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, sujeita à comprovação posterior pelo contribuinte.

XXI - os valores recebidos a título de pensão quando o beneficiário desse rendimento for portador das doenças relacionadas no inciso XIV deste artigo, exceto as decorrentes de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão. (Incluído pela Lei nº 8.541, de 1992) (Vide Lei 9.250, de 1995)

XXII - os valores pagos em espécie pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, relativos ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, no âmbito de programas de concessão de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços. (Incluído pela Lei nº 11.945, de 2009). (Produção de efeitos)”.

Não obstante, o Decreto n. 3.000/1999 estabelece que não entrarão no cômputo do rendimento bruto, dentre outros, a indenização destinada a reparar danos patrimoniais em virtude de rescisão de contrato¹⁴¹ (por força da previsão do § 5º do art. 70 da Lei n. 9.430/1996) e a *diferença a maior entre o valor de mercado de bens e direitos, recebidos em devolução do capital social e o valor destes constantes da declaração de bens do titular, sócio ou acionista, quando a devolução for realizada pelo valor de mercado*¹⁴² (por força da previsão do §4º do art. 22, Lei n. 9.249/1995) – conforme

¹⁴¹ Nesse sentido:

IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA (AÇÕES). A importância recebida a título de ressarcimento, em virtude de decisão favorável da Comissão de Valores Mobiliários, que vise ao ajuste do valor das ações na data da incorporação, não se enquadra no conceito de “indenização”, devendo ser considerada como parte do preço efetivo da operação. Fundamentação legal: Lei n. 7.713/88, art. 19; art. 123 deste Regulamento; IN SRF n. 84/01, art. 19 (Solução de Consulta SRRF/8ª RF, Decisão n. 84, de 2004).

¹⁴² O PN CST 69/77 menciona que o preço de mercado é aquele: a) normal e corrente, conhecido por quem milita no ramo, ou constatado por meio de publicações especializadas; ou b) que seria alcançado se o imóvel fosse alienado à vista, levando-se em conta o seu estado físico, localização, desgaste, previsão de vida útil ou outros aspectos pertinentes; ou c) obtido mediante avaliação de órgãos especializados, públicos ou privados, ou mesmo de qualquer pessoa física ou jurídica, que comprove habilitação técnica e de reconhecida idoneidade.

previsto nos incisos XVIII e XLVI do art. 39.

E, também, que, de acordo com o previsto no art. 10 da Lei n. 9.249/1995, “os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior”.

Em relação ao custo de aquisição dos bens e direitos, a Lei n. 7.713/1988 prescreve que o “custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso: I - o valor atribuído para efeito de pagamento do imposto de transmissão; II - o valor que tenha servido de base para o cálculo do Imposto de Importação acrescido do valor dos tributos e das despesas de desembarço aduaneiro; III - o valor da avaliação do inventário ou arrolamento; IV - o valor de transmissão, utilizado na aquisição, para cálculo do ganho de capital do alienante; V - seu valor corrente, na data da aquisição”. Sendo que o custo de quotas de capital e dos bens fungíveis será a média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses bens (§2º do art. 16, Lei n. 7.713/1988); ou, “no caso de quotas ou ações distribuídas em decorrência de aumento de capital por incorporação de lucros apurados a partir do mês de janeiro de 1996, ou de reservas constituídas com esses lucros, o custo de aquisição será igual à parcela do lucro ou reserva capitalizado, que corresponder ao sócio ou acionista” (parágrafo único do art. 10 da Lei n. 9.249/1995).

Nestes termos, o art. 16 da IN SRF n. 84/2001, com suas modificações posteriores, determina que se a integralização do capital social se der mediante a entrega de bens ou direitos, considera-se custo de aquisição da participação adquirida o valor dos bens ou direitos transferidos, constante na Declaração de Ajuste Anual ou o seu valor de mercado – sendo que no caso de ações ou quotas recebidas em bonificação, em virtude de incorporação de lucros ou reservas ao capital social da pessoa jurídica, considera-se custo de aquisição da participação o valor do lucro ou reserva capitalizado que corresponder ao acionista ou sócio, independentemente da forma de tributação adotada pela empresa (§2º do art. 16 da IN SRF n. 84/2001). A referida Instrução Normativa determina, ainda, que para efeito de apuração de ganho de capital na alienação de participações societárias, o custo de aquisição das ações ou quotas é apurado pela média ponderada dos custos unitários, por espécie, desses títulos – sendo que o custo médio ponderado de cada ação ou quota: I - é igual ao resultado da divisão do valor total de aquisição das ações ou quotas em estoque pela quantidade total de ações ou quotas em estoque, inclusive bonificadas; II - multiplicado pela quantidade de ações ou quotas alienadas, constitui o custo de aquisição para efeito da apuração do ganho de capital; III - multiplicado pelo número de ações ou quotas remanescente, constitui o valor do estoque desses títulos.

Em relação aos ganhos de capital, o Decreto n. 3.000/1999 prescreve que a pessoa física que auferir ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza estará sujeita

ao pagamento do imposto de renda – previsão do art. 117 do referido Decreto em conformidade com os arts. 2º e 3º da Lei n. 7.713/1988 e com o art. 21 da Lei n. 8.981/1995. Sendo que “na apuração dos ganhos de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins - §4º do Decreto n. 3.000/1999 em conformidade com o previsto no §3º do art. 3º da Lei n. 7.713/1988.

E, nas hipóteses de ganho de capital, a Lei n. 7.713/1988 prescreve que o imposto será devido, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), no momento da alienação do bem ou direito.

10. COMPREENSÃO SOBRE A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA NA DEVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO RELATIVO A QUOTAS DE CAPITAL SOCIAL QUANDO DA RETIRADA DO SÓCIO DA SOCIEDADE LIMITADA

Antes de se expor a compreensão deste estudo sobre a possível incidência ou não do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza no recebimento de parcela do patrimônio social relativo às quotas sociais quando da retirada ou exclusão do sócio de uma sociedade limitada, é necessário ressaltar que esta se fundamenta sobre alguns pressupostos anteriormente apresentados. A saber. Tomando-se como premissa que o princípio da reserva de competências entre os entes federativos brasileiros importa na divisão, inclusive, da competência tributária e que a competência tributária é, grosso modo, privativa dos entes tributantes – nestes termos, vide incisos I e II do art. 154 da Constituição Federal de 1988 –, compreende-se que cada ente tributante somente poderá instituir tributos sobre as hipóteses elencadas na Carta Constitucional e não poderá fazer incidir, mesmo que indiretamente, tributo sobre materialidade dos tributos que não lhe foram confiados pelo legislador contribuinte. E que o legislador ordinário que venha a instituir os tributos previstos nas competências tributárias, por força da previsão § 1º do art. 145 da Carta Constitucional de 1988, somente poderá escolher fatos ou negócios jurídicos que espelhem algum substrato econômico do campo material das referidas competências tributárias a si dispostas. Razão pela qual se compreende que a correta configuração do fato gerador e da base de cálculo do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza deveria considerar sempre como tributável apenas o valor que se adiciona positivamente ao patrimônio do contribuinte. Em outros termos. O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza somente poderia tributar a efetiva aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimo patrimonial. O que implica que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza não possa se legitimar, portanto, como mero tributo sobre o patrimônio¹⁴³, visto que grava apenas e tão somente o

¹⁴³ Nesse sentido, Souza, Canto e Muniz advertem que “o sistema tributário nacional inclui dois impostos sobre o patrimônio (o sobre a propriedade territorial rural e o sobre a propriedade predial e territorial urbana...), mas nenhum deles se confunde com o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, pelas razões que acabam de ser mencionadas com características distintivas daqueles e destes” (SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Ulhôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 32).

acréscimo que este acuse, quando o contribuinte venha a ter disponibilidade econômica ou jurídica que possibilite crescer àquele¹⁴⁴ – e, para tanto, cabe se compreender a que data se deva referir a apuração da existência de aumento e como se deva dimensionar a ocorrência deste. Não obstante, compreende-se que o sistema jurídico brasileiro não comporta que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tenha por base o acréscimo patrimonial de pessoa física apurado mediante comparação entre o patrimônio existente no início e no final do ano civil, tenha ou não havido incidência do imposto de renda sobre a renda e os proventos que produziram o referido acréscimo, visto que o conceito de acréscimo patrimonial deve comportar, tão somente, a possibilidade de serem considerados como rendas ou proventos da pessoa física tão somente os acréscimos patrimoniais decorrentes do capital, do trabalho ou da combinação de ambos ou que o contribuinte não tenha como demonstrar terem resultado de operações imunes, isentas ou já tributadas na fonte em caráter final.

Ademais, é importante ressaltar que, por falta de previsão expressa em contrário, o indivíduo ou sociedade poderá transferir a sociedades limitadas, a título de integralização de seu capital social, bens e direitos por um valor igual, maior ou menor que o seu custo de aquisição (normalmente coincidente com o valor contábil ou constante na declaração de ajuste anual de imposto de renda de pessoa física) – conforme previsão do art. do Código Civil e do caput do art. 23 da Lei n. 9.249/1995. Tal integralização de capital social por bens e/ou direito por valor superior ao seu custo de aquisição ou de mercado é, no caso das sociedades limitadas, de exclusiva responsabilidade dos sócios, não se aplicando, por conseguinte, a regra do art. 7º da Lei n. 6.404/1976.

Destarte, conforme previsão do §1º do art. 23 da Lei n. 9.249/1995, se a entrega de bens/direitos para a integralização de capital social for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei n. 1.598/1977¹⁴⁵. Por outro lado, se o valor atribuído pelo subscritor das quotas de capital social ao bem/

¹⁴⁴ SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Uihôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, p. 31.

¹⁴⁵ Decreto-lei n. 1.598/1977:

(...)

Art 60 - Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

I - aliena, por valor notoriamente inferior ao de mercado, bem do seu ativo a pessoa ligada;

II - adquire, por valor notoriamente superior ao de mercado, bem de pessoa ligada;

III - perde, em decorrência do não exercício de direito à aquisição de bem e em benefício de pessoa ligada, sinal, depósito em garantia ou importância paga para obter opção de aquisição;

IV - a parte das variações monetárias ativas (art.18) que exceder as variações monetárias passivas (art. 18, parágrafo único). (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.064, de 1983)

V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros;

VI - paga a pessoa ligada aluguéis, royalties ou assistência técnica em montante que excede notoriamente do valor de mercado.

VII - realiza com pessoa ligada qualquer outro negócio em condições de favorecimento, assim entendidas condições mais vantajosas para a pessoa ligada do que as que prevaleçam no mercado ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.065, de 1983)

§ 1º O disposto no item V não se aplica às operações de instituições financeiras, companhias de seguro e capitalização e outras pessoas jurídicas, cujo objeto sejam atividades que compreendam operações de mútuo, adiantamento ou concessão de crédito, desde que realizadas nas condições que prevaleçam no mercado, ou em que a pessoa jurídica contrataria com terceiros. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.065, de 1983)

§ 2º - A prova de que o negócio foi realizado no interesse da pessoa jurídica e em condições estritamente comutativas, ou em

direito utilizado para para este fim for maior que o custo de sua aquisição se verificará ocorrência de ganho de capital, posto que as quotas sociais integralizadas pelo subscritor apresentarão valor maior do que o bem/direito oferecido para tanto – condição prevista no §2º do art. 23 da Lei n. 9.249/1995¹⁴⁶.

Verifica-se, assim, que o legislador ordinário compreende que existe uma correlação direta entre o valor monetário de um bem/direito transferido a sociedade limitada a título de subscrição de seu capital social e o valor das quotas do capital social.

Em relação à devolução do patrimônio relativo a quotas do capital social para os sócios, sustentou-se no passado que sua devolução pelo valor contábil aos sócios poderia configurar hipótese de distribuição disfarçada de lucros, conforme previsão do inciso I do art. 464 do Decreto n. 3.000/1999, quando aquele fosse notoriamente inferior ao valor de mercado – situação comum no sistema contábil-tributário brasileiro. Porém, desde a edição da Lei n. 9.249/1995 tal possibilidade não pode ser mais aventada porque existe previsão de que “os bens e direitos do ativo de pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados por valor contábil ou de mercado” (vide art. 22).

Atualmente, a legislação tributária determina que no “caso de a devolução realizar-se pelo valor de mercado, a diferença entre este e o valor contábil dos bens ou direitos entregues será considerada ganho de capital, que será computado nos resultados da pessoa jurídica tributada com base no lucro real ou na base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido devidos pela pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido ou arbitrado”

que a pessoa jurídica contrataria com terceiros, exclui a presunção de distribuição disfarçada de lucros.

§ 3º Considera-se pessoa ligada à pessoa jurídica: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.065, de 1983)

a) o sócio desta, mesmo quando outra pessoa jurídica; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.065, de 1983)

b) o administrador ou o titular da pessoa jurídica; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.065, de 1983)

c) o cônjuge e os parentes até terceiros grau, inclusive os afins, do sócio pessoa física de que trata a letra «a» e das demais pessoas mencionadas na letra «b». (Incluída pelo Decreto-lei nº 2.065, de 1983)

§ 4º - Valor de mercado é a importância em dinheiro que o vendedor pode obter mediante negociação do bem no mercado.

§ 5º - O valor do bem negociado freqüentemente no mercado, ou em bolsa, é o preço das vendas efetuadas em condições normais de mercado, que tenham por objeto bens em quantidade e em qualidade semelhantes.

§ 6º - O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço.

§ 7º - Se o valor do bem não puder ser determinado nos termos dos §§ 5º e 6º e o valor negociado pela pessoa jurídica basear-se em laudo de avaliação de perito ou empresa especializada, caberá à autoridade tributária a prova de que o negócio serviu de instrumento à distribuição disfarçada de lucros.

§ 8º No caso de lucros ou reservas acumulados após a concessão do empréstimo, o disposto no item V aplicar-se-á a partir da formação do lucro ou da reserva, até o montante do empréstimo. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.065, de 1983)

146 Nesse sentido, ver decisão do CARF:

“Assunto: Embargos de Declaração Exercício: 1999 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Verificada a existência de omissão no julgado, é de se acolher os Embargos de Declaração opostos pelo contribuinte.

GANHO DE CAPITAL - INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL - Está sujeito ao imposto de renda o ganho de capital auferido na alienação de bens a qualquer título, inclusive aqueles utilizados para integralização de capital social em empresa, posto que esta operação se caracteriza como uma alienação. Assim, se a avaliação dos bens integralizados é superior à constante na declaração de bens da pessoa física, verifica-se a ocorrência de ganho de capital. Embargos acolhidos. Acórdão rerratificado” (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES QUARTA CÂMARA. Acórdão n. 104-23.289. Sessão 25.06.2008, Rel. Nelson Mallmann).

(§1º do art. 22, Lei n. 9.249/1995) (destacamos) – nesse caso, para o titular, sócio ou acionista, pessoa física, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica (§3º do art. 22, Lei n. 9.249/1995). Sendo que, conforme previsão do §4º do art. 22 da Lei n. 9.249/1995, *“a diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens, no caso de pessoa física, ou o valor contábil, no caso de pessoa jurídica, não será computada, pelo titular, sócio ou acionista, na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido”* (destacamos).

Verifica-se, assim, que o §4º do art. 22 da Lei n. 9.249/1995 estabelece uma exclusão da base de cálculo no que se refere à diferença entre o valor restituído ao sócio dissidente e/ou excluído e o valor das quotas sociais que integralizava no capital social da sociedade. Em outros termos. O referido enunciado reconhece que o valor das quotas sociais integralizadas pelo sócio representam uma parcela do patrimônio social da sociedade e que, portanto, a saída ou exclusão do sócio do rol de sócios da sociedade implica na devolução integral, se não houver previsão no contrato social de forma diversa, da sua efetiva participação no patrimônio social. Situação que não representa para o sócio nenhum acréscimo patrimonial ou provento de qualquer natureza, apesar de poder representar para a empresa um ganho de capital – se o valor dos bens e/ou direitos restituídos forem superiores aos valores contábeis.

Neste sentido, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já reconheceu, inclusive, que

CUSTO DO BEM RECEBIDO EM PERMUTA —VALOR DO BEM OFERTADO NA PERMUTA CONSTANTE NA DECLARAÇÃO DE BENS E DIREITO IDENTIDADE —A permuta ou troca é o contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Tudo que pode ser objeto de uma compra e venda pode ser trocado, não sendo necessário que os bens permutados sejam de igual espécie ou valor, sendo lícito, portanto, permutar um imóvel por uma coisa móvel, ou ainda um bem imóvel ou móvel por um direito. Apesar de as disposições civis referentes à compra e venda serem aplicadas à troca ou permuta (art. 533 do Código Civil), não se deve esquecer que o contrato de permuta antecedeu ao da compra e venda. A interpretação tributária que restringe a permuta a troca de bens imóveis não tem base na doutrina ou na própria legislação regente do ganho de capital. Dessa forma, ao contrato de permuta, de forma geral, deve ser dado o mesmo tratamento atribuído ao de permuta de unidades imobiliárias, quando somente se pode falar em ganho de capital se houver torna. Inexistindo torna, não haverá ganho de capital, exceto se o permutante ativar em sua declaração de bens e direitos o bem recebido por um valor maior do que o dado na permuta. Assim, incabível a utilização do valor registrado na escritura de permuta como custo do bem recebido na permuta, devendo ser acatado como custo do bem recebido na permuta aquele do bem ofertado nesta avença (recurso no 156.029, com prolação do Acórdão no 10616.964, sessão de 26 de junho de 2008. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO. Acórdão 2102001.909 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária. Sessão 16 de abril de 2012. Rel. GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS).

Assim, indicação clara e precisa da lei civil de que ¹⁴⁷ o valor da quota social efetivamente integralizada será liquidada “com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado” (art. 1.031, Código Civil de 2002), em nada conflita com a previsão da legislação tributária supra mencionada. Pelo contrário, evidencia que o valor a ser devolvido ao sócio retirante ou excluído é representativo de sua quota-parte no patrimônio líquido da sociedade.

No tocante à venda das quotas sociais, a alienação de participação societária, mesmo que efetivada após o advento da Lei n. 7.713/1988¹⁴⁸, não se sujeita à apuração de ganho de capital quando a subscrição ou aquisição da referida participação tenha ocorrido anteriormente a 1983¹⁴⁹

¹⁵⁰. E, as subscrições ou aquisições realizadas posteriormente a esta data podem ou não gerar

¹⁴⁷ Wald pontua, ainda, que “a apreciação patrimonial do sócio que é excluído deve ser efetuada na data da exclusão, de modo que reflita o esforço comum dos sócios até esta data específica, mas este montante deverá, em seguida, ser indexado de acordo com a inflação, obtendo, pois, a correção monetária e ser acrescido de juros até a data do pagamento efetivo” (WALD, Arnold. Direito civil, vol. 08: direito de empresa, p. 470).

¹⁴⁸ A Lei n. 7.713/1988 prescreve, dentre outros enunciados, que:

Art. 1º Os rendimentos e ganhos de capital percebidos a partir de 1º de janeiro de 1989, por pessoas físicas residentes ou domiciliados no Brasil, serão tributados pelo imposto de renda na forma da legislação vigente, com as modificações introduzidas por esta Lei.

Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei. (Vide Lei 8.023, de 12.4.90)

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

§ 5º Ficam revogados todos os dispositivos legais concessivos de isenção ou exclusão, da base de cálculo do imposto de renda das pessoas físicas, de rendimentos e proventos de qualquer natureza, bem como os que autorizam redução do imposto por investimento de interesse econômico ou social.

§ 6º Ficam revogados todos os dispositivos legais que autorizam deduções cedulares ou abatimentos da renda bruta do contribuinte, para efeito de incidência do imposto de renda.

¹⁴⁹ Nesse sentido, ver:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF Exercício: 2003

Ementa: ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ISENÇÃO CONDICIONADA. OBSERVÂNCIA DE CONDIÇÃO IMPLEMENTADA PELO DECRETO-LEI N.º 1.510/1976 NO PERÍODO DE SUA VIGÊNCIA. POSTERIOR REVOGAÇÃO, DIREITO ADQUIRIDO.

A observância, sob a égide do art. 4º, alínea “d”, do Decreto-lei n.º 1.510, de 1976, da condição de isenção por ele implementada, de manutenção das ações pelo período mínimo de cinco anos, ainda que a alienação da participação societária tenha sido realizada sob a vigência de nova lei que revogou o benefício, não perfaz a hipótese de incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital. Direito adquirido do contribuinte, devendo ser reconhecida a isenção do ato de alienação da participação societária perpetrado pelo Recorrente (art. 50, XXXVI, da Constituição; art. 60, *caput* e §2º, da LINDB; e art. 178 do Código Tributário Nacional)” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO. Acórdão n. 2101-000.966 — Primeira Câmara / V Turma Ordinária. Sessão 10 de fevereiro de 2011. Rel. ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA).

¹⁵⁰ No mesmo sentido é o entendimento consubstanciado em inúmeros acórdãos deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a exemplo do que se depreende da ementa do julgado a seguir transcrita, da então 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, de Relatoria do Conselheiro José Raimundo Tosta Santos:

“AQUISIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI N.º 1.510, DE 1976 - ALIENAÇÃO NA VIGÊNCIA DE NOVA LEI REVOGADORA DO BENEFÍCIO - DIREITO ADQUIRIDO - PAGAMENTO INDEVIDO - RESTITUIÇÃO - A alienação de participação societária adquirida sob a égide do art. 4º, alínea “d”, do Decreto-lei n.º 1.510, de 1976, após decorridos cinco anos da

ganhos de capital, conforme será melhor detalhado a seguir.

Preliminarmente é importante ressaltar que, por força da previsão do art. 108 do CTN, na inexistência de enunciado expresso sobre a tributação quanto à venda das quotas sociais, o intérprete deverá utilizar, por analogia, a mesma sistemática de apuração da devolução de patrimônio social para o sócio que devolva sua participação social. Ou seja, se o sócio transferir suas quotas sociais para terceiro por valor igual ao valor referente ao patrimônio social que teria direito se se retirasse da sociedade, não se verifica qualquer ganho de capital e, por consequência, não se há de falar em tributação sobre possível renda ou proventos de qualquer natureza¹⁵¹. Do contrário, sobre possível ágio sobre o valor que teria direito se se retirasse da sociedade, o sócio que vende suas quotas sociais deverá ser tributado sobre o efetivo ganho de capital.

Destarte, compreende-se que a sistemática de apuração prevista na IN/SRF n. 84/2001 (a saber, a previsão de seu art. 16, o qual preceitua que “na hipótese de integralização de capital mediante a entrega de bens ou direitos, considera-se custo de aquisição da participação adquirida o valor dos bens ou direitos transferidos, constante na Declaração de Ajuste Anual ou o seu valor de mercado”) é incompatível com a previsão do art. 126 do RIR, visto que este estabelece que para as participações societárias não cotadas em bolsa de valores, considera-se custo de aquisição o maior valor entre: I- o apurado mediante a atualização monetária, até 31 de dezembro de 1991, do valor original de aquisição, com a utilização da tabela de índice divulgada pela Secretaria da Receita Federal, e; II- o valor de mercado avaliado pelo contribuinte, utilizando como valor patrimonial, valor apurado por meio de equivalência patrimonial nas hipóteses previstas na legislação comercial ou, ainda, avaliação de três peritos ou empresa especializada; e, também, com a previsão do art. 22 da Lei n. 9.249/1995, visto que o mencionado artigo prescreve que os bens e direitos do ativo da aquisição, não constitui operação tributável, ainda que realizada sob a vigência de nova lei revogadora do benefício, tendo em vista o direito adquirido, constitucionalmente previsto. Implementada a condição antes da revogação da lei que concedia o benefício, os pagamentos porventura efetuados são indevidos, portanto passíveis de restituição (Acórdão nº CSRF/04-00.215, de 14/03/2006). Recurso provido.” (Acórdão 102-48.824, 2 Câmara do então I Conselho de Contribuintes, Relator Conselheiro José Raimundo Tosta Santos, julgado em 08/11/2007, DOU de 06/05/2008).

A Câmara Superior de Recursos Fiscais também já analisou a matéria, reconhecendo o direito à isenção mesmo na vigência de legislação posterior estabelecendo a hipótese de incidência:

“IRPF - PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS - AQUISIÇÃO SOBRE OS EFEITOS DA HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA PREVISTOS NO ART. 40, ALÍNEA “d” DO DECRETO-LEI 1.510/76 - DIREITO ADQUIRIDO A ALIENAÇÃO SEM TRIBUTAÇÃO MESMO NA VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO POSTERIOR ESTABELECEDO A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA (LEI 77131/88)

- Se a pessoa física titular da participação societária, sob a égide do art. “d”, do Decreto-Lei 1.510/76, subsequentemente ao período de 5 (cinco) anos da aquisição da participação, alienou-a ainda que legislação posterior ao decurso do prazo de 5 (cinco) anos tenha transformado a hipótese de não incidência em hipótese de incidência, não torna aquela alienação tributável, prevalecendo, sob o manto constitucional do direito adquirido o regime tributário completado na vigência da legislação anterior que afastava qualquer hipótese de tributação.” (Acórdão 401-02.973, 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Relator Designado Conselheiro Victor Luis de Salles Freire, julgado em 09/05/2000).

¹⁵¹ Nesse sentido, discorda-se da posição expressada pela Segunda Seção de Julgamento do CARF de que “não se pode aceitar que o preço em espécie da alienação seja integralizado em uma empresa constituída pelo comprador, adrede preparada, afastando o imposto devido. Inegavelmente, tratase de manobra abusiva, que não pode ser aceita no âmbito do direito tributário, pois houve o pagamento do preço em espécie, havendo a disponibilidade da renda, esta uma condição imperativa para a tributação no âmbito da pessoa física, que opera sob regime de caixa” (vide recurso n. 156.029, com prolação do Acórdão n. 10616.964, sessão de 26 de junho de 2008. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO. Acórdão n. 2102001.909 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária. Sessão 16 de abril de 2012. Rel. GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS).

pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista, a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado. E, neste caso, em relação ao sócio retirante ou excluído, os bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serão registrados pelo valor contábil da participação ou pelo valor de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica que esteja devolvendo capital – devendo tais bens ou direitos recebidos em devolução de sua participação no capital serem informados, na declaração de bens correspondente à declaração de rendimentos do respectivo ano-base, pelo valor contábil ou de mercado, conforme avaliado pela pessoa jurídica. Sendo, por força do §4º do referido artigo, a diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens, no caso de pessoa física, ou o valor contábil, no caso de pessoa jurídica, não será computada, pelo titular, sócio ou acionista, na base de cálculo do imposto de renda ou da contribuição social sobre o lucro líquido.

Razão pela qual, a devolução proporcional do patrimônio líquido da sociedade referente às quotas integralizadas pelo sócio retirante ou excluído, desde que por valor de mercado, não configura efetivo ganho de capital por parte do sócio retirante ou excluído do quadro social, mesmo que tal valor seja diverso do valor de face das quotas subscritas e integralizadas por estes. E, no caso de venda ou cessão onerosa das quotas sociais subscritas após a edição da Lei n. 7.713/1988, é necessário se verificar, para possível apuração de ganho de capital, se o valor da referida operação é superior ao valor patrimonial líquido efetivo (valor de mercado) que o sócio tinha direito. Se inferior ou igual, não há de se falar em possível ganho de capital por parte do sócio retirante ou excluído.

Não obstante as previsões infraconstitucionais supra mencionadas, compreende-se que é possível se sustentar que tanto o valor recebido pelo sócio dissidente e/ou excluído equivalente às suas quotas sociais integralizadas quanto o valor recebido pelo sócio quando da transferência destas para terceiro, desde que equivalente ao valor proporcional do patrimônio líquido social a valor de mercado a que tinha direito, não estão contidos na materialidade da competência do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e são imunes ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Isto porque, conforme mencionado alhures, os bens e direitos utilizados pelos sócios para integralizarem as quotas sociais passam a ser representados, na esfera patrimonial destes, pelas quotas sociais e, também, porque estas passam a representar parcela proporcional do capital social da sociedade e, por consequência, do patrimônio social da sociedade. Assim, não há de se falar em renda ou em proventos de qualquer natureza quando o sócio dissidente e/ou excluído recebe o valor equivalente a valor de mercado do patrimônio social a que tinha direito em razão de suas quotas sociais integralizadas, posto que não se verifica a existência de qualquer acréscimo patrimonial decorrente do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e, por consequência, qualquer ganho efetivo de capital sobre o valor de seu patrimônio. Pelo contrário. O sócio retirante e/ou excluído apenas recebe de volta parcela de seu patrimônio

afetado para a *affectio societatis*.

Ademais, se valores monetários que não traduzam acréscimos patrimoniais não configuram renda ou proventos de qualquer natureza porque não implicam incrementos patrimoniais¹⁵² (caso, por exemplo, da indenização, visto que esta não constitui renda por expressar mera reposição patrimonial, na medida em que deixa de existir o bem/direito lesado e passa a existir a disponibilidade financeira), a transferência das quotas de sociedade limitada por igual quinhão financeiro representativo de seus haveres sociais não pode representar renda ou proventos de qualquer natureza. Tem-se, nesta hipótese, mera rearrumação patrimonial, com substituição de elementos, sem alteração para maior; onde havia determinado ativo, passa a haver, em substituição, caixa ou recebíveis, da mesma intensidade ou poder de compra, de mesma capacidade contributiva. A mera permuta de patrimônio de igual valor não é elemento suficiente para caracterizar qualquer renda ou provento de qualquer natureza.

Nesse sentido, é vasta, inclusive, a jurisprudência administrativa no sentido de que:

IRPF. DEVOLUÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL SOCIAL. DINHEIRO. COINCIDÊNCIA ENTRE VALOR CONTÁBIL E VAOR DE MERCADO. GANHO DE CAPITAL. LANÇAMENTO INSUBSISTENTE. Nos termos do art. 22, §§ 1º e 4º, da Lei n. 9.249/95, quando a devolução de capital social se dá pelo valor de mercado dos bens e direitos entregues a sócio ou a acionista, a pessoa jurídica é que deve, se for o caso, tributar a diferença entre o valor de mercado e o valor contábil dos bens e direitos devolvidos. Na pessoa física, a diferença entre o valor de mercado e o valor constante da declaração de bens não representa ganho de capital tributável. Regra aplicável ao caso dos autos, de devolução de participação societária em dinheiro, pois há coincidência entre o valor contábil e o valor de mercado do bem/direito devolvido. Inteligência dos princípios da razoabilidade, da legalidade e da especificidade. Recurso provido (Acórdão 106-15131, de 7.12.2005, Rel. Gonçalves Bonet Allage).

Inclusive, compreendendo que “evento permutativo não altera o patrimônio líquido do contribuinte, inexistindo, portanto, acréscimo patrimonial, fato imponible do imposto de renda” (REsp n. 668.378, Rel. Min. Luiz Fux)¹⁵³.

