

idp

DIREITO E PRÁTICA:

**ANÁLISES DE CASOS NO ÂMBITO
DOS NEGÓCIOS E DA GOVERNANÇA
CORPORATIVA**

ORGANIZADORES

ISABEL LUIZA RAFAEL MACHADO DOS SANTOS
RAPHAEL CARVALHO DA SILVA
ANA CECÍLIA DE OLIVEIRA BITARÃES

AUTORES

RENATO COUTO MENDONÇA
ÉRICA RAMOS VENOSA MAZZOLA
ALINE GUABERTO NASCIMENTO
MARCELO LINDOSO BAUMANN
JOÃO COSTA RIBEIRO NETO
LUCIANO RAMOS DE OLIVEIRA
MATEUS FROTA CARMONA
PRISCILA ARANTES DOS SANTOS
JENIFFER SACAURA
FABIANO COELHO VIEIRA JUNIOR
VITOR FINHOLDT LOPES
JULIANA XAVIER FERRARESI CAVALCANTE
EDUARDA CHACON ROSAS

Código de catalogação na publicação – CIP

S237d Santos, Isabel Luiza Rafael Machado dos

Direito e prática: Análises de casos no âmbito dos negócios e da governança corporativa. / Organizadores Isabel Luiza Rafael Machado dos Santos, Raphael Carvalho da Silva e Ana Cecília de Oliveira Bitarães. — Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, 2022.

144 p. ; il. ; color.

Inclui bibliografias.

E-book.

ISBN 978-65-87546-10-0

1. Direito dos negócios 2. Governança corporativa 3. Direito comercial I. Título II. Silva, Raphael Carvalho da. III. Bitarães, Ana Cecília de Oliveira.

CDD 342.2

PREFÁCIO

“A dúvida é o princípio da sabedoria”
Aristóteles

Quando se tem amor pelo conhecimento, e ousadia o bastante para buscá-lo, a vida se torna um campo fértil, uma obra de arte. E nós os grandes atores, as crianças que jamais envelhecem.
Calíope Moria.

O Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, ao oferecer o LATIN LEGUM MAGISTER (LLM) – Direito dos Negócios e Governança Corporativa, reafirma o compromisso de que seus alunos tenham uma perspectiva mais prática dos ordenamentos jurídicos, pois além de uma especialização de alto desempenho, integra as discussões e atualizações nas áreas de estudo ao ambiente vivido na prática pelos profissionais do direito.

Estudos de casos jurídicos e busca de soluções para situações concretas trazidas para discussões são os diferenciais das aulas, que contam com a participação ativa dos alunos e docentes.

Este ebook é o resultado dessa construção conjunta de conhecimento. Apresentar esta obra de autoria coletiva, que tanto evidencia o mérito dos estudantes deste Instituto quanto agrega valor à comunidade jurídica, concretiza o meu orgulho de ser docente e de compor este projeto.

A obra reúne os trabalhos mais notáveis e eterniza a dedicação e o empenho dos alunos do LLM – Direito dos Negócios e Governança Corporativa, que ao enfrentarem temas relevantes e atuais do direito, contribuíram com os seus respectivos talentos para que mais um material de alto nível seja levado à lume. Além de contar com estudos de colegas e notórios profissionais da área, por mim convidados para também contribuírem para este projeto;

Érica Ramos Venosa, abordou o instituto da Recuperação Judicial como forma de soerguimento para clubes de futebol endividados, tomando por base a Lei nº 14.193/2021, editada com o propósito de possibilitar que o futebol brasileiro ingresse no mercado mundial do esporte e que criou a sociedade anônima do futebol, prevendo meios de tratamento do passivo dos clubes.

Fabiano Coelho Vieira Junior, por sua vez, provoca o leitor a pensar acerca da potencial inconstitucionalidade dos institutos da Recuperação Judicial e Extrajudicial, trazendo comparativos entre os critérios da Escola de Chicago e da Escola Austríaca, bem como sobre a aparente fragilidade da condição desses institutos, diante da sua constitucionalidade depender tão somente de qual escola de pensamento influencia a jurisprudência, de forma que, havendo mudança de paradigma, a qualquer momento podem vir a ser declarados inconstitucionais.

Na mesma temática de Recuperação Judicial, Mateus Frota Carmona, discute a hipótese de conflito entre Acordo de Acionistas e Plano de Recuperação Judicial, trazendo uma análise detalhada do julgamento do Recurso Especial nº 1.539.445 – SP (2015/0045669-6), julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 13 de março de 2018.

Renato Couto Mendonça, partindo de um estudo de caso concreto, analisou o processo de aquisição da FOX pela DISNEY, apresentando o detalhamento das condições desproporcionais inicialmente impostas pelo CADE, que ao invés de garantirem a livre concorrência, acabaram por mitigá-la, bem como a revisão da posição do órgão regulador.

Aline Gualberto Nascimento apresentou a importância regulatória do mercado de capitais pelo Estado, por meio da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Por outro lado, aborda a extrapolação de competência da CVM ao auferir poderes de autorregulação à Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais – ANBIMA, por meio do Convênio, autorizando o ente privado a, também, regular o mercado de capitais e impor regras sem observância aos ditames constitucionais.

João Costa Ribeiro Neto e Luciano Ramos de Oliveira, em seu artigo, propõem-se a analisar a possibilidade de prorrogação, pelo Superior Tribunal de Justiça, do stay period quando a regra legal impõe a improrrogabilidade do prazo de 180 dias. Debatem sobre o limite da flexibilização da literalidade de normas mercantis, refletindo sobre os poderes do julgador em alterar a norma por razões não consideradas pelo legislador.

O desafio da implementação das práticas de governança corporativa ante sua complexidade perante as novas realidades societárias é o tema trazido por Priscila Arantes dos Santos, demonstrando a necessidade de sua simplificação para atender às novas realidades societárias.

Jeniffer Sacakura, no campo do direito trabalhista, traz reflexões sobre os tipos de vacância existentes e a consequência jurídica de cada uma conforme o disposto na Súmula 159, do Tribunal Superior do Trabalho, na qual disciplina sobre o pagamento do salário substituição, bem como aborda algumas alternativas que o ordenamento jurídico autoriza que o empregador execute em caso de vacância temporária do empregado.

Vitor Finholdt Lopes enfrentou a reformulação dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa e as repercussões de tais alterações na responsabilização do agente público. Apresentou evidências dos avanços e correções da

Lei nº 8.429/1992, sob a ótica da segurança jurídica e da correta caracterização da improbidade administrativa.

O requisito da transcendência para a admissibilidade do Recurso de Revista é o tema abordado por Juliana Xavier Ferraresi Cavalcante. A temática é relevante aos operadores do direito, especialmente por tal exigência, por vezes, se tornar um obstáculo ao processamento dos recursos perante o Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, honro-me em apresentar duas grandes parcerias que somam os grandiosos projetos deste e-book. Eduarda Chacon Rosas, renomada advogada que, acrescentando aos meus conhecimentos na área, atçou-me a trazermos a buscarmos em algumas linhas trazer uma grande inquietude do mundo: a inteligência artificial no panorama regulatório. Nosso desassossego nos conduziu a uma reflexão regulatória-ética em relação à proteção de dados, tendo como parâmetro a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, a Lei Geral de Proteção de Dados e o projeto de lei brasileiro, PL nº 21/2020, cujo substitutivo foi aprovado após uma série de emendas pelo Plenário da Câmara Federal em 7 de julho de 2021.

Igualmente incrível a parceria com colega Marcelo Lindoso Baumann, notório profissional e atualmente companheiro de desafios de valorosos no campo da governança corporativa, integridade e conformidade, em que trazemos um ensaio sobre a geração de valor das empresas pela adoção de práticas de governança. O estudo analisa os requisitos de governança corporativa exigidos pela B3 para os segmentos de listagem por ela criados e traz uma comparação da performance do Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada (IGC B3) diante do Índice Bovespa (IBOVESPA).

Todos esses profissionais, na condição de colegas ou alunos dedicados e comprometidos com a contínua ampliação do saber jurídico, articularam suas ideias em artigos primorosos que resultaram nesta obra, a qual a partir de agora estará à disposição para ser compartilhada com todos aqueles ávidos por ampliarem seus conhecimentos.

Isabel Luiza Rafael Machado dos Santos

SUMÁRIO

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DOS CLUBES DE FUTEBOL SOB A ÉGIDE DA LEI 14.193/2021..	7
A ILEGALIDADE DO CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E A ANBIMA.....	20
ENSAIO SOBRE A GERAÇÃO DE VALOR PELA ADOÇÃO DE PRÁTICAS DE GOVERNANÇA – UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ÍNDICES DA B3	31
AS NORMAS MERCANTIS NA PERSPECTIVA DA DERROTABILIDADE.....	43
ACORDO DE ACIONISTAS <i>VERSUS</i> RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ESTUDO DO CASO DASLU.....	54
O CASO DA AQUISIÇÃO DA FOX PELA DISNEY.....	63
O DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO DE PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA NO NOVO MERCADO.....	72
A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA VACÂNCIA TEMPORÁRIA E O SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO.....	85
A POTENCIAL INCONSTITUCIONALIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL.....	103
A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO.....	113
A TRANSCENDÊNCIA NO RECURSO DE REVISTA	119
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O ARCABOUÇO NORMATIVO REGULATÓRIO	128

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DOS CLUBES DE FUTEBOL SOB A ÉGIDE DA LEI
14.193/2021**

Érica Ramos Venosa Mazzola¹

Tema: RECUPERAÇÃO JUDICIAL

RESUMO

A Lei nº 14.193/2021 tem como proposta fazer com que o futebol brasileiro ingresse no mercado mundial do esporte. Para tanto criou a sociedade anônima do futebol e previu meios de tratamento do passivo dos clubes endividados. O presente trabalho busca analisar a prerrogativa prevista na novel legislação de os clubes de futebol se utilizarem da recuperação judicial como forma de soerguimento.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade Anônima do Futebol; Recuperação Judicial; Clube; Associação.

INTRODUÇÃO:

O futebol brasileiro vem recebendo especial atenção do legislador ao longo dos últimos anos, tendo sido editadas normas buscando auxiliar os clubes a superar a crise-econômico-financeira que estão atravessando.

A Lei nº 14.193/2021 (BRASIL, 2021) foi editada nesse contexto, criando a figura da sociedade anônima do futebol (SAF), como forma de os clubes, em sua maior parte constituídos como associações, atraírem investimentos e abrirem-se para o mercado, estabelecendo dois meios de tratamento do passivo para permitir essa transição: o regime centralizado de execuções e a recuperação judicial ou extrajudicial.

A possibilidade de as associações usufruírem do benefício da recuperação judicial é controversa tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Apesar de a lei da SAF prever esse procedimento como mecanismo à disposição dos clubes, faz-se necessário investigar em que extensão a recuperação judicial é autorizada.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo investigar se a novel legislação autorizou os clubes, entendidos como associações civis dedicadas ao fomento e à prática do futebol, a pedirem recuperação judicial, independente-

¹ Analista Judiciário do Superior Tribunal de Justiça, assessora do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina, pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Anhuera (Uniderp), e-mail: venosa@stjus.br.

mente da constituição de uma sociedade anônima de futebol.

SÍNTESE FÁTICA

A Lei nº 14.193/2021 (BRASIL, 2021) fez surgir no ordenamento jurídico brasileiro um novo subtipo societário - a sociedade anônima do futebol (SAF). A nova legislação, em um primeiro momento, tem como proposta fazer com que o futebol brasileiro passe a integrar o pungente mercado mundial do esporte, superando a atual estrutura de clube recreativo para alcançar o modelo empresarial, com a negociação de ações em bolsa e melhora na governança corporativa.

Para tanto, o seu artigo 2º prevê três formas de constituição da SAF: (i) pela transformação do clube ou pessoa jurídica original (inciso I), (ii) pela cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade do futebol e (iii) pela iniciativa de pessoa natural, jurídica ou fundo de investimento.

As duas primeiras formas de constituição sofreram severas críticas da doutrina, que foram assim explicitadas pelo Professor Alfredo de Assis Neto:

A dificuldade de compreender qualquer das duas primeiras operações está em que os clubes e demais agremiações que se dedicam a essa missão desportiva (leia-se sempre 'clube'), como associações que atualmente são, não possuem associados titulares de parcela de seus patrimônios.

De fato, os associados, ainda que paguem para ter acesso e frequência às atividades associativas (joias e contribuições de custeio das atividades associativas), não têm direitos sobre o patrimônio da associação, que só a ela pertence. [...]

Sendo assim, tanto a operação de transformação quanto a de cisão não operam a passagem dos associados do clube para a condição de acionistas da mencionada SAF; não tendo participação no patrimônio que a ela irá ser aportado, eles não têm como participar de uma sociedade anônima na qual o acionista é um prestador de capital. O fato de a lei admitir a criação da SAF por meio de qualquer dessas operações, sem nada mais dispor a respeito, não autoriza aquinhoar os associados do clube com direitos patrimoniais que não possuem.

Portanto, a transformação do clube em SAF ou sua cisão com versão de parcela do seu capital para criação de uma SAF faria com que ela se tornasse sócia de si mesma, sem participação de qualquer associado.

A cisão não opera a duplicação da sociedade cindida (do clube, no caso) nem a converte em acionista da sociedade nova por ela criada. Portanto, com a cisão, o clube não se torna sócio da SAF, porque ele é o destinatário da operação; se passasse a ser sócio, não haveria cisão, mas constituição pura e simples de uma sociedade na qual ele subscreveria suas ações com aporte de parte do seu patrimônio, tal como se dá na criação de uma subsidiária integral, que, no entanto, não pode ter como acionista uma associação, somente uma sociedade brasileira (Lei da S.A., artigo 251). (NETO, 2021).

A par das críticas, o fato é que a autorização para os clubes adotarem a forma de empresa e se transformarem em sociedade comercial não é nova. Com efeito, já na vigência da Lei nº 8.672/1993 (BRASIL, 1993), mais conhecida como Lei Zico, os clubes de futebol podiam adotar a forma de empresa, iniciando-se nessa fase a utilização do termo “clube empresa”.

A nova lei geral do desporto, Lei nº 9.615/1998 (BRASIL, 1998), apelidada de Lei Pelé, editada com a finalidade de aperfeiçoar a lei de 1993, chegou, em sua redação inicial, a obrigar as entidades que participavam de competições profissionais a se transformar em sociedade comercial ou, ao menos, contratar sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais. O que se viu, a partir de então, foi uma sucessão de modificações legislativas ora facultando, ora impondo (ainda que indiretamente, mediante a previsão de graves sanções), a adoção do modelo comercial.

Observa-se, também, que a preocupação com governança, retratada no artigo 4º da Lei da SAF, já estava contemplada na Lei Pelé, que trazia em seu bojo medidas que buscavam imprimir transparência aos atos praticados pelas entidades desportivas, mostrando forte preocupação com a moralização do esporte.

Dentre elas pode-se citar a necessidade, mesmo para os clubes organizados na forma de associação, de elaborar demonstrações financeiras separadamente por atividade econômica, apresentação e publicação de contas e relatórios de auditoria quando beneficiárias de recursos públicos, prevendo consequências específicas para o desatendimento dessas regras, consoante o art. 46-A da Lei nº 9.615/1998 (BRASIL, 1998).

Constata-se, ainda, que a preocupação do legislador com novas fontes de renda para os clubes e financiamento de suas dívidas também não é inédita, podendo ser citada a criação do Timemania, que congregava o jogo de loteria com modalidades de parcelamento dos créditos tributários e previdenciários,

segundo a Lei nº 11.345/2006 (BRASIL, 2006).

A Lei nº 13.155/2015, a seu turno, criou o Programa de Modernização da Gestão e Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro (PROFUT), propondo um programa de refinanciamento das dívidas fiscais desde que fossem adotadas novas práticas de gestão (BRASIL, 2015).

É de se questionar, então, diante de tantas normas, qual o real motivo pelo qual foi editada a Lei nº 14.193/2021 e a resposta talvez esteja na forma de tratamento do passivo, especialmente o não tributário acumulado pelas associações, como forma de permitir o seu ingresso no mercado.

Para Felipe Falcone Perruci, fazia-se necessária a criação de um diploma legal específico, capaz de disciplinar todas as peculiaridades do futebol profissional, ponderando que “[...] para que o modelo empresarial consolide-se como resposta organizativa ao futebol brasileiro, faz-se necessário que a situação econômico-financeira dos clubes profissionais seja saneada e que sejam criados mecanismos capazes de garantir sua sustentabilidade” (PERRUCCI, 2021).

De fato, a lei que criou a SAF vem sendo tratada pelos meios de comunicação como “a salvação para os clubes endividados” (SANTOS, 2021, n.p.).

Nessa toada, o Cruzeiro, cujas dívidas apuradas no balanço de 2020, segundo a mencionada reportagem, alcançavam quase R\$ 900 milhões de reais, foi um dos primeiros a aprovar, em assembleia realizada no dia 3.8.2021, a constituição da sociedade anônima do futebol, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 14.193/2021.

Apesar do entusiasmo dos grandes devedores com a nova legislação, diversas questões ainda estão sem resposta quanto à forma como irão funcionar os meios de tratamento do passivo previsto na lei, especialmente no que diz respeito à possibilidade de o clube, enquanto associação, ingressar com pedido de recuperação judicial.

JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVÂNCIA PARA ESCOLHA DO CASO

As dívidas dos clubes de futebol brasileiro, em sua maioria organizados como associações, já de grande expressão, cresceram sobremaneira com a pandemia da Covid-19. Diante disso, alguns clubes tentaram a via da recuperação judicial, ainda que a Lei nº 11.101/2005 (LREF), que disciplina a recuperação judicial, extrajudicial e a falência, esclareça, já no seu artigo 1º, que está direcionada ao empresário e à sociedade empresária (BRASIL, 2005).

Esses pedidos de recuperação judicial que envolveram não somente clubes de futebol, como também outras associações sem fins lucrativos, como instituições de ensino, fomentaram inúmeras discussões na doutrina e algumas divergências no Judiciário acerca da possibilidade de se estender às pessoas

jurídicas organizadas sob o regime civil, os benefícios do regime empresarial.

A questão ainda não foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça. Importa esclarecer, no ponto, que os defensores da possibilidade de se deferir a recuperação judicial às associações fazem menção ao REsp nº 1.004.910/RJ para afirmar que aquela Corte já se manifestou favoravelmente à tese (BRASIL, 2008). Entretanto, uma breve análise daquele julgado demonstra que não foram debatidos os principais argumentos acerca da matéria, sendo aplicada ao caso a teoria do fato consumado, tendo em vista o adiantado estágio da recuperação judicial da Casa de Portugal.

É preciso destacar que no final do ano de 2020 houve a reforma da Lei nº 11.101/2005, em que o legislador, apesar das profundas modificações que imprimiu à recuperação judicial, não incluiu as associações como legitimadas a requerer o benefício, apesar das diversas propostas nesse sentido (BRASIL, 2005).

É nesse cenário que a Lei nº 14.193/2021 foi editada, prevendo em seu artigo 13, o tratamento do passivo dos clubes por 2 (dois) procedimentos, o concurso de credores pelo Regime Centralizado de Execuções ou a recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2021).

A primeira leitura do referido dispositivo legal pode sugerir que as associações dedicadas ao fomento e à prática do futebol passaram a estar legitimadas para o pedido de recuperação judicial. Um estudo mais minucioso da Lei da SAF, porém, traz fundadas dúvidas quanto à correção dessa conclusão.

DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS ASSOCIAÇÕES

A primeira percepção que se tem ao analisar o pedido de recuperação judicial formulado por associações é que há uma profunda dissonância entre a realidade fática e o enquadramento jurídico ostentado pela requerente.

Com efeito, de acordo com a estrutura das associações, conceituadas pelo Código Civil como união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, a maior parte de sua renda deveria vir de seus associados, que decidiram se unir em torno de um fim comum, que deve constar do seu ato constitutivo, para obtenção de personalidade jurídica. Apesar disso, a associação não está proibida de exercer atividade econômica ou auferir lucro, desde que esses não sejam distribuídos entre os associados, sendo reinvestidos no alcance de suas finalidades.

Na prática, porém, o que se verifica, especialmente em relação aos clubes que disputam os campeonatos profissionais, é que se desvirtuaram do escopo associativo, estando sua fonte de receita diretamente vinculada ao ramo do entretenimento e comunicação, em que os torcedores são verdadeiros consumidores e o esporte é um produto de alta lucratividade.

O viés empresarial fica cada vez mais nítido, sendo difícil compatibilizar o modelo de associação com as inúmeras transações de mercado realizadas pelos grandes times, a exemplo da exploração do direito de arena, do marketing ajustado com os gigantes empresariais, do patrocínio na camisa e dos lucros obtidos, cuja destinação no mais das vezes não é somente para o incremento da atividade, conforme retratam os diversos escândalos de corrupção que rondam os clubes e seus dirigentes.

Convivem dentro das associações dois mundos, aquele inicial que buscava a reunião de pessoas em razão do esporte, do lazer, ou da educação, e a finalidade econômica, com intuito fortemente lucrativo, que se originou com o crescimento da atividade.

A solução jurídica seria, então, adotar a forma empresarial, com os ônus (especialmente na parte tributária) e os bônus decorrentes desse regime. Contudo, ao invés disso, é justamente essa incompatibilidade, a preponderância da atividade lucrativa, que dá amparo aos pedidos de recuperação judicial, nos quais é destacado o exercício de atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços, na forma do artigo 966 do Código Civil, defendendo-se a linha de que a empresa é um fenômeno econômico e não jurídico (BRASIL, 2002).

Ademais, apela-se para o princípio da preservação da empresa, ressaltando-se que o indeferimento do pedido de recuperação judicial implicará na extinção da atividade econômica, com especial prejuízo para os trabalhadores e para o tecido social.

Apesar dos substanciosos fundamentos utilizados para o deferimento do processamento da recuperação judicial das associações (RIO DE JANEIRO, 2020), o fato é que a Lei nº 14.112/2020, que recentemente reformou a Lei nº 11.101/2005, não adotou a providência propugnada por parte da doutrina, no sentido de que seu artigo 1º admitisse a recuperação judicial daqueles que exercem atividade econômica e não somente do empresário e da sociedade empresária (BRASIL, 2005).

Assim, a Lei nº 14.193/2021 passou a ser de fundamental importância para a tese de que os clubes de futebol têm legitimidade para requerer a recuperação judicial, especialmente definir se os clubes passaram a poder se socorrer da recuperação judicial como associação ou a constituição da sociedade anônima do futebol é pressuposto para alcançar o benefício.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DOS CLUBES DE FUTEBOL

A Lei nº 14.193/2021, em seu artigo 1º, define o que irá considerar como clube, esclarecendo ser a associação civil dedicada ao fomento e à prática do fute-

bol. No artigo 13, inciso II, estabelece que o clube poderá efetuar o pagamento das obrigações aos seus credores por meio de recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos da Lei nº 11.101/2005. Ademais, o caput do artigo 25 afirma que o clube é admitido como parte legítima para requerer a recuperação judicial ou extrajudicial (BRASIL, 2021).

A conjugação desses dispositivos indica que o clube, isto é, a associação, passou a ter legitimidade para o requerimento da recuperação judicial.

Afirmam Alexandre Nasser de Melo e Humberto Lucas Almeida:

O artigo 25 da lei evita a discussão sobre a aplicação da lei 11.101/05 aos clubes de futebol, pois é categórico ao positivar: 'O clube, ao optar pela alternativa do inciso II do art. 13 desta Lei, e por exercer atividade econômica, é admitido como parte legítima para requerer a recuperação judicial ou extrajudicial, submetendo-se à Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005'.

O disposto no artigo 25 inova o direito concursal, pois é a primeira vez que há previsão legal expressa autorizando que uma associação civil se socorra da lei 11.101/05. Veja-se que o dispositivo utiliza a expressão 'o clube', que na forma do artigo 1º, § 1º, inciso I da lei deve ser interpretado como 'associação civil regida pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dedicada ao fomento e à prática do futebol. (MELO; ALMEIDA, 2021).

É de se ver, entretanto, que o artigo 25, parágrafo único, da Lei da SAF (BRASIL, 2021), ao estabelecer que, se o clube optar pela recuperação judicial, os contratos bilaterais, bem como os contratos de atletas profissionais vinculados ao clube não se resolverão em razão do pedido e poderão ser transferidos à Sociedade Anônima do Futebol no momento de sua constituição, parece vincular o pedido de recuperação à constituição da sociedade anônima do futebol.

De fato, a lei fala "no momento da constituição" e não se houver a constituição de sociedade anônima do futebol. O questionamento acerca da vinculação do pedido de recuperação à constituição da SAF é destacado por Thomaz Luiz Sant'Ana e Maria Fabiana Sant'Ana quando afirmam:

Tema que ainda deve 'povoar' os tribunais é se o clube já adquiriu o direito de se socorrer dos mecanismos fixados na Lei de Falências para equalização de seu passivo, a partir da vigência da Lei 14.193/21, ou se, ao revés, isso só será possível caso o clube, anteriormente, constitua a Sociedade Anônima do Futebol. (SANT'ANA; SANT'ANA, 2021).

Afirma João Marcos Guimarães Siqueira:

O grande debate que ganha relevo na atualidade é a possibilidade de se estender às agremiações associativas os benefícios tanto do Regime de Centralização das Execuções quanto da Recuperação Judicial, ainda que não haja por parte delas interesse na migração para a formatação societária de Sociedade Anônima do Futebol. (SIQUEIRA, 2021).

Fazendo-se uma análise do contexto no qual foi editada a Lei 14.193/2021, parece que a melhor interpretação é aquela que atrela o pedido de recuperação judicial à constituição da sociedade anônima do futebol.

Com efeito, a referida legislação busca trazer mecanismos eficazes para amparar a mudança do perfil do futebol brasileiro, deixando para trás a gestão amadora realizada no âmbito das associações, para dar lugar à gestão profissional, a partir da estrutura da sociedade anônima.

Nesse contexto, a recuperação judicial surge como uma das formas de tratar o passivo, que gerenciado, trará estímulos para que os investidores apliquem sua poupança nas ações das novas sociedades futebolísticas, garantindo a sustentabilidade do novo modelo proposto.

Diante disso, deferir a recuperação judicial a um clube que não tem como proposta adotar o novo modelo de gestão proposto contraria a própria lógica sobre a qual a lei foi construída.

A recuperação judicial pressupõe a apresentação de um plano, a partir do qual o devedor buscará evidenciar aos credores que a crise econômico-financeira pelo qual passa é temporária, sendo a atividade econômica viável, apontando quais as providências que pretende tomar para sanear e incrementar seu negócio, gerando os valores necessários para o pagamento das dívidas.

Explica Marcelo Sacramone:

A recuperação judicial não almeja, como pretendia a concordata, apenas superar uma falta transitória de liquidez do empresário devedor diante da condição adversa de mercado. Procurou a lei criar instituto apto à superação de crise econômica estrutural do empresário, que poderá readequar sua atividade e a organização de seus fatores de produção para continuar a regularmente empreender. Para tanto, deverá verificar o melhor meio para a superação de sua crise, conforme o ramo de sua atividade, natureza dos créditos, deficiência econômica apresentada na sua estrutura produtiva ou de prestação de serviços. (SACRAMONE, 2021).

Nessa linha, a Lei nº 14.193/2021, já prevê a constituição da SAF como auxiliar no pagamento das dívidas do clube, estabelecendo, no artigo 10, II, que o clube original será responsável pelo pagamento das obrigações anteriores à constituição da SAF e deverá destinar à quitação dessas dívidas 50% (cinquenta por cento) dos dividendos e juros sobre o capital próprio recebidos na condição de acionista (BRASIL, 2021).

Assinala João Marcos Guimarães Siqueira ao comentar o artigo 10 da Lei nº 14.193/2021:

Pela leitura do dispositivo supra, há aparente vinculação dos incisos I e II acima com a constituição da Sociedade Anônima do Futebol, justamente em função das destinações financeiras ali previstas. Sem a conversão da associação para sociedade empresária, estariam ausentes as contrapartidas que justificam o espírito da lei em si. (SIQUEIRA, 2021).

Ademais, o artigo 2º, inciso II, da Lei da SAF obriga o clube original e a sociedade anônima criada a firmarem contrato pelo qual a nova sociedade irá remunerar o clube pela exploração dos direitos de propriedade intelectual que lhe forem cedidos (BRASIL, 2021).

É possível afirmar, a partir dessas disposições, que a constituição da sociedade anônima do futebol pode ser compreendida até mesmo como um dos meios para recuperação da atividade. É relevante mencionar, no ponto, que o artigo 20 da Lei da SAF dispõe que os credores poderão converter a dívida do clube em ações da sociedade anônima do futebol ou em títulos por ela emitidos (BRASIL, 2021).

Observa-se, diante disso, que a criação da sociedade anônima do futebol, conjugada com um plano de recuperação judicial no qual são previstos deságios e prazos dilatados para o pagamento dos credores do clube original, conformam mecanismos que buscam garantir a sustentabilidade do modelo proposto na legislação para profissionalizar o futebol brasileiro.

Vale transcrever o posicionamento de Filipe Denki e Nathalia Machado: “Na hipótese do clube eleger a recuperação judicial como meio de elidir seu passivo, este gozará de legitimidade para requerer a recuperação judicial e extrajudicial a partir do momento em que se transformar em sociedade anônima de futebol (SAF)”. (DENKI; MACHADO, 21, grifo nosso).

O pedido de recuperação judicial pelo clube original (associação), sem a criação da sociedade anônima do futebol, configura uma solução imediatista que, fatalmente, trará para a Lei nº 14.193/2021 o mesmo destino de insucesso

partilhado pelas diversas legislações que a precederam.

É oportuno mencionar que mesmo os clubes que optarem pelo regime centralizado de execuções devem, aparentemente, ter que constituir a SAF, pois superado o prazo de 6 (seis) anos previsto para o pagamento dos credores nesse regime, a Lei prevê, em seu artigo 24, que a SAF responderá subsidiariamente pelo pagamento das obrigações (BRASIL, 2021).

Sob essa perspectiva, a legitimidade do clube para requerer a recuperação judicial seria uma espécie de legitimidade condicionada à criação da SAF, o braço empresarial do clube, que aproximará a associação do viés empresarial exigido pela Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.193/2021 foi editada em um contexto de preocupação do legislador com a modernização e moralização dos clubes de futebol profissional bem como com a superação da crise econômico-financeira na qual estão inseridos.

Conhecida como Lei da SAF, a novel legislação prevê a criação da sociedade anônima do futebol com o objetivo de que os clubes consigam se financiar junto ao mercado, além de trazer em seu bojo mecanismos de tratamento do passivo acumulado por essas entidades: o regime centralizado de execuções e a recuperação judicial ou extrajudicial.

Os clubes em sua maior parte se organizam na forma de associação, submetidos ao regime civil, situação que, a princípio, os impede de ter acesso à recuperação judicial, benesse reservada ao empresário e à sociedade empresária.

Os pedidos de recuperação por parte de associações que chegaram ao Poder Judiciário ainda não alcançaram pronunciamento final do Superior Tribunal de Justiça, carecendo, portanto, de um norte seguro acerca de seu encaminhamento.

Daí o interesse em investigar se a Lei da SAF veio trazer estabilidade para os interessados, inaugurando uma nova fase nas práticas de insolvência empresarial, com a ampliação de sua abrangência para englobar as associações que exercem atividade econômica.

Uma primeira leitura da Lei nº 14.193/2021 sugere que as associações dedicadas à prática do futebol profissional têm plena legitimidade para o requerimento da recuperação judicial. Porém, uma análise mais cuidadosa do texto legal permite concluir que a recuperação judicial está diretamente vinculada à constituição da sociedade anônima de futebol pelas associações.

De fato, o artigo 25, parágrafo único, da Lei da SAF dispõe que, se o clube optar pela recuperação judicial, os contratos bilaterais, bem como os contratos

de atletas profissionais vinculados ao clube não se resolverão em razão do pedido e poderão ser transferidos à Sociedade Anônima do Futebol no momento de sua constituição, vinculando a recuperação e a criação da sociedade (BRASIL, 2021).

A vinculação se justifica pois a nova lei prevê um conjunto de medidas buscando revitalizar o futebol profissional, as quais compõem um modelo que somente faz sentido se implementado em sua inteireza.

Observa-se que não há obrigatoriedade de os clubes constituírem a sociedade anônima do futebol mas, é somente se decidirem trilhar esse caminho, que as medidas de tratamento do passivo podem lhes ser deferidas.

Refoge ao escopo desse trabalho, apesar do enorme interesse prático que a questão encerra, perquirir em que momento deveria ser constituída a SAF, se antes do pedido de recuperação ou se poderia ser desenhada como uma unidade produtiva isolada, por exemplo. Nessa situação, o pedido somente seria cabível nas hipóteses em que a associação realizasse seu registro na forma do artigo 971, parágrafo único, do Código Civil? Ademais, como seria analisada a legitimidade da associação nesse caso, o registro a equiparou a que tipo societário? E, ainda, como deferir o processamento da recuperação condicionado a um determinado tipo de plano cujo conteúdo ainda não se conhece?

De todo modo, deferir a recuperação judicial a um clube que pretende continuar atuando como associação, sem a profissionalização de sua gestão e a abertura para o mercado, desvirtua o modelo idealizado pelo legislador que, com o tempo, irá mostrar se está apto a alcançar o escopo desejado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.672 de 6 de julho de 1993.** Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8672.htm. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.615 de 24 de março de 1998.** Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.345 de 14 de setembro de 2006**. Dispõe sobre a instituição de concurso de prognóstico destinado ao desenvolvimento da prática desportiva, a participação de entidades desportivas da modalidade futebol nesse concurso e o parcelamento de débitos tributários e para com o Fundo de [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11345.htm. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.155 de 4 de agosto de 2015**. Estabelece princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol; institui parcelamentos especiais para recuperação de dívidas pela União, cria a [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13155.htm. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.193 de 6 de agosto de 2021**. Institui a sociedade anônima do futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14193.htm. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 1.004.910/RJ**. Recurso Especial. Recuperação Judicial. Requisitos do art. 51 da Lei 11.102/05. Condições da ação. Preclusão. Inexistência. Qualificação da Pessoa Jurídica. Súmula 07/STJ. Princípio da Unicidade do Ministério Público. Aplicação da Teoria do Fato Consumado. Relator(a): Ministro Fernando Gonçalves, 18 de março de 2008. Brasília, DF: STJ, 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791165/recurso-especial-resp-1004910-rj-2007-0265901-9/inteiro-teor-12803941>. Acesso em: 9 out. 2021.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MANSSUR, José Francisco C.; GAMA, Tácio Lacerda. **A sociedade anônima do futebol**: exposição e comentários ao Projeto de Lei 5.082/16. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

DENKI, Filipe; MACHADO, Nathalia. A possibilidade da recuperação dos clubes de futebol com a Lei 14.193/2021. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 set. 21. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-18/opiniao-recuperacao-judicial-clubes-lei-141932021>. Acesso em: 29 out. 20.

MELO, Alexandre Correa Nasser de; ALMEIDA, Humberto Lucas. **A lei do clube empresa e a recuperação judicial de times de futebol**. [s.l.]: Migalhas, 10 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349872/a-lei-do-clube-empresa-e-a-recuperacao-judicial-de-times-de-futebol>. Acesso em: 23 out. 2021.

NETO, Alfredo de Assis Gonçalves. Fragmentos sobre a lei que cria a sociedade anônima do futebol. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-23/direito-civil-atual-fragmentos-lei-cria-sociedade-anonima-futebol>. Acesso em: 9 out. 2021.

PERRUCI, Felipe Falcone. **Clube-empresa**: modelo brasileiro para transformação dos clubes de futebol em sociedades empresárias. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001**. Recuperação Judicial. Relator(a): Juíza Maria da Penha Nobre Mauro, 17 de maio de 2020. Rio de Janeiro: Universi-

dade Cândido Mendes, 2020. Disponível em: <https://www.candidomendes.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/decisao-candido-mendes.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

SACRAMONE, Marcelo. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SANT'ANA, Thomaz Luiz; SANT'ANA, Maria Fabiana. A **sociedade anônima do futebol e a recuperação judicial**: é uma partida decisiva para todos os clubes brasileiros de futebol e haverá prorrogação antes do resultado final. [s.l.]: Jota, 23 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-sociedade-anonima-do-futebol-e-a-recuperacao-judicial-23082021>. Acesso em: 30 out. 2021.

SANTOS, Ananda. **Sociedade Anônima de Futebol**: a salvação para os clubes endividados. [s.l.]: Portal Contábeis, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/noticias/48309/sociedade-anonima-de-futebol-a-salvacao-para-os-clubes-endividados>. Acesso em: 5 out. 2021.

SIQUEIRA, João Marcos Guimarães. A **sociedade anônima do futebol e suas Nuances. Reflexões iniciais acerca da entrada em vigor da Lei nº 14.193/2021**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Desportivo, 17 set. 2021. Disponível em: <https://ibdd.com.br/a-sociedade-anonima-de-futebol-e-suas-nuances-reflexoes-iniciais-acerca-da-entrada-em-vigor-da-lei-n-14-193-2021/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

A ILEGALIDADE DO CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E A ANBIMA

Aline Gualberto Nascimento¹

Tema: A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A CVM E ANBIMA

RESUMO

O trabalho mostrará a importância regulatória do mercado de capitais onde o Estado, por meio da Lei 6.385/76, criou a Comissão de Valores Mobiliários para atuar especificamente para regular, registrar, fiscalizar e atuar com poder punitivo no âmbito do mercado de capitais. Por outro lado, abordará a autorregulação exercida pela Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais – ANBIMA e o problema criado pela CVM ao firmar convênio com esta em que, sem previsão legal, trazendo insegurança jurídica ao mercado onde de forma coercitiva, a CVM extrapola sua competência e auferir poderes ao ente privado para, também, regular o mercado de capitais e impor regras sem observância aos ditames constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Comissão de Valores Mobiliários; Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais – ANBIMA; Mercado de Capitais; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Princípio da Legalidade; Conflito de Interesse.

INTRODUÇÃO:

No presente trabalho pretende-se estudar a ilegalidade do convênio firmado entre a Comissão de Valores Mobiliários e Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais – ANBIMA frente a ausência de dispositivo legal que autorize esse ato.

Antes de adentrar na problemática do tema, será demonstrado a importância da atuação da CVM sob o enfoque das suas competências utilizadas para embasar e justificar, dentre outras questões, a necessidade de regulação da economia.

¹ Analista da BRB DTVM, Advogada, Graduada em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes, alinegualberto.n@gmail.com.

A matéria enfrentada aponta violação de norma de competência, cuja matéria objeto possui contornos constitucionais já que alcança o poder regulamentar da CVM com ofensa ao artigo 174 da Constituição Federal de 1988.

Será abordado, ainda, a temática sobre a ofensa ao Devido Processo Legal no âmbito administrativo no qual a ANBIMA em seus procedimentos para apuração de irregularidades não prevê a possibilidade recursal da decisão que condena os associados.

Por fim, serão propostas soluções à problemática que será apresentada que mostra a relevância e necessidade de aprofundamento do tema.

SÍNTESE FÁTICA

O mercado não funciona de maneira perfeita, ou seja, apresenta falhas, as quais prejudicam a maximização da eficiência e o desenvolvimento da economia ((BERGIT, 2014, p. 1), sendo necessário a intervenção estatal para nortear o exercício da atividade econômica e reduzir os problemas causados pela assimetria de informações, notadamente existente no mercado de capitais.

No campo do mercado de capitais, o Estado atribuiu à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) o poder de registro, fiscalização, regulamentação e poder punitivo.

A CVM é uma Autarquia em regime especial, vinculada ao Ministério da Economia, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, autonomia financeira e orçamentária.