¹⁵² Nesse sentido, ver: CARRAZZA, Roque Antônio. Impostos sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos, p. 57.

¹⁵³ Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Segunda Seção de Julgamento. Acórdão **2102001.909 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física IRPF

Exercício: 2003

Ementa: PERMUTA DE BENS E DIREITOS. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. PERMUTA DE COTAS E AÇÕES ENTRE EMPRESAS. EMPRESA LIMITADA ADREDE PREPARADA, COM INTEGRALIZAÇÃO EM ESPÉCIE DO PREÇO DA ALIENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DO TRATAMENTO COMO UMA PERMUTA ORDINÁRIA QUE NÃO GERA GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. A permuta ou troca é o contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Tudo que pode ser objeto de uma compra e venda pode ser trocado, não sendo necessário que os bens permutados sejam de igual espécie ou valor, sendo lícito, portanto, permutar um imóvel por uma coisa móvel, ou ainda um bem imóvel ou móvel por um direito. A interpretação tributária que restringe à permuta a troca de bens imóveis não tem base na doutrina ou na própria legislação regente do ganho de capital. Dessa forma, ao contrato de permuta, de forma geral, deve ser dado o mesmo tratamento atribuído ao de permuta de unidades imobiliárias, quando somente se pode falar em ganho de capital se houver torna em dinheiro. Inexistindo torna, não haverá ganho de capital, exceto se o permutante ativar em sua declaração de bens e direitos o bem recebido por um valor maior do que o dado na permuta. Indo mais além, sempre que houver envolvimento de dinheiro em espécie na operação, forçoso reconhecer a eventual existência do ganho de capital. É o que ocorre com a alienação de ações de determinada companhia, detida por pessoa física, com utilização de veículo societário (empresa limitada) adrede preparado, no qual se

Não obstante, compreende-se que a devolução de bens/direitos referentes às quotas sociais integralizadas são imunes porque – por força da interpretação sistemática do §2º do art. 5º, do caput do art. 150 e do inciso I, do §2º do art. 156, todos da Constituição Federal de 1988 –, sendo a transferência de bens e/ou direitos para integralizar quotas sociais e, também, a devolução destes pela sociedade para os sócios (por força, por exemplo, de sua extinção) imunes ao ITBI, a devolução de valor proporcional do patrimônio líquido a valor de mercado para os sócios indica a não existência de qualquer nova disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza para o sócio retirante ou excluído (posto que existem uma constante simetria entre o capital social integralizado e sua parcela proporcional do patrimônio social). Justifica-se tal posição porque seria no mínimo antissistemático e incoerente pensar que o legislador constituinte quiz excluir da tributação apenas e tão somente transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital e a transmissão destas para seus sócios quando se verifique fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica. Tributando, por outro lado, por meio de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, a devolução de parcela do patrimônio social líquido a valor de mercado antes representado pelas quotas sociais integralizadas.

Ademais, a desconsideração da diferença entre o valor das quotas sociais integralizadas e o valor dos bens e direitos devolvidos ao sócio dissidente ou excluído para fins de apuração de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, implica reconhecer que “trazer certo crédito ou passivo a valor presente ou adotar o valor de mercado, registra-se um ganho potencial e flutuante, adequado para retratar uma condição financeira geral e momentânea, mas não um efetivo aumento patrimonial/renda¹⁵⁴”.

E, conforme mencionado alhures, o sócio retirante ou excluído da sociedade poderá receber, salvo determinação em contrário do contrato social, parcela proporcional do lucro apurado no balanço especial para sua retirada do quadro social. Neste caso, conforme previsão do art. 10 da Lei n. 9.249/1995, a parcela de lucros, pagos ou creditados pela sociedade, não é sujeita à incidência do imposto de renda na fonte e nem integra a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário (sócio retirante ou excluído).

Por fim, caso o sócio retirante ou excluído venha a receber¹⁵⁵ valores referentes à

integralizou como capital da limitada o preço da alienação, daí ocorrendo a permuta das ações por quotas. Claramente, não se pode permitir que uma empresa limitada criada pouco antes da operação de permuta, que funcionou apenas como repositório do preço, possa permitir a postergação do pagamento do imposto sobre o ganho de capital, porque aqui inegavelmente houve a disponibilidade financeira do recurso em prol do alienante pessoa física, devendo este pagar o imposto devido.

¹⁵⁴ DONIAK JR., Jimir. Considerações sobre alguns possíveis reflexos fiscais advindos da Lei n. 11.638/07, p. 211.

¹⁵⁵ Nesse sentido é importante ressaltar que tanto o contrato social ou o acordo entre as partes pode fixar diretamente o valor da indenização do dano patrimonial (Nesse sentido, ver: MACHADO, Hugo de Brito. Regime tributário das indenizações, p. 101).

indenização¹⁵⁶ ¹⁵⁷ pelo custo de oportunidade, compreende-se que sobre tal parcela não incide imposto de renda por força de tais valores não corresponderem efetivamente ao conceito de “renda” ou de “rendimentos”, visto que se revestem da qualidade de mera indenização pela renúncia ao direito patrimonial derivado da condição de sócio – ressalte-se que a indenização pelo custo de oportunidade não pode ser equiparada a lucros cessantes¹⁵⁸ ¹⁵⁹, visto que não há de se falar em compensação a possível ganho que deixou de ser auferido¹⁶⁰ e, sobretudo, porque o custo de oportunidade implica tão somente em compensar benefícios que as outras opções poderiam proporcionar porque representa parcela de patrimônio “abandonado”, “sacrificado” ou de que se abre mão em razão de uma escolha (no caso, a escolha do sócio retirante ou dos demais sócios em excluir um dos sócios do quadro social)¹⁶¹. Os valores indenizatórios de “custo de oportunidade” não visam, portanto, compensar, atenuar ou ressarcir o sócio retirante ou excluído pela impossibilidade deste obter ganhos aos quais faria jus não fosse a sua retirada ou exclusão do quadro social; pelo contrário, procuram recompor parcela de dano emergente que o sócio retirante ou excluído tem pela renúncia à qualidade de sócio. Assim, sendo os referidos valores de “custo de oportunidade” mera recomposição de componentes do patrimônio¹⁶², tais valores não acrescem o patrimônio do sócio retirante ou excluído e não devem sobre elas incidir o imposto de renda¹⁶³. Neste sentido, compreende-se que tal indenização “não têm qualquer vocação para

¹⁵⁶ Neste sentido, compreende-se que qualquer indenização é destinada a reparar ou recompensar uma lesão causada a um bem jurídico, de natureza material ou imaterial. Mesmo nos casos em que não houver a configuração de um ilícito, é passível de se falar em indenização se o ato provocar lesão a um bem jurídico. E, inclusive nesses casos, a indenização visa compensar a perda de um bem. Nesse sentido, o Min. Teori Albino Zavascki, quando do julgamento do Resp n. 795.494, ressalta que “aquilo que geralmente se entende por indenização é a prestação em dinheiro, substitutiva da prestação específica, destinada a reparar ou recompensar o dano causado a um bem jurídico, quando não é possível ou não é adequada a restauração in natura”.

¹⁵⁷ Machado Segundo e Ramos afirmam que “por indenização, a rigor, se há de entender a prestação a que fica obrigado o responsável pelo dano, a qual tem por finalidade recompor o patrimônio do ofendido no estado anterior ao ato ou omissão causadora do dano. O próprio vocábulo *indenizar*, etimologicamente, significa tornar indene, isto é, inteiro” (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e RAMOS,

¹⁵⁸ Segundo Lemke “quanto à indenização por dano material, há que se distinguir o dano emergente do lucro cessante (...) somente a indenização por dano emergente recompõe o patrimônio. Aquela por lucro cessante representa o pagamento daquilo que presumivelmente teria sido ganho pela vítima, se o dano não houvesse ocorrido. Essa parcela da indenização não recompõe o patrimônio, uma vez que tal valor não existia ainda no patrimônio do indenizado no momento do dano. Em outras palavras, se o dano não houvesse ocorrido, esse ganho provavelmente teria sido acrescido ao patrimônio da vítima” (LEMKE, Gisele. Regime tributário das indenizações, p. 85).

¹⁵⁹ Machado ressalta que “lucro cessante é a privação de um aumento patrimonial esperado em razão do patrimônio ou da atividade de quem dele é vítima”. Sendo que basta para caracterizá-lo que “se tenha a possibilidade efetiva, em virtude do desempenho de uma atividade econômica, de obter incrementos patrimoniais, e estes deixem de ocorrer em virtude da ação de outrem” (MACHADO, Hugo de Brito. Regime tributário das indenizações, p. 95).

¹⁶⁰ Machado ressalta que “a indenização para o lucro cessante é indenização do patrimônio econômico potencial. O dano, no caso, não afeta o patrimônio atual, mas a sua perspectiva de crescimento, atinge o lucro que, em face das circunstâncias, se podia ter como certo. Faz cessar o lucro que vinha sendo obtido, ou cuja obtenção era prevista com razoável grau de certeza” (MACHADO, Hugo de Brito. Regime tributário das indenizações, p. 102).

¹⁶¹ Ressalte-se que não se equipara a noção de “custo de oportunidade” com a hipótese de “juros sobre capital próprio”, por mais que economicamente ambas realidades se aproximem.

¹⁶² Marins ressalta que “boa parte das vezes a lesão material (emergente ou cessante) e a moral coexistem, mostrando-se então de relevo a precisa identificação das parcelas concernentes à ‘recomposição’, ‘indenização’ ou à ‘compensação’, para que se possa distinguir aonde houve mera reposição de patrimônio físico (que não agrega matéria) e aonde houve verdadeiro acréscimo patrimonial” (MARINS, James. Regime tributário das indenizações, p. 135).

¹⁶³ Neste sentido, Oliveira defende que “as indenizações em geral vão se manter excluídas do campo de tributação enquanto for considerado o conceito de ‘receita’, visto que “se aplicarmos os conceitos explicitados nas seções II.4 e II.5, veremos ser impossível que as indenizações, quaisquer que sejam, preencham todos os elementos característicos positivos do conceito de ‘receita’ e não incorram em qualquer dos negativos”. E, por consequência, sustenta, também, “que as indenizações não cor-

produzir acréscimo patrimonial, mas, mesmo quando acarretem uma entrada de novos direitos no patrimônio, sem correspondência com a saída (pelo ato que motiva a indenização) de um outro bem de igual valor, não têm as características pelas quais poderiam ser enquadradas como receitas¹⁶⁴. E, também, não se configuram como rendimentos porque não representam ganho comparado a uma determinada posição precedente, visto que o direito à participação proporcional do patrimônio líquido da empresa e o direito a participar das atividades da sociedade apresentam efetivamente um valor material no conjunto patrimonial do sócio e, também, porque tal valor não é derivado da adição de um direito antes inexistente no patrimônio do sócio retirante ou excluído, mas, sim, substituto, mesmo que de forma indireta, do direito patrimonial representado por suas quotas sociais.

Compreende-se, assim, que tanto os valores de patrimônio líquido proporcional às quotas sociais quanto os valores de “custo de oportunidade” não representam signos presuntivos de capacidade contributiva ensejadores da tributação do imposto sobre a renda e proventos que qualquer natureza, visto que não configuram efetivo acréscimo de patrimônio. Tais valores identificam por si só a integralidade do conjunto patrimonial material das quotas sociais, posto que estas representam tanto parcela líquida do patrimônio da sociedade quanto o “custo de oportunidade” do patrimônio investido para o desenvolvimento das atividades da sociedade. Tais valores não constituem, portanto, acréscimos patrimoniais ao conjunto de direitos e obrigações de um sujeito. Pelo contrário. Evidenciam, sim, a esfera patrimonial material das quotas sociais.

Discorda-se, portanto, da posição contrária na doutrina que afirma ser possível tributar tais valores como rendimento em razão da compreensão de que tais valores somente existem porque representam um acréscimo à posição e ao bem que, se não houvesse o fato causador da indenização, teriam produzido o lucro e sido os elementos anteriores de comparação, mesmo reconhecendo a referência tênue a uma determinada posição patrimonial e a sua referibilidade a um bem do patrimônio. Isto porque, conforme mencionado alhures, compreende-se que tais valores são mera representação de parcela do patrimônio material identificado pelas quotas sociais, não se falando em acréscimo econômico da representação destas, mas, pelo contrário, em mera extensão destas. Pouco importante, inclusive, que tal indenização tenha sido fixada no contrato social ou resulte de acordo de vontades, ou de arbitramento.

Importante pontuar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento de que o pagamento de indenização pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, sendo que “quando se indeniza dano causado ao patrimônio material, o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida. Nesses casos, evidentemente, a indenização não tipifica fato gerador de imposto de renda, já que não acarreta aumento no patrimônio” (Resp 795.494). E,

respondem à definição genérica de receita, ora repetida: receita é qualquer ingresso ou entrada de direito que se incorpore positivamente ao patrimônio, e que represente remuneração ou contraprestação de atos, atividades ou operações da pessoa titular do mesmo, ou remuneração ou contraprestação do emprego de recursos materiais, imateriais ou humanos existentes no seu patrimônio ou por ele custeados” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 208).

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 208-209.

sendo confirmada a reparação a dano patrimonial, aplica-se a sistemática do §5º do art. 70 da Lei n. 9.430/1996 – ou seja, a não retenção na fonte do imposto de renda sobre tal parcela.

Em especial ao sócio excluído, fortalece tal posição a compreensão de que tais valores não são decorrentes nem de exploração econômica de fonte produtora pelo contribuinte, que é pressuposto do conceito clássico de rendimento tributável, nem de ato pelo qual o contribuinte por livre vontade teria ingressado em qualquer uma das situações fáticas previstas no art. 3º da Lei n. 7.713/1988, pressupostos para incidência do imposto de renda¹⁶⁵. Sobretudo porque a indenização do sócio excluído é a representação monetária de um efetivo direito patrimonial que o sócio excluído deixa de ter direito.

Entretanto, se a parcela referente ao “custo de oportunidade” for compreendida como mero lucro cessante, visto que consistiria em proporcionar ao sócio retirante ou excluído o benefício que teria direito, aquele deve ser tributado pelo imposto de renda da mesma forma que seria caso a retirada ou exclusão não sobreviesse. Razão pela qual ou seria tributado a título de representação ao acréscimo patrimonial líquido futuro ou como parcela de lucro que teria direito se continuasse na condição de sócio. Sendo, portanto, não alcançada tal parcela pela materialidade do imposto de renda (primeira hipótese) ou isenta de tributação (segunda hipótese) – neste caso, cabe mencionar a posição de Lemke que defende que não tendo o §5º do art. 70 da Lei n. 9.430/1996 distinguido entre as espécies de indenização por danos patrimoniais, é possível se afirmar que a referida legislação isentou de tributação tanto a indenização por dano emergente, como aquela por lucro cessante¹⁶⁶.

Porém, se os valores repassados ao sócio retirante ou excluído a título de “custo de oportunidade” forem compreendidos como mera liberalidade da sociedade, não se configurando, por conseguinte, em indenização pela ruptura do vínculo social, tais valores integrarão a parcela de renda a ser tributada pelo imposto de renda do sócio retirante ou excluído¹⁶⁷, devendo, para tanto, serem considerados como efetivo ganho de capital, devendo a diferença entre o recebido pelo sócio retirante ou excluído e o efetivo valor proporcional do patrimônio líquido de que tinha direito ser aplicada a alíquota de 15% e ser realizada a tributação de forma definitiva – nos termos do caput do art. 70 da Lei n. 9.430/1996.

Ressalte-se, ainda, que o valor recebido a título de custo de oportunidade não deve ser considerado como renda paga ou creditada pela sociedade ao sócio retirante ou excluído – não lhe sendo aplicada, por consequência, a sistemática do art. 7º da Lei n. 7.713/1988; sendo possível, por interpretação analógica, por outro lado, aplicar a previsão do art. 46 da Lei n. 8.541/1992¹⁶⁸ para

¹⁶⁵ Nesse sentido, ver: TILBERY, Henry. O imposto de renda sobre valores recebidos por pessoas físicas a título de indenização, p. 344.

¹⁶⁶ LEMKE, Gisele. Regime tributário das indenizações, p. 87.

¹⁶⁷ Neste sentido, Oliveira ressalta que “quanto às indenizações de lucros cessantes, a mesma doutrina sustenta a sua tributabilidade, não apenas por aquela razão, mas também porque tais lucros seriam tributáveis se tivessem sido produzidos” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda, p. 203).

¹⁶⁸ Lei n. 8.541/1992

Art. 46. O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

que tais valores não sejam somados aos rendimentos pagos no mês ao sócio retirante ou excuído. Isto porque, mesmo sendo provido de pessoa jurídica, tal valor não se reveste da condição de produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, de alimentos ou pensões percebidos em dinheiro. Podendo, entretanto, ser configurado como mero provento, visto que podem configurar acréscimos patrimoniais que não se enquadram no conceito de renda – todavia, sendo considerado provento, segundo lições de Coelho, é necessário verificar se tal possibilidade se encontra prevista na legislação tributária como fato jurídico tributário indicativo de proventos, posto que “enquanto a renda é sempre tributável genericamente, os proventos, para sê-la, necessitam de preceito expresso (*numerus clausus*) em lei ordinária federal e só geram o dever de pagar quando realizados¹⁶⁹”.

Por fim, é importante reconhecer que, apesar da previsão constitucional do art. 170 da Constituição Federal quanto à liberdade de iniciativa econômica, na análise da retirada e/ou transferência de quotas de capital social tem prevalecido, para fins fiscais, a previsão do parágrafo único do art. 116 do CTN, conforme se atesta das decisões do CARF abaixo transcritas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2000

IRPF. GANHO DE CAPITAL. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS. OPERAÇÕES ESTRUTURADAS. SIMULAÇÃO

Constatada a desconformidade, consciente e pactuada entre as partes que realizaram determinado negócio jurídico, entre o negócio efetivamente praticado e os atos formais de declaração de vontade, resta caracterizada a simulação relativa, devendo-se considerar, para fins de verificação da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda, o negócio jurídico dissimulado.

OPERAÇÕES ESTRUTURADAS EM SEQUÊNCIA. LEGALIDADE

A realização de operações estruturadas em seqüência, embora individualmente ostentem legalidade do ponto de vista formal, não garante a legitimidade do conjunto de operações, quando fica comprovado que os atos praticados tinham objetivo diverso daquele que lhes é próprio.

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA DE DOLO

Nos casos em que for constatado o dolo, o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário referente ao Imposto de Renda Pessoa Física só decai após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

§ 1º Fica dispensada a soma dos rendimentos pagos no mês, para aplicação da alíquota correspondente, nos casos de:

I - juros e indenizações por lucros cessantes;

II - honorários advocatícios;

III - remuneração pela prestação de serviços de engenheiro, médico, contador, leiloeiro, perito, assistente técnico, avaliador, síndico, testamenteiro e liquidante.

§ 2º Quando se tratar de rendimento sujeito à aplicação da tabela progressiva, deverá ser utilizada a tabela vigente no mês de pagamento.

¹⁶⁹

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro, p. 452.

Ano-calendário: 2000

SIMULAÇÃO. MULTA QUALIFICADA

A prática da simulação com o propósito de dissimular, no todo ou em parte, a ocorrência do fato gerador do imposto caracteriza a hipótese de qualificação da multa de ofício, nos termos da legislação de regência.

Recurso voluntário negado.

(PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. SEXTA CÂMARA. Acórdão n. 106-17.149, Sessão 05.11.2008, Rel. Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga). (Destacamos)

Assunto: Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2000

2a TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE - MG.

Ementa: DESCONSIDERAÇÃO DE ATO JURÍDICO — Demonstrado que os atos negociais praticados ocorreram em sentido contrário ao contido na nonna jurídica, com o intuito de se eximir da incidência do tributo, cabível a desconsideração do suposto negócio jurídico realizado.

IRPJ — GANHO DE CAPITAL — Considera-se ganho de capital a diferença positiva entre o valor pelo qual o bem ou direito houver sido alienado ou baixado e o seu valor contábil, diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada.

MULTA ISOLADA — Os incisos I e II “caput” e os incisos I, II, III e IV, § 1º, do art. 44, da Lei n. 9.430/96, devem ser interpretados de forma sistemática, sob pena de a cláusula penal ultrapassar o valor da obrigação tributária principal, constituindo- se num autêntico confisco e num “bis in idem” punitivo, em detrimento do princípio da não propagação das multas e da não repetição da sanção tributária.

MULTA DE OFÍCIO — QUALIFICAÇÃO. Presente o evidente intuito de fraude é correta a qualificação da multa de ofício aplicada, no percentual de 150%.

MULTA DE OFÍCIO — AGRAVAMENTO — Não há como prosperar o agravamento da multa de ofício quando o contribuinte, embora deixe de apresentar os documentos solicitados, responde as intimações do Fisco justificando a sua não apresentação. Recurso Voluntário Provido em Parte. (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. PRIMEIRA CÂMARA. Acórdão n. 101.96-688, Sessão 17.04.2008, Rel. Valmir Sandri). (Destacamos)

Assunto: IRPJ e CSLL

Exercício. 1999

Matéria Acórdão nº Sessão de Recorrente Recorrida

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA - VERDADEIRA ALIENÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM GANHO DE CAPITAL — Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação

específica, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz.

SUJEIÇÃO PASSIVA. ERRO. INEXISTÊNCIA — Se verificada a gravidade, precisão e concordância nas conclusões da autoridade fiscal sobre a existência de atos dissimulados, todos devem ser desconsiderados para efeito de constituição do fato jurídico, elegendo-se por sujeito passivo o real contribuinte/responsável.

DECADÊNCIA. PENALIDADE QUALIFICADA -

Configurado o evidente intuito de fraude com o emprego de simulação, mediante procedimentos de efêmera reorganização societária, que ali-1m resultou tão somente em alienação de participação societária sem a apuração e pagamento dos tributos devidos sobre o ganho de capital, mantém-se a multa qualificada de 150%, com repercussão na contagem do prazo decadencial que se desborda a regra do art. 150, §4º, para regra do art. 173, do Código Tributário Nacional. Recurso Voluntário Negado. (PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES. OITAVA CÂMARA. Acórdão n. 108.09-507, Sessão de 05.12.2007, Rel. Cândido Rodrigo Neuber). (Destacamos).

11. BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Sistema constitucional tributário. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos). 2ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Fábio Junqueira de et MURGEL, Maria Inês. Análise do regime tributário das indenizações, in Regime tributário das indenizações – coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética e Fortaleza: ICET, 2000, p. 66-76.

_____. A nova lei das S/As e seus possíveis reflexos na tributação pelo imposto sobre a renda, in Direito tributário, societário e a reforma da lei das S/A: inovações da Lei 11.638 – coord. Sergio André Rocha. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 103-121.

CHIESA, Clélio. Imunidades e normas gerais de direito tributário, in Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho – coord. Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 921-981.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DONIAK JR., Jimir. Considerações sobre alguns possíveis reflexos fiscais advindos da Lei n. 11.638/07, in Direito tributário, societário e a reforma da lei das S/A: inovações da Lei 11.638 – coord. Sergio André Rocha. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 187-212.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1997.

LEÃES, Luiz Gustavo Paes de Barros. Resolução de acordo de acionistas por quebra de *affectio societatis*, in Temas de direito societário e empresarial contemporâneos – coord. Marcelo Vieira von Adamek. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 443-452.

LEMKE, Gisele. Regime tributário das indenizações, in Regime tributário das indenizações – coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética e Fortaleza: ICET, 2000, p. 77-91.

MACHADO, Hugo de Brito. Regime tributário das indenizações, in Regime tributário das indenizações – coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética e Fortaleza: ICET, 2000, p. 92-112.

MARINS, James. Regime tributário das indenizações, in Regime tributário das indenizações – coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética e Fortaleza: ICET, 2000, p. 131-144.

MARQUES, Evy Cynthia. Fundamentos jurídicos do direito de retirada, in Temas de direito societário e empresarial contemporâneos – coord. Marcelo Vieira von Adamek. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 115-132.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, in O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza – coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 1986, p. 261-292.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. Revista de direito constitucional e internacional. São Paulo: RT, ano 08, n. 31, abr.-jun., p. 90-108, 2000.

MUNIZ, Ian. Fusões e aquisições: aspectos fiscais e societários. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Fundamentos do imposto de renda. São Paulo: Quartier Latin.

REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito: situação atual. 5ª ed. rev. e reestruturada. São Paulo: Saraiva, 2001.


REGULAMENTO DO IMPOSTO DE RENDA: Anotado e comentado – coord. Marcelo Magalhães Peixoto. 6ª ed. São Paulo: MP Editora, 2011.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, vol. 1, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.


SOUZA, Antonio Carlos Garcia de, CANTO, Gilberto de Ulhôa e MUNIZ, Ian de Porto Alegre. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, in O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza – coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 1986, p. 01-44.

TZIRULNIK, Luiz. Empresas e empresários no novo Código Civil. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada de acordo com a Lei 11.101/2005. São Paulo: RT, 2005.

WALD, Arnold. Direito civil, vol. 8: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012.



**OS DESAFIOS DO ADVOGADO
CORPORATIVO PERANTE O
ESTADO**



12

PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO – INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA PRIVADA?

Simone Michielin¹

RESUMO

As telecomunicações têm papel determinante no desenvolvimento de uma sociedade. O grande interesse, público e privado, e a velocidade com que as tecnologias avançam, fazem com que o conjunto regulatório deva ser constantemente revisto. Nesse sentido, a Anatel submeteu à consulta pública o Plano Geral de Metas de Competição – PGMC. O objetivo do estudo é analisar a proposta da Agência Reguladora sob o ponto de vista do conflito gerado entre os interesses coletivos e individuais. Traçando um histórico do sistema nacional de telecomunicações até os dias atuais, foi possível contextualizar a proposta da Anatel e, por uma análise crítica dos pontos mais questionáveis, concluir que a intervenção estatal na esfera privada não está adequada aos limites legais e pode ser considerada limitação à liberdade econômica.

Palavras-chave: telecomunicações – Anatel – PGMC – intervenção estatal – liberdade econômica

¹ Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul. Graduada pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Advogada sócia do escritório Cabanellos Schuh Advogados Associados, militante no setor de telecomunicações em Florianópolis.

1. INTRODUÇÃO

O avanço rápido e constante das telecomunicações exerce influência direta no modo de vida das sociedades, assumindo importância vital no seu desenvolvimento. Em um mundo globalizado, é a posse da informação que determina o poder de um grupo e promove o crescimento de uma região.

O papel das telecomunicações é muito maior que prestar um serviço básico e essencial, são meios eficazes de promover o aperfeiçoamento e evolução da sociedade, e isso será cada vez mais verdade.

Explorar, da melhor forma, o potencial da revolução digital em benefício do desenvolvimento sustentável é um grande desafio para engenheiros, técnicos, comunicadores; fazer com que as normas, que regulamentam a aplicação dessa revolução, acompanhem a constante evolução da tecnologia, é um grande desafio para o meio jurídico.

2. BREVE HISTÓRICO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

De uma forma bastante resumida, pode-se descrever a história das telecomunicações no nosso país em três principais fases: inicialmente, o monopólio das empresas estrangeiras na prestação dos serviços, como a *Western and Brazilian Telegraph Co.* e a *Telephone Company of Brazil*; a segunda, no início dos anos 70, em que o monopólio passa às mãos do Estado, com a criação do Sistema Telebrás (empresa holding constituída de vinte e sete operadoras estaduais e uma operadora de longa distância, que era responsável por mais de 95% dos serviços públicos de telecomunicações do país) e da Embratel (que até a privatização, era o 'braço' da Telebrás para as ligações de longa distância); e, a terceira, a partir de 1995 com a homologação, pelo Congresso Nacional da Emenda Constitucional nº 8, que alterava o art. 21, inciso XI, dando início à privatização do sistema brasileiro de telecomunicações.

Com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9472/97) revogou-se parcialmente o Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962, redefinindo a prestação dos serviços, apresentando um novo modelo de mercado, criando a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, e avançando até o sistema que conhecemos hoje.

Segundo dados atuais da União Internacional das Telecomunicações – UIT, o Brasil é o 2º mais dinâmico no setor, o que mais progrediu no último ano e o quarto que mais recebe receita no mercado dos serviços de telecomunicação (apontados pela UIT no relatório *Measuring the Information Society*, edição 2011).

3. CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Pela definição da Lei 9472/97 (art. 60, §1º da LGT), *Telecomunicação* é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Por esse conceito é possível classificar as telecomunicações, portanto, pelo seu conteúdo ou pelo meio pelo qual se processam, basicamente.

Mas, além do expressamente contido no conceito originário trazido pela legislação, os serviços de telecomunicações podem ser classificados quanto à sua *abrangência*, se relativas a interesses *coletivos* (que devam ser prestados de forma proporcional e não discriminatória, a qualquer interessado) ou *restritos* (destinados a determinados grupos e que pode ser livremente explorado). Um exemplo claro dessa classificação são os serviços de TV aberta e por assinatura.

Ainda, os serviços de telecomunicações podem ser classificados pelo *regime jurídico* de prestação, sendo *públicos* (quando o Estado assegura a existência, continuidade e determina as regras de universalização) e *privados* (quando podem ser explorados pelo setor privado, sujeitam-se ao regime de direito privado e não estão submetidos às regras de continuidade e universalização). Para exemplificar, o STFC – Sistema de Telefonia Fixa Comutada, sujeito ao direito administrativo, e o SMP – Serviço Móvel Pessoal, em regime de liberdade.

Nos dizeres de J. C. Mariense Escobar², “essa diferença de regime jurídico de prestação leva-nos a uma primeira constatação importante: as prestadoras de serviços privados não estão obrigadas a atender localidades que não lhes proporcionem o retorno econômico-financeiro desejado, não se lhes podendo exigir padrões de qualidade senão nas áreas que livremente tenham escolhido para prestar os serviços”.

Com isso, considerando que pela legislação vigente somente o Sistema Telefônico Fixo Comutado é prestado em regime público, a ideia de que todos os demais serviços se caracterizam como de livre exploração pelo setor privado induziria ao pensamento de que, conseqüentemente, estes últimos estariam insubordinados a alguns preceitos aplicáveis aos serviços de interesse coletivo, como da universalização.

Contudo, a Anatel está em vias de votar o Plano Geral de Metas de Competição, com a finalidade de disciplinar a concorrência entre os prestadores de serviços em mercados competitivos e não competitivos, o que, a princípio, contrariaria esse conceito, conforme se verá adiante.

² ESCOBAR, J. C. Mariense. **Serviços de Telecomunicações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.17.

4. Anatel

Com a Emenda Constitucional n. 8/95, o sistema brasileiro de telecomunicações foi flexibilizado, para introduzir um modelo competitivo de prestação desses serviços, eliminando a exclusividade da concessão a empresas sob controle acionário estatal.

Criada pela Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9472 de 16 de julho de 1997, a Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, como autarquia especial. O conceito legal de autarquia é definido pelo art. 5º, inciso I do Decreto-Lei n. 200/67 como “o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

A Anatel, assim, é administrativa e financeiramente autônoma, sem subordinação hierárquica a outros órgãos governamentais, meramente vinculada ao Ministério das Comunicações, entidade estatal a que pertence. Tem a função de regular as telecomunicações no Brasil (atuando com imparcialidade, legalidade, independência, impessoalidade e publicidade), promovendo o desenvolvimento do sistema de forma a atender o interesse público, ou seja, garantindo uma infra-estrutura eficiente, capaz de oferecer à sociedade serviços adequados.

4.1. REGIME JURÍDICO ESPECIAL DA ANATEL

As autarquias sob regime especial, como também é o caso do Banco Central, a título de exemplo, possuem maior independência com relação às demais autarquias, principalmente no que se refere a alguns pontos, conforme classifica Regina Bernardes Rocha³:

- i) estabilidade de seus dirigentes: como exceção à regra do art. 37, inciso II, da CF, está garantida a estabilidade pelo mandado determinado e afastada a exoneração *ad nutum*, o que equivale dizer que “seu dirigente só perderá seu mandato mediante destituição motivada, circunscrita a situações estabelecidas em lei e desde que cumpridos os requisitos procedimentais necessários”, como a prática de ato de improbidade administrativa;
- ii) maior discricionariedade: normatizam, fiscalizam, dirimem conflitos entre concessionárias e usuários e punem (respeitados, naturalmente, os limites constitucionais e infraconstitucionais e os princípios da Administração Pública);
- iii) maior independência financeira: as autarquias especiais “além das dotações orçamentárias gerais (...), possuem fontes próprias de renda, como a arrecadação de taxas de fiscalização sobre os serviços ou atividades financeiras, recursos

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). **Direito Regulatório – Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p.226/228.

provenientes de acordos, convênios ou contratos, doações, etc.”;

iv) decisões não submetidas à outros órgãos ou entidades da Administração Pública: seus atos estão sujeitos a revisão/alteração pelo Poder Judiciário, porém não pelo Poder Executivo, já que, como citado anteriormente, não é hierarquicamente subordinada a qualquer órgão ou entidade.

Por certo que o controle competente ao Legislativo, por força Constitucional (art, 49, inc. X, da CF), é igual para as autarquias especiais, que estão submetidas à fiscalização, controle financeiro, orçamentário e contábil exercidos pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas.

4.2. Competência normativa – autonomia funcional

A função reguladora só tem validade constitucional para a ANATEL e a ANP (Agência Nacional do Petróleo), as únicas agências previstas na Constituição Federal, como concluiu Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, que tem nos limites da função reguladora das agências o aspecto mais controvertido.

Ao analisar as competências das agências reguladoras, Marçal Justen Filho⁵ enfatiza que “a autonomia das agências no desenvolvimento de suas funções envolve uma análise acerca de suas competências para a aplicação do Direito”, sendo “necessário determinar a natureza desses poderes reconhecidos às agências, inclusive para estabelecer limites à sua atuação”. Para o jurista, a atuação normativa que pode ser atribuída às agências é tão somente de complementar as normas legislativas, portanto, subordinada e dependente de lei, pelo princípio da legalidade. Resta pacífico, assim, que a função regulatória exercida pela ANATEL deve estar circunscrita aos limites previstos pela LGT, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal.

4.3. Competências específicas da Anatel

Entre as competências previstas pela lei que a criou (Lei 9472/97), a Anatel deve adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, implementar a política nacional de telecomunicações; representar o Brasil nos organismos internacionais de telecomunicações; expedir normas quanto à prestação dos serviços; outorgar e extinguir direito de exploração do serviço; no regime público e privado; celebrar e gerenciar contratos de concessão e autorização; fiscalizar, realizar intervenções e aplicar sanções a prestação dos serviços; controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1998**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 158.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo. Dialética, 2002, p. 482/483.

prestados no regime público; administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas; expedir normas e padrões quanto aos equipamentos utilizados pelas prestadoras; expedir ou reconhecer a certificação de produtos; expedir normas e padrões de compatibilidade, operação integrada e interconexão entre as redes; propor a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à implantação ou manutenção de serviço no regime público; promover interação com administrações de telecomunicações dos países do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, entre outras.

No artigo 19 da LGT também está previsto, como competência que interessa diretamente ao tema aqui tratado, elaborar e propor a adoção das medidas para instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; para aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; para aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público (submetendo as três providências previamente a consulta pública) e para autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

5. PLANO GERAL DE ATUALIZAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL – PGR

Como já referido, cabe à Agência Nacional de Telecomunicações adotar as medidas necessárias para o desenvolvimento do sistema nacional de telecomunicações, implementando as respectivas políticas públicas necessárias.

Em obediência a esse preceito, no exercício de sua competência específica prevista pelo art. 19, inc. III da LGT, em 12 de novembro de 2008, a Resolução 516 da ANATEL foi aprovado o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (PGR), com o fim de aperfeiçoar o Plano Geral de Outorgas – PGO (Decreto 2534/98, revogado pelo Decreto 6654/08)

A Resolução 516 refere que “as telecomunicações são mais causa do que consequência do desenvolvimento de um país. A compreensão do papel das telecomunicações como instrumento de aceleração do desenvolvimento econômico e social, trazendo sustentabilidade e melhor qualidade de vida ao cidadão, deve orientar a elaboração dos regulamentos pela Anatel (...)”.

O PGR, segundo descrito em sua própria introdução, representa o planejamento estratégico da Agência Reguladora para os próximos anos, contendo diagnóstico do setor e respectivas análises, projeções de demanda para os serviços de telecomunicações decorrentes da implementação das ações propostas e cenários para o futuro.

Entre os objetivos descritos pelo PGR estão a aceleração do desenvolvimento econômico e social e da redução das desigualdades regionais, a ampliação da oferta e do uso de serviços

e das redes de telecomunicações em todo o território brasileiro, o incentivo aos modelos de negócios sustentáveis para o setor, o incentivo à competição e garantia da liberdade de escolha dos usuários, a geração de oportunidades de desenvolvimento industrial e tecnológico com criação de empregos no setor e a otimização e fortalecimento do papel regulador do Estado.

Para viabilizar o cumprimento de tais objetivos, o PGR previu como ação de curto prazo, em sua cláusula V.6., a elaboração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, que já foi submetido à consulta pública pela Anatel, está em vias de ser votado e gera inúmeras controvérsias, além de conflitos entre o interesse da coletividade e o interesse individual das prestadoras.

6. PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO – PGMC

A proposta da Agência Reguladora prevê critérios e diretrizes para a identificação e análise de Mercados Relevantes do setor de telecomunicações, para a identificação dos Grupos com Poder de Mercado Significativo em cada Mercado Relevante e para o acompanhamento da competição nos Mercados Relevantes; orientações para a adoção de Medidas Regulatórias Assimétricas; medidas gerais a serem cumpridas por Grupos que contenham Concessionárias do STFC atuando em setores de mais de uma Região de acordo com o Plano Geral de Outorgas – PGO; procedimentos para a composição de conflitos diretamente relacionados com o Plano Geral de Metas de Competição.

O PGMC traz algumas referências, cujos conceitos, pertencentes ao Direito Econômico, merecem ser esclarecidos para uma melhor compreensão de seus pontos. Assim:

Mercado Relevante: bastante utilizado pelo Direito de Concorrência, os doutrinadores José Del Chiaro e Luiz Fernando Schuartz⁶ descrevem como “o conceito de mercado relevante costuma ser desmembrado em três dimensões: de produto, espacial e temporal” sendo que a dimensão de produto “diz respeito às características do produto ou serviço comercializado, ao seu caráter único ou intercambiável, à sua homogeneidade, utilidade, etc”, a dimensão espacial é a “constituída por uma área geográfica determinada do país, na qual uma empresa pode aumentar os seus preços sem que (i) um grande número de consumidores busque fontes alternativas de oferta localizadas fora da referida área, ou (ii) ofertantes localizados fora da mesma possam, rapidamente, nela penetrar com produtos substitutos” e, a dimensão temporal, que incide sobre as outras duas, é o período de tempo considerado para a análise do mercado. Para fins do PGMC, a Anatel considerou para definição do Mercado Relevante as dimensões de produto e geográfica (art. 4º do Anexo à Consulta Pública nº 41, de 25 de Julho de 2011).

Poder de Mercado Significativo – PMS (market power) – o conceito trazido pela portaria conjunta da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e da Secretaria

⁶ DA ROSA, José Del Chiaro Ferreira; SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Mercado relevante e defesa da concorrência**. Revista de Direito Econômico. Brasília: out./dez. 1995, p. 67-68.

de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça⁷, (publicada no Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, p. 12/15) “quando a oferta de uma empresa, ou de um grupo de empresas, for suficientemente alta em relação à oferta total no mercado relevante, estas terão, unilateralmente ou coordenadamente, a capacidade de mudar suas condutas em relação às que prevaleceriam sob condições de concorrência irrestrita, dado que as empresas rivais não serão capazes de atender parte substantiva da demanda. Nesses casos, a empresa ou grupo terão parcela suficientemente alta do mercado relevante para exercer poder de mercado”.

Assimetria regulatória: é a possibilidade de haver dois grupos diversamente regulados (um em regime público e outro em regime privado, v.g) explorando a mesma atividade, fazendo surgir a necessidade de regulação assimétrica desse serviço para que não mais se tenha subordinação entre o prestador concessionário e o particular, mas uma relação de competição entre eles. Nas definições do próprio PGMC, medidas regulatórias assimétricas são medidas adotadas pelo Órgão Regulador que incidem de forma diferenciada sobre Grupo específico atuando em Mercado Relevante, com o objetivo de minimizar o risco de exercício de Poder de Mercado e de incentivar e promover a livre, ampla e justa competição;

6.1. Principais medidas propostas pelo PGMC

Segundo o art. 6º do PGMC, para definição dos Mercados Relevantes foram analisados: no varejo, os mercados de Voz Fixa, Banda Larga, Voz Móvel e TV por Assinatura e, no atacado, os mercados de Interconexão em Rede Fixa e Interconexão em Rede Móvel (ambos por Região), os mercados de Infraestrutura de Acesso em Rede Fixa, Infraestrutura de Transporte Local e Infraestrutura de Transporte de Longa Distância (por município) e o mercado de Infraestrutura de Acesso em Rede Móvel (por área de registro).

A proposta de audiência pública, pela Anatel⁸ prevê, basicamente, dois tipos de remédios regulatórios:

Remédios estruturantes (para todos os mercados):

Medidas de transparência: Criação das Bases de Dados de Atacado (BDA), com controle sequencial de filas e de condições de atendimento (preço, prazo etc.);

Resolução sumária de conflitos: criação de rito sumaríssimo de resolução de conflitos, somente para casos de pequenos (sem PMS) contra os grandes (com PMS);

Entidade Comparadora: entidade que compara todas as ofertas de varejo, dando maior transparência para o consumidor. Entidade Representante: congrega os Grupos sem PMS,

⁷ SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. **Portaria conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de Agosto de 2001.** Disponível em: <[http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrancia/portaria_conj_seae-sde_50.pdf/view?searchterm=portaria 50](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrancia/portaria_conj_seae-sde_50.pdf/view?searchterm=portaria%2050)>. Acessado em: 10 out. 2012.

⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ANATEL. **Anatel aprova consulta pública sobre o Plano Geral de Metas de Competição.** Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=23195>>. Acessado em: 11 out.2012

fortalecendo-os na Entidade Supervisora e os representado nas composições de conflitos. *Entidade Supervisora das Ofertas de Atacado*: centraliza o acesso às Bases de Dados dos Grupos com PMS, promove a resolução privada de conflitos, e avaliar previamente as Ofertas de Referência dos Grupos com PMS.

Pontuais (específicos para cada mercado)

Ofertas de Referência de Produtos de Atacado:

Os Grupos com PMS devem apresentar Ofertas de Referência dos produtos de atacado para homologação pela Superintendência responsável da Anatel.

6.2. Imposição de obrigações ao setor privado

Devidamente submetido à Consulta Pública, o PGMC recebeu 1078 contribuições. Entre diversas considerações, algumas evidenciam o conflito entre o interesse público e o privado, podendo caracterizar interferência regulatória sobre atividades inerentes à livre iniciativa, que é o principal ponto deste estudo.

Segundo o texto da proposta, o Plano visa à “competição ampla, livre e justa entre as empresas exploradoras de serviço de telecomunicações, com vistas a promover a diversidade dos serviços com qualidade e preços acessíveis à população”. Porém, do ponto de vista do Direito Privado, algumas determinações da proposta, com vistas a aumentar a competitividade, podem ser consideradas limitações à liberdade de exploração dos serviços, como a estipulação de metas ao setor privado, obrigatoriedade de investimentos e de reserva de capacidade, divulgação de ofertas em base geral de dados, por exemplo.

As atividades de planejamento do Poder Público são meramente indicativas ao poder privado, não podendo assumir caráter impositivo. Por certo que a intervenção do estado na economia pode dar-se somente em caráter excepcional e as imposições trazidas pelo PGMC, até então, parecem extrapolar as limitações legais, o que passaremos a analisar.

6.3. A intervenção Estatal pelo aspecto do Direito Econômico

De acordo com a doutrinadora Leonor Augusta Giovine Cordovil⁹ “examinando-se a evolução histórica do papel do Estado, percebe-se que a intervenção do Estado no domínio econômico constitui um fenômeno permanente, que sempre existiu, embora tenha se manifestado de diferentes formas ao longo dos tempos, de acordo com o sistema econômico, da economia de mercado quase pura ao modelo planejado”, sendo que “entende-se por intervenção do Estado no domínio econômico a sua intromissão na atividade econômica, caracterizada por uma ação ou uma omissão, dentro do contexto de uma política econômica e consoante o sistema econômico vigente”.

⁹ CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. **A intervenção Estatal nas Telecomunicações – A visão do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 61.

Na legislação, a intervenção do Estado na economia foi prevista pela Constituição Federal, em seus artigos 173 e 174, dispondo que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou à relevante interesse coletivo, devendo o Estado exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Existem diversos tipos de intervenção e o que interessa a esse estudo é a intervenção indireta, em que “o Estado não é um agente econômico, mas age como normatizador e regulador da atividade econômica”. O intervencionismo estatal pode ocorrer pela fiscalização, “quando o Estado atua verificando a observância, pelos agentes privados, da política econômica e das normas que a instrumentalizam”; pelo incentivo, que “manifesta-se na técnica promocional de estimular e induzir a cooperação do particular”; e, planejador, que “é aquele que elabora um processo de racionalização das opções, avaliando suas ações em virtude de suas metas” (Op.cit. p. 69/70).

Em qualquer dos seus formatos, não foge à regra do art. 174 da CF, de que é determinante ao setor público, porém ao setor privado é meramente *indicativo*.

6.4 Pontos de conflito no PGMC

Em Contribuição à Consulta Pública nº 41, o Sindicato Nacional de Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - SINDITELEBRASIL contratou pareceres de ordem técnica, econômica e jurídica, apresentados no intuito de analisar a proposta do PGMC, especialmente sua adequação e legitimidade. Foram acostados estudos técnico e econômico elaborados pela *PricewaterhouseCoopers* e Tendências Consultoria Integrada, e estudos jurídicos de autoria do Ex-Ministro Sidney Sanches e dos professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, os quais são citados no decorrer desse artigo, através dos textos das Contribuições que os referem.

6.4.1. Criação de Base de Dados de Atacado

Entre as contribuições, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, do Ministério da Fazenda (órgão que, assim como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, do Ministério da Justiça, poderia ter desenvolvido a proposta em conjunto com a Anatel, alinhando-a desde o início aos preceitos já utilizados pelo Direito da Concorrência), se manifestou fortemente em parecer analítico ao PGMC (Contribuição ID: 57501)¹⁰, considerando, entre outros, a obrigatoriedade de criação de uma base de dados, com informações comercialmente relevantes como condição para a comercialização dos produtos considerados pelo PGMC.

O art. 14 do Plano prevê que o detentor de PMS em Mercado Relevante de Atacado deve

¹⁰ RAMOS, Marcelo de Matos. Contribuição à Consulta Pública nº 41 ID: 57501. Disponível em: <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1509&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>>. Acessado em: 11 out. 2012

desenvolver uma Base de Dados de Atacado (BDA) com acesso remoto e atualizada em tempo real, disponibilizada na página principal do sítio da Prestadora na internet. Para a SEAE, “a criação de banco de dados com acesso a informações comerciais estratégicas de todos os concorrentes desperta preocupações acerca da forma com que os dados serão acessados pelas operadoras. Informações desagregadas e atuais sabidamente carregam potencial de dano concorrencial, pois criam incentivos ao alinhamento estratégico entre concorrentes ou ao comportamento predatório entre agentes que conhecem, reciprocamente, as suas estruturas de custos”. Sugere ainda que “em se tratando de informações sensíveis, o formato concorrencialmente recomendável seria que a base de dados se mantivesse na Anatel, com acesso restrito e a criação de níveis de acesso de acordo com as demandas de utilização legítima dos demais agentes envolvidos. Seria possível a ampla divulgação apenas de forma agregada e histórica (diferida no tempo) dos dados das operadoras em geral”.

De fato, a BDA pode trazer desvantagens comerciais aos grupos que terão suas estratégias reveladas, além de facilitar o acesso aos custos operacionais, o que prejudica a concorrência.

6.4.2. Maior regulação aos grupos com PMS

O PGMC, ao definir uma empresa ou grupo como detentor de PMS, impõe-lhe obrigações que não são da alçada privada. O que se observa, é uma delegação de deveres, uma troca de papéis, como se o setor privado pudesse cumprir as metas de universalização no lugar do ente público, que detém essa responsabilidade. A Contribuição ID: 57188¹¹, refere que “no entendimento do Ilustríssimo Ex-Ministro do STF, o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, que a empresa privada oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre iniciativa. Nesse sentido, o Poder Público não pode obrigar as empresas privadas a assumir obrigações decorrentes de planejamento por ele idealizado”, referindo-se ao Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Sydney Sanches. Referida Contribuição ainda cita que “no que diz respeito às assimetrias regulatórias baseadas exclusivamente no poder econômico do competidor dominante, assevera o Ilustríssimo Ex-Ministro que o pesado ônus financeiro para os Grupos com Poder de Mercado Significativo, a pretexto de fomentar a competição, reveste-se de evidente desvio de poder regulamentar, uma forma inaceitável de dirigismo estatal, posto que as medidas recairiam sobre serviços e redes em pleno funcionamento, envolvendo e afetando investimentos já realizados.”

Para o interesse privado, as considerações do PGMC podem se mostrar contraditórias, pois empresas que hoje detém PMS, ao invés de estimuladas ou premiadas pela contribuição ao bom desenvolvimento do mercado de telecomunicações, sofrerão regulações assimétricas a fim

¹¹ EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES. Contribuição à Consulta Pública nº 41 ID: 57188. Disponível em: <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1509&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>>. Acessado em: 11 out. 2012

de atenderem as obrigações de transparência nas ofertas, apresentarem planos de referência em produtos como full unbundling¹², bit stream¹³ e acesso em banda larga, por exemplo.

6.4.3. Cessão de plataformas

O PGMC impõe a obrigação de reserva de 20% da capacidade de rede para cessão aos grupos sem PMS, o que poderá gerar o efeito negativo de desestimular os novos investimentos em redes próprias desses grupos e, ao mesmo tempo, inibir a expansão dos investimentos pelos grupos com PMS. O principal argumento contrário foi de que tal previsão somente deveria ser levada a termo em caso de capacidade ociosa, porém jamais como proibição de utilização de 100% de sua rede ao grupo com PMS, considerando que Poder de Mercado não significa uma característica reprovável, por si só.

Somente merece punição quando se caracteriza por práticas abusivas e a Agência Reguladora, pela proposta apresentada, acabaria por penalizar os grupos com PMS sem considerar que frequentemente, a detenção do PMS foi decorrente de simples eficiência econômica.

6.4.4. Entidades independentes

Sugestão importante da área técnica foi a exclusão da *entidade comparadora* e da *entidade representante dos usuários*, para manter apenas a *entidade supervisora*, subsistindo esta com alteração de suas atribuições. Ao invés de uma espécie câmara de arbitragem, a entidade supervisora seria uma intermediária entre as empresas para as negociações de compra e venda de capacidade, podendo cobrar uma taxa por negócio concluído. Contudo, questiona-se a legalidade desse ponto, já que a Anatel estaria atribuindo a terceiros uma competência indelegável sem que haja instrumento normativo adequado.

6.4.5. Controle de preços nos serviços sob o regime privado

A sujeição, a controle prévio, de preços praticados pelos serviços prestados em regime privado, desde sua divulgação na Base de Dados de Atacado prevista pelo PGMC, até a orientação dos preços aos custos de oferta dos produtos de atacado, para a homologação das Ofertas de Referência de Produtos no Mercado de Atacado contraria claramente a LGT, que assegura preços livres ao regime privado.

Na Contribuição ID: 57287¹⁴, Alexander Castro, do SINDITELEBRASIL, descreve que “sistema de controle de preços é admitido expressamente em Lei para os serviços de telecomunicações

¹² *Full unbundling*: quando a operadora de telefonia local aluga pares de fios de sua rede de acesso a assinantes para outras prestadoras.

¹³ **Bit stream**, em que a operadora de telefonia local, utilizando sua rede de pares metálicos, fornece conexões de dados para que outras prestadoras de serviço possam oferecer seus serviços.

¹⁴ CASTRO, Alexander. Contribuição à Consulta Pública nº 41 ID: 57287. Disponível em: <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1509&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>>. Acessado em: 10 out. 2012

prestados em regime público, como é o caso do STFC. Nesse caso, incide o regime tarifário sobre a contraprestação que as prestadoras cobram de seus usuários (arts 103 e ss. da LGT). A mesma Lei, contudo, assegura a liberdade de preços para a exploração de serviços em regime privado (art.129 da LGT), regime jurídico aplicável aos serviços ofertados no chamado mercado de atacado. Não cabe a Agência estabelecer qualquer mecanismo de controle prévio, via regulamentação, sobre o preço de serviços prestados em regime privado. O que a Lei autoriza é a repressão de eventuais abusos, nos termos da legislação própria. Vale dizer, nessa seara, o controle estatal só é feito posteriormente, se houver abuso na fixação dos preços que, por opção legal, são livres. A legislação não permite, como já dito, a fixação prévia em regulamento de um valor de referência, de teto remuneratório, de tarifa ou de qualquer fórmula para controlar previamente o preço cobrado de serviços prestados em regime privado.”

Além disso, “a proposta de PGMC também lança outro mecanismo que viola frontalmente a liberdade consagrada no art. 129 da LGT. Trata-se da necessidade de prévia homologação dos preços de determinados insumos imposta aos Grupos com PMS. Adicionalmente, a homologação de preços é ferramenta exclusiva do regime tarifário. Apenas nesse ambiente de intensa intervenção estatal é que a empresa deve sujeitar os valores que serão cobrados pelos seus serviços à prévia homologação. Na prática, nesse sistema, quem fixa os valores é quem os homologa, ou seja, o poder concedente. Esse sistema é legalmente previsto para as tarifas, vale dizer, para controlar a prestação de serviços em regime público. Entretanto, não há o menor respaldo legal para a Agência impor, a qualquer prestadora de serviços de telecomunicações (com ou sem PMS), a homologação prévia de preços de serviços prestados no regime privado. A LGT assegura a liberdade de preços. Preços livres não precisam de homologação prévia. A prestadora recebeu da lei liberdade para fixar e aplicar seus preços. A sujeição de determinadas ofertas à prévia homologação da Agência é violação clara dessa garantia fixada expressamente pela LGT.”

6.4.6. Previsão de Rito Sumaríssimo

Os artigos 15 e 16 do PGMC preveem um rito sumaríssimo para o processo de resolução de conflitos, em favor apenas das prestadoras não detentoras de PMS. Com isso, cria um procedimento diferenciado, com restrição de acesso a apenas algumas partes, violando o disposto na Lei Federal nº 9.784/99 e o princípio da isonomia, sujeitando as empresas detentoras de PMS às regras gerais para solução de conflito, enquanto as empresas não detentoras de PMS teriam rito privilegiado.

O prazo proposto (2 dias úteis) é ínfimo, e poderá acarretar prejuízos irreparáveis ao princípio do contraditório (já que o rito, a princípio, não admite a complementação de documentos).

Além disso, a Agência poderá expedir decisões cautelares, inclusive sobre o valor a ser cobrado pelo uso da infraestrutura, o que certamente ensejará um grande número de insurgências

por parte das empresas, detentoras das redes e usuárias, gerando, além da grande demanda, o conflito de isonomia antes citado.

6.4.7. Número de mercados relevantes

O PGMC previu onze mercados relevantes para análise e identificação de dificuldades concorrenciais em sua proposta inicial. Alguns deles deverão ser excluídos (como mercado de TV por assinatura, por aparentemente já contar com satisfatória realidade concorrencial) outros substituídos (como o mercado de interconexão de redes fixas pelo mercado de *roaming* de dados, v.g) de até a aprovação final do texto.

No caso da TV por assinatura, não havia necessidade de inclusão no rol de Mercados Relevantes, já que com a Lei 12.485/11 deixará de existir qualquer barreira de entrada neste mercado, sem limitação de autorizações.

Nesse sentido, no estudo realizado pela Price Waterhouse Coopers a pedido da SINDITELEBRASIL, já citado anteriormente, foram analisados os perfis concorrenciais do mercado de telecomunicações em 13 países (Austrália, Alemanha, Chile, Índia, Itália, Japão, México, Holanda, Portugal, Coréia do Sul, Turquia, Reino Unido e Estados Unidos) e, em nenhum deles, o prestador de serviço de TV por Assinatura foi considerado como detentor de Poder Significativo de Mercado.

6.4.8. Homologação das Ofertas de Referência

A atividade de análise das ofertas de referência dos produtos no mercado de atacado é exclusiva e indelegável da Anatel, por expressa determinação legal, já que se trata de atividade de fiscalização. A terceirização do poder regulatório de fiscalização torna nulos os procedimentos administrativos praticados nessa condição.

Pelo art. 36 do PGMC, a homologação das Ofertas de Referência será feita pela Entidade Supervisora, o que significaria delegação indevida de poder de fiscalização.

Como noticiado pelo jornal eletrônico Teletime News¹, a Anatel retomaria para si esse papel homologatório. Para isso, “está sendo desenvolvido um sistema que fará a homologação da oferta de referência e dos prazos das empresas consideradas PMS em cada um dos mercados relevantes. As PMSs alimentarão o sistema com os seus preços e automaticamente o sistema homologa ou não os valores, de acordo com uma metodologia de replicabilidade da oferta previamente estabelecida pela agência. Isso significa que a Anatel terá um algoritmo para testar se, dentro daquela oferta de referência (seja de unbundling, de bitstream, EILD ou outras ofertas de atacado) se um competidor eficiente teria condições de competir e ganhar dinheiro. É o princípio do “retail minus”, ou seja, o insumo (no caso, o uso da rede) não pode custar mais do que o serviço final ao consumidor. A oferta de referência poderá ser apresentada por município, por grupos de municípios e até por central telefônica se a empresa tiver uma condição diferente de preço em determinada área de uma cidade. A definição desse algoritmo de análise da “replicabilidade da

oferta” é um dos grandes desafios da Anatel, e como não existe uma referência de custos reais (já que o modelo de custos que a Anatel precisa ainda não está pronto), a agência está se baseando em parâmetros internacionais de custos e margens. Além de custos e margens, esse algoritmo validará também prazos de instalação, que também deverão constar nas ofertas de referência.”

Para o desenvolvimento desse trabalho, a Anatel contaria com o apoio da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e do Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico (CADE), do Ministério da Justiça.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo proposto pela Anatel e submetido à discussão em audiência pública merece revisões consideráveis a fim de melhor se adequar ao modelo concorrencial esperado, sem extrapolar os limites da regulação no regime privado.

Na forma como apresentado o Plano, o grau de intervenção estatal nas telecomunicações extrapola os limites legais, devendo ser revisto sob pena de ter sua legalidade questionada judicialmente caso seja aprovado.

Na Contribuição ID: 57732², o analista administrativo do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Marcelo Aguiar Cerri, posiciona-se no sentido de que em “eventual aprovação do PGMC como ele se apresenta, o governo brasileiro, via Anatel, promoverá provavelmente a maior intervenção no setor de telecomunicações desde a estatização realizada nos anos 1970, quando foi criado o sistema Telebrás. Agora, diferentemente de quatro décadas atrás, o Estado não assumirá o ônus da prestação direta, mas sim ditará obrigações de prazos, abertura de informações, construção de infraestrutura, regulação de preços e produtos (ofertas de referência) etc.”

Estimular a concorrência, em qualquer mercado, é sempre positivo e benéfico, e essa iniciativa da Anatel merece ser valorizada. É preciso apenas que seja promovida de forma cautelosa para que não se observe um resultado contrário daquilo que se pretende, sem correr riscos de gerar instabilidade junto aos investidores.

Todas estas questões nos parecem de suma relevância e carecem fundamentalmente de discussão. Precisam ser debatidas pela comunidade científica, pela sociedade civil e pelo estado, principalmente para viabilizar que o setor de telecomunicações possa fazer os avanços necessários a atender as necessidades tecnológicas iminentes e urgentes que estão sendo exigidas do sistema brasileiro, com o objetivo de viabilizar os eventos esportivos mundiais previstos para os próximos anos.

8. Referências

ESCOBAR, J. C. Mariense. Serviços de Telecomunicações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.17.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord). Direito Regulatório – Temas Polêmicos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p.226/228.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998. São Paulo: Atlas, 1991, p. 158.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo. Dialética, 2002, p. 482/483.

DA ROSA, José Del Chiaro Ferreira; SCHUARTZ, Luiz Fernando. Mercado relevante e defesa da concorrência. Revista de Direito Econômico. Brasília: out./dez. 1995, p. 67-68.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. Portaria conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de Agosto de 2001. Disponível em:

<[http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrenca/portaria_conj_seae-sde_50.pdf/view?searchterm=portaria 50](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrenca/portaria_conj_seae-sde_50.pdf/view?searchterm=portaria%2050)>. Acessado em: 10 out. 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ANATEL. Anatel aprova consulta pública sobre o Plano Geral de Metas de Competição. Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=23195>>. Acessado em: 11 out.2012

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine. A intervenção Estatal nas Telecomunicações – A visão do Direito Econômico. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 61.