Importante esclarecer que Autarquia em regime especial é toda aquela que a lei confere privilégios específicos e maior autonomia, como aponta o professor Mauro Sérgio (SANTOS, 2012, p. 69)

A expressão autarquia especial é utilizada quando o Estado institui uma entidade autárquica que apresenta alguma prerrogativa ou mesmo restrição não encontrada nas autarquias ditas como comuns. Normalmente, em razão dessas prerrogativas diferenciadoras, a autarquia em regime especial passa a possuir maior autonomia.

As principais diferenças entre autarquias comuns e especiais normalmente constadas referem-se à forma de escolha dos dirigentes, ao grau de independência da entidade e ainda ao mandato por prazo determinado de seus dirigentes.

A Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, criou a CVM com a responsabilidade de promover a regulamentação, desenvolvimento, controle e fiscalização do mercado de valores mobiliários (FIGUEIREDO, 2010, p.290). Além disso conferiu-lhe competência para o exercício do poder de polícia, no seu âmbito de atuação.

O exercício da atividade regulatória da CVM objetiva a manutenção da eficiência e da confiabilidade no mercado de valores mobiliários, condições consideradas fundamentais para o desenvolvimento desse mercado (BERGIT, 2014, p. 106).

Com isso, pode-se afirmar que a CVM zela pela eficiência do mercado de capitais a fim de evitar conflito de interesses pessoais, baseando-se no modelo da livre iniciativa e na economia de mercado.

O artigo 8º da Lei 6.385/76 elenca as competências da CVM, a saber:

Art . 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações;

II - administrar os registros instituídos por esta Lei;

III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados;

IV - propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado;

V - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

A própria Autarquia em sua página da rede mundial de computadores expõe as seguintes competências: estimular o desenvolvimento do mercado, promover eficiência e funcionamento do mercado, proteger os investidores, assegurar o acesso à informação adequada, fiscalizar e punir os infratores das Leis 6.404/76 e 6.385/76, das normas da CVM ou de leis especiais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar.

Para realizar as suas funções, a Autarquia deve observar os Princípios da Administração Pública expressos no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Notadamente, o Princípio da Legalidade é o mais importante, sobre o tema Santos pontua (SANTOS, 2012, p. 23)

(...) sem o devido respeito ao princípio da legalidade, não há como sequer falar em Estado de Direito. Aliás, a expressão “Estado de Direito” foi cunhada exatamente a partir da ideia de submissão de todas as pessoas de um determinado Estado à lei – inclusive e especialmente aquelas que a elaboram. Pelo princípio da legalidade extrai-se que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei. A atuação de qualquer agente público divorciada da lei não se sustenta juridicamente e deverá ser declarada ilegal pela própria Administração em decorrência do princípio da autotutela (...). É como se o agente público, agindo nessa qualidade, fosse desprovido de vontade própria, pois mesmo no uso de seu poder discricionário, a lei deverá sempre nortear suas condutas.

Nessa perspectiva, a CVM, entidade que fiscaliza, disciplina e desenvolve o mercado de valores mobiliários, integra a Administração Pública Indireta e, por isso, todas as suas atividades devem estar descritas na lei, caso contrário não poderá praticá-las.

O Decreto 6.382, de 27 de fevereiro de 2008, que trata da estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas da CVM e dá outras providências, em seu artigo 23, inciso I atribui à Superintendência de Relações Internacionais a competência para, dentre outras, administrar a execução dos convênios de cooperação técnica, de troca de informações de fiscalização conjunta entre a CVM e os organismos correspondentes de outros países.

Observa-se que o Decreto 6.382/2008, tampouco a Lei 6.385/76 autorizam a CVM a celebrar convenio com entidades autorreguladoras. Outrossim, o regimento interno da CVM (Resolução CVM 24) não prevê essa modalidade de convênio.

No âmbito da autorregulação, contudo sem a intervenção estatal, existe a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – ANBIMA que representa as instituições do mercado de capitais brasileiro. Consoante o artigo 3º do seu Estatuto Social, possui os seguintes objetivos:

(Artigo 3º. A Associação tem como objetivos:
I – representar e assistir técnica e juridicamente seus Associados em assuntos de interesse dos mercados financeiro e de capitais;
II – desenvolver gestões perante as autoridades competentes sobre assuntos atinentes às atividades de seus Associados;

- III – incentivar as relações entre as instituições que operam nos mercados financeiro e de capitais;
- IV – amparar os legítimos interesses dos mercados financeiro e de capitais perante os poderes públicos, visando ao seu desenvolvimento, bem como ao desenvolvimento das instituições que neles operam;
- V – manter intercâmbio com entidades nacionais ou internacionais que tenham objetivos conexos, correlatos e/ou complementares ao da Associação;
- VI – estabelecer princípios éticos a serem respeitados pelos Associados no exercício de suas atividades;
- VII – promover a prática das atividades de autorregulação nos mercados financeiro e de capitais;
- VIII – elaborar, negociar e implantar Códigos de Regulação e Melhores Práticas que definam normas e procedimentos e prevejam punições decorrentes do descumprimento de tais códigos, a serem observadas por todos os Associados e outras entidades que decidirem aderir a tais normas;
- IX – elaborar, negociar e implantar Código de Ética que defina normas e procedimentos e preveja punições decorrentes do seu descumprimento, a ser observado por todos os Associados e por todas as entidades aderentes aos Códigos de Regulação e Melhores Práticas previstos no inciso anterior;
- X – atuar como entidade certificadora de profissionais de investimento, podendo, para tanto, elaborar e aplicar exames de certificação e outorgar validamente as certificações para os profissionais capacitados nos respectivos exames;
- XI – organizar, orientar, coordenar, ministrar ou dar parecer sobre programas de ensino, eventos, cursos e seminários destinados à formação e especialização de técnicos e profissionais dos mercados financeiro e de capitais, gratuitamente ou mediante remuneração;
- XII – contratar, prestar ou realizar serviços para as instituições que operam nos mercados financeiro e de capitais, por conta própria ou mediante empresa contratada, controlada ou em parceria com outras empresas;
- XIII – desenvolver, implantar, administrar ou operacionalizar sistemas operacionais, produtos e serviços para os mercados financeiro e de capitais, por conta própria, mediante empresa contratada, controlada ou em parceria com outras empresas;
- XIV – promover, realizar, fomentar e divulgar estudos e pesquisas sobre os mercados financeiro e de capitais;
- XV – elaborar bases de dados contendo informações coletadas e/ou recebidas de Associados ou não associados sobre os mercados financeiro e de capitais;

De acordo com o site portal do investidor, a ANBIMA foi fundada em 2009 como resultado da união da ANBID – Associação Nacional dos Bancos de Investimento com a ANDIMA – Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro. Das informações obtidas em sua página institucional na rede de computadores, atualmente a ANBIMA possui 287 instituições associadas, 225.552 profissionais certificados vinculados e 1.150 instituições seguem os seus códigos. É a principal entidade certificadora dos profissionais do mercado financeiro e de capitais do País e possui uma das maiores base de dados sobre os citados mercados.

Relevante destacar que as disposições contidas no acervo autorregulatório da ANBIMA aplicam-se tão somente aos seus associados, haja vista a relação de cunho estritamente de Direito Privado.

Em 2018 a CVM e ANBIMA firmaram convênio para aproveitamento da autorregulação na indústria de fundos das atividades de supervisão e sanção em vários aspectos: habilitação de administradores de carteiras de valores mobiliários; supervisão de precificação de ativos financeiros pelos administradores de fundos; e supervisão da atividade de distribuição de cotas de fundos de investimento; aproveitamento de termos de compromisso e de penalidades, intercâmbio de informações; análise preliminar dos pedidos de registro de ofertas públicas, acesso diário a informações da autarquia sobre fundos de investimento multimercado.

Nesse contexto de autorregulação da entidade privada de natureza associativa e a regulação Estatal do mercado de capitais, há um vício de legalidade latente diante do convênio firmado entre a CVM e a ANBIMA por total ausência de amparo nas normas que regem as atividades da Autarquia.

JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVANCIA PARA ESCOLHA DO CASO

A CVM como Autarquia integrante da Administração Pública Indireta deve atuar congruente aos ditames das leis que regem as suas atividades, quais sejam, Lei 6.385/76 e Decreto 6.382/08. Não pode, portanto, delegar suas competências, estas de fundo constitucional, fundado apenas na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Embora o artigo 116 da Lei 8.666/93 permita às entidades da Administração Pública a celebração de convênios obedecidos os requisitos estipulados no § 1º, a Lei 6.385/76 e o Decreto 6.382/08 não preceitua autorização para a CVM firmar convênios com entidade de autorregulação. Na primeira, a palavra convênio aparece tão somente nos artigos 10 e 10-A:

Art. 10. A Comissão de Valores Mobiliários poderá celebrar convênios com órgãos similares de outros países, ou com entidades internacionais, para assistência e cooperação na condução de investigações para apurar transgressões às normas atinentes ao mercado de valores mobiliários ocorridas no País e no exterior. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

Art. 10-A. A Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e demais órgãos e agências reguladoras poderão celebrar convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

Parágrafo único. A entidade referida no caput deste artigo deverá ser majoritariamente composta por contadores, dela fazendo parte, paritariamente, representantes de entidades representativas de sociedades submetidas ao regime de elaboração de demonstrações financeiras previstas nesta Lei, de sociedades que auditam e analisam as demonstrações financeiras, do órgão federal de fiscalização do exercício da profissão contábil e de universidade ou instituto de pesquisa com reconhecida atuação na área contábil e de mercado de capitais. (Incluído pela Lei nº 11.638, de 2007)

No Decreto 6.382/08 a palavra convênio aparece apenas no inciso I do artigo 23:

Art. 23. À **Superintendência de Relações Internacionais** compete:

I - administrar a execução dos **convênios** de cooperação técnica, de troca de informações de fiscalização conjunta entre a CVM e os **organismos correspondentes de outros países**;

Nota-se que o artigo 10 da Lei e o artigo 23 do Decreto referem-se à celebração de convênios apenas na esfera internacional, enquanto o artigo 10-A da Lei versa sobre a celebração de convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria. Em vista disso, percebe-se claramente que as normas que embasam o funcionamento da CVM não autorizam a celebração de convênio com entidade privada de autorregulação.

Isso evidencia uma total afronta ao Princípio da Legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988: a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ademais, o convênio estampa não apenas a extrapolação das competências conferidas pelo Estado à CVM, mas, também, traz uma insegurança jurídica no ordenamento do mercado de capitais, pois ao transferir de forma transversa poderes para a ANBIMA a Autarquia faz com que o mercado financeiro e de capitais se curve aos ditames da Associação. E mais, a CVM, na qualidade de instituição estatal, deveria regular o mercado de capitais e proteger os investidores, propiciando-lhes maior segurança jurídica e tornando o mercado mais confiável (EIZIRIK, 2008).

Tal insegurança jurídica ocorre porque a ANBIMA é representada por bancos comerciais, múltiplos e de investimentos, empresas de gestão e ativos, corretoras, distribuidoras de valores mobiliários e gestores de patrimônio, ou seja, a autorregulação é feita pelos grandes players do mercado.

A exemplo da influência ilimitada que a ANBIMA exerce sobre o mercado tem-se o selo ANBIMA (demonstra o compromisso das instituições participantes em atender às disposições do Código aderente) as instituições que não estampam o selo são tidas como sem credibilidade e de certa forma não excluídas das grandes operações do mercado.

Outro exemplo dessa liberdade discricionária de atuação da ANBIMA, sem intervenção do Estado ao argumento dos princípios associativos, é a irrecorribilidade das decisões proferidas no âmbito dos procedimentos para apuração de irregularidades (PAI), disposta no artigo 26 do Código dos Processos ANBIMA:

Art. 26. Não caberá recurso das decisões proferidas nos julgamentos do Conselho de Regulação e Melhores Práticas ou do Conselho de Ética, sendo, no entanto, admissível o pedido de revisão das suas decisões quando houver fato novo não conhecido por ocasião do julgamento do Processo.

A mencionada via administrativa que apura supostas infrações cometidas pelos associados, em total afronta ao princípio do devido processo legal que tem como pilar de sustentação o contraditório e a ampla defesa, expressos no artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

Como bem aponta Ferraz e Dallari (DALLARY; FERRAZ, 2012, p. 285) o norte que deve orientar a interpretação das normas legais e regulamentares é o princípio da recorribilidade ou revisibilidade das decisões administrativas.

Verifica-se que atuação da ANBIMA, chancelada pela CVM, traz ao mercado imposições regulamentares sem observância dos parâmetros constitucionais basilares no Estado Democrático de Direito.

O mercado que deveria ter suas transações simplificadas e desburocratizadas de modo, mas de forma organizada de modo a assegurar confiança aos investidores, com a atuação do limitada do Estado, porém organizadora para evitar a manipulação do mercado, no caso pela CVM, acaba tendo uma série de regras e burocracias que acabam beneficiando aqueles que detêm informações privilegiadas. Além disso, o excesso de regulação e extrapolação de atuação da CVM que por meio de convênio transfere à ANBIMA poderes exclusivos de sua competência corrobora para a insegurança do mercado de capitais brasileiro, onde o ente privado interfere na economia sem respaldo legal.

PROPOSITURA DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O CASO

Considerando que o Estado conferiu à Comissão de Valores Mobiliários o poder de regulamentar, fiscalizar, registrar e punir e, sabendo que essa atuação está sujeita à estrita observância da Lei, pois, do contrário, seus atos administrativos deverão ser declarados nulos por vício de legalidade, propõe-se que o Poder Judiciário enfrente o presente caso para declarar a nulidade do convênio firmado entre a CVM e ANBIMA no qual, sem previsão legal, a Autarquia, discricionariamente, permite que a Associação atue no mercado de capitais, usurpando, assim, a função dada pelo Estado à CVM.

uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN, em razão do ato normativo

Sendo assim, propõe-se que o Superior Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN declare a inconstitucionalidade do ato administrativo no qual a CVM celebrou o convênio ora combatido, em razão da ausência de norma que autorize a transferência a uma entidade privada, regida pelas normas do Código Civil, notadamente descritos nos artigos 53 ao 61, competência exclusiva do Estado de regular a economia, que é realizada por intermédio da Autarquia.

A CVM de forma omissiva deixa que a ANBIMA atue no mercado de capitais sem observar os regramentos constitucionais e, também de forma comissiva ao permitir concorrência dos deveres exclusivos da CVM. Muito embora a autorregulação da ANBIMA se aplique aos seus filiados, não pode a CVM como reguladora desse mercado deixar que a Associação atue livremente.

Outra possibilidade de solução para a ausência de previsão legal que am-

pare a celebração desse tipo de convênio é a alteração, por meio de processo legislativo, da Lei 6.385/76 ou o Decreto 6.382/08 para autorizar a CVM a firmar o contrato destacando que a autorregulação deve se submeter às normas editadas pela Autarquia, bem como aos princípios basilares protegidos pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mercado de capitais em relação a competência normativa, em sentido amplo, tem um norte constitucional previsto no artigo 174 da Constituição Federal. A CVM regula esse mercado em razão do poder que lhe fora conferido pelo Estado.

Além do mais, o Estado interfere no domínio econômico o que se justifica para evitar ou minimizar as falhas existentes no mercado, haja vista que este não funciona plenamente e, por isso, é necessário que o Estado atue de modo a aumentar o grau de confiança e facilite as relações econômicas.

A Lei 6.385/76 atribuiu à CVM a responsabilidade de fiscalizar, regular, registrar e atuar com poder de polícia, suas competências limitam-se ao artigo 8º da supracitada lei, bem como ao decreto 6.382/08 e a Resolução CVM 24.

A partir da pesquisa das mencionadas normas verificou-se a ausência de comando legal que autorize a CVM celebrar convênios com entidade que promove autorregulação incorrendo, assim, em afronta ao princípio da legalidade que rege a Autarquia Especial.

Constatou-se que a ANBIMA, criada pela vontade dos operadores do mercado financeiro e de capitais, não possui liame jurídico que sustente o poder dado pela CVM para o aproveitamento da autorregulação na indústria de fundos das atividades de supervisão e sanção exercidos pela Associação.

No que tange ao convênio celebrado entre a ANBIMA e a CVM a ausência de respaldo legal pode ser sanada com o processo legislativo para alterar nas normas que regem a Autarquia.

Por outro lado, a omissão da CVM permite a extrapolação autorregulatória da ANBIMA permitindo que esta, formada pelos grandes players do mercado, regule, fiscalize, puna sem obedecer ao regramento constitucional. Sendo assim, necessário que a Comissão de Valores Mobiliários interfira na atuação da ANBIMA, pois aquela é quem detém poderes legais fiscalizar, punir, regular e registrar, cabendo a esta se curvar aos ditames da CVM e, principalmente aos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ANBIMA. **Cadastro ANBIMA de instituições e profissionais de investimento**. [s.d]. Disponível em <https://www.anbima.com.br/pt_br/institucional/cadastro-anbima-de-instituicoes-e-profissionais-de-investimento.htm>. Acesso em 30 nov. 2021.
- ANBIMA. **Convênios** [s.d]. Disponível em <https://www.anbima.com.br/pt_br/autorregular/convênios-firmados.htm>. Acesso em 30 nov. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 30 nov. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 6.382, 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6382.htm>. Acesso em 30 nov. 2021.
- BRASIL. **Lei 6.385, 1976**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em 27 nov. 2021.
- BERGIT, Jakobi, K.; Ribeiro, Marcia Carla Pereira. A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais. Atas, São Paulo: Grupo GEN, 2014. 9788522487721. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522487721/>. Acesso em: 27 nov. 2021.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Sobre a CVM**. Disponível em <<https://www.gov.br/cvm/pt-br/aceso-a-informacao-cvm/institucional/sobre-a-cvm>>. Acesso em 29 nov. 2021.
- DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, **Sérgio. Processo Administrativo**. 3º. Ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2012.
- EIZIRIK, N.; GAAL, A. B; PARENTE, F.; HENRIQUES, M. F. **Mercado de capitais: regime jurídico**. 2. ed. rev. e atual. Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010.
- PORTAL DO INVESTIDOR. **Anbima**. [s.d]. Disponível em <https://www.investidor.gov.br/menu/Menu_Academico/Comite_educacao/Participantes/ANBIMA/Anbima.html>. Acesso em 30 nov. 2021.
- NORMAS LEGAIS. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN**. Disponível em:< <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/controle-constitucionalidade-acao-direta-inconstitucionalidade-adin.htm>>. Acesso em 30 nov. 2021.
- SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de direito administrativo**. Forense, Rio de Janeiro, 2012.

ENSAIO SOBRE A GERAÇÃO DE VALOR PELA ADOÇÃO DE PRÁTICAS DE GOVERNANÇA – UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ÍNDICES DA B3

Marcelo Lindoso Baumann¹
Isabel Luiza R. M. dos Santos²

Tema: A CAPACIDADE DOS MECANISMOS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA GERAREM VALOR: ANÁLISE COMPARATIVA DA PERFORMANCE DO ÍNDICE DE AÇÕES COM GOVERNANÇA CORPORATIVA DIFERENCIADA (IGC B3) DIANTE DO ÍNDICE BOVESPA (IBOVESPA)

RESUMO

O ensaio analisa os requisitos de governança corporativa exigidos pela B3 para os segmentos de listagem por ela criados. Utiliza-se referidos critérios como proxy da qualidade da governança corporativa de uma empresa e, a partir do desempenho das empresas listadas em tais segmentos, avalia-se a capacidade dos mecanismos de governança corporativa gerar valor. Nesta comparação será apresentada a performance do Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada (IGC B3) diante do Índice Bovespa (IBOVESPA). tais e impor regras sem observância aos ditames constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Governança Corporativa; IGC B3; IBOVESPA.

INTRODUÇÃO:

As mudanças ocorridas na economia brasileira ao longo das últimas décadas influenciaram transformações de natureza societária em contextos organizacionais das empresas brasileiras. Isto porque tais transformações motivaram um progressivo movimento estratégico por parte de governos e de empresas privadas, tais como a abertura comercial, a liberalização dos mercados financeiros e de capitais, grandes fusões e aquisições, além do processo de privatização de grandes companhias estatais, o que atraiu o retorno de fluxos de capital

¹ Coordenador Geral de Integridade e Conformidade na DATAPREV. Advogado. LLM em Direito Empresarial pelo IBMEC. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMPDFT. Certificado Profissional em Compliance Anticorrupção (CPC-A). Membro da Rede de Governança Brasil. <https://br.linkedin.com/in/marcelolindoso> marcelo@lindosobaumann.adv.br.

² Diretora de Governança Corporativa e Jurídica na DATAPREV. Professora na Pós-Graduação e LLM do IDP. Pós-graduada em Direito Administrativo pelo IDP. Pós-Graduada em Direito Público. LLM em Direito Empresarial pelo IBMEC. Membro da Rede de Governança Brasil. <https://br.linkedin.com/in/isabel-luiza-santos-1391705a>; luizarms@hotmail.com

estrangeiro para o país.

Tais ações, ao passo em que permitiram o aumento da competitividade decorrente do ingresso de novos concorrentes, promoveram uma mudança de padrão de consumo do mercado brasileiro. Assim, para fazer frente à concorrência crescente, necessário se mostrou buscar novos investimentos e aumento da base de capital, em especial no mercado de capitais.

Isto, conseqüentemente, exigiu o realinhamento dos objetivos estratégicos, mudança de paradigma e da estrutura de governança das empresas brasileiras, visando a assegurar a confiabilidade necessária para atrair os investidores.

Acrescente-se, que a evidente ineficiência operacional das empresas, escândalos de fraudes e corrupção, exigem, cada vez mais, um mecanismo de harmonização e reestruturação quanto à gestão das empresas, possuindo efeito direto sobre os resultados obtidos por elas.

Desde então, o papel marginal do mercado de capitais brasileiro no financiamento das empresas nacionais vem sendo revisto, proporcionando uma quebra de paradigma ao perfil conservador de poupadora da sociedade brasileira: a negociação de ações passa a ser vista como uma barata fonte de captação de recursos, desde que se proporcione um ambiente favorável e de estímulo ao investimento.

Surge, ainda, a preocupação com a sustentabilidade empresarial, seus impactos em todos os stakeholders, no meio ambiente e na comunidade em que está inserida a empresa. A análise econômico-financeira pura não é mais suficiente para avaliar a geração de valor das companhias, tendo a sigla ASG (ambiental, social e governança, do inglês ESG) influenciado cada vez mais a tomada de decisão dos investidores.

É neste contexto que se analisará a governança corporativa, importante instrumento institucional das empresas para atrair capitais e fontes de financiamento para a atividade empresarial. O foco será nos segmentos de listagem da B3 – Novo Mercado, Nível 1 e Nível 2 – e suas práticas de governança corporativa.

Entre os principais estímulos à governança corporativa pode-se se citar a própria Lei das SA. (Lei federal nº 6.404/76), os segmentos de listagem criados pela B3, novas regras de investimento por parte de fundos de pensão, Lei das Estatais (Lei Federal nº 13.303) e seu decreto regulamentador (Decreto nº 8.945/2016), o Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas elaborado pelo GT Interagentes (coordenado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC) e sua divulgação obrigatória nos termos da Instrução CVM 586/2017, estruturação de compliance, Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013), entre outros.

O presente ensaio, portanto, terá por objetivo empreender sucinta reflexão e inferência sobre a importância da governança corporativa na busca de crescimento e eficiência das empresas no mercado brasileiro, tendo como foco o mercado de capitais e as orientações da B3.

SÍNTESE FÁTICA

Governança Corporativa pode ser definida como o meio pelo qual a companhia se responsabiliza para dirigir e controlar seus assuntos de maneira considerada justa pelos seus acionistas.

Para o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, governança corporativa “*é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas*”. Segundo o mesmo instituto:

A adoção de boas práticas de governança corporativa é um fator crítico para decisão de investimento e, portanto, para atração de capitais. Nesse sentido, é possível identificar uma relação importante entre a maior qualidade de proteção aos acionistas e o tamanho do mercado de capitais de um determinado país, definido a partir do número de empresas que abrem o capital e do valor de mercado das empresas listadas em bolsa. Por outro lado, um sistema de governança corporativa frágil, com baixo nível de proteção aos acionistas, está associado a custos de capital mais elevados para as companhias e para o mercado como um todo. Portanto, para atrair os recursos necessários para o crescimento do país, é crucial que o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro seja acompanhado do fortalecimento das práticas de governança corporativa.

A governança corporativa tem por principal fundamento o conceito de transparência na prestação de informações, ou seja, na divulgação consistente, clara e confiável de atos e fatos relevantes relacionados à empresa, que possam influenciar na tomada de decisão do investidor. Nesta toada, explicita Cândido, Valentim e Contani⁶:

3 LORENZI, A.G.de A.; PROCOPIUCK, M.; QUANDT, C.O. Governança Corporativa: a situação das empresas brasileiras em relação às melhores práticas. Revista Brasileira de Estratégia, Curitiba, v.2, n.2, p. 105-119, maio/ago.2009.

4 Conceito disponível em <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>.

5 IBGC. Código Brasileiro de Governança Corporativa – Companhias Abertas. p.9

6 CÂNDIDO, C. A.; VALENTIM, M. L. P.; CONTANI, M. L. Gestão estratégica da informação: semiótica aplicada ao processo de tomada de decisão. DataGramZero, Rio de Janeiro, v.6, n.3, p.1-16, 2005.

Um dos fatores determinantes para o sucesso das organizações é o gerenciamento das informações internas e externas. Neste caso, é importante destacar que somente ocorrerá um gerenciamento dinâmico e efetivo da informação, se as fontes de informação forem identificadas corretamente em cada ambiente; o reconhecimento, manutenção e gestão informacional são cruciais para o desenvolvimento da gestão estratégica da informação.

Atualmente, o tema possui tamanha importância dentro da pauta ASG que no 21º Congresso IBGC, o sócio da Deloitte, Alex Borges, fez a seguinte conclusão: “Sem o ‘G’ (governança), não é possível tratar do ‘A’ (ambiental) e nem do ‘S’ (social)”. Mesmo antes da pauta ASG ganhar relevância, o tema da governança já possuía destaque nos segmentos especiais de listagem da bolsa de valores.

Nesse passo, o sistema de governança corporativa adotado pelas empresas depende, em grande parte, do ambiente institucional no qual está inserida. O Estado, através da definição dos sistemas financeiro e legal, modela a formação do mercado de capitais do país e do grau de proteção dos investidores, influenciando o modelo de governança das empresas. Assim, os países apresentam diferenças significativas entre os sistemas de governança corporativa das suas empresas.

No Brasil, em face da importância da adoção de práticas de governança corporativa para as companhias de capital aberto como estímulo à maior participação de empresas e investidores no mercado acionário brasileiro, a B3 implantou segmentos especiais de listagem – Novo Mercado, Nível 1, Nível 2, Bovespa Mais e Bovespa Mais Nível 2. Lançado em 2000, o Novo Mercado volta-se à listagem de empresas que venham a abrir o capital, enquanto os Níveis Diferenciados eram originalmente mais direcionados para empresas já listadas em bolsa.

7 IBGC. Governança sustenta agenda ambiental e social nas empresas. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/blog/governanca-sustenta-asg>>. Acesso em: 17 Abr. 2022

8 O Novo Mercado foi uma tentativa de reverter a tendência de lançamento de ADR's ou GDR's no mercado acionário dos EUA ou em qualquer outra praça internacional, que apresentam menores custos de transação e maior liquidez. Empresas nacionais abriram capital no mercado doméstico apenas porque essa é uma condição para a emissão de ADR's, sem a intenção de negociar as ações internamente. Outro motivo seria consequência da compra de estatais por investidores internacionais ou alguns grupos nacionais que decidiram fechar o capital dessas empresas após assumirem o seu controle. (SENHORAS, E.M.; TAKEUCHI, K. P.; TAKEUCHI, K. P. A importância Estratégica da Governança Corporativa no Mercado de Capitais: Um Estudo Internacional Comparado. III SEGeT – Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia)

Lançado no ano 2000, o Novo Mercado estabeleceu desde sua criação um padrão de governança corporativa altamente diferenciado. A partir da primeira listagem, em 2002, ele se tornou o padrão de transparência e governança exigido pelos investidores para as novas aberturas de capital, sendo recomendado para empresas que pretendam realizar ofertas grandes e direcionadas a qualquer tipo de investidor (investidores institucionais, pessoas físicas, estrangeiros etc.). Na última década, o Novo Mercado firmou-se como um segmento destinado à negociação de ações de empresas que adotam, voluntariamente, práticas de governança corporativa adicionais às que são exigidas pela legislação brasileira. A listagem nesse segmento especial implica a adoção de um conjunto de regras societárias que ampliam os direitos dos acionistas, além da divulgação de políticas e existência de estruturas de fiscalização e controle. O Novo Mercado conduz as empresas ao mais elevado padrão de governança corporativa. As empresas listadas nesse segmento podem emitir apenas ações com direito de voto, as chamadas ações ordinárias (ON).

O Novo Mercado, portanto, trata-se de uma listagem separada de ações de companhias, isto é, de um segmento destinado à negociação de ações emitidas por companhias que se comprometam, voluntariamente, com a adoção de práticas de governança corporativa adicionais àquelas exigidas pela legislação brasileira em vigor. O Novo Mercado exige das empresas que emitam apenas ações com direito a voto, que apresentem demonstrações contábeis de acordo com padrões internacionais, que conflitos entre controladores e minoritários sejam resolvidos por um comitê de arbitragem privado e a empresa compromete em manter um volume mínimo de negociação de suas ações.

A adesão às regras consolidadas no Novo Mercado tem como consequências diretas e imediatas, além de outros benefícios, a ampliação dos direitos dos acionistas, a melhora da qualidade das informações usualmente prestadas pelas companhias abertas e a resolução dos conflitos societários por meio de uma Câmara de Arbitragem, oferecendo aos investidores a segurança de uma alternativa mais ágil e especializada.

No que concerne aos demais segmentos de listagem para as empresas que já possuem ações negociadas na B3, o Nível 1 possui exigências de maior transparência e o Nível 2 com exigências semelhantes ao do Novo Mercado, exceto aceitação de ações sem direito a voto. Já o Bovespa Mais foi pensado para empresas que desejam acessar o mercado de capitais de forma gradual, permitindo que pequenas e médias empresas se preparem adequadamente ao implementar elevados padrões de governança e transparência, com o prazo de até sete anos para fazer sua primeira oferta pública de ações (IPO). O

Bovespa Mais 2 é similar ao Bovespa Mais, com algumas exceções, a exemplo da aceitação da emissão de ações sem direito a voto.

Como se vê, tais instrumentos são norteados pelo mesmo princípio: disponibilização das informações das empresas de capital aberto, aumentando a transparência e a equalização das informações a todos os investidores, sejam eles acionistas controladores ou minoritários. A transparência e o nivelamento de acesso às informações confiáveis, sem dúvida, incentivam o investimento, já que facilitam a análise dos investidores e os proporcionam maior grau de segurança na tomada de decisão de investir. Se possuem acesso a informações confiáveis para realizarem uma análise mais correta, os investidores terão seu risco reduzido, incentivando-os a investir mais. Por consequência, as ações das empresas tenderão a se valorizar, estimulando que novas empresas participem do mercado de capitais e que as já atuantes, aumentem suas emissões.

É senso comum que a implementação da governança corporativa, com melhores práticas de transparência e tratamento isonômico aos acionistas, em especial o acesso unívoco a informações confiáveis, impacta positivamente na economia, fortalecendo o mercado acionário (alternativa mais barata para a captação de recursos). No entanto, como testar tal afirmativa? Esta a questão que o presente ensaio visa responder.

JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVÂNCIA PARA ESCOLHA DO CASO

É evidente que o processo de adoção de estruturas e procedimentos de governança corporativa tem custos inerentes. É razoável, portanto, indagar quais os ganhos reais e a geração de valor com a implantação de mecanismos de governança. Uma possível forma de se efetivar esta aferição é por meio dos segmentos especiais de listagem da B3 por dois motivos – referidos segmentos implicam na observância de regras específicas de governança corporativa e a negociação das ações das companhias que as adotam deve indicar a percepção de valor da governança pelos seus acionistas. Conforme divulgado pela B3.

Os segmentos especiais de listagem da B3 – Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1 – foram criados no momento em que percebemos que, para desenvolver o mercado de capitais brasileiro, era preciso ter segmentos adequados aos diferentes perfis de empresas.

Todos esses segmentos prezam por regras de governança corporativa diferenciadas. Essas regras vão além das obrigações que as companhias têm perante a Lei das Sociedades por Ações (Lei das S.As.) e têm como objetivo melhorar a avaliação daquelas que decidem aderir, voluntariamente, a um desses segmentos de listagem.

Além disso, tais regras atraem os investidores. Ao assegurar direitos aos acionistas, bem como dispor sobre a divulgação de informações aos participantes do mercado, os regulamentos visam à mitigação do risco de assimetria informacional.

Cada mecanismo/regra de governança possui sua particularidade e é importante a compreensão da natureza e impacto de cada um deles, bem como sua exigência em cada segmento de listagem da B3.

Quanto ao capital social, é analisada a sua composição em termos de Ações Ordinárias (aquelas com todos os direitos políticos) e Ações Preferenciais (aquelas em que os direitos políticos são reduzidos em troca de determinadas preferências, por exemplo na ordem ou percentual de distribuição de dividendos). A existência de apenas ações ordinárias garante o princípio de uma ação – um voto e estimula a participação ativa dos acionistas na companhia. O Novo Mercado exige que todas as ações sejam ordinárias; o Nível 1 aceita ações ordinárias e preferenciais conforme legislação; e o Nível 2 aceita ações ordinárias e preferenciais, estas com determinados direitos adicionais como, por exemplo, o direito de tag along de 100% do preço pago pelas ações ordinárias do acionista controlador.

O free float é o percentual das ações efetivamente livres para negociação na bolsa, o que geralmente desconsidera o percentual de ações detido pelo acionista ou grupo de acionistas que possuem o controle da companhia. É um mecanismo importante de garantia dos acionistas minoritários, visando preservar a liquidez das ações e a participação dos minoritários na estrutura de governança. Os segmentos especiais de listagem exigem um free float mínimo de 25% ou, no caso do Novo Mercado, a possibilidade de este ser de 15% caso ADTV (average daily trading volume) seja superior a R\$ 25 milhões.

Quando há Ofertas Públicas de Distribuição de ações, ou seja, ações são colocadas para venda junto ao público, os segmentos de listagem exigem que as companhias efetivem esforços de dispersão acionária. A exceção é para as empresas listadas no Novo Mercado que realizarem ofertas públicas com esforços restritos nos termos da Instrução CVM 476/2009.

No que tange às vedações previstas em estatuto, tanto o Novo mercado, quanto o Nível 2, proíbem as previsões estatutárias de limitação do número de votos de acionistas ou grupos de acionistas em percentuais inferiores a 5% do capital, quórum qualificado e “cláusulas pétreas”. O Nível 1 não possui regra específica neste tópico.

Os segmentos de listagem também se preocupam com a composição e atribuições dos conselhos de administração das companhias. Cada um deles estabelece um número mínimo de membros do colegiado, bem como qual o quantitativo mínimo dos membros que devem ser independentes. Possuem, ainda, vedações e medidas específicas para a cumulação, pela mesma pessoa, dos cargos de presidente do conselho e diretor presidente ou principal

executivo da companhia. Finalmente, sobre as atribuições desse colegiado, o Novo Mercado e o Nível 2 demandam que o conselho de administração se manifeste sobre qualquer oferta pública de aquisição de emissão da companhia, prevendo regras específicas para esta manifestação de acordo como segmento.

A transparência das companhias é objeto de preocupação diferenciada, inclusive quanto a investidores estrangeiros. Enquanto o Nível 2 prevê a obrigação de que as demonstrações financeiras sejam traduzidas para o inglês, o Novo Mercado demanda a divulgação simultânea em inglês dos fatos relevantes, informações sobre proventos (aviso aos acionistas ou comunicado ao mercado) e press release de resultados. Ainda, os Níveis 1 e 2 preveem a obrigatoriedade de reuniões públicas anuais presenciais e o Novo Mercado demanda a realização, em até 5 dias úteis após a divulgação de resultados trimestrais ou das demonstrações financeiras, de apresentação pública (presencial, por meio de teleconferência, videoconferência ou outro meio que permita a participação a distância) sobre as informações divulgadas. Estes três segmentos preveem a divulgação obrigatória de calendário de eventos corporativos.

Ainda quanto à transparência, a listagem nos segmentos em questão demanda a divulgação adicional de informações. Os Níveis 1 e 2 exigem a divulgação da Política de negociação de valores mobiliários e código de conduta; e o Novo Mercado, as seguintes divulgações:

Regimentos do Conselho de Administração, de seus comitês de assessoramento e do Conselho Fiscal, quando instalado

Código de conduta (com conteúdo mínimo)

Políticas de (i) remuneração; (ii) indicação de membros do Conselho de Administração, seus comitês de assessoramento e diretoria estatutária; (iii) gerenciamento de riscos; (iv) transação com partes relacionadas; e (v) negociação de valores mobiliários, com conteúdo mínimo, exceto a de remuneração

Divulgação (i) anual de relatório resumido do comitê de auditoria estatutário contemplando os pontos indicados no regulamento; ou (ii) trimestral de ata de reunião do Conselho de Administração, informando o reporte do comitê de auditoria não estatutário

Quanto à proteção aos acionistas minoritários, os segmentos de listagem preveem dois mecanismos, a concessão de tag along e a obrigatoriedade de realização de Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA).

Em síntese, o mecanismo de tag along obriga que o novo controlador de uma companhia, para concretizar a compra das ações que lhe darão o controle da empresa, ofereça aos demais acionistas a compra de suas ações. Para o Nível 1, esta obrigação segue a previsão legal, ou seja, o oferecimento de preço mínimo de 80% do valor pago por ação com direito a voto, aplicável apenas às ações ordinárias – aquelas que têm direito à voto. No Novo Mercado, esse mecanismo deve prever o preço mínimo de 100% do valor pago por ação com direito a voto, também aplicável apenas às ações ordinárias; e, no Nível 2, deve ser previsto o preço mínimo de 100%, tanto para ações ordinárias quanto para ações preferenciais.

O segundo mecanismo de proteção, a Oferta Pública de Aquisição de Ações, determina que o acionista controlador ofereça aos demais acionistas a compra de suas ações no caso de saída da companhia do segmento de listagem. O Novo Mercado exige a realização de OPA por preço justo, com quórum de aceitação ou concordância com a saída do segmento de mais de 1/3 dos titulares das ações em circulação (ou percentual maior previsto no Estatuto Social). O Nível 2 demanda a realização de OPA, no mínimo, pelo valor econômico em caso de cancelamento de registro ou saída do segmento, exceto se houver migração para Novo Mercado. Já o Nível 1 não possui previsão sobre este mecanismo.

O Novo Mercado demanda, por fim, a instalação de Comitê de Auditoria, a existência de área de auditoria interna e a implementação de funções de compliance, controles internos e riscos corporativos. Nos Níveis 1 e 2, tais mecanismos são facultativos.

Importante destacar a existência da Câmara de Arbitragem do Mercado, um foro voltado para a resolução de disputas relativas ao direito empresarial, em especial, as que tiverem origem no mercado de capitais e no direito societário. Foi criada em 2001 com o principal objetivo de administrar conflitos surgidos no âmbito das empresas listadas nos segmentos especiais de listagem da B3.

Atualmente, a adesão à arbitragem por esta Câmara é obrigatória para as companhias listadas no Novo Mercado e no Nível 2, sendo facultativa para o Nível 1.