RAMOS, Marcelo de Matos. Contribuição à Consulta Pública nº 41 ID: 57501. Disponível em: <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1509&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>>. Acessado em: 11 out. 2012

EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES. Contribuição à Consulta Pública nº 41 ID: 57188. Disponível em:

<<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd>.

asp?pCodProcesso=C1509&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>. Acessado em: 11 out. 2012

CASTRO, Alexander. Contribuição à Consulta Pública nº 41 ID: 57287. Disponível em: <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1509&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>>. Acessado em: 10 out. 2012

POSSETI, Helton; POSSEBON, Samuel. PGMC não terá medidas sobre ofertas de varejo. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/26/04/2012/pgmc-nao-tera-medidas-sobre-ofertas-de-varejo/tt/274877/news.aspx>>. Acessado em: 11 out. 2012.

CERRI, Marcelo Aguiar. Contribuição à Consulta Pública nº 41 ID: 57732. Disponível em:

<<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1509&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>>. Acessado em: 10 out. 2012

POSSETI, Helton; POSSEBON, Samuel. PGMC não terá medidas sobre ofertas de varejo. Em: <<http://www.teletime.com.br/26/04/2012/pgmc-nao-tera-medidas-sobre-ofertas-de-varejo/tt/274877/news.aspx>>. Acessado em: 11 outubro 2012.

CERRI, Marcelo Aguiar. Contribuição à Consulta Pública nº 41 ID: 57732. Disponível em: <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Relatorios/RelatorioDadosBd.asp?pCodProcesso=C1509&pCodTipoProcesso=1&pTipoRelatorio=1>>. Acessado em: 10 out. 2012

13

AS INFLUÊNCIAS DAS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS, ECONÔMICAS E SOCIAIS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO PARA O SURGIMENTO E APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA NO BRASIL

Lucas Martins Dias¹

RESUMO

Este artigo propõe apresentar uma visão multidisciplinar, porém sob a influência do âmbito legal, sobre a inserção e aplicabilidade dos conceitos de responsabilidade social corporativa no território brasileiro. O trabalho, por oportuno, visa discutir a necessidade de confluência do Direito com outras ciências sociais quando da análise do comportamento da gestão empresarial e a interação com a sociedade civil atual; assim como trazer à tona os reflexos da desobediência de tais regras e, por consequência, visa com isto contribuir para a conscientização do papel dos advogados na orientação consultiva às empresas dos mais diversos segmentos econômicos. O desenvolvimento do assunto partiu de consultas a estudos de livros técnicos de Direito, Administração e Economia, em conjunto com artigos publicados em periódicos brasileiros.

Palavras-chave: Responsabilidade social corporativa – gestão – advogados – sociedade civil - economia

¹ Especialista em direito empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *Part-Certificate in Business Law* pela *University of Toronto*. Professor da disciplina de Direito Societário do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter; Professor dos cursos de especialização em Direito Societário do Instituto Nacional de Estudos Jurídicos Empresariais – INEJE; Professor de especialização em Direito Societário da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o papel desempenhado pelo o que ainda hoje conhecemos como Estado-Nação vem sofrendo severas transformações, tanto no que diz respeito à esfera política quanto às esferas econômica e social.

Tendo surgido no período que marcou o fim do sistema feudal, este, inicialmente, veio de encontro às circunstâncias que denotavam no feudalismo um cenário de forte descentralização política.

Por tal razão, tratou de buscar manter entre as suas características principais, as ideias de soberania e ampla independência social, política e econômica.

Com a globalização, no entanto, o Estado-Nação perdeu parte de sua capacidade de articulação. Ao mesmo tempo em que o poder de regulamentação dos Estados permaneceu vinculado aos seus territórios, surgiram desafios que não podem ser regulados unilateralmente.

Ademais, novos atores, tais como organizações internacionais, empresas multinacionais, transnacionais e organizações não governamentais trataram de buscar exercer maior influência política no âmbito interno de cada Estado, através das instituições tradicionais que estruturam o Estado-Nação, justamente porque a implementação das atividades que desempenham não se limitam a um território específico.

Na medida em que as empresas ultrapassaram tais limites territoriais, rompendo barreiras geográficas, se evidencia uma das principais facetas dessas transformações que se operam ao longo dos anos.

Em outras palavras, restou ultrapassada a ideia de que as empresas devem somente atentar para questões voltadas para a sua rentabilidade e/ou maximização de seus lucros. O campo em que atuam abrange, seguramente, os interesses de sócios, fornecedores, consumidores, trabalhadores e clientes, mas também pode alcançar a comunidade como um todo.

Dito isto, compreender então, o cenário em que as ações desempenhadas pelas empresas se desenvolvem, pode ser algo complexo e/ou problemático. São questões que abarcam desde aspectos associados à credibilidade que possuem no mercado ou métodos contábeis seguidos, até aqueles relacionados às práticas trabalhistas adotadas ou aos padrões ambientais observados.

Assim, este estudo sobre Responsabilidade Social Corporativa tem o intuito de apresentar este tema e pontuar reflexões pertinentes, mantendo como o seu objetivo principal a análise da situação vivenciada no ambiente comercial brasileiro.

2. O CONTEXTO HISTÓRICO DAS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS, ECONÔMICAS E SOCIAIS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A EVOLUÇÃO DE UMA CONCEPÇÃO DE RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA

Os estudos das relações entre economistas e advogados demonstram que, ao longo dos anos, tais matérias conviveram com mútuas e ríspidas manifestações desabonatórias que, acima de tudo, buscavam diminuir mutuamente a importância dos profissionais que se dedicavam a tais áreas.

Historicamente, foram notórios os embates entre economistas e advogados, dos quais podemos citar, por exemplo, a aversão de John Maynard Keynes² a advogados, o que o levou, segundo relatos, à afirmação, em uma das reuniões que negociavam o acordo de *Bretton-Woods*, de que advogados eram os únicos seres do planeta que transformavam poesia em prosa e prosa em jargão.

Em contrapartida, diversas são as referências negativas de advogados a economistas imputando a esses profissionais referências objetivadas a desqualificar a importância dos estudos econômicos, sobretudo, para o avanço e completude do Direito.

Tais diferenças foram descritas pelo professor de economia da Universidade de Columbia George Stigler:

Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores do Direito (...) é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda a ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da vida humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas³.

Contudo, ao analisar as transformações do Estado Contemporâneo, em suas diferentes faces, percebe-se que tais aversões entre economistas e advogados (ou profissionais do Direito em suas diferentes funções e áreas) são absolutamente ultrapassadas e, em contrapartida, são matérias que possuem constante intersecção e, acima de tudo, adquirem ainda maior importância e relevância social quando estudadas em conjunto.

Assim como a incompatibilidade da perseguição das diferenças entre os posicionamentos de economistas e advogados, em decorrência das já citadas modificações e evoluções sociais e econômicas, inegavelmente e de forma correlata, também há um processo de transformação do Estado em suas instituições internas, bem como em suas relações e influências externas.

² John Maynard Keynes foi um economista britânico do Século XX, cujos ideais, baseados num Estado intervencionista no plano de política econômica, influenciaram os estudos da macroeconomia moderna.

³ STIGLER, George. "Law and Economics?". *The Journal of Law and Economics*, v. 35. 1992, p. 462-463.

Dentre as importantes transformações do Estado ocorridas em nosso tempo, destaca-se a passagem da estrutura política de um chamado Estado-Nação, responsável pela transição da Era Medieval para a Era Moderna, para um Estado sujeito a interferências externas, ou melhor, internacionais provenientes de entes institucionalizados ou não institucionalizados.

As pressões políticas e econômicas internacionais afetaram, inegavelmente, as estruturas e características principais do Estado-Nação, tais como a ideia de soberania e ampla independência social, política e econômica.

Vale frisar que, momentos como a primeira guerra mundial, crise de 1929 e segunda guerra mundial impulsionaram a criação de mecanismos internacionais que influenciaram na modificação das formas e métodos de relacionamento entre os países, dando origem a organismos internacionais capazes de intervir diretamente na política interna dos países.

Ainda sobre o Estado-Nação, trata-se de uma concepção da Era Moderna, baseada especificamente nos resquícios finais do modelo feudal, o qual concebia estruturas políticas de feudos autônomos, fragmentados e dominados por senhores feudais.

Esta estrutura político-social, que resultava num significativo distanciamento social, por consequência, também atingia esses resultados sob os aspectos econômicos e regulatórios, fato que contribuiu para explicar, até os dias atuais, a diversificação cultural da Europa e a referida diferença entre economistas e profissionais do Direito, em geral.

Com os indícios da fragilidade das instituições feudais, especialmente apoiados pelos próprios senhores feudais em estimular o incremento do comércio, dá-se início à transição do feudalismo para o absolutismo e, por consequência, o ideal de nacionalismo que foi a principal referência do Estado-Nação.

Sublinhando as inúmeras passagens de suma relevância desse processo de transição do feudalismo para o absolutismo, em especial, as relacionadas à consolidação dos processos unificadores das cidades-estados nos séculos XII, XIII, XIV e XV, cumpre analisar a concepção da estrutura política do Estado-Nação – de poderes constituídos num território definido e, se possível, amplamente estável – e suas relevâncias econômicas e jurídicas.

Na verdade, a solidificação do Estado com amplitude nacional, propiciou relevância à concepção de território e soberania, pois cada país poderia decidir, sem influências externas, ou seja, de forma totalmente singular, suas próprias definições políticas, sociais, econômicas e, acima de tudo, jurídicas.

No plano interno, o conceito de soberania simbolizava a concepção do poder estatal sobre tudo e todos (cidadãos e sociedades) e, no externo, representava a não submissão nacional e a intolerância a quaisquer tentativas de influências e ingerências externas, combatidas com altos investimentos militares para, em havendo necessidade, usar dessa ferramenta para manter tais concepções de Estado.

A concepção do Estado-Nação permaneceu pouco alterada até o início do século XX, mais precisamente, até o ano de 1914, quando iniciou a Primeira Guerra Mundial.

Durante esse período, coube aos países ameaçados pela expansão alemã, a tarefa de defesa e preservação nacionais, preconizada a partir de uma forte organização de poder estatal, o que gerou uma equivocada interpretação de que os Estados – com ideais de força e militarizados – seriam perenes e incontestáveis.

No período entre guerras, a crise econômica de 1929, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, resultou numa reação de intervenção protecionista dos Estados na economia, trazendo afirmação ainda maior à identidade econômica estatal como unidade singular, oposta às outras, não suscetível às instabilidades globais.

Não ocasionalmente, especialmente a partir de 1930, inúmeros governos passaram a ser administrados por chefes de Estado, vide casos como Adolf Hitler (1933-1945) na Alemanha; Antônio Oliveira Salazar (1928-1968) em Portugal; Benito Mussolini (1922-1943) na Itália; e Getúlio Vargas (1930-1945) no Brasil.

Tais governos possuíam elevados índices de apoio popular, quando eleitos, justamente porque representavam, ou se diziam representar, a formação de uma consciência nacional.

Por consequência, tais movimentos desencadearam novas ameaças de guerra, de insurgências às soberanias internas dos países, com a retomada – 20 (vinte) anos depois – da expansão alemã, fato que resultou na Segunda Guerra mundial.

O retrospecto de duas guerras de abrangência mundial, ocorridas num curto espaço de tempo, definitivamente estimulou reflexões sobre as concepções de Estado até então adotadas em diversas partes do mundo e, por consequência, alterou diversos fatores de estudo dessas sociedades, em especial, àqueles ligados às ciências sociais.

3. AS DEFINIÇÕES RESULTANTES DAS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS, ECONÔMICAS SOCIAIS E A INFLUÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES PRIVADAS

Algumas das principais consequências do que chamamos de pós-guerra, foi a transferência do eixo-econômico mundial da Europa para os Estados Unidos que, por sua vez, até o final da Guerra Fria (meados da década de 80) somente rivalizou com a União Soviética, sobretudo, a respeito de conceitos de Estado e economia.

Além da consequência supracitada, outros dois reflexos do pós-guerra merecem destaque, principalmente pelo objetivo ora pretendido; o primeiro deles, a demonstração da fragilidade e limites do Estado-Nação e, o segundo, a origem da necessidade de cooperação internacional para impedir eventos históricos como expansão militarista, exploração de povos, novas guerras, entre outras ocorrências que, ao longo da história, deixaram resultados amplamente negativos.

Dava-se início, então, às relações internacionais, instituições supranacionais e, por consequência, à relativização do nacionalismo e da soberania estatal.

O modelo atual destas relações entre os Estados, portanto, inicia sua estruturação com o final da Segunda Guerra mundial e, visando a impedir novos episódios similares, a internacionalização dos países passa a ser representada por entidades supranacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), Banco Mundial (BIRD) e, ainda, os Tribunais Internacionais.

Essas transformações sobre o conceito de Estado exerceram significativa influência sobre a acepção de soberania, gerando reflexões em várias esferas, sobretudo, na esfera do Direito, tal como a ponderação sobre os efeitos que essas transformações sociais e econômicas provocaram em conceitos jurídicos, como, por exemplo, a compreensão da responsabilidade social, que também deve estar presentes na atuação de empresas nacionais e internacionais.

Como já dito, as relações intergovernamentais foram aperfeiçoadas e, através dos organismos internacionais acima citados, passaram a ter uma abrangência de relações supranacionais que, por sua vez, nos levam a perceber a presença de um fenômeno econômico amplo e complexo, procedente destas diversas e céleres transformações contemporâneas ocorridas no período pós Guerra Fria (sistema capitalista), chamado de globalização.

Com efeito, a globalização enseja uma série de mudanças na sociedade, provocando o estudo de medidas como abertura de mercados, relativização da ideia que se tinha de soberania, operacionalização de linhas de produção mundiais, busca da lucratividade, aumento da produtividade a qualquer custo, liberdade alfandegária e pouca interferência estatal na economia.

Tais conceitos, inegavelmente, eliminam uma máxima já abordada no início deste trabalho, quanto ao distanciamento dos estudos dos campos econômicos e jurídicos.

Essas matérias precisam estar em sintonia permanente, na medida em que sua intersecção e interação são absolutas e demasiadamente importantes para a definição de certos rumos, tanto no plano externo, como no plano interno dos países.

O professor José Eduardo Farias ilustra a inócua diferença entre essas matérias e, sobretudo, a necessidade, face às transformações econômicas, políticas e sociais a partir da década de 80, de conjugação de esforços entre o Direito e a Economia:

Na realidade, para neutralizar o risco de crise de governabilidade, não cabe ao sistema judicial pôr objetivos como disciplina fiscal acima da ordem jurídica. Zelar pela estabilidade econômica monetária é função do sistema econômico. Como o papel do sistema judicial é aplicar o direito, ele só está preparado para decidir entre o legal e o ilegal. Evidentemente, o sistema judicial não pode traduzir essa sensibilidade nos limites de sua capacidade operativa. Quando acionado, o máximo que pode fazer é julgar se decisões econômicas são legalmente válidas. Se for, além disso, a Justiça exorbitará, justificando retaliações que ameaçam a autonomia. Como os juízes poderão preservá-la, se abandonarem os limites da ordem jurídica? Por isso,

quando os tribunais incorporam elementos estranhos ao direito, eles rompem sua lógica operativa e comprometem os marcos legais para o funcionamento da própria economia⁴.

Outrossim, mais uma vez, vislumbra-se a necessária interatividade entre o Direito e Economia, portanto, fica evidente, sobretudo, diante da expansão dos conceitos econômicos no plano internacional e a importância que tais circunstâncias passam a ter na política interna dos países.

Nessas novas circunstâncias da era contemporânea, as empresas ultrapassaram os limites territoriais, rompendo barreiras geográficas e transformando-se, num primeiro momento, em conglomerados empresariais intitulados multinacionais e, atualmente, em conglomerados empresariais transnacionais.

Sobre esse novo conceito, destaca o engenheiro Gilberto Dupas o seguinte:

Dessa forma, essas empresas não só visam atingir um mercado consumidor global, como o fazem utilizando mão de obra, tecnologia e matérias-primas existentes em todo o mundo da forma mais eficiente possível. É interessante notar que, ao contrário das multinacionais – que tendiam a reproduzir relações observadas nas matrizes – as transnacionais, além de fabricarem diferentes partes de produto em diferentes países, o fazem sob contratos de trabalho variados⁵.

A análise de Gilberto Dupas, acima descrita, elucida o perfil destas novas empresas que, incentivadas por todas essas transformações políticas, sociais e econômicas da era contemporânea, adotam posturas agressivas perante o mercado para aperfeiçoar a busca contínua pela produtividade, lucratividade e eficiência, fato que, muitas vezes, acaba por afrontar princípios sociais básicos.

Esse modelo econômico, para complementar, baseado especialmente no crescimento financeiro das empresas e, por consequência, dos países que as recebem, permite a existência de um mundo livre para a atividade comercial, assim como um mundo apropriado para o consumo de escala.

Tais características desencadeiam, contudo, a escassez de recursos ambientais de natureza renovável (diante da produção industrial desenfreada para atender a demanda de consumo, por exemplo), a “flexibilização” de regras mínimas para a salutar relação de trabalho entre empresa e trabalhador (tais como, a pressão internacional para redução dos encargos sociais), a existência de guerras fiscais sem necessidade de contrapartida social por parte das empresas beneficiárias, entre outras situações.

Dessa forma, tantas modificações sociais, políticas e econômicas, invariavelmente, também refletem nas ordenações legais dos mais diversos países.

⁴ FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira**. 1ª. Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, pág. 09.

⁵ DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social**. 2ª Edição. São Paulo, 2000, pág. 15.

No Brasil, em relação às normas de direito empresarial e direito civil, podemos destacar como um dos principais indícios destas alterações o Novo Código Civil que, ao unificar o direito privado, houve por alterar a inspiração da legislação nacional, até então modulada conforme o sistema francês (codificação dos sistemas jurídicos) para o sistema italiano, fortalecido no pós-guerra e que, sem dúvida, está mais adaptada a essa nova realidade econômica.

Como já abordado, essas constantes adequações legais são necessárias diante das modificações do cenário socioeconômico.

4. A INSERÇÃO DEFINITIVA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA

Nesse novo contexto, é permitido esboçar um comparativo entre período entre guerras (onde a preocupação de uma expansão territorial por uma única nacionalidade, transgredindo regras da soberania interna dos países) e as posturas adotadas por grandes conglomerados empresariais nos dias atuais, os quais, pela necessária e pulverizada expansão comercial, avançam as fronteiras dos países, muitas vezes desrespeitando regras internas e até internacionais, visando uma maior produtividade e lucratividade.

Especialmente após a Segunda Guerra mundial e todas as transformações demonstradas neste estudo, a noção de que uma empresa deve respeitar e se preocupar unicamente com seus resultados financeiros, seus sócios e acionistas, começou a ser debatida e questionada na doutrina norte-americana, ganhando maior ênfase após casos como o litígio julgado pela Corte Americana, em 1953, *A.P. Smith Manufacturing Company vs. Barlow*.

No referido caso, a Suprema Corte de New Jersey foi favorável à doação de recursos de propriedade da empresa para a Universidade de Princeton, em contrariedade ao desejo de outros acionistas, que primavam pela distribuição dos recursos entre eles ou no reinvestimento na própria empresa.

Dessa forma, foi considerada plenamente legítima a disposição de recursos particulares de uma empresa para desenvolvimento social, perfazendo assim o que se passou a chamar de responsabilidade social corporativa.

A partir desse episódio, inúmeros outros trabalhos acadêmicos e casos passaram a desenvolver os conceitos e objetivos da responsabilidade social corporativa, difundindo-os além das fronteiras dos Estados Unidos. Contudo, somente no início da década de 90 foi que essas premissas passaram a ter maior relevância global.

Trata-se, pois, a responsabilidade social corporativa, do dever das empresas em auxiliar na promoção do dever social, construindo ferramentas capazes de identificar a aplicabilidade desta obrigatoriedade social corporativa. Em nosso país, especialmente, surgem juristas que defendem a teoria institucional como a natureza jurídica do ato constitutivo de grandes conglomerados

empresariais e, como tal premissa justamente posiciona-se sob a linha de raciocínio de que algumas empresas já nascem com os deveres de atender aos interesses de seus *shareholders* (acionistas), mas, sobretudo, de toda uma cadeia de *stakeholders* (entes que com esta empresa se relacionam), em última análise, a sociedade em geral.

Segundo Donna J. Wood⁶, responsabilidade social corporativa define-se como sendo a configuração de um desenvolvimento de desempenho social da empresa calcado em três princípios: princípio da responsabilidade social corporativa; princípio do processo de responsabilidade social corporativa e, por fim, princípio dos resultados sociais corporativos. Esses, por sua vez, são expressos em 03 (três) diferentes níveis, um primeiro nível institucional (legitimidade da empresa), um segundo de gestão com seus *stakeholders* e um terceiro e derradeiro de gestão das questões sociais.

Dessa forma, os resultados sociais serão provenientes das políticas, programas e impactos sociais que tal empresa produzirá.

Como já ressaltado no início deste ensaio, as transformações políticas, sociais e econômicas foram determinantes para modificações do sistema jurídico brasileiro, desde a Constituição de 1988, até o Novo Código Civil que, reiterando, foi responsável por unificar o direito privado brasileiro, produzindo nova sistemática do direito empresarial no País.

Diante dessa influência e deste novo cenário econômico, o Brasil, assumindo nos dias atuais o posto de sétima economia mundial, obriga-se a ter métodos e meios de combater a indiscriminada exploração produtiva, sem atentar para critérios mínimos que assegurem os direitos coletivos, difusos e outros da população.

5. A RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA, OS ACORDOS INTERNACIONAIS E A SUA ACEPTÃO À ESTRUTURA LEGAL BRASILEIRA

O Brasil procurou preparar sua legislação interna, especialmente após o processo de redemocratização do País (1985), firmando diversos acordos e tratados internacionais que visam coibir os abusos dessas empresas, introduzindo assim, por métodos punitivos, a necessidade dessas corporações desenvolverem ou adequarem-se a critérios mínimos de responsabilidade social.

Ressaltamos, ainda, que as referências, os procedimentos e as orientações sobre a condução da responsabilidade social corporativa no Brasil têm significativo crescimento após o encontro do meio-ambiente ocorrido no Rio de Janeiro em 1992, chamado de ECO-92. Como sabido, as regras que pautam a definição deste conceito de responsabilidade social, em nosso país, partem da Constituição Federal de 1988 que, expressamente, incorporou a gramática do direito internacional dos direitos humanos em alguns de seus dispositivos.

⁶ WOOD, Donna J. **Corporate social performance revisited.** *Academy of Management Review*, v.16. Washington. 1991, p. 691-718.

No artigo 4º, ficou estabelecido que o governo brasileiro deverá guiar suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos; assim como, no seu artigo 5º, parágrafo 2º, proclamou que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, abrindo, assim, a porta para a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos no sistema jurídico brasileiro.

Da mesma forma, a Emenda Constitucional nº 45 estabeleceu que tratados internacionais de direitos humanos teriam hierarquia de norma constitucional se aprovados pela maioria qualificada de 3/5 (três quintos) dos votos em ambas as casas do Congresso Nacional (artigo 5º, §3º, CF).

Atualmente, o Brasil é signatário da maior parte dos tratados internacionais de direitos humanos adotados em âmbito global ou regional. Esses tratados, portanto, podem ser invocados como instrumento para a proteção dos direitos humanos também em casos de violações cometidas por empresas.

Embora os tratados comumente explicitem a responsabilidade do Estado em garantir os direitos ali estabelecidos, a responsabilidade do Estado não se restringe à promoção desses direitos ou à garantia de não violação pelo próprio Estado, mas abrange também o dever de impedir que esses direitos sejam violados por empresas privadas.

Além disso, os Estados também têm a obrigação de investigar e punir casos de violações de direitos humanos, independentemente de quem tenha cometido as violações.

Assim, o Brasil também poderia ser responsabilizado em caso de não cumprimento dessa obrigação.

Nesse sentido, importante mencionar que o Brasil está sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fato que pode gerar importantes avanços na responsabilização de empresas por violações de direitos humanos, ainda que indiretamente.

Ao longo da elaboração deste trabalho, foram enaltecidos critérios que demonstraram, efetivamente, a modificação do conceito de responsabilidade social corporativa no Brasil, contudo, percebe-se com a evolução histórico-social e legislativa, que, esta acepção conceitual de responsabilidade social corporativa passou a ser desenvolvida a partir de uma transformação política, ou melhor, da redemocratização brasileira após a Constituição Federal de 1988 impulsionada, também, por uma série de modificações políticas internacionais.

Junto a essa redemocratização, surgiu uma série de medidas para responsabilizações nos casos de desrespeito a determinadas condutas públicas e privadas, percebendo-se, inclusive, uma maior guarida aos direitos humanos, tão abalados após mais de 20 (vinte) anos de período militar.

É justamente com base nessas concepções legais que se enquadram, ao analisá-las em caráter complementar, o que entendemos por acepções conceituais da responsabilidade social corporativa.

Não basta compreender esse conceito como algo paradigmático, mas sim, visualizá-lo a partir de suas origens legislativas e denotar que tal significativo somente terá eficácia através do respeito adquirido pelas corporações, ao desempenhar suas atividades econômicas, em atingir o que o Novo Código Civil enaltece como “resultado”, obtido a partir de um fiel cumprimento aos deveres legais, os quais serão abaixo explanados.

6. A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE SOCIAL À REALIDADE BRASILEIRA

No âmbito constitucional, não é novidade que a carta constitucional brasileira foi desenvolvida para combater e enfraquecer, definitivamente, os resquícios de um sistema ditatorial até então vigente em território nacional, onde não faltaram exemplos de injustiça social, subordinação da sociedade ao poder público e, acima de tudo, desigualdade social.

Com base nisso, então, a Constituição Federal adotou uma orientação social, a qual visa dar estabilidade a uma ordem social, política e econômica.

Por consequência, o Estado passou a assumir papel fundamental neste processo de estabilidade, pois é o principal agente do bem-estar e do desenvolvimento econômico, diversos outros fatores contribuíram para algumas adaptações desta aspiração da carta constitucional, em especial, modificações do cenário econômico, conforme já referido anteriormente.

Contudo, a principal contribuição da Constituição Federal paira sobre sua carta de direitos fundamentais, a qual discorre sobre direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

Entendemos que, a partir dessa contribuição constitucional, passa-se a incorporar, com maior veemência, as compreensões sobre o significado de responsabilidade social, sobretudo no âmbito corporativo.

Vale ressaltar, também, que a Constituição Federal de 1988 trouxe normativas novas e importantes, como, por exemplo, a normatização ambiental.

Nessa esteira de raciocínio, denota-se que, no art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, assim descrito: “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. (...)§ 1º - **As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.**”, a nova ordem constitucional atribuiu às normas de direitos fundamentais, em todas as suas esferas de relação pública ou privada, a aplicação imediata de tais direitos e, por consequência, as relações que envolvem o comportamento das empresas restam enquadradas neste rol de condutas, advindo, a partir desse conceito, as concepções de responsabilidade social corporativa.

Vale ressaltar, por oportuno, que a Constituição Federal, de forma expressa, aponta a possibilidade da responsabilização criminal das corporações que, no exercício de suas atividades

econômicas, acarretam danos ambientais ou de crimes contra a ordem econômica.

Não existem quaisquer indícios que visam vetar ou restringir a necessidade e a obrigação destes agentes econômicos de respeitarem todas as normas de direitos fundamentais em nosso país.

Em complementação ao acima disposto, a Constituição Federal de 1988 impôs a necessidade aos legisladores de criar métodos punitivos às violações aos direitos fundamentais, como bem asseveram os artigos 5º, XLI - *"a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"* - art. 5º, XLII - *"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"* - e art. 5º, XXXV: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

Assim, a análise conjunta desses dispositivos constitucionais leva-nos a crer que qualquer pessoa, seja ela pessoa física ou pessoa jurídica, está sujeita ao cumprimento de normas de direito fundamental e, em havendo qualquer violação, será demandada e responsabilizada, obviamente, respeitando todos os seus direitos de ampla defesa e contraditório.

Diante dessas condições impostas pela legislação constitucional, a responsabilidade social corporativa passou a ser disciplinada em 03 (três) diferentes esferas: responsabilidade civil, penal e administrativa.

Analisando-as, conjuntamente, as prerrogativas que estruturam o conceito de responsabilidade social corporativa passam a ser esclarecidas e, interessante perceber, os efeitos dessas responsabilidades também alteraram o conceito de resultado da atividade econômica corporativa.

Passando à análise detida de cada uma das responsabilidades acima citadas, veja-se que a responsabilidade civil da empresa abrange a esfera pessoal de seus administradores, bem como suas regulações de operação.

Nessa esfera é importante, então, ressaltar os seguintes dispositivos do Novo Código Civil, art. 927, parágrafo único - *"Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."* - art. 186 - *"Também comete ato ilícito aquele que, embora sendo titular de um direito, exerce-o excedendo os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, boa-fé ou pelos costumes."*, os quais apontam que aquele autor de ato ilícito (pessoa física ou jurídica) que o cometa por condutas revestidas de imprudência, negligência ou imperícia, ou seja, sem dolo, será responsabilizado no âmbito civil de forma objetiva, sendo, portanto, passível de condenação a ressarcimentos pecuniários e, inclusive, restrição de regularidade do exercício de sua atividade econômica.

Não há dúvida de que a Constituição Federal tratou de viabilizar a responsabilização penal das empresas.

Esta imputabilidade criminal resta, normalmente, alinhada com eventuais danos ambientais cometidos por empresas no desempenho de suas atividades econômicas, conforme demonstrado pelas ordenações da Lei nº 9.605/98, a qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas por condutas lesivas ao sistema ambiental.

No entanto, outras ilicitudes criminais também podem ser imputadas às empresas, mas as suas aplicações sancionadoras são direcionadas às pessoas físicas que ocupam cargos diretivos em sua organização social.

Ainda sob tais aspectos, atualmente acompanhamos dois casos perfeitamente adequados para exemplificar o comportamento de algumas corporações, com as prerrogativas de responsabilidade social corporativa: o não cumprimento de medidas preventivas de segurança ambiental que ocasionou a poluição no campo de Frade na Bacia de Campos, Estado do Rio de Janeiro; assim como a contratação de fornecedores da empresa de vestuário que, por sua vez, explorava trabalho em condições ditas como escravas no Estado de São Paulo.

Em ambas as situações, caso confirmadas, existem possibilidades de imputabilidade criminal, especialmente aos diretores responsáveis por tais corporações, casos similares também são objetos de responsabilização por infração de normas ambientais, trabalhistas, entre outras.

Nesse particular, a Constituição Federal dedicou espaço exclusivo para o cumprimento de condutas em relação ao meio-ambiente, como aquelas previstas no *caput* do art. 225 que assim disserta: *"todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"*; devidamente complementado, no que tange à previsão de corriqueiras infrações a esse direito constitucional, através do mesmo art. 225, porém, em seu parágrafo terceiro, que assim dispõe: *"as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados"*.

Em complementação a tais diretrizes constitucionais, outras disciplinas legais também tutelam o dever de diligência em relação ao meio-ambiente tanto para pessoas físicas como pessoas jurídicas, tal como a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional sobre o Meio-Ambiente e previu a responsabilidade civil objetiva também às pessoas jurídicas sempre que sua atividade econômica termine por poluir o meio ambiente.

Nesses casos, a empresa terá que indenizar o Estado, sendo que, usualmente, tais indenizações representam vultosas importâncias financeiras.

Ainda sob o enfoque do meio ambiente, a imputação de responsabilidade penal e administrativa, regulada pela Lei nº 9605/98, decorrerá nos casos em que a empresa, por decisão de seus órgãos sociais ou poderes de administração, cometer atos lesivos.

Na seara do Direito do Trabalho, também se percebe com nitidez, o que se compreende

como responsabilidade social corporativa.

Não se faz necessário reprisar algumas práticas históricas em nosso País, vide período escravocrata e casos de exploração do trabalho que ocorrem com certa periodicidade até os dias atuais, para compreendermos que, inúmeras vezes, nosso país deparou-se com relações de trabalho desumanas.

Partindo desse paradigma, ainda mais no que se refere ao período posterior à ditadura militar, a Constituição Federal, além de estabelecer que a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são fundamentos da República, e que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, dispõe sobre direitos específicos dos trabalhadores.

No âmbito infraconstitucional, a principal fonte de normas deste ramo do direito é a Lei nº 5.452/43, denominada Consolidação das Leis do Trabalho.

Importante relembrar, ainda, sobre matérias relacionadas à relação de trabalho que o Brasil é signatário de inúmeros tratados internacionais intermediados pela Organização Internacional do Trabalho.

A normatização trabalhista em nosso país dispõe de mecanismos que inibem o desrespeito aos direitos dos trabalhadores, tal como sanções significativas para casos de violação de tais direitos, como, por exemplo, multas pecuniárias que facilitam a aplicação não somente às pessoas jurídicas empresárias, como também às não empresárias, como as sociedades simples especificadas em nosso Código Civil.

De forma complementar, o Código Penal também reforça os comportamentos sociais corretos na relação de emprego, pois tipifica como crime os delitos cometidos contra a organização do trabalho, por pessoas físicas na gestão de empresa, assegurando, assim, os direitos estabelecidos pela lei trabalhista. São exemplos desses delitos o atentado à liberdade de trabalho e o descumprimento de normas de segurança do ambiente de trabalho.

Analisados, pois, os aspectos de direito material que, em conjunto com os conceitos de responsabilidade e função social, permitem a compreensão do conceito da responsabilidade social corporativa, ressaltamos, apenas a título ilustrativo, alguns mecanismos processuais para a viabilização da aplicabilidade destes aspectos de direito material.

Diante disso, destacamos 03 (três) instrumentos existentes para coibir eventuais descumprimentos dos fins sociais por parte das empresas, quais sejam: (i) termo de ajustamento de conduta; (ii) ação civil pública e; (iii) ação de indenização.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) trata-se de uma medida preventiva e de cunho reparatório de lesões a direitos coletivos e difusos cometidos tanto por pessoas físicas como jurídicas.

Nesses casos, estas pessoas físicas ou jurídicas firmam compromissos com o órgão público responsável pelo ajustamento do direito lesado.

O TAC possui dois momentos; no primeiro deles, revela uma conotação preventiva, na medida em que determina que a pessoa física ou jurídica envolvida no procedimento que está sendo avaliado/observado, deve se comprometer a deixar de realizar a conduta infratora; no segundo momento, este instrumento administrativo tem o condão de indenizar eventual conduta infratora causadora de dano.

Usualmente, o TAC é aplicado também com caráter e condição moratória, visando inibir o descumprimento das regras do TAC, resultado este, também verificado ante a possibilidade de execução por pessoas prejudicadas pelo descumprimento das determinações do TAC que, obrigatoriamente, será acompanhado de forma periódica pelo Ministério Público, conforme prevê o art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85.

A Ação Civil Pública (ACP) é um outro remédio, que consiste em uma medida judicial que pode ser promovida por quaisquer pessoas, sejam físicas ou jurídicas e possui o intento de resguardar direitos relacionados à relação de consumo, direito ambiental, bens e demais valores culturais, históricos, entre outros. Conforme o artigo 5º, Lei 7.347/85, possui legitimidade de proposição da ACP os seguintes atores: [...] o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que esteja constituída há pelo menos um ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Por derradeiro, a ação de indenização, tem por objetivo obter o ressarcimento ou a reparação de algum dano causado a outrem ou ao interesse coletivo.

Nessa esteira, têm legitimidade para propô-la todos aqueles que sofrerem algum tipo de prejuízo pela prática de um ato ilícito, ou mesmo pela prática de um ato lícito quando a lei assim o determinar, ou quando a atividade desenvolvida pelo agente implicar risco.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se dispôs a demonstrar aspectos relevantes sobre a concepção do que entendemos ser responsabilidade social corporativa.

Após uma breve retrospectiva histórica - com destaque para fatos de conotação econômica, política e social - observamos como é importante que haja a convergência de interesses das empresas e da sociedade.

Na verdade, é premente/evidente o fato de que as empresas necessitam associar questões sociais, às suas estratégias de atuação.

O próprio processo de internacionalização das economias capitalistas – ou globalização, impôs a reorganização das atividades produtivas das empresas e, com isso, contribuiu para que se tornasse ainda mais relevante, a percepção de que novos elementos deveriam ser considerados para a definição das funções das empresas.

Após a Constituição Federal de 1988, o movimento da responsabilidade social corporativo tornou-se sedimentado em nosso país, aliado a outros fatores também vivenciados durante este período, tais como o processo da redemocratização e da abertura econômica dos nossos mercados.

Ademais, outras alterações legislativas tornaram-se imperativas, como a ocorrida no Código Civil de 2002.

Além disso, tais inserções e modificações legais reafirmaram a importância da aplicação de outras legislações para conter uma série de práticas até então entendidas, essencialmente, como de simples atos de gestão empresarial.

14

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE CORPORATIVA

Juliana Oliveira Nascimento¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar uma visão sobre a evolução da proteção jurídica sobre o meio ambiente do trabalho e a sustentabilidade corporativa. Ainda, busca conscientizar os operadores do direito da necessidade de observar as regras estabelecidas na Constituição, Consolidação das Leis do Trabalho e Leis previdenciárias que versam sobre o tema e também demonstrar a importância do aprimoramento da qualidade de vida do trabalhador e o seu papel no contexto da sustentabilidade. O presente trabalho está fundamentado em pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Sustentabilidade Corporativa – Meio Ambiente do Trabalho – Segurança do Trabalho

¹ Advogada. Consultora e Assessora Jurídica em âmbito Corporativo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (Faculdade de Direito de Curitiba). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST. Pós - graduada em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná- FEMPAR. Membro do Núcleo de Estudos em Bioética - NEB de Curitiba um fórum interdisciplinar e interinstitucional que congrega pessoas interessadas em Bioética.

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho estudar-se-á acerca da relevância do direito à saúde sob prisma do direito do trabalho que deve ser assegurado a fim de atentar ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Tratar-se-á sobre a história do Direito do Trabalho, abordando a saúde do trabalhador desde o princípio e a evolução das normas de proteção do trabalho.

No presente texto tratar-se-á também a respeito do Meio Ambiente do Trabalho, com isto a Medicina e Segurança do Trabalho.

Ainda se enfatizará a saúde em geral, bem como a saúde do trabalhador.

Acerca da sustentabilidade no meio ambiente do trabalho destacar-se-á que a sustentabilidade está pautada em três desdobramentos: a sustentabilidade econômica, a sustentabilidade social e a sustentabilidade ambiental. Com isto se enfatizará que a sustentabilidade tem alcançado diversos setores da sociedade. Neste sentido, atualmente pode-se destacar a sustentabilidade empregada pelas empresas, a chamada sustentabilidade corporativa - enfoque atual para as questões ambientais deste século, necessária para o equilíbrio do meio ambiente laboral, inclusive um dos temas principais da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20.

Por derradeiro, relatar-se-á sobre a importância da qualidade de vida do trabalhador e seu papel quando se refere a sustentabilidade.

2. DIREITO DO TRABALHO – HISTÓRIA

O termo trabalho conforme Alice Monteiro de Barros teve origem do latim *tripaliare*, cuja tradução expressa uma martirização com *tripalium*. *Tripalium* era um instrumento de tortura de três paus, ou “uma canga que pesava sobre os animais”, conforme descreve Sérgio Pinto Martins.

Uma das primeiras formas de trabalho foi a escravidão, um trabalho ausente de dignidade pelo qual uma pessoa não era considerada ser humano, mas era reduzida na forma de uma ‘coisa’, como se fosse um objeto qualquer. Nesta condição, o escravo era visto como uma mercadoria, portanto fazia parte do “objeto do direito de propriedade de seu senhor e não era tido um sujeito de direito”², portanto não havia a Concepção do Direito do Trabalho, somente de trabalho escravo.

A condição de escravo era observada com o fato do nascimento realizado de “mãe escrava, prisioneiro de guerra, de condenação penal, descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército, entre outras razões”³.

Já no mundo grego antigo, Platão e Aristóteles tratavam o trabalho no sentido

² BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª.ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 55.

³ Ibid., p. 54.

depreciativo, visto que apenas trazia a concepção de utilização da força. Naquela época, possuir dignidade significava estar em um meio intelectual, pelos quais o homem participava de discussões pertinentes a sua cidade, por exemplo. Tal concepção abrangia a questão do trabalho como algo vil e era considerada assim por aqueles que pertenciam a classes mais abastadas da sociedade grega daquele período, visto que eles faziam parte da aristocracia grega, os chamados “conquistadores dóricos”⁴. Já em outra vertente, oposta a anterior, também na Grécia, trazida por Hesíodo, Protágoras e os sofistas⁵ havia a compreensão do trabalho como algo que trazia dignidade a condição de ser humano. Não obstante, o referido entendimento era preconizado pelos pensadores de origem mais simples da sociedade grega.

Neste contexto, aos “escravos permitia-se o trabalho leve e doméstico em dias destinados a repouso, exceto nos dias das, *Saturnales*, que inicialmente duravam três dias (18 a 20 dezembro), prolongando-se posteriormente até as festas *sigilariae*, como acentua Bayón Chacon o que vem comprovar a existência de normas heterônomas aplicáveis também aos escravos, embora em número insignificante”⁶.

Ressalta-se também existência da questão do trabalho realizado por pessoas que trabalhavam como autônomas e que possuíam a sua liberdade, a exemplo dos artesãos. “Suas associações recebiam o nome de colégios romanos, provavelmente fundadas por Numa Pompílio, com finalidade religiosa e de socorro mútuo”⁷.

Alice Monteiro de BARROS relata que o trabalho no período da Idade Média em algumas seitas hereges, era para o autosustento, pois através do trabalho garantia-se autonomia e liberdade, entretanto, indicava-se a utilização de todo esforço possível, inclusive além do necessário, caso fosse preciso.

Em Roma, o escravo era visto como um objeto, uma coisa, no período de 284 a.C⁸ da Lex Aquilia, portanto, este trabalho era considerando aviltante, ou seja, degradante. Neste período, iniciou-se a denominada *locatio conductio* pelo qual tinha como propósito regular as situações utilização de mão de obra. Na época, os senhores, em razão do aumento populacional da sociedade, bem como da demanda das relações sociais utilizavam mão de obra escrava de outros senhores mediante concessão mediante pagamento, o arrendamento. Com isto, aos poucos se observou que, além dos escravos, os homens classe econômica inferior, com um baixo poder aquisitivo, passaram também a oferecer os seus serviços.

Configura-se a partir daí o surgimento do trabalho prestado por homens livres

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26.ed.São Paulo: Altas, 2010. p.4.

⁵ Sofista: Rubrica: filosofia. Na antiga Grécia (sV a.C. e IV a.C.), mestre da retórica que tomava a si a tarefa de ensinar conhecimentos gerais, gramática e a arte da eloquência para os cidadãos gregos postulantes à participação ativa na vida política, tendo freq. acrescentado questionamentos polêmicos aos debates filosóficos da época. HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa 2.0**. Rio de Janeiro: Objetiva: 2009.

⁶ BARROS, Alice Monteiro. 2009. p.56.

⁷ BARROS, Alice Monteiro. Loc.cit

⁸ Séculos VII e VI a.C.

mediante retribuição, este pagamento realizado pela outra parte era denominado *merces* ou *pensio*. Com o advento destas alterações, consolidou-se uma nova organização do trabalho. Neste ínterim, a organização era dividida em três tipos: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operis faciendi*, e *locatio conductio operarum*.

Na *locatio conductio rei* uma das partes sujeitava-se a conceder a outra o uso de uma coisa em troca de uma contraprestação.

Na *locatio conductio operis faciendi*, por sua vez, havia a prestação de serviços para uma determinada obra cuja finalidade era o resultado mediante pagamento pelos serviços. A *locatio operis faciendi* é um precedente ao contrato de empreitada existente atualmente.

Por fim, a *locatio conductio operarum* caracteriza-se por ser uma figura antecedente ao contrato de trabalho. Nesta modalidade, havia a prestação de serviços de uma pessoa para a outra com remuneração definida em razão do tempo do trabalho executado.

Na *locatio operis* o pagamento era realizado a cada parte da execução do trabalho, ou mesmo por jornada de trabalho realizada ou mesmo no término de obra, e até mesmo mediante uma exibição prévia do trabalho pronto. Nesta época, observava-se limite a autonomia da vontade de forma plena⁹.

Neste sentido, relata Alice Monteiro de BARROS que mesmo diante de uma liberdade, referente aos contratos, por parte dos juízes da época havia o entendimento do pagamento em dinheiro quando se tratava de *locatio*, pois o pagamento realizado, mediante alimentação, habitação etc, era considerado acessório das denominadas *merces*. **Deveria existir um prévio acordo entre as partes, sendo considerando** comum, à época, o pagamento pela jornada de trabalho, a não ser que as partes avençassem ao contrário¹⁰.

Destaca Alice Monteiro de BARROS “a coexistência na sociedade romana da antiguidade, de normas autônomas e normas heterônomas é inegável não obstante predominassem as primeiras. As normas dispositivas permitiram o exercício de uma certa liberdade contratual, que não chegou, evidentemente, a assumir a projeção encontrada no liberalismo”¹¹.

Na sequência, já na Idade Média, inicia-se um período caracterizado pela servidão. Muito embora não houvesse que se falar em escravidão, existia, naquele tempo, o trabalho realizado pelos empregados do senhor feudal, no qual era considerado pesado. Pelo labor os empregados recebiam em troca do senhor feudal a garantia de proteção política e militar¹².

Havia a atribuição de que os servos tinham a obrigatoriedade de entregar parte de sua produção rural aos senhores feudais, em troca disto, recebiam proteção e a possibilidade de utilização da terra. Deste modo, o trabalho, a princípio, era predominantemente agrário. Cabe enfatizar que como eles trabalhavam sob o regime de servidão, os servos poderiam ser tratados

⁹ BARROS, Alice Monteiro. 2009, p. 58.

¹⁰ CHACON, Bayon apud BARROS, Alice Monteiro. Loc.cit.

¹¹ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª.ed. São Paulo: LTr, 2009.p. 58.

¹² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26.ed.São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

mal, bem como poderiam ser encarcerados. Ainda, o senhor feudal poderia, no caso de casamento dos seus servos, ter direito à noite de núpcias com a serva, sendo tal ato denominado jus primae noctis.

No século X por sua vez, em razão de novas necessidades a serem satisfeitas diante do crescimento da economia medieval, os trabalhadores passaram a adquirir mercadorias além das áreas dos feudos.

Na sequência, quando ocorreu a queda do Império Romano as relações de trabalho, que eram autônomas, passaram a ser de regime heterônomo. Havia neste momento a existência da figura dos mestres, proprietários das oficinas, sendo assim, consolidou-se as “corporações de ofício, constituídas por mestres que, em princípio obtinham cargo pelas suas aptidões profissionais por terem executado uma obra prima”¹³. Diante disto, aos poucos tais prerrogativas foram desaparecendo, trazendo a baila a solidificação da oligarquia nas corporações¹⁴.

Com isto, a partir do século XII, principalmente na Europa, em destaque na França, ocorreu preocupações, por parte das corporações, com relação a qualidade na produção das mercadorias, de modo que o produto oferecido fosse exímio. Para assegurar a excelência das mercadorias, conforme elucida Alice Monteiro de BARROS, passou a existir uma fiscalização rigorosa nos setores de alimentação e tecelagem principalmente. Neste sentido, com a referida inspeção, o mestre não poderia realizar a seleção de empregados de outras corporações. Já na Inglaterra exigia-se uma exclusividade profissional, visto que aquele que realizava as suas atividades sem pertencer a qualquer corporação não poderia prestar os seus serviços dentro do perímetro urbano. Ainda, era vedado o trabalho ao artesão que fosse estrangeiro.

Neste momento, o mero acordo contratual entre as partes passava a não ser mais o que vigorava, pois as regras das Corporações de Ofício passaram a sobrepor as normas que regulavam os contratos, tendo aplicação a todos: “aprendizes, operários ou companheiros e aos mestres”¹⁵.

Os aprendizes poderiam celebrar contratos de aprendizagem que teriam duração de acordo com o grau de dificuldade do ofício, os mestres possuíam a guarda dos aprendizes e detinham o dever de alimentá-los, oferecer habitação, bem como de ensinar seus conhecimentos. Depois do período de aprendizagem o aprendiz tornava-se companheiro, e adquirindo a carta de mestre, ou mesmo casando com a filha ou viúva do mestre passava a esta posição.

Já, naquele período, existia a configuração do trabalho por dia e por unidade de obra. Por derradeiro, destaca-se que as normas estabelecidas para fins de trabalho, neste momento, não observavam a vontade dos trabalhadores, todavia, diante de uma situação de morte ou até mesmo incapacidade laborativa, invalidez do artesão, as corporações ajudavam as famílias.

¹³ BARROS, Alice Monteiro. 2009. p.59.

¹⁴ Regime político em que o poder é exercido por um pequeno grupo de pessoas, pertencentes ao mesmo partido, classe ou família. HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa 2.0**. 2009.

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro. op.cit. p.59.

Com o passar dos anos, o regime heterônomo das corporações de ofício começou a sair de cena, no século XV, dando lugar ao regime liberal.

No regime liberal tem-se uma concepção de trabalho de forma autônoma. As corporações foram extintas, através da Lei Chapelier de 1791 pelo qual promulgou que todo homem era livre para o exercício de qualquer trabalho, ofício, arte ou profissão, com livres contratações, entretanto o trabalhador autônomo estava obrigado aos pagamentos de impostos ao governo. Nesta ocasião, o trabalho artesanal passou por um declínio em razão da tecnologia que começava a emergir junto com a Revolução Industrial, desta forma, a máquina passou a realizar o trabalho que antes era efetuado por um instrumento manual¹⁶.

Com relação ao regime liberal, a contratação tinha como escopo a vontade das partes que, acordada, passava a ter força de lei.

O código de Napoleão de 1804, determinava a “vontade contratual como norma suprema das relações jurídicas”¹⁷. Neste ínterim, Alice Monteiro de BARROS salienta que:

Nesse Código, de cunho puramente individualista, encontram-se as diretrizes da organização do trabalho nos quadros do Direito Civil. O Código Francês de 1804 regulou o contrato de trabalho como uma das modalidades de locação, no Capítulo II, Título VIII, do Terceiro Livro, consagrando apenas dois artigos a esse importante ajuste. O **primeiro** desses artigos dispunha que o trabalhador só poderia se obrigar por certo tempo ou para execução de determinada obra, e o **segundo** consubstanciava-se na determinação de que o empregador merece crédito pela sua afirmação no tocante aos salários pagos anualmente.¹⁸

Havia estipulação de prazo para o contrato de trabalho para que não houvesse o ressurgimento da escravidão.

Salienta-se que com base nos dispositivos do Código Civil Francês, outros países, tais como a Argentina e a Espanha, também inseriram em seus Códigos Civis as disposições relativas ao trabalho relacionado a locação. Sob outro aspecto, o Código Civil alemão trazia disposições relacionadas ao trabalho, entretanto, fora do contexto da locação, deste modo, não prevendo o contrato de trabalho como locação¹⁹.

No período da Revolução Industrial as relações de trabalho sofreram impactos profundos. A autonomia nas contratações de pessoas para prestarem serviços, iniciou uma relevante distinção entre a classe mais forte e mais fraca, de forma que a primeira passou a oprimir a segunda. Nesta época, tem-se além do trabalho do homem, o trabalho exercido por mulheres e crianças, pois, com a colocação das máquinas, o trabalho poderia ser exercido por eles também. Entretanto, estes trabalhadores eram submetidos a trabalhos sem limite de jornada, ou seja, com excesso de horas, em condições degradantes, sem nenhuma higiene e/ou condição adequada,

¹⁶ BARROS, Alice Monteiro. 2009. p.61.

¹⁷ Ibid. p.62.

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro. loc.cit.

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro. 2009. p.63.

tudo isto em troca de salários baixíssimos.

Sob este prisma, estava em vigência, naquele período, a Lei Bronze que preconizava o trabalho como uma mera mercadoria, com preço firmado pela concorrência e tinha como objetivo somente a produção, sendo fixados salários que garantiam o mínimo do mínimo para a subsistência dos empregados. Diante de tal situação, Marx cria o “princípio da depauperação progressiva do proletariado”²⁰ relacionada com a acumulação de capital por parte das indústrias que empregavam estes trabalhadores com mão de obra a um custo ínfimo, em condição análoga a de escravo. Sendo assim, sucedeu um estímulo por parte dos trabalhadores que começaram a criar uma consciência coletiva da categoria na qual, através de organização e de trabalhadores começaram a reivindicar melhores condições e uma posição para resolução desta situação ao Poder Público. A igreja também notando esta situação e preocupada com os trabalhadores, estabeleceu o seu entendimento, através da Encíclica *Rerum Novarum*, no ano de 1891, de Leão XIII. Neste documento, a igreja condenava “os excessos capitalistas, socialistas e comunistas”²¹. A Encíclica foi um instrumento que apresentou, à época, diretrizes a respeito da dignidade da pessoa humana, mesmo que, naquele momento, tal conceito ainda não existisse, esta concepção pode ser constatada com a averiguação de algumas das disposições trazidas por ela:

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objecto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, para que o operário não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo.

[..]

No que diz respeito aos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever da autoridade pública subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam, sem nenhuma descrição, tanto das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo.

²⁰ Ibidem. p.64.

²¹ BARROS, Alice Monteiro. loc.cit.

[..]

A atividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que se não podem ultrapassar. O exercício e o uso aperfeiçoam-na, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser proporcionada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários. O trabalho, por exemplo, de extrair pedra, ferro, chumbo e outros materiais escondidos debaixo da terra, sendo mais pesa-do e nocivo à saúde, deve ser compensado com uma duração mais curta. Deve-se também atender às estações, porque não poucas vezes um trabalho que facilmente se suportaria numa estação, noutra é de facto insuportável ou somente se vence com dificuldade.

Enfim, o que um homem válido e na força da idade pode fazer, não será equitativo exigí-lo duma mulher ou duma criança²².

Após a referida Encíclica, a igreja ainda apresentou os seguintes documentos: Encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931, de Pio XI, Encíclica *Mater et Magistra* de 1961, Encíclica *Pacem in Terris*, de 1963, de João XXIII, Encíclica *Populorum Progressio*, de 1967, e a Encíclica *Laborem Exercens*, de 1981, de João Paulo II²³. Todas em prol da observância da dignidade do trabalho do homem.

Em razão dessas situações alarmantes, ante uma sociedade puramente dividida entre os que detinham maior poder opressor sobre os vulneráveis, pobres que necessitavam de trabalho para a sua sustentabilidade e se submetiam, em razão disto, a trabalhos indignos e degradantes, em certo período, infelizmente, o Estado ficou inerte com esta situação, e, posteriormente, quando deveria posicionar-se a favor dos hipossuficientes, agiu em prol do capitalismo exacerbado, deixando de lado os relevantes interesses da classe trabalhadora oprimida.

Diante disto, a instabilidade instaurou-se abrindo espaço para necessidade de atuação de um ordenamento jurídico que estabelecesse um equilíbrio.

Não obstante, os trabalhadores, com um sentimento de solidariedade uns pelos outros, se uniram reivindicando seus direitos.

Deste modo, consolidou-se em todos os povos o Direito do Trabalho. O Estado posicionou-se passando a ser moldado nos ditames da justiça social.

Diversas Constituições a partir daí começaram a inserir o Direito do Trabalho no rol de direitos a serem observados. Como apresentado nas Constituições: do México de 1917; do Peru em

²² ENCÍCLICA *Rerum Novarum*. Vaticano. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em 1 jun. 2011.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37

1933; da Áustria em 1925; da Rússia em 1918 e 1935; do Brasil em 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988; da Espanha em 1931; do Uruguai em 1934; da Bolívia em 1938; da Nicarágua em 1939; de Honduras em 1936; da Colômbia em 1936 e 1945; da Romênia em 1948, da República Federal Alemã em 1949; República Democrática Alemã em 1949; Tchecoslováquia em 1948; Venezuela em 1947 e 1961; Turquia em 1961; Iugoslávia em 1921 e 1963 e Guatemala em 1965²⁴.

Ressalta-se, com isto, que após inúmeras pessoas acidentadas no trabalho, tal fato trouxe para a legislação laboral um caráter mais humano, no que se incluíam crianças, adolescentes, jovens e mulheres que laboravam a salários desprezíveis em jornadas de trabalho exaustivas.

Enfatiza-se, ainda, as bases trazidas pela Organização Internacional do Trabalho (criada em 1919) cujas diretrizes constituídas por intermédio de Convenção Internacionais, em alguns países, passam a ter força de lei.

Ademais, os Estados Unidos da América também passa a destacar-se com as suas convenções coletivas de trabalho.

Já a Europa concentrou-se em observar documentos internacionais que abrangiam a proteção laboral e da previdência social dos trabalhadores.

Sob este prisma, considerando a construção histórica do Direito do Trabalho, hoje se nota a relevância do Meio Ambiente do Trabalho, tema que será abordada na sequência.

3. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O Meio Ambiente do Trabalho faz parte de um dos desdobramentos do conceito de meio ambiente.

Neste sentido, o Meio Ambiente do Trabalho abrange a qualidade de vida do trabalhador, englobando a proteção à saúde do trabalhador, o cuidado com a exposição a agentes nocivos à saúde, doenças ocupacionais, etc. **A qualidade de vida e equilíbrio no trabalho devem ser garantidos para a sustentabilidade no ambiente laboral. Para tanto, a legislação brasileira, que assegura a proteção do trabalhador, deve ser rigorosamente cumprida, bem como as disposições oriundas da Organização Internacional do Trabalho - OIT.**

Um dos principais objetivos do direito do ambiente inclui-se a qualidade de vida, no qual se engloba a saúde do trabalhador.

O meio ambiente tem que ser um local salubre ao trabalhador, isto abrange um local em que não haja exposição a agentes nocivos ou atividades prejudiciais à saúde, ou se houver, que os equipamentos de proteção adequados sejam utilizados para minimização dos danos causados.

Além desta questão, há o fato do período de trabalho, jornadas de trabalho até 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, respeitando-se o intervalo de 11 (onze) horas entre uma jornada e outra para descanso, bem como os intervalos previstos em lei para descanso

²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. 2009. p. 36.

dentro da jornada. Ainda deve-se observar as jornadas de trabalho diferenciadas de algumas profissões. Sob este aspecto, cabe se atentar a todas previsões legais que regulam a proteção aos direitos do trabalhador e que visam resguardar, e melhorar a sua qualidade de vida em respeito à sua saúde. Nos dias atuais, a dinâmica do mundo globalizado faz com que os trabalhadores não tenham qualidade de vida laboral.

Não obstante, mesmo diante desta realidade, cabe salientar, que algumas empresas preocupam-se com a qualidade de vida laboral de seus trabalhadores.

Consoante Alice Monteiro de BARROS o meio ambiente de trabalho salubre é direito personalíssimo do empregado oponível ao empregador.

Em algumas situações, as condições de trabalho não são adaptadas à capacidade física e mental do trabalhador, que além de estar submetido a riscos de acidente do trabalho, está exposto a doenças profissionais. Neste sentido, a precariedade das condições de trabalho, na execução de suas atividades, traz como resultado fadiga, preocupações e insatisfação por parte do trabalhador, prejudicando diretamente a sua saúde. A falta de qualidade no ambiente do trabalho é fator evidente de diminuição na qualidade, produtividade etc.

Ademais, diversas situações geram acidentes e envelhecimento precoce do trabalhador, tais como: excesso de trabalho, jornadas de trabalho extensas, falta de repouso entre as jornadas e durante a jornada, tarefas repetitivas, esforço físico, ambiente hostil, tensão contínua, postura inadequada, atenção, ritmo de trabalho²⁵.

Dando seguimento, referente a saúde do trabalhador, no próximo item, o tratar-se-á a respeito da Medicina e Segurança do Trabalho.

3.1 MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO

Sob este prisma, referente ao aspecto histórico, João Bosco de Castro OLIVEIRA salienta que a preocupação com a segurança no trabalho já existia antes de Jesus Cristo, em razão das grandes construções da época, tais como as pirâmides egípcias. Nesta acepção, o autor remete a uma passagem Bíblica relatada em Deuteronômio capítulo 22:8 que preconizava segurança na construção de uma casa.

Enfatiza ainda João Bosco de Castro OLIVEIRA que a parte histórica da segurança no trabalho remete ao ano de 1700 na figura do médico Bernardino Ramazzini, conhecido como “pai da Medicina do Trabalho”, que publicou uma obra onde relacionava doenças de trabalhadores da época com o ofício exercido por eles.

Nos séculos XVIII e XIX, na Inglaterra, este assunto foi de grande relevância em razão da Revolução Industrial. Diante do surgimento das máquinas, o trabalho essencialmente manual passou a ser substituído por trabalho automatizado. Com isto, as pessoas pertencentes às famílias

²⁵ BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª.ed. São Paulo: LTr, 2009. .p. 1063 e 1064.

pobres eram a mão de obra barata da época, famílias inteiras (homens, mulheres e crianças) se dedicavam ao trabalho nas fábricas.

João Bosco de Castro OLIVEIRA destaca que os “empregadores, ansiosos por obter um suprimento inesgotável de mão de obra a custo baixo, aceitavam 1 (uma) criança deficiente mental para cada 12 (doze) sadias”²⁶.