Traçado o mapa dos requisitos de governança para integrar os segmentos de listagem da B3, podemos avançar na proposta de medição de seus benefícios a partir da performance do Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada (IGC B3) diante do benchmark tradicional do mercado acionário brasileiro, o Índice Bovespa (IBOVESPA).

DIAGRAMA DOS ATORES

A negociação de ações de empresas de capital aberto ocorre no am-

biente da bolsa de valores. Em um mercado ideal, sem assimetrias de informação, o valor da ação de cada empresa irá refletir a capacidade de gerar valor, o quanto efetivamente vale uma empresa, na percepção de seus acionistas. No Brasil, atualmente, a única bolsa de valores é a B3.

Dada a dificuldade de comparar o desempenho de empresas antes e depois da adoção de mecanismos de governança corporativa, propõe-se a utilização de índices da B3 para comparar o desempenho de empresas que adotaram os mecanismos de governança demandados para listagem no Novo Mercado ou nos Níveis 1 ou 2 da B3. Nesse sentido, adotaremos o Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada (IGC), cujo objetivo é ser o indicador do desempenho médio das cotações dos ativos das empresas listadas nos referidos segmentos.

Conforme metodologia do IGC, ele é o resultado de uma carteira teórica de ativos com o objetivo de indicar o desempenho médio das cotações dos ativos de empresas listadas no Novo Mercado ou nos Níveis 1 ou 2 da B3, classificado como índice de retorno total.

A base de comparação do desempenho do IGC será outra carteira teórica também classificada como índice de retorno total – o Índice Bovespa (Ibovespa), considerando que este “é o principal indicador de desempenho das ações negociadas na B3 e reúne as empresas mais importantes do mercado de capitais brasileiro. Foi criado em 1968 e, ao longo desses 50 anos, consolidou-se como referência para investidores ao redor do mundo”.

PROPOSITURA DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O CASO

Para verificar o desempenho comparativo dos dois índices – Ibovespa e IGC – foi utilizada a ferramenta TradingView disponibilizada pela B3 em seu site. Ao selecionarmos a opção para visualizar todos os dados da série do IGC, comparando-a com o Ibovespa, o seguinte gráfico é gerado:



A informação revela que, no mesmo período, o IGC teve uma valorização de 797,30% ao tempo em que o Ibovespa se valorizou 399,81%. Ou seja, o desempenho histórico dos ativos de empresas listadas no Novo Mercado ou nos Níveis 1 ou 2 da B3 é bastante superior ao benchmark tradicional de desempenho do mercado acionário brasileiro, o Ibovespa.

Em que pesem as potenciais restrições da metodologia de se utilizar o desempenho desses dois índices – baixo número relativo de empresas listadas em bolsa e participação mútua de empresas na composição da carteira dos dois índices – é seguro afirmar que os investidores têm valorizado mais as empresas com maior nível de governança.

Em outras palavras, o mercado reconhece como positivo e capaz de gerar valor os esforços das companhias que implementam mecanismos adicionais de governança corporativa, em especial, aqueles necessários para serem listadas nos segmentos especiais da B3.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As práticas de governança corporativa são indubitavelmente importantes instrumentos para incentivar os investimentos, pois visam tratar adequadamente o conflito de agência e orientar a atuação da companhia para o alcance de seus objetivos de forma sustentável.

No Brasil, a governança corporativa ganhou maior importância em resposta à necessidade de atrair capitais e fontes de financiamento para a atividade empresarial, o que foi acelerado pelo processo de reestruturação societária vivido pelo país na década de 90, bem como pelo processo de globalização e pelas privatizações de empresas estatais no país.

Não obstante, cede-se que o mercado de capitais brasileiro é muito pequeno perto do que poderia representar como fonte de captação de recursos e estímulo à economia. Para tanto, faz-se necessário o estabelecimento de um ambiente que motive e proporcione o mínimo de segurança aos investidores. O aumento da transparência e o tratamento isonômico aos investidores, adoção de políticas claras de governança corporativa, a instituição dos segmentos diferenciados da B3, profissionalização da gestão e controle efetivo de auditorias, sem dúvidas, são instrumentos que conduzem a um fortalecimento do mercado acionário, refletindo de forma positiva na economia do país.

Os segmentos diferenciados de listagem da B3 demandam uma série de comprovações de adoção de mecanismos de governança corporativa. Assim, podemos utilizá-los como proxy de boa governança. Partindo dessa premissa, a performance de tais empresas ser superior – aferida pelo Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada (IGC) – à performance do índice Ibovespa é um indicador da correlação positiva entre adoção de boas práticas de governança corporativa e geração de valor por companhias listadas em bolsa de valores.

Futuros estudos para aprofundar a correlação aferida devem partir da

avaliação da composição dos dois índices, Ibovespa e IGC, buscando retirar da composição do Ibovespa as empresas que compõe a carteira do IGC. Obter-se-ia, assim, uma carteira teórica com menor influência das empresas listadas nos segmentos especiais da B3, melhor quantificando o impacto da adoção de tais práticas e a geração de valor percebida pelos investidores.

Este ensaio indica, portanto, que quanto maiores forem as garantias concedidas aos investidores, ou seja, melhor governança corporativa, mais preparadas estarão as empresas para executar seu objetivo social de forma sustentável, maior sua geração de valor e mais desenvolvido será o mercado de capitais do país.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 17 Abr. 2022.
- B3. **Manual de Definições e Procedimentos dos Índices da B3**. Disponível em: <<https://www.b3.com.br/data/files/18/20/BA/D6/860AD710C8F297D7AC094EA8/Manual%20de%20procedimentos%202021-12%20-%20PT.pdf>>. Acesso em: 17 Abr. 2022.
- B3. **Metodologia do Índice Bovespa** (Ibovespa). Disponível em: <https://www.b3.com.br/data/files/9C/15/76/F6/3F6947102255C247AC094EA8/IBOV-Metodologia-pt-br_Novo_.pdf>. Acesso em: 17 Abr. 2022.
- B3. **Metodologia do Índice de Ações com Governança Corporativa Diferenciada (IGC)**. Disponível em: <<https://www.b3.com.br/data/files/46/21/BF/34/E7E615107623A41592D828A8/IGC-Metodologia-pt-br.pdf>>. Acesso em: 17 Abr. 2022.
- B3. **Segmentos de listagem**. Disponível em: <https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/solucoes-para-emissores/segmentos-de-listagem/sobre-segmentos-de-listagem/>. Acesso em: 17 Abr. 2022.
- C NDIDO, C. A.; VALENTIM, M. L. P.; CONTANI, M. L. **Gestão estratégica da informação**: semiótica aplicada ao processo de tomada de decisão. DataGramZero, Rio de Janeiro, v.6, n.3, p.1-16, 2005.
- IBGC. **Código Brasileiro de Governança Corporativa: Companhias Abertas**. São Paulo, SP: IBGC, 2016.
- IBGC. **Governança sustenta agenda ambiental e social nas empresas**. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/blog/governanca-sustenta-asg>>. Acesso em: 17 Abr. 2022
- LORENZI, A.G.de A; PROCOPIUCK, M.; QUANDT, C.O. **Governança Corporativa: a situação das empresas brasileiras em relação às melhores práticas**. Revista Brasileira de Estratégia, Curitiba, v.2, n.2, maio/ago.2009.
- SENHORAS, E.M; TAKEUCHI, K. P.; TAKEUCHI, K. P. **A importância Estratégica da Governança Corporativa no Mercado de Capitais: Um Estudo Internacional Comparado**. III SEGeT – Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos06/638_GovernancaCorporativa_Seget.pdf> Acesso em: 17 Abr. 2022.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO LATIN LEGUM MAGISTER (LLM)

LLM em Direito dos Negócios e Governança Corporativa

AS NORMAS MERCANTIS NA PERSPECTIVA DA DERROTABILIDADE

João Costa Ribeiro Neto¹

Luciano Ramos de Oliveira²

Tema: UM ESTUDO ACERCA DO *STAY PERIOD* DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL:

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a possibilidade de prorrogação, pelo Superior Tribunal de Justiça, do stay period quando a regra do art. 6º, §4º, da Lei 11.101 de 2005 tenha expressamente consignado que “em hipótese nenhuma” a suspensão excederá o “prazo improrrogável” de 180 dias. Será debatido sobre o limite da flexibilização da literalidade de normas mercantis, refletindo sobre os poderes do julgador em alterar a norma por razões não consideradas pelo legislador e se o Direito Mercantil, pela estrutura que lhe é própria, rechaça a flexibilização de normas literais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Mercantil. Derrotabilidade. Regras literais. Teoria do Direito.

INTRODUÇÃO:

Pensadores fundamentais no debate filosófico e metodológico contemporâneo abordam a temática ‘certeza ou objetividade jurídica’ no campo da

¹ João Costa-Neto é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), na graduação e na pós-graduação (mestrado e doutorado). É Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Doutorando em Direito Público pela Humboldt-Universität zu Berlin. Mestre em Direito Romano pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel e Licenciado em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Foi Juiz Auxiliar em gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi também Advogado, Parecerista e Procurador Federal. Integrou a Society for the Promotion of Roman Studies (Fundada em 1910) e a Society for the Promotion of Hellenic Studies (Fundada em 1879). É autor dos livros: “Direito Civil”, volume único, em coautoria com Carlos E. Elias de Oliveira (São Paulo: Método, 2022); “Liberdade de Expressão: o Conflito do Legislador e do Juiz Constitucional” (São Paulo: Saraiva, 2017); “Iudex qui litem suam facit: responsabilidade civil objetiva em Roma” (Saarbrücken: NEA, 2016); “Dignidade Humana na visão do Tribunal Constitucional Federal alemão, do STF e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos” (São Paulo: Saraiva, 2014).

² Luciano Ramos de Oliveira é Bacharel em Direito. Historiador. Advogado. Possui LLM em Direito dos Negócios e Governança Corporativa pelo IDP-Brasília. Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Professor de MBA no IDP Online.

teoria do direito com base moral e no positivismo jurídico.

Indaga-se: em um país como o Brasil, que possui grandes enfrentamentos no que diz respeito à previsibilidade do direito, o Poder Judiciário, ao interpretar lei mercantil detalhada, com termos precisos, deve atuar com maior deferência às razões gizadas na regra mercantil? A regra empresarial pormenorizada pode ter seus efeitos alterados pelo julgador no momento de sua aplicação? Em que casos o julgador pode flexibilizar? No direito mercantil, a segurança jurídica exigida para o bom tráfego econômico repele regras vagas ou ambíguas em demasia?

O presente artigo se propõe a analisar a possibilidade de prorrogação do stay period quando a referida regra tenha expressamente consignado que “em hipótese nenhuma” a suspensão excederá o “prazo improrrogável” de 180 dias.

Na atualidade, a maioria das empresas nacionais foi afetada pela pandemia, sendo que, em março de 2020, 43% das empresas da indústria apresentavam déficit de receita, seguidas por comércio (35,4%) e serviços (30,2%). A guinada da crise também ocorreu nos Estados Unidos da América, surgindo o debate acerca da adoção efetiva do stay period para se evitar o colapso na economia.

Com o advento da Lei n.º 14.112 de 2020, a qual firmou a excepcionalidade da prorrogação do stay period, em claro contraponto à Recomendação do Conselho Nacional de Justiça e às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, o debate foi estabelecido também em território nacional.

A partir de tal cenário, o primeiro tópico disporá sobre a singularidade do Direito Mercantil e em que medida tal ramo do Direito é dotado de autonomia no bojo do Direito Privado.

Após, será exposto o tratamento da temática stay period pelo Poder Judiciário do Brasil e por quais razões o Superior Tribunal de Justiça afastou regra pormenorizada mediante aplicação de princípios morais.

Por fim, far-se-á junção entre teoria do direito e a regra do stay period para explicar qual teoria jurídica melhor descreve o Direito Mercantil, utilizando, para tanto, a exposição dos embates teóricos sobre a discricionariedade judicial e aplicação de regras.

SÍNTESE FÁTICA

A regra empresarial pormenorizada pode ter seus efeitos alterados pelo julgador no momento de sua aplicação? Em que casos o julgador pode flexibili-

zar? No direito mercantil³, a segurança jurídica⁴ exigida para o bom tráfego econômico⁵ repele regras vagas ou ambíguas em demasia⁶?

Não se ignora que alguma incerteza é intrínseca ao direito e à linguagem. O que se quer analisar é o ponto ótimo ou de equilíbrio entre a excessiva indeterminação e vagueza e a paralisia de regras herméticas (que nunca serão completas). E também se deve perquirir sobre até que ponto, em direito mercantil, pode o julgador afastar ou substituir as razões e regras do legislador ou mitigar regra posta e detalhada com base em razões morais (princípios).

Após a Lei n.º 11.101 de 2005, Lei de Recuperação Judicial, algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais surgiram em relação às regras da Lei.⁷ Dentre elas, ganha destaque a regra do art. 6º, §4º, da Lei de Recuperação Judicial, a qual estabelece a suspensão de ações e execuções em face da empresa em crise, a chamada *automatic stay* ou *stay period* no direito americano⁸.

Os embates recaem sobre a possibilidade de prorrogação do *stay period* quando a referida regra tenha expressamente consignado que “em hipótese nenhuma” a suspensão excederá o “prazo improrrogável” de 180 dias, período superior ao estabelecido no Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code, cujo prazo estabelecido é de 30 dias (U.S.C. §362[e]).

Ainda que a regra tenha impresso as expressões “em hipótese alguma” e “improrrogável” na mesma sentença, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2008, concluiu que o § 4º do art. 6º da Lei 11.101 de 2005 deve ser interpretado em “termos sistêmicos” com os demais preceitos da lei, avançando sobre a possibilidade de prorrogação do *stay period* a partir de interpretação principiológica (princípio da continuidade da empresa⁹).

3 TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, vol.3: falência e recuperação de empresas. São Paulo: Atlas, 2011. p.1.; FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercância ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p.100. Nesse sentido, Oscar Barreto Filho pontua a particularidade do Direito Mercantil: “O Particularismo do Direito Mercantil revela-se também pela existência de princípios próprios, impostos pelas exigências econômicas, que lhe atribuem a almejada dignidade científica. [...] Confirma, outrossim, a indispensabilidade de um regramento jurídico especial, a distinção básica entre uma propriedade estática, que recai sobre os bens de gozo ou de consumo, e uma propriedade dinâmico-empresarial, que corresponde ao poder de controle sobre os instrumentos de produção aplicados à atividade mercantil”. (BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, p. 17-18, 1973, grifos no original); LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 128, 2002, p.13.

4 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114.

5 COMPARATO, Fábio Konder. Origem do direito comercial. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano 35, n.º103, Julho-Setembro/1996, p.98.

6 MARCONDES, Sylvio. Da atividade negocial: empresários e sociedades. In: Problemas de Direito Mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1970, p.138.

7 PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas. São Paulo: IOB, 2006, p. 68. Nos Estados Unidos, consta o Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code: “The singular success of bankruptcy law is the creation of a reorganization procedure for saving business that would otherwise die”. WARREN, Elizabeth. Chapter 11: Reorganizing American Businesses: Essentials. Aspen Publishers, 2008, p.2.

8 EPSTEIN, David G. Bankruptcy and related law in a nutshell. 6. Ed. St. Paul: West Group, 2002, p.149; TABB, Charles Jordan. The law of bankruptcy. New York: Foundation Press, 1997, p.170.

9 STJ – CC 79.170/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Primeira Seção, julgado em 10.9.2008, dje 19.9.2008; STJ- AgInt nos EDcl no REsp 1323788/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016; STJ- REsp 1610860/PB, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; STJ- AgInt no REsp 1717939/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018; STJ - AgInt no CC 159.480/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA

A disparidade entre a conclusão daquele órgão julgador e os exatos termos do art. 6º, §4º, da Lei, densifica a teia de controvérsias e polêmicas sobre o desiderato do instituto *stay period*¹⁰, potencializando a tensão entre regra e princípio no âmbito do direito empresarial, de modo que, enquanto a doutrina¹¹ e a legislação caminham em um passo, os julgados do Poder Judiciário percorrem outro – afora a divergência jurisprudencial¹².

Tal tensão também é verificada em diversos outros temas da lei, como, por exemplo, a concessão de recuperação judicial às entidades que não se enquadram no conceito de empresário¹³ ou sociedade empresária nos termos do seu art. 1º. Os exemplos decorrem da admissão em procedimento falimentar de associações desportivas e associações religiosas, as quais beneficiam-se do *stay period*¹⁴.

Ainda com advento da Lei n.º 14.112 de 2020, a controvérsia acerca da prorrogação do *stay period* na Lei de Recuperação Judicial remanesceu vigente, mesmo diante da atuação legislativa¹⁵, dado que a alteração da regra do art. 6º, § 4º, da Lei n.º 11.101 de 2005, autorizou a agora a prorrogação pelo Poder Judiciário uma única vez e em caráter excepcional.

A nova legislação aparentemente pacificou a controvérsia jurisprudencial ao realizar certa “concessão” à prorrogação do período de represamento das ações judiciais. Contudo, a nova lei reacende o debate sobre limites da “criação” de regra pelo Poder Judiciário em situações que nenhum preceito define uma solução adequada (hard cases ou vagueza¹⁶ na linguagem empregada¹⁷)

SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 30/09/2019.

10 American Bankruptcy Institute. Perception and Reality : American Bankruptcy Institute Survey on Selected Provisions of the 1984. Amendments to the Bankruptcy Code, 1987, p. 45-46.

11 TOMAZETTE, Marlon. Op.cit., p.93.

12 “A eficácia do instituto da recuperação judicial depende da segurança jurídica e, para tanto, observa-se a necessidade de cautela na flexibilização de dispositivos legais concedida no Juízo Recuperacional [...] Permitir a inobservância dos dispositivos legais significa validar recuperações fracassadas.[...] Atualmente, estamos diante de uma relativização construída jurisprudencialmente. Ainda assim, por refletir uma faculdade admitida pela jurisprudência, só deve ser aplicada em circunstâncias excepcionais muito bem fundamentadas”. (TJSP – Agravo de Instrumento 2282337-33.2020.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 31/03/2021)

13 FILHO, Calixto Salomão. A fattispecie “empresários” no código civil de 2002. In : Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano 45, outubro-dezembro/2006, p.15.

14 “Não é um precedente isolado de decisão contra a lei: já deferiram o processo em favor de cooperativas, fundações educacionais e sabe Deus o que mais. Mas não há lei que o permita. A cada momento, um tribunal estica a lei para onde o legislador não a levou. Quem será, entre os órgãos da República, que irá colocar um limite nesta história? Quem dirá até onde essa extensão irá? [...] Como é possível ter alguma certeza, alguma segurança, quando cada um estica conceitos jurídicos ao seu alvedrio? Sem parâmetros, só há dúvidas: o Judiciário se torna um porteiro arbitrário a dizer: você entra, você não. É um bom momento para se falar sobre teoria jurídica: o momento da incerteza”. (MAMEDE, Gladston. O risco dos juizes criativos. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/04/23/juizes-criativos-recuperacao-empresas/>. Acesso em: 25 de abril de 2021)

15 HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). Osgoode Hall Law Journal, v. 35, 1997. p.105; IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano 46, janeiro-março/2007, p. 46-47.

16 MARMOR, Andrei. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence. New York: Springer, 2011, v.11, p. 138-140,

17 DWORKIN, Ronald. Hard cases. Harvard Law Review. Volume 88, abril, 10975, n.6. Em maior extensão: DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. The journal of philosophy. vol. 60, 1963, n.21; cf. SCHAUER, F. and Spell-

ou problemas de “penumbra”¹⁸.

Nesse ponto, é necessário debater o limite da flexibilização da literalidade de normas mercantis. Pode o julgador alterar a norma por razões não consideradas pelo legislador? O direito empresarial, pela estrutura que lhe é própria¹⁹, rechaça a flexibilização de normas literais?

Como tema de análise, portanto, coloca-se a regra do art. 6º, §4º, da Lei de Recuperação Judicial (*stay period*) no decorrer da aplicação ou do afastamento da regra pelo Poder Judiciário à luz da teoria do direito.

JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVÂNCIA PARA ESCOLHA DO CASO

A relevância da pesquisa proposta consiste em levantar um panorama crítico da teoria do direito acerca da discricionariedade judicial e da aplicação de regras mercantis que aparentemente dispensa consideração de novas razões.

Os dois temas que encontram confluência na pesquisa (teoria do direito e *stay period*) reverberam relevância prática. A teoria do direito cumpre sua função de estabilizar as mais diversas opiniões jurídicas de forma racionalizada e unificante, a qual, no presente projeto, sofrerá recorte metodológico para analisar as múltiplas formas dos positivismos jurídicos e a teoria de cunho moral de RONALD DWORKIN, com a finalidade de conceber maior previsibilidade e transparência em decisões judiciais que aplicam normas mercantis.

A atualidade da pesquisa reside no fato de que a maioria das empresas nacionais foi afetada pela pandemia, sendo que, em março de 2020, 43% das empresas da indústria apresentavam déficit de receita, seguidas por comércio (35,4%) e serviços (30,2%). A guinada da crise também ocorreu nos Estados Unidos da América, surgindo o debate acerca da adoção efetiva do *stay period* para se evitar o colapso na economia.

Com o advento da Lei n.º 14.112 de 2020, a qual firmou a excepcionalidade da prorrogação do *stay period*, em claro contraponto à Recomendação do Conselho Nacional de Justiça e às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, o debate foi estabelecido também em território nacional.

Se no Brasil havia maior busca na legislação como principal fonte de previsibilidade, a preocupação passou a focar, fortemente, nas decisões advindas do Poder Judiciário. Nessa conjuntura, os mecanismos de interpretação podem ser ferramentas de reflexão acerca da previsibilidade e transparência na atua-

man, B. 2012: Reasoning Legal. Frederick Schauer. K.J. Holyoak & R.G. Morrison (eds.), The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning, 2nd ed. New York: Oxford University Press.

Quanto ao ponto, Noel Struchiner discorre: “Os casos fronteiriços são os casos nos quais não conseguimos determinar com segurança se o conceito deve ou não ser aplicado”. (STRUCHINER, Noel; MARCONDES, Danilo. Para falar de regras: O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Rio de Janeiro. 2005, Tese de Doutorado – PUC-RIO, p.98 - p. 105)

18 HART, H.L.A. Positivism and the Separation of law and morals. Harvard Law Review, vol 71, 1958, p. 529-593.

19 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa. São Paulo: Malheiros, 2009, p.513.

ção judicial no tema stay period da Lei de Recuperação Judicial.

DIAGRAMA DOS ATORES

A relevância das regras empresariais recai justamente sob o fato de a particularidade do Direito Mercantil se revelar também pela existência de princípios próprios, impostos pelas exigências econômicas, que lhe atribuem a almejada dignidade científica²⁰. A peculiaridade do direito mercantil não se refere apenas à atividade econômica propriamente dita, mas inclui a observância dos pressupostos específicos quando da valoração de suas regras.

A reflexão sobre a função jurisdicional e a sua discricionariedade quando da tomada de decisão remete, necessariamente, à problemática sobre “o que é o direito?”, temática que envolve o emblemático debate entre Hart e Dworkin²¹.

Hart identifica ao menos três elementos básicos acerca dos fundamentos do direito: i) a regra e sua normatividade²²; ii) a regra de reconhecimento²³; e iii) a textura aberta do direito²⁴.

A teoria do positivismo hartiano conclui que a discricionariedade judicial é intrínseca nas decisões em que se verifica a textura aberta do direito, sendo que o direito, por si só considerado, é majoritariamente constituído por zonas de regras suficientemente determinadas para estabelecer padrão de comportamento social, os quais são considerados obrigatórios²⁵.

Ronald Dworkin aponta defeitos no positivismo hartiano a partir dos desacordos teóricos, valendo-se de que a prática jurídica se apoia em princípios morais na argumentação do julgador para desafiar a doutrina positivista dos limites do direito²⁶, de modo que se os princípios não são validados por uma regra de reconhecimento e, ainda assim, são usados pelos oficiais (e.g julgador), tal fato importa erro naquilo que autor denominou tese de pedigree (regra de reconhecimento).

Nesse contexto de avaliação das decisões judiciais conflitantes que abordam a prorrogação do stay period por meio de aplicação de princípios, pode-se identificar o equívoco na interpretação da regra pelo julgador, haja vista que a própria regra não demonstra, em primeira análise, qualquer espaço para reavaliação do seu conteúdo, quer pela ótica da “textura aberta” ou derrotabilidade de Hart, quer pela aplicação de princípios nos termos da teoria de Dworkin.

A existência de regras mercantis em que, ao menos textualmente, resta afastada a incursão pelo julgador em novas razões²⁷, remete à reflexão de Jo-

20 BARRETO FILHO, Oscar. Op.cit..

21 HART, H.L.A. op.cit., p.272; Dworkin, Ronald. Op.cit., 1998 [1986].

22 HART, H.L.A. op.cit., p.55-56; RAZ, Joseph. Op.cit., 1975, p.52-53.

23 HART, H.L.A. op.cit., p.93-95.

24 HART, H.L.A. op.cit., p.135.

25 Idem. Ibidem.

26 DWORKIN, Ronald. Op.cit., p.36.

27 RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*, Repr (Oxford : Oxford University Press, 2002) p.39; RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics*. Rev. Ed. repr. Clarendon Paperbacks. Oxford : Oxford University Press, 2001, p. 213. cf. HART, Herbert. *Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford : Oxford University Press, 1982, p.39. BAYON, Juan Carlos. *Derrotabilidad*,

seph Raz: “se reexamino a regra em cada aplicação, não é uma regra que eu adotei²⁸”.

A questão exposta por Joseph Raz implica considerar o fato de que a teoria do direito trata, portanto, do estudo teórico de um assunto prático, cujo objetivo é alcançar um entendimento sistemático e geral do direito²⁹, o que permite analisar os limites da criação de norma pelo julgador no campo prático³⁰.

Segundo Frederick Schauer, cabe às instituições corrigir experiências recalitrantes³¹ nos casos que fogem aos padrões de comportamento previstos na regra³², possibilidade que traduz a existência da derrotabilidade³³ das normas do sistema jurídico³⁴.

De outra forma, Andrei Marmor conclui que o direito não requer, na generalidade dos casos, atitude interpretativista³⁵, cabendo a interpretação quando algum elemento contextual não está suficientemente claro ou pelo fato do conteúdo elaborado ser incerto³⁶.

PROPOSITURA DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O CASO

Os objetivos específicos do caso são:

- 1) analisar, comparativamente, as diferenças estruturais das normas mercantis em relação a outros seguimentos do direito privado para fins de interpretação do julgador;
- 2) investigar qual teoria do direito melhor explica os fenômenos da previsibilidade e transparência nas atuações judiciais;
- 3) e perquirir a possibilidade de deferência do julgador às razões antecipadas em normas mercantis, no caso a aplicação da regra que versa sobre stay

indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: Bayón, Juan Carlos; Rodríguez, Jorge. Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales; el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p.157-208.

28 RAZ, Joseph. Reasons for action, decisions and norms. Mind, New Series, vol.84, n. 336, 1975, p.497, tradução livre.

29 MACCORMICK, Neil. H.L.A.Hart. 1ª Ed. São Paulo : Elsevier, 2010, p.19 ; DWORKIN, Ronald. Justice in Robes. Cambridge : Harvard University Press, 2006, p.143-145. Cf. DWORKIN, Ronaldo. Law's Empire. Oxford : Hart Publishing, 1998 [1986], p.13.

30 Dworkin descreve que a teoria do direito é a parte geral da decisão judicial, “prólogo silencioso a qualquer decisão jurídica”. (DWORKIN, Ronald. Op.cit., p.90)

31 SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility an Essential Property of Law? In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility, Oxford University Press 2012, p.79.

32 Sobre a existência de cláusula implícita de exceção, conferir : HART, H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: Proceedings of the Aristotelian Society, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. pp. 152; DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.136. Em sentido diverso: Frederick. Las Reglas en Juego. Marcial Pons. Madri 2004, p. 151.

33 RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F., Defeasibility and Legality: A Survey. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility, Oxford University Press 2012, p. 11 ; HART, H.L.A. Op.cit., pp. 171-194.

34 Quanto aos temas “textura aberta” e “derrotabilidade”, há doutrina que diferencia os conceitos: RÓDENAS, Ángeles Calatayud. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. In: Doxa, n. 24 (2001). ISSN 0214-8876, pp. 63-83, p. 69.

35 MARMOR, Andrei. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence. New York : Springer, 2011, v.11, p.143-144.

36 MARMOR, Andrei. Op.cit., p.138-140.

period da Lei de Recuperação Judicial.

O problema do caso enseja as seguintes hipóteses:

1) Na presença de regra mercantil expressa quanto aos seus limites de aplicação, o Poder Judiciário, ao exercer juízo interpretativo, deve julgar com maior deferência às razões gizadas na norma mercantil;

2) Na presença de regra mercantil expressa quanto aos seus limites de aplicação, o Poder Judiciário, ao exercer juízo interpretativo, pode afastar as razões gizadas na norma mercantil em razão do caso concreto.

Filia-se à primeira hipótese.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente análise, constatou-se que a doutrina positivista melhor explica o direito mercantil no que toca à aplicabilidade de regras pormenorizadas, especialmente em casos de aplicação direta, valendo-se da expressão de SCHAUER, em que não demanda análise pelo Poder Judiciário de hard cases e, portanto, dispensaria consideração de novas razões para sua aplicação, conforme doutrina de JOSEPH RAZ.

Uma vez estabelecida a singularidade do Direito Mercantil, a construção histórica de institutos e a adaptação às práticas do mercado dão a tônica sobre o que é o Direito Mercantil, um ramo que impende segurança jurídica e previsibilidade na tomada de decisões pelos agentes econômicos envolvidos.

O instituto adotado para análise, qual seja, o stay period da Lei de Falência e Recuperação Judicial previsto na regra do art. 6º, §4º, da Lei 11.101 de 2005, demonstrou que a regra imprimiu expressões “em hipótese alguma” e “improrrogável” na mesma sentença, dispensando qualquer outra razão, ou sentido, em relação à possibilidade prorrogação do stay period e, mesmo assim, o Poder Judiciário Brasileiro concluiu pela possibilidade de prorrogação do stay period a partir de interpretação principiológica (princípio da continuidade da empresa).

Veza demonstrado que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tomou decisão diversa do STJ e privilegiou a regra pormenorizada no art. 6º, §4º, da Lei 11.101 de 2005, restou evidente a necessidade de reflexão sobre qual teoria jurídica melhor descreve o Direito Mercantil, possibilitando a reflexão sobre a deferência do Poder Judiciário às regras mercantis pormenorizadas e prestigiando sua aplicação sem maiores considerações principiológicas.

No Brasil, após a mudança de maior busca na legislação como principal fonte de previsibilidade para as decisões advindas do Poder Judiciário, a teoria positivista poderá colaborar para minimizar custos decisórios e promover maior transparência nas decisões do Poder Judiciário, especialmente em matéria mercantil, que dispõe de um grande acervo normativo que dispensa a incursão pelo julgador em razões principiológicas.

O Direito Mercantil já conhece há algum tempo a primazia da regra (Código Comercial de 1850) e a busca da reafirmação sua autonomia, talvez r(e) codificação, poderá ser concatenada com a reflexão teórica de cunho prático

da aplicação das doutrinas positivas em normas comerciais.

REFERÊNCIAS

- American Bankruptcy Institute. Perception and Reality: American Bankruptcy Institute Survey on Selected Provisions of the 1984. Amendments to the Bankruptcy Code, 1987.
- ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 68, n. 2, 1973.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: Bayón, Juan Carlos; Rodríguez, Jorge. Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales; el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Origem do direito comercial. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano 35, n.º103, Julho-Setembro/1996.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luís. Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.136.
- DWORKIN, Ronald. Hard cases. Harvard Law Review. Volume 88, abril, 1975, n.6.
- . Judicial Discretion. The journal of philosophy. vol. 60, 1963, n.21.
- . Justice in Robes. Cambridge : Harvard University Press, 2006.
- . Law's Empire. Oxford : Hart Publishing, 1998.
- . Taking Rights Seriously. Cambridge: The Belknap Press, 2006.
- . A matter of principle. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- EPSTEIN, David G. Bankruptcy and related law in a nutshell. 6. Ed. St. Paul : West Group, 2002.
- FARIA, Marina Zava de. A autonomia do direito comercial e a (re)codificação do Direito Comercial Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2021.
- FILHO, Calixto Salomão. A fattispecie "empresários" no código civil de 2002. In : Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano 45, outubro-dezembro/2006.
- FLIMAN, Daniel A.; ANGELL, Michele L. The bankruptcy automatic stay: a guide for commercial litigators. New York Law Journal. Publicado em 11 de Agosto de 2014.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HART, Herbert. Positivism and the Separation of law and morals. Harvard Law Review, vol 71, 1958.
- . Essays on Bentham : Studies in Jurisprudence and Political Theory. Oxford : Oxford University Press, 1982.
- . Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- . The Ascription of Responsibility and Rights. In: Proceedings of the Aristotelian Society, v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948.
- GARCIA, Juan Ignacio Peinado. Estudios de derecho concursal. Madrid : Marcial Pons, 2006.
- HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). Osgoode Hall Law Journal, v. 35, 1997.
- IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Ano 46, janeiro-março/2007.

JANTIN, Michel ; LE CANNU, Paul. Droit comercial : enterprises en difficulté. 7.ed. Paris : Dalloz, 2007.

JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Teoria, filosofia e dogmática jurídica : rigor e método. In : Teoria do direito contemporânea : autores e temas. Ronaldo Porto Macedo Junior (org.). Curitiba : Juruá, 2017.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 128, 2002.

LUCAS, Fernando Pompeu. A permissão de prorrogação do stay period proveniente da Lei 14.112/2020. In: ABRÃO, Carlos Henrique et al. Moderno Direito Concursal – Análise plural das leis nº 11.101/05 e nº 14.112/20.

MAMEDE, Gladston. Orisco dos juizes criativos. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/04/23/juizes-criativos-recuperacao-empresas/>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

MACCORMICK, Neil. H.L.A. Hart. 1ª.Ed. São Paulo: Elsevier, 2010

MARCONDES, Sylvio. Da atividade negocial : empresários e sociedades. In : Problemas de Direito Mercantil. São Paulo : Max Limonad, 1970.

MARMOR, Andrei. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence. New York: Springer, 2011, v.11.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação de empresas. São Paulo: IOB, 2006.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Débora. O paradigma pós-positivista do direito privado e a centralidade do objetivo lucrativo da empresa. Revista Brasileira de Direito, v. 12, n. 1, p. 53-61, 2016.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 3.ed. Salvador : Editora Juspodivm, 2018.

RATTI, G. Battista; BELTRÁN, JORDI F., Defeasibility and Legality: A Survey. In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility, Oxford University Press 2012.

RAZ, Joseph. Practical Reason and Norms. Oxford : Oxford University Press, 2002.

_____. Ethics in the Public Domain : Essays in the Morality of Law and Politics. Rev. Ed. repr. Clarendon Paperbacks. Oxford : Oxford University Press, 2001.

_____. Reasons for action, decisions and norms. Mind, New Series, vol.84, n. 336, 1975.

RIBEIRO NETO, João Costa. Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

RÓDENAS, Ángeles Calatayud. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. In: Doxa, n. 24, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria crítico-estruturalista do direito comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SCHAUER, F. and Spellman, B. 2012: Reasoning Legal. Frederick Schauer. K.J. Holyoak & R.G. Morrison (eds.), The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning, 2nd ed. New York: Oxford University Press.

_____. Is Defeasibility an Essential Property of Law? In: BELTRAN, Jordi F.; RATTI, G. Battista. The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility, Oxford University Press 2012

STRUCHINER, Noel; MARCONDES, Danilo. Para falar de regras: O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Rio de Janeiro. 2005, Tese de Doutorado – PUC-RIO.

TABB, Charles Jordan. The law of bankruptcy. New York : Foundation Press, 1997.

TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. Revista de Processo. São Paulo : RT, v.227, jan.-2014.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial, vol.3: falência e recuperação de empresas. São

Paulo: Atlas, 2011.

WANDERER, Bertrand. A inaplicabilidade, em regra, dos institutos da lesão e da onerosidade excessiva aos contratos interempresariais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

WARREN, Elizabeth. Chapter 11: Reorganizing American Businesses: Essentials. Aspen Publishers, 2008.

VIVANTE, Cesare. Introdução ao tratado de Direito Comercial. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo, n.102, abr;-jun. 1996, p.134

ANEXOS – REPOSITÓRIO DE DOCUMENTAÇÃO

Acórdão do TJSP – Agravo de Instrumento 2282337-33.2020.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 31/03/2021.

Acórdão do STJ – CC 79.170/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Primeira Seção, julgado em 10.9.2008.

ACORDO DE ACIONISTAS *VERSUS* RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ESTUDO DO CASO DASLU

Mateus Frota Carmona

1

Tema: CONFLITO ENTRE ACORDO DE ACIONISTAS E PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

RESUMO

O escopo do trabalho busca fazer uma análise detalhada do julgamento do Recurso Especial nº 1.539.445 – SP (2015/0045669-6), julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 13 de março de 2018. O relatório executivo irá se debruçar sobre o conflito em si, focando nos aspectos principais dos institutos do acordo de acionistas e da recuperação judicial, de modo a determinar que o julgamento do STJ foi acertado e trouxe uma maior segurança jurídica para todos os atores envolvidos e demais sócios dentro da realidade empresarial brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de acionistas; Recuperação judicial; Assembleia de credores; Companhia; Superior tribunal de justiça.

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho será feito sob a forma de estudo de caso, mais especificamente sobre a Recuperação Judicial do Grupo Daslu, que envolveu a controvérsia de conflito do conteúdo de acordo de acionistas de uma das empresas do grupo societário e o plano de recuperação judicial aprovado pela maioria dos credores.

O tema é de suma importância dentro do direito societário, uma vez que o acordo de acionistas é amplamente utilizado no âmbito da prática empresarial brasileira, de modo a facilitar a gestão da pessoa jurídica, portanto a decisão do STJ, que será discutida ao longo do trabalho, deve ser levada em consideração quando da elaboração de um acordo de acionistas, considerando possíveis riscos de recuperação judicial ou mesmo de falência.

No presente trabalho, será abordado uma breve síntese do caso analisado, a justificativa pela qual é importante estudar o julgamento do STJ. Além disso, o acordo de acionistas e a recuperação judicial terão tópicos específicos de

¹ Advogado, sócio do Carmona & Marinho Advogados Associados, graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB, pós-graduado em Direito dos Negócios pelo IDP e em Planejamento Patrimonial e Sucessório pela FGV, link para Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0439578615168111>, mateusfcarmona@gmail.com.

análise, que irão corroborar para o entendimento do conflito entre tais institutos, abordado no tópico seguinte, com comentários acerca da decisão tomada pelo STJ.

SÍNTESE FÁTICA

O grupo Daslu foi fundado por Lucia Piva Albuquerque e Lourdes Aranha no ano de 1958, com início focado no comércio varejista de roupas de luxo, no bairro de Vila Nova Conceição em São Paulo. A marca foi crescendo principalmente por volta da década de 90 e chegou a empregar 1000 pessoas, em todas as empresas que integravam o grupo.

No ano de 2007, com a deflagração da Operação Narciso e a crise econômica mundial de 2008 o grupo passou a enfrentar diversas dificuldades financeiras. Dessa forma, foi necessária uma nova política financeira da companhia, de modo a contornar os impactos negativos das recentes notícias.