Naquele momento, não havia qualquer tipo de regulamentação em lei, portanto, os empregadores determinavam como o trabalho seria realizado, conseqüentemente, as prestações laborais apresentavam-se em condições análogas a de escravo, como já relatado anteriormente. O contrato era de livre estipulação das partes e o trabalhador sempre ficava em posição de vulnerabilidade, sem poder de opinar sobre o seu acordo trabalhista. A necessidade subsistência e a falta de regulamentação protetiva aos trabalhadores os deixavam sem qualquer opção. Não havia pena para imposição de jornadas extenuantes de trabalho, sem distinção (homens, mulheres e crianças), bem como no que tange a trabalhos penosos, perigosos e insalubres.

Salienta João Bosco de Castro OLIVEIRA que

Todo esse quadro assumiu situações tão graves que seria inadmissível permanecer desprotegido o próprio respeito humano. Não só os acidentes de sucederam, mas também enfermidades típicas agravadas pelo ambiente profissional. Durante o período de inatividade, o operário não recebia salário, e assim, passou a sentir a insegurança em que se encontrava, pois não havia leis que o amparassem, e o empregador salvo raras exceções, não tinha interesse em que essas leis existissem, nem consciência de seus deveres.²⁷

Diferente daquela época, nos dias atuais, a proteção do meio ambiente do trabalho salubre ao empregado é trazida na legislação trabalhista, nas questões relacionadas à Medicina e Segurança no Trabalho.

Ressalta Sérgio Pinto MARTINS que até meados do século XVIII não existia a preocupação com a saúde do trabalhador, mas este fato alterou-se com a Revolução Industrial.

A Revolução Industrial foi o marco das reivindicações pela proteção da vida e saúde do empregado. Aquela época foi marcada por muitos acidentes do trabalho, trabalho infantil, jornadas de trabalhos exaustivas, em razão de sua extensão, exposição e contato com agentes nocivos à saúde etc. Com isto, normas acerca das condições mínimas de trabalho começaram a ser estabelecidas.

No Brasil, as condições de trabalho, no que tange ao meio ambiente e a relevância da proteção no trabalhador, ocorreu efetivamente com a Consolidação das Leis do Trabalho (artigos

²⁶ OLIVEIRA, João Bosco de Castro. Da História da Segurança do Trabalho. In: SCADELAI, Aparecida Valdinéia; OLIVEIRA, Cláudio Antonio Dias; MILANELI, Eduardo; OLIVEIRA, João Bosco de Castro Oliveira; BOLOGNESI, Paulo Roberto. **Manual Prático e Saúde e Segurança do Trabalho**. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2009, p.2.

²⁷ OLIVEIRA, João Bosco de Castro. 2009, p.3.

154 a 201 da CLT), pela qual, posteriormente, suas disposições foram regulamentadas pelas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego.

Ainda, consoante Sérgio Pinto MARTINS, a Medicina e Segurança do Trabalho, abrangidas no Direito do Trabalho, têm como encargo o oferecimento de condições de proteção à saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, bem como tem como escopo a sua recuperação quando estiver afastado das atividades laborativas, em decorrência de não ter condições de prestar serviços ao empregador.

Nesta mesma concepção, no que tange a saúde o artigo 200, VIII da Constituição Federal, esta preconiza que ao Sistema único de Saúde compete também a proteção do Meio Ambiente do Trabalho.

Destaca-se que a obrigação do cumprimento das disposições das condições de trabalho e do meio ambiente deve ser realizada tanto pelos empregados quanto pelos empregadores, cada um no âmbito de seus direitos e deveres.

Na sequência atinente a este tema, se dará enfoque saúde, matéria de relevância quando se fala a respeito de trabalhador.

4. SAÚDE

No que diz respeito a saúde, esta como direito, tem previsão no artigo 196 da Constituição Federal no qual determina a saúde é direito de todos, mas a titularidade do dever do Estado. A Constituição Federal estabelece o Estado é incumbido o dever de garantir à saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Organização Mundial da Saúde - OMS conceitua saúde como o bem estar físico, mental e social, deste modo, tratando a saúde em sua integralidade.

O termo saúde significa: "estado de equilíbrio dinâmico entre o organismo e seu ambiente, o qual mantém as características estruturais e funcionais do organismo dentro dos limites normais para sua forma de vida e para a sua fase do ciclo vital, estado de boa disposição física e psíquica; bem-estar" ²⁸, todavia, esta visão de saúde é "organicista" ²⁹. O Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS determina que saúde não é somente a ausência de doenças, mas também o "completo bem-estar físico, mental e social" ³⁰.

A OMS estendeu a esfera que abrangia o conceito de saúde, que antes estava apenas restrito a aspectos de cura e prevenção de doenças, ocasionando, desta forma, uma verdadeira "promoção" da saúde. Tal definição foi construída logo após a Segunda Guerra Mundial e para a época era muito difícil que, um mundo arruinado devido à guerra pudesse ter condições de

²⁸ HOUAISS, Antonio. 2009.

²⁹ SCHWARTZ, Germano André Doerderlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 35.

³⁰ Idem.

atender aos critérios estabelecidos. A OMS foi a primeira organização a levar em consideração em seu conceito a saúde mental e não somente a do corpo.

O direito à saúde está previsto também na Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas quando dispõe em seu art. XXV:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Além disso, referido direito está incluído no rol dos direitos sociais de acordo com o art. 6º da Constituição Federal que dispõe:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A saúde, conforme considera Elida SÉGUIN, não é somente um direito individual, mas um direito difuso, pois, abrange pessoas indeterminadas em uma sociedade, conectadas pela necessidade de acesso à saúde para o estabelecimento de uma vida digna, destarte, são direitos indivisíveis e transindividuais.

Desta forma, como classifica a Carta Magna, em seu art. 197, a saúde com suas ações e serviços, é de relevância pública. Além de ser também um direito fundamental em consideração, primordialmente, à dignidade da pessoa humana.

Neste tópico abordou-se a saúde de forma geral e sua relevância à vida da pessoa humana. No próximo tema estudar-se-á a saúde do trabalhador e sua importância para garantia de uma sadia qualidade de vida, bem como seu papel basilar no âmbito corporativo, em respeito à dignidade da pessoa humana.

4.1 SAÚDE DO TRABALHADOR

A saúde do trabalhador está atrelada a fatores sociais, econômicos, tecnológicos e organizacionais, sendo estes relacionados ao perfil de produção e consumo. Enfatize-se que, além disso, há fatores de risco de natureza física, química, biológica, mecânica e ergonômica, presentes nas atividades laborativas condicionantes à garantia da saúde.

No que diz respeito às condições ambientais do trabalhador, visando ao resguardo de sua vida e saúde, no ano de 2011, ocorreu a regulamentação da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, com a publicação do Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011.

Destaca-se que a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST tem como escopo a promoção da saúde e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador, bem como a prevenção de acidentes e de danos à saúde advindos ou relacionados ao trabalho, ou mesmo que daqueles ocorram no curso dele, por meio da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho.

Cabe enfatizar ainda que a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho está embasada em princípios norteadores e suas diretrizes abrangem a:

- a) universalidade: abrangência geral, a todos.
- b) prevenção;
- c) precedência das ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação;
- d) diálogo social; e
- e) integralidade.

Concernente a isto, para atingir o seu objetivo, o Decreto estabelece a implementação da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho - PNSST por meio da articulação continuada das ações de governo no campo das relações de trabalho, produção, consumo, ambiente e saúde, todavia, com a participação voluntária das organizações representativas de trabalhadores e empregadores.

Por conseguinte, as **ações pertinentes ao âmbito da** Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST devem estar inseridas no Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, cujo desenvolvimento tem que ocorrer de acordo com as seguintes diretrizes:

- a) inclusão de todos trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção da saúde;
- b) harmonização da legislação e a articulação das ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, reabilitação e reparação da saúde do trabalhador;
- c) adoção de medidas especiais para atividades laborais de alto risco;
- d) estruturação de rede integrada de informações em saúde do trabalhador;
- e) promoção da implantação de sistemas e programas de gestão da segurança e saúde nos locais de trabalho;
- f) reestruturação da formação em saúde do trabalhador e em segurança no trabalho e o estímulo à capacitação e à educação continuada de trabalhadores;
- e
- g) promoção de agenda integrada de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho.³¹

Sob este aspecto, na implementação e execução da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho a legislação designa como responsáveis os Ministérios do Trabalho e Emprego, da Saúde e da Previdência Social, sem prejuízo do envolvimento de outros órgãos e instituições que possuam atuação na área.

³¹ BRASIL. Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011.

Diante disto, atinente as atribuições do Ministério do Trabalho e Emprego, pode-se destacar que este ficará responsável por, consoante Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011:

- a) formular e propor as diretrizes da inspeção do trabalho, como também supervisionar e coordenar a execução das atividades relacionadas com a inspeção dos ambientes de trabalho e respectivas condições de trabalho;
- b) elaborar e revisar, em modelo tripartite, as Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho;
- c) participar da elaboração de programas especiais de proteção ao trabalho, assim como da formulação de novos procedimentos reguladores das relações capital-trabalho;
- d) promover estudos da legislação trabalhista e correlata, no âmbito de sua competência, propondo o seu aperfeiçoamento;
- e) acompanhar o cumprimento, em âmbito nacional, dos acordos e convenções ratificados pelo Governo brasileiro junto a organismos internacionais, em especial à Organização Internacional do Trabalho - OIT, nos assuntos de sua área de competência;
- f) planejar, coordenar e orientar a execução do Programa de Alimentação do Trabalhador; e
- g) por intermédio da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho - FUNDACENTRO:
 - 1. elaborar estudos e pesquisas pertinentes aos problemas que afetam a segurança e saúde do trabalhador;
 - 2. produzir análises, avaliações e testes de medidas e métodos que visem à eliminação ou redução de riscos no trabalho, incluindo equipamentos de proteção coletiva e individual;
 - 3. desenvolver e executar ações educativas sobre temas relacionados com a melhoria das condições de trabalho nos aspectos de saúde, segurança e meio ambiente do trabalho;
 - 4. difundir informações que contribuam para a proteção e promoção da saúde do trabalhador;
 - 5. contribuir com órgãos públicos e entidades civis para a proteção e promoção da saúde do trabalhador, incluindo a revisão e formulação de regulamentos, o planejamento e desenvolvimento de ações interinstitucionais; a realização de levantamentos para a identificação das causas de acidentes e doenças nos ambientes de trabalho; e
 - 6. estabelecer parcerias e intercâmbios técnicos com organismos e instituições afins, nacionais e internacionais, para fortalecer a atuação institucional, capacitar os colaboradores e contribuir com a implementação de ações globais de organismos internacionais.³²

³²

BRASIL. Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011.

Já ao Ministério da Saúde, também responsável por tratar ações, tem como competência, nos termos do Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011:

- a) fomentar a estruturação da atenção integral à saúde dos trabalhadores, envolvendo a promoção de ambientes e processos de trabalho saudáveis, o fortalecimento da vigilância de ambientes, processos e agravos relacionados ao trabalho, a assistência integral à saúde dos trabalhadores, reabilitação física e psicossocial e a adequação e ampliação da capacidade institucional;
- b) definir, em conjunto com as secretarias de saúde de Estados e Municípios, normas, parâmetros e indicadores para o acompanhamento das ações de saúde do trabalhador a serem desenvolvidas no Sistema Único de Saúde, segundo os respectivos níveis de complexidade destas ações;
- c) promover a revisão periódica da listagem oficial de doenças relacionadas ao trabalho;
- d) contribuir para a estruturação e operacionalização da rede integrada de informações em saúde do trabalhador;
- e) apoiar o desenvolvimento de estudos e pesquisas em saúde do trabalhador;
- f) estimular o desenvolvimento de processos de capacitação de recursos humanos em saúde do trabalhador; e
- g) promover a participação da comunidade na gestão das ações em saúde do trabalhador;

Por fim, o Ministério da Previdência Social dentro seu âmbito de competência é responsável por, conforme preconiza o Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011:

- a) subsidiar a formulação e a proposição de diretrizes e normas relativas à interseção entre as ações de segurança e saúde no trabalho e as ações de fiscalização e reconhecimento dos benefícios previdenciários decorrentes dos riscos ambientais do trabalho;
- b) coordenar, acompanhar, avaliar e supervisionar as ações do Regime Geral de Previdência Social, bem como a política direcionada aos Regimes Próprios de Previdência Social, nas áreas que guardem inter-relação com a segurança e saúde dos trabalhadores;
- c) coordenar, acompanhar e supervisionar a atualização e a revisão dos Planos de Custeio e de Benefícios, relativamente a temas de sua área de competência;
- d) realizar estudos, pesquisas e propor ações formativas visando ao aprimoramento da legislação e das ações do Regime Geral de Previdência Social e dos Regimes Próprios de Previdência Social, no âmbito de sua competência; e
- e) por intermédio do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS:
 - 1. realizar ações de reabilitação profissional; e
 - 2. avaliar a incapacidade laboral para fins de concessão de benefícios previdenciários.³³

No que tange à gestão participativa da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho

³³ BRASIL. Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011.

-PNSST está é responsabilidade da Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho – CTSST que é constituída por representantes do governo, trabalhadores e empregadores, conforme ato conjunto dos Ministros de Estado do Trabalho e Emprego, da Saúde e da Previdência Social.

Neste caso, ainda é da alçada da à Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho – CTSST:

- a) o acompanhamento à implementação e propor a revisão periódica da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho -PNSST, em processo de melhoria contínua;
- b) o estabelecimento dos mecanismos de validação e de controle social da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho -PNSST;
- c) a elaboração, acompanhamento e revisão periódica do Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho;
- d) a definição e implantação das formas de divulgação da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho -PNSST e do Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, dando publicidade aos avanços e resultados obtidos; e
- e) a articulação da rede de informações sobre Segurança e Saúde no Trabalho-SST.³⁴

Por sua vez, a gestão executiva da Política será conduzida por Comitê Executivo constituído pelos Ministérios do Trabalho e Emprego, da Saúde e da Previdência Social. Neste ínterim, compete ao Comitê Executivo:

- a) A coordenação e supervisão da execução da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho -PNSST e do Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho;
- b) a atuação junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de modo que as propostas orçamentárias de saúde e segurança no trabalho sejam concebidas de forma integrada e articulada a partir de cada programa e respectivas ações, de modo a garantir a implementação da Política;
- c) a elaboração de relatório anual das atividades desenvolvidas no âmbito da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho -PNSST encaminhando-o à Comissão Tripartite de Saúde e Segurança no Trabalho – CTSST e à Presidência da República;
- d) a disponibilização periódica das informações sobre as ações de saúde e segurança no trabalho à sociedade; e
- e) a proposição campanhas sobre Saúde e Segurança no Trabalho.

Com base no disposto acima, o governo federal disponibilizou informações acerca da Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador e delineou que

“[...] o perfil de morbimortalidade dos trabalhadores no Brasil, na atualidade, caracteriza-se pela coexistência de:

³⁴ BRASIL. Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011.

- agravos que têm relação com condições de trabalho específicas, como os acidentes de trabalho típicos e as “doenças profissionais”;
- doenças que têm sua frequência, surgimento ou gravidade modificados pelo trabalho, denominadas “doenças relacionados ao trabalho” e;
- doenças comuns ao conjunto da população, que não guardam relação de causa com o trabalho, mas condicionam a saúde dos trabalhadores³⁵.

Neste mesmo contexto, atenta-se para o fato de que a escassez e inconsistência das informações sobre a verdadeira situação de saúde dos trabalhadores dificultam a definição de prioridades para as políticas públicas. Com isto, não há efetivo planejamento e implementação das ações de saúde do trabalhador, bem como há privação da sociedade com relação aos instrumentos relevantes para a melhoria das condições de vida e trabalho.

As informações disponíveis referem-se, de modo geral, apenas aos trabalhadores empregados e cobertos pelo Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT) da Previdência Social, todavia, além destes há os trabalhadores informais.

Sob este contexto conclui-se que

[...] o sistema de segurança e saúde do trabalhador carece de mecanismos que incentivem medidas de prevenção, responsabilizem os empregadores, propiciem o efetivo reconhecimento dos direitos do segurado, diminuam a existência de conflitos institucionais, tarifem de maneira mais adequada as empresas e possibilite um melhor gerenciamento dos fatores de riscos ocupacionais³⁶.

Diante de afastamentos, o custo da Previdência Social aumenta, nisto incluindo-se os afastamentos por acidente do trabalho, bem como a concessão de aposentadoria especial, decorrente da exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde.

No que tange ao meio ambiente, a degradação ambiental advinda dos “[...] processos de produção, produção, armazenagem, expedição, distribuição e comercialização é responsável pela poluição do ar, do solo, das águas superficiais e subterrâneas produz riscos e danos à saúde dos trabalhadores, da população do entorno e para o equilíbrio ecológico”³⁷.

Por isso é importante observar as normas pertinentes à segurança e saúde do trabalhador, estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho, Normas Regulamentadoras, Convenções

³⁵ BRASIL. **Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador**. Ministério da Saúde: Brasília. Versão pronta após sugestões – 29.12.2004. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/insumos_portaria_interministerial_800.pdf>. Acesso em: 29 fev.2012. p. 6.

³⁶ Idem.

³⁷ Ibidem, p. 8.

da Organização Internacional do Trabalho - OIT e demais legislações que visem assegurar este direito irrenunciável: o direito à saúde. Para tanto, cabe ao Poder Público e a toda sociedade a responsabilidade pela observância das diretrizes normativas que garantem este direito.

Disto faz parte também o setor privado, que possui relação direta com a saúde dos trabalhadores que ali exercem as suas atividades, de modo que estas sejam sustentáveis e o Meio Ambiente do Trabalho se apresente sadio e equilibrado. Assim, cabe a ao meio corporativo assegurar a saúde e uma vida laboral adequada àqueles que estão enquadrados na sua esfera de atuação.

Por fim, depois de salientar a relevância da saúde do trabalhador, tratar-se-á sobre a sustentabilidade no meio ambiente do trabalho, suas concepções históricas e sua aplicação ao mundo corporativo.

5. SUSTENTABILIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA CORPORATIVA

Na atualidade, tem-se a preocupação por parte das empresas com a questão da sustentabilidade. Isto no que diz respeito ao uso racional dos recursos, com o fim de garantir sustentabilidade não só quanto aos recursos naturais, mas também com relação ao Meio Ambiente de Trabalho propriamente. Sob este prisma, salienta-se que a sustentabilidade apresenta-se baseada no tripé: econômico, social e ambiental.

Neste íterim, cabe observar na sustentabilidade laboral a garantia e observância da saúde e segurança do trabalhador, no qual objetiva a sua qualidade de vida para a presente e futuras gerações.

Destaca-se que o direito ao Meio Ambiente do Trabalho equilibrado, tem previsão na Carta Magna brasileira, preceito constitucional assegurado a todos e incumbido ao Poder Público.

Para Júlio M. SCUDELER NETO "a redução dos riscos inerentes ao trabalho também constitui um dos direitos sociais assegurados pela Constituição Federal, visando à melhoria da sua condição. A dignidade da pessoa humana é um dos direitos humanos fundamentais da República Federativa do Brasil"³⁸.

Cabe salientar que as Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, dentre as diversas normas garantidoras de direitos aos trabalhadores, também estabelecem diretrizes sobre a promoção da saúde e segurança no trabalho. Não obstante, a sua aplicabilidade dar-se-á somente com a ratificação da Convenção por parte do Estado-membro, e ainda com a conscientização de toda a sociedade.

A percepção de um meio ambiente salubre é primordial para o resguardo da vida,

³⁸ SCUDELER NETO, Júlio M. A Sustentabilidade e o Ambiente do Trabalho. **Valor Econômico**. Disponível em: < <http://www.portalvalor.com.br/brasil/1080398/sustentabilidade-e-o-ambiente-do-trabalho> >. Acesso em: 3 nov.2011.

saúde e qualidade de vida do trabalhador, tanto no ponto de vista físico como psíquico. Júlio M. SCUDELER NETO relata que para uma melhor qualidade do trabalho no ambiente corporativo, para o atingimento dos objetivos da empresa, um meio ambiente de trabalho seguro e sadio é extremamente relevante.

Desta forma, a empresa cresce, como um todo, uma cadeia interligada: ambiente salubre e protegido propiciam segurança e satisfação aos trabalhadores, isto juntamente com trabalho em jornada adequada, sem excesso e com salário compatível as atribuições, bem como com o grau de qualificação trazem satisfação ao trabalhador. Em razão deste fato, tem-se como resultado: trabalhadores mais satisfeitos, saudáveis, com qualidade de vida, e conseqüentemente que trabalham com precisão e produzem com maior eficiência.

Observa-se que a legislação brasileira exige o cumprimento de diversas normas de Medicina e Segurança no Trabalho, como apresentado na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho, nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, Legislação Previdenciária, na legislação esparsa e nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Neste sentido, a título de exemplificativo, tem-se a obrigatoriedade, por parte das empresas de elaboração e acompanhamento dos laudos de Programas de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA e Programas de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO.

Com relação a uma das estruturas basilares da sustentabilidade no que tange a sua função social, ressalte-se que Júlio M. SCUDELER NETO faz uma similitude entre a função social da propriedade e do contrato, que possuem previsão na Constituição Federal e no Código Civil. O autor dispõe que “num contexto ambiente de trabalho saudável é fator essencial para a qualidade de vida ampla e não apenas de uma relação contratual de obrigações e direitos entre particulares”.³⁹

Com este mesmo enfoque, a ordem econômica atenta aos preceitos do artigo 170 da Constituição Federal que trata da valorização do trabalho do ser humano e da garantia da livre iniciativa.

Para tanto, é na valorização do trabalho, no respeito ao trabalhador que se tem a observância da dignidade da pessoa humana, o que proporciona bem estar mental, físico e social. Neste contexto, destaca-se a felicidade, como direito constitucional previsto, segundo proposta de Emenda (PEC 513/2010 ao texto da Lei Maior)⁴⁰.

³⁹ SCUDELER NETO, Júlio M. A Sustentabilidade e o Ambiente do Trabalho. **Valor Econômico**. Disponível em: < <http://www.portalvalor.com.br/brasil/1080398/sustentabilidade-e-o-ambiente-do-trabalho> >. Acesso em: 3 nov.2011.

⁴⁰ A questão da felicidade, como direito do cidadão, foi a proposta apresentada à Câmara de Deputados através da Proposta de Emenda à Constituição- PEC n.º 513/2010 a ser inserida no artigo 6º da Constituição Federal, garantindo o direito de todo o cidadão, “ser feliz”. Dispõe o texto da PEC 513/2010 “Inclui o direito à busca da felicidade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e direito inerente a cada indivíduo e à sociedade, mediante a dotação, pelo Estado e pela própria sociedade, das adequadas condições de exercício desse direito. [...] Com a aprovação da PEC 513/2010 O artigo 6º da Constituição Federal passaria a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Sob este aspecto, a Organização das Nações Unidas - ONU reconheceu a felicidade como um objetivo fundamental e valor que deve ser preservado, como anseio universal.

Neste mesmo sentido, no que diz respeito a sustentabilidade no meio ambiente do trabalho sob a perspectiva corporativa, a Organização das Nações Unidas, na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio +20, enfocou-se o tema sustentabilidade, ressaltando as suas dimensões: econômica, social ambiental. Sob este prisma, no final da Conferência elaborou-se o documento denominado “**O Futuros que Queremos**”, no qual estabeleceu diretrizes para aplicação da Sustentabilidade nos próximos anos. Diante disto, dentro as diversas temáticas apresentadas tem-se a sustentabilidade no trabalho, como se apresenta neste trecho do documento:

Reconhecemos que os trabalhadores devem ter acesso à educação, capacitação profissional, tratamento de saúde, segurança social, direitos fundamentais no trabalho, proteção social e jurídica, inclusive na segurança, no trabalho e na saúde, e oportunidades de trabalho decente. Governos, sindicatos, trabalhadores e empregadores têm um papel a desempenhar na promoção do trabalho decente para todos, e todos devem ajudar a juventude a ter a capacitação profissional necessária para encontrar um emprego, inclusive nos setores novos e emergentes. Mulheres e homens devem ter iguais acesso a oportunidades de adquirir capacitação profissional, bem como à proteção social. Reconhecemos a importância de uma transição justa, incluindo programas para ajudar a adaptação dos trabalhadores às novas condições do mercado de trabalho.⁴¹

[...]

II – A Tutela Jurídica da Felicidade

Em recente estudo, dois economistas brasileiros se propuseram a analisar, empiricamente, o que trazia felicidade aos brasileiros. Determinantes como *renda, sexo, estado civil e emprego* se mostraram diretamente ligadas às respostas dos pesquisados a respeito da *felicidade*. Concluiu-se, com base nesse estudo, que pessoas com maior grau de renda se dizem mais felizes, assim como aquelas pessoas casadas. A relevância do estudo, destarte, é estabelecer elementos concretos como determinantes da felicidade geral, demonstrando que é possível, sim, definir objetivamente a felicidade.

Todos os direitos previstos na Constituição – sobretudo, aqueles tidos como *fundamentais* – convergem para a *felicidade* da sociedade. É assegurado o direito à uma vida digna, direito esse que pode ser tido como fundamental para que a pessoa atinja a felicidade. Também a vida com saúde é fator que leva felicidade ao indivíduo e à sociedade. Uma adequada segurança pública implica em uma vida mais feliz, indubitavelmente. E assim ocorre com um sem-número de direitos encartados na Constituição.

Os critérios objetivos da felicidade podem, no contexto constitucional, ser entendidos como a inviolabilidade dos direitos de liberdade negativa, tais como aqueles previstos no artigo 5º (variantes da *vida, liberdade, igualdade, propriedade e segurança*)², além daqueles relacionados ao Estado prestacional – os direitos sociais, como os preconizados no artigo 6º do Texto Constitucional. O encontro dessas duas espécies de direitos – os de liberdade *negativa* e os de liberdade *positiva* - redundam, justamente, no objetivo da presente Proposta de Emenda à Constituição: a previsão do direito do indivíduo e da sociedade em buscar a felicidade, obrigando-se o Estado e a própria sociedade a fornecer meios para tanto, tanto se abstendo de ultrapassar as limitações impostas pelos direitos de égide liberal quanto exercendo com maestria e, observados os princípios do *caput* do artigo 37, os direitos de cunho social. [...]. BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 513/2010**. Câmara de Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>> Acesso em: 8 fev. 2012.

⁴¹ ONU. RIO+20. O Futuro que Queremos. p. 32. Disponível em: <http://www.rets.org.br/sites/default/files/O-Futuro-que-queremos1.pdf> Acesso em: 11 out. 2013.

Conclui-se, por conseguinte, que O Meio Ambiente do Trabalho integra a sustentabilidade corporativa, visto que o meio ambiente abrange tanto o natural, quanto, o do trabalho, em seus múltiplos aspectos. Desta forma, o equilíbrio deve estar nas atitudes internas e externas da empresa. Por fim, salienta Júlio M. SCUDELER NETO que “[...] para que tudo isto seja possível e sustentável para as próximas gerações de trabalhadores, as empresas no Brasil precisam estar vivas, saudáveis e competitivas, hoje”⁴².

Diante disto, atenta-se a importância do Meio Ambiente do trabalho equilibrado e salubre no ambiente corporativo, visto que os benefícios advindos serão aproveitados tanto pela empresa quanto pelo trabalhador.

Na sequência se dará enfoque à qualidade de vida do ser humano, um dos fatores essenciais a ser observado no ambiente de trabalho, um dos fatores que compreende o alcance da sustentabilidade.

6. QUALIDADE DE VIDA

O artigo 225 da Constituição Federal prevê a qualidade de vida, que a Carta Magna destaca como “sadia qualidade de vida”.

Antônio Herman BENJAMIN destaca que a expressão tem como indicação a “[...] preocupação e manutenção das condições normais (sadias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida”⁴³.

Cláudio Antonio Dias de OLIVEIRA relata que a qualidade de vida no âmbito corporativo se inicia primeiramente com a análise do conceito de personalidade humana. Por isso aborda diversos pontos, como a análise da personalidade, constituição, temperamento e caráter. Desta forma, para obtenção de um resultado positivo e satisfatório se faz necessário o conhecimento das pessoas que fazem parte do ambiente organizacional.

Compõem dentre outros aspectos, a qualidade de vida do trabalhador, a saúde e a segurança no ambiente laboral, indispensáveis ao bom desempenho das atividades para as quais foi contratado.

7. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A sustentabilidade tem conquistado espaço em diversos setores da sociedade. Todavia, ainda é pouco, é preciso uma mudança plena de paradigma. Neste mesmo sentido, aplica-se a necessidade de melhoria contínua também na questão do meio ambiente do trabalho, pois algumas empresas ainda não possuem ações que visem a garantir e resguardar a saúde e a qualidade de vida de seus trabalhadores.

⁴² SCUDELER NETO, Júlio M. A Sustentabilidade e o Ambiente do Trabalho. Valor Econômico. Disponível em: < <http://www.portalvalor.com.br/brasil/1080398/sustentabilidade-e-o-ambiente-do-trabalho> >. Acesso em: 3 nov.2011.

⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 128.

Não obstante, cabe destacar que muitas outras corporações têm condutas diversas destas relatadas acima, visto que respeitam o meio ambiente, a sociedade e os seus trabalhadores realizando ações que efetivamente fazem a diferença sob um contexto global. Mediante estas condutas, elas agem com ética e sustentabilidade, cumprindo as dimensões da sustentabilidade (econômica, social e ambiental).

Diante disto, hodiernamente pode-se destacar a sustentabilidade empregada pelas empresas, a chamada sustentabilidade corporativa - enfoque atual para as questões ambientais deste século e também enfatizado no documento O Futuro que queremos elaborado na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio +20.

Saliente-se que dentre os aspectos que envolvem o meio ambiente: o natural, o artificial, o cultural e do trabalho, este último foi o tema primordial deste trabalho. Portanto, quando se fala em meio ambiente do trabalho um dos principais objetivos é a garantia da saúde, segurança e qualidade de vida do trabalhador. Abrangendo, com isto as bases: econômica, social e ambiental da sustentabilidade.

Por isso coube estudar a saúde que está prevista no artigo 196 da Constituição Federal, pois o referido artigo da Carta Magna conceitua que a saúde é direito de todos, mas cabe ao Estado o seu dever, que será garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Diante disto, se faz relevante atentar para a Organização Mundial de Saúde pela qual conceitua saúde como o bem estar físico, mental e social, deste modo tratando a saúde em sua integralidade, o que abrange a saúde do trabalhador.

Com isto, em matéria de saúde, relacionada ao tema proposto, está a importância da saúde do trabalhador, tendo em vista sua ligação direta a fatores sociais, econômicos, tecnológicos e organizacionais. Além disso, há fatores de risco de natureza física, química, biológica, mecânica e ergonômica, presentes nas atividades laborais condicionantes à garantia da saúde.

Ainda, no que diz respeito às condições ambientais do trabalhador, objetivando ao resguardo de sua vida e saúde, adveio a importante promulgação do Decreto 7.602 de 7 de novembro de 2011 no Brasil com a regulamentação da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho.

Pelo exposto, tem-se a sustentabilidade no Meio Ambiente do Trabalho como fundamento para observância de resultado na qualidade de vida e saúde dos seus trabalhadores, com reconhecimento de toda a sociedade.

Sob o aspecto corporativo, atentar as questões da sustentabilidade traz à empresa muitos benefícios do ponto de vista social, econômico e ambiental. Ademais, referente a sustentabilidade no meio ambiente do trabalho além do cumprimento da legislação, o fato da corporação

proporcionar ambiente saudável que respeita o seu trabalhador, conduz conseqüentemente a maior produtividade e maior qualidade do serviço, visto que grande parte dos trabalhadores estarão mais satisfeitos.

Por fim, conclui-se que para a aplicação de uma sustentabilidade corporativa, deve assegurar um meio ambiente do trabalho sadio e com qualidade de vida.

8. REFERÊNCIAS

AGUILAR, Francis J. A Ética nas Empresas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental. 7ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (coord). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4. ed. **São Paulo: Saraiva, 2011.**

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 5ª.ed. São Paulo: LTr, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In:CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (coord). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalhador. Ministério da Saúde: Brasília. Versão pronta após sugestões – 29.12.2004. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/insumos_portaria_interministerial_800.pdf>. Acesso em: 29 fev.2012.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n.º 513/2010. Câmara de Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

CALSING. Renata de Assis. O Protocolo de Kyoto e o Direito ao Desenvolvimento Sustentável. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

HOUAISS, Antonio. Houaiss Dicionário Digital. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JACOBI, Pedro. Educação Ambiental Cidadania e Sustentabilidade. **Revista Scielo**. Outubro. São Paulo: Scielo, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16834.pdf>>. Acesso em: 26 fev.2012.

JOHNSON, Gerry; SCHOLLES, Kevan; WHITTINGTON, Richard. Explorando a Estratégia Corporativa. Texto e Casos. São Paulo: Bookman, 1998.

KOLADICZ, Aline Cristina. Eficiência econômica empresarial e desenvolvimento sustentável. In: CORRÊA, Estevão Lourenço. Revista do Instituto de Advogados do Paraná. n. 36. Curitiba, set. 2008. p. 319- 335.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 19. ed. **São Paulo: Malheiros, 2011**

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2007.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 3.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NASSER, Salem Hikmat.; REI, Fernando (organizadores). Direito Internacional do Meio Ambiente. São Paulo: Atlas, 2006.

OBJETIVOS do Desenvolvimento do Milênio. Disponível em: <<http://www.odmbrasil.org.br/>>. Acesso em: 29 mar.2012.

OLIVEIRA, José Antonio Pupim. Empresas na Sociedade: Sustentabilidade e Responsabilidade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ONU. RIO+20. O Futuro que Queremos. Disponível em: <http://www.rets.org.br/sites/default/files/O-Futuro-que-queremos1.pdf> Acesso em: 11 out. 2013.

PROCÓPIO, Argemiro. Subdesenvolvimento sustentável. 3.ed.Curitiba: Juruá, 2009.

SCADELAI, Aparecida Valdinéia; OLIVEIRA, Cláudio Antonio Dias; MILANELI, Eduardo; OLIVEIRA, João Bosco de Castro Oliveira; BOLOGNESI, Paulo Roberto. Manual Prático e Saúde e Segurança do Trabalho. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2009.

SCHWARTZ, Germano André Doerderlein. Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SCUDELER NETO, Júlio M. A Sustentabilidade e o Ambiente do Trabalho. Valor Econômico. Disponível em: < <http://www.portalvalor.com.br/brasil/1080398/sustentabilidade-e-o-ambiente-do-trabalho> >. Acesso em: 3 nov.2011.

SÉGUIN, Elida. Biodireito.4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA. Christian Luiz da Silva; MENDES. Judas Tadeu Grassi. Reflexões sobre desenvolvimento sustentável. Agentes e Interações sob a Ótica multidisciplinar. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005.

VARELLA. Marcelo Dias; FONTES. Eliana; ROCHA. Fernando Galvão da. Biossegurança e Biodiversidade: Contexto Científico e Regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VERGARA, Sylvia Constant.; BRANCO; Paulo Durval. Empresa Humanizada e Organização Necessária é Possível. Scielo. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v41n2/v41n2a03.pdf>>. Acesso em: 26 fev.2012.

WEYERMÜLLER. André Rafael. Direito Ambiental e Aquecimento Global. São Paulo: Atlas, 2010.



**OS DESAFIOS
DO ADVOGADO CORPORATIVO
NA ÁREA PROCESSUAL**



15

OS NOVOS CONTORNOS DA INTERPRETAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: A IMPORTANTE MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Arthur Mendes Lobo¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a nova interpretação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao interesse de agir na ação de prestação de contas. A partir de uma nova perspectiva jurisprudencial, pergunta-se: quando esse tipo de ação é necessária? Há necessidade de prévia solicitação extrajudicial das contas pelo autor ao réu? A ação de prestação de contas é meio processual adequado para revisar cláusulas contratuais ou analisar abusividade e ilegalidade dos lançamentos realizados pelas instituições financeiras? Trata-se de uma rápida reflexão sobre a Súmula 259 do STJ, sua origem e os novos elementos e valores que demonstram que a interpretação dos termos da referida súmula deve ser relativizada em respeito ao devido processo legal constitucionalmente assegurado.

PALAVRAS-CHAVE: ação de prestação de contas – interesse de agir – condição da ação – inadequação da via eleita – desnecessidade – súmula 259 – processo civil

¹ Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

A ação de prestação de contas é uma ação de conhecimento, de procedimento especial de jurisdição contenciosa, em que se busca a realização do direito de exigir contas de quem exerce gestão de interesses alheios ou do direito de prestar contas a alguém. A solução do processo é realizada em duas etapas. Primeiro, o juiz decide se há condição para a ação e se o réu tem obrigação de prestar as contas. Na segunda etapa, o julgador decide se as contas foram apresentadas na forma mercantil.

A premissa e o *modus operandi* podem parecer, a princípio, simples. Porém, tem-se visto na jurisprudência de diversos Estados brasileiros que a ação de prestação de contas ganhou contornos de ação revisional de contratos, especialmente contratos de massa (bancário, telefonia etc). Nesses precedentes, é possível perceber que as ações são ajuizadas não apenas com pedido de exibição de contas, mas precipuamente para analisar a legalidade dos lançamentos de débitos nas contas, a legalidade de tarifas, a legalidade de juros cobrados, enfim, situações em que o autor quer discutir o vínculo jurídico e cada lançamento praticado pelo réu.

A pergunta que se faz é: seria adequado na ação de prestação de contas discutir a legalidade de cláusulas contratuais, cobrança abusiva de tarifas, juros, encargos vícios de consentimento?

Outra pergunta posta em reflexão no presente estudo se resume na seguinte: é necessário que o autor de uma ação de prestação de contas demonstre que tentou obter as contas extrajudicialmente antes de ajuizar seu pedido?

A matéria mereceu nova interpretação daquela Corte Superior, que deu nova interpretação aos contornos formais da **ação de prestação de contas**. Nesse breve estudo pretende-se analisar o que muda na interpretação das preliminares desse tipo de ação. Estaria havendo, diante desse novo entendimento, negativa de acesso ao Judiciário? Quais os reflexos sociais imediatos dessa nova visão jurisprudencial?

Buscaremos refletir, brevemente, sobre essas indagações, sem, obviamente, ter qualquer pretensão de esgotar o tema. Diante da relevância da matéria e de seu novo tratamento, é necessário verificar, ainda que em apertada síntese, os valores que norteiam a nova interpretação, bem como se ele está em consonância com o ordenamento jurídico vigente e com o Novo Código de Processo Civil.

2. O INTERESSE DE AGIR NO PROCESSO CIVIL.

No direito processual civil brasileiro, o Código de Processo Civil de 1939 não tratava das condições da ação. Não havia abstração que condicionasse o exame de mérito, como a legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. O texto legal exigia

apenas o interesse econômico e moral do autor como pressuposto material (leia-se, não processual) para o ajuizamento da ação, conforme previsto em seu art. 2º, *in verbis*:

“Art. 2º Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse, econômico ou moral. Parágrafo único. O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento.”

Note-se que o interesse do autor mais se aproximava da legitimidade *ad causam*, pois bastava que ele declarasse (não se exigia prova) que havia ou não havia relação jurídica e o bem jurídico que pretendia tutelar (patrimônio ou honra) para se falar em “legítimo interesse”.

Enrico Tullio Liebman chegou jovem ao Brasil e influenciou a legislação processual brasileira. Segundo Liebman, o tratamento das condições da ação no Brasil se assemelhava ao Direito comum medieval, com técnicas abandonadas ou nunca aplicadas, de fato, no território italiano².

Após profundo estudo do tema, Liebman asseverou que as condições da ação se caracterizam pela: i) possibilidade jurídica do pedido; ii) legitimidade das partes; e iii) interesse processual.³ Além disso, explicitamente adotou a teoria da demonstração ou da exposição.

Alfredo Buzaid, apontado como o principal mentor do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, adotou, por sua vez, assumidamente as lições do jurista italiano Enrico Tullio Liebman ao tratar das causas de extinção do processo sem exame de mérito. Escreveu Buzaid:

“O Código de Processo Civil vigente [CPC, 1973] perfilha a doutrina de Liebman. Na verdade, o processo se extingue com julgamento do mérito (art. 269), ou sem julgamento do mérito (art. 267). Dentre os casos em que o processo se extingue sem julgamento de mérito, inclui o Código de n. VI, que se expressa nos seguintes termos: ‘quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Eis aí as três condições de admissibilidade da ação, cujo concurso é indispensável para que o juiz conheça o mérito da causa”⁴.

Humberto Theodoro Junior ensina-nos que:

“A existência da ação depende de alguns requisitos constitutivos que se chamam ‘condições da ação’, cuja ausência, de qualquer deles, leva à ‘carência de ação’, e cujo exame deve ser

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horário Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.) Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo, 2004. p. 83-85.

³ Dentre as obras de Liebman que mais influenciaram a disciplina das condições da ação no CPC de 1973, destacam-se: LIEBMAN, Enrico Tullio. Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive: parte generale: il processo di cognizione. Milano: Giuffrè, 1852. LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. Problemi del processo civile. Nápoles: Morano, 1962. LIEBMAN, Enrico Tullio. Intituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. Problemi del processo civile. Nápoles: Morano, 1962. Em 1973, ao publicar a terceira edição de seu *Manuale di diritto processuale civile*, Liebman mudou seu entendimento passando a defender que as hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido configuravam, na verdade, a falta de interesse de agir.

⁴ BUZOID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: ano 7, n. 27, jul/set. 1982. p. 17.

feito, em cada caso concreto, preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial.

Nessa ordem de ideias, condições ou requisitos da ação, como os conceitos de Arruda Alvim 'são as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença final'.

Por conseguinte, à falta de uma condição da ação, o processo será extinto prematuramente, se que o Estado dê resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor, isto é, sem julgamento de mérito (art. 267, nº VI). Haverá ausência do direito de ação, ou na linguagem corrente dos processualistas, ocorrerá carência de ação.⁵

Essa linha teórica prevalece até os dias atuais, tanto que o Projeto de Novo Código de Processo Civil (PL 8046/2010) também adota a referida teoria. O que muda no texto legal é que a proposta subdivide as condições da ação em apenas duas: i) legitimidade das partes; e ii) interesse de agir, em seu art. 472, VI, § 3º, a seguir transcrito:

"Art. 472. O juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando: (...) VI – juiz verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; (...) §3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V e VI, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado".⁶

O presente estudo tem como foco o interesse processual ou interesse de agir.

O interesse processual ou interesse de agir é condição para a ação que se consubstancia em três elementos essenciais: i) necessidade; ii) adequação; e iii) utilidade. Adotamos, portanto, a concepção tripartite do interesse de agir, da qual é corifeu o professor Cândido Rangel Dinamarco.⁷

Significa dizer que, ao sanear um processo o juiz deve analisar, preliminarmente: i) se a ação é necessária ou se há outra forma de solucionar a pretensão do autor que não exija a resposta jurisdicional; ii) se o meio processual é adequado para garantir ampla defesa, hígida instrução e todas as fases para o conhecimento das teses e antíteses postas ao juízo; e iii) se o processo, ao final, será útil, ou seja, se a sentença a ser proferida terá, pelo menos potencialmente, o condão de alterar o estado prático das coisas ou a situação jurídica inicialmente apresentada.

⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 74.

⁶ Numeração e texto conforme relatório geral do Senado Federal.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. 01. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 302-303. Em sentido contrário, sustentando que seria bipartite (necessidade-utilidade) porque a adequação seria um dado estranho ao direito de ação porque o procedimento sempre seria um vício sanável, confira-se DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 7ª ed. Salvador: Podivm, 2007. p. 176.

Como visto anteriormente, sem um desses elementos (necessidade, adequação e utilidade), o autor será carecedor do direito de ação e o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito.⁸

Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁹:

“O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil no aspecto prático. Essa necessidade tanto pode decorrer de imposição legal (anulação de casamento, por exemplo) quanto da negativa do réu em cumprir espontaneamente determinada obrigação ou permitir o alcance de determinado resultado. (...) O interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual. É importante esclarecer que a presença do interesse processual não determina a procedência do pedido, mas viabiliza a apreciação do mérito, permitindo que o resultado seja útil, tanto nesse sentido, quanto no sentido oposto, de improcedência. A utilidade do resultado se afere diante do tipo de providência requerida.”

Fredie Didier assevera que:

“O exame da ‘necessidade da jurisdição’ fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito. Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação. (...) Se não houver meios para satisfação voluntária, há necessidade da jurisdição.”¹⁰

Kazuo Watanabe esclarece que “são razões de economia processual que determinam a criação de técnicas processuais que permitam o julgamento antecipado, sem a prática de atos processuais inteiramente inúteis ao julgamento da causa. As condições da ação nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo.”¹¹

Afirmam Ada Pellegrini Grinover, Araújo Cintra e Dinamarco que “repousa a necessidade

⁸ Uma corrente doutrinária minoritária, com a qual não concordamos, discorda da teoria das condições da ação por entender que o interesse e a legitimidade seriam meros requisitos para o julgamento meritório. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni *“caso as condições da ação fossem admitidas como requisitos da existência da ação, seria necessário explicar o que teria provocado a jurisdição e determinado a instauração do processo. Somente poderia ser a ação fundada na Constituição”*. (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 181). Confira-se, ainda, a lição de DHENIS MADEIRA, segundo o qual: “Devemos, portanto, abandonar a expressão ‘carência de ação’, o termo ‘condições da ação’, assim como a visão da ação como direito público subjetivo, para finalmente abraçarmos a ação como direito incondicionado, constitucional e abstrato de provocar a jurisdição”. (MADEIRA, Dhenis. O Novo CPC e a leitura tardia de Liebman – possibilidade jurídica como matéria de mérito, p. 150-151

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol 1. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011. p.168.

¹⁰ DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 7ª ed. Salvador: Podivm, 2007. p. 177.

¹¹ WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 94.

da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias no processo civil e na ação penal condenatória).¹²

Na lição de Humberto Theodoro Junior, “falta interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar-se entre as partes, ou se, depois de configurada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida”.¹³

Parte-se da premissa que “lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro”.¹⁴

Na linha de entendimento de Chiovenda, o interesse de agir pressupõe não apenas a possibilidade ou efetiva ocorrência de um dano injusto, mas também um estado de fato contrário ao direito que possa gerar este prejuízo. Pressupõe, portanto, fato consistente na violação ou risco de violação a um direito subjetivo material.¹⁵

Concordamos com Celso Agrícola Barbi quando ele afirma que:

“Outros autores são mais liberais ao conceituar o interesse de agir e o qualificam como a utilidade que se pode retirar da atividade jurisdicional. Mas ao meu ver, a primeira posição é a mais correta, porque o tempo e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando sua atividade não for necessária à proteção de um direito. Deve-se considerar que um dos problemas quase universais é o da morosidade dos serviços judiciais; e essa demora decorre geralmente do grande número de causas. Assim, para o atendimento dos que realmente necessitam da proteção judicial, deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem a intervenção daqueles órgãos.”¹⁶

Ainda nas palavras de Dinamarco, “Haverá o interesse *processual* sempre que o provimento jurisdicional pedido for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende”¹⁷.

Traçado o panorama conceitual do interesse de agir, no próximo tópico, passamos a refletir sobre como ele se caracteriza especificamente na ação de prestação de contas.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 217-218.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 78.

¹⁴ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil de 1973.

¹⁵ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da Ação. Enfoque sobre o interesse de agir no Processo Civil Brasileiro. Coleção Estudos de Direito do Processo Enrico Tullio Liebman. Vol. 43. São Paulo: RT, 2000. p. 84.

¹⁶ BARBI, Celso Agrícola, Comentários ao Código de Processo Civil. V.1. T1. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 49.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 310.

3. O INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.

Especificamente em relação à ação de prestação de contas, partindo da premissa lançada pelos autores supracitados, é possível afirmar que haverá necessidade quando houver negativa do réu em cumprir espontaneamente a obrigação de prestar as contas.

Então, pergunta-se: exigir prova pré-constituída de que o autor tentou obter junto ao réu as contas que pretende ver prestadas em juízo afrontaria o direito constitucional do livre acesso à Justiça?

Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

“Outra visão do interesse processual estabelece vínculo entre esta condição da ação e a necessidade de evitar-se abuso do direito de ação. Embora a todos seja assegurado no plano constitucional o acesso à Justiça – ou seja, a possibilidade de pleitear a tutela jurisdicional -, o exercício dessa garantia somente se legitima se houver efetiva necessidade da tutela, noção a ser buscada no plano processual. Esta limitação tem função seletiva em relação à genérica e incondicionada previsão constitucional. (...) Inspirou-se o legislador no princípio da economia processual. (...) Se não existir necessidade da tutela jurisdicional, o instrumento revela-se inútil, e deve ser extinto o quanto antes. Ela só é necessária e idônea se a eliminação da situação contrária ao direito depender dela. (...) Essa técnica destina-se a racionalizar o trabalho do juiz e está relacionada ao princípio da economia, pois sua correta utilização permite sejam evitadas atividades manifestamente desnecessárias”.¹⁸

Como a ação de prestação de contas é uma ação declaratória, pois tem por objetivo final declarar boas ou más as contas prestadas na forma mercantil. Se houver apontamento de saldo credor ou devedor, terá, ainda, conteúdo condenatório. Portanto, é possível afirmar que o interesse de agir (necessidade) tem uma relevância ainda mais acentuada se comparado às ações condenatórias e constitutivas¹⁹.

Isso porque nas ações de prestações de contas, como o autor pretende obter certeza jurídica, é preciso que esteja presente uma situação concreta de incerteza, que não se confunde com a discussão sobre a existência de direito material. Aqui se poderia falar em interesse de agir como fenômeno distinto do direito material.

Equivale dizer, na ação de prestação de contas, é preciso examinar se os fatos realmente revelam crise de certeza, cuja solução depende da atividade jurisdicional.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 298 e 303

¹⁹ Essa distinção é bem nítida no direito italiano e no direito alemão, segundo nos ensina ATTARDI, Aldo. Diritto Processuale Civile. Parte Generale. vol. 1. CEDAM, 1999. p. 80-81; VERDE, Giovanni. Profili del Processo Civile – Parte Generale. 6ª ed. Jovene, 2002. p. 128-130; COMOGLIO, Luigi P.; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. Lezioni sul processo civile vol.1. Il processo ordinario di cognizione. Il Mulino, 2011. p. 308. Sobre o tema, confira-se: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 314.

Sobre o tema, José Roberto dos Santos Bedaque esclarece que:

“Não verificada a resistência do réu, o autor será considerado carecedor da ação, pois desnecessário o reconhecimento judicial do direito. Está ausente o interesse processual, não importando se a esta conclusão se chega logo no início ou após a instrução. Não se trata de improcedência, porque a solução judicial não afirma a existência ou inexistência de um direito material.”²⁰

Nessa linha de entendimento, se quem teria o dever de prestar as contas (réu) não se nega a fazê-lo, o credor da obrigação de ver as contas prestadas (autor) será considerado carecedor da ação, pois desnecessário o reconhecimento judicial do direito, o que implica na ausência do interesse processual. Nessa hipótese, a ação de prestação de contas deve ser extinta no início ou após a instrução. Não se trata de improcedência, porque a decisão não afirmará saldo algum em favor de qualquer das partes.

Na ação de prestação de contas, o autor deve demonstrar: i) que o réu teria se negado a apresentar as contas; ii) ou se apresentou as contas, qual seria de forma objetiva e detalhada a dúvida nas contas apresentadas. Sem essa demonstração na petição inicial tornaria desnecessária a intervenção judicial, porque não demonstrada a resistência ou a dúvida objetiva afirmada pelo autor. Por isso, seria possível o reconhecimento da carência por falta de interesse ainda que existente em tese o direito material.

No entanto, como se verá no tópico a seguir, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao início dos anos 90, passou a sedimentar o entendimento de que haveria interesse de agir, ainda que o réu tenha apresentado extrajudicialmente as contas, bastando para caracterização do interesse de agir que o autor discordasse das contas prestadas.

4. A ANTIGA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO AO INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.

Antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), os extratos bancários, em sua maioria, eram de difícil compreensão, pois não havia previsão, pelo menos em lei formal, de detalhamento de informações ao consumidor.

Naquela época, algumas siglas incompreensíveis eram utilizadas e o acesso às agências era mais difícil. O consumidor de maneira geral não tinha fácil acesso a canais de comunicação e atendimento como existem hoje, por exemplo, internet bank, caixas eletrônicos, SAC, e-mails, serviço de atendimento ao cliente por telefone, afixação de cartazes nas agências, atendentes físicos em número suficiente etc.

Equivale dizer, ao receber um extrato com a prestação de contas, nem sempre o

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.* p.313-314.

consumidor tinha clareza das informações que recebia sobre os lançamentos, o que originava dúvida quanto ao saldo apontado ao final de sua conta bancária.

Em suma, antes do advento do código de defesa do consumidor, eram tímidas no ordenamento jurídico positivado normas que exigissem, de forma tão objetiva e enfática, o direito à informação.

Diante da omissão legislativa em tutelar um direito à informação, que deriva da boa-fé²¹ e da dignidade humana, a jurisprudência houve por bem abandonar a formalidade na interpretação ao interesse de agir nas ações de prestação de contas, para garantir o amplo acesso ao Judiciário de quaisquer consumidores, ainda que eles tivessem recebido extrajudicialmente extratos bancários, pois adotou-se como premissa de que os extratos, naquele contexto histórico e nos moldes em que eram apresentados principalmente pelas instituições financeiras de modo geral, não sanavam as dúvidas sobre o saldo da conta.

Presumiu-se, portanto, que os extratos bancários sempre traziam dúvidas que poderiam ser levadas ao Judiciário em sede de ação prestação de contas, independentemente de o autor ter que provar de forma objetiva e detalhar quais seriam as dúvidas.

No início dos anos 90, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 12.393, que tinha como fundamento um dissídio jurisprudencial sobre a matéria, invocou um precedente do Supremo Tribunal Federal proferido sob a égide do Código de Processo Civil de 1939 e decidiu que:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS AJUIZADA POR CORRENTISTA. EXTRATOS BANCARIOS EMITIDOS E APRESENTADOS EXTRAJUDICIALMENTE. DIVERGENCIA QUANTO AOS LANÇAMENTOS. INTERESSE DE AGIR. SUPRESSÃO DA PRIMEIRA FASE. CRITERIO DE FIXAÇÃO DOS ONUS DA SUCUMBENCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos.

II - O interesse de agir decorre, em casos tais, do fato de que ‘o obrigado a contas se presume devedor enquanto não presta-las e forem havidas por boas.’”

III - Sendo certo, porém, que o fornecimento periódico de extratos de movimentação de conta corrente pela instituição bancaria traduz reconhecimento de sua obrigação de prestar contas, injustificável se afigura, por ausência de litigiosidade em relação a tanto, a divisão do rito em duas fases (art. 915), constituindo imperativo de ordem lógica a supressão da primeira, cuja finalidade (apuração da existência de obrigação de prestar contas) resta, em face de tal reconhecimento, esvaziada e superada.

²¹ Teresa Negreiros afirma que “a boa-fé não tem conteúdo até o instante em que seu conteúdo é invocado” (In: NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 226).

IV - Adstrito o âmbito da controvérsia tão-somente a exatidão, ou não, das contas extrajudicialmente apresentadas, apenas em função do êxito e fracasso das partes a esse respeito e que se há de balizar a fixação dos ônus da sucumbência.”²²

Vejamos um breve trecho do voto condutor do acórdão supramencionado:

“Considero por primeiro suficiente demonstrado o alegado dissenso pretoriano in ‘Jurisprudência Brasileira’ nº 56/33. Conquanto a análise do caso paradigma se tenha realizado segundo a disciplina estabelecida no Código de Processo Civil de 1939, tal circunstância não interfere com a possibilidade de configuração de dissídio entre a orientação então fixada e a tese esposada no acórdão recorrido, na medida em que, em ambos os casos, o conteúdo das decisões ficou limitado à apreciação do interesse de agir e, em menor escala, da divisão da ação de prestação de contas em duas fases, aspectos que não restaram alterados pela nova sistemática processual instituída em 1973. As bases fáticas sobre se assentaram aquele e este julgado guardam por seu turno, estreita semelhança. Em um e outro houve apresentação extrajudicial de contas com as quais, no entanto, não concordou aquele com direito de exigilas. O Supremo, contudo, ao contrário do que entendeu a Câmara julgadora no caso vertente, considerou cabível e adequado o ajuizamento da ação de prestação de contas visando à obtenção de pronunciamento judicial acerca da exatidão, ou não, do conteúdo das contas oferecidas e rejeitadas.

(...)

Assim, mesmo que o obrigado a apresentar contas o tenha feito extrajudicialmente, fica sujeito, se não obteve aprovação das mesmas, a ser demandado em ação de prestação de contas por aquele com o direito de exigilas.

(...)

Diante de tal ordem de considerações, imperioso concluir que o recorrente poderia, como efetivamente fez, ajuizar a ação de prestação de contas de que se cuida, colimando obter certeza quanto à correção ou incorreção dos valores lançados nos extratos que lhe foram enviados, sendo inaceitável que *a priori*, antes do exame das contas, se reconheça carência de ação por falta de interesse processual.

(...)

No caso em tela, em que a própria autora fez juntar à inicial os extratos que lhe foram enviados, mais se evidencia o despropósito de falar-se em primeira fase, dada a limitação do âmbito da controvérsia à exatidão, ou não, dos lançamentos, ficando o resultado da causa condicionado somente ao oferecimento de demonstração comprobatória e justificadora dos mesmos.

Em conclusão: a apresentação dos extratos pelo banco, embora importando no reconhecimento de sua obrigação de prestar contas ao correntista-recorrente, não retira a este a possibilidade de, discordando dos lançamentos deles constantes, valer-se da ação de prestação de contas para obter pronunciamento judicial acerca da correção ou não de tais lançamentos, hipótese em que o processo se desenvolve em uma única fase e os ônus da sucumbência são

²² STJ - REsp 12393/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/1994, DJ 28/03/1994, p. 6324.

fixados em função apenas do êxito ou fracasso quanto à exatidão das contas extrajudicialmente ofertadas.

Em face do exposto, conhecendo do recurso pela alínea 'c' do permissivo constitucional, dou-lhe provimento para, afastando a carência decretada em segundo grau, ensejar pronunciamento da eg. Câmara julgadora sobre as demais questões que lhe foram devolvidas para conhecimento."

Veja-se que o Superior Tribunal de Justiça se baseou em precedente do Supremo Tribunal Federal proferido em época que o interesse de agir era regido pelo Código de Processo Civil de 1939.

À época em que o processo era regido pelo CPC de 1939, Moacyr Amaral dos Santos escreveu que o interesse de agir na ação de prestação de contas decorre do fato de que *"o obrigado a contas se presume devedor enquanto não prestá-las e forem havidas por boas"*.

Vale dizer, sob a sistemática do CPC de 1939, o mero inconformismo unilateral do autor com as contas prestadas seria suficiente para permitir o ajuizamento da ação.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, que deu novos contornos às condições da ação, baseado nas lições de Liebman, o interesse processual passou a ser delineado de forma sistemática e objetiva pela tríade necessidade, utilidade e adequação da via processual.

Assim, é possível concluir que o precedente do Superior Tribunal de Justiça de 1994 (REsp 12.393) não estava em plena sintonia com o art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973, porque se baseou em outro precedente (do STF) que fundamentado no Código de Processo Civil de 1939, **já revogado**.

Tanto assim que a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, citada no corpo do acórdão que julgou o precedente supracitado (REsp 12.393) assevera que: *"na verdade, a única solução aceitável, em rigor de técnica, seria a de rejeitar a ação, embora admitida a pretensão jurídico material do autor"*²³. Porém, em linhas adiante, o referido jurista sustenta que *"contudo, o interesse dominante da economia e a visão finalística do processo justificam a concessão"*. Para essa corrente doutrinária, portanto, o interesse econômico e a instrumentalidade do processo deveriam prevalecer sobre a forma (técnica) processual. Foi nesse sentido que se apoiou o acórdão que julgou o REsp 12.393. Distanciou-se da forma, para alargar o acesso ao Judiciário, ainda que isso representasse uma afronta à técnica processual e às condições da ação.

Esse precedente deu origem a outros que lhe seguiram, até culminar na edição da Súmula 259 do STJ, oriunda da 2ª Seção, em 28 de novembro de 2001, segundo a qual: *"A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta-corrente bancária"*.²⁴

Adotou-se, naquele momento, o entendimento de que a apresentação de contas

²³ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo III, Forense, 4ª ed, 1992, nº 262, p. 240/241.

²⁴ STJ - DJ 06/02/2002 p. 189. RSSTJ vol. 19 p. 409. RSTJ vol. 155 p. 197.

extrajudicialmente, não impede que sejam exigidas em juízo, se não houve acerto amigável das partes a respeito daquelas.

Sobre o tema, escreveu Edson Cosac Bortolai²⁵:

“(...) o fato de se haver apresentado as contas particularmente não ilide o dever de novamente prestá-las, se instado a isso. Nesse sentido, decidiu-se que a prestação de contas não significa a simples apresentação material daquelas mas é todo um instrumento de determinação da certeza do saldo credor ou devedor daquele que administra e guarda bens alheios, sendo certo que a prestação amigável de contas, desde que não aceita, não impede a ida a Juízo daquele que tem direito de exigí-la”.