Nesse contexto, em uma das empresas integrantes do grupo, a Lomell Empreendimentos Comerciais S.A., foi firmado Memorando de Entendimentos e Acordo de Acionistas entre alguns acionistas, dentre os quais a Bernesse Administrações e Participações Ltda. que detinha 12,5% do capital social da Lomell. O instrumento contratual previa, entre outras cláusulas, que eventual plano de recuperação judicial (PRJ) da empresa deveria ter uma prévia análise e aprovação por parte dos acionistas integrantes do acordo de acionistas, já prevendo que em um futuro próximo esse fosse ser o destino da companhia. Além disso,

Todavia, a tentativa de reestruturação financeira da companhia foi frustrada, culminando no pedido de Recuperação Judicial protocolado em 8 de julho de 2010 pela representante da maioria do capital social. Após isso, em setembro de 2011, foi aprovado o plano de recuperação judicial do grupo.

No PRJ aprovado não observou as cláusulas do Acordo de Acionistas firmado no âmbito da Lomell. Irresignados com a decisão tomada em Assembleia Geral de Credores, em desconformidade com o instrumento contratual firmado em 2007, os acionistas minoritários e integrantes do acordo ingressaram com Agravo de Instrumento em face da decisão que homologou o plano de recuperação judicial.

O Agravo, de relatoria do Desembargador Manoel Pereira Calças, foi julgado improcedente pela Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão assim ementado.

Agravo. Recuperação judicial. Recurso interposto por acionistas minoritários de companhia que integra o “Grupo Daslu”, inconformados com a concessão da recuperação judicial. Alegação de violação ao direito de veto à transferência da “Marca Daslu”, direito previsto em acordo de acionistas, violando o art. 53, III, da LRF, artigos 104, 106 e 187 do CC.

2 BRASIL. Recurso Especial nº 1.539.445 – SP (2015/0045669-6), julgado em 13 de março de 2018.

Os acionistas, minoritários ou majoritários, não podem impedir a concessão de recuperação judicial derivada da aprovação do plano pela assembleia-geral de credores. As querelas intrassocietárias deverão ser dirimidas no palco judicial adequado e não nos lindes do processo de recuperação judicial. Os interesses dos acionistas não se sobrepõem ao princípio da preservação da empresa e de sua função social, nem aos interesses da comunidade de credores. Ausência de interesse e legitimidade recursal. Recurso não conhecido.

Os desembargadores consideraram que os sócios da empresa objeto da recuperação judicial não possuíam legitimidade para impugnar um plano aprovado em assembleia geral de credores. Além disso, consideraram que, por se tratar de acordo de acionistas, seria uma matéria “intrassocietária”, ou seja, a discussão deveria ser remetida para as vias adequadas e a recuperação judicial não poderia ser utilizada como palco para tal debate.

Desse julgamento, foi interposto Recurso Especial, por parte dos acionistas minoritários, especialmente a Bernese, sustentando que possuem qualidade de credores e, portanto, têm legitimidade ativa para interpor agravo de instrumento contra a decisão que homologa o plano de recuperação judicial, nos termos do artigo 59, parágrafo 2º da Lei 11.101/2005.

Todavia, os ministros da Terceira Turma do STJ negaram provimento ao recurso apresentado. O voto do relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva confirmou o entendimento do tribunal de origem, sustentando que não é pelo simples fato de a Bernesse ser sócia de uma das empresas componentes do grupo, que teria a legitimidade de impugnar plano de recuperação judicial aprovado em assembleia geral.

JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVÂNCIA PARA ESCOLHA DO CASO

O presente trabalho busca analisar o papel distinto de dois importantes atores no âmbito empresarial: o acionista e o credor. O conflito analisado entre os dois institutos busca trazer uma maior segurança jurídica aos componentes das relações jurídicas, uma vez que, com a decisão que o Superior Tribunal de Justiça os acionistas devem se atentar aos riscos de uma possível recuperação judicial ou mesmo falência por parte da companhia, no momento da elaboração de um acordo.

Os instrumentos representam diferentes características e interesses jurídicos, por um lado, o acordo de acionistas é um importante instrumento societário e vem sendo cada vez mais utilizado dentro da realidade negocial brasileira de modo a facilitar a gestão empresarial. Por outro, os credores têm que ter uma garantia de que suas dívidas com a empresa serão honradas de maneira corre-

ta por meio de uma recuperação judicial.

Portanto, a presente pesquisa buscará analisar o papel dos sócios dentro da recuperação judicial, ou seja, qual legitimidade que eles possuem dentro da assembleia geral e seu direito de voto, a luz do que dispõe o artigo 43 da Lei 11.101/2005. Além disso, o impacto da decisão paradigmática do STJ trouxe respostas à essas questões, mas também abriu espaço para algumas dúvidas que deverão ser respondidas pela doutrina e jurisprudência que virá a partir de análise de casos concretos.

DIAGRAMA DOS ATORES

O presente trabalho é um estudo de caso envolvendo diversos interesses conflitantes e, portanto, atores que desempenham funções distintas dentro do conflito jurídico, descritos abaixo.

Os acionistas minoritários, representados pela Bernese, possuem o interesse de revogar o plano de recuperação aprovado, de modo que os credores e o judiciário observem o que foi estabelecido no acordo de acionistas.

Os credores do grupo Daslu têm o interesse de que a companhia se recupere de modo a honrar as dívidas. Vale salientar que não participaram em momento algum do acordo firmado anteriormente, portanto, a ele não se vincularam.

A companhia busca, por meio da recuperação judicial, uma reinserção no mercado de forma saudável, no intuito de se reestabelecer como uma marca de grande renome nacional e grande prestígio perante seus clientes.

Por fim, coube ao Superior Tribunal de Justiça pacificar o entendimento divergente entre os interesses conflitantes aqui analisados. Importante destacar que o STJ definiu que os credores tinham razão em face dos acionistas que impugnavam o plano de recuperação judicial.

PROPOSITURA DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O CASO

a) Acordo de acionistas

O acordo de acionistas é um instrumento contratual por meio do qual os sócios de determinada empresa pactuam entre si diversas formas para a melhor gestão da companhia. Ressalta-se que trata-se de uma relação contratual em que apenas os sócios se obrigam entre si.

A doutrina considera o Acordo de Acionistas como pactos parassociais, é dizer que há uma separação ao contrato da estrutura societária. Calixto Salomão Filho considera que pode ser considerada uma sociedade de fato entre os sócios de uma companhia, uma vez que não podem ser considerados contratos com a tipicidade societária devida.

O caráter parassocietário de tais instrumentos contratuais não implica em

3 SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade. 5. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação: 2019. p. 212

sua total ineficácia perante a sociedade ou mesmo terceiros, uma vez que os centros de poder criados pelos acordos permitem uma boa gestão da sociedade².

Por meio da Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976) a matéria finalmente teve uma regulação específica, em seu art. 118. Todavia, o legislador trouxe apenas a regulamentação de três objetivos: compra e venda de ações (aqui incluído direito de preferência), exercício de direito de voto e poder de controle. A norma ainda faz a ressalva no sentido de que a companhia só será obrigada a observar o acordo de acionistas nos casos em que o instrumento contratual for arquivado em sua sede.

Assim, a legislação brasileira tutela apenas as cláusulas dos acordos de acionistas que (i) estão expressamente previstas no art. 118 da lei acima mencionada e (ii) estão devidamente arquivadas na sede da empresa.

José Edwald Tavares Borba³ corrobora tal entendimento.

Não obstante possam ser celebrados acordos de acionistas com outras finalidades, somente os que consagrarem os objetivos previstos na Lei das Sociedades Anônimas gozarão da proteção por ela instituída. Os demais estarão fundados na autonomia da vontade, mas, para que sejam eficazes, terão que respeitar não apenas os princípios e normas que regem a sociedade anônima, mas, igualmente, todos os preceitos que resultam do ordenamento jurídico como um todo.

Portanto, é plenamente possível que os acionistas de uma companhia entabulem acordo que verse sobre matéria diversa da mencionada na referida lei, entretanto, a companhia não se obriga nesses casos, uma vez que a relação contratual é regida pela autonomia da vontade das partes contratantes. Em outras palavras, o Acordo de Acionistas obriga apenas os signatários do contrato, em virtude de uma relação obrigacional de parte a parte.

4 Na lição de Calixto Salomão Filho: "Não é possível negar a existência de centros parassocietários de poder. É preciso, então, torná-los públicos e discipliná-los, exatamente para que não se tornem incontrolláveis. Essa é a razão por que boa parte da discussão em torno dos acordos de acionistas acaba por centrar-se e deve se centrar em torno do tema de eficácia societária de tais acordos e dos requisitos para que venham a ter eficácia. E é aí – e não na simples negativa de reconhecimento do caráter societário – que a ideia de pacto parassocietário mais frutifica. Permite selecionar o conteúdo dos acordos, impedindo que produzam efeitos perante a sociedade e terceiros acordos que, parassocietários – sem a consistência do vínculo societário –, visem a di-retamente substituí-lo. Não impedem, e não poderiam impedir, que se formem no interior das sociedades subvínculos societários entre sócios, conhecidos e bem disciplinados, desde que não afetem a matriz principal da relação societária. Esses centros parassocietários são também úteis e necessários do ponto de vista teórico, pois contribuem para a ampliação da tipologia interna da sociedade anônima, possibilitando o aparecimento de um tipo de utilidade econômica jurídica múltipla." (SALOMÃO FILHO, Calixto, 2019, p. 214-215)

5 BORBA, José Edwald Tavares. Direito Societário. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 345

b) Papel da Assembleia Geral de Credores na Recuperação Judicial

O instituto da Recuperação Judicial surgiu como forma de uma empresa que está assolada por dívidas, porém ainda é economicamente viável. Assim, a companhia busca a tutela jurisdicional de modo a organizar todos os débitos que possui e, desse modo, evita uma liquidação de seus bens, consequência de uma falência.

Antes de avaliar o papel da assembleia de credores, é importante destacar quem a Lei 11.101/2005 define como credores. O art. 49 da referida lei determina que os créditos sujeitos a recuperação judicial são todos aqueles existentes no momento do pedido realizado pelo devedor, mesmo os que ainda não estejam vencidos.

A relação jurídica entre o credor e devedor é regulada pelo Direito das Obrigações, Orlando Gomes define bem a relação jurídica entre ambos os sujeitos.

Estrutura-se a obrigação pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, certa prestação.

A subordinação do interesse de alguém ao de outrem manifesta-se sob a forma de correspondência a uma pretensão determinada. Não se configura um poder imediato sobre a coisa. Só indiretamente afeta o patrimônio. Exprime, numa palavra, um jus ad rem. Caracteriza-se pela vinculação de dois sujeitos determinados ou determináveis, que assumem posições opostas. Um é sujeito passivo, o outro sujeito ativo. Nas relações obrigacionais de teor mais simples, os dois sujeitos contrapõem-se, figurando cada qual, exclusivamente, numa das posições. Predominam, no entanto, as relações complexas, nas quais a mesma parte ocupa, concomitantemente, as posições ativa e passiva, porque lhe tocam direitos e obrigações que, inversamente, correspondem ao outro sujeito.

Os dois sujeitos, o ativo e o passivo, são, pois, elementos estruturais da relação obrigacional. Não é necessário, porém, que um deles esteja determinado no momento em que a relação nasce.

O sujeito ativo chama-se credor. O passivo, devedor. Objeto da relação obrigacional é a prestação, isto é, o ato ou omissão do devedor. Não é pacífico, todavia, esse entendimento. Houve quem sustentasse que o objeto da obrigação é o próprio devedor, mas, evidentemente, trata-se de opinião extravagante. Para outros, a obrigação tem como objeto os bens e os direitos reais, por isso que a sua obtenção é o fim visado pelo titular do direito de crédito. Predomina no entanto a opinião de que o objeto dos direitos creditórios é a prestação.

6 GOMES, Orlando. Obrigações. Atualizador Edvaldo Brito – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 13

Nesse sentido, é extremamente importante analisar o papel da Assembleia Geral de Credores e do poder judiciário no momento da aprovação de um Plano de Recuperação Judicial. Importante destacar que, após o pedido de recuperação judicial, realizado pelo devedor, esse deverá apresentar o PRJ em um prazo de 60 (sessenta) dias. De acordo com o art. 56 da Lei 11.101/2005, caso algum credor apresente qualquer objeção ao plano apresentado, o juiz deverá convocar uma Assembleia Geral de Credores, que irá analisar o plano apresentado.

A decisão que a assembleia tomar, seja de aprovação ou rejeição do plano, deve ser respeitada pelo devedor, demais credores que eventualmente não compareceram na assembleia e, principalmente pelo juiz. Assim, o papel do poder judiciário é apenas do controle de legalidade do plano apresentado, ou seja, se foram observados os requisitos formais da Lei 11.101/2005.

João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea ensinam que cabe ao juiz examinar apenas alguns pontos do plano de recuperação:

(...) (i) o cumprimento das formalidades da AGC (eventuais vícios da assembleia); (ii) a legalidade das cláusulas do plano ou do conteúdo das deliberações (vícios das deliberações), (iii) bem como se houve o lançamento de voto abusivo ou lançados com algum outro vício (vícios do voto), como já visto, mas (iv) não o mérito do plano, isto é, sua viabilidade econômico-financeira – cujo exame é de competência exclusiva da assembleia geral de credores, soberana nesse sentido.

Tomando emprestado a linguagem corrente do Direito Administrativo, cabe ao magistrado o juízo de legalidade do rito assemblear, do plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral e dos votos lançados, mas não o de conveniência-oportunidade, que é prerrogativa exclusiva dos credores.

A Assembleia de Credores é soberana em suas decisões, estando o juiz adstrito a análise dos aspectos formais do ato que deu origem ao plano de recuperação, aprovado ou não.

C) Análise do conflito

Após a breve explicação acerca dos institutos em conflito, cabe aqui analisar detidamente a decisão do STJ, no julgamento do caso Daslu.

Como bem destacado pelo voto do relator do caso, os acionistas minoritários ingressaram com o pedido de anulação do plano de recuperação judicial por julgarem que eram credores de obrigação de fazer, em virtude das cláusulas do acordo de acionistas firmado no âmbito da Lommel.

Nesse ponto, o julgamento do STJ acerta ao distinguir as obrigações que a companhia tem com os sócios da Lommel das obrigações que possuem com o restante dos credores que efetivamente participaram da Assembleia Geral. Aliás, importante destacar que os acionistas participaram também da assembleia e tiveram seu pleito ouvido, todavia a maioria dos ali presentes decidiu por não

levar em consideração os argumentos colacionados.

A matéria de acordo de acionistas é intrassocietária, como bem destacado no acórdão do TJSP, portanto, diz respeito apenas aos sócios signatários do instrumento contratual. A imposição da autonomia de vontade de alguns sócios às demais partes interessadas na recuperação judicial do grupo Daslu, por parte do poder judiciário, vai de encontro com diversos ramos do direito.

Em primeiro lugar, como bem ressaltado acima, a atuação do judiciário na análise do plano de recuperação judicial possui um escopo extremamente limitado, cabendo ao juiz apenas a análise formal dos requisitos extrínsecos do plano aprovado, sendo certo que a assembleia é soberana em suas decisões.

Além disso, importante analisar o acordo de acionistas sob o prisma do direito contratual. Trata-se de um acordo firmado entre alguns sócios determinados, sem a intervenção da companhia. Nesse sentido, não há que se falar em efeitos erga omnes, mas apenas entre as partes que compõem a relação jurídica analisada.

De um lado a legislação resguarda o acordo de acionistas em apenas alguns casos, nos termos do art. 118 da Lei de Sociedades Anônimas. Por outro lado, o princípio da autonomia da vontade permite que sócios de determinada companhia. Ocorre que, como bem destacado na brilhante decisão do STJ, eventuais descumprimentos advindos de acordo de acionistas devem ser remetidos para as vias corretas e devem envolver apenas as partes signatárias do acordo e do memorando de entendimentos.

Por fim, cabe aqui destacar um interessante trecho do voto do desembargador relator do acórdão do TJSP, utilizada como razões de decidir pelo STJ.

Diante de tal situação e considerando-se que esta Câmara Reservada tem proclamado reiteradamente a soberania da assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial, não têm os acionistas minoritários o direito de vetar o plano aprovado pelo conclave de credores, sobrepondo-se seus interesses de sócios aos da sociedade-empresária e de todos os demais credores e interessados na preservação da empresa. O direito dos minoritários, mesmo que resguardado por pacto parassocial, não pode prevalecer sobre direitos da própria companhia e de seus credores, os quais aprovaram o plano que veio instruído com o 'Laudo Econômico-Financeiro' de fls. 220/276, atendendo-se, sob a ótica dos credores, a exigência do art. 53, III, da Lei nº 11.101/2005. Por isso mesmo, afirmei na decisão de fl. 496, que as querelas intrassocietárias deverão ser dirimidas no palco judicial adequado e não nos lindes do processo de recuperação judicial que abrange objetivos que pairam acima daqueles titularizados pelos sócios minoritários, majoritários ou controladores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do STJ pode ser considerada paradigmática por analisar um conflito bem evidente na realidade societária brasileira. De um lado acionistas que entabularam um acordo com vistas a buscar uma melhor regulamentação de suas relações e do funcionamento da companhia. Do outro lado do conflito, os credores que possuem dois interesses: que a companhia tenha uma boa reação econômico-financeira e que vejam seus créditos adimplidos.

Vale dizer, o Tribunal da Cidadania trouxe uma segurança jurídica maior, uma vez que agora será possível prever e instrumentalizar de forma mais segura a recuperação judicial de modo a proteger acionistas minoritários que possam vir a ser prejudicados pelo controlador e seu descontrole financeiro.

O presente trabalho buscou apenas analisar os institutos e conflitos envolvidos na decisão do tribunal, por meio de um estudo de caso. A decisão foi acertada por parte dos ministros, tendo em vista que observou a legislação atinente ao caso e os interesses conflitantes das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em: 20 Out. 2015.

COSTA, Daniel Carnio. **Recuperação Judicial – procedimento**. Tomo Direito Comercial. Ed. 1. PU-CSP: São Paulo, julho de 2018.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Atualizador Edvaldo Brito – 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade**. 5. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação: 2019.

SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005** / João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli, Rodrigo Tellechea. --3. ed. rev., atual. e ampl. --São Paulo: Almedina, 2018.

TEIXEIRA, Larissa. **Acordo de quotistas. Direito societário: tipos societários** da FGVLaw

O CASO DA AQUISIÇÃO DA FOX PELA DISNEY

Renato Couto Mendonça¹

Tema: AS MEDIDAS DETERMINADAS PELO CADE NO PROCESSO DE AQUISIÇÃO DA FOX PELA DISNEY:

RESUMO

Em 2019, o grupo Disney comprou a Fox, no entanto, o CADE impôs a condição de desinvestimento do canal Fox Sports, sob o argumento de que a Disney já possuía os canais ESPN, o que levaria ao monopólio da programação esportiva. Posteriormente, verificou-se a desproporcionalidade da condição imposta, considerando que a Disney, apesar de todos os esforços, não conseguiu efetuar o desinvestimento do Fox Sports, por questões mercadológicas que fogem do seu controle. Assim, o CADE revisou o Acordo de Controle de Concentração anteriormente assinado, permitindo que o Fox Sports permaneça com a Disney, desde que seja garantida a diversidade de programação e o mesmo padrão de qualidade dos demais canais.

PALAVRAS-CHAVE: CADE; Disney; Fox; Aquisição; Desinvestimento; Monopólio; Concorrência; Concentração.

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho busca analisar a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na prevenção de atos de concentração econômica entre grandes empresas que tenham potencial de minar a livre concorrência.

Para tanto, selecionou-se o processo administrativo nº 08700.004494/2018-53, o qual tem por objeto o negócio jurídico destinado a vender os canais Fox ao grupo Disney. Inicialmente, o ato de concentração passou pela análise do CADE, que validou o contrato, mas condicionou sua eficácia ao desinvestimento do canal Fox Sports, por entender que restaria caracterizado o monopólio da programação esportiva pela Disney, tendo em vista que já possuía os canais ESPN com mesma programação.

Entretanto, é preciso verificar a proporcionalidade da condição imposta, ainda mais considerando que à época já existiam outros canais esportivos que

¹ Advogado, Sócio do Couto e Barros Advogados, Assessor Parlamentar da Presidência da Câmara dos Deputados, Pós-graduado em Direito do Consumidor, renato@coutobarros.com.br.

não eram de titularidade da Disney, ou seja, não haveria monopólio desse tipo de programação. Além disso, a exigência de desinvestimento do Fox Sports em meio a um cenário de instabilidade econômica, em razão da pandemia do COVID-19, também não pareceu razoável e de fato não foi possível cumpri-la.

Dessa forma, serão analisados a seguir os fundamentos da decisão do CADE, a relevância do caso escolhido e as alternativas adotadas, bem como os equívocos nas condições indevidamente impostas, que ao invés de garantirem a livre concorrência, acabaram por mitigá-la.

Espera-se, ao final, o incentivo à reflexão sobre os atos de controle efetivados pelo CADE, a fim de que em outros futuros casos, a atuação seja moderada e proporcional, atentando-se para a realidade do mercado.

SÍNTESE FÁTICA

No mês de fevereiro do ano de 2019, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aprovou a compra da Twenty-First Century Fox (Fox) pelo grupo The Walt Disney Company (Disney), mediante a assinatura do Acordo de Controle de Concentração (ACC) de nº 08700.004494/2018-53, de relatoria da Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova.

A aquisição foi condicionada, especialmente, à venda do canal Fox Sports destinado à transmissão, cobertura e jornalismo esportivo. Isso porque, a Disney já possui os canais ESPN com o mesmo objeto, o que poderia, em tese, acarretar a ausência de diversidade de programação esportiva disponível ao consumidor.

No entanto, o grupo Disney não conseguiu efetuar a venda do canal Fox Sports dentro do prazo, restrito às partes, estabelecido pela Entidade Administrativa, de modo que a citada Entidade decidiu revisar a operação, em novembro daquele mesmo ano.

Para tanto, o CADE, valendo-se do mecanismo de Revisão de Remédios em Atos de Concentração previsto no artigo 91, da Lei 12.529/2011, como também no próprio ACC (item 3.1 e 14.3), na sessão de julgamento do dia 13 de novembro do ano de 2019, decidiu revisar a operação de aquisição, sob a seguinte justificativa (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2020):

A revisão deste Ato de Concentração foi justificada, não pela existência de informações falsas ou enganosas, nem pelo descumprimento de obrigações assumidas, mas sim pelo fato de que os remédios definidos no ACC não possibilitaram alcançar os benefícios visados.

Desse modo, a revisão do ACC determinou à Disney: (i) manter na grade de programação de seus canais lineares básicos todos os eventos esportivos ora distribuídos no Brasil através de seus canais lineares básicos e da Fox Sports, por três anos ou até o término de seus respectivos contratos, o que ocorrer primeiro; (ii) manter o canal principal da Fox Sports, com o mesmo padrão de qualidade ora existente, incluindo a transmissão dos jogos da Copa Libertadores da América, até o dia 1º de janeiro de 2022. Após esta data, se compromete a: (iii) transmitir os eventos da Copa Libertadores da América em algum de seus canais afiliados, até o final do seu atual contrato com a Conmebol; e (iv) devolver antecipadamente a marca Fox Sports, caso opte por encerrar a transmissão deste canal, deixando-a livre para ser utilizada por qualquer outro grupo que se interesse, mediante arranjo comercial com seu proprietário.

JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVANCIA PARA ESCOLHA DO CASO

O caso ora analisado apresenta grande relevância social e jurídica dado o tamanho de seu impacto na sociedade brasileira composta de milhares de consumidores de conteúdo do meio esportivo.

Para se ter ideia da dimensão do negócio jurídico em análise, observe a seguir o percentual anual de audiência dos principais canais esportivos transmitidos no Brasil (ABBADÉ, 2018).

Grupo	2013	2014	2015	2016	2017
Globosat (SporTV)	70-80%	60-70%	60-70%	60-70%	50-60%
Disney (ESPN)	10-20%	10-20%	10-20%	10-20%	10-20%
Fox (Fox Sports)	10-20%	10-20%	10-20%	10-20%	10-20%
Band (Band Sports)	0-10%	0-10%	0-10%	0-10%	0-10%
Turner (Esporte Interativo)	;	;	;	0-10%	0-10%

Chama a atenção a amplitude da audiência concentrada nos canais ESPN e Fox Sports os quais são responsáveis por aproximadamente 40% (quarenta por cento) da audiência esportiva, o que reforça o caráter de relevância social da matéria em discussão.

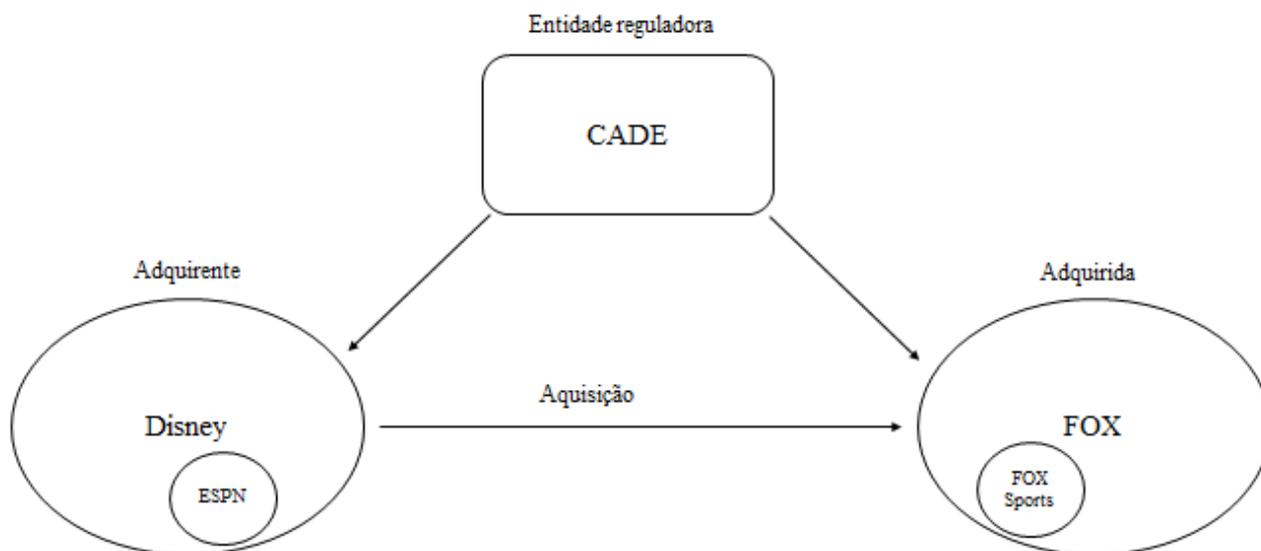
Também não se pode perder de vista a relevância no que toca ao direito societário e o controle estatal exercido sobre as relações privadas, o qual é necessário, porém, deve-se observar o preceito da intervenção mínima para não inviabilizar as operações societárias.

Prova disso é que os termos do ACC foram revisados pelo CADE após o insucesso das primeiras disposições que terminaram por impossibilitar o seu cumprimento.

DIAGRAMA DOS ATORES

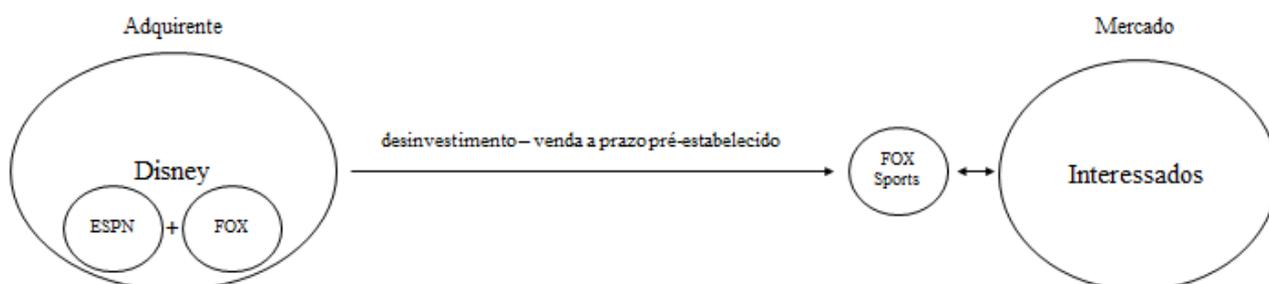
Como já exposto, o caso em estudo trata da aquisição da Fox pelo grupo Disney também detentor dos canais ESPN. E que, inicialmente, o negócio foi condicionado, especialmente, à venda do sub-canal Fos Sports.

Com isso em mente, veja adiante o diagrama dos principais atores envolvidos na questão objeto de análise.



A etapa seguinte à aquisição foi a imposição do CADE de desinvestimento do Fox Sports pela Disney, cuja venda deveria ocorrer dentro de um prazo pré-estabelecido e restrito somente às partes em razão de sigilo concorrencial.

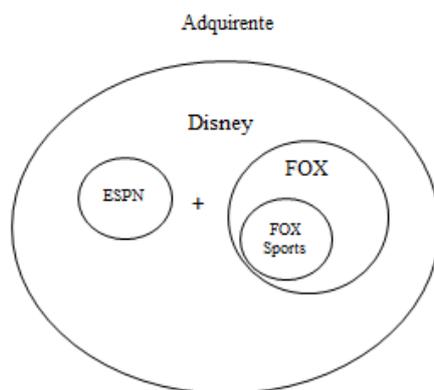
Dessa forma, o diagrama acima pode ser continuado da seguinte forma:



Por fim, tendo em vista o insucesso no desinvestimento determinado pelo CADE, houve a necessidade de revisar o ACC permitindo a permanência do Fox Sports no Grupo Disney desde que atendidas as condições de diversidade da programação esportiva disponível aos consumidores, quais sejam (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2020):

- (I) manter na grade de programação de seus canais lineares básicos todos os eventos esportivos ora distribuídos no Brasil através de seus canais lineares básicos e da Fox Sports, por três anos ou até o término de seus respectivos contratos, o que ocorrer primeiro;
- (II) manter o canal principal da Fox Sports, com o mesmo padrão de qualidade ora existente, incluindo a transmissão dos jogos da Copa Libertadores da América, até o dia 1º de janeiro de 2022.
- (III) Após esta data, se compromete a: transmitir os eventos da Copa Libertadores da América em algum de seus canais afiliados, até o final do seu atual contrato com a Conmebol; e
- (IV) devolver antecipadamente a marca Fox Sports, caso opte por encerrar a transmissão deste canal, deixando-a livre para ser utilizada por qualquer outro grupo que se interesse, mediante arranjo comercial com seu proprietário.

Assim, o diagrama final que representa a atual situação é o seguinte:



Resta assim indicadas as peças-chaves do caso apresentado.

PROPOSITURA DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O CASO

Verificou-se que o ACC originariamente firmado impôs obrigações hercúleas à empresa adquirente (Disney), nesse sentido confira o teor da sua Cláusula 3.1 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2020):

3. DO COMPROMISSO DE DESINVESTIR E COMPROMISSOS RELACIONADOS

3.1. A TWDC compromete-se a desinvestir o Negócio Desinvestido para o Comprador até o término do Período de Desinvestimento pelo Mandatário de Desinvestimento, nos termos de venda aprovados pelo CADE, a fim de desfazer a sobreposição horizontal resultante da Operação na produção e licenciamento de canais lineares básicos de esporte para TV por Assinatura no Brasil.

Ou seja, a adquirente Disney deveria vender o sub-canal Fox Sports no prazo estabelecido, o qual era de conhecimento restrito às partes por uma questão de sigilo concorrencial.

No entanto, a realidade mercadológica indicou a ausência de interessados na aquisição do Fox Sports, o que impossibilitou o cumprimento da obrigação inicial e acarretou a revisão do ACC pelo CADE.

A revisão é permitida nos termos do artigo 91, da Lei 12.529/2011, como também no próprio ACC em seu Item 14.3, in verbis:

Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

14.3. Caso o compromisso de Desinvestimento previsto na Cláusula 3.1 deste ACC não seja alcançado, poderá haver a revisão das condições de aprovação da Operação por parte do CADE, nos termos do art. 91 da Lei nº 12.529/2011, no que tange ao mercado objeto deste ACC, sem prejuízo das demais hipóteses previstas no mesmo dispositivo legal.

Assim, o CADE reconheceu a necessidade de revisar os termos do ACC, impondo, basicamente, a observância da diversidade da programação esportiva oferecida aos consumidores.

Mas, o que se coloca em discussão é a proporcionalidade e razoabilidade das imposições originárias feitas no ACC.

Ora, o mercado brasileiro possuía e ainda possui características peculiares e, conforme exposto no tópico denominado “JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVANCIA PARA ESCOLHA DO CASO”, era previsível que a oferta de canais esportivos se manteria diversificada, não havendo se falar em monopólio ou elevado domínio da oferta esportiva.

A título exemplificativo, o conglomerado Globosat seria o principal concorrente do grupo Disney, sendo, inclusive, superior em audiência atingindo o pico de 60% (sessenta por cento) à época que antecedeu a operação.

Por outro lado, os canais Band Sports e Esporte Interativo juntos atingiam o percentual máximo de 20% (vinte por cento) da audiência.

Veja o que o cenário da cobertura esportiva estava apto a receber a incorporação do canal Fox Sports pela Disney já detentora dos canais ESPN, sem se falar em monopólio.

O que se defende no presente trabalho é a atuação muito mais balizada-ra que controladora do CADE frente a negociação dessa estirpe, pois, conforme visto, as imposições iniciais não foram cumpridas justamente por serem manifestamente intervencionistas.

Cenário distinto seria se o CADE fixasse apenas balizas gerais sem intervir a ponto de determinar a venda de um sub-canal específico da empresa adquirida, o que se intitula como “desinvestimento”.

Considerando o cenário da distribuição dos canais esportivos no país é

até possível concluir que a postura do CADE feriu o preceito da livre concorrência estampado no artigo 170, IV, da Constituição Federal, pois agiu de maneira exagerada no domínio econômico a ponto de determinar a venda de um sub-canal em um contexto que não indicava monopólio da oferta esportiva.

Essa postura, chancela o Estado para atuar como elemento de inibição substancial das negociações privadas, gerando também outros problemas de natureza econômica, tal como o aumento do Risco-país e o afastamento do investimento estrangeiro.

Assim, a proposta lançada consiste na adoção de medidas efetivamente proporcionais e razoáveis (remédios comportamentais) sem impor à empresa adquirente um ônus de difícil cumprimento (remédios estruturais) como aconteceu no presente caso em que foi necessária a revisão do ACC.

Portanto, é possível atender ao disposto nos parágrafos 5º e 6º, do artigo 88, da Lei 12.529/2011 mediante alternativas menos invasivas, como posteriormente feito no ato de revisão do ACC do caso em análise, ocasião em que se possibilitou à Disney a adoção de medidas muito mais gerenciais do que simplesmente obrigá-la a vender o canal Fox Sports.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o CADE, a pretexto de garantir a livre concorrência, acabou impondo condições inviáveis ao ato de concentração realizado pela Disney em relação aos canais Fox, especialmente quanto à exigência de desinvestimento do Fox Sports, sob o suposto fundamento de ausência de diversidade de programação esportiva disponível aos consumidores.

Assim, verificou-se na prática a desproporcionalidade da condição imposta e até mesmo o excesso de intervenção estatal, eis que a realidade pandêmica à época inviabilizou o desinvestimento do Fox Sports. Além disso, existiam outros canais esportivos que não eram de titularidade da Disney, não havendo como sustentar eventual monopólio.

3 § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Certamente, o posterior reconhecimento pelo próprio CADE de sua atuação excessiva, indica que em futuros casos, provavelmente será adotada uma postura mais equilibrada e menos intervencionista.

De todo modo, a postura inicial do CADE acabou por, contraditoriamente, ferir o preceito que o Conselho busca garantir, qual seja a livre concorrência prevista no artigo 170, IV, da Constituição Federal, ao intervir de maneira exagerada no domínio econômico a ponto de determinar a venda de um sub-canal em um contexto que não indicava monopólio da oferta esportiva.

Portanto, a atuação que indica ser a mais correta seria a gradativa, isto é, que primeiro se determinasse a observância das condições impostas no ato de revisão do ACC e apenas com seu eventual descumprimento que fosse exigido o desinvestimento do Fox Sports, caso se verificasse na prática a ausência de diversidade da programação esportiva.

REFERÊNCIAS

ABBADE, João. Compra da Fox pela Disney enfrenta problemas para aprovação no Brasil. Jovem Nerd | Pazos, Ottoni & Cia. 2018. Disponível em: <https://jovemnerd.com.br/nerdbunker/fox-disney--problemas-cade/>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 Nov. 2021.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 15 Nov. 2021.

_____. Cade aprova com restrições compra da Fox pela Disney. Disponível em: <<http://en.cade.gov.br/cade/noticias/cade-aprova-com-restricoes-compra-da-fox-pela-isney>>. Acesso em: 15 Nov. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53. Brasília/DF. 2020. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP_dp4ilwwfOZXnRw-0Z95nwnScU5sC2hlz3At7HvyQIDlbtimh_OL3-iOaeKUHJ4sMmUcYmt9tBs35R9u-Xxk_qj>

O DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO DE PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA NO NOVO MERCADO

Priscila Arantes dos Santos¹

Tema: Desafio da implementação das práticas de governança corporativa ante sua complexidade perante as novas realidades societárias.

RESUMO

O instituto da Governança Corporativa surgiu com o objetivo de perenizar a companhia ante às necessidades de gestão de negócios e estratégias societárias. Contudo, sua implementação no novo mercado de capitais tem sido objeto de certos impasses à modernização das empresas. Isso porque, para que o seu objetivo final de perenidade da empresa seja alcançado e, principalmente a possibilidade de lucrar, esse sistema deve ser implantado em um formato mais simples. Desta feita, o que se observa atualmente é uma estrutura de Governança Corporativa demasiadamente complexa, bem como de elevado custo. Assim, a partir desse cenário, o presente artigo demonstra as impactantes influências da governança corporativa no novo mercado, bem como os desafios a serem transpostos com relação às novas realidades societárias.

PALAVRAS-CHAVE: Governança corporativa; Mercado de ações; Novo mercado; Complexidades.

INTRODUÇÃO:

Atualmente, em razão da força adquirida por esse sistema de gestão empresarial, que apresentou-se como uma possível solução para o conflito de agência e revelou-se como uma efetiva forma de proporcionar ao investidor maior segurança e transparência, tendo em vista a exigência deste por maior participação e fiscalização nos negócios da empresa, originou-se no mercado brasileiro de ações, o segmento especial de listagem chamado Novo Mercado, cujo intuito é elevar o padrão da Governança Corporativa das empresa.

Entretanto, ainda que o referido instituto tenha sido bem aceito e adotado pelo mundo corporativo como um modo de atrair investimentos, perpetuar sua capacidade de geração de valor a longo prazo, bem como sanar o

¹ Advogada, Bacharel em Direito, especializando em Direito Corporativo e Governança Empresarial, p.arantesantos@gmail.com.

conflito de agência, há determinados entraves que podem vir a engessar as atividades estratégicas desenvolvidas pela empresa, provocando efeito contrário ao desejado.

Desta feita, tendo em vista as particularidades da Governança Corporativa e esse novo segmento especial denominado Novo Mercado, enfrentarei através da ótica da simplicidade, no intuito de quebrar paradigmas, alguns obstáculos quanto à implementação da Governança Corporativa no Novo Mercado.

CONCEITO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

A criação e implementação de controles que tenham por finalidade proporcionar a definição clara de procedimentos para a perpetuidade e o aperfeiçoamento dos negócios e processos de uma empresa têm sido consideradas imprescindíveis, em vista da atual expansão e conseqüente descentralização das operações societárias.

Neste sentido, o fortalecimento de mecanismos internos e externos revela-se de extrema importância para a continuidade das organizações, cuja implementação possibilita a consolidação de uma gestão de alto nível de excelência, com esteio nos pilares angariados através da construção e formalização de uma estrutura sólida consecutiva dos métodos da governança corporativa, o que viabiliza a conseqüente ampliação e qualificação das estratégias de inovação de valor e robustecimento das empresas frente ao mercado.

Em que pese existir diversas definições acerca do instituto da Governança Corporativa, utilizarei no presente estudo, a ofertada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC).

É ver-se:

“Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade. (IBGC, 2021).”

Com efeito, a presente definição apresenta-se de um modo extensivo, razão pela qual infere-se a magnitude do tema proposto para as organizações empresariais, de modo que a governança corporativa elenca diversos mecanismos que facilitam e ampliam a realidade e o resultado naturalístico de uma gestão eficiente e imprescindível para o crescimento do grupo empresarial.

Sobre o tema, SILVEIRA assevera a importância da implementação deste mecanismo para as companhias, face à existência de três imbróglis que possuem elevado grau de complexidade que, muitas vezes, causam prejuízos ao

andamento dos negócios, sendo eles: (i) conflitos de interesses; (ii) limitações técnicas; (iii) vieses cognitivos. (2010)

Em continuidade, o referido autor assevera que quanto maior é o poder decisório de cada cargo, maior é a preocupação em satisfazer os próprios interesses e maximizar o crescimento pessoal. É dizer, portanto, que a extensão do conceito estabelecido pelo Instituto demonstra a importância do tema para as organizações empresariais.

Ainda de acordo com SILVEIRA, ao delimitar pormenorizadamente a definição de cada situação problemática apontada, compartilha do entendimento de que os conflitos de interesse podem ocorrer desde empresas com dispersão do controle acionário quanto em empresas com alta concentração acionária. (2010)

No que tange à limitação técnica, o referido autor leciona que tais características se concentram nas decisões originárias de um único gestor que, muito embora o cargo exercido, nem sempre colecionará o conhecimento necessário para os principais temas que definirão o futuro dos negócios da sociedade empresária.

A terceira problemática apresentada referente aos vieses cognitivos, ainda de acordo com o referido autor, podem ocorrer em razão de impactos originados pelas experiências e sentimentos inerentes à pessoa do gestor em razão das expectativas criadas relativas aos planos negociais, o que poderá levar o administrador a tomar decisões arrojadas em virtude da ausência de independência emocional em óbice aos projetos reproduzidos.

Já para ANDRADE e ROSSETTI, em decorrência da diversidade de conceitos e definições encontradas na literatura referentes à denominação da Governança Corporativa, é necessário realizar a divisão em quatro grupos para auxiliar quanto à compreensão do tema.

O primeiro trata a governança corporativa como guardião de direitos das partes interessadas e, os autores, sob esse ponto de vista, destacam a definição da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico:

“A governança corporativa é o sistema segundo o qual as corporações de negócio são dirigidas e controladas. A estrutura da governança corporativa especifica a distribuição dos direitos e responsabilidades entre os diferentes participantes da corporação, tais como o Conselho de Administração, os diretores executivos, os acionistas e outros interessados, além de definir as regras e procedimentos para a tomada de decisão em relação a questões corporativas. E oferece também bases através das quais os objetivos da empresa são estabelecidos, definindo os meios para se alcançarem tais objetivos e os instrumentos para se acompanhar o desempenho.” (ANDRADE E ROSSETTI, 2009, .139)

O segundo aspecto concebido pelos autores é concernente à vertente visionária da gestão corporativa como um sistema de relações pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas:

“Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade.” (IBGC, 2021)

Já o terceiro grupo de conceitos elencados pelos referidos escritores apresenta o instituto da governança corporativa como a estrutura de poder predefinida dentro das sociedades empresárias, vez que o referido instituto teve origem na segregação da propriedade e a gestão das empresas, cujo foco é a definição de uma estrutura de governo que maximize a relação entre o retorno dos acionistas e os benefícios auferidos pelos executivos, envolvendo, assim, a estratégia das corporações, as operações, a geração de valor e a destinação de resultados. (ANDRADE E ROSSETTI, 2009, p.139)

Finalmente, ANDRADE e ROSSETTI aduzem que a Gestão Corporativa ainda pode ser vista como um sistema normativo que rege as relações internas e externas de uma organização, refletindo os padrões da companhia, os quais, por sua vez, refletem os padrões de comportamento da sociedade. (2009, p.140)

Assim, com o mesmo entendimento firmado sobre o tema, a Comissão de Valores Mobiliários afirma que a governança corporativa é o conjunto das práticas que possui a finalidade de otimizar o desempenho da organização, protegendo a base interessada, especialmente os investidores, empregados e credores, para a primazia do capital, sendo a transparência um dos fatores das normas do sistema de estruturação da sociedade. (ANDRADE e ROSSETTI, 2009, p.140)

GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL

No Brasil, a discussão sobre Governança Corporativa teve origem no ano de 1990, impulsionada em razão das modificações ocorridas no cenário econômico do país e nos fenômenos globais responsáveis pelas discussões no âmbito da gestão empresarial.

Ao dissertar sobre os avanços e o início da governança corporativa, MENEZES elenca algumas das transformações que impulsionaram a qualificação a respeito do instituto, dentre elas a abertura do mercado de capitais, impulsionando o interesse de agentes estrangeiros no Brasil, cuja presença fomentou

as privatizações de empresas estatais, o movimento internacional de fusões e aquisições, bem como as ações e iniciativas do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) e do Banco Nacional do Desenvolvimento Social (BNDES) ". (2009, p.5)

Diante de tais fatores, pode-se observar que a governança corporativa está intrinsecamente relacionada à primordialidade da capitalização das sociedades empresárias, bem como à real necessidade transparecida quanto à proteção dos acionistas e investidores minoritários.

Em vista disso, a necessidade de remodelação e a posterior requalificação das bolsas de valores do país, com o intuito de trazer agilidade às negociações, a redução de custos, como também a possibilidade de garantir maior efetividade e segurança às operações, destacou-se como fator de suma importância para o avanço das técnicas de governança corporativa.

Como forma de aperfeiçoamento das práticas de gestão corporativa, ainda na década de 90, foi criado o Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração, atualmente conhecido por Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, órgão instituído que visava maior capacitação profissional e melhor gerenciamento das sociedades empresárias. (MENEZES, 2009, p.6)

Por conseguinte, a Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) criou o segmento especial denominado Novo Mercado, modelo no qual foi estabelecido um novo padrão de governança corporativa altamente diferenciado, avigorando-se no paradigma de governança e transparência exigidos pelos mais variados investidores com a aquiescência das novas aberturas de capital. (BMFBOVESPA, 2021)

Ademais, outro fator de extrema relevância para o aperfeiçoamento da segurança das operações e conseqüente proteção aos acionistas, contribuindo de igual forma para a consolidação da Comissão de Valores Imobiliários, foi a reforma da Lei das Sociedades Anônimas e a Lei do Mercado de Capitais.

Neste sentido, em razão do fortalecimento do referido órgão, a Comissão de Valores Imobiliários lançou a cartilha nomeada como "Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa", na qual visa estimular o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro por intermédio da divulgação de práticas de boa governança corporativa, utilizando orientações referentes às questões que podem influenciar significativamente a relação entre administradores, conselheiros, auditores independentes, acionistas controladores e acionistas minoritários. (CVM, 2021)

Ainda no ano de 2002, em acompanhamento às alterações e ao crescimento das práticas de governança corporativa, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), no intuito de capitalizar pequenas e médias empresas através da abertura de capital, sugeriu a adesão ao Programa de Incentivo à Adoção de Práticas de Governança Corporativa, com a finalidade de proporcionar melhores condições de financiamento aos clientes que aderissem às novas práticas. (CVM, 2021)

NÍVEIS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

Ao final do ano de 2000, a BM&F Bovespa criou os segmentos de listagem especial de negociações de ações denominado Novo Mercado e os Níveis de Governança Corporativa 1 e 2. Posteriormente, foi criado o Bovespa Mais, que estabelece por intermédio de adesão voluntária, níveis de transparência, prestação de informação e de equidade superiores aos patamares previstos na legislação.

Em 2002, a partir da primeira listagem, o Novo Mercado tornou-se o padrão de transparência e governança exigidos pelos investidores para a realização de novas aberturas de capital (BM&F BOVESPA, 2021). Seu objetivo consiste em direcionar a cultura empresarial aos padrões da Governança Corporativa, conferindo maior segurança aos investidores e melhor avaliação das companhias que optarem pela adesão.

Já o segmento de listagem denominado Bovespa Mais volta sua atenção para as pequenas e médias companhias que desejam acessar o mercado de capitais gradualmente. Dessa forma, seu objetivo é viabilizar um ingresso adequado no mercado, majorando a visibilidade da companhia para os investidores.

Não obstante a captação de recursos do segmento da Bovespa Mais seja menor, se comparada ao segmento do Novo Mercado, há possibilidade de se financiar o projeto de crescimento da companhia, tendo em vista que esta é colocada em evidência, atraindo investidores que visam potencial de crescimento acentuado no negócio. Segundo a própria BM&F Bovespa, nesta hipótese, “as ofertas de ações podem ser destinadas a poucos investidores e eles geralmente possuem perspectivas de retorno de médio e longo prazo”. (BM&F BOVESPA, 2021).

Por sua vez, as empresas que pretendem a listagem no segmento do Novo Mercado devem seguir algumas premissas, como as listadas abaixo:

- O capital deve ser composto exclusivamente por ações ordinárias com direito a voto;
- No caso de venda do controle, todos os acionistas têm direito a vender suas ações pelo mesmo preço (tag along de 100%);
- Em caso de deslistagem ou cancelamento do contrato com a BM&FBOVESPA, a empresa deverá fazer oferta pública para recomprar as ações de todos os acionistas no mínimo pelo valor econômico;
- O Conselho de Administração deve ser composto por no mínimo cinco membros, sendo 20% dos conselheiros independentes e o mandato máximo de dois anos;
- A companhia também se compromete a manter no mínimo 25% das ações em circulação (free float);

- Divulgação de dados financeiros mais completos, incluindo relatórios trimestrais com demonstração de fluxo de caixa e relatórios consolidados revisados por um auditor independente;
- A empresa deverá disponibilizar relatórios financeiros anuais em um padrão internacionalmente aceito;
- Necessidade de divulgar mensalmente as negociações com valores mobiliários da companhia pelos diretores, executivos e acionistas controladores. (BM&F BOVESPA, 2021).

Já o Nível de Governança Corporativa 2, podemos afirmar ser similar ao segmento do Novo Mercado. A incongruência básica reside no fato de que, naquele nível, as companhias listadas têm o condão de manter ações preferenciais. Porém, no caso de alienação do controle acionário da empresa, há o direito de tag along de 100% (cem por cento) do preço pago pelas ações ordinárias do acionista controlador, isto é, a todos os acionistas detentores de ações ordinárias e preferenciais é assegurado, indiscriminadamente, o mesmo tratamento concedido ao acionista controlador.

Ademais, em situações sensíveis, como na hipótese de aprovação de fusões e incorporações de uma empresa e contratos firmados entre o acionista controlador e a companhia, os acionistas preferenciais possuem o direito a voto sempre que estas decisões estiverem sujeitas à deliberação em assembleia de acionistas.

Assim, as principais práticas agrupadas no Nível de Governança Corporativa 2 são:

- Tag along: Em caso de venda do controle acionário, extensão da oferta de compra para todos os acionistas detentores de ações ordinárias e preferenciais;
- Direito de voto: Concessão de direito de voto aos detentores de ações preferenciais para matérias de alta relevância;
- Fechamento do capital: Oferta pública de aquisição das ações em circulação, de acordo com o valor econômico da companhia;
- Controle difuso: Nos casos de controle difuso, a Bovespa conduzirá o processo de oferta pública de aquisição de ações para a saída desse segmento;
- Conselho de Administração: Composto por no mínimo cinco membros, sendo que do total pelo menos 20% devem ser conselheiros independentes. Mandato de dois anos. (ROSSETTI, ANDRADE, MELO, 2003, p.42-46)

Finalmente, as companhias listadas no segmento de Governança Corporativa Nível 1 têm um compromisso rígido com as práticas que possibilitam a implementação da transparência e o acesso à informação pelos investidores. Dessa forma, as principais práticas agrupadas no Nível 1 são:

- Free-float: Manutenção em circulação de uma parcela mínima de ações, representando 25% do capital;
- Dispersão: Realização de ofertas públicas de colocação de ações por meio de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital;
- Informações adicionais: Melhoria nas informações prestadas trimestralmente, incluindo a exigência de consolidação e de demonstração de fluxo de caixa;
- Divulgação de operações envolvendo ativos de emissão da companhia por parte de acionistas controladores ou administradores da empresa; divulgação de informações sobre contratos com partes relacionadas;
- Partes beneficiárias: Proibição de emissão de partes beneficiárias e inexistência desses títulos em circulação;
- Subsídios para análise: Nos prospectos de oferta pública de ações, abrir informações sobre descrição dos negócios, processos produtivos e mercados, fatores de risco dos negócios da empresa, avaliação da administração e outros elementos que subsidiem o processo de precificação. (ROSSETTI e ANDRADE, 2012, p. 451-452)

NOVO MERCADO

Posteriormente à análise dos seguimentos de listagem especial da BM&F Bovespa, imperiosa pequena explanação acerca do mercado que o inspirou, o Neuer Markt. Assim, com a motivação advinda do modelo americano de combinar ideias de destaque com dinheiro rápido, alguns países da Europa lançaram modalidades de mercados de ações com a finalidade de financiar novos negócios e empresas de pequeno porte (THE ECONOMIST, 2021)

No início do ano de 1997, a Alemanha aderiu a referida tendência, inaugurando o Neuer Markt, conhecido como um novo segmento de negociação na Bolsa de Frankfurt, o qual foi criado por Deutsche Börse – administrador da bolsa, especialista em empresas de biotecnologia, microeletrônica, software, tecnologia.

Destaca-se que as exigências para a listagem nesse seguimento consistiam na liquidez mínima da empresa, bem como na transparência. Ademais, havia uma expressiva preocupação com relação ao relacionamento da Bolsa com os investidores, pois que uma das regras constituídas impedia que os investidores originais alienassem suas ações antes de completar seis meses de listagem.

(LANCHNER, 2021)

Entretanto, a respeito dos resultados gerados nos primeiros anos, o Neuer Markt esbarrou-se em fortes obstáculos. Não obstante a regulamentação mais amena se traduza em diminuição de custos para a companhia abrir seu capital, por outro lado há uma certa implicância e até mesmo uma maior desconfiança por parte dos investidores.

Assim, a partir de 2001, os problemas relacionados ao Neuer Markt ficaram cada vez mais em evidência. Além da desconfiança mencionada anteriormente, havia queixas quanto ao déficit na qualidade das informações fornecidas, como também certa divergência entre o poder de monitoramento praticado e o real. Em complemento à falta de transparência, algumas companhias encontravam-se distantes de atingir a maturidade necessária, estando despreparadas para o mercado de capitais. (PEIXE, 2021)

Com o viés de reconquistar a confiança dos investidores foram realizadas determinadas alterações nas regras impeditivas, vislumbrando, em grande parte, o fortalecimento da proteção desses investidores. Dessa forma, também foram implementadas medidas legais para viabilizar a responsabilização dos administradores, a transparência das decisões tomadas pelo conselho e pelos administradores. (PEIXE, 2021)

Desta feita, com a queda das bolsas de todo o mundo em 2002 e o aumento da competição entre os mercados, o administrador Deutsche Börse decidiu, no ano de 2003, fechar o Neuer Markt, como bem resumido por PEIXE (2021):

Quando o Neuer Markt foi criado era a esperança para os empreendedores, que precisavam financiar o crescimento de seus pequenos negócios. Cinco anos depois, este mercado também sofria os excessos da bolha da internet: os modelos de negócios frágeis, fraudes em larga escala dentre as empresas listadas, tudo isto seguido pelo colapso dos preços das ações e recriminações gerais.

Finalmente, no ano de 2000, inspirada na experiência alemã com o Neuer Markt, a BM&F Bovespa inovou ao instituir dentro de seu mercado de valores mobiliários um mercado diferenciado, destinado às companhias que se dispunham a efetivamente cumprir determinados regramentos em observância aos princípios de Governança Corporativa.

DESAFIOS À GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL

Um dos pontos mais estudados e aceitos como verossímeis acerca da governança corporativa diz respeito aos benefícios agregados às empresas que implementam as melhores práticas de governança corporativa. No Brasil, a adoção da referida prática tem sido visível, principalmente nos últimos anos em

razão da crescente adesão de empresas aos três níveis diferenciados.

Em que pese os crescentes avanços empresariais oriundos das técnicas aplicadas da gestão corporativa, bem como os eficientes resultados proporcionados aos grupos societários, até o presente momento ainda não vislumbrou-se uma migração massiva.

Em estudo realizado por PEIXE (2021), no qual teve por objetivo dissecar o plano de trabalho das empresas participantes no Nível 1 da Bovespa, a referida autora concluiu que as barreiras à adoção de melhores práticas de governança corporativa pelas sociedades empresárias podem ser atribuídas a diversos fatores, dentre eles: (i) complexidade (ii) burocracia, (iii) custos elevados, (iv) manutenção e, surpreendentemente, (v) a própria Governança Corporativa.

Desse modo, em relação aos desafios à implementação da gestão corporativa no Brasil, a empresa DELLOITE em parceria com o Instituto Brasileiro de Relações com Investidores, revelaram que a não adesão por parte das empresas consideradas de pequeno e médio porte foram irrogadas ao alto custo do processo de IPO como uma das justificativas que impede a abertura de capital. (2021, p.12)

Por sua vez, grande parte das empresas entrevistadas atribuíram como principais motivos a dificuldade de implantação de gestão corporativa à excessivas exigências regulatórias, complexidade e burocratização do processo, como também, principalmente o receio de que os benefícios não ultrapassem o custo de abertura de capital, razões pelas quais, apresentam-se similares ao estudo realizado por PEIXE. (2021)

Desta feita, a pesquisa realizada pela DELLOITE revelou o receio dos empresários quanto à adesão à gestão corporativa, especialmente quando se trata da real possibilidade de elevação das despesas para implementação e manutenção do programa. (2021, p.12)

Neste sentido, o estudo aponta duras críticas ao Novo Mercado Bovespa, visto pelos empresários, acionistas e investidores como um instrumento de burocratização e aumento real de gastos, o que pode superar até mesmo o lucro da valorização das ações.

A pesquisa citada constatou que, para a adesão ao mercado de capitais, ao segmento de listagem especial do Novo Mercado, é necessário que seja realizado um estímulo através de incentivos fiscais para a companhia e para os investidores, a redução no número de exigências para a listagem, o acesso às informações de mercado e auxílio financeiro para a cobertura de custos. (DELLOITE, 2021, p.11)

Por conseguinte, no contexto geral, em virtude dos resultados encontrados pelas companhias integrantes das listagens diferenciadas, pode-se aduzir que o mercado aprova a adoção das medidas de Governança Corporativa, aumentando a valorização das ações e, por consequência, sua liquidez.

Contudo, esses resultados contrastam com a baixa adesão e implementação da gestão corporativa das companhias do mercado tradicional aos segmentos diferenciados, no qual a resistência surge originariamente das empre-

sas tradicionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Governança Corporativa é um sistema que preza pela transparência e pela veracidade das informações transmitidas, visando a melhoria da imagem institucional no mercado, aumentando a confiança dos investidores e públicos em geral, gerando também, o aumento no valor da marca das empresas que seguem esse sistema.

Não obstante a Governança Corporativa trazer inúmeros benefícios, com alicerce em valores morais e éticos, tais quais a transparência, que visa demonstrar a real situação financeira, a agregação de valores na marca das companhias, a equidade e uma melhor gestão, é imprescindível a necessidade de se estabelecer um ponto de equilíbrio em consonância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de engessamento e burocratização com a implementação das regras internas da organização, o que poderá acarretar um ônus demasiado, bem como inviabilizar os negócios comerciais das entidades.

Entretanto, concernente à todas as grandes inovações pelas quais a Governança Corporativa foi responsável, em especial, após a criação do segmento do Novo Mercado da Bovespa, emerge o questionamento quanto à burocratização do instituto.

Ainda que tenha objetivos nobres, o excesso de complexidade e burocratização das atividades no Novo Mercado engessa as atividades empresárias. Desse modo, a adoção de valores empresariais baseados na ética e na boa-fé apenas conseguirá envolver os gestores, se for capaz de gerar lucros e não representar um obstáculo às atividades, especialmente as atividades estratégicas da companhia. Isto é, por mais meritório que seja a divulgação de resultados trienais, uma companhia não irá fazê-lo se isso, de determinada forma, afetar seus planos de longo prazo ou mesmo a obtenção de investimentos.

Nesse sentido, frisa-se que a atividade empresarial objetiva o lucro. O fundador da empresa, seus acionistas, os funcionários da própria empresa, todos têm interesse em que a atividade empresarial traga um retorno financeiro. Assim, para o fundador, há o interesse em ver a manutenção de seus negócios ao longo dos anos. Para o acionista, o interesse consiste no retorno financeiro do investimento feito. E, por fim, aos funcionários da companhia, a continuidade da atividade implica consequentemente na manutenção do contrato de trabalho e, assim, garante o sustento de suas respectivas famílias.

Portanto, todas as partes relacionadas, direta ou indiretamente, têm interesse em que o empreendimento de uma empresa dê lucro. A adoção de medidas que venham a coincidir com os valores morais de cada um certamente traz satisfação pessoal e profissional, porém será represada se representar um custo significativo que impeça a tomada de decisões estratégicas de uma companhia, bem como engesse sua atividade, tornando-a morosa com impacto direto

na geração de lucro.

Desta feita, ao adotar os preceitos de Governança Corporativa, o ordenamento jurídico deve se ater à preocupação de fazê-lo de um modo mais simplista, com a adoção de medidas que evitem a excessiva burocratização.

Assim, embora o direito, em um prazo curto de tempo, vem apresentando respostas ao novo instrumento de gestão, qual seja, a Governança Corporativa, sua lenta evolução é, por vezes, um entrave para o avanço das atividades empresariais. Portanto, a simplicidade e desburocratização são os objetivos a serem alcançados pelas normas jurídicas concernentes à estruturação das estratégias empresariais e das companhias.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BM&F BOVESPA. Bovespa Mais. Disponível em: < <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/bovespa-mais.aspx?Idioma=pt-br> > Acesso em: 20.nov.2021.

BM&F BOVESPA. Conceitos Fundamentais. Disponível em: < <http://www.bmfbovespa.com.br/Pdf/ConceitosFundamentais.pdf> >.

BM&F BOVESPA. Introdução ao Mercado de Capitais. São Paulo: [s.n.] 2010. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/a-bmfbovespa/download/merccap.pdf> Acesso em: 24.nov.2021.

BM&F BOVESPA. Linha do Tempo. Disponível em: < <http://ri.bmfbovespa.com.br/static/ptb/perfilhistorico.asp?idioma=ptb> >. Acesso em: 15.nov.2021.

BM&F BOVESPA. Novo Mercado. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/novo-mercado.aspx?idioma=pt-br> Acesso em: 20.nov.2021.

CVM – Comissão de Valores Mobiliários. Cartilha de Governança Corporativa. Rio de Janeiro: CMV. 2006. Online. Disponível em: < http://www.cvm.gov.br/decisoes/2002/20020529_R1/20020529_D07.html > Acesso em: 20.nov.2021.

DELLOITTE. Rumo à abertura de capital. Percepções das empresas emergentes sobre os entraves e benefícios. IBRI, 2013. Disponível em: < <http://www.deloitte.com/assets/DcomBrazil/Local%20Assets/Documents/Conte%C3%BAdos/Relat%C3%B3rioIBRI2013.pdf> > Acesso em: 20.nov.2021.

IBGC. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Publicacoes/Publicacao-IBGCCodigo-CodigodasMelhoresPraticasde-GC-5aEdicao.pdf> Acesso em: 24.nov.2021.

IBGC. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4. ed. São Paulo: IBGC, 2009.

Informe nº 166 BNDES “Dois novos programas estimulam o desenvolvimento do mercado de capitais.” Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/5828/1/Informe%20BNDES%2C%20n.%20166%2C%20dez.%202002-jan.%202003.pdf> > Acesso em: 20.nov.2021.

LANCHNER, David. IPO of the month: Germany’s MobilCom. Global Finance. Apr. 1997. Disponível em: < <http://www.highbeam.com/doc/1P3-11652185.html> > Acesso em: 19.nov.2021.

MELO, Pedro Bernardes de. A Governança Corporativa e a agregação de valor ao preço das ações das empresas do setor alimentos – carnes e derivados da Bovespa. 2005. 144 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

MENEZES, Larissa Noll. Auxílio da Governança Corporativa para Micro e Pequenas Empresas no Brasil. Porto Alegre: FADERGS, 2009. Disponível em: <http://biblioteca.fadergs.edu.br/TCC_Larissa_final_2009.pdf>. Acesso em: 20.nov.2021.

PEIXE, Franciane Cristina Darós. Novo Mercado: obstáculos e atrativos para as empresas do nível 1 de Governança Corporativa. 89 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-13122003-151755/>> Acesso em: 04.dez.2021.

ROSSETTI, José Paschoal. ANDRADE, Adriana. Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. São Paulo: Editora Atlas. 6. Ed. 2012. Acesso em: 20.nov.2021.

SILVEIRA, Alexandre Di Meceli. Governança Corporativa no Brasil e no Mundo Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2010.

THE ECONOMIST. Europe's growth industry. Mar 13th 1997. Disponível em: <http://www.economist.com/node/369403> Acesso em: 20.nov.2021.

**A CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DA VACÂNCIA TEMPORÁRIA E O SALÁRIO
SUBSTITUIÇÃO**

Jeniffer Sacakura¹

**Tema: O PAGAMENTO DE SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO PELO EMPREGADOR ANTE A VA-
CÂNCIA TEMPORÁRIA DO EMPREGADO**

RESUMO

No âmbito do Direito do Trabalho, o poder diretivo do empregador é a diretriz para que a empresa possa organizar a atividade laboral dos seus empregados. Neste contexto, serão abordados os tipos de vacância existentes e a consequência jurídica de cada uma conforme o disposto na Súmula 159, do Tribunal Superior do Trabalho, na qual disciplina sobre o pagamento do salário substituição. Será analisado, ainda, se esta verba é uma imposição jurídica a ser paga em decorrência da vacância do empregado ou se é apenas uma possibilidade ao empregador, a depender da maneira em que ele organiza a sua atividade. A partir destas reflexões, serão abordadas algumas alternativas que o ordenamento jurídico autoriza o empregador executar nos casos de vacância temporária do empregado.

PALAVRAS-CHAVE: Poder diretivo; Vacância Temporária; Salário Substituição; Lateralidade.

INTRODUÇÃO:

O poder diretivo do empregador, entendido este como a faculdade de ditar normas que dizem respeito à organização do trabalho, é fundamental para o bom andamento da empresa. Embora tenha limites para o exercício desse poder, esta prerrogativa é essencial, haja vista que direciona o procedimento de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a orientação cotidiana no que concerne à prestação de serviços.

Neste contexto, deve-se analisar as possibilidades que o empregador possui para organizar a sua atividade empresarial diante da ausência de um em-

¹ Advogada, Consultora de Diretoria, Direito.

pregado, sendo oportuno, neste caso, pontuar os tipos de vacâncias existentes, sendo elas definitiva, temporária eventual ou temporária não eventual.

É certo que a Súmula 159, do Tribunal Superior do Trabalho, disciplina que, sendo a vacância temporária e de caráter não eventual, o empregado substituído fará jus ao salário do substituído e, sendo a vacância definitiva, o empregado que ocupa a vaga não tem direito a salário igual ao do antecessor. Contudo, deve-se avaliar se a substituição e, conseqüentemente, o pagamento do salário-substituição é uma imposição legal ou se é uma das alternativas de organização do trabalho que pode ser aplicada pelo empregador no âmbito do seu poder diretivo.

Neste sentido, será analisado neste trabalho se o pagamento do salário-substituição assim como disposto na Súmula 159, TST, é uma obrigação imposta ao empregador ou se a substituição nos casos de vacância temporária é uma alternativa, a depender de como a empresa, no domínio do poder diretivo do seu dirigente, é organizada.

O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Antes de adentrar especificamente em outras questões pertinentes ao objeto deste trabalho, é importante entender de forma contextualizada um tema chave para toda a construção do raciocínio necessário para visualizar o problema das substituições temporárias e a necessidade de pagamento de salário substituição: o poder diretivo do empregador.

O poder diretivo, diretamente ligado à subordinação inerente à relação de trabalho, é tradicionalmente conceituado pela doutrina como a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrentes do contrato de trabalho, compreendendo não apenas a organização da atividade, mas também o controle e a disciplina no exercício da atividade laboral².

O fundamento jurídico positivo desse poder encontra-se no art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”³.

Amauri Mascaro Nascimento informa que, além do fundamento legal, há também bases teórico-doutrinárias para o poder diretivo⁴.

O primeiro deles seria a teoria da propriedade privada, consoante a qual o empregador manda porque é dono. Atualmente, essa teoria foi afastada pela evolução do pensamento justicialista.

Após, surge a teoria contratualista. O poder diretivo, aqui, encontra suporte na submissão do empregado, voluntariamente, pelo contrato de trabalho, às

2 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 193.

3 BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

4 NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 34. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 225.

determinações do empregador na condução da atividade laboral, como meio de produção da atividade empresária. Segundo Nascimento, é a teoria predominante.

A terceira corrente seria a da teoria institucionalista, que defende ter o empregador o direito de exercer organização e controle de todo o grupo institucionalizado, ao entender a empresa como instituição.

Isso foi uma breve explanação da conceituação jurídica do poder diretivo e uma certa evolução de seus fundamentos teóricos.

Já em relação à natureza do poder diretivo, ainda conforme Nascimento, a doutrina diverge entre aqueles que entendem se tratar direito potestativo e aqueles que entendem se tratar de “direito-função”⁵.

Para quem defende se tratar de direito potestativo, o poder diretivo seria uma faculdade do empregador de determinar o exercício da prestação de serviços sem qualquer oposição daqueles eventualmente afetados. Essa corrente, segundo Nascimento, não se justificaria pela grande amplitude de poderes conferidos ao empregador.

Para quem defende se tratar de “direito-função”, nome dado por Octavio Bueno Magano⁶, o poder diretivo se limitaria pela imposição da norma jurídica ao empregador, de modo que este passaria a ter obrigações para com os empregados.

Inclusive, essa última noção, a de limitação do poder diretivo do empregador pelas normas jurídicas, já vem sendo incorporada no entendimento mais moderno de nossos tribunais, a exemplo do julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 10152-77.2013.5.01.0009, julgado em 13/12/2017, de relatoria da Ministra Maria Costa da Rosa⁷, cujo trecho pertinente transcreve-se abaixo:

[...] O Tribunal de origem condenou os reclamados ao pagamento de indenização por danos morais às reclamantes porquanto foi demonstrada não só a restrição de uso de banheiro, mas a aplicação de sanções aos empregados que utilizassem a pausa pessoal sem autorização do superior hierárquico. Tal quadro fático é insuscetível de reexame nesta instância superior, nos termos da Súmula nº 126 do TST. A jurisprudência desta Corte é a de que a restrição ao uso de banheiros por parte do empregador, em detrimento da satisfação das necessidades fisiológicas do empregado, pode configurar lesão à sua integridade a ensejar a indenização por dano moral. Nesse sentido, os seguintes precedentes da SDI-1 desta Corte [...].

5 NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 34. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 226.

6 MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo: Saraiva, 1982.

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. ARR nº 10152-77.2013.5.01.0009. Agravante: Contel Mobitex S.A. Agravado Ana Kelly Silva de Oliveira e outros. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%2010152-77.2013.5.01.0009 &base=acordao&rowid=AAANGhA-AFAABAKQAAJ&dataPublicacao=19/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27poder%20diretivo%20do%20empregador%27%20and%20%27limita%E7%F5es%27>>. Acesso em 21 dez. 2017.

Superada a conceituação do poder diretivo, na legislação, doutrina e jurisprudência, importante se faz, ainda tecer alguns comentários, ainda que breves, sobre o desmembramento do poder diretivo como prelecionam os autores já referidos anteriormente, a exemplo de Sérgio Pinto Martins⁸.

O citado autor elenca três componentes do poder diretivo, quais sejam: poder de organização, poder de controle e poder disciplinar.

O poder de organização consiste no direito de o empregador determinar o objeto de sua atividade empresarial, sua estrutura societária, quantidade de funcionários, cargos funções e todos o que interessa à alocação dos fatores de produção⁹.

O poder de controle, por sua vez, é o direito de o empregador fiscalizar e controlar os aspectos da atividade laboral concernentes ao cumprimento do contrato de trabalho por parte do empregado, por meio de medidas como controle da jornada, vedação ao acesso de informações sigilosas da empresa, revista para evitar a subtração de bens da empresa e etc¹⁰.

Por fim, o poder disciplinar se dividiria em quatro teorias, quais sejam: negativista, civilista, penalista e administrativista¹¹.

A teoria negativista preleciona que o empregador não poderia punir o empregado, pois o direito de punir (*ius puniendi*) pertence apenas ao Estado de forma privativa. É criticada pelo fato de que o Estado não detém monopólio de todas as formas de poder, sendo certo que o poder disciplinar do empregador é inferior e não se confunde com o *ius puniendi* do Estado, exercido na persecução de crimes¹².

A teoria civilista, ou contratualista, estabelece que o poder disciplinar do empregador decorre da existência do contrato de trabalho, de modo que o exercício desse poder se equipararia às cláusulas penais dos contratos de natureza eminentemente civil. A crítica a essa teoria é pelo fato de que as cláusulas penais nos contratos civis visam indenizar algum dano, ou seja, recomposição patrimonial do lesado, ao passo que as sanções disciplinares visam a transgressão de qualquer obrigação do contrato de trabalho, não necessariamente dano patrimonial¹³.

A teoria penalista informa que as penas, tanto no Direito Penal quanto no Direito do Trabalho, teriam a mesma função, qual seja repreender a cometimento de um ilícito e assegurar a ordem. Essa teoria é criticada pelo fato de que as penas do Direito penal devem necessariamente estar previstas em lei e serem aplicadas independentemente da vontade do agente público incumbido de aplicá-las, ao passo que as sanções disciplinares não devem estar previstas em lei e poderem ser alvo de juízo de deliberação pelo empregador, a quem cumpre

8 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 193.

9 Ibid., p. 194.

10 Ibid., p. 194/195.

11 Ibid., p. 195.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 195.

13 Ibid.

aplicá-las¹⁴.

Por último, a teoria administrativista aduz que o poder disciplinar decorre da posição do empregador de administrador de sua empresa e, sendo a empresa uma instituição, equiparada a um ente público, poderia impor o empregador impor sanções disciplinares ao empregado como forma de assegurar a ordem na empresa¹⁵.

Pode-se, finalmente, para os fins deste estudo, conforme todos os entendimentos expostos, entender o poder diretivo do empregador como a capacidade deste de organizar, disciplinar e controlar os aspectos da atividade laboral do empregado, dentro dos limites da função social da empresa impostos pelo ordenamento jurídico, dado o caráter contratual pelo qual se estabelece a relação de trabalho.

TIPOS DE VACÂNCIA

A Constituição Federal, em seu art. 7º, XXX, traz uma importante diretriz sobre a vedação de discriminação salarial entre empregados. Esteado nesta ideia, a organização do corpo funcional em quadro de carreira, no âmbito salarial, é um relevante mecanismo antidiscriminatório haja vista que, se observada a sistemática de promoções alternadas por merecimento e antiguidade, mitiga o efeito jurídico da equiparação salarial¹⁶.

A existência do regular quadro de carreira, no entanto, não obsta a possibilidade da existência de outras controvérsias, mesmo diante da sua correta observância. Isto porque a proteção antidiscriminatória pode nortear o imbróglio existente na substituição de empregados no âmbito do estabelecimento empresarial¹⁷.

A doutrina divide as hipóteses de substituição em três situações, a depender do tipo de vacância do empregado. A primeira consiste na substituição definitiva. Esta é observada quando há a sucessão do cargo ou função, ou seja, quando um empregado ocupa um cargo vago diante do encerramento do contrato de trabalho do outro trabalhador ou da alteração da função deste¹⁸.

Parte da doutrina justrabalhista defende que as expressões “substituição permanente” e “substituição definitiva” não são adequadas para esta situação, tendo em vista que, se há a ocupação de um cargo vago, o que existe em si é uma sucessão, levando-se em conta que a substituição decorre de um pressuposto de contemporaneidade de pessoas na mesma empresa¹⁹.

Sobre esta reflexão, Maurício Godinho Delgado explicita uma situação prática que poderia conferir lógica à expressão “substituição permanente”. Seria o caso, segundo ele, do empregado que seja designado a substituir provisó-

14 Ibid., p. 196.

15 Ibid.

16 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2007. p. 798.

17 Ibid., p. 800.

18 Ibid., p. 802

19 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2007. p. 301.

riamente um cargo ou função ocupado por um obreiro que, após determinado tempo, é afastado de forma definitiva do aludido cargo/função, tornando-se definitiva a substituição iniciada como transitória²⁰.

A segunda situação diz respeito à substituição temporária de caráter eventual. Esta se caracteriza pelo tempo exíguo em que é concretizada, não havendo a possibilidade de culminar em uma consolidação contratual mínima para assegurar reflexos salariais diferenciados ao trabalhador²¹.

Não obstante não haja na jurisprudência um critério temporal claro para determinar se a substituição é eventual ou não, ainda esteado na obra doutrinária de Maurício Godinho Delgado, observa-se que este indicador tem se fixado na razão de 30 (trinta) dias. Isto porque o mês, ao perfazer a base temporal máximo para o cálculo do salário, consoante ao art. 459, da CLT, determinaria o parâmetro ideal para que uma substituição gere ou não implicações salariais²².

É certo que, a falta de fixação objetiva de prazo para caracterizar a eventualidade ou não de uma substituição, leva aos tribunais uma constante discussão sobre este conceito jurídico. De um lado, os empregados buscam a extensão do seu significado e, do outro, os empregadores pretendem a restrição do seu conceito.

Valendo-se de uma interpretação literal, o significado da palavra “eventual” no dicionário é: “dependente de acontecimento incerto; casual; fortuito; possível mas incerto²³”. Assim, a eventualidade estaria ligada a um acontecimento imprevisível e não planejado.

A doutrina majoritária justrabalhista também não indica o prazo para que a substituição seja considerada meramente eventual ou habitual, mas defende a aplicação do princípio da razoabilidade no caso concreto²⁴.

Para José Cairo Júnior, entretanto, a substituição meramente eventual é caracterizada por uma emergência, caso fortuito ou força maior. Seriam, portanto, situações em que não haveria previsão por parte do empregador²⁵.

Por fim, a substituição não eventual, também chamada de interina ou provisória, é aquela que compreende tempo determinado, contudo, por sua extensa duração, é suficiente para produzir efeitos salariais em benefício do trabalhador substituto²⁶.

Ocorre por evento previsível, de acontecimento aproximado e com periodicidade. A substituição em razão de férias é, nitidamente, não eventual, haja vista que é um acontecimento aproximado e com frequência entre os empregados²⁷. Sobre este tema, o TST incluiu, em virtude do cancelamento da OJ 96, SBDI-1, TST, no item I, da Súmula 159, TST, a expressão “inclusive nas férias”: “Enquanto

20 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2007. p. 802.

21 Ibid., p. 801.

22 Ibid., p. 801.

23 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário do Aurélio. 2016. Disponível em <<https://dicionario-doaurelio.com/eventual>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

24 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 348.