O entendimento que prevaleceu, portanto, se distanciou dos critérios objetivos que caracterizam a necessidade e adequação da via eleita. Isso porque deixa de exigir que a pretensão do autor seja uma pretensão resistida na via extrajudicial, bem como permite que o autor discuta a correção ou não dos lançamentos, podendo exigir a demonstração comprobatória e justificadora dos mesmos.

Contudo, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, passou a ponderar novos valores na interpretação do interesse de agir na ação de prestação de contas. Passou-se a exigir maior detalhamento da incerteza quanto aos lançamentos efetuados nas contas bancárias. Ao que tudo indica esse novo entendimento se deu porque esse tipo de demanda estava sendo utilizado para revisar contratos a baixo risco de sucumbência ou, quando não, para a fácil obtenção de honorários sucumbenciais.

No tópico a seguir, passa-se a refletir sobre as distorções na utilização da ação de prestação de contas que, não raro, passaram a contrariar a boa técnica processual e a boa-fé objetiva.

5. A NOVA VISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.1 Quanto à necessidade da Jurisdição.

A desjudicialização dos conflitos é um valor social que atende o postulado da celeridade e moralidade da Justiça.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça proferiu um acórdão, cuja relatoria é da lavra do Ministro Herman Benjamin, em que esclareceu a interpretação da necessidade como condição da ação. Veja-se:

²⁵ BORTOLAI, Edson Cosac. Da ação de prestação de contas. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1988, p. 95.

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL.

CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC).

PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA.

1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação.
2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF.
3. O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. A necessidade da prestação jurisdicional exige a demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos.
4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa.
5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada.
6. A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR.
7. Recurso Especial não provido.²⁶

Extrai-se do voto condutor do aresto supra, da lavra do Ministro Herman Benjamin, o

²⁶

STJ - REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

seguinte fundamento:

“Em uma análise perfunctória, concluir-se-ia facilmente que o direito fundamental de ação, garantido pelo preceito acima transcrito, é o centro da discussão aqui travada. Afinal, impor o requerimento administrativo como condição de acesso à Justiça seria a fixação da *quaestio* no exame do cumprimento do preceito constitucional em comento.

Tenho a convicção, todavia, de que a resolução da matéria gravita no âmbito infraconstitucional, o que passo a fundamentar. (...)

Substanciado pelo apanhado doutrinário e jurisprudencial acima, tenho que a falta de postulação administrativa de benefício previdenciário resulta em ausência de interesse processual dos que litigam diretamente no Poder Judiciário.

A pretensão nestes casos carece de qualquer elemento configurador de resistência pela autarquia previdenciária. Não há conflito. Não há lide. Não há, por conseguinte, interesse de agir nessas situações.

O Poder Judiciário é a via destinada à resolução dos conflitos, o que também indica que, enquanto não houver resistência do devedor, carece de ação aquele que “judicializa” sua pretensão.

Por exemplo, nos casos de direitos potestativos, é imprescindível que a autarquia seja provocada a se manifestar. Se não há como o devedor se opor ao direito, também não há por que provocar o Judiciário nesses casos. (...)

Conforme consta no *site* do INSS (<http://www.inss.gov.br> em *Estatísticas*), nos Boletins Estatísticos da Previdência Social de 2011, foram requeridos, no citado ano, 8.046.153 benefícios e indeferidos 3.250.290 pedidos. Isso significa, numa estimativa, um índice de indeferimento de benefícios, naquele ano, de 40,40%.

Seguindo o referido índice, significa, em termos gerais, que, de cada 10 requerimentos, 6 são deferidos e 4 são indeferidos.

Nesse ponto convém mencionar importante consequência que a adoção da corrente da desnecessidade de prévia postulação administrativa acarreta ao Poder Judiciário. Levando-se em conta a proporção acima constatada, em tese a cada 10 processos apresentados no Poder Judiciário sem submissão anterior ao INSS, 6 poderiam ter sido concedidos administrativamente. A questão que considero relevante nessa análise é que o Poder Judiciário está assumindo, ao afastar a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo, atividades de natureza administrativa, transformando-se, metaforicamente é claro, em agência do INSS.

Consta, ainda, segundo levantamento realizado pela Procuradoria Federal Especializada no INSS (<http://www.agu.gov.br/pfeinss>, em “Relatório Final de Gestão – setembro de 2008 a janeiro de 2011”), que aquela instituição apura índice percentual da quantidade de concessões de benefícios realizadas pelo Poder Judiciário. Segundo ali consta, em 2010, de todas as concessões de benefícios, 8,51% foram por força de decisão judicial. Ou seja, em linhas gerais, de cada 10 concessões, 9 são feitas pelo INSS e 1 é feita pelo Poder Judiciário. Mantendo-se o entendimento da prescindibilidade do prévio requerimento administrativo para demandar judicialmente, esse percentual tende a aumentar, por óbvio.

A repercussão da tese jurisprudencial aqui contraposta atinge também a própria autarquia previdenciária. Observada a proporção de concessões administrativas acima, o INSS passa a

ter que pagar benefícios previdenciários, que poderia deferir na via administrativa, acrescidos pelos custos de um processo judicial, como juros de mora e honorários advocatícios. (...) Na situação dos autos o autor da ação deixou de requerer administrativamente o benefício previdenciário e não há demonstração de resistência, conforme acima fixado, razão por que carece de interesse processual, impondo-se a extinção do processo, sem resolução do mérito, conforme o art. 267, VI, do CPC”.

Se a interpretação supramencionada é válida nas ações movidas em desfavor da autarquia previdenciária, não há razão para que ela não seja aplicada também às ações de prestação de contas movidas contra entes privados.

Assim, o interesse processual do correntista e a utilidade da prestação jurisdicional verificam-se nas hipóteses de demonstração de recusa das instituições financeiras quanto à entrega das contas na via extrajudicial.

Do contrário, observada a proporção de milhares ações de prestações de contas no país, os custos das instituições financeiras para localização e apresentação de contas na forma mercantil, extratos de longos períodos e outros documentos, acrescidos pelos custos de um processo judicial, como juros de mora e honorários advocatícios, acabam sendo repassados, em última análise, aos consumidores em geral, prejudicando toda a coletividade. Isso sem falar na avalanche de processos judiciais que poderiam ser evitados pela resolução extrajudicial de conflitos.

Concordamos, portanto, com a nova visão do Superior Tribunal de Justiça que adota uma interpretação mais concretista no controle do interesse processual.

5.2 Quanto à adequação na ação de prestação de contas.

O direito ao procedimento adequado é uma garantia constitucional.

O art. 5º, inciso II da Constituição Federal preconiza o princípio da legalidade. Além disso, o Código de Processo Civil é uma lei que prevê procedimentos a serem respeitados para que haja ordem e segurança jurídica e para se outorgar uma jurisdição justa propugnada na Constituição Federal, sob pena de violar a garantia do devido processo legal formal.²⁷

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Aldir Passarinho assevera:

“Os atos processuais devem ser praticados em consonância com os regramentos vigentes, em atenção aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, com vistas a preservar a integridade da prestação jurisdicional e conferir tratamento isonômico às partes. Não há excesso de rigor formal na decisão que se apoia em tal premissa.”²⁸

²⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. No mesmo sentido, confira-se: A crise de eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.) São Paulo: RT, 2006. p.189

²⁸ STJ - AgRg no Ag 1206578/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010.

Sobre o devido processo legal, José Rogério Cruz e Tucci ensina-nos que:

“Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas”.²⁹

Como visto no tópico anterior a Súmula 259 do Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a interpretação do interesse de agir, com fortes raízes na instrumentalidade do processo. As interpretações que se seguiram à sua edição passaram a admitir, sem maiores filtros, ações de prestação de contas absolutamente genéricas, ou seja, longos períodos de relacionamento bancário passaram a ser objeto de discussão por discordância geral dos extratos fornecidos, sem que fosse necessário discriminar o período de dúvida e os lançamentos tidos pelo correntista como “obscuro” ou “não autorizado”.

Na esteira desse entendimento, centenas de milhares de ações de prestação de contas foram ajuizadas, com valores da causa baixos, o que implica em baixo risco de sucumbência. Além disso, a teor da Súmula 259 STJ, os honorários de primeira fase eram quase que certos em favor do autor, já que prevaleceu o entendimento de que sempre, independentemente do fornecimento de extratos e documentos na via extrajudicial, o consumidor poderia exigir do Banco a prestação de contas.

Não raro, as ações passaram a alegar ilegalidade de juros cobrados, não autorização para cobrança de tarifas, abusividade em capitalização de juros, dentre outras supostas ilegalidades ou abusividades.

Assim, a ação de prestação de contas que, em princípio, seria um mecanismo para conferir contas (notadamente por adição e subtração) e apontar um saldo final (devedor ou credor), passou a discutir o mérito dos lançamentos, exigir prova de autorizações por escrito, analisar enriquecimento sem causa do banco depositário etc.

A assustadora avalanche de ações de prestação de contas nos tribunais pátrios, muitas delas decorrentes da massificação de petições idênticas, fez com que o Superior Tribunal de Justiça desse um atendimento especial ao tema, com profundas discussões sobre o cabimento desse tipo de ação, necessidade, adequação e utilidade³⁰.

O Superior Tribunal de Justiça passou a enfrentar a *necessidade concreta* do processo de prestação de contas e a *adequação* do provimento desejado com o *procedimento* escolhido pelo autor. Verificou-se que, movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta

²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999. P. 259-260.

³⁰ Na lição de Paulo NALIN: “inadequado ao jurista moderno desprezar as influências que cercam o Direito, ou que dele já fazem parte, sob pena de mascarar a realidade e manter o fenômeno dos fatos distanciado do fenômeno jurídico”. (In: NALIN, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.) Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 174).

inexistência do interesse processual.³¹

Sobre o tema, vale destacar os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. REVISÃO CONTRATUAL. CUMULAÇÃO. RITOS. INCOMPATIBILIDADE.

I - Consoante entendimento desta Corte, é inviável a cumulação de ação de revisão de cláusulas contratuais com ação de prestação de contas, em face da diversidade dos ritos. Precedentes. Agravo Regimental improvido.”³².

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. REVISÃO CONTRATUAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. RITOS. INCOMPATIBILIDADE.

1. Consoante entendimento desta Corte, é inviável a cumulação de ação de revisão de cláusulas contratuais com ação de prestação de contas, em face da diversidade dos ritos. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido.”³³

O Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer, portanto, que a ação de prestação de contas, por ter rito distinto, fracionado em duas fases, não poderia ser cumulada com a ação revisional de contratos, principalmente porque, na revisional, a causa de pedir e o pedido são mais abrangentes e requerem discussões sobre cláusulas contratuais, autorizações e comportamento das partes, bem como análise de legalidade, vícios de consentimento e eventual abuso de direito. Equivale dizer, o objeto da ação revisional e seu rito são manifestamente distintos da ação de prestação de contas e a cumulação poderia prejudicar a defesa, vindo a violar o devido processo legal constitucionalmente assegurado.

Em precedente que teve como voto condutor a Ministra Izabel Galloti, relatora para o acórdão, ficou assentado o seguinte entendimento sobre a adequação da via processual nas ações de prestação de contas:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS, MULTA, TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O titular de conta-corrente bancária tem interesse processual para exigir contas do banco (Súmula 259). Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual abertura de limite de crédito), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e

³¹ Sobre o tema, confira-se: NERY JR, Nelson. Condições da Ação. Revista de Processo. São Paulo: RT, 1991, v. 64. p. 37 e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo e da Sentença, 6ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 47.

³² STJ - AgRg no REsp 1177260/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 07/05/2010.

³³ STJ - AgRg no REsp 739.700/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2007, DJ 22/10/2007, p. 285.

encargos, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.

2. A entrega de extratos periódicos aos correntistas não implica, por si só, falta de interesse de agir para o ajuizamento de prestação de contas, uma vez que podem não ser suficientes para o esclarecimento de todos os lançamentos efetuados na conta-corrente.

3. Hipótese em que a padronizada inicial, a qual poderia servir para qualquer contrato bancário, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta-corrente, não indica exemplos concretos de lançamentos não autorizados ou de origem desconhecida e sequer delimita o período em relação ao qual há necessidade de prestação de contas, postulando sejam prestadas contas, em formato mercantil, no prazo legal de cinco dias, de todos os lançamentos desde a abertura da conta-corrente. Tal pedido, conforme voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhado pela unanimidade da 4ª Turma no REsp. 98.626-SC, “soa absurdo, posto que não é crível que desde o início, em tudo, tenha havido erro ou suspeita de equívoco dos extratos **já apresentados**.”

4. A pretensão deduzida na inicial, voltada, na realidade, a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

5. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas.

6. Agravo regimental a que se dá provimento. Recurso especial não provido.³⁴

O entendimento supracitado foi corroborado pela Segunda Seção do Superior Tribunal

³⁴ STJ - AgRg no REsp 1203021/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 24/10/2012. No mesmo sentido, na sequência, o entendimento foi reproduzido no seguinte aresto: STJ - REsp 1201662/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 04/12/2012.

de Justiça, por unanimidade, ao julgar o REsp 1231027/PR.³⁵

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão supramencionado, tenha entendido que a apresentação de extratos bancários não seria suficiente para impedir o ajuizamento da ação, nota-se que o interesse processual sob o aspecto da necessidade deve ser analisado à luz da incerteza objetiva quanto às contas que o autor pretende ver prestadas. Não bastam alegações genéricas de que não concorda com os extratos, devendo ser pormenorizado o período de dúvida e os lançamentos tidos pelos correntista como obscuros.

Além disso, quanto à adequação da via processual eleita pelo autor, restou claro o entendimento de que a ação de prestação de contas não se presta para revisar contratos bancários, sendo via inadequada para se discutir cláusulas contratuais, juros, tarifas, multas.

Esse novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça parece estar em consonância com o Princípio do Devido Processo Legal, na medida em que permite que o réu se defenda em procedimento próprio. Isso porque a ação de prestação de contas não permite que o réu saiba ao contestar quais são os lançamentos que serão considerados ilegais ou abusivos pelo autor. Então, na ação de prestação de contas, a verdadeira pretensão do autor somente é conhecida após a apresentação das contas, o que acontece na segunda fase, o que impede que ele rebata (em peça de resistência) todas as alegações do autor. Portanto, parece-nos acertada a nova visão do Superior Tribunal de Justiça quanto à inadequação da via processual supramencionada.

No voto da Ministra Isabel Gallotti, foi bem ponderado que o autor, na petição inicial, não trouxe sequer um exemplo concreto de lançamento de origem desconhecida, designado por abreviatura não compreensível ou impugnado por qualquer motivo legal ou contratual. Segundo ela, a inicial genérica poderia servir para qualquer contrato bancário, bastando a mudança do nome das partes e do número da conta-corrente. Segundo a Relatora para o acórdão: “Não se cogita, nos primeiros precedentes da súmula 259, de iniciais vagas, genéricas, sem especificação dos lançamentos duvidosos ou sequer do período em que ocorreram os débitos acerca dos quais se busca esclarecimento”.

O mesmo precedente supramencionado foi utilizado como fundamento em outro acórdão, dessa vez, em demanda na qual se discutia o cabimento de ação de prestação de contas para discutir contrato de financiamento. Senão veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS, MULTA, TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O titular de conta-corrente bancária tem interesse processual para exigir

³⁵ STJ - REsp 1231027/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 18/12/2012.

contas do banco (Súmula 259). Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual abertura de limite de crédito), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e encargos, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito.

2. No contrato de financiamento, ao contrário, não há a entrega de recursos do consumidor ao banco, para que ele os mantenha em depósito e administre, efetuando pagamentos, mediante débitos em conta-corrente. A instituição financeira entrega os recursos ao tomador do empréstimo, no valor estipulado no contrato, cabendo ao financiado restituir a quantia emprestada, com os encargos e na forma pactuados. Não há, portanto, interesse de agir para pedir a prestação de contas, de forma mercantil, de créditos e débitos sucessivos lançados ao longo da relação contratual.

3. Hipótese em que a pretensão deduzida na inicial, voltada a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória.

4. Recurso especial a que se nega provimento.”³⁶

Na sequência, o Superior Tribunal de Justiça corroborou o entendimento, dessa vez, tendo como relatora a Ministra Fátima Nancy Andriahi. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. DISCUSSÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA.

1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, “a” da CF/88.

³⁶

STJ - REsp 1244361/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 30/10/2012.

2. A ausência de decisão acerca de dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o exame do recurso especial quanto ao ponto.

3. A ação de prestação de contas é instrumento hábil para aferição do aspecto econômico do contrato. Não constitui a via adequada para se proceder à análise jurídica dos termos da avença, a fim de que se verifique eventual abusividade ou ilegalidade de cláusulas.

4. Recurso especial não provido.³⁷

No aresto supramencionado, o Superior Tribunal de Justiça trata da inadequação da via processual eleita pelo autor, que demonstra a ausência do interesse de agir e, conseqüentemente, a carência de ação. Essa visão delimita, de forma objetiva, a matéria objeto da cognição, para que não haja surpresa ao réu, uma vez que, ao contestar a ação de prestação de contas, quando se está diante de argumentos genéricos de discordância dos lançamentos, nem sempre sabe com precisão quais lançamentos serão considerados ilegais ou abusivos, o que prejudica sobremaneira o direito constitucional da ampla defesa.

6. A AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PROJETADO (PL 8046/2010): OS AVANÇOS.

No Projeto de Novo Código de Processo Civil, PL 8046/2010, que aqui chamaremos doravante apenas de Novo CPC, a ação de prestação de contas ganha nova denominação: “Ação de Exigir Contas”. A matéria é prevista no Capítulo II, nos artigos 535 e seguintes.

O art. 535 do Novo CPC dispõe:

“Art. 535. É parte legítima para promover a ação de prestação de contas quem tiver o direito de exigí-las.”

Quanto a esse dispositivo, a inovação se refere à atribuição de legitimidade ao autor da ação de exigir contas. Corrigiu-se o equívoco no texto do art. 914 do CPC de 1973, que, ao invés de cuidar da legitimidade ativa *ad causam*, contém a expressão “competência”, senão veja-se: “A ação de prestação de contas competirá a quem tiver o direito de exigí-las”. Porém, como o direito de exigir as contas é matéria que será objeto de exame preliminar pelo juízo, o Relator Geral na Câmara dos Deputados, houve por bem modificar o texto do referido dispositivo, para o seguinte: “Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou

³⁷ STJ - REsp 1166628/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012.

ofereça contestação no prazo de quinze dias.”

Neste ponto, entendemos que foi adotada, pelo Relator Geral na Câmara dos Deputador a melhor técnica processual ao esclarecer que se trata da legitimidade ativa, não de competência, bem como que a suposta legitimidade (declarada unilateralmente pelo autor) há de ser analisada pelo juiz.

Quanto ao art. 536 do Novo CPC, houve alargamento do prazo para o réu prestar contas, passando-o de 05 (cinco) dias, para 15 (quinze) dias. Além disso, o autor terá 05 (cinco) dias para se manifestar sobre as contas do réu. Após a manifestação do autor, o juiz poderá: i) proferir sentença de imediato, se não houver necessidade de produção de outras provas; ou ii) decidirá as questões processuais pendentes e delimitará os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção e, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento. Se o réu não contestar o pedido, incidirá os efeitos da revelia e o juiz, se não for o caso de extinção sem exame de mérito e não houver necessidade de outras provas, conhecerá de imediato do pedido, proferindo sentença com resolução de mérito. É nessa fase, portanto, que o interesse de agir na ação de prestação de contas, objeto do presente estudo será analisado pelo juiz para estabelecer se a sentença será terminativa ou definitiva. A sentença que acolher o pedido do autor, determinará que o réu apresente as contas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não poder se insurgir contra as contas que o autor vier a apresentar. O autor apresentará suas contas, se o réu não o fizer, no prazo de 10 (dez) dias. O juiz poderá determinar a realização de perícia contábil, sendo que a sentença apurará o saldo e constituirá título executivo judicial.

A seguir, para ilustrar as alterações, tem-se um quadro comparativo entre o texto do CPC de 1973, PL 8046/2010 aprovado no Senado Federal e as alterações apresentadas pelo Relator-Geral na Câmara dos Deputados que disciplinam a matéria na acima mencionada:

CPC de 1973	Projeto de Lei 8046/2010	Alterações apresentadas pelo Relator-Geral na Câmara dos Deputados
CAPÍTULO IV - DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS	CAPÍTULO II - DA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS	CAPÍTULO II - DA AÇÃO DE EXIGIR CONTAS
Art. 914. A ação de prestação de contas competirá a quem tiver: I - o direito de exigi-las;	Art. 535. É parte legítima para promover a ação de prestação de contas quem tiver o direito de exigi-las.	Art. 564. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de quinze dias.

CPC de 1973	Projeto de Lei 8046/2010	Alterações apresentadas pelo Relator-Geral na Câmara dos Deputados
Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.	Art. 536. Aquele que pretender que lhe sejam prestadas contas requererá a citação do réu para, no prazo de quinze dias, prestá-las ou contestar o pedido.	Vide art. 564 acima.
§ 1º Prestadas as contas, terá o autor 5 (cinco) dias para dizer sobre elas; havendo necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento; em caso contrário, proferirá desde logo a sentença.	§ 1º Prestadas as contas, o autor terá cinco dias para se manifestar sobre elas, prosseguindo-se na forma do Capítulo IX do Título I deste Livro.	§ 1º Prestadas as contas, o autor terá cinco dias para se manifestar sobre elas, prosseguindo-se na forma do Capítulo XI do Título I deste Livro.
Art. 915. § 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.	Art. 536. § 2º Se o réu não contestar o pedido, observar-se-á o disposto no art. 341.	Art. 564. § 2º Se o réu não contestar o pedido, observar-se-á o disposto no art. 362.
Vide §2º acima.	Art. 536. § 3º A sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de quinze dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.	Art. 564. § 3º A sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de quinze dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.

CPC de 1973	Projeto de Lei 8046/2010	Alterações apresentadas pelo Relator-Geral na Câmara dos Deputados
<p>Art. 915. § 3º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no parágrafo anterior, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.</p>	<p>Art. 536. § 4º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no §3º, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro de dez dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.</p>	<p>Art. 564. § 4º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no § 3º, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro de dez dias, sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.</p>
<p>Art. 917. As contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo; e serão instruídas com os documentos justificativos.</p>	<p>Art. 537. As contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma mercantil, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo, e serão instruídas com os documentos justificativos</p>	<p>Art. 565. As contas, assim do autor como do réu, serão apresentadas em forma <u>contábil</u>, especificando-se as receitas e a aplicação das despesas, bem como o respectivo saldo, e serão instruídas com os documentos justificativos.</p>
<p>Art. 918. O saldo credor declarado na sentença poderá ser cobrado em execução forçada.</p>	<p>Art. 538. A sentença apurará o saldo e constituirá título executivo judicial.</p>	<p>Art. 566. A sentença apurará o saldo e constituirá título executivo judicial.</p>
<p>Art. 919. As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de outro qualquer administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado. Sendo condenado a pagar o saldo e não o fazendo no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, seqüestrar os bens sob sua guarda e glosar o prêmio ou gratificação a que teria direito.</p>	<p>Art. 539. As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de outro qualquer administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado. Sendo condenado a pagar o saldo e não o fazendo no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, sequestrar os bens sob sua guarda e glosar o prêmio ou a gratificação a que teria direito e determinar as medidas executivas necessárias à recomposição do prejuízo.</p>	<p>Art. 567. As contas do inventariante, do tutor, do curador, do depositário e de outro qualquer administrador serão prestadas em apenso aos autos do processo em que tiver sido nomeado. Sendo condenado a pagar o saldo e não o fazendo no prazo legal, o juiz poderá destituí-lo, sequestrar os bens sob sua guarda e glosar o prêmio ou a gratificação a que teria direito e determinar as medidas executivas necessárias à recomposição do prejuízo.</p>

É importante notar que, no texto do Relator Geral na Câmara dos Deputados, a forma das contas passou de mercantil para contábil, mais condizente com as contas apresentadas **por** pessoas físicas.

Neste ponto, as contas prestadas na forma contábil devem conter as receitas, despesas e saldo resultante e, portanto, pode-se tecnicamente entender por créditos (receitas), débitos (despesas) e saldo.

A título de exemplo, na modalidade de contrato de conta corrente, as receitas, do ponto de vista do titular da referida conta, são constituídas por depósitos em dinheiro ou cheques, transferências a crédito, liberações de recursos, entre outros. Por outro lado, as despesas são verificadas por saques e retiradas, transferências a débito, compensação de cheques, para citar apenas alguns exemplos.

Parece-nos, portanto, bastante claro que os próprios extratos de movimentação de uma conta corrente já atendem ao contido no dispositivo legal, ou seja, apresentam os créditos (receitas), débitos (despesas) e saldo, não apenas final, mas diário apresentado na conta corrente.

A interpretação de que a apresentação dos extratos de uma conta corrente não seria suficiente para se considerar as contas como prestadas alarga substancialmente o conceito de interesse de agir no aspecto da necessidade, exigindo que o Judiciário aprecie, indistintamente, toda e qualquer demanda que vise esclarecer extratos.

É de se pensar que, com a evolução tecnológica e informatização que primam pela facilidade de acesso às informações, os extratos de hoje não são como os extratos fornecidos nos anos 70, por exemplo. A publicidade e clareza dos lançamentos se aperfeiçoou ao longo dos anos, haja vista o advento do Código de Defesa do Consumidor em 1990 e das normas emanadas do Banco Central do Brasil que disciplinaram o direito à informação.

Portanto, a análise da necessidade da ação de prestação de contas deve ser criteriosa e objetiva, de modo a exigir que o autor demonstre pontualmente os “esclarecimentos” de que necessita em seus extratos ou, pelo menos, demonstre que os solicitou ao réu na via extrajudicial, mas não os recebeu.

7. CONCLUSÃO

A nova linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça mostra-se mais afinada com os preceitos constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

A Ação de Prestação de contas não é a via judicial adequada para a desconstituição de abusos, supostamente, praticados por instituição financeira. Nem é via adequada para questionar os encargos cobrados (juros excessivos e capitalizados, taxas não identificadas, etc), depois, obviamente, de o cliente ter utilizado o dinheiro colocado à sua disposição.

A prestação de contas é medida conciliatória, uma ação de acerto, levando cada

uma das partes a harmonizar os seus respectivos lançamentos contábeis, mediante a apresentação de contas, tanto por quem pede, como por quem presta, em forma mercantil, especificando-se as receitas e aplicando-se as despesas (art. 917, CPC).

Em suma, em sede de ação de prestação de contas, não cabe impugnação de cobrança de comissão de permanência, juros, multa, tarifas etc (reputados abusivos) cuja finalidade está restrita a esclarecimentos contábeis.

Para se evitar a judicialização dos conflitos e incentivar a sua resolução extrajudicial, seria importante avançar um pouco mais na análise do interesse processual, para se exigir que o autor da ação de prestação de contas demonstre a necessidade concreta desse tipo de ação, ou seja, que demonstre que tentou e não conseguiu obter as contas administrativamente ou, pelo menos, que as contas prestadas apresentam dúvidas veementes, objetivamente identificáveis. Essa exigência não é mero formalismo odioso, mas uma medida que: i) permite a ampla defesa; ii) delimita a discussão no processo; iii) gera celeridade processual; e iv) evita dilações probatórias inúteis e demandas aventureiras em busca somente de honorários advocatícios.

Ademais, a necessidade como elemento caracterizador de condição da ação faz com que somente cheguem **dúvidas** fundadas ao Judiciário, já que, definitivamente, o juiz não é um “carimbador de extratos bancários”.

A prevalecer a boa técnica, preconizada por Liebman, adotada pelo CPC de 1973 e pelo Projeto de Novo CPC, que consiste na **verificação** criteriosa do interesse processual, inclusive nas ações de prestação de contas, imaginamos que, pelo menos a respeito do tema ora debatido, as partes tentarão solucionar prévia e amigavelmente as dúvidas sobre as contas, o que pode evitar, em certa medida, que o Judiciário sempre tenha que conferi-las quando houver mera provocação genérica e unilateral do autor.

8. BIBLIOGRAFIA

ATTARDI, Aldo. Diritto Processuale Civile. Parte Generale. vol. 1. CEDAM, 1999.

BARBI, Celso Agrícola, Comentários ao Código de Processo Civil. V.1. T1. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORTOLAI, Edson Cosac. Da ação de prestação de contas. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 1988.

BUZAID. Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: ano 7, n. 27, jul/set. 1982.

_____. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil de 1973.

COMOGLIO, Luigi P.; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. Lezioni sul processo civile vol.1. Il processo ordinario di cognizione. Il Mulino, 2011.

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 7ª ed. Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. 01. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. Vol II. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Liebman e a cultura processual brasileira. *In*: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horário Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.) Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo III, nº 262: Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed, 1992.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Condições da Ação. Enfoque sobre o interesse de agir no Processo Civil Brasileiro. Coleção Estudos de Direito do Processo Enrico Tullio Liebman. Vol. 43. São Paulo: RT, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive: parte generale: il processo di cognizione. Milano: Giuffrè, 1852.

_____. L'azione nella teoria del processo civile. *In*: Problemi del processo civile. Nápoles: Morano, 1962.

_____. Intituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. *In*: Problemi de processo civile. Napoli: Morano, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MADEIRA, Dhenis. O Novo CPC e a leitura tardia de Liebman – possibilidade jurídica como matéria de mérito. *In*: O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC / Coordenadores: Fernando Rossi; Glaucio Gumerato Ramos; Jefferson Carús Guedes; Lúcio Delfino; Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; prefácio de Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NALIN, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.) Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JR, Nelson. Condições da Ação. *Revista de Processo*. v. 64, São Paulo: RT, 1991.

PORTO, Sérgio Gilberto. No mesmo sentido, confira-se: A crise de eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. *In: Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.) São Paulo: RT, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas. Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile. Parte Generale*. Vol. I. 6ª ed. Jovene, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol 1. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2007.

COMISSÃO DE ADVOGADOS CORPORATIVOS

Integrantes que atuaram e redigiram:

Alexandre Gallas Mariath Costa

Alysson Hautsch Oikawa

André L. Costa-Corrêa

Arthur Mendes Lobo

Fernando de Siqueira

Guilherme Helfenberger Galino Cassi

Juliana Oliveira Nascimento

Lara Selem

Lucas Martins Dias

Luciana Kishino De Souza

Luiz Assi

Maick Felisberto Dias

Mariana Mendes Cardoso Oikawa

Rodrigo Bertozzi

Simone Michielin

Stefano Donassolo

Victor Penzo Neto