25 CAIRO JUNIOR, Jose. Curso de direito do trabalho. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 473.

26 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2007. p. 801.

27 CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. São Paulo: Método, 2014. p. 939.

perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído.”

A ideia de previsibilidade em relação às férias é bem explanada no julgado proferido pelo juiz José Roberto Freire Pimenta²⁸, com o seguinte teor:

“SALÁRIO - SUBSTITUIÇÃO - FÉRIAS - A substituição no período de férias não tem caráter meramente eventual: ao contrário, é acontecimento inteiramente previsível na ótica do empregador que, dentro dos limites legais do período concessivo, fixa a data de seu gozo segundo os seus próprios interesses (CLT, art. 136), sendo o fator determinante do exercício habitual, pelo substituto, das funções do substituído por período pré-determinado, razão pela qual é aplicável, em tais casos, o entendimento consagrado no En. nº 159/TST. Inteligência e aplicação do Precedente nº 96 da Colenda SDI/TST.

Outro exemplo de ocorrências habituais são a licença-prêmio e a licença-maternidade e no afastamento por doença prolongada, sendo aquele que ultrapassa 15 (quinze) dias, momento em que o empregado substituído passa a receber benefício previdenciário²⁹.

Compreender os tipos de vacância existentes leva-nos não só a um conceito jurídico, mas a importantes implicações no âmbito do Direito do Trabalho. É com base nos tipos de ausência existentes que foi editada a Súmula 159, TST, para determinar em qual caso há o pagamento do salário-substituição, tema que será abordado adiante.

ESTUDO DA SÚMULA 159, DO TST

Após analisar os tipos de vacância existentes, é mister estudar sobre o salário-substituição na sistemática da Súmula 159, do TST, bem como os precedentes que ensejaram a sua edição.

A substituição está disciplinada no art. 450, CLT, quando dispõe que “ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como volta ao cargo anterior”.

Percebe-se, neste ponto, que a substituição é uma faculdade do empregador que, ao seu interesse, no âmbito do poder diretivo que possui, pode alterar o trabalho do empregado de maneira transitória para que exerça as atribuições de outro trabalhador³⁰.

28 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. RO nº 8.065/00. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm?conversationId=2261051>>. Acesso em 23 jan. 2018.

29 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. p. 347.

30 Id., 2014, p. 347.

Neste contexto, para disciplinar o salário-substituição, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 159, na qual dispõe que:

SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACANCIA DO CARGO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 112 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído. (ex-Súmula nº 159 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor. (ex-OJ nº 112 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

Depreende-se do primeiro item da súmula que, no caso de substituição habitual, o empregado substituto terá direito ao salário contratual do substituído. Trata-se de um caso de salário condição para assegurar a antidiscriminação salarial, sendo que o empregado só percebe a remuneração do trabalhador substituído enquanto este permanecer ausente³¹.

É mister mencionar que a garantia constante na súmula supramencionada deve ser aplicada cumulativamente com o art. 450, da CLT. Desta forma, além da prerrogativa salarial, o obreiro substituto faz jus a todos os reflexos inerentes à substituição, bem como à contagem de tempo de serviço e ao retorno ao cargo efetivo³².

É, portanto, somente assegurada a isonomia salarial a favor dos empregados que desenvolvem substituições não casuais (habituais), sendo que não se aplica aos trabalhadores que substituem em situações meramente eventuais³³. Assim, o empregado que substitui circunstancialmente outro no horário de intervalo, não terá direito ao salário-substituição³⁴.

O direito ao mesmo salário decorre do exercício habitual da mesma função, haja vista que se presume o exercício das atividades pelo empregado substituto com a mesma produtividade e perfeição técnica. Ao contrário do que ocorre em substituições eventuais, especialmente se o trabalhador continua desempenhando as suas atribuições normais, sendo estas diversas e de menor complexidade em relação àquelas que pretende a isonomia salarial³⁵. Poderia, em tese, ser o caso de acúmulo de função e não de pagamento de salário-substituição.

O segundo item da súmula trata do caso da ocupação definitiva por um

31 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2014. p. 868.

32 Ibid., p. 869.

33 Ibid., p. 869.

34 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013. p. 347.

35 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O salário. São Paulo: LTR, 1968. p. 231.

empregado de um cargo preteritamente ocupado por outro trabalhador, em razão de este ter sido designado para outra função ou ter tido encerrado o seu contrato de trabalho.

Em verdade, como já visto, diz substituição definitiva, mas é o caso de sucessão. Por este motivo, a lógica de antidiscriminação amparada no art. 450, CLT e no item I da súmula 159, TST, não é aplicada no caso em questão. Isto porque, se se tratar de uma mera ocupação de cargo vago, sem que tenha havido substituição de fato, não há como conceber a ideia de discriminação salarial. Há, portanto, provimento de cargo vago a um novo ocupante, não exigindo que o empregador imponha o histórico salarial de um empregado a outro³⁶.

Levando-se em conta a importância da Súmula 159, do TST sobre o tema pertinente ao salário-substituição, é oportuno analisar os precedentes que ensejaram a edição deste diploma normativo, haja vista que leva o intérprete a entender a finalidade e as circunstâncias em que a súmula foi escrita, conduzindo-o à finalidade a que foi proposta.

O primeiro item da súmula foi inspirado em seis julgados. O primeiro deles, Embargos em Recurso de Revista, cujo número é 1979/1969, de relatoria do Ministro Celso Lanna, aponta que, assegurar o mesmo salário do empregado substituído ao substituto, observa-se o princípio constitucional da isonomia salarial. Consignou o Ministro Relator que, negar este direito com base em divergência qualitativa e quantitativa da função é contraditório, tendo em vista que, se o empregado foi escolhido pelo empregador para ocupar a função, é presumível que as circunstâncias laborais eram as mesmas³⁷.

Já o segundo precedente, Embargos em Recurso de Revista, número 42096/1991, de relatoria do Ministro Vantuil Abdala, leva-nos ao entendimento sobre a classificação das férias enquanto substituição eventual ou não-eventual. Como bem apontou o Ministro Relator, as férias estão previstas constitucionalmente, com periodicidade anual. Sendo assim, o afastamento de um empregado por motivo de férias não constitui uma ausência momentânea e imprevisível, chegando-se à conclusão que se trata de uma substituição não-eventual³⁸.

O terceiro julgado, Embargos em Recurso de Revista, número 70821/1993, de relatoria do Ministro José Luiz Vasconcellos, também traz o mesmo entendimento da decisão anteriormente exposta quanto às férias e revela que a “mera substituição” dá-se de forma inesperada e casual³⁹.

Os Embargos em Recurso de Revista números 114242/1994, 104815/1994 e 168444/1995, de relatorias dos Ministros Vantuil Abdala, sendo os dois últimos

36 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2014. p. 870.

37 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº ERR 1979/1969. Min. Celso Lanna. DJ 11.08.1970. Disponível em: <aplicacao5.tst.jus.br/consulta_unificada2/downloadAcordao.ser-vlet?anoProc=1969&numProc=1979&codFase=ERR>. Acesso em 26 jan. 2018.

38 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 42096/1991. Min. Vantuil Abdala. DJ 07.03.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=1888.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 26 jan. 2018.

39 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 70821/1993. Min. José Luiz Vasconcellos. DJ 25.04.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=1895.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 26 jan. 2018.

de Milton de Moura França, analisaram a pertinência do pagamento do salário-substituição no período das férias e chegaram a mesma conclusão apresentada no ERR 42096/1991, no sentido da habitualidade destas^{40, 41 42}.

O segundo item da Súmula 159, TST foi embasado em oito julgados. O primeiro deles é o Recurso de Revista número 2706/1987, de relatoria do Ministro José Ajuricaba da Costa e Silva. No caso analisado, o empregado passou a ocupar um cargo vago, não sendo hipótese de verdadeira substituição. Assim, decidiu a turma que, como o obreiro sucedeu outro que deixou de trabalhar na empresa, não há direito ao recebimento do mesmo valor salarial que era pago ao sucedido, já que inexistente disposição legal a respeito⁴³.

Na mesma linha, o segundo precedente, Recurso de Revista número 5361/1989, de relatoria do Ministro Afonso Celso, traz o entendimento de que a ocupação do cargo vago não se confunde com substituição, não gerando o direito do empregado em receber o mesmo salário do anterior. Destaca-se, nesta decisão, o seguinte trecho⁴⁴:

Não há direito ao salário do antecessor, quando o empregado preenche cargo vago, em definitivo. O preenchimento de cargo vago não se confunde com substituição, não dando, assim, ao empregado que o ocupa, o direito de perceber o mesmo salário auferido pelo anterior, mesmo porque, do contrário, estar-se-ia estipulando salários, campo restrito ao poder de comando do empregador.

Do julgado acima, extrai-se um importante posicionamento acerca do assunto, segundo o qual a inexistência do direito à percepção do mesmo salário decorre do poder diretivo do empregador ao estipular os salários dos seus empregados.

O Recurso de Revista 76147/1993, de relatoria do Ministro Almir Pazzianotto Pinto, por sua vez, traz uma significativa elucidação sobre a diferença entre cargo vago e substituição. Para o julgador, pressupõe-se em relação à substituição que a vacância do cargo pelo seu titular seja temporária. Assim, a substituição

40 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 114242/1994. Min. Vantuil Abdala. DJ 14.11.1996. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=1886.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 26 jan. 2018.

41 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 104815/1994. Min. Milton de Moura França. DJ 07.03.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=1894.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 26 jan. 2018.

42 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 168444/1995. Min. Milton de Moura França. DJ 25.04.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=1892.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 26 jan. 2018.

43 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 2706/1987. Min. José Ajuricaba Costa e Silva. DJ 24.06.1988. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=2006.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

44 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 5361/1989. Min. Afonso Celso. DJ 22.02.1991. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=2003.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 28 jan. 2018.

se daria do ocupante titular para o substituto eventual. Situação diferente ocorre com a sucessão, haja vista que não ocorre em relação ao cargo em si, mas sim à sua titularidade⁴⁵.

Os Embargos em Recurso de Revista número 141417/1994, de relatoria do Ministro Nelson Daiha, em complemento aos julgados anteriores, trazem uma notável consideração a respeito do tema. Para o ministro, a substituição pressupõe a simultaneidade dos empregados – substituto e substituído – no emprego e, ainda, que um esteja ocupando precariamente o cargo do outro. Ressalta-se o trecho da decisão que transcreve os ensinamentos do jurista Francisco Antônio de Oliveira para ilustrar o assunto⁴⁶:

Suponha-se empregado com 10 (dez) anos de empresa ‘substituindo’ outro que se aposentou por haver trabalhado trinta anos para a mesma empregadora; ou fora transferido para cargo superior, após trabalhar trinta anos para a empresa, como prêmio pelos bons serviços prestados. Primeiro, não se cuida de substituição, mas de vacância de cargo; segundo, conceder-se ao elemento, que vai ocupar o cargo vago, o mesmo salário, seria o mesmo que se lhe corrigir o salário de imediato, durante os 20 (vinte) anos, os quais sequer foram trabalhados para a empregadora. Estar-se-ia, por outro lado, determinando privilégio não previsto em lei, com reflexos nos custos operacionais, dificultando a possibilidade competitiva no mercado. Seria, ingerência no poder de comando do empregador que só poderia preencher o cargo pagando o mesmo salário.

Nota-se, da passagem acima que, a inexistência de previsão de isonomia salarial ao ocupante de cargo vago decorre até mesmo de uma ideia de igualdade consubstanciada a não exigir que o empregador remunere um empregado recém contratado com o mesmo valor que remunerava um trabalhador que lhe oferecia serviços há tempo. Trata-se de um pensamento que veda privilégios e que leva em conta os custos operacionais das empresas.

Os demais precedentes, Recurso de Revista número 11501/1990⁴⁷, Embargos em Recurso de Revista número 71183/1993⁴⁸, Recurso de Revista número

45 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 76147/1993. Min. Almir Pazzianotto. DJ 13.05.1994. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=2007.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 28 jan. 2018.

46 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 141417/1994. Min. Nelson Daiha. DJ 26.09.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?sl=1986.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 28 jan. 2018.

47 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 76147/1993. Min. José Francisco da Silva. DJ 08.11.1991. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-159>. Acesso em 28 jan. 2018.

48 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. ERR nº 71183/1993. Min. Leonaldo Silva. DJ

107538/1994⁴⁹ e Recurso de Revista número 152301/1994⁵⁰, trazem o mesmo entendimento das decisões acima apresentadas, no sentido de que não faz jus o pagamento da mesma quantia salarial ao empregado que ocupa cargo vago que, situação que, em algumas doutrinas, é denominada como substituição definitiva.

Diante do exposto, é possível concluir que a Súmula 159, do TST, foi editada com base em precedentes que trazem como premissa a escolha do empregador ao designar um empregado para substituir outro trabalhador ausente. A partir deste comando patronal surgiram as discussões quanto ao pagamento do salário-substituição nas férias e à isonomia salarial nos casos de sucessão do cargo. Sendo assim, constata-se que a súmula em questão não é exaustiva quanto à vacância, ou seja, ela disciplina apenas os casos em que o empregador resolve indicar um funcionário para substituir o cargo do outro. Ademais, o próprio art. 450, CLT traz expressamente o termo “ao empregado chamado a ocupar”, corroborando com a ideia de que a substituição representa uma escolha patronal.

SUBSTITUIÇÃO: UMA ALTERNATIVA OU UMA IMPOSIÇÃO?

Com base no que foi apresentado acima, inevitável é a seguinte reflexão: diante da ausência de um empregado, a substituição é a única alternativa disponível para o empregador? Necessariamente o empregador deve designar um trabalhador para ocupar o cargo temporariamente vago? Ora, se a resposta fosse absolutamente positiva, inevitável seria o pagamento do salário substituição nos moldes da Súmula 159, do TST.

Inicialmente, é oportuno mencionar que a temática constante neste capítulo não é abordada pela doutrina, tampouco analisada objetivamente pelos nossos tribunais. Assim, a análise que será exposta resultará em uma reflexão do que foi apresentado neste artigo, bem como em casos que corroboram com este estudo.

Esteado no que foi citado sobre a Súmula 159, do TST e nos seus precedentes, conclui-se que os casos que ensejaram a edição da referida norma estão amparados em uma substituição que foi determinada pelo empregador. As discussões que insurgem nos julgados são no sentido de que, consolidada uma substituição sob o comando do empregador, é necessário realizar o pagamento do salário-substituição no período de fruição de férias, licenças, intervalos e demais ausências?

22.08.1993. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1945.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 28 jan. 2018.

49 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 107538/1994. Min. Ursulino Santos. DJ 25.11.1994. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2004.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 28 jan. 2018.

50 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 152301/1994. Min. João Tezza. DJ 24.11.1995. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2005.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 28 jan. 2018.

Diante da ausência de um empregado, a substituição não se apresenta como única alternativa patronal para solução da vacância do trabalhador. A depender de como organiza as atividades de sua empresa, o patrão, no âmbito do poder diretivo que lhe é conferido, pode estruturar os serviços de tal maneira que, diante do afastamento de um empregado, não é imposto que designe outro trabalhador para ocupar o seu cargo.

Uma possível alternativa a ser aplicada pelos empregadores é o instituto chamado de lateralidade, na qual consiste em atribuir as atividades de um empregado ausente a outro que possui a mesma função. Para ilustrar este instrumento, tomemos como exemplo uma agência bancária que tenha no seu quadro de funcionários a seguinte hierarquia (em ordem crescente): escriturários, gerentes e gerente geral. Utilizando-se o instituto da lateralidade, caso ausente um gerente, por exemplo, os demais absorveriam o trabalho do empregado ausente, não havendo a necessidade de designar um escriturário para executar as atividades inerentes a esta função.

A legalidade da lateralidade está sendo discutida nos tribunais, sendo que o imbróglio existente é no sentido de confundir este instituto com a substituição, requerendo a aplicação cega da Súmula 159, do TST, e impondo o pagamento do salário-substituição. Cita-se como exemplo o caso do Banco da Amazônia S.A., cuja discussão sobre o tema está consubstanciada nos autos do processo número 0000119-54.2015.5.10.0802.

Neste caso, foi firmado na sentença de primeiro piso o entendimento de que a lateralidade não configurava alteração contratual lesiva, sendo inadequada a presunção de que o exercício das atividades por outro empregado ocupante da mesma função acarretaria em intensificação do trabalho, sobretudo se a assunção das atribuições ocorreu durante a jornada de trabalho. Ademais, restou consignado que a aplicação deste instituto decorre do poder diretivo do empregador, cabendo a este organizar a força de trabalho da forma que melhor atenda os interesses da empresa⁵¹. Vejamos:

[...] DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA

Rejeito.

A alteração implementada pelo Reclamado não se configura lesiva. A instituição da lateralidade não implica acúmulo ou desvio de função, eis que se dará entre comissionados de nível hierárquico igual ou superior, com o exercício de tarefas associadas ou similares ao cargo contratado.

Além disso, forçoso reconhecer que o exercício das obrigações assumidas dentro do horário de trabalho, todas relacionadas a o contexto em que se desenvolve as atividades do empregador não enseja em acúmulo extra e indevido, a ponto de assegurar um plus remuneratório.

51 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0000119-54.2015.5.10.0802. Juiz Francisco Rodrigues de Barros. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/visualizador/pa- ges/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=kanKaZlQHv0%3D&p_idpje=B5viclRid1k%3D&p_num=B5viclRid1k%3D&p_npag=x>. Acesso em 29 jan. 2018.

De modo que, à míngua de provas, não se pode presumir que a lateralidade ocasione, por si, uma intensificação do trabalho desenvolvido durante a jornada a ponto de desvirtuar substancialmente as condições originalmente pactuadas entre o Banco e seus empregados.

Imperioso ressaltar que ao empregador cabe o exercício do poder diretivo para utilizar a força de trabalho do empregado (meio) da melhor maneira que atenda aos interesses da empresa (fim).

Ressalto que o prazo limite para a lateralidade (45 dias), a meu sentir, afigura-se razoável, sendo certo que, após tal período, a ausência passa a ser suprida pelo sistema de substituição convencional do Banco. Por fim, descabe falar que a alteração implementada se configure burla ao pagamento de substituições, visto que estas só seriam devidas a empregados descomissionados ou de função inferior. (...)”

Apesar de a tese obreira ser fundamentada no sentido da aplicação da Súmula 159, do TST, requerendo o pagamento do salário-substituição, o caso também foi analisado em segunda instância e, convergindo com o entendimento do primeiro piso, fixou o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região⁵²:

“[...] CLÁUSULA DO REGULAMENTO EMPRESARIAL - POLÍTICA DE LATERALIDADE. LESIVIDADE. INEXISTÊNCIA.

Nos termos do parágrafo único do art. 456 da CLT, “à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.” Assim, impossível ter por lesiva ao grupo de empregados a cláusula instituidora da política de lateralidade, quando, em tese, a referida cláusula se molda ao preceito legal transcrito, inserindo-se nos limites do regular exercício do “jus variandi.” Sentença mantida. [...]”

Destaca-se que a lateralidade não é novidade. Trata-se de um instituto que sempre existiu e que é consequência até mesmo da substituição. Na mesma agência bancária tomada como exemplo, suponhamos que, na ausência de um gerente, o empregador nomeie um escriturário para substituí-lo. Ora, natu-

52 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário nº 0000119-54.2015.5.10.0802. Des. Ricardo Alencar Machado. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/visualizador/pages/conteudo.se-am?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=Gbh2puulims%3D&p_idpje=B5viciRidlk%3D&p_num=B5viciRidlk%3D&p_npag=x>. Acesso em 29 jan. 2018.

ralmente, as atividades desempenhadas pelo escriturário que foi designado a substituir o gerente ausente serão distribuídas entre os outros escriturários. A lateralidade, então, inova apenas ao “pulverizar” as atividades de um empregado ausente em cargos base para os de maior hierarquia.

Apresenta-se, portanto, como uma alternativa razoável para afastar a substituição. É certo que todo caso deve ser analisado levando-se em conta as suas peculiaridades, cabendo ao poder judiciário o controle de eventuais excessos. No caso apresentado do Banco da Amazônia S.A., ficou evidenciado que o empregado lateral, embora tivesse assumido as atividades do colega ausente, continuou trabalhando na mesma jornada de trabalho.

Ainda assim, o abuso no emprego da lateralidade, caso ocorra, apresenta-se como um problema que reclama o pagamento de horas extras, adicional por acúmulo de função ou desvio funcional, mas nunca como o pagamento de salário-substituição. Isto porque o instituto da lateralidade é dissociado da substituição, apresentando-se como uma forma de o empregador organizar a sua atividade diante da vacância de um cargo em sua empresa.

CONCLUSÃO

Com o advento da Lei 13.467/2017, popularmente chamada de “Reforma Trabalhista”, observa-se um grande prestígio ao diálogo entre empregador e empregados. Isto é evidenciado diante dos dispositivos que a nova Lei trouxe para privilegiar o negociado em detrimento do legislado e, também, no tocante à instituição de uma comissão de representantes dos empregados nas empresas, disciplinada nos arts. 510-A e seguintes, da CLT.

Sem exercer qualquer juízo de valor acerca desta nova sistemática, fato é que ela está vigente e que as relações de trabalho terão de se adaptar a ela. Neste contexto, imperiosa é a questão do poder diretivo do empregador. Desafiadora será a tarefa de dirigir a empresa, organizar os trabalhos, controlar e fiscalizar a atividade laboral, sem perder a sintonia para que o diálogo nas negociações entre patrão e empregado aconteça de forma proveitosa para ambas as partes.

Situações que demandam uma decisão administrativa patronal, como por exemplo, designar ou não um trabalhador para substituir outro que esteja ausente, decorre deste poder diretivo do empregador. Há inúmeros eventos que podem ensejar a vacância de um cargo na empresa, seja demissão, promoção, férias, licenças, etc.

Neste cenário, a Súmula 159, do TST, inspirada no art. 450, da CLT, regula a consequência salarial nos casos de substituição, seja ela habitual, meramente eventual ou definitiva, sendo esta última melhor conceituada como sucessão, já que se trata de ocupação de cargo vago. Em se tratando de substituição habitual, o empregado substituto faz jus ao salário do substituído. Todavia, quando se trata de substituição meramente eventual, não há o direito à observância desta isonomia salarial. Desta forma também ocorre nos casos de sucessão, haja vis-

ta que não há dispositivo legal que assegure ao ocupante o mesmo salário do obreiro que ocupava o cargo anteriormente.

Ainda assim, é importante frisar que a aplicação da súmula supramencionada deve ser realizada nos casos em que o empregador designa um empregado para substituir outro que esteja ausente, ou seja, ele opta pela substituição. Esta prerrogativa patronal é nítida da análise dos precedentes que ensejaram a edição da súmula. Em todos os julgados, a substituição existe e, a controvérsia dos casos paira sobre o pagamento ou não do salário-substituição a depender do tipo de vacância.

Este marco revelado nos precedentes é esclarecedor para que haja a posição correta da súmula no caso concreto. Neste ponto, vale mencionar o posicionamento de Dworkin sobre a aplicação de uma norma no sentido de que não é só porque foi editada pela autoridade competente que deve o julgador utilizá-la de qualquer maneira. Este, por sua vez, deve interpretá-la com base na sistemática conjugada de princípios, costumes e, nesta hipótese, nos precedentes da súmula.

Deste modo, se o empregador não optou pela substituição diante da ausência de um empregado, a Súmula 159, do TST, não se mostra adequada para a circunstância em análise. Uma das possibilidades aptas a remediar a substituição é a instituição da lateralidade. No âmbito do poder diretivo, pode o empregador designar as atividades de um trabalhador ausente a outro(s) que se encontre(m) no mesmo cargo ou função.

A simples opção pela lateralidade, por sua vez, não deve presumir uma burla às normas de direito do trabalho nem excessiva sobrecarga de serviço aos demais empregados. Deve-se ponderar que é de interesse patronal que a empresa se desenvolva com qualidade para que obtenha bons resultados. Daí porque a presunção de que, ao fixar a lateralidade, estar-se-ia simplesmente sobrecarregando um funcionário para reduzir gastos, deve ser vista com cautela. É claro que todo caso deve ser analisado de forma individualizada respeitando as suas peculiaridades e, cabe ao poder judiciário, regular eventuais excessos decorrentes da utilização deste instituto.

De qualquer maneira, possíveis excessos em relação à definição da lateralidade, reclamaria condenações impostas pela justiça do trabalho no tocante ao pagamento de horas extras, adicional de acúmulo de função ou desvio de função, mas não deveria se confundir com o pagamento do salário-substituição.

Demonstra-se, desta forma, que a substituição é apenas uma alternativa do empregador diante da ausência de um empregado, sendo possível utilizar de outros institutos, a exemplo da lateralidade, para organizar a sua atividade empresarial neste tipo de evento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Reclamação Trabalhista nº 0000119-54.2015.5.10.0802. Juiz Francisco Rodrigues de Barros. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=kankazIQHv0%3D&p_idpje=B5viciRidlk%3D&p_num=B5viciRidlk%3D&p_npag=x>. Acesso em 29 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário nº 0000119-54.2015.5.10.0802. Des. Ricardo Alencar Machado. Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=GbH2puuliMs%3D&p_idpje=B5viciRidlk%3D&p_num=B5viciRidlk%3D&p_npag=x>. Acesso em 29 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário. RO nº 8.065/00. Disponível em: <<http://asl.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm?conversationId=2261051>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. ARR nº 10152-77.2013.5.01.0009. Agravante: Contel Mobitex S.A. Agravado Ana Kelly Silva de Oliveira e outros. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%2010152-77.2013.5.01.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABAKQAAJ&dataPublicacao=19/12/2017&localPublicacao=DEJT&query=%27poder%20diretivo%20do%20empregador%27%20and%20%27limita%E7%-F5es%27%3E3>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº ERR 1979/1969. Min. Celso Lanna. DJ 11.08.1970. Disponível em: <aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/downloadAcordao.servlet?anoProc=1969&numProc=1979&codFase=ERR>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 42096/1991. Min. Vantuil Abdala. DJ 07.03.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1888.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 70821/1993. Min. José Luiz Vasconcellos. DJ 25.04.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1895.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 114242/1994. Min. Vantuil Abdala. DJ 14.11.1996. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1886.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 104815/1994. Min. Milton de Moura França. DJ 07.03.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1894.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 168444/1995. Min. Milton de Moura França. DJ 25.04.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1892.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista. ERR nº 141417/1994. Min. Nelson Daiha. DJ 26.09.1997. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1986.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. ERR nº 71183/1993. Min. Leonaldo Silva. DJ 22.08.1993. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1945.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 2706/1987. Min. José Ajuricaba Costa e Silva. DJ 24.06.1988. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2006.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 5361/1989. Min. Afonso Celso. DJ 22.02.1991. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2003.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 76147/1993. Min. Almir Pazzianotto. DJ 13.05.1994. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2007.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 76147/1993. Min. José Francisco da Silva. DJ 08.11.1991. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-159>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 107538/1994. Min. Ursulino Santos. DJ 25.11.1994. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2004.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. RR nº 152301/1994. Min. João Tezza. DJ 24.11.1995. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=2005.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>.

CAIRO JUNIOR, Jose. Curso de direito do trabalho. Salvador: JusPodivm, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. São Paulo: Método, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário do Aurélio. 2016. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/eventual>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

HART, H.L.A. O conceito de direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MAGANO, Octavio Bueno. Do poder diretivo na empresa. São Paulo: Saraiva, 1982.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O salário. São Paulo: LTR, 1968.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 34. ed. São Paulo: LTR, 2009.

A POTENCIAL INCONSTITUCIONALIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Fabiano Coelho Vieira Junior

Tema: Inconstitucionalidade do instituto da recuperação em função da análise econômica da Escola Austríaca.

RESUMO

Este trabalho busca estudar a constitucionalidade dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial perante os fundamentos da ordem econômica brasileira. Em especial, verifica-se que a única defesa do instituto é o argumento de que, de acordo com análise da Escola de Chicago, favoreceria a concorrência. No entanto, se forem adotados os critérios da Escola Austríaca, o instituto não tem amparo constitucional. Assim, a constitucionalidade do instituto depende tão somente de qual escola de pensamento influencia a jurisprudência, de forma que, havendo mudança de paradigma, a qualquer momento pode o mesmo ser declarado inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade; Recuperação Judicial; Ordem Econômica; Concorrência; Escola Austríaca.

INTRODUÇÃO:

Neste trabalho, estuda-se a constitucionalidade da Recuperação Judicial e Extrajudicial diante dos valores protegidos no art. 170 da Constituição Federal. Primeiramente, define-se o que é a Recuperação, para então se expor efeitos deletérios observados em estudos empíricos. Passa-se, dessa forma, a analisar a finalidade legal declarada do instituto, e verificar interpretações constitucionais sobre a mesma. Estuda-se, então, o relacionamento entre a eficiência econômica e a ordem econômica constitucional. Então, investiga-se em específico o fundamento da Recuperação no valor da concorrência, para depois oferecer crítica a essa análise. Conclui-se, por fim, pela inconstitucionalidade do instituto analisado.

¹ Advogado, pós-graduado, candidato ao LLM em Direito Dos Negócios E Governança Corporativa, advfabianovieira@gmail.com.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Doravante referidos genericamente como Recuperação, a recuperação judicial e extrajudicial (com exceção da meramente homologatória) são mecanismos que negam aos credores o direito de ação no que tange à possibilidade de executarem créditos contra empresário por determinado período de tempo (stay period). Depois, negam a individualidade dos credores, arrebanhando-os em grupos sob o fundamento de semelhança da origem dos créditos, derivada de recorte legal arbitrário. Dentro desses grupos, os credores votam, sob regras e quóruns impostos pelo legislador, plano de recuperação, o qual concederá benefícios a empresário em estado de pré-insolvência, se o resultado da votação não for a opção pela falência da devedora. O plano derivado dessa votação irá vincular a todos os credores. A conformação daqueles vinculados é garantida por meio de ameaça de violência Estatal.

EFEITOS DELETÉRIOS VERIFICADOS

Estatísticas brasileiras apontam que o instituto da Recuperação Judicial tem por resultado principal a criação de empresas zumbi, que perpetuamente se mantém em situação de recuperação.

Em primeira fase de estudo feito sobre a justiça de São Paulo, 12,9% das recuperações judiciais estudadas faliram (ABJ, 2016, p. 16), e, em segunda fase, 20,5% faliram em meio à recuperação judicial, 55,1% não tiveram encerramento dentro do período de 2 anos, e 24% encerram sem falência (ABJ, 2018, p. 46). Em estudo feito no Rio de Janeiro, 2,6% faliram em meio à recuperação judicial, 77,9% não tiveram encerramento dentro do período de 2 anos, e 19,5% encerraram sem falência (ABJ, 2021, p. 47).

Críticos da legislação norte-americana, apontaram para o fato que reforma de 1978, que veio a dar às empresas mais oportunidades de se recuperarem, fizeram que a porcentagem de pedidos liquidados caísse de 90% para 80%, sendo que o tempo médio entre pedido e liquidação dobrou. Concluem que empresas estavam se utilizando da recuperação para atrasar a liquidação, às custas de credores e acionistas (PIMENTA, 2021, p. 77).

De acordo com PIMENTA:

‘Custos de transação consistem naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual’ (2021, p. 50).

‘A eficiência do Direito está em minimizar [...] os custos de transação [...] de forma que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção’ (2021, p. 67).

A Recuperação, enquanto preserva a empresa específica, ainda que eventualmente beneficie os sujeitos mais diretamente relacionados a ela, irá acarretar maiores custos de transação para todas as demais empresas, e aos sujeitos a essas mais diretamente relacionados.

Assim, por exemplo, enquanto a empresa recuperanda usufrui de maiores prazos e desconto em créditos, além de serviços públicos prestados pelo Judiciário, todas as demais sofrerão com a atualizada desconfiança de seus próprios credores, traduzida em créditos mais caros, e pagarão mais impostos, os quais irão financiar aqueles serviços públicos que beneficiam a recuperanda. Consequentemente, contratarão menos funcionários, e seus produtos ou serviços serão mais caros aos consumidores.

Ademais, a própria suposição de que a Recuperação irá beneficiar os credores mais diretamente relacionados a ela, em relação à falência da sociedade, é improvável. Isso porque, ainda que credores prefiram rejeitar planos em que receberão menos que a falência, como o devedor deve consentir com o plano, e esse dificilmente concordará em conceder descontos, diferimentos e garantias que sejam preferíveis ao credor que aquilo que ele receberia na falência, a tendência é que as Recuperações deixem 'os credores em estado equivalente ao que se encontrariam, caso seja decretada a falência do devedor' (ARAKE; ALCOFORADO, p. 10-11, 2021).

Não é por outro motivo que se afirma que 'o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo' (COELHO, 2016, p. 356). A Recuperação, assim, permite que se gerem ineficiências e distorções por todo o mercado interno, de forma a privilegiar a empresa exercida pela sociedade em recuperação. Ou seja, sacrifica-se parcela da riqueza de todos, em benefício da empresa ineficiente e de empresário que errou.

De acordo com a análise econômica de BAIRD e RASMUSSEN, é falha a ideia de que patrimônio, ainda que especializado, tem maior valor organizado dentro da sociedade que o organizou do que em outro lugar (2002, p. 2). Somente existe "going-concern surplus" na medida em que é de maior valor para a sociedade brasileira que o patrimônio permaneça na sociedade em que estão (2002, p. 9). Os custos de transação definem limite de se manter patrimônio organizado numa mesma sociedade (2002, p. 5). Os custos de alternativas de organização do patrimônio dentro de uma empresa, em relação aos custos de transferência desse patrimônio para outros, impõem limite ao quanto é interessante manter patrimônio organizado dentro de sociedade, ou mesmo empresa (2002, p. 18).

Ainda de acordo com BAIRD e RASMUSSEN, somente patrimônio especializado teria algum potencial de justificar a sua manutenção na sociedade existente, por somente essa ter algum meio de alocá-lo (2002, p. 9). Em relação a bens materiais especializados, não haveria como os transferir para outro local, e seu propósito seria específico (2002, p. 16). No entanto, em hipótese de falhar a empresa, provavelmente esses não tinham valor nem mesmo para a sociedade, por representarem custo maior que seu benefício nas mãos daquela sociedade (2002, p. 18). Em relação a bens imateriais especializados, os mesmos só têm va-

lor na hipótese de serem de sociedades cujas empresas que se mantêm competitivas, o que não é o caso de sociedades em estado de pré-insolvência (2002, p. 14).

Em relação a recursos intangíveis não patrimoniais, como a organização do trabalho humano, esses não necessitam e são independentes de uma sociedade (BAIRD; RASMUSSEN, 2002, p. 21 e 23), podendo ser facilmente aproveitados por qualquer outro empresário que obtenha conhecimento sobre a sinestesia do grupo de trabalhadores (BAIRD; RASMUSSEN, 2002, p. 26).

Um dos requisitos da recuperação judicial é que controladores da sociedade não consigam fazer uma decisão coletiva coerente fora da recuperação judicial. Esse requisito só faz sentido se não é possível a cessão dos poderes de controle da sociedade a arranjo de pessoas que consiga fazer decisões coletivas coerentes (BAIRD; RASMUSSEN, 2002, p. 27). Do ponto de vista da sociedade brasileira, no entanto, a falência da sociedade fará com que poderes sobre o patrimônio sejam transferido a outros. Método alternativo fora das soluções do mercado talvez seja mais interessante para eventuais credores, mas não para a sociedade brasileira. Assim, existindo o instituto da falência, para os fins da sociedade brasileira, não há sentido em existir a recuperação judicial.

EFICIÊNCIA ECONÔMICA E A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

O instituto da Recuperação, como figura legal, sujeita-se à Constituição Federal, estando em consonância com seus princípios e regras, sob pena de ser declarado inconstitucional.

O direito econômico não pode se orientar tão somente à implementação da eficiência. Ele deve priorizar os fins eleitos na Constituição. No entanto, em regra, a eficiência econômica o melhor meio para a consecução da maior parte dos valores da ordem econômica brasileira, encontrados no art. 170 da Constituição Federal.

A propriedade privada e a livre iniciativa são os meios utilizados para se chegar à eficiência econômica. Afinal, 'os objetivos da maior parte das pessoas, ou mesmo praticamente de todas as pessoas, podem ser melhor alcançados, [...] quando o sistema de livre mercado não é obstruído por decretos governamentais' (MISES, 2010, p. 294).

Quanto à valorização do trabalho humano e a busca ao pleno emprego, verifica-se que o limite superior dos custos do empresário com o empregado é determinado pelo preço que o empresário 'espera obter na venda dos bens suplementares a serem fabricados ao empregar os trabalhadores em questão. O limite inferior é determinado pelas ofertas dos demais empresários, que também são guiados por considerações análogas' (MISES, 2010, p. 678 -679), dado que empregador que tente pagar salários inferiores não conseguirá recrutar pessoas que o permitiriam melhor utilizar seus demais fatores de produção (MISES, 2010, p. 683). Ademais, o fator que eleva os salários é o crescimento do capital investido na produção de bens e serviços, por empresários, superior ao cresci-

mento populacional, quando os empresários, ao adquirir os fatores de produção necessários à realização de seus projetos, competindo com os demais, provocam uma alta de salários (MISES, 2010, p. 698).

Assim, quanto maior a eficiência econômica, maior é o investimento em produção de bens e fornecimento de serviços, e maior é a demanda por trabalhadores, resultando em maior capacidade dos trabalhadores de negociar vantagens para si. Além disso, maior oferta quantitativa de empregos se dá em decorrência da organização econômica mais eficiente, quando seria necessária quantidade maior de trabalho para satisfazer desejos de consumidores, caso em que são contratados mais empregados.

Esclarece-se, também, que mesmo a erradicação de determinado setor de produção não atenta contra a valorização do trabalho humano, dado que sempre será possível a alocação de trabalhadores do setor erradicado para setores sob demanda (MISES, 2010, p. 171). A tendência permanente de trabalhadores de mudarem de ocupação, em busca de melhores condições, ademais, representa competição entre setores da economia por eles (MISES, 2010, p. 678), os valorizando, além de também representar a possibilidade de os mesmos servirem às emergentes necessidades dos consumidores.

O consumidor deve encontrar crescente oferta quantitativa e qualitativa de bens de consumo em ambiente de eficiência econômica maior, além de preços decrescentes. Não se deve esquecer, ademais, da relação entre a proteção ao consumidor com a valorização do trabalho, dado que os consumidores 'são, em sua maioria, as mesmas pessoas que, como assalariadas, contribuem para [...] a produção' (MISES, 2010, p. 675). Assim, 'a indústria supre as massas com novas mercadorias, até então desconhecidas, e torna acessível ao trabalhador médio satisfações com as quais, no passado, nenhum rei poderia sequer sonhar' (MISES, 2010, p. 691).

Assim, estaria assegurada a existência digna de maior quantidade de pessoas tão somente pela eficiência econômica do mercado.

VALORES NÃO SATISFEITOS PELA EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Em si mesma, a eficiência econômica tão somente não satisfaz, portanto, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte brasileiras.

As finalidades de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte brasileiras e de redução das desigualdades regionais merecem tratamento específico no presente trabalho. Os demais valores não satisfeitos em si pela eficiência econômica não tem relação aparente com o instituto da Recuperação, e por isso não serão considerados neste trabalho.

Não seria razoável buscar alegar que a Recuperação seria meio de reduzir as desigualdades regionais, ao se a permitir se dar em locais menos favorecidos. Se forem permitidas nesses locais, e não em outros, o investimento de potenciais

credores se afugentaria para locais em que a Recuperação é proibida, dado que o interesse desses é procurar por maiores garantias ao seu crédito. Assim, o custo do crédito dos credores que restarem seria maior às empresas da região. Dessa forma, a permissão seletiva da Recuperação em locais menos abastados iria trazer mais miséria aos mesmos, contra a finalidade constitucional em análise.

Em relação ao fim de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, são múltiplas as possíveis interpretações constitucionais, e este trabalho não pretende as analisar.

Entende-se que a Recuperação é instituto que representa direito positivo, garantido pelo Estado, em favor do devedor. Assim, interpretação no sentido de que são devidos direitos positivos em favor de pequenos empresários permitiria a existência do instituto. Interpretação no sentido de que somente seriam devidos direitos negativos negaria existência ao instituto.

Por exemplo, a previsão pode significar que é mais digna a situação do dono de pequena empresa do que a situação de trabalhadores, de forma que é interessante que a maior quantidade possível de pessoas integre a classe dos donos de pequenas empresas, através de direitos positivos promovidos pelo Estado, ainda que esses onerem a classe dos trabalhadores e de outros agentes econômicos.

Também pode significar que, por questões sociológicas, é mais digna a situação das pessoas que se relacionam com pequena empresa do que empresa de grande porte, inclusive trabalhadores, de forma que é mais interessante que a maior quantidade de pequenas empresas exista, mesmo que através de direitos positivos que eventualmente onerem, em um primeiro momento, a classe dos trabalhadores, consumidores e outros agentes econômicos.

Além disso, pode o fundamento se prestar meramente a garantir às pequenas empresas direitos negativos extras contra o Estado, não se onerando outras classes de agentes econômicos em favor dela.

Conclui-se que a Recuperação, quando em favor de microempresa ou empresa de pequeno porte, pode talvez ser considerada constitucional, por promover valor constitucional expresso, o qual não deixa de se tencionar com outros. No entanto, cabe eventual juízo contrário, que favoreça os demais valores perseguidos pela ordem econômica, ao invés de preferir a promoção de empresas de menor porte.

Pode-se afirmar, enfim, que a eficiência econômica, em regra, deve ser buscada, de forma a se satisfazer muitos dos princípios e fundamentos da ordem econômica brasileira, fins e fundamentos que devem se sobrepor sobre qualquer meio eleito em norma constitucional ou legal que não os dê eficácia máxima.

O FUNDAMENTO CONCORRENCIAL DA RECUPERAÇÃO

Se a finalidade da Recuperação é buscar a máxima eficiência do mercado interno nos parâmetros do art. 170, e se a Recuperação aumenta os custos de transação para todos os outros agentes de mercado, o que aumenta a barreira de entrada e gera ineficiência ao mercado interno, resta investigar o fundamento pelo qual a Recuperação justifica seus efeitos deletérios.

À primeira vista, a Recuperação fere a livre concorrência, dado que a mesma concede vantagem competitiva ao empresário em crise em relação aos demais (SIQUEIRA, 2018, p.449 - 450), o que aparentemente iria de encontro ao princípio da livre concorrência (SIQUEIRA, 2018, p.452).

No entanto, afirma FERREIRA e SANCHES que a Recuperação, na realidade, promove a concorrência:

'A Lei de Falência, ao permitir a preservação da empresa quando da realização do ativo, possibilitou que a atividade desenvolvida para a produção ou circulação de um tipo de bem ou um serviço específico fosse preservada, de forma a fomentar a concorrência entre os vários empresários do mesmo ramo' (2014, p. 12).

Em outros termos, a Recuperação seria legitimada, do ponto de vista concorrencial, por manter maior a quantidade de agentes econômicos concorrendo no mercado ao mesmo tempo. Ou seja, a justificativa última da Recuperação é não deixar ocorrer a concentração de mercado, ao não se permitir a falência de empresários. Se tal raciocínio for verdadeiro, então a Recuperação pode talvez ser constitucional, por derivar do art. 170, IV, da Constituição Federal.

O fundamento concorrencial exposto está em completa consonância com os critérios utilizados pelo CADE e pela doutrina majoritária. Esses critérios são inspirados na Escola de Chicago. De fato, essa doutrina critica severamente essa escola de pensamento econômico (FORGIONI, 2018, p. 174-186 e 198) (FRAZÃO, 2017, p. 33 e 86-96), mas meramente com o fim de dar às autoridades maior abertura para suas decisões, a serem pautadas também pelas finalidades constitucionais, o que se prova pelo fato de essa mesma doutrina não sugerir diversa escola que supere a criticada. Assim, essa, ainda que relativizada a cada caso concreto, continua a ser a grande inspiração da doutrina e das autoridades.

De acordo com o paradigma dessa escola, busca-se aproximar a realidade a um modelo de concorrência perfeito. Esse modelo de concorrência perfeito pressupõe uma série de condições perfeitas para o funcionamento do mercado, sendo uma dessas a existência de um número indefinido de concorrentes (RAMOS, 2015, p.112). Ou seja, quanto mais agentes econômicos no mesmo ramo de atividade, melhor.

Talvez fosse possível procurar criticar tal fundamento concorrencial por

meio da econometria, quando se procuraria calcular os custos e benefícios de se manter empresa presumivelmente ineficiente concorrendo com outras no mercado. Tal pesquisa, no entanto, iria fugir às capacidades deste autor.

Verifica-se, de qualquer forma, que as premissas do modelo da Escola de Chicago não são aceitas pela Escola Austríaca de economia. Se, ao invés de adotar-se a teoria descrita, o judiciário passar a entender que é a Escola Austríaca que melhor descreve a realidade econômica, a conclusão a que se chegará sobre a constitucionalidade do instituto da Recuperação será diversa.

Tal mudança de paradigma jurisprudencial pode se dar do dia para a noite, tudo dependendo tão somente do convencimento das autoridades competentes. Afinal, as normas jurídicas podem definir fins e meios para a consecução dos mesmos. No entanto, não podem impor descrição da realidade, e não podem escolher meios que sejam menos eficazes que outros meios para os fins definidos, sob pena de tais normas-meio serem desconsideradas pelas autoridades.

CRITICAS AO FUNDAMENTO CONCORRENCIAL DA RECUPERAÇÃO

A Escola Austríaca traz várias críticas à metodologia da Escola de Chicago (RAMOS, 2015, p. 123-125). Entre essas, explica que, sem obstáculos artificiais derivados da violência, em geral estatal, estando produto ou serviço angariando lucros mais elevados que demais setores da economia, novos empresários teriam incentivo para entrar no setor, até o momento em que a concorrência forçaria preços para baixo ou aumentaria a qualidade do produto ou serviço (RAMOS, 2015, p. 126).

Dessa forma, mercado concorrencial seria aquele em que nenhum participante em potencial se depara com barreiras à entrada externas ao mercado, ou seja, derivadas da interferência violenta, em geral estatal. Assim, haveria situação concorrencial quando nenhum participante usufrui de privilégios que o protegem contra a possível entrada de novos participantes (RAMOS, 2015, p. 127).

A definição correta de concorrência seria a de um processo dinâmico de rivalidade na qual os empreendedores competem entre si para descobrir, antes dos demais, oportunidades de lucro, para se aproveitarem dela antes que outros empreendedores o façam (RAMOS, 2015, p. 129).

Ademais, haveria um tamanho ótimo para qualquer empresa, além do qual os custos de produção e a ineficiência gerencial aumentam ao ponto de ela não estar mais nessa situação ótima. Ocorre que esse tamanho não é conhecido e não pode ser aferido objetivamente, estando em constante mutação em função de variados fatores. Assim, esse tamanho ótimo é descoberto apenas pelo processo concorrencial (RAMOS, 2015, p. 153).

Ou seja, mesmo a situação de monopólio pode ser desejada, dada sua eficiência e quando não forçada por meio de violência, por não ser incompatível com a concorrência. Inclusive, mesmo que empresa alcance a situação de monopólio, somente conseguiria manter tal posição sendo mais eficiente que seus

competidores potenciais (RAMOS, 2015, p. 133).

Além da competição potencial no mesmo setor, a empresa também teria que considerar os potenciais substitutos de seus produtos e serviços, dado que os desejos das pessoas podem ser satisfeitos por uma diversidade de produtos e serviços, e podem até mesmo optar por não satisfazer o desejo, quando sua demanda for elástica (RAMOS, 2015, p. 137). Ou seja, a empresa sempre teria que agir como se fosse uma empresa entre várias (RAMOS, 2015, p. 135), sob pena de deixar de ser.

De acordo com essa escola de pensamento econômico, a quantidade de competidores em determinado momento em determinado setor da economia não importa. Assim, o instituto da Recuperação não iria fomentar a livre concorrência ao aumentar a quantidade de competidores.

CONCLUSÃO

Em conclusão, aplicada a análise econômica da Escola Austríaca, não restam argumentos que tornem defensável a Recuperação Judicial ou Extrajudicial (exceto a meramente homologatória) perante o art. 170 da Constituição Federal, de forma que o instituto é inconstitucional por trazer ineficiência ao mercado interno. No entanto, no específico caso de a Recuperação ser utilizada em favor de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, talvez a mesma seja constitucional, se se considerar que o valor do tratamento favorecido a esses tipos de empresas é mais relevante que os valores que a Recuperação prejudica, o que não foi respondido nesta pesquisa.

REFERÊNCIAS

- Associação Brasileira de Jurimetria. **Recuperação Judicial nas Varas da Capital**. 2016. Disponível em: < https://abj.org.br/pdf/ABJ_resultados_observatorio_1a_fase.pdf>. Acesso em: 20 Out. 2021.
- Associação Brasileira de Jurimetria. **Observatório da insolvência**. 2018. Disponível em: < https://abjur.github.io/obsFase2/relatorio/obs_recuperacoes_abj.pdf>. Acesso em: 20 Out. 2021.
- Associação Brasileira de Jurimetria. **Observatório Da Insolvência Processos De Recuperação Judicial No Rio De Janeiro**. 2021. Disponível em: < https://abjur.github.io/obsRJRJ/relatorio/obs_rjrj_abj.pdf>. Acesso em: 20 Out. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 Out. 2021.
- BRASIL. **Lei 11.101, 2005**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 20 Out. 2021.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3**. 17 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; SANCHES, Renata Poloni. **A Preservação Da Empresa e a Livre Concorrência na Recuperação Judicial**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_0433_0459.pdf>. Acesso em: 20 Out. 2021.
- FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. 10ª ed. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência Pressupostos e perspectivas**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana Um Tratado de Economia**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<https://rothbardbrasil.com/wp-content/uploads/arquivos/acao-humana.pdf>>. Acesso em: 20 Out. 2021.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, economia e crise na empresa [livro eletrônico]**. 2. ed. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <<https://experteditora.com.br/direito-economia-e-crise-da-empresa/>>. Acesso em: 20 Out. 2021.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SIQUEIRA, Felipe de Poli de. **Recuperação Judicial e Concorrência**. Jornadas Luso-Brasileiras Do CIDP - RJLB, nº 6, p. 433 – 459, 2018. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_0433_0459.pdf>. Acesso em: 20 Out. 2021.

BAIRD, Douglas G.; RASMUSSEN, Robert K..U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 173; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 02-23.

A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Vitor Finholdt Lopes¹

Tema: A repercussão da reformulação dos dispositivos da Lei nº 8.429/1992 sob a ótica da configuração da responsabilidade do agente público no Brasil.

RESUMO

Este trabalho busca trazer uma análise das modificações provenientes da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, sob o espreque da configuração do ato ímprobo. Em face dos diversos apontamentos no sentido da flexibilização dos atos administrativos, ou até mesmo alegações de abrandamento das punições ao mal gestor, o presente relatório buscará trazer evidências dos avanços e correções dos dispositivos da Lei nº 8.429/1992, sob a ótica da segurança jurídica e correta caracterização da improbidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa; Segurança jurídica; Agente público; Enriquecimento ilícito; Ato doloso.

INTRODUÇÃO:

O presente relatório estuda a nova Lei de Improbidade Administrativa que em sua redação original dispunha “sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

Considerada guardiã dos atos administrativos, a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, é dividida em três tópicos centrais: Dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; Dos atos de causam prejuízo ao erário; Dos atos que atentam contra a administração pública.

Após a promulgação da Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021, muitos críticos levantaram hipóteses de flexibilização de sua redação original, outros defendem o afastamento de seu uso político e garantia de segurança jurídica para atuação dos gestores públicos. Tais questionamentos acerca da intenção da nova lei, vieram sobretudo em função da extinção da modalidade culposa do

¹ Advogado autárquico, vitorfinholdt@gmail.com.

ato de improbidade.

Fato é que em muitas ações propostas pelo Ministério Público, puniam-se gestores pela sua atecnia no manejo dos instrumentos públicos, quando aqueles não tinham a intenção de lesar o erário ou obter enriquecimento ilícito. Estuda-se, portanto, se as justificativas apresentadas pelos legisladores são capazes de conferir maior assertividade no reconhecimento da improbidade administrativa.

A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Caracteriza-se ato de improbidade administrativa aquele provocado pelo agente público que tem o condão de promover a lesão ao erário, o enriquecimento ilícito, ou atenta contra os princípios da administração pública. Em relação à Lei nº 8.429/1992, tem-se que quase todos os dispositivos foram alterados, restando apenas os arts. 15 e 19 em sua integralidade.

Como principal alteração destaca-se a extinção da modalidade culposa de improbidade. A configuração do ato ímprobo se faz mediante a comprovação do ato doloso, por aqueles que tiverem “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando a voluntariedade do agente”. (art. 1º, §2º).

A atuação técnica do órgão ministerial também ganhou relevância, haja vista que a atribuição de competência exclusiva para a propositura das ações veio acompanhada da obrigatoriedade de instrução da petição inicial com as provas ou indícios da ocorrência do ato ímprobo, sob pena de incorrer em litigância de má-fé.

Revela-se objeto de discussão ainda a modificação da dosimetria das penas. A lei 14.230/2021 revogou disposição que previa a pena mínima de 08 anos, majorando a pena máxima para 14 anos, tornando mais gravosa a sanção para o enriquecimento ilícito.

Alvo constante de críticas cumpre trazer a inserção da prescrição intercorrente, a substituição do rol de atos de improbidade de exemplificativo para taxativo, na descrição legal, e ainda a estipulação de prazos para reparo ao erário público, em contraste à tese de imprescritibilidade de ressarcimento do dano.

Instrumento importante previsto na nova lei (art. 17-B), já utilizado pela prática forense trata-se do acordo de não persecução cível, utilizado pelo Ministério Público já no âmbito da Lei nº 8429/1992, convencionalidade que passou a ser admitida pelo art. 36, §4º, da Lei 13.140/2015, como forma de resolução de conflitos e referendada na Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro (Recomendação nº 54 de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP).

Nesse sentido, prevalece a intenção do legislador em seguir conceito empregado pelo Código de Processo Civil (2015), bem como garantir que o ato ímprobo seja devidamente configurado, evitando-se ações temerárias com implicações gravosas como indisponibilidade de bens e suspensão de direitos

políticos de agentes públicos inábeis.

O art. 11, §5º da Lei traz que a mera indicação ou nomeação política não pode caracterizar improbidade, salvo quando se configure o caráter doloso e com finalidade ilícita por parte do infrator.

Destaca-se ainda a substituição da medida cautelar de sequestro de bens pela indisponibilidade dos bens. De acordo com redação do art. 16, pode, o Ministério Público, solicitar em caráter antecedente ou incidental, a indisponibilidade de bens dos réus na ação por improbidade administrativa.

Para que seja concedido, o pedido de indisponibilidade deve ser capaz de demonstrar o perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo, restando o magistrado convencido da plausibilidade das alegações após a oitiva do réu em 05 (cinco) dias, salvo quando imperiosa concessão inaudita altera pars, sob risco de perecimento do direito.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI Nº 14.230/2021

A justificativa exposta pelo legislador certamente coincide com as razões da presente pesquisa, mostrando-se extremamente relevante a compreensão de seu teor para se chegar ao objetivo da técnica legislativa, sempre em busca do aperfeiçoamento dos dispositivos inerentes à matéria, influenciando sobremaneira na justa e efetiva prestação jurisdicional.

Muitas preocupações de operadores do direito restaram evidenciadas em estudo do Conselho Nacional de Justiça acerca dos “Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade” (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>), e que podem ser sanadas com o avanço da aplicação da nova lei.

Após minuciosa análise do tema “improbidade administrativa” através de dados colhidos pelos tribunais de todo país realizou-se um raio-x das ações judiciais, efetividade da prestação jurisdicional, identificação do perfil dos agentes públicos infratores e reparação do dano ao erário.

Do ponto de vista procedimental identificou-se a diversidade na classificação das Ações de Improbidade Administrativa, muitas vezes intituladas como Ação de Reparação de Danos, Ações Cíveis Públicas ou Ações Cíveis Públicas por Ato de Improbidade Administrativa. Sobre tal ponto a Lei 14.230/2021 conceitua a ação de improbidade administrativa de forma a segregá-la da definição da ação civil pública, com previsão expressa em conversão entre elas (art. 17 §§ 16 e 17).

Outro ponto de destaque trata-se do efetivo ressarcimento dos cofres públicos. O estudo do CNJ identificou uma grave falha do sistema processual, quando raras foram as ações que ensejaram a correta reparação dos danos ocasionados, sobretudo em virtude da valorização da fase de conhecimento pelo Ministério Público em detrimento do procedimento executório.

Para se atenuar tais inconsistências pode-se lançar mão do acordo de não persecução cível, ainda que em fase recursal, conforme recente e inédito

precedente “É possível acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal” (**Aresp 1.314.581/SP de relatoria do Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 23/02/2021**) estipulando-se ressarcimento à altura do dano.

Sobre este tema, o legislador estabeleceu que é necessária a aprovação do órgão superior do Ministério Público com o fim de revisar os termos do acordo de não persecução cível. O texto da proposta versava: “O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil”

O legislador destaca em justificativa a readequação do então diploma legal à realidade da prática forense, sobretudo em razão da necessidade de real caracterização da conduta do agente público, vinculado ao tipo doloso. Optou-se por excluir o ato de improbidade praticado mediante culpa, uma vez que não raros são os casos de atos revestidos de atecnia, erro, omissão decorrente de uma negligência, imprudência ou imperícia.

Constata-se ainda a percepção de que muitos agentes públicos são punidos com base no art. 11 por atentar contra os princípios da administração pública quando da interpretação “razoável” de lei ou contratos nos moldes de correntes doutrinárias ou decisões do próprio poder judiciário, o que se revela prudente, impondo ao magistrado a aferição de critérios objetivos que justifiquem a fixação da pena (art. 17-C, VII).

A previsão de ressarcimento por dano extrapatrimonial também reflete o efeito deletério encontrado na identificação dos atos de improbidade, quando além do prejuízo aos cofres públicos experimenta-se fissuras em toda sociedade. Por este motivo, optou-se pela fixação de parâmetros mínimos e máximos nos moldes do processo penal, os quais devem ser quantificados pelo juiz de acordo com o caso concreto.

No que tange à prescrição punitiva, houve uma unificação para se evitar diversidade de interpretações quanto ao termo inicial de sua aferição, sendo estabelecido o prazo prescricional de 10 (dez) anos a contar do fato ímprobo.

A alteração legislativa, de acordo com justificativa apresentada teve o intuito de modernizar a lei anticorrupção, no sentido de adequá-la à jurisprudência das cortes superiores, bem como sanar inconsistências redacionais e interpretativas.

APLICAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO EM PROCESSOS EM CURSO

Seguindo a dinâmica constitucional, tem-se que a conceituação de ato de improbidade definida pela Lei nº 14.230/21, bem como suas respectivas sanções, em consonância com o art. 5º, caput, XL, da CF/88, serão aplicados aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência caso venha a beneficiar o réu.

No que diz respeito às ações em curso, será aplicada a disposição do art. 493 do Código de Processo Civil, razão pela qual o magistrado, antes de prolatar

a sentença, intimará as partes para se manifestarem nos moldes do art. 10 do CPC/15 e parágrafo único do art. 493 do diploma processual.

Ato seguinte, algumas situações podem ocorrer: o órgão ministerial se manifesta pelo desinteresse na continuidade da ação, haja vista que o ato objeto da improbidade deixou de se enquadrar nos moldes da nova legislação, faltando assim interesse processual. Neste caso o juiz irá proferir sentença de acordo com o art. 485, caput, VI do CPC, extinguindo o processo sem resolução do mérito.

No caso de adequação à nova lei, pode ainda o parquet limitar a figura típica, passando a enquadrar o ato, tido como ímprobo, à outra redação normativa adequada ao caso concreto, havendo, portanto, a extinção parcial do feito.

Há ainda, a possibilidade de substituição da nomenclatura e procedimento para a ação civil pública, de acordo com o art. 17, §16 da Lei 14.230/21, caso as sanções previstas em lei anterior não se adequem mais ao tipo configurado em lei atualizada.

Questão relevante trata-se da legitimidade para a propositura da ação, uma vez que de acordo com a lei nova apenas o Ministério Público detém tal prerrogativa. Em demandas propostas pela Fazenda Pública aplica-se a regra de transição prevista no art. 3º da Lei 14.230/2021, momento em que o órgão ministerial deverá se manifestar dentro do prazo de 01(um) ano contado da publicação da nova lei (25.10.2021), sobre a existência de interesse no prosseguimento do feito, ficando suspenso durante tal lapso. Em ausência de manifestação, será extinto sem resolução do mérito.

ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

A Lei 14.230/21 é resultado de diversas discussões advindas da comissão de juristas criada pelo então Presidente da Câmara, Rodrigo Maia, coordenada pelo ministro Mauro Campbell do Superior Tribunal de Justiça. Sem dúvidas a nova lei tem a intenção de conter abusos, levando à análise de órgãos de controle interno, antes de ajuizadas ações temerárias contra agentes públicos.

Neste sentido, o papel do Ministério Público se torna cada vez mais importante, na medida que exige maior proficiência na caracterização do ato ímprobo, sobretudo em função da exclusão do caráter culposo do fato.

Muitos especialistas viram com bons olhos tais mudanças, posto que a redação do art. 11 que trata da violação aos princípios da administração pública é muito aberto, dando margem a interpretações diversas.

Não se pode olvidar, contudo, da necessidade de modernização dos órgãos de controle interno, visando sobretudo a instrução do agente público no correto manejo da coisa pública. Os tribunais de contas também exercem papel integrante no combate aos atos ímprobos e na orientação dos gestores através de seminários e palestras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas críticas surgiram com a promulgação da nova Lei de Improbidade Administrativa. Impunidade, afrouxamento das penalidades, atentado às atividades investigativas.

Fato é que muitos gestores deixam de decidir por atos no exercício de seu mister, com receio de incorrer em ato de improbidade. Ações sem qualquer lastro probatório são propostas com espírito punitivo, pautadas apenas pelo discurso anticorrupção. A segurança jurídica é deixada em segundo plano, fruto de decisões abstratas amparadas em dispositivos abertos e imprecisos.

A mitigação da arbitrariedade sem dúvida é a maior conquista da Lei 14.230/21, exigindo que órgãos acusadores ajam com responsabilidade em caráter republicano, garantindo o amplo direito de defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Sem dúvida houve a modernização de diversos dispositivos, condicionando a caracterização do ato de improbidade ao real animus de provocar prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito. A aproximação ao regramento processualista também é uma conquista, privilegiando-se métodos consensuais de reparação dos prejuízos sofridos pela administração pública.

REFERÊNCIAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**: 34 Edição, Editora Forense, São Paulo, 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- BRASIL. **Código de Processo Civil, 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 29 de nov de 2021.
- BRASIL. **Lei de Improbidade Administrativa, 1992**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 29 de nov de 2021.
- BRASIL. **Lei de Improbidade Administrativa, 2021**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2019-2022/2021/Lei/L14230.htm. Acesso em 29 de nov de 2021.
- BRASIL. **Anotações sobre a lei de improbidade administrativa, 2021**. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/EspCadipImprobAdm20211026.pdf>. Acesso em 29 de nov de 2021.
- BRASIL. **Lei define novas regras para improbidade administrativa, 2021**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/26/lei-define-novas-regras-para-improbidade-administrativa>. Acesso em 28 de nov de 2021.
- BRASIL. **Principais mudanças na lei de improbidade administrativa, 2021**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/353941/veja-as-principais-mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 28 de nov de 2021.
- BRASIL. **Obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade, 2015**. Disponível em <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/320>. Acesso em 28 de nov de 2021.

A TRANSCENDÊNCIA NO RECURSO DE REVISTA

Juliana Xavier Ferraresi Cavalcante¹

Tema: A Transcendência no Recurso de Revista.

RESUMO

O presente trabalho analisa os critérios específicos do requisito da transcendência regulamentada pela Lei n. 13.467/2017, como forma de processamento do recurso de revista.

PALAVRAS-CHAVE: C Recurso de Revista; Transcendência; Reforma Trabalhista; Critérios Econômico, Político, Social e Jurídico.

INTRODUÇÃO:

No âmbito do processo do trabalho, o Recurso de Revista, espécie de recurso de natureza extraordinária, é o instrumento recursal de maior dificuldade técnica para a sua elaboração e para sua interposição.

O art. 896 da Consolidação das Leis Trabalhistas preceitua as hipóteses de cabimento do Recurso de Revista, conforme segue:

Art. 896 – Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

- a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;
- b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

¹ Advogada, pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil, aluna do LLM de Direito dos Negócios e Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

Ainda nos termos do referido artigo, é cabível Recurso de Revista nas decisões proferidas pelo Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, bem como nas ações submetidas ao procedimento sumaríssimo, conforme segue:

Art. 896 (...)

§2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

(...)

§9º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal.

Conforme consignado pelo Ministro Ives Gandra, o problema crucial que aflige atualmente as Cortes Superiores de Justiça brasileiras é o da quantidade desproporcional de processos que lhes são submetidos a julgamento² e, com intuito de aprimorar e selecionar os recursos analisados pelo Tribunal Superior do Trabalho, a Lei 13.467/17 trouxe mais um requisito a ser observado quando da interposição do Recurso de Revista: a transcendência.

Diferentemente dos outros requisitos, a apreciação da transcendência será realizada pelo Tribunal Superior do Trabalho, quando do segundo juízo de admissibilidade.

Somente após o recurso chegar ao TST, seja por ter sido admitido pelo Tribunal Regional, seja por interposição de Agravo de Instrumento, é que a transcendência será analisada pelo Relator, juntamente com todos os outros pressupostos recursais, num segundo juízo de admissibilidade.

Embora previsto no art. 896-A da CLT desde a sua inserção pela Medida Provisória n. 2.226/2001, que se tornou definitiva em decorrência da Emenda Constitucional n. 32 do mesmo ano, somente com a reforma trabalhista ocorrida

² FILHO, Ives Gandra da Silva Martins Filho. Critério de Transcendência no Recurso de Revista – Projeto de Lei n. 3.267/00. In Revista LTr. São Paulo. V. 65-08/914, ago.2001. p. 3.

em 2017, o instituto da transcendência foi devidamente regulamentado.

A Medida Provisória n. 2.226/2001, em seu art. 2º³, delegava ao Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho a regulamentação do processamento da transcendência. O Tribunal Pleno do referido Tribunal, entretanto, não explicitou essa regulamentação ao longo do tempo⁴, só vindo a fazê-la com a reforma trabalhista.

Até a Lei n. 13.467/2017, portanto, o princípio da transcendência não era aplicado e o exame da admissibilidade do recurso de revista restringia-se aos já conhecidos pressupostos do art. 896 da CLT.

De funcionamento equivalente à repercussão geral exigida pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários, a transcendência é um requisito específico do Recurso de Revista que, para ser conhecido, deverá contemplar reflexos de natureza econômica, política, social ou jurídica.

Significa dizer que a controvérsia objeto do recurso deverá transcender os limites do caso particular e repercutir na sociedade, nos termos do §1º do art. 896-A da CLT. Neste sentido⁵:

O requisito da transcendência equivale à demonstração de relevância do apela, ou seja, a demonstração de que o caso tem repercussão que transcende o litígio havido entre as partes, justificando o seu exame pelo TST. Desse modo, o exame do recurso de revista exige a conclusão prévia de que a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

Passado esse breve introito, discutir-se-á os critérios para o reconhecimento da transcendência nos recursos de revista.

CRITÉRIOS PARA O RECONHECIMENTO DA TRANSCENDÊNCIA

Para fixar os fatores que indicam a existência de transcendência no recurso de revista, de modo a tentar definir o alcance do que se deve entender por transcendência econômica, política, social ou jurídica, a Lei nº 13.467/17 acrescentou o § 1º no art. 896-A da CLT, com a seguinte redação:

3 O art. 2º da Medida Provisória n. 2.226, de 2001, que delegava ao TST a regulamentação, em seu regimento interno, da transcendência, foi revogado pelo art. 5º, III, da Lei n. 13.467/2017.

4 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

5 SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017. P. 484.

§1º São indicadores de transcendência, entre outros:
I - econômica, o elevado valor da causa;
II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;
III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;
IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

O dispositivo transcrito acima demonstra que o legislador optou por não oferecer conceito geral sobre o que se entende por transcendência, mas por enumerar, em um rol exemplificativo (expressão “entre outros”), as hipóteses em que o recurso de revista oferece transcendência econômica, política, social e jurídica.

TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA

O primeiro critério previsto na CLT e no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho é o econômico.

§1º São indicadores de transcendência, entre outros:
I - econômica, o elevado valor da causa;
(...)

Mesmo diante da definição do legislador sobre o indicador econômico, o “arbitramento” do elevado valor fica a cargo do(a) ministro(a) do TST.

Com a pretensão de definir o referido conceito de forma objetiva, a 7ª Turma do TST estabeleceu o seguinte critério para verificar a questão da transcendência econômica: no caso de o recurso ser de titularidade do empregado, e se o valor do pedido devolvido na revista for superior a 40 salários mínimos, haverá transcendência econômica.

Oportunamente, registra-se que esse valor de 40 salários mínimos é o exato valor objetivo fixado na lei trabalhista para delimitar o alcance do rito sumaríssimo (artigo 852-A da CLT).

Visando melhor elucidar a proposição descrita, segue exemplo de aplicação prática do critério em recurso interposto pelo empregado:

Em relação à transcendência econômica, esta Turma estabeleceu como referência, para o recurso do empregado, o valor fixado no artigo 852-A da CLT. No caso, o recorrente se insurge contra a decisão de improcedência total dos pedidos, aos quais foi atribuído o valor de R\$ 469.310,74. Deste modo, considera-se alcançado o patamar da transcendência.

(Ag-AIRR-924-05.2017.5.07.0031, 7ª Turma, relator ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 21/5/2021).

De outra parte, no caso de recurso de revista de titularidade do empregador, a mesma 7ª Turma do TST entende ser preciso analisar se o valor envolvido na condenação é igual ou superior aos valores fixados no artigo 496, §3º, do CPC, que são aqueles limites previstos no Caderno Processual Civil para fins de “re-messa necessária e/ou ex-officio”.

Neste sentido, os seguintes acórdãos:

Em relação à transcendência econômica, esta Turma estabeleceu como referência, para o recurso da empresa, os valores fixados no artigo 496, § 3º, do CPC, conforme seu âmbito de atuação. No caso, a condenação foi fixada no valor total de R\$ 443.056,41, e, assim, não foi alcançado o patamar da transcendência. A parte tampouco demonstrou ser cabível a adoção de valor superior ao fixado, mais consentâneo com a realidade da condenação, para se aferir tal pressuposto.

(AIRR-52500-84.2006.5.10.0016. Ministro Relator: Cláudio Brandão, julgado em 27/5/2020)

Por fim, na hipótese vertente, inviável reconhecer a transcendência econômica da causa. Isso porque, conforme o entendimento prevalente desta Turma, no caso de recurso de revista interposto pelo empregador, a causa oferecerá transcendência econômica se o valor total dos temas devolvidos no recurso de revista ultrapassar 1000 (mil) salários mínimos, 500 (quinhentos) salários mínimos e 100 (cem) salários mínimos, para empresas de âmbito nacional, estadual ou municipal, respectivamente. No caso dos empregadores doméstico, individual ou microempreendedor, ter-se-á como parâmetro o valor de 40 salários mínimos, previsto no art. 852-A da CLT (procedimento sumaríssimo), salvo exceções pontuais. No caso concreto, o valor do tema devolvido no recurso de revista é inferior a qualquer um dos referidos patamares.

(1001074-51.2018.5.02.0005. Ministro Relator: Evandro Valadão. Data de publicação no DEJT: 15/05/2020)

Adota-se, todavia, posição majoritária desta Sétima Turma, que fixou critérios objetivos para o exame da transcendência econômica, utilizando como parâmetros, para o recurso do empregador, os valores definidos no art. 496, § 3o, I, II e III, do CPC de 2015 e para o recurso do empregado e dos empregadores doméstico, individual ou microempreendedor, o valor de 40 salários mínimos previsto no art. 852- A da CLT.

(Ag-AIRR- 1000464-35.2018.5.02.0312. Data de publicação no DEJT: 15/05/2020. Relator Ministro: Evandro Valadão)

A 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, portanto, fixou parâmetros objetivos para o reconhecimento da transcendência econômica da causa nos recursos de revista.

Conforme decisões colacionadas acima, há transcendência econômica se o valor total dos temas em discussão no recurso de revista for:

- maior que 1000 (mil) salários mínimos, para empresas de âmbito nacional;
- maior que 500 (quinhentos) salários mínimos, quando a empresa for de âmbito estadual; e
- maior que 100 (cem) salários mínimos, quando de âmbito municipal.

No caso dos empregadores doméstico, individual ou microempreendedor, ter-se-á como parâmetro o valor de 40 salários mínimos, salvo exceções pontuais.

Resumindo, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu que o recurso terá transcendência econômica quando o valor da condenação ou da liquidação da sentença for elevado e afete, de forma sistêmica, a atividade, econômica ou não, de modo a abranger interesses fiscais e sociais, com a extinção de postos de trabalho, circunstância a ser analisada em cada caso concreto, fixando os parâmetros acima.

TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA

O segundo critério previsto na CLT e no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho é o político.

São indicadores de transcendência, entre outros:

(...)

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

(...)

Nesse caso, se a decisão de um Tribunal Regional do Trabalho contrariar súmula ou orientação jurisprudencial do TST ou súmula do STF, será reconhecida a transcendência política.

O TST, também por sua 7ª Turma, relativamente à transcendência política, assim se manifestou, conforme trecho do julgado abaixo transcrito:

Por fim, a transcendência política será reconhecida quando houver desrespeito do órgão a quo à jurisprudência sumulada do TST ou do STF. Não obstante, o desrespeito à jurisprudência reiterada e a presença de divergência jurisprudencial ensejadora de insegurança jurídica caracterizam, de igual modo, a transcendência política. Isso porque segurança jurídica envolve um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade.

Nesse sentido, quando decisão do Tribunal Regional afronta súmula do TST, súmula do STF ou precedente vinculante conspurca o princípio da segurança jurídica, o que enseja o reconhecimento da relevância da causa. (...)

(Ag-AIRR- 1000464-35.2018.5.02.0312. Data de publicação no DEJT: 15/05/2020. Relator Ministro: Evandro Veladão)

(...)

Resumindo, o Tribunal Superior do Trabalho estabeleceu que o recurso terá transcendência política quando houver desrespeito do tribunal local à jurisprudência sumulada do TST ou do STF, bem como quando houver desrespeito à jurisprudência reiterada ou divergência jurisprudencial ensejadora de insegurança jurídica.

TRANSCENDÊNCIA SOCIAL

O terceiro critério previsto na CLT e no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho é o social.

§1º São indicadores de transcendência, entre outros:

(...)

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

(...)

A transcendência social, conforme acima, destina-se ao reclamante-recorrente, quando o acórdão recorrido violar direito social constitucionalmente assegurado.

De uma primeira leitura, concluir-se-ia que referido indicador seria aplicado apenas ao recurso de revista interposto pelo reclamante, por se tratar de caso de postulação de direito social previsto na Constituição Federal, como, por exemplo, adicionais de insalubridade, periculosidade ou noturno, FGTS, horas extras, férias, PLR, aviso prévio, dentre outros, cujo rol está insculpido nos artigos 6º a 11º da Carta Magna.

No entanto, em razão de o rol dos indicadores de transcendência ser, conforme consignado acima, meramente exemplificativo, a transcendência social também pode ser reconhecida no recurso do empregador ou de outros autores do processo (há causas em que o empregado não é parte, como aquelas em que dois ou mais sindicatos discutem a representatividade sindical de determinada categoria).

No mesmo sentido, há institutos, como a negociação coletiva, protegidos pela Constituição Federal, reforçando o reconhecimento da importância desses bens jurídicos previstos na Lei Maior, inclusive em se tratando de empregadores, que também justificaria o reconhecimento da transcendência no recurso do empregador.

Resumindo, a transcendência social será reconhecida quando o acórdão recorrido violar direito social constitucionalmente assegurado.

TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA

O quarto e último critério previsto na CLT e no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho é o jurídico.

§1º São indicadores de transcendência, entre outros:
(...)

IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

Existindo questão nova em torno da interpretação de lei recente ou que foi modificada, faz-se necessária a interpretação por parte do Tribunal Superior do Trabalho, pois uma das suas funções é exatamente a de uniformizar a interpretação da legislação trabalhista em âmbito nacional.

Mesmo diante da definição do critério da transcendência jurídica na CLT, compete aos ministros do TST a avaliação de que a interpretação da lei recente ou que foi modificada foi a melhor, assim considerando a decisão recorrida.

A seguir, observa-se como o Tribunal Superior do Trabalho vem aplicando a transcendência jurídica nos casos concretos:

(...) No que toca à transcendência jurídica, a causa oferecerá relevância quando versar sobre a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. Todavia, impende registrar que também questões antigas, ainda não definitivamente solucionadas pela manifestação jurisprudencial, também poderão, a depender do caso concreto, ensejar o reconhecimento da transcendência jurídica. Assim, se a parte recorrente demonstrar, de forma cabal, a necessidade de superação do precedente ou de distinção com o caso concreto, a relevância estará, igualmente, presente.

(TST. 7ª Turma. Ag-AIRR- 1000464-35.2018.5.02.0312. Data de publicação (DEJT): 15/05/2020. Relator: Ministro Evandro Valadão).

Resumindo, a transcendência jurídica será reconhecida quando houver questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista, ou, ainda que antiga, que não tenha sido definitivamente solucionada pela manifestação jurisprudencial, ou, ainda, se a parte demonstrar a necessidade de superação do precedente (overruling) ou a distinção entre o precedente e o caso concreto (distinguishing).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que a transcendência é requisito necessário à admissibilidade do recurso de revista, posto pelo legislador com o intuito de restringir o número de ações a serem julgadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e possibilitar a escolha dos recursos que serão julgados.

Assemelha-se à repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, impondo o dever de a matéria ultrapassar o interesse individual das partes para que seja julgada com base em indicadores econômico, político, social e jurídico.

Embora a redação do §1º do art. 896-A da CLT seja um tanto quanto subjetiva, a interpretação que vem sendo dada a tais indicadores tem sido adequada e tende a evoluir para que seja firmado entendimento mais consubstanciado sobre cada um deles, mesmo que, muitas das vezes, esses entendimentos sejam individualizados de cada um dos julgadores.

A transcendência, portanto, trouxe uma redução no número processos, possibilitando que o Tribunal Superior do Trabalho julgue casos de maior relevância, capazes de consolidar entendimentos sobre determinados temas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 Nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 Nov. 2021.

CALCINI, Ricardo; SOARES, Murilo. **Polêmicas da transcendência no recurso de revista**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-27/pratica-trabalhista-polemicas-transcendencia-recurso-revista>>. Acesso em 25 Nov. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

FILHO, Ives Gandra da Silva Martins Filho. **Critério de Transcendência no Recurso de Revista – Projeto de Lei n. 3.267/00**. In Revista LTr. São Paulo. V. 65-08/914, ago.2001.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017. P. 484.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PANORAMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

Eduarda Chacon Rosas¹

Isabel Luiza Rafael Machado dos Santos²

Tema: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O ARCABOUÇO NORMATIVO REGULATÓRIO

RESUMO

O presente trabalho pretende fazer uma análise crítica e jurídica da inteligência artificial e seu atual arcabouço normativo, trazendo uma abordagem regulatória-ética em relação à proteção de dados e tendo como parâmetro a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, a Lei Geral de Proteção de Dados e projeto de lei brasileiro, PL nº 21/2020, cujo substitutivo foi aprovado após uma série de emendas pelo Plenário da Câmara Federal em 7 de julho de 2021.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação; Ética; Inteligência Artificial; Proteção de Dados.

INTRODUÇÃO:

A preocupação com os impactos negativos da inteligência artificial (IA) cresceu nos últimos anos na medida em que o desenvolvimento tecnológico começou a aproximar as promessas da realidade: quais são os riscos de IA e o que deve ser feito a respeito deles? Essas são as duas questões que preocupam estudiosos em todo o mundo neste momento, e no Brasil não é diferente.

Pensando nisso, em julho de 2021, foi disponibilizada a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. O documento faz parte de uma estratégia nacional que se propõe a guiar o Estado “em prol do desenvolvimento das ações, em suas várias vertentes, que estimulem a pesquisa, inovação e desenvolvimento de soluções em Inteligência

¹ Advogada no Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça Advogados. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, UNB. ECPC-B DPO pela Maastricht University. Pesquisadora no IDP (Ethics4IA). <https://br.linkedin.com/in/eduarda-chacon-rosas>. eduardachaconrosas@gmail.com.

² Diretora de Governança Corporativa e Jurídica na DATAPREV. Professora na Pós-Graduação e LLM do IDP. Pós-graduada em Direito Administrativo pelo IDP. Pós-Graduada em Direito Público. LLM em Direito Empresarial pelo IBMEC. Membro da Rede de Governança Brasil. <https://br.linkedin.com/in/isabel-luiza-santos-1391705a>; luizarms@hotmail.com

Artificial, bem como, seu uso consciente, ético e em prol de um futuro melhor”³.

A EBIA aborda uma série de questões interessantes a respeito da matéria, deixando claro que há uma preocupação prática com aplicação da IA por parte do governo brasileiro, sobretudo considerando os diversos possíveis âmbitos de aplicação desse tipo de tecnologia, a saber (mas não restrito): setores da indústria, alimentação, educação, segurança e defesa, finanças, arquitetura e construção civil, energia, logística e transporte, mídia e comunicação, varejo, TI e telecom, saúde, agronegócios e gestão empresarial⁴. Em verdade, a EBIA representa mais um diagnóstico do que qualquer outra coisa. A partir desse diagnóstico, são sugeridas diversas ações estratégicas.

A preocupação com os impactos negativos da inteligência artificial (IA) cresceu nos últimos anos na medida em que o desenvolvimento tecnológico começou a aproximar as promessas da realidade: quais são os riscos de IA e o que deve ser feito a respeito deles? Essas são as duas questões que preocupam estudiosos em todo o mundo neste momento, e no Brasil não é diferente.

Pensando nisso, em julho de 2021, foi disponibilizada a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. O documento faz parte de uma estratégia nacional que se propõe a guiar o Estado “em prol do desenvolvimento das ações, em suas várias vertentes, que estimulem a pesquisa, inovação e desenvolvimento de soluções em Inteligência Artificial, bem como, seu uso consciente, ético e em prol de um futuro melhor”⁵.

A EBIA aborda uma série de questões interessantes a respeito da matéria, deixando claro que há uma preocupação prática com aplicação da IA por parte do governo brasileiro, sobretudo considerando os diversos possíveis âmbitos de aplicação desse tipo de tecnologia, a saber (mas não restrito): setores da indústria, alimentação, educação, segurança e defesa, finanças, arquitetura e construção civil, energia, logística e transporte, mídia e comunicação, varejo, TI e telecom, saúde, agronegócios e gestão empresarial⁶. Em verdade, a EBIA representa mais um diagnóstico do que qualquer outra coisa. A partir desse diagnóstico, são sugeridas diversas ações estratégicas.

Na vanguarda, o Brasil, assim como na Europa, vem debatendo em sua casa legislativa, o projeto de lei brasileiro, PL nº 21/2020, em regime de urgência, o qual se encontra atualmente pendente de análise pelo Senado. O aludido Projeto, a despeito de se propor a buscar “construir uma lei principiológica”, aparentemente tentar acelerar discussões complexas e que, imprescindivelmente, precisariam de profunda reflexão de todos os atores da sociedade, incluindo especialistas, juristas e agentes externos.

3 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Estratégia Brasileira de inteligência artificial – EBIA. [s. d.]. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

4 Ibidem.

5 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Estratégia Brasileira de inteligência artificial – EBIA. [s. d.]. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/inteligencia-artificial>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

6 Ibidem.

O presente texto tem por objetivo empreender sucinta reflexão e inferência a respeito do atual arcabouço normativo que visa a regulação da Inteligência Artificial no Brasil, propondo-se apenas a mapear o cenário regulatório brasileiro de IA do ponto de vista amplo – sem a presunção de esgotar ou se aprofundar, o que exigiria um trabalho muito mais extenso.

SÍNTESE FÁTICA

Demonstrando uma preocupação adequada com responsabilidade e responsabilização (accountability), a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) se dedica à apreciação da governança de IA, destacando, desde a primeira linha do primeiro parágrafo, a necessidade de uso ético da IA:

Em relação aos processos de revisão ética, muitas organizações já têm ou estão considerando a criação de conselhos de revisão de dados ou comitês de ética em relação à IA, que podem ser internos ou externos a tais organizações. Essa é vista como uma maneira de impulsionar accountability dentro das corporações, promover tomadas de decisões responsáveis e garantir que novas utilizações de dados respeitem os valores corporativos e sociais.

O documento ressalta tanto a relevância do debate sobre ética quanto explicitamente cita a lei Geral de Proteção de Dados – aliada na regulação da IA diante da importância da proteção de dados pessoais no desenvolvimento de aplicações e estudos envolvendo IA – oportunidade em que sugere a operacionalização de sandboxes como mecanismo de mitigação de riscos/danos.

Com efeito, um dos principais debates a respeito da regulação da IA em sentido amplo é a eleição de um modelo regulatório e de uma pretensão regulatória. Por pretensão entenda-se: o quanto a regulamentação se propõe a ser ou não exaustiva e pormenorizada. Além dessa cobertura, é necessário optar por uma linha regulatória, por exemplo, de abordagem por análise de risco.

É interessante considerar, diante dessas possibilidades, que há projetos de regulamentação em trâmite tanto no Brasil quanto na Europa, ambos intitulados de abordagens por análise de risco, mas o primeiro é extremamente (preocupantemente, para alguns) sucinto e encontra-se em estágio mais avançado de aprovação, e o segundo é resultado de anos de debate, extenso e em ampliação, sem previsão de conclusão nos próximos 4 anos.

O projeto de lei brasileiro, PL nº 21/2020, cujo substitutivo foi aprovado após uma série de emendas pelo Plenário da Câmara Federal em 7 de julho de 2021, em regime de urgência, se encontra atualmente pendente de análise pelo Senado.

7 Ibidem, p. 23.

Com efeito, trata-se do Projeto de Lei nº 21, de 2020, de autoria do Deputado Federal Eduardo Bismarck (PDT/CE), ao qual estão apensados os projetos de lei de números: 240/2020, de autoria do Deputado Federal Léo Moraes (PODE/RO); 4120/2020, de autoria do Deputado Federal Bosco Costa (PL/SE); e 1969/2021, de autoria do Deputado Federal Gustavo Fruet (PDT/PR). A relatoria do projeto na Câmara dos Deputados ficou sob responsabilidade da Deputada Federal Luísa Canziani (PTB/PR).

O texto, com seus apensos e emendas, foi submetido a três audiências públicas nos dias 7 de julho, 8 de agosto e 21 de agosto de 2021, respectivamente. A Deputada Federal Luísa Canziani (PTB/PR) redigiu relatório no qual sintetizou os participantes dos encontros e suas principais contribuições ao debate antes de apresentar texto substitutivo ao projeto de lei no dia 1º de setembro de 2021⁸.

Ao original, e ao substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados, seguiram-se diversas notas técnicas e manifestações independentes, apresentadas por estudiosos e profissionais com atuação na área. Uma insurgência é comum a todos os que se manifestaram, considerada a importância e a repercussão da futura norma: o trâmite em regime de urgência e a brevidade/caráter genérico do texto.

De fato, a maioria dos documentos supramencionados foi redigida em consideração ao texto inicial do projeto, o que dificulta a análise de pertinência do texto vigente. Frise-se que algumas das alterações ao texto original se propuseram justamente a solucionar críticas como as entabuladas nas notas técnicas divulgadas, o que se verifica da leitura do relatório da Deputada Federal Luísa Canziani (PTB/PR⁹), que, além de mencionar alguns desses pontos, enfrenta comentários surgidos nas audiências públicas das quais participaram alguns dos signatários desses documentos¹⁰.

À parte de escolhas semânticas e urgência no trâmite, verifica-se que a maioria das críticas gira em torno de o projeto de lei ter adotado uma abordagem ampla, a ser robustecida por regulamentos setoriais ou leis específicas (em razão da matéria – como a LGPD e o CDC, por exemplo).

O PL nº 21/2020 parece entregar estritamente aquilo a que se propõe, nas palavras de sua relatora: “buscamos construir uma lei principiológica, que fomente o uso da tecnologia e tenha em mente que no centro desse debate estão

8 C MARA FEDERAL. Parecer de Plenário pelas Comissões de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania ao Projeto de Lei nº 21, de 2020. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068016&filename=Tramitacao-PL+21/2020. Acesso em: 20 jan. 2022.

9 Ibidem.

10 Como Fabiano Hartmann (Nota de Colaboração: substitutivo ao Projeto de Lei nº 21/2020, Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/16m1FVCQYHnv4E2ZueCoXEGUaj8zzAyNX/view>. Acesso em: 26 jan. 2022); Rony Vainzof (Proposta para aperfeiçoamento do Substitutivo ao PL 21/20 por Juliano Maranhão, Rony Vainzof, Renato Opice Blum, Ricardo Campos, Giovana Lopes e Samuel de Oliveira. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/proposta-aperfeicoamento-substitutivo.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022), e Bruno Bioni. (Nota Técnica: contribuições do Data Privacy Brasil ao Projeto de Lei nº 21, de 4 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2021/09/dpbr_notatecnica_pl21.pdf. Acesso em: 26 jan. 2022).

as pessoas”¹¹.

JUSTIFICATIVA, RAZÕES E RELEVÂNCIA PARA ESCOLHA DO CASO

A pandemia da Covid-19 acelerou o processo há anos em curso dos setores públicos e privados, de se reinventarem para atender às demandas da sociedade. Mais do que nunca, foi preciso investir em tecnologia. E, entre as mais variadas, uma se destacou: a inteligência artificial (IA).

Com a expansão vertiginosa desse ramo e presença mais constante no dia a dia das pessoas, debate-se mundialmente a necessidade de sua regulamentação, visando evitar eventuais distopias. Mas quais seriam os limites, parâmetros e princípios direcionadores da regulação da Inteligência Artificial? E, por consequência, como seria positivada responsabilização de todos os que operam ou se beneficiam (sem sentido amplo) de sistemas e serviços que fazem uso a Inteligência Artificial?

Neste intuito, em abril de 2021, a União Europeia disponibilizou proposta de regulamento para a Inteligência Artificial. Em setembro de 2021, a Deputada Federal brasileira Luísa Canziani apresentou substitutivo ao Projeto de Lei de autoria do Deputado Eduardo Bismark, do qual era relatora. No mesmo mês, o projeto de lei foi aprovado em regime de urgência pela Câmara dos Deputados e está pendente hoje, de aprovação pelo Senado. Os dilemas regulatórios enfrentados pela regulamentação da Inteligência, porém, são compatíveis com um processo legislativo tão acelerado? Algumas dessas questões já foram levantadas pela doutrina internacional¹²:

11 BRASIL. Câmara Federal. Parecer de Plenário pelas Comissões de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania ao Projeto de Lei nº 21, de 2020. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068016&filename=Tramitacao-PL+21/2020. Acesso em: 20 jan. 2022.

12 Tradução livre: “Como protegemos a liberdade quando as arquiteturas de controle são gerenciadas tanto pelo governo quanto pelo setor privado? Como garantimos a privacidade quando o éter espia perpetuamente? Como garantimos o pensamento livre quando o impulso é apropriar-se de cada ideia? Como garantimos a autodeterminação quando as arquiteturas de controle são perpetuamente determinadas em outro lugar?” – LESSIG, Lawrence. Code version 2.0. Disponível em: <<http://codev2.cc/>>. Edição eletrônica. New York: Basic Books, 2006. Acesso em 8 março 2022.

Tradução livre: “Várias das questões levantadas acima resultam do paradoxo moral das tecnologias da informação. Muitos usuários desejam que as informações sejam rapidamente acessíveis e fáceis de usar e desejam que elas tenham o menor custo possível, preferencialmente gratuitas. Mas os usuários também querem que as informações importantes e confidenciais sejam seguras, estáveis e confiáveis. Maximizar nosso valor de custo rápido e baixo minimiza nossa capacidade de fornecer informações seguras e de alta qualidade e o inverso também é verdadeiro. Assim, os projetistas de tecnologias da informação são constantemente confrontados com compromissos desconfortáveis” – SULLINS, J. Information Technology and Moral Values, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), Disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/it-moral-values/>>. Acesso em 08 março 2022.

How do we protect liberty when the architectures of control are managed as much by the government as by the private sector? How do we assure privacy when the ether perpetually spies? How do we guarantee free thought when the push is to propertize every idea? How do we guarantee self-determination when the architectures of control are perpetually determined elsewhere?

Several of the issues raised above result from the moral paradox of Information technologies. Many users want information to be quickly accessible and easy to use and desire that it should come at as low a cost as possible, preferably free. But users also want important and sensitive information to be secure, stable and reliable. Maximizing our value of quick and low cost minimizes our ability to provide secure and high-quality information and the reverse is true also. Thus, the designers of information technologies are constantly faced with making uncomfortable compromises.

As iniciativas legislativas descritas no início desse item não são isoladas. Fazem parte de um movimento global de conscientização da importância e da complexidade do assunto. A China liberou um projeto regulatório em agosto de 2021. O draft chinês é considerado o mais extenso conjunto de regras já criado para a implementação de algoritmos de recomendação no mundo¹³.

Em junho de 2021, o National Institute of Standards and Technology (NIST), encarregado pela administração do ex-presidente norte-americano, Donald Trump, de desenvolver padrões e medidas para IA, divulgou um relatório sobre como identificar e gerenciar vieses em tecnologia inteligente. Antes disso, em 2019, o Escritório de Política de Ciência e Tecnologia da Casa Branca havia publicado um Guidance for Regulation of Artificial Intelligence Applications¹⁴.

Com efeito, extrapola ao propósito deste trabalho analisar e mesmo mapear todos os projetos, modelos e iniciativas a respeito da matéria. Importa compreender – e antes disso perceber – que o panorama global de regulamentação da inteligência artificial não está resolvido, nem mesmo propriamente direcionado. As incertezas e as divergências ainda superam as conquistas e conclusões.

É particularmente relevante considerar que uma abordagem ética (principiológico-moral-valorativa), representa um guideline para esta realidade

13 China Briefing. Recommendation Algorithm Regulations – Bolstering China’s Cybersecurity Regime. Disponível em < <https://www.china-briefing.com/news/recommendation-algorithm-regulations-china-cybersecurity-regime/>>. Acesso em 31 outubro 2021

14 White House’s Office of Science and Technology. Draft for Guidance for Regulation of Artificial Intelligence Applications. Disponível em < <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/01/Draft-OMB-Memo-on-Regulation-of-AI-1-7-19.pdf>>. Acesso em 31 outubro 2021.

insuficientemente regulada, na qual se sobrepõem diversos modelos pseudo-regulatórios e normativos e técnicas como a autorregulação e até mesmo a autorregulação regulada.

Assim, a autorregulação regulada, em especial, consistiria em uma possibilidade de enfrentamento à complexibilidade das dinâmicas da sociedade global por ser teoricamente capaz de conciliar o desenvolvimento exponencial da tecnologia e o interesse público ou o conteúdo de regulações jurídicas relevantes.

DIAGRAMA DOS ATORES

Dada a relevância e complexidade dos dilemas regulatórios a serem enfrentados pela regulamentação da IA e considerando que o cenário global de regulamentação da inteligência artificial, como visto no tópico acima, está muito longe de ser resolvido ou mesmo adequadamente direcionado, o debate sobre os limites de atuação da IA não pode se restringir ao arcabouço político de um processo legislativo comum.

Imperioso se mostra a interlocução de diversos atores, desde o Legislativo ao Judiciário, como propôs o Senado Federal, que instituiu uma Comissão de Juristas presidido pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que ouvirá a sociedade, a academia, as empresas, a indústria para a elaboração de um texto mais robusto, a ser apresentado ainda este ano. Outro ator imprescindível, sem dúvida, é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Sem o envolvimento de todos os interessados, impossível se mostra o enfrentamento dos dilemas regulatórios de forma adequada.

PROPOSITURA DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS PARA O CASO

Feitas as considerações sobre o PL nº 21/2020, e seu intuito de se estabelecer uma lei principiológica que fomente o uso da tecnologia, como manifesta a relatora, convém ressaltar dois pontos.

Em primeiro lugar, o inciso VI do art. 6º do PL nº 21/2020, segundo o qual as “normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial devem, salvo disposição em contrário, se pautar na responsabilidade subjetiva”.

Alguns estudiosos se uniram em repúdio à previsão, como se ela significasse o afastamento da possibilidade de responsabilização objetiva em matéria de IA. É importante lembrar, contudo, que a regra geral brasileira é a responsabilidade subjetiva e que o texto legal expressamente distingue casos especiais. Uma regra geral de responsabilidade objetiva poderia subverter a lógica material predominante no ordenamento pátrio e contrariar o objetivo atribuído ao projeto de fomentar o desenvolvimento e a evolução tecnológica.

De outra ponta, há um caminho do meio, que seria não tratar expressamente da questão (responsabilidade) na lei, deixando-a por conta do ordena-

mento já civil e consumerista vigente.

A impressão que se tem, todavia, com a inclusão da regra no projeto de lei é que parece ser uma declaração explícita de que a vontade do legislador é privilegiar o desenvolvimento e prevenir o surgimento de uma nova indústria do dano moral.

Para ilustrar ambos os argumentos, o site Consultor Jurídico (Conjur) publicou, em 27 de outubro de 2021, carta assinada por civilistas do mais alto calibre em oposição ao regime de responsabilidade adotado pelo PL nº 21/2020, em seu art. 6º, inciso VI, alegando que “[...] contraria entendimento que vem sendo construído pela doutrina jurídica, estudos e propostas nacionais e internacionais a respeito da matéria¹⁵”. A manifestação não está clara: poderia tanto defender a adoção do regime de responsabilidade objetiva para a IA quanto recomendar cautela com a não normatização da regra no PL.

Meses depois, em 22 de fevereiro de 2022, o Conjur publicou novo texto, dessa vez subscrito por juristas de peso na área de tecnologia, sobre o mesmo artigo – mas de apoio o texto – que¹⁶:

[...] harmoniza-se com o ordenamento brasileiro, que se pauta pela responsabilidade civil subjetiva (...) segue propostas internacionais, que se baseiam na responsabilidade subjetiva em geral e atribuem responsabilidade objetiva apenas para sistemas de IA cujo emprego envolva atividade de alto risco, como, por exemplo, a proposta do Parlamento Europeu de outubro de 2020, que propõe a criação de um regime de responsabilidade civil para a inteligência artificial.

Em segundo lugar, há diversos questionamentos sobre a ausência de previsão de sanções no texto do futuro Marco Civil da Inteligência Artificial. É possível que a inquietude quanto ao ponto advenha da comparação entre o PL nº 21/2020 e a Lei Federal nº 12.965/2014¹⁷ (Marco Civil da Internet), que fixa sanções em seu art. 12 para caso de descumprimento de proteção e guarda dispostos nos arts. 10 e 11. Nesse caso, para além de ponderar que cabe ao legislador fazer diferentes escolhas em momentos diversos, é pertinente apontar que o texto pode ser alterado no Senado para a inclusão de penalidades e a aparente omissão pode ser decorrente da expectativa de que a regulação setorial fixe sanções diferentes, de acordo com a natureza e os riscos envolvidos, o que faria sentido em contexto de regulamentação setorial¹⁸.

15 CONJUR. Especialistas criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-27/especialistas-questionam-artigo-pl-marco-legal-ia>. Acesso em: 24 fev. 2022.

16 CONJUR. Marco Legal da Inteligência Artificial: ponderações sobre a responsabilidade civil. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-22/opinio-marco-inteligencia-artificial-responsabilidade-civil>. Acesso em: 24 fev. 2022.

17 BRASIL. Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

18 Quanto ao ponto, é relevante destacar uma escolha subliminar do legislador. As sanções previstas no Marco Civil da Internet são para aplicação judicial. É uma hipótese. Mas, em se tratando de eleição

É válido ter em mente que, ao contrário da proteção e guarda de registros e dados – atribuível a um número relativamente limitado de players –, a IA pode ser aplicada em seleção de vaga de estágio, aterrissagem de aeronave comercial ou organização logística da circulação de armas e alimentos. Decerto que uma regra básica como a utilizada pelo Marco Civil da Internet seria potencialmente ineficaz ou excessiva em contextos tão diferentes.

O debate é natural. Seria virtualmente impossível regulamentar a IA sem discordâncias e a existência de vozes dissidentes é saudável em qualquer democracia. O projeto de lei, neste viés, se define pelas escolhas legislativas, algumas das quais destacadas expressamente por sua relatora, como a opção por “orientar a futura atividade regulatória nesse campo, de modo a não inibir o desenvolvimento tecnológico, mas resguardando os cidadãos brasileiros de eventuais riscos¹⁹”.

Um relevante aspecto do relatório subscrito pela deputada relatora é a clara oposição à escolha do projeto do regulamento europeu – não obstante utilize-o como modelo – de autorizar que a regulação setorial imponha proibições absolutas (*ex ante*) que poderiam inviabilizar o desenvolvimento tecnológico, mesmo diante de uma abordagem de gestão de riscos.

É pertinente destacar que as escolhas legislativas adotadas na Câmara dos Deputados refletem um modelo regulatório que se reveste de características liberais e progressivas, não restritivas, com forte viés axiológico. Diversas das críticas atribuídas ao projeto de lei se explicam pela simples não aceitação do modelo em si. Quer dizer, absorvidas algumas das alterações sugeridas, o resultado não seria, tecnicamente, a melhora do texto, mas a transformação transversal do sistema escolhido pelo legislador, consoante os arts. 6º e 7º do PL.

Nesse sentido, Laura Schertel Mendes assina artigo n’O Globo, intitulado “Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista²⁰”. No texto, Mendes chama atenção para os pontos destacados anteriormente sobre a amplitude conceitual do texto do projeto de lei e da adesão ao sistema de responsabilização subjetiva como regra. A estudiosa questiona que tipo de lei o país se propõe, realmente, a adotar para a IA, mas deixando claro que sua visão pessoal é de preferência por um modelo mais exaustivo²¹:

setorial de sanções, viabiliza-se a aplicação de sanções por agências reguladoras ou autoridades setoriais, como é o caso das sanções do art. 52 da LGPD. No caso da IA, faz mais sentido que as sanções sejam setoriais em razão da grande amplitude de aplicação da IA. Por exemplo, pensando em regulação de conteúdo, pode fazer sentido aplicar multa de suspensão ou financeira; já na hipótese de uma IA de aplicação pelo poder público, a suspensão pode não ser uma opção e mesmo a aplicação de multa pode ser ineficiente.

19 BRASIL. Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

20 MENDES, L. S. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. O Globo. 26 de novembro de 2021. Disponível em: <https://blogs-oglobo-globo-com.cdn.ampproject.org/c/s/blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/amp/laura-schertel-mendes-pl-da-inteligencia-artificial-armadilhas-vista.html>. Acesso em: 30 jan. 2022.

21 Ibidem.

Há uma crise de identidade que aparenta rondar o PL nº 21/2020: queremos aprovar uma carta de intenções e princípios genérica ou uma regulação robusta sobre segurança e mitigação de riscos no desenvolvimento da inteligência Artificial? se o caminho escolhido for o primeiro, o processo legislativo é dispensável, não se podendo, ademais, restringir ou revogar direitos amplamente reconhecidos e respaldados na Constituição Federal. Se o caminho eleito for o segundo, precisaremos de estudos e debates aprofundados e plurais, que possam endereçar a complexidade do desafio que está à nossa frente: o desafio de estimular a inovação e incentivar o desenvolvimento da inteligência artificial de forma responsável e segura, garantindo – por meio de medidas concretas e efetivas – os direitos fundamentais de todos os cidadãos brasileiros.

Por isso, é uma opinião consistente a de que o PL nº 21/2020 não é tecnicamente insatisfatório, apenas optou por um caminho com o qual alguns juristas e acadêmicos simplesmente não concordam – ou que não esperavam que viesse a ser adotado pelo parlamento brasileiro. E isso deriva da expectativa deles de que o Legislativo repetiria com a IA as escolhas que fez quanto à proteção de dados, de adesão ao modelo internacional. Isso porque, embora a LGPD seja mais enxuta e até objetiva do que o GDPR (General Data Protection Regulation), é evidente que tenta replicar, em grande parte, as escolhas europeias.

No projeto de regulamentação da IA, por outro lado, o legislador brasileiro realmente optou – até aqui – por seguir um caminho distinto, o qual Mendes chama de “carta de princípios”. Independentemente da questão de escolha do modelo regulatório, fato é que, o PL, como está, precisa ser analisado como uma “carta de princípios”, a partir de critérios que só seriam aplicáveis a uma “regulação robusta”²².

O Senado Federal, em sentido diametralmente oposto, parece mais inclinado a apresentar um substitutivo ao PL 21/20 que será apreciado em conjunto aos Projetos de Lei 5.051/19 e 872/2021. Isso porque instituiu no dia 30 de março de 2022 uma Comissão de Juristas presidido pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que deverá apresentar até agosto uma nova minuta que se alinhe mais com os anseios e expectativas atribuíveis a um marco regulatório²³.

A relatora da Comissão, criada a pedido do Presidente do Senado, Senador Rodrigo Pacheco, terá a professora Doutora Laura Schertel como Relatora²⁴. A

22 Ibidem.

23 AGÊNCIA SENADO. Instalada comissão de juristas para analisar propostas sobre inteligência artificial. 30 de março de 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/03/30/instalada-comissao-de-juristas-para-analisar-propostas-sobre-inteligencia-artificial>. Acesso em: 13 abr 2022.

24 Os 18 integrantes da comissão de juristas são: Ana de Oliveira Frazão, Bruno Ricardo Bioni, Danilo Cesar Maganhoto Doneda, Fabrício da Mota Alves, Miriam Wimmer, Wederson Advincula Siqueira, Cláudia Lima Marques, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão, Thiago Luís Santos Sombra, Georges Abboud, Frederico Quadros D’Almeida, Victor Marcel Pinheiro, Estela Aranha, Clara Iglesias Keller, Mariana Giorgetti

ideia é ouvir a sociedade, as empresas, a academia e a indústria para a elaboração de um texto mais robusto. Para tanto, os juristas membros estão recebendo sugestões de especialistas interessados até o dia 13 de maio de 2022 dentro dos eixos temáticos previamente definidos: conceitos, compreensão e classificação de inteligência artificial; impactos da inteligência artificial; direitos e deveres; accountability, governança e fiscalização.

De outro lado, a leitura sistêmica da legislação vigente, especialmente se realizada através de lentes ético-focadas, leva à conclusão de que a proteção da privacidade e dos dados pessoais podem ser suficientes à regulação pontual da IA em hipóteses nas que tais direitos estejam envolvidos.

É a hipótese do art. 20 da LGPD, que garante ao titular o direito de revisão da decisão tomada unicamente com base em tratamento automatizado de dados. Isso porque a programação de um sistema de IA parte da análise prévia de um cenário no qual é possível antecipar com muita segurança a repercussão da execução do programa sobre indivíduos. Havendo, assim, ainda que minimamente, algum tipo de impacto/risco aos direitos fundamentais dos titulares já existe uma obrigação ética de conformidade legal com as regras de privacidade e proteção de dados – ou outras garantias constitucionais – vigentes.

Perceba-se, ademais, que o art. 4º do PL nº 21/2020 traz de modo explícito a igualdade, a não discriminação, a privacidade e a proteção de dados como fundamentos para o uso da IA. Não é por acaso que profissionais com atuação marcante no âmbito da proteção de dados têm escrito sobre proteção de dados como um “portal de entrada” para a regulação da IA²⁵.

É importante registrar, ainda, que o direito à proteção de dados teve seu status elevado a direito fundamental com a recente promulgação, em 11 de fevereiro de 2022, da Emenda Constitucional nº 115, que adicionou o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal²⁶.

A novidade fez todo sentido diante da constatação de que uma das funções precípua da Constituição é a defesa de direitos, garantias e liberdades fundamentais individuais. Estes, a seu turno, estão expressivamente relacionados com o desenvolvimento e são comumente impactados pelas tantas possibilidades de aplicação da tecnologia. Os algoritmos, em particular, são atualmente não apenas adjetivo de definição da sociedade (sociedade algorítmica, sociedade de dados), como repercutem de modo relevante em diversos aspectos da vida do cidadão, desde sua autoestima até questões de saúde, emprego, relacionamento interpessoal, habitação, finanças etc.

Valente e Filipe Medon.

25 BIONI, B.; LUCIANO, M. O princípio da precaução na regulação da inteligência artificial: seriam as leis de proteção de dados o seu portal de entrada? [s. d.]. Disponível em: https://brunobioni.com.br/home/wp-content/uploads/2019/09/Bioni-Luciano_O-PRINCIPIO-DA-PRECAUCAO-PARA-REGULACAO-DE-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

26 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: [...] LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se observa, portanto, é que as dúvidas são muito mais numerosas (e desconcertantes) do que as respostas o são (em sua timidez). Os modelos de predição comportamental se somam aos mecanismos de filtragem de conteúdo utilizados por atores privados. Defende-se academicamente a autorregulação regulada, mas não se ultrapassa a barreira prática de inaptidão estatal para exercício de autoridade normativa ou fiscalizatória que emprega sentido a este modelo.

A própria liberdade de expressão se torna um conceito sombrio quando é possível – e recomendável – indagar: até que ponto o ser humano tem a opção de se alienar? Isso seria um ato de agressão pessoal passível de intervenção estatal? E em que medida é possível proteger titulares de dados no mundo do Big Data com coleta massiva de informações online – utilizadas inclusive para aprimorar e treinar as máquinas (machine learning)?

A IA, certamente, não foi criada para tornar redundantes os seres humanos, mas antes, e principalmente, para aumentar a produtividade, criar empregos e prosperidade, reduzir desigualdades, endereçar problemas globais de direito ambiental, bem como para proteger e reforçar as liberdades e a democracia.

E se a tecnologia não é neutra, o potencial de uso positivo e benéfico da IA é muito grande. De fato, a IA se propõe a ser uma ferramenta poderosa de criatividade, flexibilidade e produção de riqueza. Os algoritmos já estão revolucionando a medicina, o entretenimento, o transporte, a alimentação, a logística e a guerra. São os homens os responsáveis por conduzirem a IA de onde ela está para até onde a humanidade precisa que ela chegue.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, D. AI's Future Doesn't Have to Be Dystopian. *Boston Review*. 2021. Disponível em: <https://bostonreview.net/forum/ai-s-future-does-nt-have-to-be-dystopian/>. Acesso em: 01 fev. 2022.
- AGÊNCIA SENADO. Pacheco devolve MP que dificultava retirada de conteúdo da internet. 14 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/14/pacheco-devolve-mp-que-dificultava-retirada-de-conteudo-da-internet>. Acesso em: 31 out. 2021.
- AGÊNCIA SENADO. Instalada comissão de juristas para analisar propostas sobre inteligência artificial. 30 de março de 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/03/30/instala-da-comissao-de-juristas-para-analisar-propostas-sobre-inteligencia-artificial>. Acesso em: 13 abr 2022.
- AGÊNCIA SENADO. Sugestões do marco regulatório da IA serão recebidas até 13 de maio, de abril de 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/04/sugestoes-do-marco-regulatorio-da-ia-serao-recebidas-ate-13-de-maio>. Acesso em: 13 abr 2022.
- AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD (Brasil). Como proteger seus dados pessoais: guia do núcleo de proteção de dados do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor em parceria com a ANPD e a SENACON. [s. d.]. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/arquivos-de-documentos-de-publicacoes/guia-do-consumidor_como-protger-seus-dados-pessoais-final.pdf. Acesso em: 29 jan. 2022.
- AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD (Brasil). Comunicação de incidentes de segurança. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/incidente-de-seguranca>. Acesso em: 29 jan. 2022.
- AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD (Brasil). Guia orientativo de tratamento de dados pessoais pelo poder público. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.
- AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD (Brasil). Guia orientativo de segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-v1.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.
- AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD (Brasil). Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf. Acesso em: 29 jan. 2022.
- AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD (Brasil). Petição de titular. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/cidadao-titular-de-dados/peticao-de-titular-contratador-de-dados. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Estratégia Brasileira de Inteligência artificial – EBIA. [s. d.]. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acOMPANHE-o-mcti/traNsfORMACAOdigital/inteligencia-artificial>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

BRASIL. Parecer/CN nº 1/2019, da Comissão Mista da Medida Provisória nº 869, de 2018, que altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Presidente: Senador Eduardo Gomes. Relator: Deputado Orlando Silva. Relator Revisor: Senador Rodrigo Cunha. 07.05.2019, p. 44. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessaoId=node0rdli3Bh46yc31ck4xd4vtp3w3B747315.node0?coditor=1703518&filename=MPV+869/2018. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Portaria nº 01, de 8 de março de 2021. Regimento Interno da ANPD. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1-de-8-de-marco-de-2021-307463618>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CGI.br, nic.br e cert.br. Fascículo Proteção de Dados. [s. d.]. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/fasciculos/protecao-de-dados/fasciculo-protecao-de-dados.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CGI.br, nic.br e cert.br. Fascículo Vazamento de Dados. [s. d.]. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/fasciculos/vazamento-de-dados/fasciculo-vazamento-de-dados.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2022.

CHACON ROSAS, E. M. Alcance resultados, mas não se esqueça dos propósitos: a dignidade, a ética e os elevados fins. In: *Advocacia 4.0*. MALDONADO, Viviane; FEIGELSON, Bruno (coord.). São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 199-221.

CONJUR. Especialistas criticam responsabilidade subjetiva prevista no PL do marco da IA, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-27/especialistas-questionam-artigo-pl-marco-legal-ia>. Acesso em: 24 fev. 2022.

CONJUR. Marco Legal da Inteligência Artificial: ponderações sobre a responsabilidade civil, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-22/opiniaao-marco-inteligencia-artificial-responsabilidade-civil>. Acesso em: 24 fev. 2022.

DIKOPPOULOS, N. Nicholas Diakopoulos – transparency and the ethics of AI [video file], 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ki8hB00kZl>. Acesso em: 20 jan. 2022.

DONEDA, D. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo Cesar Magalhães; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Pensar*, Fortaleza, v. 23, n. 4, 1-17, out./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicas.unifor.br/rpen/article/view/8267/pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. A definition of AI: main capabilities and scientific disciplines. 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_deember_1.pdf. Acesso em: 21 out. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. Ethics Guidelines for Trustworthy AI. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation.html>. Acesso em: 27 out. 2021.

FLORIDI, L. The Onlife Manifesto. 2014. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-319-04083-6_2. Acesso em: 14 fev. 2022.

FLORIDI, L.; SANDERS, J. On the Morality of Artificial Agents. *Minds and Machines*, v. 14, p. 349-378, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/B:MIND.0000035461.63578.9d>. Acesso em: 14 fev. 2022.

GABRIEL, I. Artificial Intelligence, Values, and Alignment. *Minds and Machines*, v. 30, p. 411-437, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11023-020-09539-2>. Acesso em: 27 out. 2021.

GASSER, U. AI and the Law: Setting the Stage. 2017. Disponível em: <https://medium.com/berkman-klein-center/ai-and-the-law-setting-the-stage-48516fda1b11>. Acesso em: 31 jan. 2022.

GORZONI, P. Inteligência Artificial: Riscos para direitos humanos e possíveis ações. [s. d.]. Disponível em: <https://itiria.org/wp-content/uploads/2019/03/Paula-Gorzoni.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2022.

GOV.BR. Senado Federal aprova proposta de Emenda à Constituição 17 (PEC 17/2019) que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-proposta-de-emenda-a-constituicao-17-pec-17-2019-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-no-rol-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 27 jan. 2022.

GUERRA, G. Esqueça a privacidade e venda seus dados, diz ex-CEO da Sun Microsystems. Terra, 28 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/esqueca-a-privacidade-a-solucao-e-a-propriedade-de-dados,32a2a644d97d854fc5fef689df43128ad0r0112.html>. 2022. Acesso em: 29 jan. 2022.

HARARI, Y. N. Homo Deus: uma breve história do amanhã. Tradução Paula Geiser. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE – ICO. Legal framework. [s. d.]. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-data-protection-themes/explaining-decisions-made-with-artificial-intelligence/part-1-the-basics-of-explaining-ai/legal-framework/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MENDES, L. S. Projeto de Lei da Inteligência Artificial: armadilhas à vista. O Globo, 26 de novembro de 2021. Disponível em: <https://blogs-oglobo-globo-com.cdn.ampproject.org/c/s/blogs.oglobo.globo.com/tumus-boni-juris/post/amp/laura-scheriel-mendes-pt-da-inteligencia-artificial-armadilhas-vista.html>. Acesso em: 30 jan. 2022.

MILLER, K. HAI Fellow Kate Vredenburg. The right to an explanation. HAI Stanford University Human-Centered Artificial Intelligence. 24 de junho

Disponível em: <https://hai.stanford.edu/news/hai-fellow-kate-vredenburg-right-explanation>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Assembleia Geral da ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A). Paris, 1948. Acesso em: 23 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. UNESCO launches worldwide online public consultation on the ethics of artificial intelligence. 15 de julho de 2020. Disponível em: <https://en.unesco.org/news/unesco-launches-worldwide-online-public-consultation-ethics-artificial-intelligence>. Acesso em: 20 jan. 2022.

PACHECO devolve MP que dificultava retirada de conteúdo da internet. Agência Senado. 14 de setembro de 2021. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/14/pacheco-devolve-mp-que-dificultava-retirada-de-conteudo-da-internet>. Acesso em: 31 out. 2021.

PEREIRA, A. C. de S.; BRUNO, A. L. B.; AZEVEDO, A. M. de; PINHEIRO, G. da R.; CAMPOS, L. M. H.; ORNELAS, N. V. A.; PAIXÃO, V. P. Inteligência artificial e direitos humanos: impactos e dilemas éticos atuais. *Homa Pública*, v. 4, n. 1, 2020. Disponível em:

<https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30504>. Acesso em: 31 jan. 2022.

REICHMAN, A; SARTOR, G. *Algorithms and Regulation. Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponível em:

<https://www.cambridge.org/core/books/constitutional-challenges-in-the-algorithmic-society/631B36F76C7670B330052D852D598F98#findtn-contents>. Acesso em: 27 jan. 2022.

idp